

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**TÜRK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA
HİZMET BORÇLANMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Nuray KOVANCI

Ankara – 2015

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**TÜRK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA
HİZMET BORÇLANMASI**

Yüksek Lisans Tezi

**HAZIRLAYAN
Nuray KOVANCI**

**DANIŞMAN
Prof. Dr. Levent AKIN**

Ankara - 2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**TÜRK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA
HİZMET BORÇLANMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Prof. Dr. Levent AKIN

Tez Jürileri

Adı-Soyadı

.....
.....
.....
.....
.....

İmza

.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınav Tarih:/....../.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	12
YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASI	12
I. GENEL OLARAK.....	12
II. BORÇLANMA HAKKINA SAHİP OLAN KİŞİLER	21
A. 18 Yaşını Doldurmuş Türk Vatandaşları ile Doğumla Türk Vatandaşı Olup da Çıkma İzni Almak Suretiyle Türk Vatandaşlığını Kaybedenler	21
1. Türk Vatandaşlığı	21
a) 5754 sayılı Kanun değişikliği öncesi	30
b) 5754 sayılı Kanun değişikliği sonrası	37
2. 18 Yaşını Tamamlamış Olma	39
B. Zorunlu Göç ile Türkiye' ye Gelenler	45
C. Ev Kadınları	51
D. Kamu Görevlileri	55
III. BORÇLANMA KAPSAMINDA OLAN SÜRELER	56
A. Sigortalılık Süreleri	56
B. İşsizlik Süreleri	58
C. Ev Kadını Olarak Geçen Süreler	59
D. Çocuk Yetiştirme Süreleri	59
IV. BORÇLANMA KAPSAMINDA OLMAYAN SÜRELER	60
V. KISMİ BORÇLANMA.....	66
VI. YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASININ KOŞULLARI	68
A. Başvuruda Bulunma	68
B. Kesin Dönüş Yapmış Olma	75
1. Genel Olarak	75
2. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve 4958 Sayılı Kanun Değişikliği	76
3. Kesin Dönüş Şartı ve Uygulama	83
a) İptal kararı öncesi	83
b) İptal kararı sonrası	87
aa) Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlük tarihi ve derdest davalarda uygulanması	89
bb) Kesin hüküm etkisi	91
cc) Kararların değerlendirilmesi	96
4. Kesin Dönüş Şartı	101
C. Başvuru Süresi	105
D. Borçlanılacak Sürelerin Belgelenmesi	111
1. Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Akdedilen Ülkelerde Geçen Sürelere Ait Belgeler	113
2. Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Akdedilmemiş Ülkelerde Geçen Sürelere Ait Belgeler	114
3. Ev Kadını Olarak Geçen Sürelere Ait Belgeler	116

4. Sözleşmesiz Ülkelerde Türk İşverenlerce Çalıştırılan Türk İşçilerine Ait Belgeler.....	116
E. Borcun Ödenmesi.....	117
1. Borçlanma Bedelinin Hesaplanması	118
2. Borç Miktarının Tebliği ve Ödenmesi.....	122
VII. YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASININ SONUÇLARI.....	124
A. Borçlanılan Sürelerin Değerlendirilmesi ve Sigortalılığın Başlangıcı.....	124
1. 3201 Sayılı Kanuna Göre Borçlanılan Sürelerin Değerlendirilmesi ve Sigortalılığın Başlangıcı.....	125
2. Sosyal Güvenlik Sözleşmelerine Göre Borçlanılan Sürelerin Değerlendirilmesi ve Sigortalılığın Başlangıcı	127
3. Sigortalılık Başlangıç Tarihinin Tespiti.....	135
4. Borçlanılan Sürelerin Değerlendirileceği Sigortalılık Hâlleri.....	140
5. Borçlanılan Sürelerin Yurt İçi Hizmet Süreleri ile Birleştirilmesi ve Çakışması	142
B. Aylık Bağlanması.....	149
1. Aylık Bağlama Şartları.....	149
a) Yurda kesin dönüş yapmak	149
aa) Yönetmelik ve genelgeye göre kesin dönüş.....	151
bb) Yargı kararları ışığında kesin dönüş	152
cc) Öğreti görüşlerinde kesin dönüş.....	160
b) Borcun tamamını ödemek	164
c) Sosyal güvenlik kanunlarına göre aylığa hak kazanmak	164
d) Kuruma yazılı başvuruda bulunmak	170
2. Aylık Bağlanması	170
3. Kısmi Aylık	172
4. Aylıkların Kesilmesi ve Yeniden Bağlanması	175
5. Yoklama İşlemleri ve Aylığın Durdurulması	181
6. Sosyal Güvenlik Destek Primi Uygulaması	183
a) Sosyal güvenlik destek primi	183
b) Sosyal güvenlik destek primi uygulamasına ilişkin usul ve esaslar	187
VIII. TRANSFERİ SAĞLANAN PRİMLERİN İADESİ.....	190
IX. BORÇLANMADAN VAZGEÇME VE BORÇLANMA MİKTARININ İADESİ	195
İKİNCİ BÖLÜM	198
YURT İÇİ HİZMET BORÇLANMASI	198
I. GENEL OLARAK.....	198
II. DOĞUM BORÇLANMASI.....	203
A. Genel Olarak	203
B. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebelik ve Doğum.....	204
C. Doğum Borçlanması.....	207
1. Kanunları Gereği Verilen Ücretsiz Doğum ya da Analık İzin Sürelerine İlişkin Borçlanma.....	210
a) Ücretsiz doğum ya da analık izin süreleri	210

b) Ücretsiz doğum ya da analık izin sürelerine ilişkin borçlanma	214
c) Ebeveyn izni ve evlat edinme durumunda borçlanma	222
2. İki Yıllık Süreye İlişkin Doğum Borçlanması	225
a) Borçlanmanın esas ve şartları	227
aa) Borçlanılabilecek doğum sayısı ve süresi	227
bb) Borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmama	231
cc) Çocuğun yaşaması	233
b) Doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemenin zaman bakımından uygulanması	233
aa) Kanunların zaman bakımından uygulanması	235
bb) Sosyal güvenlik kanunlarının zaman bakımından uygulanması	241
cc) Doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemenin geçmişe etkili olması	245
c) Doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranmaması	248
d) Borçlanma talep tarihinde sigortalı olma şartının aranmaması	252
e) Sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumlar	253
III. ASKERLİK BORÇLANMASI	256
A. Genel Olarak	256
B. İş Hukukunda Askerlik Hizmeti	257
C. Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Hizmeti	262
1. 5510 Sayılı Kanuna Göre Askerlik Hizmetini Yerine Getirenlerin Sigortalılığı	262
2. Askerlerin İzinli Bulundukları Sürelerde Çalışmaları	264
D. Askerlik Borçlanması	269
1. Kavram	269
2. Tarihsel Gelişim	270
3. Borçlanmaya İlişkin Esaslar	274
a) Sigortalı olarak tescil edilmiş olmak	274
b) Sigortalının askerlik görevini yerine getirmesi	275
c) Hava değişiminde geçen sürelerin borçlanması	278
d) Bedelli askerlik süresinin borçlanması	280
e) Kamu kurumlarında görev şeklinde yerine getirilen askerlik süresinin borçlanması	281
f) Firar süresi	281
g) Yurt dışında çalışan kişilerin askerlik borçlanması	281
h) Göçmen vatandaşların askerlik borçlanması	282
4. Askerlik Borçlanmasının Kıdem Tazminatı ile İlişkisi	286
a) Askerlik borçlanması bağlamında madde 14/4'ün uygulanma şartları	289
aa) Hizmet sürelerinin kamu kuruluşlarında geçmiş olması	289
bb) İş akdinin yaşlılık veya malûllük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla feshedilmiş bulunması	290
cc) Son kamu kuruluşundaki çalışmanın işçi statüsünde geçmiş olması	291

dd) Önceki hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermiş olması	292
ee) Öğretideki görüşler.....	293
b) Hak sahipleri açısından borçlanılan askerlik süresinin kıdem hesabında dikkate alınması	294
IV. PERSONEL MEVZUATINA GÖRE AYLIKSIZ İZİN SÜRELERİNİN BORÇLANILMASI	297
A. Genel Olarak	297
B. Aylıksız İzin Süreleri	298
1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Düzenlenen Aylıksız İzin Süreleri.....	298
2. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Aylıksız İzin Süreleri	300
C. Borçlanmaya İlişkin Esaslar	303
V. DOKTORA VE TIPTA UZMANLIK SÜRELERİNİN BORÇLANILMASI	305
A. Genel Olarak	305
B. Borçlanmaya İlişkin Esaslar.....	306
VI. AVUKATLIK STAJ SÜRESİNİN BORÇLANILMASI.....	307
A. Genel Olarak	307
B. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Avukat Stajyerlerinin Ücret Karşılığında Çalışması ve Sigortalılığı Sorunu.....	308
C. Borçlanmaya İlişkin Esaslar	312
VII.TUTUKLULUK VE GÖZALTINDA GEÇEN SÜRELERİN BORÇLANILMASI	314
A. Genel Olarak	314
B. Tutukluluk ve Gözaltında Geçen Sürelerin Borçlanması	316
1. Borçlanılabilecek Süreler.....	316
a) Tutukluluk süresi.....	317
b) Gözaltı süresi	319
2. Borçlanma Hakkına Sahip Olan Kişiler.....	323
3. Borçlanmaya İlişkin Esaslar	325
VIII. GREV VE LOKAVT SÜRELERİNİN BORÇLANILMASI	328
A. Genel Olarak	328
B. Grev Kavramı	331
1. Tanım	333
a) Maddî unsurlar	333
aa) İşi bırakanların işçi olması.....	333
bb) İşin topluca bırakılmış olması.....	334
dd) İşin tamamen bırakılması	335
b) Manevî unsurlar.....	336
aa) Toplu karar.....	336
bb) Amaç unsuru.....	337
2. Kanuni Grev	337
a) Grevin amacı	338
b) Grev yasakları	338
c) Usul şartları	339

C. Lokavt Kavramı	339
1. Tanım	339
a) Lokavt kararı	339
b) İşçilerin topluca işten uzaklaştırılmaları	340
c) İşten uzaklaştırmanın başka bir hakka dayanmaması	340
2. Kanuni Lokavt	340
a) Lokavtın amacı ve zamanı	341
b) Lokavt yasakları, ertelenmesi ve kötüye kullanılması	341
D. Grev ve Lokavt Kararının Alınması, Tevdii, Tebliğ ve İlanı	341
E. Grev ve Lokavtın Başlaması	342
F. Grev ve Lokavtın İş Sözleşmelerine Etkisi	342
G. Grev ve Lokavtta Geçen Sürelerin Borçlanması	343
IX. FAHRİ ASİSTANLIKTAKİ GEÇEN SÜRELERİN BORÇLANILMASI .	345
A. Genel Olarak	345
B. Borçlanmaya İlişkin Esaslar	346
X. SEÇİM KANUNLARI GEREĞİNCE GÖREVDEN İSTİFA EDİLMESİ	
HÂLİNDE AÇIKTA GEÇEN SÜRELERİN BORÇLANILMASI.....	347
A. Genel Olarak	347
B. Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı	348
1. Milletvekili Seçimlerinde Adaylık	349
2. Mahallî İdare Seçimlerinde Adaylık	352
3. Borçlanmaya İlişkin Esaslar	353
XI. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞILAN AYLARA AİT EKSİK SÜRELERİN	
BORÇLANILMASI	356
A. Genel Olarak	356
B. Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi	357
1. Tanımı	357
2. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanların Ücret ve Prim	
Ödemeleri	359
C. Borçlanmaya İlişkin Esaslar	361
XII. YURT DIŞINDA RESMÎ ÖĞRENCİ OLARAK GEÇEN ÖĞRENİM	
SÜRELERİNİN BORÇLANILMASI	363
A. Genel Olarak	363
B. Borçlanmaya İlişkin Esaslar	364
XIII. HİZMET BORÇLANMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR	367
A. Borçlanma Hakkına Sahip Olan Kişiler	367
B. Borçlanma Başvurusunda Bulunma	371
C. Borçlanılacak Sürelerin Belgelenmesi	375
D. Borçlanma Bedelinin Ödenmesi	376
1. Borçlanma Miktarının Tespiti	378
2. Borç Miktarının Tebliği ve Ödenmesi	380
XIV. HİZMET BORÇLANMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI	383
A. Borçlanılan Sürelerin Değerlendirilmesi ve Sigortalılığın	
Başlangıcı	383
B. Borçlanılan Sürelerin Değerlendirileceği Sigortalılık Hâlleri	394
XV. DİĞER BORÇLANMA SEÇENEKLERİ	398

A. Fakülte veya Yüksek Okullarda Kendi Hesabına Okuduktan Sonra Subay, Astsubay, Komiser Yardımcısı ve Polis Memuru Olarak Atananların 46 ncı Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar	398
B. 4 üncü Maddenin Birinci Fıkrasının (c) Bendi Kapsamına Alınanların Geçici 4 üncü Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar	399
C. 4 üncü Maddenin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin (1) ve (3) Numaralı Alt Bendi Kapsamında Sigortalı Olanların Geçici 8 inci Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar	403
D. 1479 ve 2926 Sayılı Kanunlar Kapsamındaki Sigortalıların Geçici 17 inci Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar	405
E. Ek Ders Ücreti Karşılığında Uzman ve Usta Öğretici Olarak Çalışanların Geçici 31 inci Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar	406
F. Sıkıyönetim Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Suçlar Nedeniyle Yakalanan veya Tutuklananların Geçici 36 ncı Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar	407
G. 1416 Sayılı Kanuna Göre Yurt Dışına Gönderilip Yurda Dönenlerden Yükümlü Bulunduğu Mecburi Hizmet Süresini Tamamlamış Olanların Geçici 43 üncü Madde Kapsamında Yapacakları Borçlanmalar	408
H. Personel Mevzuatına Göre Almış Oldukları Disiplin Cezaları Sonucu Memuriyetleri Sona Erip Disiplin Cezaları Bütün Sonuçları ile Ortadan Kaldırılanların Geçici 44 üncü Madde kapsamında Yapacakları Borçlanmalar	409
I. Geçici 43 ve 44 üncü Madde Kapsamında Bulunup Da Süresinde Borçlanma Yapamayanların Geçici 51 inci Madde Kapsamında Yapacakları Borçlanmalar	411
J. Geçici 44 ve 51 inci Madde Kapsamında Bulunup Da Süresinde Borçlanma Yapamayanların Geçici 56 ncı Madde Kapsamında Yapacakları Borçlanmalar	411
K. Sanatçı Hizmet Borçlanması	412
SONUÇ	415
KAYNAKLAR	426
ÖZET	449
ABSTRACT	450

KISALTMALAR

AK	: Avukatlık Kanunu
Any	: Anayasa
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Bölüm
Bağ-Kur	: Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D	: Danıştay
D.	: Daire
DD	: Danıştay Dergisi
D İDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi
dn.	: Dipnot
geç.	: Geçici
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İK	: İş Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname

m.	: madde
MK	: Medenî Kanun
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SSİY	: Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
TVK	: Türk Vatandaşlığı Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
v.s.	: ve saire
Y	: Yargıtay
Y.	: Yasama
Y CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
Y HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Ynt	: Yönetmelik
YSK	: Yüksek Seçim Kurulu

GİRİŞ

Toplumsal yaşam bireyleri olumsuz yönde etkileyen ve bireylerin tek başına mücadele edemeyeceği birtakım sosyal risklerle doludur.¹ Hastalık, sakatlık, iş kazaları, işsizlik, yaşlılık, ölüm gibi riskler bütün insanların karşılaşacağı kaçınılmaz sosyal risklerdir. İnsanlar her dönem sosyal riskler karşısında kendilerini ekonomik güvence altına alma ihtiyacı duymuşlardır. Sosyal riskler ve bunlardan korunma ihtiyacı sosyal güvenlik uygulamalarını ve sosyal devlet anlayışını doğurmuştur.²

Sosyal güvenlik, bireyin bugününden ve yarınından emin olabilmesi, yaşamını insan onuruna yakışır bir şekilde sürdürmesi ve kişiliğini geliştirmesi için gerekli güvencelere sahip olması demektir.³ Sosyal güvenlik, tarihsel süreç içerisinde insanların artan güvenlik ihtiyaçlarını giderme, mutlu ve esenlik içerisinde yaşamasını sağlamaya çalışır.⁴ Sosyal güvenlik politikalarının temeli sosyal riskleri ortadan kaldırmak,⁵ en azından etkilerini azaltmaktır.

Sosyal güvenlik hukuku alanında ana kavram “*sosyal güvenlik hakkı*”dır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası hukuk belgeleri ve bunlardan esinlenen çağdaş anayasalar sosyal güvenlik hakkını, temel hak ve özgürlük olarak düzenlemişlerdir. Temel hak ve özgürlükler, insan hakları kavramının anayasal düzenlemelerdeki pozitifleşme ayağıdır. İnsanoğlunun toplumsal hayattaki mücadelesinin oluşturduğu kavramlardan biri olan insan hakları, insanın değerini korumayı, maddi ve manevi varlığını geliştirmeyi amaçlayan üstün kurallar bütünüdür.⁶ Sosyal güvenlik hakkı da insan onuruna uygun asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlar. Sosyal güvenlik

¹ Bulut, s.146.

² Gerek, s.2 vd.

³ Zırhlı, s.13.

⁴ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.27.

⁵ Bulut, s.146.

⁶ Işıktaç, s.190.

hakkının bir diğerk amacı da toplumda gelirin yeniden dağıtılmasını sağlayan sosyal adaletin gerçekleşmesidir.⁷

Sosyal güvenlik hakkını vurgulayan uluslararası sosyal politikanın en önemli belgelerinden biri 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirgenin 22. maddesine göre; herkes, toplumun bir ferdi olarak sosyal güvenlik hakkına sahiptir; sosyal güvenlik, bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatmin edilmesine dayanır.

Bildirgenin, tamamlayıcı olarak görülebilecek 25 inci maddesinde ise, her insanın yiyecek, giyecek, konut, tıbbi bakım ve gerekli toplumsal hizmetler de dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlığını ve refahını sağlayacak uzun bir yaşam düzeyine hakkı olduğu; işsizlik, hastalık, sakatlık ya da geçim olanaklarından iradesi dışında yoksun kaldığı diğer hâllerde, güvenlik hakkına sahip olduğu vurgusuyla sosyal güvenlik hakkı, temel insan hakları arasında sayılmaktadır.

Sosyal güvenlik hakkı, sosyal bir haktır. Sosyal haklar herkese insan onuruna yaraşan asgarî bir yaşam seviyesi sağlamaya yönelik olan haklardır. Anayasalar tarafından tanınıp korunan sosyal haklar temel hak ve özgürlüklerin bir alt kategorisini oluşturmakta⁸ ve devlete eylemde bulunma, harekete geçme, bir hizmet sağlama ödevi yüklemektedir.⁹ Sosyal hakların bu niteliği karşısında “sosyal devlet” kavramı yer alır. Sosyal devlet, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder.¹⁰ Sosyal devlet ilkesinin gereği, sosyal güvenlik sistemi kurmak ve bunu sürdürmek, gelişen ve değişen sosyo-ekonomik koşullar karşısında sistemi korumak ve ilerletmektir.¹¹

⁷ Bulut, s.146.

⁸ Gözler, Anayasa Hukuku, s.491.

⁹ Gözler, Anayasa Hukuku, s.512.

¹⁰ Özbudun, s.137.

¹¹ Bulut, s.150.

Hukukumuzda 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹² “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” şeklindeki (m. 60) hükmü ile sosyal güvenlik hakkını tanımış ve sosyal güvenlik hakkına anayasal değeri atfetmiştir.

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde belirtildiğı üzere; Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında sosyal güvenliğe ilişkin çerçeveyi şu şekilde tanımlamıştır:

“...devletin temel amaç ve görevleri arasında insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak, kişiyi mutlu kılmak, onların hayat mücadelesini kolaylaştırmak, insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamalarını sağlamak gibi hususlar da yer alırlar. Gerçekten yarattığı gelecek güvencesiyle bu mutluluğa hizmet eden araçlardan biri de sosyal güvenliğin temin edilmiş olmasıdır.”¹³

Sosyal devlette sosyal güvenliğı sağlamaya yönelik araçlardan en önemlisi, sosyal sigortalardır. Sosyal sigorta, ekonomik yönden zayıf olan çalışan kesimlerin işgücünü korumak, çalışanların ve aile üyelerinin geleceğini garanti altına almak ve böylece toplum hayatında sosyal güvenliğı sağlamak amacı ile kurulan teşkilatlı zorunlu bir sigortadır. Sosyal sigortaların amacı sosyal risklere karşı güven sağlamaktır.¹⁴ Sosyal sigorta ilişkisi, sigortalı, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında kurulan kamu hukuku karakterli bir ilişkidir.¹⁵

Türk kanunkoyucusu da sosyal devlet olmanın gereğı olarak ve bireyleri sosyal risklere karşı koruyabilmek amacıyla sosyal sigorta alanında hukuki düzenlemeler yapmış ve sosyal güvenlik sistemini kurmuştur.

¹² RG. 9.11.1982, S.17863, Mükerrer.

¹³ AYM, 21.10.1986, 16/25, AMKD, S.22, 1987, s.290.

¹⁴ Ayhan, s.18; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.67 vd.

¹⁵ Y 10. HD, 21.10.2010, 2009/6282, 2010/14165, Legal, C.8, S.30, Y.2011, s.798-800; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.68.

Ülkemizde T.C. Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu kurularak sosyal güvenliğin temel teşkilatları oluşturulmuştur. Günümüzde bu kurumların yerini Sosyal Güvenlik Kurumu almıştır.¹⁶

Türk sosyal güvenlik sistemi sosyal riskler bağlamında iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malullük, yaşlılık, ölüm ve işsizlik risklerine karşı koruma sağlamaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹⁷ sosyal riskleri kendi içinde sınıflandırarak kısa vadeli sigorta kolu ve uzun vadeli sigorta kolu olmak üzere iki sigorta kolu düzenlemiştir. Kanunun 3. maddesine göre; kısa vadeli sigorta kolları; iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kollarını ifade ederken, uzun vadeli sigorta kolları; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortası kollarını ifade eder.

Sosyal sigortaların en önemli kollarından birisini yaşlılık sigortası oluşturur. Yargıtay kararlarına göre de; söz konusu sigorta kolu bir yönüyle kişinin yaşam hakkıdır. Yaşam hakkına duyulan saygının sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu haktan vazgeçilemez ve kaçınılamaz.¹⁸ Belirli bir süre prim ödeyen kimsenin emekliliği döneminde gelir elde etmesi sosyal güvenliğin amacıdır.¹⁹ Hukukî düzenlemeler ile de bireylere yaşadıkları toplum içinde insan onuruna yaraşır şekilde, başkalarına muhtaç etmeyecek asgari bir hayat standardı sağlanmak istenmiştir.²⁰

Hukukumuzda uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlara hak kazanabilmek için sigortalı ile sosyal güvenlik kurumu arasında bir sosyal sigorta ilişkisinin varlığı aranmaktadır. Bu sosyal sigorta ilişkisi, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı olarak ifade edilmektedir.²¹

¹⁶ 20.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı, T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur Genel Müdürlüğü; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı çatısı altında birleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Caniklioğlu-Canbolat, s.882 vd.

¹⁷ RG. 16.06.2006, S.26200.

¹⁸ Y HGK, 05.02.2003, 21-30/57, Güzel, Değerlendirme 2002, s.267.

¹⁹ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.28.

²⁰ Y HGK, 06.03.2002, 21-132/ 139, Güzel, Değerlendirme 2002, s.267.

²¹ Özer, s.1137.

Sigortalıların özellikle yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için kanunda öngörülen sigortalılık süresini doldurmaları ve prim ödeme gün sayısına ulaşmış olmaları gerekmektedir. Sigorta sistemimiz sigortalılık süresi bakımından kesintisiz prim ödenmesini, bir diğer ifadeyle fiilen çalışılmasını şart koşmayan bir sistemdir.²² Sigortalılık tescilinden sonra çalışılmayan zaman diliminde sigortalılık süresi devam etmekle beraber prim ödeme gün sayısı bu süreye paralel olarak ilerlememektedir. Öte yandan kimi durumlar da sigortalılık süresinden sayılmamaktadır. Dolayısıyla sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının sonradan tamamlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.²³ Söz konusu durum karşısında sigorta yardımlarına hak kazanmak için aranan sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını etkileyen hukuki kurumlar oluşturulmuştur. Bu kurumlar esas olarak ihya-hizmet canlandırması, itibari hizmet süreleri ve hizmet borçlanmasıdır.²⁴

Primi ödenmeden geçirilmiş çalışma sürelerinin sonradan borçlanılarak ödenmesi ve uzun vadeli sigorta kollarını oluşturan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresine eklenmesine ve hizmetten sayılmasına hizmet borçlanması denmektedir.²⁵ Kanunkoyucu sosyal düşüncelerle çıkarlar dengesini ve adalet duygularını da gözeterek primi ödenmeyen sürelerin primlerinin ödenmesi yoluyla sigortalılıkta işlem görmesini hükme bağlayarak hizmet borçlanması kurumunu oluşturmuştur. Bu bağlamda hizmet borçlanması, sosyal ve ekonomik ihtiyaçların ortaya çıkardığı bir olanaktır.²⁶ Sonuç olarak borçlanma kurumu, kanunkoyucunun sosyal güvenlik açısından adaleti sağlayabilmek amacıyla getirilen ve kişilerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin kayıplarını telafi etmek suretiyle sosyal koruma sağlamayı hedefleyen bir kurumdur.²⁷

Sigortalıların belirli koşullarda hizmet borçlanması yapabilecekleri ILO'nun 131 ve 43 sayılı tavsiye kararlarında ifadesini bulmuştur. ILO'nun

²² Centel, Değerlendirme 2005, s.269.

²³ Tuncay-Ekmekçi, s.499.

²⁴ Okur, Türk Vatandaşlığı Koşulu, s.109.

²⁵ Y 21. HD, 27.05.1996, 2172/3076, Ernam, s.263; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.329; Tuncay-Ekmekçi, s.116.

²⁶ Tuncay, Karar İncelemesi, s.1019.

²⁷ Arıcı, Doğum Borçlanması, s.164.

sigortalıların hizmetlerini borçlanabileceğini düzenleyen 43 sayılı malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ilişkin tavsiye kararının 7. maddesinde, hastalık, analık, işsizlik gibi geçici işgöremezlik sürelerinin belirlenecek sınırlar ölçüsünde bekleme döneminin hesabında dikkate alınmasının gerektiği öngörülmüştür. Yine, 131 sayılı malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ilişkin tavsiye kararında da, zorunlu askerlik hizmetinin bekleme süresinden sayılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca 131 sayılı tavsiye kararında hastalık, kaza veya doğumdan kaynaklanan çalışamama hâlleri ile irade dışı gerçekleşen işsizlik durumlarına ilişkin sürelerin primlerinin ödenmesi, bir diğer ifade ile borçlanması hâlinde bu sürelerin sigortalılık ve prim ödeme sürelerinin hesabında dikkate alınacağı kabul edilmiştir. 43 sayılı tavsiye kararının 16.07.2004 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olması sebebiyle bu konuya ilişkin uluslararası belgenin 131 sayılı tavsiye kararı olduğunu söylemek mümkündür.²⁸

Tavsiye kararlarında bu şekilde ifadesini bulan borçlanma hakkına yabancı hukuklarda pek rastlanılmamaktadır. Bunun sebebi ise yabancı hukuk sistemlerinde sigortalılık süresinin aynı zamanda prim ödeme süresini ifade ediyor olmasıdır. Böylece sigortalı sayılıp da primi ödenmemiş süre söz konusu olmamaktadır. Bunun sonucunda da primi ödenmeden geçirilmiş sürenin telafisi ihtiyacı ortaya çıkmamaktadır.²⁹ Ancak bazı ülke uygulamalarında, malullük, isteğe bağlı olmayan işsizlik, çocuk yetiştirme veya hizmet içi eğitim ve benzeri bazı sürelerin borçlanılabilmesine de izin veren düzenlemelere rastlanabilmektedir.³⁰

Türk hukukunda sigortalılık süresinin aynı zamanda prim ödeme süresini ifade etmemesi ve sigortalılık süresi devam ediyor olmasına rağmen prim ödemeden geçirilen sürelerin var olması karşısında yabancı hukuk sistemlerinden farklı olarak borçlanmaya ilişkin birçok düzenleme yapılmıştır. Bu sebeple borçlanma hakkı bize özgü bir hak olarak nitelendirilmektedir.³¹

²⁸ Özer, s.1137 vd.

²⁹ Özer, s.1138.

³⁰ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.187.

³¹ Tuncay-Ekmekçi, s.499.

Hizmet borçlanması için belli bir kanunun veya kanun hükmünün bu olanağı vermiş olması gerekir.³² Borçlanma imkânı sözleşme ile yaratılamaz.³³ Bir diğer ifade ile ancak açık bir kanun hükmünün varlığı hâlinde borçlanma yapılabilir. Kanunda sayılan süreler dışında borçlanma yapılamaz.³⁴ Bu nedenle de borçlanılabilecek sürelerin sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olduğu söylenebilir.³⁵

Türk sosyal güvenlik hukuku mevzuatına hizmet borçlanması kurumu, 506 sayılı Kanunda değişiklik yapan 23.10.1969 tarih ve 1186 sayılı Kanun³⁶ ile girmiştir. 1186 sayılı Kanunun 21. maddesiyle 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 3. maddede, “Bu kanunun yayımından önce çeşitli işyerlerinde fikir ve beden işçisi olarak çalışmakta olup, her ne sebeple olursa olsun Sosyal Sigortalar Kurumuna veya bu Kuruma devredilen çeşitli emekli sandıklarına emekli veya yaşlılık aylığına esas olacak prim ödememiş olanlar hizmetlerini belgelendirdikleri ve o zamana ait ilk aylık ücretleri üzerinden işçi ve işveren sigorta primlerini en geç beş yıl içinde defaten veya eşit taksitlerle ödedikleri takdirde toplam olarak en çok 10 yıllık hizmetleri Sosyal Sigortalarda veya Sosyal Sigortalara devredilen sandıklarda geçen hizmetleriyle birleştirilir.” hükmüne yer verilmiştir.³⁷

1186 sayılı Kanunla getirilen hizmet borçlanması hükmü, üç yılı aşkın bir süre uygulamada kaldıktan sonra, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın “sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkesine” aykırı bulunarak iptal edilmiştir.³⁸ Ancak, iptal kararının yayınlandığı güne kadar kazanılmış haklar saklı tutulmuştur.

³² Okur, Değerlendirme 2001, s.234.

³³ Tuncay, Değerlendirme 2000, s.235.

³⁴ Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s.550.

³⁵ Tuncay, Karar İncelemesi, s.1019.

³⁶ 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bâzı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bâzı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG. 3.11.1969, S.13341.

³⁷ Hizmetlerin borçlanma yoluyla değerlendirilmesi, 1186 sayılı Kanunun yayınlandığı tarihten önceki hizmetler için kabul edilmiş olmakla beraber, bu sürenin, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmaya başladığı 01.04.1950 tarihinden önceki de kapsayıp kapsamayacağı tartışmalı idi. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile, 01.04.1950 tarihinden önceki hizmetlerin de borçlanma yoluyla birleştirilebileceğine hükmedilmiştir. Y İBK, 06.11.1971, 2/4, <http://www.kararevi.com/karars/242740>, 13.12.2012.

³⁸ AYM 17.10.1972, 16/49, RG. 01.03.1973, S.14463.

Sonraki dönemlerde zaman zaman değişik kesimler için geçici nitelikte hizmet borçlanmaları kabul edilmiştir. Geçici nitelikteki kanunlara 1912³⁹, 2098⁴⁰, 2167⁴¹ ve 3395⁴² sayılı Kanunlar örnek gösterilebilir. Son dönemlere doğru hizmet borçlanmaları, borçlanılacak sürelerin yurt içinde ve yurt dışında geçmiş olmasına göre ayrı ayrı düzenlenmiş ve farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

Yurt içinde geçen sürelerin borçlanılmasına ilişkin düzenlemeler esas olarak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunlarında yer almaktadır. Emekli Sandığı Kanunu dışındaki sosyal güvenlik yasaları uyarınca sigortalı ya da iştirakçi olanlara genellikle askerlikte, grev ve lokavtta geçen süreler ile yurt dışında geçen hizmetlerini borçlanma olanağı tanınırken, Emekli Sandığı Kanununda askerlik ve yurt dışında geçen sürelerin borçlanması yanında, diğer bazı borçlanma şekillerine de yer verilmiştir. Önceleri 5434 sayılı Kanunun geçici maddelerinde yer alan borçlanma hükümleri daha sonra yasanın ek maddelerinde toplanarak iştirakçilerin söz konusu hükümler uyarınca borçlanabilmeleri mümkün hâle getirilmiştir.⁴³

5434 sayılı Kanun kapsamında borçlanma hâllerinin kapsamının diğer sosyal güvenlik kanunlarına nazaran daha geniş tutulması, 5434 sayılı Kanuna tabi sigortalılar ile diğer sigortalılar arasında eşitsizlik yaratmıştır. Sigortalılar arasında eşitliğin sağlanabilmesi amacıyla reform sürecinde, 506, 5434 ve 1479 sayılı Kanunlarda yer alan geçici borçlanmalar, askerlik borçlanması, yurt dışı hizmet borçlanması, grev ve lokavtta geçen sürelerin borçlanması hâlleri ve borçlanma esasları 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda işçi, bağımsız çalışan ve kamu

³⁹ 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Madde ve Fıkralarının Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG. 22.06.1975, S.15273.

⁴⁰ 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Bazı Ek ve Geçici Maddelerle 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 32 nci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Kanun, RG. 24.08.1977, S.16037.

⁴¹ 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Madde ve Fıkralarının Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG. 11.07.1978, S.16343.

⁴² 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG. 09.07.1987, S.19512.

⁴³ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.188.

görevlilerini kapsayacak biçimde ortak hükümlerle tek madde başlığı altında yeniden düzenlenmiş⁴⁴ ve temel ilkeleri belirlenmiştir (m. 41/1). Bununla birlikte geçici maddelerde de birtakım borçlanma imkânlarına yer verilmiştir. 5510 sayılı Kanunun borçlanmaya ilişkin düzenlemelerinin diğer kanunlardan ayırt edici yönü, borçlanmanın kapsamının hem kişi hem de konu yönünden genişletilmiş olmasıdır.

Yurt dışında geçen sürelerin borçlanması ilk olarak 30.05.1978 tarihli 2147 sayılı *“Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”*⁴⁵’da düzenlenmiştir. Daha sonra 3201 sayılı *“Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”*⁴⁶ yürürlüğe girmiştir.

Hem yurt içi hem yurt dışı hizmet borçlanmasında karşımıza çıkan temel kavramlara ilişkin kanunî düzenlemelere değinmekte fayda vardır. Yukarıda belirtildiği üzere, sigortalı veya hak sahiplerince borçlanılan süreler, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını etkilemektedir.

Bahis konusu ilk temel kavramlar, hem 5510 sayılı Kanun hem de 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanma hakkına sahip olan, *“sigortalı ve hak sahipleri”* dir. Söz konusu kavramlar 5510 sayılı Kanunda tanımlanmıştır. Kanunun 3. maddesine göre, sigortalı; kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi⁴⁷; hak sahibi; sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını ifade eder.

5510 sayılı Kanun sigortalıları 506, 1479 ve 5434 sayılı Kanunları esas alarak üç grupta toplamıştır. Şöyle ki; 506 sayılı Kanun kapsamına

⁴⁴ Okur, Uzun Dönemli Sigorta Dallar, s.125.

⁴⁵ RG. 7.6.1978, S.16309.

⁴⁶ RG. 22.5.1985, S.18761.

⁴⁷ Ayrıntılı inceleme için bkz. Akın, Sigortalılık Kavramı, 23-63.

girenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında; 1479 sayılı Kanun kapsamına girenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında; 5434 sayılı Kanun kapsamına girenler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak sayılmıştır. 2925 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar adı geçen kanunun bazı hükümleri yürürlükte bırakılarak 5510 sayılı Kanun kapsamına alınmışlardır. Ayrıca isteğe bağlı sigorta tekniği de düzenlenerek isteğe bağlı sigortalı sınıfı oluşturulmuştur.

Bir diğer temel kavram, “*sigortalılık süresi*” dir. 5510 sayılı Kanuna göre; aylık bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süreleri, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen süredir. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından sigortalılık süresi; sigortalılığın başlangıç tarihi ile 48 inci maddeye göre yetkili makamdan emekliye sevk onayının alınarak görevi ile ilişkisinin kesildiği ayın son günü arasında geçen süredir (m. 38/3). Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı da; sigortalının, mülga 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanununa, mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Hakkında Kanuna, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır (m. 38/1).

Son olarak “*prim ödeme gün sayısı*”ndan söz etmek gerekir. 5510 sayılı Kanuna göre; kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası

için, bu Kanunda ngrlen her türlü demeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır (m. 79/1). Prim deme gün sayısı, kural olarak, sigortalının ücret aldığı dönem için söz konusudur.

Sonuç olarak, yürürlükteki mevzuatımızda borçlanılabilecek sürelerle borçlanma usul, hüküm ve sonuçları 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir.

Mevcut tez çalışmasında, sosyal güvenlik hakkını hayata geçirmek için getirilen hizmet borçlanması kurumu ve borçlanma kurumunun sosyal güvenlik hukuku içindeki yeri irdelenmeye çalışılacaktır.

Tez; hizmet borçlanmasına ilişkin mevzuat, yargı kararları, öğretideki görüşler ve Kurum uygulaması ışığında incelenen iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde yurt dışı hizmet borçlanması; ikinci bölümde, yurt içi hizmet borçlanması ele alınmıştır. Bazı konular uygulamada tartışmalara neden olduğu için diğerlerine göre daha ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Sonuç bölümünde ise genel değerlendirmelerde bulunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASI

I. GENEL OLARAK

Bireylerin bir yerleşim biriminden başka bir yerleşim birimine geçici veya kalıcı şekilde hareketi “göç” kavramını doğurmuştur. Göçün; ekonomik, siyasi ve askeri, sosyal ve kültürel, ailevi, dinî ve doğal nedenleri olmak üzere zaman içinde farklılık arz edebilen çeşitli nedenleri vardır. Göçün ekonomik temelli nedenleri işsizlik, gelir dağılımındaki eşitsizlik ve bu duruma paralel olarak gelişen açlık ve yoksulluktur.⁴⁸ Özellikle işsizliğin var olması, nüfus artış hızının yüksekliği, millî gelirin düşük olması, çalışma koşullarının istenen seviyede olmaması, yatırım ve eğitim olanaklarının yetersiz olması gibi durumlar insanların ülke içinde veya başka ülkelere göç etmesine neden olmuştur. Bir ülke işgücünün bir kısmının çalışmak amacıyla ülkeleri dışına çıkması ve orada istihdam edilmeleri “yurt dışına işçi göçü” şeklinde ifade edilmektedir.⁴⁹

Türkiye’de gelir dağılımındaki eşitsizlik, yoksulluk gibi ekonomik nedenlerden ötürü⁵⁰ 1960’lı yılların başından itibaren yoğun bir biçimde başta Almanya olmak üzere Batı’nın endüstri ülkelerine doğru yurt dışına işçi göçü başlamıştır. İşgücü çıkış hızı dönem dönem azalsa da günümüze kadar devam etmiştir.⁵¹

1960’lı yıllarda kalkınma planları kapsamında istihdam sorununa çözüm getirebilmek amacıyla yurt dışına işçi göçü devlet politikası olarak belirlenmiş ve işçi göçü anlaşmaları yapma yoluna gidilmiştir. Türkiye’den işçi göçü ile ilgili ilk anlaşma Türk Dışişleri Bakanlığı ile Szleswig-Holstein Çalışma Bakanlığı arasında 1957’de yapılmıştır. İşçi göçü anlaşması sonucunda Nisan 1957’de oniki zanaatkâr aileleriyle birlikte Kiel’e gitmiştir.

⁴⁸ Taşçı, s.184 vd.

⁴⁹ Yıldırımoglu, Türk Emek Göçü, s.130.

⁵⁰ Talas, s.17.

⁵¹ Sözer, Emeklilik İçin Borçlanma, s.629; Talas, s.9. Yurt dışında bulunan vatandaşlarımıza ilişkin sayısal bilgiler hakkında bkz. <http://www.csgeb.gov.tr/csgebPortal/diyih.portal?page=yv&id=1>, 08.11.2014.

Bu tarihten sonra iki ülke arasında işgücü hareketliliği artmaya başlamış ve bu hareketliliğin düzene bağlanması için 30 Ekim 1961 tarihinde Türkiye ve Almanya arasında İkili İşgücü Anlaşması imzalanmıştır. Bunu Avusturya, Belçika ve Hollanda ile 1964 yılında, Fransa ile 1965 yılında, İsviçre ile 1967 yılında imzalanan anlaşmalar izlemiştir. Bu anlaşmalarda işgücü göçünden sorumlu kurum İş ve İşçi Bulma Kurumu⁵² olarak belirlenmiştir. 1946 yılında kurulan ve ülkemizde istihdam politikalarının oluşturulması ve uygulanmasında, işgücü piyasasının geliştirilmesi ve işsizlikle mücadelede öncü kurum durumunda olan İş ve İşçi Bulma Kurumu, yurt dışına kitlesel işçi göçünün koordinasyonu görevini üstlenmiş ve yaklaşık sekizyüz bin kişinin işçi olarak yurt dışına gönderilmesine aracılık etmiştir.⁵³

Yurt dışına giden işçilerimizin birçoğu göç ettikleri ülkenin sosyal ve ekonomik hayatına uyum sağlayamamaları, çalışma ve oturma izinlerinin uzatılmasında yaşanan sorunlar, ülkelerin ekonomik bunalımlar nedeniyle Türk işçileri geri gönderme kararları alması gibi nedenlerle bir süre sonra yurda geri dönüş yapmak zorunda kalmışlardır. Yurda geri dönüşle sonuçlanan Türk işçi akımı, tam bir göç olarak adlandırılmaz.⁵⁴ Yabancı ülkelere yönelen işçi akımının geçici nitelikte olduğu söylenebilir. Özellikle Almanya'daki işçilerimizi klasik anlamda göçmen olarak kabul etmek güçtür.⁵⁵

Sosyal güvenlik sisteminde temel kural, çalışılan ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmaktır. Ancak işverenlerince geçici ve kısa süreli olarak yurt dışında görevlendirilen Türk işçiler hakkında uluslararası sosyal hukukta geçerli olan *dışa yansımaya ilkesi* gereğince Türk Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatı uygulanır ve sigorta primleri işverenleri tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na yatırılır.⁵⁶ Geçici süreli çalışmalarda çalışılan ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olunmaması, mükerrer sigortalılığı önlemektedir.⁵⁷ Yurt dışına uzun süreli olarak giden Türk işçilerine ise *mülkilik prensibi* gereği bulundukları devlet sosyal güvenlik hukuku mevzuatı

⁵² Kurumun şu anki adı Türkiye İş Kurumu'dur.

⁵³ Yiğit, s.44 vd.

⁵⁴ Ansay, s.581.

⁵⁵ Ansay, s.584 vd.

⁵⁶ Sözer, Emeklilik İçin Borçlanma, s.630.

⁵⁷ Bulut, Türkiye'de Bağımlı ve Bağımsız Çalışan Yabancılar, s.211 vd.

uygulanır.⁵⁸ Sosyal güvenlikle ilgili düzenlemeler kamu hukuku karakterli ülkesel kuralları olduğu için uygulama alanları yürürlükte oldukları ülkeyle sınırlıdır, etkilerini ülke dışına taşırmazlar. Bu bağlamda özellikle uzun vadeli sigorta kollarından birini teşkil eden yaşlılık sigortası açısından uzun süreli olarak yurt dışına giden işçilere, ister bir Türk isterse bir yabancı firma tarafından istihdam edilmiş olsunlar, ikamet ettikleri ülke mevzuatı esas alınarak emeklilik aylığı bağlanır.⁵⁹

Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin çalıştıkları ülke kuruluşlarınca sağlanması esastır. Ancak çalışılan ülke mevzuatlarında bu yönde düzenlemelerin olmaması, sosyal güvenlikten yararlanma koşullarının ağırlaştırılmış olması veya Türkiye ile aralarında anlaşma olmaması gibi nedenlerle vatandaşlarımız sosyal güvenlikten mahrum kalmıştır.⁶⁰ Vatandaşlarımızın yurt dışında geçen sürelerinin ülkemizde sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi konusundaki göç alan ve göç veren ülkeler arası ilişkilerdeki anlaşmazlıklar ve ülke mevzuatındaki düzenleme eksiklikleri sosyal güvenlikle ilgili sorunun büyümesine sebep olmuştur. Bu yüzden zaman içerisinde yurt dışında yaşayan çoğu vatandaşımız yukarıda bahsedildiği üzere Türkiye'ye dönüş yapmışlardır.

Önceleri Türk işçilerin yurt dışında emekli aylığına hak kazanabilmek için gerekli olan koşulları sağlayamadan yurda kesin dönüş yapmaları hâlinde hem işçiler hem de aileleri sosyal güvenceden yoksun kalmaktaydılar. Zira bu işçilerin yurt dışında çalışarak geçirdikleri süreleri dikkate alan ve Türkiye'deki çalışma süreleri ile birleştirilmesini öngören bir düzenleme yoktu. Bu durum ise yurda dönen vatandaşlarımızın sosyal güvenlik haklarını kazanabilmeleri için Türkiye'de çalışan sigortalılardan daha uzun süre çalışıp prim ödemelerini gerektiriyordu. Türk mevzuatı ve yabancı ülkelerdeki

⁵⁸ Sözer, Emeklilik İçin Borçlanma, s.630.

⁵⁹ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.553 vd.; Sözer, Emeklilik İçin Borçlanma, s.630.

⁶⁰ Araslı, s.1718.

mevzuat arasındaki farklılıklar ve işçilerin ödedikleri primleri geri almak istemeleri de sorunu büyötmekteydi.⁶¹

Yurt dışında çalışan Türk işçilerinin sosyal güvenliklerinin sağlanabilmesi amacıyla ilk olarak Türk vatandaşlarının çalışmakta oldukları ölkeler ile ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri imzalanmıştır.⁶² İkili sosyal güvenlik sözleşmeleri ile her iki ölkede vatandaşlarının çalışılan ölkede vatandaş ile hak ve yükümlölükler açısından eşit işlem görmelerini, her iki ölkede geçen hizmetlerin birleştirilmesini, çalışılan ölkelerde kazanılan haklardan kendi ölkelerine dönmeleri hâlinde de yararlanmalarını öngören temel haklar düzenlenmiştir.⁶³ Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ölkelerde istihdam edilen Türk işçileri için sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça zorunlu sigorta, iş ilişkilerinden doğan hak ve yükümlölükler bakımından çalıştıkları ölkede sosyal güvenlik mevzuatı uygulanır.⁶⁴

Sosyal güvenlik sözleşmelerinde yurt dışında geçen hizmetlerin Türkiye'deki hizmetlerle birleştirilmesi esas getirilmiş olsa da Türk işçilerin bulunduğu her ölkede sözleşme yapılamamış olması, bazı meslek alanlarının ilgili sözleşmelerde kapsam dışı tutulması, her bir sigorta kolu bakımından ikili sözleşmeler arasında farklılıklar bulunması, akdedilen bazı sözleşmelerin sürelerin değerlendirilmesi konusunda yeterli hükümler içermemesi işçilerin yurt dışı ve yurt içi hizmetlerini birleştirme konusundaki sıkıntılarının devam etmesine sebep olmuştur.⁶⁵

1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁶⁶'nın 48. maddesinde herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, bu hakkı sağlamak için sosyal

⁶¹ Caniklioğlu-Canbolat, s.867.

⁶² Tunçomağ, s.246. Türkiye'nin ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri imzaladığı ölkeler ve sözleşmelerin yürürlük tarihleri şu şekildedir: Almanya 01.06.1961, Fransa 01.08.1973, Hollanda 01.02.1968, Belçika 01.05.1968, Danimarka 01.12.2003, Avusturya 01.10.1969, İsviçre 01.01.1972, İsveç 01.05.1981, İngiltere 01.06.1961, Libya 01.09.1985, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti 01.12.1988, Azerbaycan 09.08.2001, Arnavutluk 01.02.2005, Bosna-Hersek 01.09.2004, Çek Cumhuriyeti 01.01.2005, Lüksemburg 01.06.2006, Makedonya, 01.07.2000, Norveç 01.06.1981, Romanya 01.03.2003, Kanada 01.01.2005, Gürcistan 20.11.2003, Kebek 01.01.2005. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/diyih.portal?page=yv&id=2>, 09.11.2013.

⁶³ Şakar, Sosyal Sigortalar, s.55 vd.

⁶⁴ Yıldırımöğlu, Türk İşçiler, s.254.

⁶⁵ Canbolat, s.1736; Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.554 vd.; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.256.

⁶⁶ RG. 20.07.1961, S.10859.

sigortalar ve sosyal yardım teşkilatı kurmak ve kurdurmak ödevinin Devlete ait olduğu belirtilmişti. 1982 Anayasası'nda da, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra bu hakkın yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak görevinin Devlete ait olduğu belirtilmiştir (m. 60). Anayasa ile güvence altına alınan bu hakkın kapsamına Türkiye'de yaşayan Türk vatandaşı ve yabancı uyruklu kişilerin yanında yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları da girmektedir ve onların da aynı şekilde sosyal güvenliklerinin sağlanmasını talep hakkı vardır.⁶⁷ Nitekim 1982 Anayasası'nın "Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları" başlıklı 62. maddesinde yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanmasına yönelik özel bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu maddeye göre; Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.

İkili anlaşmaların yurt dışında çalışan Türk işçilerinin hizmet sürelerinin Türkiye'deki hizmet süreleri ile birleştirilmesi konusunda yeterli olmaması ve yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanmasını bir devlet görevi olarak öngören anayasal hükümler karşısında anılan kişiler için yasal düzenlemeler yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Yurt dışındaki vatandaşların sosyal güvenliklerinin sağlanmasına yönelik ilk yasal düzenleme, 30.05.1978 tarihli 2147 sayılı "*Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun*"⁶⁸ dur. Adı geçen kanun ile ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı ülkelerde çalışmış ve çalışmakta olan Türk vatandaşlarına yurt dışında geçen hizmet sürelerinin tamamını borçlanabilme imkânı getirilmiştir.

2147 sayılı Kanun yurt dışında bulunan vatandaşların yurt dışında geçen sürelerinin değerlendirilmesinde uygulamada ortaya çıkan sorunlara

⁶⁷ Caniklioğlu-Canbolat, s.867.

⁶⁸ RG. 7.6.1978, S.16309.

yeteri kadar çözüm getiremediği için sonrasında 8.5.1985 tarihli ve 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”⁶⁹ çıkarılmıştır.⁷⁰ Adı geçen kanunun 22.05.1985 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte 2147 sayılı Kanun yürürlükten kalkmıştır. Bununla birlikte 3201 sayılı Kanunun 8. maddesine göre; bu Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra, 30/5/1978 tarih ve 2147 sayılı Kanun ve sosyal güvenlik kanunlarına göre kendilerine veya hak sahiplerine aylık bağlanmış olanlar ile aylık bağlanması için müracaat edip de aylığa hak kazanmış durumda bulunanlar bu Kanundan yararlanamazlar. Dolayısıyla madde kapsamına giren kişiler hakkında 2147 sayılı Kanun uygulanmaya devam etmektedir.

3201 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra “Yurt Dışında Bulunanların Sosyal Güvenlikleri Hakkında Borçlanma Yasa Tasarısı” hazırlanmış, ancak tasarı kanunlaşmamıştır.⁷¹

Sosyal güvenlik sisteminde reform gerçekleştirmek amacıyla hazırlanan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısı'nın 42. maddesinde yurt dışı hizmet borçlanması konusu “Yurt dışı hizmet borçlanmasına ait süreler ve prim transferi” başlığı altında düzenlenmiş ve 3201 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılması öngörülmüştü. Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle 3201 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılmasından vazgeçilmiş, ancak kanunun bazı maddelerine önemli değişiklikler getirilmiştir (SSGSSK, m. 105/e,f).

⁶⁹ RG. 22.5.1985, S.18761.

⁷⁰ 2147 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılması ve yeni bir yasa çıkarılması gerekliliği 3201 sayılı Kanunun gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “ Söz konusu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak geçen altı yıllık tatbikat dönemi içinde yurt dışında hizmeti bulunan vatandaşlarımızın, bu hizmetlerinin değerlendirilmesinde, yasa hükümlerinin ortaya çıkan meselelere yeteri kadar çözüm getiremediği anlaşılmıştır. Özellikle Batı Avrupa ülkelerinde çalışan vatandaşlarımızın, yurt dışında geçen hizmetleri ile Orta Doğu ve diğer İslam Ülkelerinde çalışan vatandaşlarımızın, bu ülkelerde geçen hizmetlerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi için yeni hükümler ihtiva eden ve ortaya çıkan veya çıkması muhtemel meselelere çözüm imkanı sağlayan bir Kanunun hazırlanarak yürürlüğe konulması mecburiyeti doğmuştur.” (TBMM Tutanak Dergisi, Y. Yılı:2, S. Sayısı: 292, Cilt:16, Birleşim:94-102, 02.05.1985-22.05.1985, s.1) Laçiner, s.610, dn. 7.

⁷¹ Tasarıda sosyal korumanın sağlanması amacıyla, borçlanma yapılabilmesi için yurt dışında çalışma koşulu kaldırılmış olup sadece yurt dışında bulunmuş olmak yeterli sayılmıştı. Tasarının ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Sözer, Emeklilik İçin Borçlanma, s.629-640.

5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi ilk olarak 1.1.2007 olarak belirlenmiş iken Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararı⁷² ile 5510 sayılı Kanunun kimi düzenlemelerinin iptal edilmesi üzerine kanun bu tarihte yürürlüğe girememiştir. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğü üç kez ertelendikten sonra son olarak kanunun 108. maddesi 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Kanunun⁷³ 74. maddesi ile değiştirilerek yürürlük tarihi belirlenmiştir. 5510 sayılı Kanunun 108. maddesine göre;

“Bu Kanunun;

a) Geçici 20 nci maddesinin son fıkrası 1/1/2008 tarihinde,

b) 72 nci ve 73 üncü maddeleri, geçici 6 ncı maddesinin yedinci fıkrasının (b) bendi, geçici 7 nci maddesinin son fıkrası, geçici 9 uncu maddesinin bir ilâ dördüncü fıkraları ile geçici 17 nci maddesi, geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrası 30/4/2008 tarihinde,

c) 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) ilâ (8) ve (10) numaralı alt bentleri ile (f) bendinde sayılanlar için genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak; 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (1), (2), (8), (9), (10), (16), (17), (20), (22), (23), (24), (25), (26) ve (27) numaralı bentleri, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 79 uncu maddeleri, 80 inci maddesinin dördüncü fıkrası, 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ve ikinci fıkrası, 82 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, 87 ilâ 89 uncu maddeleri, 97 nci maddesinin son fıkrası, geçici 1 inci maddesinin son fıkrası, geçici 3 üncü maddesi, geçici 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası, geçici 11 inci maddesinin ikinci fıkrası, geçici 12 inci maddesi hükümleri 1/7/2008 tarihinde,

d) Diğer hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başında,

yürürlüğe girer.”

⁷² AYM 15.12.2006, 111/112, RG. 30.12.2006, S.26392, 5. Mükerrer. İptal kararı hakkında değerlendirme için bkz. Alper, İptal Bir Fırsata Dönüştürülmelidir, s.4-19.

⁷³ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 08.05.2008, S.26870.

Madde metninde belirtildiği üzere yürürlük tarihi çoğu maddeler için 2008 yılı Ekim ayı başı olarak belirlenmiştir. Sonuç olarak 5510 sayılı Kanunun 105. maddesinin (e) ve (f) bentleri ile 3201 sayılı Kanunda yapılması düşünülen değişiklikler uygulama alanı bulamamıştır.

5510 sayılı Kanunda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına uygun düzenlemeler yapmak için hazırlanan 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanunun yanı sıra 3201 sayılı Kanunda da birçok önemli değişiklik yapılmıştır. 5754 sayılı Kanunun 79 maddesi ile 3201 sayılı Kanunun 1 inci, 2 inci, 3 üncü, 4 üncü, 5 inci ve 6 ıncı maddeleri değiştirilmiş ve kanuna geçici 5 inci, 6 ıncı ve geçici 7 inci maddeler eklenmiştir. Bundan başka 5510 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanun ile değişik 106 ncı maddesinin 24 numaralı bendine göre 3201 sayılı Kanunun 7 nci, 11 inci, geçici 1 ilâ geçici 4 üncü maddeleri ile aynı Kanunda geçen “döviz” ibareleri yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu değişiklikler 3201 sayılı Kanunun uygulanması bakımından 8.5.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Çünkü 3201 sayılı Kanunun geçici 7. maddesinin 3. fıkrasına göre; bu Kanunun uygulamasında 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası, 82 nci maddesi, 106 ncı maddesinin birinci fıkrasının (24) numaralı bendi ve geçici 7 nci maddesinin dördüncü fıkrası bu maddenin yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş sayılır. Söz konusu madde 8.5.2008 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu durumda 5510 sayılı Kanunun 106. maddesi için 1.10.2008 ve 8.5.2008 olmak üzere iki farklı yürürlük tarihi söz konusu olmaktadır.

5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile yapılan değişiklikler 8.5.2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir ve bu tarihten itibaren yurt dışı hizmet borçlanmasında farklı esaslar geçerli olmaya başlamıştır.⁷⁴

3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin (b) bendinde sosyal güvenlik destek primine ilişkin olarak 16/6/2010 tarih ve 5997 sayılı Kanunun⁷⁵ 15. maddesiyle değişiklik yapılmıştır. Söz konusu kanun ile 6. maddenin (b)

⁷⁴ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.560.

⁷⁵ Bazı Kanunlarda ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 19.06.2010, S.27616.

bendinin “31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primi hakkındaki hükümleri, bu Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlar için uygulanmaz.” şeklindeki son cümlesi; “Türkiye’de sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar hakkında 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışılmasına ilişkin hükümleri uygulanır.” şeklinde değiştirilmiştir.

3201 sayılı Kanundaki son değişiklik 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı⁷⁶ Kanun ile yapılmıştır. Söz konusu kanun ile 3201 sayılı Kanunun 1. maddesi değiştirilmiş, 5. maddesinin 5. fıkrasına son cümle eklenmiş, kanuna geçici 8. madde eklenmiştir.

3201 sayılı Kanun hükümlerine göre yurt dışında geçen sürelerin borçlandırılması ve bu sürelere göre aylık bağlanmasına yönelik iş ve işlemlerin usul ve esaslarını düzenlemek üzere, “Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik”⁷⁷ çıkarılmıştır.

Yine 3201 sayılı Kanunun uygulanma esaslarına ilişkin olarak gerek yukarıda bahsedilen değişiklikler öncesi gerekse bu değişiklikleri takiben Sosyal Güvenlik Kurumunca değişik tarihlerde birçok genelge yayımlanmıştır. Ancak bu genelgeler yurt dışı borçlanma ve tahsis işlemleri konulu, 08.06.2011 tarih ve 2011/48 sayılı genelge ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁸ Konuyla ilgili olarak en son 2012/24, 2013/18, 2014/19 ve 2014/27 sayılı Genelgeler yayınlanmıştır.

⁷⁶ İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, RG. 11.09.2014, S. 29116 Mükerrer.

⁷⁷ RG. 06.11.2008, S.27046.

⁷⁸ Bkz. 2011/48 sayılı Genelge, Ek:10/a.

II. BORÇLANMA HAKKINA SAHİP OLAN KİŞİLER

A. 18 Yaşını Doldurmuş Türk Vatandaşları ile Doğumla Türk Vatandaşı Olup da Çıkma İzni Almak Suretiyle Türk Vatandaşlığını Kaybedenler

1. Türk Vatandaşlığı

3201 sayılı Kanunun “Amaç ve kapsam” başlıklı 6552 sayılı Kanunun 28. maddesi ile değişik 1. maddesine göre; Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.

3201 sayılı Kanun uyarınca yurt dışında geçen belli nitelikteki sürelerin borçlanılabilmesi için aranan en temel koşul; sigortalının Türk vatandaşı olması veya doğumla Türk vatandaşı olup da Türk vatandaşlığını çıkma izni almak suretiyle kaybetmiş olmasıdır.

3201 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile değişik 1. maddesine göre; Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceği öngörülmüştü.

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile borçlanma yapabilecek sigortalıların kapsamı genişletilmiş ve Türk vatandaşlarının yanında doğumla

Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin de borçlanma yapabileceği öngörülmüştür.

6552 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 3201 sayılı Kanuna eklenen geçici 8. Maddesine göre; 1 inci maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan değişiklikler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce Kurum aleyhine, bu Kanunun bu maddenin yürürlük tarihinden önceki 1 inci maddesi uyarınca açılmış ve henüz sonuçlanmamış davalardan feragat edenler hakkında da uygulanır. Davadan feragat edilmesi hâlinde davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmez. Söz konusu maddeye ilişkin uyuşmazlıklarda maddenin yürürlük tarihi olan 11.09.2014 tarihi esas alınacaktır.

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte Yargıtay'ın doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yurt dışı borçlanma taleplerine ilişkin verdiği kararların etkisinin olduğu söylenebilir. Nitekim 6552 sayılı Kanun değişikliği öncesinde borçlanma talep tarihinde, kural olarak, kişinin Türk vatandaşı olması gerekmekte ise de Yargıtay'ın son dönemde vermiş olduğu kararlar farklı bir uygulamaya vücut vermişti. Yargıtay kararlarına konu hukuki sorun Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma başvurusunda bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmayan kişilerin, Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurt dışında Türk vatandaşı olarak geçirdiği süreleri borçlanma haklarının olup olmadığı idi.

Hukuk Genel Kurulu'nun 28.04.2010 tarihli kararına⁷⁹ konu olayda, 06.03.1962 tarihinde gerçekleşen doğumla Türk vatandaşlığını kazanan, Türkiye'de, 10.01.1989-30.11.1989 tarihleri arasında hizmet sözleşmesine dayalı çalışmaları bulunan, Alman vatandaşlığına geçmek üzere 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 20. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen ve çıkma belgesini teslim aldığı 26.08.1999 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığını yitiren sigortalı Almanya'da geçen çalışmalarının 3201 sayılı Kanuna göre değerlendirilmesi için borçlanma talebinde bulunmuştu.

⁷⁹ Y HGK 28.4.2010, 10-210/240, www.kazanci.com, 13.11.2011.

Yüksek Mahkeme kararında 3201 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik gereğince borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olunması gerektiğini belirttikten sonra mülga 403 sayılı Kanunu ve 5901 sayılı Kanunu değerlendirerek başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmayan davacının Türk vatandaşı olarak yurt dışında çalıştığı süreleri 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanabileceğini kabul etmişti. Kararın gerekçesi şu şekildedir:

“...11.02.1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 06.07.2004 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 29.06.2004 gün ve 5203 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 29. maddesi, Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulacağı, ancak Kanunun 33. ve 35.maddelerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan Bakanlar Kurulundan çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin ve bunların kanuni mirasçılarının, Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağı gibi konularda ve sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri hükümlerini amirdir.

Bu madde istisnalar sayıldıktan sonra “sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklar saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler” şeklinde değiştirilerek, söz konusu haklar genişletilmiştir.

Maddede Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin, kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi tutulacağına ilişkin genel hüküm aynen korunmaktadır. Bu hükme göre, Türk vatandaşlığını çıkma izni dışındaki yollardan biriyle kaybeden kişiler yabancı muamelesine tabi tutulacaktır.

Türk Vatandaşlığı Kanununda yer alan ve vatandaşlığa alınma kararının iptalini düzenleyen 33.madde ile Türk vatandaşlığından çıkarılan kişilerin durumunu düzenleyen 35.madde hükümleri saklı tutulmuştur.

Aynı yasal düzenlemeye 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununun, “Çıkma İzni Almak Suretiyle Türk Vatandaşlığını Kaybeden Kişilere Tanınan Haklar” başlıklı 28.maddesinde de yer verilmiştir.

403 sayılı Yasa’nın 29.maddesinin amacı; yaşadıkları ülkelerde sosyal ve siyasal haklardan yararlanmak için Türk Vatandaşlığından çıkma izni alan kişilerin, ülkemiz sınırları içerisinde, kanunda belirtilen haklardan aynen Türk vatandaşları gibi yararlanmalarını sağlamaktır.

...Her ne kadar 3201 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 2. ve 6.maddeleri borçlanmanın kabul edilebilmesi için davalı kuruma başvuru tarihinde hak sahibinin Türk vatandaşı olma şartını aramış ise de; Anayasa, Türk Vatandaşlık Kanunu ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve özü gözetilerek yukarıda açıklanan maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlığını haiz olmayan davacıyı, Türk Vatandaşlık Kanunu’nun sosyal haklar bakımından vatandaş gibi kabul ettiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanması gerektiği belirgindir.

Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş bir haktır. Kazanılmış haklar, Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2.maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

*Hal böyle olunca, davacının Türk vatandaşı olarak yurt dışında çalıştığı süreleri 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanabileceğinin kabulü gerekir.*⁸⁰

Yargıtay kararı doğrultusunda, yönetmelik ve genelgede belirtilen Kuruma yazılı başvuru tarihi itibarıyla da Türk vatandaşı olunması koşulu yurt dışında Türk vatandaşı iken çalışıp da daha sonra çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin yurt dışı hizmet borçlanması işlemlerinde aranmayacaktı. Yine genelgede doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan vatandaşlıktan çıkma izni almak suretiyle yabancı bir ülke vatandaşlığını kazananların, başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmadıklarından borçlanma kapsamındaki sürelerde Türk vatandaşı olsalar bile, borçlanma hakkından yararlanamayacaklarına ilişkin düzenlemenin de (2011/48 Genelge, 2.B., 1.1.) uygulanma kabiliyeti kalmamıştı.

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yurt dışı borçlanması yapabilecekleri öngörülerek Yargıtay içtihadı kanuni düzenlemeye konu edilmiştir.

Genel olarak vatandaşlığın kaybı, bir şahsın vatandaşlık bağı ile bağlı bulunduğu Devletle olan hukuki ve siyasi irtibatını kesmesi ve o ana kadar sahip olduğu vatandaşlığından sıyrılmasını ifade eder.⁸¹ Türk Vatandaşlık Hukukunda vatandaşlığın kaybı hâlleri için öngörülen genel sonuç “yabancı muamelesine tâbi tutulma”dır. Aynı sonuç Türk vatandaşlığından çıkanlar için de geçerlidir.⁸² Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 29. maddesinin ilk şeklinde; “Bu Kanun gereğince Türk Vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur. İkamet, gayrimenkul edinme ve ferağı, miras ve çalışma gibi konularda ancak Türk kanunlarının yabancılara tanıdığı haklardan faydalanabilirler. 33 ve 35. maddeler hükümleri saklıdır.” şeklindeki hüküm ile Türk vatandaşlığını

⁸⁰ Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 06.05.2010, 2009/869, 2010/6691, Ocak, Karar İncelemesi, s.257 vd.; Y 10. HD, 21.03.2013, 981/5448; Y 21. HD, 04.07.2013, 10940/14449, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

⁸¹ Berki, Türk Vatandaşlığının Kaybı, s.117.

⁸² Berki, Türk Vatandaşlığının Kaybı, s.127; Nomer, s.115 vd.; Turhan, s.41.

kaybetmiş olan tüm kişiler kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi kılınmıştır. Söz konusu kişiler ancak Türk kanunlarının yabancılar tarafından haklardan faydalanabilmeleridir. Diğer bir ifadeyle kanuna göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan kişilerin Türkiye'deki hukuki statülerini, Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkeleri belirlemiştir.⁸³

Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 29. maddesi bu hâliyle vatandaşlarımızın yetkili makamdan çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığına geçmesini uzun bir süre engellemiştir. Yurt dışındaki vatandaşlarımız bulundukları ve çalıştıkları yabancı devletlerin vatandaşlığına geçmek istemişler; ancak bu devletlerin kendi vatandaşlıklarına almak için Türk vatandaşlığından çıkma şartını aramaları vatandaşlarımızı Türk vatandaşlığından çıkmak zorunda bırakmıştır. Ancak çıkma izni alan vatandaşlarımızın, kanunun 29. maddesi uyarınca Türkiye'de yabancı muamelesine tabi tutulmaları vatandaşlarımızın yabancı devlet vatandaşlığına geçmekten vazgeçmelerine neden olmuştur.⁸⁴

Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin yabancı statüsüne tabi tutulmalarının yarattığı sıkıntıyı ortadan kaldırmak amacıyla söz konusu düzenleme 4112 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun⁸⁵ ile değiştirilmiştir. Bu değişiklikle 403 sayılı Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulacakları; ancak doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan Bakanlar Kurulu'ndan çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin ve bunların kanuni mirasçılarının, Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri, 33 ve 35 inci maddeler hükümlerinin saklı tutulduğu öngörülmüştür.

⁸³ Turhan, s.41 vd.

⁸⁴ Turhan, s.43 vd.

⁸⁵ RG. 12.06.1995, S.22311.

Yeni düzenleme ile çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olan kişilerin ülkedeki hukuki durumu, ülkede bulunan diğer yabancılardan daha ayrıcalıklı bir konuma getirilmiştir. Böylece çıkma izni alarak yabancı bir devlet vatandaşlığının kazanılmasını teşvik etmek amacıyla yeni bir “özel statülü/imtiyazlı yabancılar” kategorisi düzenleyen istisnai bir hüküm oluşturulmuştur.⁸⁶

Öğretide, çıkma izni alarak vatandaşlığı kaybeden kişilerin diğer yabancılardan daha ayrıcalıklı bir konumda değerlendirilmesi yabancılar hukukunun yapısı ve Türk Yabancılar Hukukunun temel prensiplerine uygun bulunmuştur. Bir devletin, ülkesinde bulunan yabancılara hangi esaslardan hareketle hangi haklardan yararlanacağını belirlemesi tamamıyla bir iç hukuk sorunudur. Bu anlamda, devletler, temel hak ve özgürlükler alanında eşitlik esasını benimsemiş olmak koşuluyla yabancılardan, hangi şartlar dahilinde faydalanabileceklerini kendi millî menfaatlerini dikkate almak suretiyle kendileri belirlerler. Bu ilke doğrultusunda Türkiye Cumhuriyeti de kendisinden izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkan ve bu nedenle yabancı statüsüne tabi olacak kişilerin, Türkiye Cumhuriyeti'nin millî güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla, hangi haklardan hangi şartlarla yararlanacaklarını özel bir hükümle düzenlemiş bulunmaktadır.⁸⁷

Bahsi geçen görüşe göre; 29. maddede yapılan bu değişikliğin amacı, çifte tabiiyeti kabul etmeyen ülkelerde yaşayan veya çalışan Türk vatandaşlarının, Bakanlar Kurulundan çıkma izni almak suretiyle yabancı devlet vatandaşlığına geçmelerinin özendirilmesidir. Türkiye Cumhuriyeti, söz konusu kişilerin, Türkiye Cumhuriyeti'nin millî güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanacakları hükmünü getirmek suretiyle çekinmeden bu yola başvurmalarını sağlamak istemiştir.⁸⁸

⁸⁶ Nomer, s.117; Sargın, s.47; Turhan, s.59.

⁸⁷ Turhan, s.49.

⁸⁸ Turhan, s.53 vd.

5203 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun⁸⁹ ile doğumla Türk vatandaşı olup da vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarının sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutularak, bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri öngörülmüş ve çıkma izni alarak vatandaşlığı kaybeden kişilerin madde 29 kapsamında yararlanabilecekleri hakların kapsamı genişletilmiştir (m. 1).

Vatandaşlık Kanununda yukarıda bahsedildiği şekilde değişiklikler yapılmasının amacı, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin haklarının korunmasıdır. Tabiiyetin ana prensiplerinden biri olan “Kişi tabiiyetini değiştirmede serbest olmalıdır” esası⁹⁰ da göz önünde tutulduğunda kişinin vatandaşlıktan çıkma hakkını kullanması karşılığında kazanılmış haklarını kaybetmek zorunda kalması çıkma hakkının kullanımını zorlaştıracaktır. Bu nedenle Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 29. madde hükmü ve 3201 sayılı Kanunun amacı karşısında Yargıtay kararı ve 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik bizce de isabetlidir.⁹¹

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası yapılacak iş ve işlemler hakkında 2014/27 sayılı Genelge çıkarılmıştır.

Söz konusu değişikliğe ve genelgeye göre; borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlarının yanı sıra, sadece talep tarihinde Türk vatandaşı olmamasına rağmen izinle Türk vatandaşlığını kaybeden sigortalıların kendilerine yurtdışında Türk vatandaşı olarak geçen süreleri borçlanma hakkı verilmiştir. “İzinle Türk vatandaşlığını kaybedenler” ibaresi, T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünden alınan bilgilere göre doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden ancak 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesinde belirtilen haklardan faydalanabilecek kimseleri ifade etmektedir. Bu itibarla izinle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin 11/09/2014

⁸⁹ RG. 06.07.2004, S.25514.

⁹⁰ Berki, Türk Vatandaşlığının Kaybı, s.122.

⁹¹ Kararı isabetli bulan öğreti görüşü hakkında bkz. Ocak, Karar İncelemesi, s.257 vd.

tarihinden itibaren yaptıkları borçlanma başvuruları diğer şartların yerine gelmesi şartıyla kabul edilerek borçlanma işlemleri gerçekleştirilecektir. 11/09/2014 tarihinden önce borçlanma başvurusunda bulunup da henüz başvuruları reddedilmeyenlerin borç tahakkukları Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla gerçekleştirilecektir.

Kanunun yürürlük tarihinden önce borçlanma talepleri reddedilenlerin, bu Genelgenin yayımı tarihinden itibaren 3 ay içerisinde yeniden müracaat etmeleri halinde borçlanma işlemleri 6552 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 11/09/2014 tarihine göre sonuçlandırılacaktır. Söz konusu 3 aylık süreden sonra müracaat edenlerin taleplerinde ise talep tarihi esas alınacaktır (2014/27 Genelge, 2.B., 2.1.).

Yargıtay vatandaşlıktan çıkma durumundan farklı olarak Türk vatandaşlığından çıkarılan ve başka bir ülke vatandaşlığına geçen kişinin Türk vatandaşlarına getirilen borçlanma imkânından başka bir devlet vatandaşı olarak yararlanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.⁹²

Türk vatandaşlığı ile birlikte başka bir ülke vatandaşlığı devam edenlerin (çifte vatandaşlığı olanların) yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda 3201 sayılı Kanunda herhangi bir hüküm yoktur. Ancak konu 2011/48 sayılı genelgede ele alınmıştır. Buna göre; Türk vatandaşlığı ile birlikte yabancı ülke vatandaşlığı devam edenler de söz konusu Kanun ile getirilen düzenlemeden yararlanabileceklerdir (2011/48 Genelge, 2.B., 1.1.). Öğretide de yorum yolu ile aynı sonuca varılmaktadır.⁹³ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁹⁴un 4. maddesine göre; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku uygulanır. Bu bağlamda çifte vatandaşlığı olan kişilerin 3201 sayılı Kanundan yararlanarak yurt dışında geçen hizmetlerini borçlanabilmeleri mümkündür.⁹⁵ Yabancı devlet vatandaşlığına sahip olan Türk vatandaşlarının yabancı vatandaşlığı Türkiye açısından, kural olarak,

⁹² Y 21. HD, 6.3.2000, 376 /1660, Araslı, s.1741-1742; Bilgili, s.17.

⁹³ Caniklioğlu-Canbolat, s.872; Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.562.

⁹⁴ RG. 12.12.2007, S.26728.

⁹⁵ Ergin, Zorunlu Göç, s.1470; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.257.

önem taşımaz. Türkiye'de onun sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı statüsü geçerlidir.⁹⁶ Bu nedenle söz konusu kişiler borçlanma hakkına sahiptir.

Sigortalının vatandaşlıktan çıkmasına izin verilmesi ancak sonra yeniden vatandaşlığa alınması durumunda ise önce sigortalının Türk vatandaşlığından izinle çıkmak suretiyle vatandaşlığı kaybettiği tarih ile yeniden Türk vatandaşlığına alındığı tarihler açıkça ve tereddüde meydan vermeyecek şekilde belirlenmeli, bu belirleme yapıldıktan sonra yurt dışında Türk vatandaşlığı bulunmayan dönemde geçirilen sürelerin 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılmasının mümkün olamayacağı yönündeki ilke dikkate alınarak borçlanılabilecek süreler belirlenmelidir.⁹⁷

Türk vatandaşlığı koşuluna ilişkin olarak 5754 sayılı Kanun ile önemli bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklik öncesi alınan yargı kararları yasal düzenlemeleri etkilemiştir. Bu nedenle konuyu 5754 sayılı Kanun değişikliği öncesi ve sonrası olmak üzere iki başlık altında ele almak faydalı olacaktır.

a) 5754 sayılı Kanun değişikliği öncesi

3201 sayılı Kanunun değişiklik öncesi 1. maddesinde, “18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelendirilen ... süreleri istekleri hâlinde bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.” hükmü yer almakta idi. Kanunun ilk şeklinde yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanan kişinin Türk vatandaşı olması gerektiği öngörülmeyle beraber vatandaşlığın hangi anda aranacağı konusunda herhangi bir açık hüküm bulunmamaktaydı. Buna karşılık mülga yönetmelikte⁹⁸ “Bu yönetmelik ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede Türk vatandaşı olarak çalışmış, çalışan veya çalışacaklar ile gerek borçlanma gerek aylık alma sürelerinde Türk vatandaşı olanları kapsar.” denilmekte idi (m. 2).

⁹⁶ Nomer, s.141.

⁹⁷ Y 10. HD, 15.04.2013, 2012/12704, 2013/7823, UYAP Hâkim Portalı, 11.09.2013.

⁹⁸ Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında 3201 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG. 15.09.1985, S.18869.

Yönetmelikteki bu düzenleme ile kanundaki koşul önemli ölçüde genişletilmiş, sadece başvuru sırasında Türk vatandaşı olunması yeterli görülmemiş; çalışma, borçlanma ve aylık alma aşamalarının tümünde Türk vatandaşı olma koşulu aranmıştı. Aynı şekilde 10.6.1985 tarih ve 3403 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu genelgesi ile de yönetmelik hükümleri doğrultusunda hem yurt dışındaki çalışma sürelerinde hem de başvuru sırasında Türk vatandaşı olanların bu haktan yararlanabilecekleri belirtilmişti.⁹⁹ Bu düzenlemeler öğretide ve yargı kararlarında görüş ayrılıklarına sebebiyet vermişti.

Öğretideki bir görüşe göre; sonradan Türk vatandaşlığına alınan kişilerin, yurt dışında çalıştıkları tarihlerde Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle borçlanma hakkından yararlanmaları mümkün değildi. Söz konusu kişiler ancak Türk vatandaşlığını iktisap ettikleri tarihten sonra yurt dışında geçen süreleri borçlanabilirlerdi.¹⁰⁰ Diğer bir görüşe göre ise; talep sırasında Türk vatandaşı olmak yeterli olup ayrıca borçlanma talebine konu hizmetlerin görüldüğü esnada da Türk vatandaşı olma koşulu aranmamalı idi.¹⁰¹

Yargıtay ilk olarak bu konu ile ilgili önüne gelen uyuşmazlıklarda 3201 sayılı Kanunda sadece borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olma koşulunun arandığına, ayrıca borçlanma talebine konu olan hizmetlerin görüldüğü esnada Türk vatandaşı olmanın gerekli olmadığına, bu sebeple sonradan Türk vatandaşlığını iktisap eden kişilerin Türk vatandaşlığını kazanmadan önce yurt dışında geçen sürelerini borçlanabileceğine hükmetmiştir.¹⁰² Yüksek Mahkemeye göre; sonradan Türk vatandaşlığına alınanların yurt dışındaki çalışmalarını borçlanabilmesi, Türk vatandaşlarına tanınmış bulunan sosyal güvenlik hakkının sonradan aynı sıfatı iktisap eden

⁹⁹ Caniklioğlu-Canbolat, s.870 vd.

¹⁰⁰ Ernam, s.274.

¹⁰¹ Caniklioğlu-Canbolat, s.871; Güzel, Değerlendirme 2002, s.292 vd.; Laçiner, s.613 vd.; Okur, Değerlendirme 1987, s.331.

¹⁰² Y 10. HD, 26.03.1987, 1743/1731. Karar ve kararı isabetli bulan öğreti görüşü hakkında bkz. Güzel, Değerlendirme 2002, s.292 vd. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 18.06.1992, 2529/6852, Bilgili, s.17, dn. 7.

kişilere dahi tanınması, sosyal güvenliğin ana ilkelerine ve vatandaşlık haklarına uygundur.¹⁰³

Yargıtay'ın, göçmen olarak Bulgaristan'dan gelip Türk vatandaşlığına geçen davacının, Bulgar vatandaşı olarak yaptığı çalışmalarını 3201 sayılı Kanuna göre borçlanılabileceğini kabul ettiği 17.2.2004 tarihli kararında¹⁰⁴, istek tarihinde Türk vatandaşı olmak gerekli ve yeterli bulunmuş, ayrıca çalışmaların geçtiği sırada bu sıfatı taşımak koşulu aranmamıştır. Karara göre, tersine bir yorum anılan yasanın yaşlılık aylığını sağlamaya yönelik bir düzenleme getirdiği de göz önünde tutulunca, Anayasanın “Yaşlılar devletçe korunur. Yaşlılara devletçe sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir” biçimindeki açık buyruğu ile bağdaştırılamaz. Öte yandan Anayasanın 124. maddesine göre yönetmelikler kanuna aykırı olamayacağından bu konuda yönetmelik hükümleri uygulanamayacaktır. Kanunun borçlanma hakkı tanıyan maddesi ile her Türk vatandaşına bu süreleri borçlanma olanağı verilmiştir. İlgilinin Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanabilecek olması Türk vatandaşlığını kazanmadan önceki sürelerin göz önüne alınmayacağı anlamına gelmemektedir. 3201 sayılı Kanun Türk vatandaşı olma koşulunu bir başvuru şartı olarak öngörmektedir. Böyle bir yorum tarzı Anayasanın eşitlik ilkesine de uygun olacaktır (m. 10). Nitekim 3201 sayılı Kanunda çalıştığı sırada Türk vatandaşı olan kişi ile çalıştıktan sonra Türk vatandaşı olan kişi arasında farklılık gözetmek için hiçbir haklı gerekçe bulunmamaktadır.

Yargıtay kararlarındaki bu istikrar sonraki tarihlerde 21. Hukuk Dairesi'nin bazı kararları ile yön değiştirmeye başlamıştır. Nitekim 21. Hukuk Dairesi, 14.06.2005 tarihli kararında borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olmanın yeterli olmayıp borçlanılmak istenen sürenin geçtiği dönemde de Türk vatandaşı olunmasının gerekli olduğuna hükmetmiştir.

¹⁰³ Y 10. HD, 27.01.1987, 211/260, Laçiner, s.616; Y 21. HD, 8.4.2002, 1448/2940, Güzel, Değerlendirme 2002, s.292-293.

¹⁰⁴ Y 10. HD, 17.2.2004, 355 /939, YKD, C.30, S.8, Ağustos 2004, s.1223-1226. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 26.03.1987, 1743/1731, YKD, C. 13, S.8, Ağustos 1987, s.1190-1191.

Karara göre; Türk Vatandaşlık Hukukunda kişinin doğumdan sonra ve doğumdan başka sebeplerle vatandaşlığı kazanma yollarından biri de yetkili makamın kararı ile Türk Vatandaşlığının kazanılmasıdır. Yetkili makamın kararı ile Türk Vatandaşlığının kazanılması hâli doktrinde "telsik" olarak ifade edilmektedir. Telsikten maksat, kişinin daha önceden vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir devletin vatandaşlığına kanunda öngörülen şartları yerine getirmesi ve istemde bulunmasıyla yetkili makamlarca, o devletin vatandaşlığına alınması hâlini ifade eder. Muhaceret (göç) yoluyla gelen Türk soylu kişilerin iskân Kanunları çerçevesinde Türk Vatandaşlığına alınması işlemleri de telsik niteliğinde olup aynı hüküm ve sonuçları meydana getirirler. Telsik geçmişe etkili değildir. Türk Vatandaşlığı telsik kararının hüküm ifade ettiği andan itibaren kazanılmış olur. Sonuç olarak bu tarihten önceki zamana ait fiillerinde ve işlemlerinde ilgili (Türk Vatandaşlığını kazanmış kişi) yabancı muamelesi göreceğinden, bunun sonuçlarına katlanma durumundadır. 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu¹⁰⁵'nin 10. maddesinde de açıkça Türk Vatandaşlığına alınma; yetkili makamın bu konudaki karar tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği kuralını içermektedir. Söz konusu maddi ve hukuki olgulara göre sadece borçlanma tarihinde Türk Vatandaşı olma yeterli olmayıp borçlanılmak istenilen sürenin geçtiği dönemde de Türk Vatandaşı olunmalıdır.¹⁰⁶

Yargı kararları arasındaki görüş ayrılığı Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadına kadar devam etmiştir. 23.11.2005 tarihli karara¹⁰⁷ konu olayda 1989 yılında yaşanan zorunlu göç dolayısıyla Türkiye'ye gelen davacı, 1991 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına kabul edilmiş ve Türk asıllı Bulgaristan vatandaşı iken 1979-1989 yılları arasında geçen çalışma sürelerini 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanmak istemiştir. Hukuk Genel Kurulu bahse konu kararında yurt dışı hizmet borçlanması için başvuru anındaki Türk vatandaşlığını yeterli bulan yerleşmiş içtihattan ayrılarak, 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde yapılan açık tanıma göre, ancak Türk

¹⁰⁵ RG. 22.02.1964, S.11638.

¹⁰⁶ Y 21. HD, 14.06.2005, 6678/6046 K., Legal, C.2, S. 8, Y.2005, s.1801-1803.

¹⁰⁷ Y HGK, 23.11.2005, 10-492/646, Çalışma ve Toplum, 2006/2, S.9, s.111-115. Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Okur, Türk Vatandaşlığı Koşulu, s.101 vd.

vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen çalışmalarını borçlanabilecekleri öngörüldüğünden kanunun yurt dışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyrukluk ilişkisini aramasından hareketle Türk soylu¹⁰⁸ ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmanın yeterli olmadığına hükmetmiştir.

Yüksek mahkeme kararın gerekçesinde şu ifadelere yer vermiştir:

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

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

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

2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluşa veya İşyerlerinde Çalıştırılabileceklerine İlişkin Kanunun 1. maddesinde, Türkiye’de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlandığı, kapsam başlıklı 2. maddesinde ise;

¹⁰⁸ Türk soylu kişilerin Türk vatandaşlığını iktisap etmedikçe borçlanma hakkından yararlanamayacağı yönündeki öğreti görüşü için bkz. Caniklioğlu-Canbolat, s.870.

bu kanunun Türk soylu yabancılardan Türkiye'de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalıştırılabilmesine izin verilmesini, meslek kuruluş ve sosyal güvenlik Kurumları ile ilişkilerini, hak ve yükümlölüklerini düzenleyen hükümleri kapsamaktadır. Anılan düzenleme ile Türk soylu yabancılardan kurulan sosyal güvenlik ve çalışma ilişkisinin sınırları belirlenmiştir. Yasaya bakıldığında bu sınırın, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına tanınan ve yurtdışı hizmetlerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilmesini amaçlayan borçlanma hakkını içermediği, borçlanma kanunlarına da atıfta bulunmadığı açıktır.

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

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

Yargıtay'ın aynı yöndeki bir diğer kararına karşı oy yazısına göre ise; 3201 sayılı Kanuna göre istek tarihinde Türk vatandaşı olmak gerekli ve yeterli olup, ayrıca çalışmanın geçtiği dönemde bu sıfatı taşımak koşulu bulunmamaktadır. Aksi durumda Türk vatandaşlığına geçen bir kimse yabancı bir devletin vatandaşı olduğu dönemde geçen çalışmalarını (Türkiye-Bulgaristan örneğinde olduğu gibi, taraf ülkeler arasında yapılmış bir sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunmadığı hâllerde) sosyal güvenliği bakımından hiçbir zaman değerlendirme olanağı bulamayacaktır. Söz konusu içtihat anılan 1982 Anayasası'nın “Yaşlılar, devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir” biçimindeki açık buyruğu ile de bağdaşmamaktadır. Ayrıca Anayasanın 90.

maddesinde “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz...” hükmü amirdir. Türkiye'nin onayladığı; Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1962 tarih ve 118 sayılı Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit İşlem Yapılması Hakkındaki Sözleşme, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Göçmen İşçinin Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi dikkate alındığında, ülkelerin bu kişilere vatandaşları ile eşit sosyal güvenlik statüsü sağlamaları gerekmekte olup, ayırım yapılmasına engeldir. Sosyal güvenlik hakkı açısından Türk vatandaşları ile göçmen statüde olup Türk vatandaşlığını sonradan kazananlar arasında eşitlik ilkesi gözetilmesi iç hukukumuzun bir parçası halini almış olan uluslararası mevzuat hükümleri uyarınca zorunlu bulunmaktadır.¹⁰⁹

Hukuk Genel Kurulu'nun borçlanılacak sürenin geçtiği dönemde Türk vatandaşı olmayıp, borçlanma anında Türk vatandaşı olanların yurt dışı hizmet borçlanması hakkının bulunmadığı yönündeki görüşünün belirmesinden sonra Yargıtay daireleri yurt dışında geçen sürelerin borçlanması için hem borçlanma tarihinde hem borçlanılmak istenen sürenin geçtiği dönemde Türk vatandaşı olunması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.¹¹⁰

Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararı öğretide Anayasaya ve 3201 sayılı Kanuna aykırı bulunmuştur. Nitekim 1982 Anayasası'nın 62. maddesi yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocukların eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının, sosyal güvenliklerinin, anavatanla bağlarının korunup geliştirilmesinden söz etmiş, bunun için gereken tedbirlerin alınmasını devlete görev olarak yüklemiştir. Bu görevi yerine getirmek için devletin başvurduğu yollardan biri de yurt dışında geçen sürelerin borçlanılmasını düzenleyen 3201 sayılı Kanundur. Kanun; 1. maddesinde amacını, 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurt dışında

¹⁰⁹ Y HGK, 16.11.2005, 21-682/618, Surlu, s.489-496.

¹¹⁰ Y 21. HD, 27.12.2005, 7062/14273, YKD, C.32, S.8, Ağustos 2006, s.1316-1318.

geçen çalışma ve diğer bir kısım sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilmesi olarak ifade etmiştir. Anayasanın 62. maddesinin sağladığı korumadan “yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları”nın yararlanabileceği öngörülmüştür. Madde metninde “yabancı ülkelerde Türk vatandaşı olarak çalışan Türk vatandaşları” anlatımına yer verilmemiştir. Anayasada borçlanma için yurt dışındaki çalışma sırasında da Türk vatandaşı olma gereği vurgulanmamıştır. Ayrıca 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde borçlanması öngörülen yurt dışında geçen çalışmaların mutlaka Türk vatandaşı olarak geçirilmesi aranmamıştır.¹¹¹

Yargıtay içtihadı doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış kişiler ile sonradan Türk vatandaşlığına geçmiş kişiler arasında Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırı bir durum yaratmıştır.¹¹² Temel politikası tüm dünyada çalışan soydaşlarına sahip çıkma ve Türk dünyasını birleştirme olan Türkiye Cumhuriyeti ülkesine göç eden kişilerin sosyal güvencesini sağlamalıdır. Hukuk Genel Kurulu kararı ise Türkiye'ye göç eden vatandaşların sosyal güvenceden yoksun kalmasına neden olmaktadır.¹¹³

b) 5754 sayılı Kanun değişikliği sonrası

3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile yapılan değişiklik ile Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra ancak Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen belirli nitelikteki sürelerinin borçlanılabileceği belirtilerek, Türk vatandaşlığı konusundaki yargı kararları ve öğretideki görüş ayrılıklarına son verilmiştir.

Uygulama yönetmeliğinde de aynı husus ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 2. maddesine göre; bu Yönetmelik, ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede geçen sigortalılık veya ev kadını sürelerinde ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olanları kapsar. Ayrıca yine yönetmeliğin 6. maddesinde Türk

¹¹¹ Centel, Değerlendirme 2005, s.260-261; Okur, Türk Vatandaşlığı Koşulu, s.126.

¹¹² Centel, Değerlendirme 2005, s.260-261; Laçiner, s.614-615; Okur, Türk Vatandaşlığı Koşulu, s.128.

¹¹³ Centel, Değerlendirme 2005, s.260-261.

vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurt dışında sigortalı veya ev kadını olarak geçen sürelerin borçlanılamayacağı belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlemeler gereğince, yurt dışı hizmet borçlanması yapabilmek için, ilgilinin borçlanması istenilen sürelerde Türk vatandaşı olması gerektiği gibi Kuruma yazılı başvuru tarihi itibarıyla de Türk vatandaşı olması veya doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmiş olması gerekmektedir. Kanunda yurt dışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile tabiiyet ilişkisi aranmakta olup, “Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak” yeterli bulunmamaktadır. Bir diğer ifade ile Türk vatandaşlığında geçmeyen yurt dışı hizmet veya ev kadınlığı süreleri borçlanılamayacağı gibi borçlanma başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmadığı veya doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler kapsamına girmediği tespit edilen sigortalı ve hak sahiplerinin borçlanma talepleri de Kurumca reddedilecektir. Belirtmek gerekir ki Türk vatandaşlığına ilişkin açıklamalar sadece borçlanma yapma hakkına sahip sigortalının değil, bunların hak sahipleri için de geçerlidir.¹¹⁴

İzinle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin borçlanma hakkından yararlanabilmeleri için de borçlanmak istedikleri sürede Türk vatandaşı olma zorunluluğu bulunduğundan Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı süreleri borçlanma kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹¹⁵,na göre belirlenecektir. Talep sahibinin borçlanmak istediği sürelerde, Türk vatandaşlığının devam edip etmediği ve borçlanmak için yazılı başvuru tarihinde sigortalının Türk vatandaşı olup olmadığı, ilgililerden herhangi bir belge talep edilmeden İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık

¹¹⁴ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.562; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.336.

¹¹⁵ RG. 12.06.2009, S.27256. TVK, Türk vatandaşlığının kazanılması hâllerini doğumla ve sonradan kazanma olmak üzere iki ana grupta toplamıştır. Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı ise yetkili makam kararı, evlat edinilme veya seçme hakkının kullanılması ile elde edilir. Türk vatandaşlığının kazanılması hâllerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, s.61 vd.

İşleri Genel Müdürlüğünün Kimlik Paylaşım Sistemi kullanılarak bilgisayardan alınacak olan “*Vukuatlı Nüfus Kayıt Örneği*” çıktısı ile tespit edilecektir. Talep sahibinin kimlik bilgilerinde farklılık bulunduğu hallerde, kimlik ve vatandaşlık durumundaki değişikliklerle ilgili belgelerin Kuruma ibrazı müracaat sahibinden istenilebileceği gibi, tereddüt hâlinde konunun açıklığa kavuşturulması için ilgili kurum ve kuruluşlar ile de yazışma yapılabilecektir (2011/48 Genelge, 2.B., 1.1.). doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin nüfus bilgileri de T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünden alınan bilgilere göre belgelenecektir.

2. 18 Yaşını Tamamlamış Olma

3201 sayılı Kanunun ilk şeklinde yurt dışı hizmet borçlanmasının bir koşulu olarak Türk vatandaşlarının 18 yaşını doldurmaları öngörülmekle beraber yaş koşulunun borçlanmayı talep tarihinde 18 yaşın doldurulması olarak mı, yoksa yurt dışında 18 yaşın doldurulmasından sonra geçen hizmetlerin borçlanılabileceği şeklinde mi anlaşılması gerektiği açık değildi.¹¹⁶ Ancak Uygulama Yönetmeliğinde¹¹⁷ “Bu sürelerin 18 yaşından önce geçen kısmı değerlendirmede dikkate alınmaz.” hükmü yer almaktaydı (m. 1/2).¹¹⁸

3201 sayılı Kanunun 1. maddesine göre; Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler, yurtdışında 18 yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı iken geçen süreleri için borçlanma yapabilirler. Yönetmeliğin 6. maddesine göre de; 18 yaşın doldurulmasından önce yurtdışında sigortalı ve ev kadını olarak geçen süreler borçlandırılmaz (m. 6/2,a).

¹¹⁶ Laçiner, s.618 vd. Yazar, 18 yaşını doldurmuş olma hükmünü ilgilinin yurt dışında geçen sürelerinin 18 yaşını doldurduktan sonraki kısmı için getirilmiş bir koşul olarak kabul etmektedir. Öte yandan yazar, ilgilinin yurt dışında geçirdiği 18 yaşın altındaki sürelerinin hangi gerekçe ile yurtdışı borçlanması kapsamı dışında bırakıldığını tartışmaya açık bulmaktadır.

¹¹⁷ Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında 3201 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG. 15.9.1985, S.18869. Adı geçen yönetmelik 06.11.2008 tarihli ve 27046 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik” ile yürürlükten kaldırılmıştır (m. 18).

¹¹⁸ Yönetmelik hükmünün kanuna aykırı olduğu yönündeki öğreti görüşleri için bkz. Caniklioğlu-Canbolat, s.872 vd.

Yargıtay da bu düzenlemeler gereğince borçlanmaya konu yurt dışı hizmet süresinin, 18 yaşın ikmalinden önceki sürelerle ilişkin bulunması durumunda borçlanma taleplerinin reddinin gerektiğine hükmetmiştir.¹¹⁹

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu¹²⁰'na göre; erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar (m. 11/1). 3201 sayılı Kanunda da borçlanma yapılabilmesi için aranan koşullardan biri 18 yaşın tamamlanmış olmasıdır. Bu iki düzenlemeden hareketle ilk bakışta 3201 sayılı Kanunda öngörülen borçlanma hakkından faydalanabilmek için ergin olmanın gerekli olduğu söylenebilirse de burada farklı bir durum söz konusudur. Nitekim Türk Hukukunda ergin olmayı sağlayan tek durum 18 yaşın doldurulması değildir. 18 yaş şartının borçlanma işlemindeki yerini anlayabilmek için Türk Hukukunda erginlik kavramına kısaca değinilmesi gerekmektedir.

Erginlik, belli bir yaşa gelme ya da kanunen o yaşa gelmiş sayılmadır.¹²¹ Ergin, kanunun öngördüğü erginlik yaşına erişmiş veya kanunun öngördüğü başka bir yolla ergin durumuna getirilmiş olan kimsedir. Medenî Kanunumuza göre, normal erginlik, evlenme ile kazanılan erginlik ve kazâî erginlik olmak üzere üç türlü erginlik vardır.

Normal erginlik kanunda öngörülen yaşın tamamlanmasıyla kazanılan erginliktir. Erginliğin kazanılmasındaki ana kural, Medenî Kanunun 11. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre; erginlik, 18 yaşın doldurulmasıyla başlar. 18 yaşını dolduran kimse, başka bir işleme gerek olmaksızın kanun gereği (ipso iure) ergin olur.¹²²

Medenî Kanunun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre; evlenme kişiyi ergin kılar.¹²³ Türk hukuk sisteminde, evlenme yaşı erginlik yaşının altındadır. Medenî Kanunun 124. maddesine göre; erkek veya kadın onyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Erkek veya kadın onyedi yaşını doldurunca, kanunî temsilcisinin iznini alarak evlenebilir. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek

¹¹⁹ Y 10. HD, 3.12.2007, 2196/20305, www.kazanci.com, 13.11.2011.

¹²⁰ RG. 8.12.2001, S.24607.

¹²¹ Dural-Öğüz, s.49.

¹²² Dural-Öğüz, s.49.

¹²³ Dural-Öğüz, s.50 vd.

veya kadının evlenmesine izin verebilir (m. 124/1,2). Bu durumlarda kişi evlenmekle 18 yaşını tamamlamadan ergin olacaktır.

Hâkim kararıyla kazanılan erginlik, bir diğer ifade ile kazâî rüşd durumu Medenî Kanunun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir (m. 12/1). Ergin kılınma; henüz 18 yaşını doldurmamış bulunan ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün mahkeme kararıyla erginliğine hükmedilmesi demektir.¹²⁴

3201 sayılı Kanun hizmet borçlanması yapılabilmesi için ergin olmayı değil, 18 yaşın tamamlanmış olmasını aradığı için kişi evlenme yoluyla ergin olmuş olsa dahi kanunun açık hükmü karşısında 18 yaşın tamamlanmasından önce geçen süreleri borçlanamayacaktır. Bu durum özellikle ev kadınları açısından sıkıntı yaratmaktadır. Yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşı ev kadınlarının büyük bir bölümü evlenme yoluyla yurt dışına gitmiştir. Bu kişiler Medenî Kanun gereği evlenmek suretiyle ergin olsalar dahi 18 yaşın tamamlanmasından önce ev kadını olarak geçen sürelerini borçlanamayacaklardır.¹²⁵

Hâkim kararıyla reşit olmuş kişinin 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanma durumu da değerlendirilmelidir. Erginliğin mahkeme kararıyla kazanılmış olması, belirli bir işlem için öngörülmüş bulunan bir özel yaşın yerine geçmez. Örneğin; onbeş yaşını doldurmuş bulunan bir küçük mahkemece ergin kılındığı takdirde, evlenebilmek için onyediyi yaşını doldurmak zorundadır. Bu bağlamda, ergin kılınma, küçüğün 18 yaşını doldurmuş olduğu anlamına gelmez. Küçük, aynı yaşında kalmaya devam eder. Bizzat hak sahibi tarafından kullanılması kanundan dolayı belli bir yaşın doldurulması şartına bağlı hakları kullanabilmesi için aranan yaşı fiilen doldurmuş olması gerekir.¹²⁶

3201 sayılı Kanunda borçlanma yapılabilmesi için aranan 18 yaşın tamamlanmış olması koşulunun borçlanma hakkının kullanılabilmesi

¹²⁴ Dural-Öğüz, s.51 vd.

¹²⁵ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.562.

¹²⁶ Akipek-Akıntürk, s.300.

konusunda yaşa ilişkin ehliyet koşulu olarak kabul edilmekle beraber özel bir yaş koşulu olup olmadığının tartışılabilir nitelikte olduğu belirtilmektedir.¹²⁷ Kanımızca 3201 sayılı Kanunda öngörülen 18 yaşın tamamlanması koşulu açıkça kanunda yer aldığı için özel ehliyet şartı niteliğindedir. Özel ehliyet şartlarının genel ehliyet şartlarına nazaran daha ağır ve sınırlayıcı olduğu hâllerde, genel ehliyet hüküm ifade etmez.¹²⁸ Kişi mahkeme kararıyla ergin kılinsa dahi 3201 sayılı Kanunun borçlanma işlemi için aradığı özel ehliyet şartına sahip olmadığı için 18 yaşın tamamlanmasından önce geçen sürelerini borçlanamayacaktır.

18 yaşın altında geçen sürelerin hangi nedenlerle yurt dışı hizmet borçlanması kapsamı dışında bırakıldığına ilişkin olarak 3201 sayılı Kanunda, kanun gerekçesinde ve ilgili yönetmelikte bir açıklık bulunmamaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre; 3201 sayılı Kanunun önceki hâlinde olduğu gibi 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra da borçlanma sürelerinde 18 yaşın doldurulmasının esas alınmasındaki amaç; Türk Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatındaki 18 yaş düzenlemeleri ile paralel bir uygulama sağlayabilmek olabilir.¹²⁹ Nitekim 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (g) fıkrasına göre; bu maddenin uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Benzer bir düzenleme 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 12. maddesinde bulunmaktadır ki buna göre; bu kanunda tanınan haklardan çalışanlar 18 yaşını bitirmiş olmak şartıyla faydalanırlar. Yine 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 6.maddesine göre; emeklilik veya yaşlılık aylığına hak kazanılıp kazanılmadığının tespitinde, 18 yaşından önce kurumlardan herhangi birine sigortalı olanların sigortalılık sürelerinin başlama tarihi 18 yaşını doldurdıkları tarih kabul edilir.¹³⁰ Bağ-Kur Kanunu m. 24/2-a hükmüne göre; 18 yaşını doldurmamış

¹²⁷ Laçiner, s.618.

¹²⁸ Berki, Mümeyyizlerin ve Mümeyyiz Olmayanların Ehliyeti, s.117.

¹²⁹ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.563; Laçiner, s.619.

¹³⁰ Bu maddenin gerekçesine göre; “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 60 ıncı maddesinde 2422 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe paralel olarak, yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının

olanlar sigortalı sayılmazlar. 5510 sayılı Kanunun 38. maddesinin 2. fıkrasına göre de; bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dâhil edilir.

3201 sayılı Kanunda borçlanılabilecek süreler yönünden özel ehliyet koşulu olarak 18 yaşın tamamlanması arandığı için evlenme yoluyla veya mahkeme kararıyla ergin olan kimselerin 18 yaşın tamamlanmasından önce geçen süreleri borçlanabilmeleri mümkün değildir. Evlenmek suretiyle ergin olan veya mahkeme kararıyla ergin kılınan kişiler her ne kadar ergin kabul edilse de gerçek hâlde ve hukuken henüz küçüktür¹³¹ ve dolayısıyla belli bir yaşın doldurulmuş olması gereken işlemler karşısında kazandıkları erginliğin bir önemi yoktur. Söz konusu kişilerin özel ehliyet koşullarının arandığı işlemleri yapamamalarındaki düşünce bu işlemlerin kişilere ağır sorumluluk yüklüyor olmasıdır. 3201 sayılı Kanun açısından olaya baktığımızda ise borçlanma işleminin amacı kişilere sosyal güvenlikleri açısından Türkiye'de değerlendirilemeyen sürelerinin borçlanması suretiyle onların sosyal güvenlik haklarına kavuşmalarını sağlamaktır. Dolayısıyla borçlanma işleminin kişiye ağır sorumluluk yüklüyor olmasından dolayı 3201 sayılı Kanunda özel olarak 18 yaş koşulunun öngörüldüğünden bahsedilemez. Bu sebeple borçlanma hakkına sahip olan kişilerin yurt dışında 18 yaşın tamamlanmasından önce geçen süreleri borçlanabilmeleri mümkün kılınmalıdır.

Ayrıca öğretideki bir görüşe göre; sigortalıların 18 yaşından önceki sürelerinin sigortalılık süresinden sayılmamasına ilişkin düzenleme yaşlılık aylığına hak kazanmak için belirli bir yaşın tamamlanması koşulunun aranmamasından kaynaklanmaktadır. Böylece sigortalıların çok erken yaşta

tespitinde; 18 yaşından önce ilk defa malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemeye başlayanların sigortalılık sürelerinin başlama tarihinin 18 yaşını doldurdıkları tarih olarak kabul edilmesi öngörülmüştür.” (Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Y.Yılı: 2, Cilt: 16, Birleşim: 74-88, 23.3.1983-23.4.1983, s.4), Laçiner, s.619, dn. 51.

¹³¹ Berki, Türk Medeni Kanununda Rüşt, s.240.

yaşlılık aylığına hak kazanmaları engellenmek istenmişti. Oysaki 4447 sayılı Kanun ile getirilen yaşlılık aylığına hak kazanmak için belirli yaşlara ulaşmayı öngören düzenleme karşısında erken yaşta emeklilik söz konusu olmadığı için 18 yaşın doldurulmasına ilişkin düzenlemenin de bir amacı kalmamıştır.¹³²

18 yaşın doldurulmasından önce yurt dışında geçen sürelerin borçlanılabileceği bir durum vardır. Şöyle ki 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (g) fıkrası ve geçici 54. maddesine göre; 1.4.1981 tarihinden önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanların 18 yaşından önceki hizmet süreleri sigortalılık süresinin hesaplanmasına dâhil edilir. 1.4.1981 tarihinden sonra malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanların sigortalılık süreleri ise 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış sayılır. Yurt dışında 18 yaşından önce geçen çalışma sürelerinin yaşlılık aylığına hak kazanmada dikkate alınması talebiyle açılan davada Yargıtay, 506 sayılı Kanuna 2564 sayılı Kanun ile eklenen geçici 54. madde gereğince 1.4.1981 tarihinden önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar hakkında 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (g) fıkrası hükmü uygulanamayacağından davanın kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹³³

18 yaş koşulu ile ilgili olarak ele alınmasında fayda gördüğümüz bir diğer husus yaş düzeltme kararlarının sigortalılık üzerindeki etkisidir. 5510 sayılı Kanunun 57. maddesine göre; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, sigortalıların ve hak sahibi çocuklarının, mülga 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı Kanun ve mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Kanun ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı kanunlara, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesine tâbi sandıklara veya bu Kanuna göre ilk defa malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olduğu tarihte, nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum

¹³² Caniklioğlu-Canbolat, s.874.

¹³³ Y 21. HD., 24.06.1996, 2962/3775, Laçiner, s.620.

tarihleri, sigortalının bu Kanuna göre ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonra doğan çocuklarının ise nüfus kütüğüne ilk olarak yazılan doğum tarihleri esas alınır (m. 57/2).

Yargıtay'a göre; bu düzenleme karşısında sigortalının ilk defa malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olduğu tarihten sonra alınan yaş düzeltme kararları yaşlılık aylığı bağlanmasında ve diğer Kurum sigorta işlemlerinde dikkate alınmayacaktır. Burada amaç, sigortalı için sigortalılık tescili anında oluşan statükonun, bir diğer deyişle, o anki mevcut durumun korunmasıdır. Statükonun korunmasına yönelik düşünce de kurumsal planlama ve aktüeryal dengelerin oluşturulmasında duyulan kaygılardan kaynaklanmaktadır.¹³⁴

B. Zorunlu Göç ile Türkiye'ye Gelenler

Bulgaristan'dan göçmen olarak Türkiye'ye gelen kişilerin Türk vatandaşlığına geçtikten sonra Bulgaristan'da geçen çalışma sürelerini 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanmak istemeleri uygulamada sorunlara yol açmıştır.¹³⁵ Zorunlu göçle Türkiye'ye gelen Bulgaristan göçmenleri yurt dışındaki hizmetlerinin geçtiği esnada Türk vatandaşı olmadıklarından borçlanma taleplerinin kabul edilip edilmemesi gerektiği konusu Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ile 21. Hukuk Dairesi arasında içtihat farklılığı oluşturmuştur.

¹³⁴ Y HGK, 16.2.2005, 21-34/78, YKD, C.31, S.7, Temmuz 2005, s.991-996. Aynı yönde başka bir karar ve kararı isabetli bulan öğreti görüşü için bkz. Y HGK, 23.2.2005, 2004/10-70 E., 2005/101 K., Centel, Değerlendirme 2005, s.257 vd.

¹³⁵ 1968-1979 yılları arasında Türkiye-Bulgaristan Yakın Akraba Göçü Anlaşması çerçevesinde 32.256 aileye mensup 116.521 kişi Türkiye'ye göç etmiştir (bkz. Doğanay, Filiz, Türkiye'ye Göçmen Olarak Gelenlerin Yerleşimi, DPT, 1996). Bulgaristan'dan Türkiye'ye yapılan göçler tüm göç hareketleri içinde birinci sırada yer almaktadır. Türkiye'deki tüm göçmenlerin % 48'ini oluşturan Bulgaristan kökenli göçmenlerin % 40'ına yakını 1989 krizi sırasında Türkiye'ye gelmiştir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erder, Sema, Uluslar arası Göçte Yeni Eğilimler, Türkiye "Göç Alan Ülke mi?", Mübeccel Kıray İçin Yazılar, İstanbul 2000, s.237). Bulgaristan'dan son göç hareketi 1989 yılında Türk kökenli Müslüman Bulgar vatandaşlarının Bulgar hükümeti tarafından Türkiye'ye göçe zorlanmaları ile başlatılmıştır. Bu dönemde 64.295 aileye mensup 226.863 kişi serbest göçmen olarak Türkiye'ye gelmiştir. 1989 tarihindeki bu zorunlu göçten sonra 1995 yılına kadar da aralıklı olarak gelen serbest göçmenlerin sayısı 27.224 ailede 73.957 kişiyi bulmuştur (Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Hizmet uygulamaları Genel Envanteri, Ankara 1996, s. 138). Ergin, Zorunlu Göç, s.1470, dn. 14. Ayrıntılı bilgi için bkz. Okur, Türk Vatandaşlığı Koşulu, s.118, dn. 43; s.132, dn. 97.

Bu durum Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.11.2005 tarihli kararına¹³⁶ kadar devam etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde yapılan açık tanıma göre, ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen çalışmalarını borçlanabileceklerini, kanunda, yurt dışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyrukluk ilişkisini aramakta olduğunu, “Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmanın” yeterli olmayacağını belirterek göçmen olarak Türkiye'ye gelenlerin, yurt dışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamayacaklarına hükmetmiştir. Söz konusu kişiler, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurt dışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirebilirler. Bu karar ile Bulgaristan'dan zorunlu göç yoluyla gelen kişilerin yurt dışında geçen sürelerini borçlanma yolu kapatılmıştır.

Yargı kararlarıyla çözüm bulunmaya çalışılan bu sorun kanunkoyucu tarafından ele alınmış ve söz konusu kişilere borçlanma imkânı tanınmıştır. 08.05.2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile 3201 sayılı Kanuna eklenen geçici 6. maddeye göre; Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden 1/1/1989 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar zorunlu göçe tabi tutulan, Türk vatandaşı olup Türkiye'de ikamet eden ve 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı Kanun dahil olmak üzere sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almamak koşulu ile yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri, bu Kanuna göre borçlandırılmak suretiyle yaşlılık aylığı bağlanmasında sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.

Yeni düzenleme ile Bulgaristan'dan 1.1.1989-8.5.2008 tarihleri arasında zorunlu göçe tabi tutularak ülkemize gelen kişilere bu ülkede geçen çalışma sürelerinde Türk vatandaşı olma şartı aranmaksızın borçlanma hakkı

¹³⁶ Y HGK, 23.11.2005, 10-492/646, Çalışma ve Toplum, 2006/2, S.9, s.111-115.

tanınmış olup, borçlanmanın genel kuralının aksine bu kimselerin borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olmaları yeterli sayılmaktadır.

Söz konusu borçlanma hakkından yararlanabilmek için ilgililerin;

1- 01.01.1989 tarihinden 08.05.2008 tarihine kadar geldikleri ülke tarafından zorunlu göçe tabi tutulmuş olmaları,

2- Zorunlu göçten sonra Türk vatandaşı olup Türkiye'de ikamet ediyor olmaları,

3- 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun dâhil olmak üzere sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir ve aylık almamaları,

4- Geldikleri ülkedeki çalışma sürelerini belgelendirmeleri,

5- Borçlanma için yazılı istekte bulunmaları,

6- Tebliğ edilen borç miktarını üç ay içinde ödemeleri,

gerekmektedir.

Genelgeye göre; ülkemize gelen Türk soydaşların iskanı ile ilgili kanunlarda (2510 veya 5543 sayılı Kanunlar) sadece Bulgaristan'dan gelenler için “zorunlu göç” ifadesi kullanıldığından, yalnızca zorunlu göç nedeniyle bu ülkeden gelen vatandaşlarımız söz konusu düzenleme ile öngörülen borçlanma hakkından yararlandırılacaktır. Bu ülkeden kendi istekleri ile gelerek Türk vatandaşlığına geçenlerin borçlanma talepleri reddedilecektir. Aynı zamanda Türk vatandaşlığı ile birlikte Bulgaristan vatandaşlığı devam edenler de söz konusu yasa ile getirilen düzenlemeden yararlanacaklardır. Öte yandan diğer ülkelerden kendi istekleri ile ülkemize gelen kimseler (örneğin Ahıska veya Afgan Türkleri gibi) İskan Kanununa göre iskana tabi tutulmuş olsa bile, zorunlu göç nedeniyle ülkemize gelmedikleri için bunların borçlanma talepleri reddedilecektir (2011/48 Genelge, 4.B., 6.).

Genelgede sadece Bulgaristan'dan zorunlu göç kapsamında Türkiye'ye gelen kişilerin diğer şartları da sağlaması hâlinde borçlanma

yapabilecekleri belirtilmektedir. Yargıtay'ın 25.06.2009 tarihli kararına¹³⁷ konu olayda davacı Yunanistan'da geçirdiği süreyi 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanma talebinde bulunmuştur. Talebi borçlanılacak sürelerde Türk vatandaşı olmaması gerekçesiyle reddedilmiştir. Yargıtay ise sosyal güvenlik ile ilgili düzenlemelerin kamusal nitelikli hükümler olmaları karşısında, yargılama sürecinde yürürlüğe girmiş olan bu düzenlemenin (geçici 6. madde) söz konusu uyuşmazlıkta gözetilerek, yapılacak araştırma ve inceleme ile hüküm kurulmasının yasal zorunluluk olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla kişi Yunanistan'dan gelmiş olsa dahi zorunlu göç kapsamında borçlanma hakkına sahip olup olmadığının tespitinde esas alınacak kriter, sigortalının 01.01.1989 tarihinden 08.05.2008 tarihine kadar geldiği ülke tarafından zorunlu göçe tabi tutulmuş olup olmadığıdır. Öte yandan kanunda belirtilen sürelerde zorunlu göç sadece Bulgaristan'dan göç etmek durumunda bırakılan kişiler için söz konusu olmuştur. Ancak Bulgaristan dışında diğer ülkelerden gelen kişilerin de zorunlu göçe tabi tutulmuş olmaları hâlinde borçlanma hakkına sahip olmaları yerinde olacaktır. Ayrıca 08.05.2008 tarihinden sonra göç edenlerin Bulgaristan'daki çalışma sürelerini borçlanma hakkı bulunmamaktadır.¹³⁸

T.C. Kimlik Numarası ile Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün Kimlik Paylaşım Sisteminden Kurumca yapılacak sorgulama sonucunda vukuatlı nüfus kayıt örneğinde “..... tarihli ve sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve 2510 (veya 5543) sayılı İskan Kanununa istinaden Türk vatandaşlığına alınmıştır” ibaresi bulunanlar için ayrıca zorunlu göçe tabi tutulduklarını belgelendirme koşulu aranmayacaktır. Ancak, nüfus kayıtlarında bu şekilde ibare bulunmuyorsa ilgililerden bu ibarenin nüfus kayıtlarına işlenmesi için başvuruda bulunmaları istenecektir. Ayrıca, zorunlu göçe tabi tutulduklarına ilişkin kamu kurum ve kuruluşlarından temin edilecek bir belgenin Kuruma ibrazı halinde de borçlanma işlemi sonuçlandırılacaktır.

¹³⁷ Y 10. HD, 25.6.2009, 2008/3084, 2009/11618, Legal Hukuk Dergisi, S.87, Y.8, Mart 2010, s.977-978.

¹³⁸ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.345.

Söz konusu geçici 6. maddede borçlanma kapsamında yalnızca çalışma süreleri gösterildiğinden, bu çalışma süreleri arasında veya sonunda boşta geçen (çalışılmayan) sürelerle ev kadınlığında geçen süreler, borçlanma kapsamı dışında tutulacaktır (2011/48 Genelge, 4.B., 6.). Görüldüğü gibi zorunlu göçle ülkemize gelen kişilere tanınan borçlanma hakkı çalışma süreleri ile sınırlı olarak uygulanmaktadır. Türk vatandaşları 3201 sayılı Kanuna göre sigortalılık süreleriyle ev kadını olarak geçirilen süreler ve kanunda belirtilen işsizlik sürelerini borçlanabiliyor iken Bulgaristan göçmenleri ancak çalıştıkları süreleri borçlanabilecektir.

Geçici 6. madde hükümleri uygulanmak suretiyle borçlandırılan hizmetler yalnızca yaşlılık aylığı (5434 sayılı Kanuna göre bağlanan emekli aylıkları dâhil) bağlanmasında değerlendirileceğinden, malûllük ve ölüm aylığı bağlanmasında, bu şekilde borçlanılan hizmetler dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle, Bulgaristan'da geçen hizmet sürelerinin hak sahiplerince borçlanmasına ilişkin talepleri de kabul edilmeyecektir. Bir diğer ifadeyle borçlanma hakkı sadece ilgilinin kendisine tanınmış olup hak sahipleri bu borçlanmadan yararlanamayacaklardır.¹³⁹ Ancak, borçlanma hakkından yararlanarak yaşlılık aylığı bağlanan sigortalının ölümü halinde, hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilecektir (2011/48 Genelge, 4.B., 6.).

Zorunlu göçle Türkiye'ye gelen soydaşlarımıza çok sınırlı da olsa borçlanma hakkı tanınması ile sosyal güvenlik haklarına ulaşabilmelerinin yolunun açılması isabetli bulunmaktadır.¹⁴⁰ Zira Hukuk Genel Kurulu'nun 23.11.2005 tarihli kararı ile bu kişilere borçlanma yolu tamamen kapatılmıştı.

3201 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi, 5754 sayılı Kanunun Resmî Gazete'de yayımlandığı 08.05.2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Yürürlük tarihi Yargıtay'ın 01.12.2008 tarihli kararında ele alınmıştır.¹⁴¹

Uyuşmazlığa konu olayda davacı Bulgaristan'da geçen çalışma sürelerini 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanmak istemiştir. İlk derece

¹³⁹ Ergin, Zorunlu Göç, s.1472; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.345.

¹⁴⁰ Ergin, Zorunlu Göç, s.1475.

¹⁴¹ Y 10. HD, 01.12.2008, 2007/20061 E., 2008/15574 K., Legal, C.7, S.25, Y.2010, s.389-391. Aynı yönde bkz. Y 9. HD., 03.02.2009, 2007/16189, 2009/964, Yargı Dünyası, S.163, Temmuz 2009, s.61-63; Ergin, Zorunlu Göç, s.1463 vd.

mahkemesi davacının yurtdışında çalıştığı sürede Türk vatandaşı olmadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile 3201 sayılı Kanuna eklenen geçici 6. maddesi uyarınca sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden 01.01.1989 tarihinden 08.05.2008 tarihine kadar zorunlu göçe tabi tutulduktan sonra Türk vatandaşlığına geçenlere geldikleri ülkedeki hizmetlerini borçlanma yoluyla değerlendirme imkanı tanındığını, sosyal güvenlik ile ilgili düzenlemelerin kamusal nitelikli hükümler olmaları karşısında yargılama sürecinde yürürlüğe giren düzenlemenin söz konusu uyuşmazlıkta gözetilerek yapılacak araştırma ve inceleme ile hüküm kurulmasında yasal zorunluluk (HUMK m. 76) olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin kararı verildiği tarihte yürürlükte olan mevzuata uygun olmakla beraber, 10. Hukuk Dairesi sosyal güvenlik ile ilgili yasal düzenlemelerin kamusal nitelikli olmasından hareketle yargılama sürecinde yürürlüğe giren ve borçlanma olanağını genişleten söz konusu hükme göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yeni düzenlemenin derdest davalarda da uygulanması gerektiğini öngören bu karar isabetli bulunmaktadır.¹⁴²

Yüksek Mahkeme bu konuda bir adım daha ileri giderek sosyal güvenlik ile ilgili düzenlemelerin kamusal nitelik arz etmesinden ötürü borçlanma imkânı yaratan yasal düzenleme nedeniyle aynı konuda daha önce verilen kararın kesin hüküm oluşturmayacağını ve yeni düzenleme ışığında karar verilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin kararına¹⁴³ konu olay şu şekildedir:

Davacı 1974-1991 yılları arasında Bulgaristan'da geçirdiği sürenin 3201 sayılı Kanun hükümlerine göre borçlandırılmasına yönelik talebinin Kurumca reddilmesi üzerine ilk derece mahkemesinde Kurum aleyhine dava açmıştır. İlk derece mahkemesi borçlanılan sürelerde Türk vatandaşı olmayan davacının borçlanma hakkından yararlanamayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacının kararı temyizi üzerine karar Yargıtay

¹⁴² Ergin, Zorunlu Göç, s.1475.

¹⁴³ Y 10. HD, 26.03.2009, 1415/5204, YKD, C.36, S.10, Ekim 2010, s.1833-1836.

tarafından onanmak suretiyle kesinleşmiştir. Davacı kararın kesinleşmesinden sonra aynı talebi içeren yeni bir dava açmıştır. İlk derece mahkemesi tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan davanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237 nci maddesi hükmü gereğince kesin hüküm nedeniyle reddine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, sosyal güvenlik ile ilgili düzenlemelerin kamusal nitelik arz ettiği, yargılama sürecinde yürürlüğe giren ve borçlanma olanağının kapsamını genişleten söz konusu hükmün, inceleme konusu davada gözetilerek doğrudan uygulanmasının zorunlu olduğu ve bu aşamada kesin hükmün varlığından da söz edilemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

C. Ev Kadınları

Türk Hukukunda ilk defa 3201 sayılı Kanun ile yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerin kanunda belirtilen şartlara bağlı olarak borçlanılabilmesi kabul edilmiştir.¹⁴⁴ Belirtmek gerekir ki, 19.4.1979 tarihli 2229 sayılı Kanun¹⁴⁵ ile 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununa eklenen Ek 3. maddeyle; yurt dışında bulunan vatandaşların herhangi bir işte çalışmayan yanındaki eşlerinin primlerini dövizle ödemek koşuluyla, yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerinin Türkiye'deki sigortalılık hakları yönünden değerlendirilmesine imkân sağlanmıştır. Ancak 3201 sayılı Kanunda borçlanma yapabilecek ev kadınının, yurt dışında bulunan vatandaşın eşi olması şartı yoktur.

Kanunun 1. maddesine göre; Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen ev kadını olarak geçen süreleri bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.

Yurt dışı hizmet borçlanmasında ilk yasal düzenleme olan 2147 sayılı Kanundan son düzenlemeye doğru kapsam bakımından bir genişleme söz konusudur. 2147 sayılı Kanunda sadece çalışanlar kanun kapsamında iken

¹⁴⁴ Ergin, Son Gelişmeler, s.166.

¹⁴⁵ 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Kaldırılmasına ve Bu Kanuna Ek ve Ek Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG. 4.5.1979, 16627.

ikinci adımda ev kadınları da 3201 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.¹⁴⁶ Böylece ev kadınları çalışma şartı aranmaksızın yurt dışında geçen sürelerini borçlanma yoluyla değerlendirme hakkına sahip kılınmışlardır.¹⁴⁷

Ev kadınları yurt dışında geçen sürelerinin ancak 18 yaşını tamamladıktan sonraki kısmını borçlanabileceklerdir.

*2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun*¹⁴⁸ aylığı bağlayacak kurumu düzenleyen 8. madde hükmünde, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca aylığın bağlanacağı öngörülmüştür. 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanmaya konu yapılan ev kadınlığı süresi de 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinde öngörülen “fiili hizmet süresi” niteliği içerisinde değerlendirilmelidir.¹⁴⁹

3201 sayılı Kanunda ev kadını kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretideki bir görüşe göre kanun sadece yurt dışında çalışan Türk işçilerin çalışmayan ev kadını olan eşlerine borçlanma imkânı tanımaktadır.¹⁵⁰ Bu görüş sadece işçi eşi olan ev kadınlarına borçlanma hakkı tanıdığı için dar bir yorum olarak nitelendirilmekte ve 3201 sayılı Kanunun lafzına ve amacına aykırı bulunmaktadır.¹⁵¹ Diğer bir görüşe göre ev kadını kavramı genel anlayışa göre değerlendirilmeli ve meslek sahibi kadınlar bu kavramın dışında bırakılmalıdır.¹⁵² Ev kadınının çalışmasının bulunması hâlinde çalışan kadın çalışılan sürelerin borçlanmasına ilişkin hükümlere göre borçlanma yapacaktır. O hâlde ev kadını sayılmak için aranacak en temel koşul; herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı

¹⁴⁶ Sözer, Emeklilik İçin Borçlanma, s.632.

¹⁴⁷ Araslı, s.1719.

¹⁴⁸ RG. 27.05.1983, S.19059.

¹⁴⁹ Y 10. HD, 14.03.2013, 4324/4775; Y 10. HD, 28.03.2013, 2011/10224, 2013/6047, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

¹⁵⁰ Tuncay-Ekmekçi , s.119; Tunçomağ, s. 239.

¹⁵¹ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.566; Laçiner, s.620.

¹⁵² Akın, Bağ-Kur Sigorta Yardımları, s.34, Bostancı, s.100 vd. Yazar ev kadını meslek sahibi olmayan kadın olarak nitelendiren görüşe katılmakla beraber “ev kadınları teriminden bir kimsenin, evinde oturan ve oturduğu evin (yemek yapma, temizlik, çocuk bakımı gibi) işleri ile ilgilenen karısı anlaşılmalıdır.” demektedir.

olarak bir işte çalışmamaktır.¹⁵³

Öte yandan ev kadını sayılmak için mevcut, geçerli bir evlilik bağının aranıp aranmayacağı sorusu da cevaplandırılmalıdır. Ev kadını sayılabilmek için devam etmekte olan bir evlilik bağının aranması hâlinde hiç evlenmemiş, eşinden ayrılmış veya eşi ölmüş kadınlar ev kadını kapsamında değerlendirilmeyecek ve borçlanma yapamayacaklardır. Bu yönde bir yorum da eşitsizlik yaratan bir uygulamaya yol açacak ve söz konusu kadınlar sosyal güvenlik hukukunun kapsamı dışında bırakılmış olacaklardır. Kanunkoyucu evlilik bağının gerekli olduğunu düşünse idi Bağ-Kur Kanunu'nda olduğu gibi bunu açıkça belirtirdi. Bu sebeple ev kadını kavramını hiç evlenmemiş, boşanmış ve geçerli bir evlilik ilişkisi içinde olan kadınları da kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekir. Ev kadınının mutlaka evli olmasına gerek yoktur. Böylece 3201 sayılı Kanundan yararlanarak yurt dışındaki ikamet sürelerini borçlanmak isteyen ev kadınları arasında eşitsizlik yaratılmamış ve hakkaniyete uygun bir sonuca varılmış olacaktır.¹⁵⁴

Ev kadınlarına ilişkin bu düzenleme Bağ-Kur Kanunu'nun 79. maddesinde öngörülen ev kadınlarının isteğe bağlı olarak Bağ-Kur sigortalısı olmalarına ilişkin hükümle uyumludur. Böylece yurt içindeki ev kadınlarına isteğe bağlı olarak Bağ-Kur sigortalısı olma hakkı tanıyan kanunkoyucu yurt dışındaki ev kadınlarına da 3201 sayılı Kanun ile borçlanma imkânı tanımak suretiyle yurt içinde ve yurt dışında bulunan ev kadınları arasında sosyal güvenlikleri bakımından sürelerinin değerlendirilmesinde eşitliği sağlamıştır. Bu düzenleme Anayasanın 62. maddesi ile getirilen yabancı ülkelerdeki Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması yönündeki düzenlemeye ve anayasal eşitlik ilkesine de uygundur.¹⁵⁵

Ev kadını, ev hizmetlerini yapan kadın olarak kabul edilebilir.¹⁵⁶ Ancak esas olan kadının yurt dışında herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi

¹⁵³ Caniklioğlu-Canbolat, s.875; Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.566; Laçiner, s.620.

¹⁵⁴ Caniklioğlu-Canbolat, s.875; Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.566; Laçiner s.620.

¹⁵⁵ Caniklioğlu-Canbolat, s.874 vd.; Laçiner, s.620 vd.

¹⁵⁶ Okur, Ev Kadınının Sosyal Güvenliği, s.549.

çalışmasının olmamasıdır. Bu durumda, bir kadın çalışmış olmasa dahi¹⁵⁷ yurt dışında geçen sürelerini borçlanabilir.

Kanun açıkça ev kadınlarından söz ettiği için erkeklerin bu kapsamda borçlanabilmesi söz konusu değildir. Kanunkoyucu yurt dışında yaşayan ev kadınlarını sosyal güvenlik alanının dışında bırakmamak için ev kadınlarına borçlanma hakkı tanımıştır. Türk aile yapısında ve sosyal yapıda ev işlerinin esas olarak kadın tarafından yerine getirilmesi gerektiği düşüncesi göz önünde tutulduğunda kanunkoyucunun bu şekilde bir düzenlemeye gitmesi yerindedir. Ev işleri genellikle kadınlar tarafından yapılmakla birlikte son yıllarda bu görüntü değişmekte, erkek de ev işlerini üstlenmektedir. Bu durum daha ziyade Batı toplumlarında görülmektedir. Ancak ev işlerinin erkekler tarafından yerine getirilmesi hâlinde erkeklerin de ev işlerini yapan kadınlar gibi belli bir korumadan yararlandırılması gerektiği fikri dikkate değer bir fikirdir.¹⁵⁸

Yukarıda da ifade edildiği üzere ev kadınlarının yurt dışında geçen sürelerini borçlanma imkânı ilk kez 3201 sayılı Kanun ile hukukumıza girmiştir. Bu sebeple yurt dışında yaşayan ev kadınları 2147 sayılı Kanunun yürürlük dönemi olan 7.6.1978 ile 22.5.1985 tarihleri arasında borçlanma yapamamışlardır. 3201 sayılı Kanundan yararlanarak borçlanılacak sürelerin kanunun yürürlük tarihi olan 22.05.1985 tarihinden sonra yurt dışında ev kadını olarak geçen süreler olması gerekmektedir. 3201 sayılı Kanunda da, bu kanunun yürürlüğe girdiği 22.5.1985 tarihinden önce yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerin borçlanılabilmesine olanak tanıyan bir hükme yer verilmemiştir. Bu hâlde 22.5.1985 tarihinden sonra yurt dışında ev kadını olarak geçen süreler borçlanılabilecektir.

Öte yandan 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na 3284 sayılı Kanunla eklenen geçici 190. maddeye göre; adı geçen kanunun yürürlük tarihinde (22.05.1986) Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı iştirakçisi bulunanlar 8.5.1985 tarih ve 3201 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerini sözü edilen kanunun 4.

¹⁵⁷ Ergin, Son Gelişmeler, s.166.

¹⁵⁸ Okur, Ev Kadınının Sosyal Güvenliği, s.549.

maddesinin 2., 3., 4. ve 5. fıkraları uyarınca borçlanabilirler. Bu düzenleme ile 22.05.1985 tarihinden önce yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerin borçlandırılması olanağı getirilmiştir. Bunun için 3284 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 22.05.1986 tarihinde Emekli Sandığı İştirakçisi olmak şarttır.

Danıştay 10. Dairesinin kararına konu olan bir olayda davacı 6.9.1981-2.11.1990 tarihleri arasında yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerini 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanmak istemiştir. Danıştay, 3201 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 22.05.1985 tarihinden sonraki sürelerinin 2.11.1990 tarihine kadar borçlandırılmasına, 22.05.1985 tarihinden önce yurt dışında geçirdiği sürelerin ise 3284 sayılı Kanunun aradığı 22.5.1986 tarihinde sandık iştirakçisi olmak koşulu gerçekleşmemiş olması nedeniyle borçlandırılmasına imkân bulunmadığına hükmetmiştir.¹⁵⁹

D. Kamu Görevlileri

3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanun ile eklenen geçici 5. maddesine göre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten¹⁶⁰ önce 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa tabi iştirakçi olanların bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce veya sonra yurtdışında geçen hizmetlerinin borçlandırılmasında, borç tutarı ilgililerin Türkiye'den ayrılmadan önce Sandığa tabi hizmetlerinden en son bıraktıkları derece ve kademelerine yurtdışında geçirdikleri ve borçlanmak istedikleri sürenin her üç yılına bir derece ve her yılına bir kademe verilmek ve öğrenim durumları itibarıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36. maddesindeki yükselebilecekleri dereceleri geçmemek üzere tespit edilecek derece, kademe ve ek göstergeleri ile emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait tüm unsurların toplamının müracaat tarihinde yürürlükte olan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlar esas alınarak, yine o tarihteki kesenek ve karşılık oranlarına göre hesap edilir.

¹⁵⁹ D 10. D., 05.02.1997, 1995/4138, 1997/243, Yargı Dünyası, S.19, Temmuz 1997, s.29-32, Laçiner, s.621.

¹⁶⁰ 08.05.2008.

5754 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanuna eklenen geçici 7. maddenin ikinci fıkrasına göre; 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki yurt dışı borçlanma süreleri de, aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilir. Söz konusu kişilerin aylıklarının hesabında 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesi hükümleri uygulanır.

III. BORÇLANMA KAPSAMINDA OLAN SÜRELER

3201 sayılı Kanun yurt dışında geçen her türlü sürenin borçlanılmasını değil, ancak kanunda öngörülen belirli nitelikteki sürelerin borçlanılmasını kabul etmiştir. Hangi tür sürelerin borçlanılabileceği kanunun 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.

3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılabilecek süreler sınırlı sayı ilkesine tabidir. Kanunda belirtilen nitelikte olmayan süreler için borçlanma yapılamaz.

Borçlanılabilecek süreler şu şekildedir:

A. Sigortalılık Süreleri

3201 sayılı Kanunda borçlanma kapsamında kabul edilen ilk süre; Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yurt dışında 18 yaşını

doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleridir.

5754 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan “*çalışma süreleri*” ifadesi yerine “*sigortalılık süreleri*” ifadesi getirilmiştir. Yönetmeliğe göre sigortalılık süresi deyiminden, borçlanma kapsamındaki sürenin bulunduğu ülke mevzuatına göre ikamet süreleri hariç, çalışılmış ya da çalışılmış süre olarak kabul edilen süreler anlaşılacaktır (m. 4/1,g). Söz konusu tanım ile yabancı bir ülkede o ülkenin kanunlarına uygun bir biçimde çalışma veya çalışılmış sayılmak kastedilmektedir.¹⁶¹ Yabancı ülkede sigortasız olarak veya çalışma izni olmaksızın çalışan kişiler 3201 sayılı Kanundan yararlanamazlar.¹⁶²

2011/48 sayılı genelgeye göre çalışılmış olarak kabul edilen süreler, ilgili ülke mevzuatına göre fiilen çalışılmadığı hâlde çalışmaya eşdeğer süre olarak kabul edilip, hizmet cetvellerinde eşdeğer süre olarak gösterilen, aylığa hak kazanmada ve aylık hesabında değerlendirilen sürelerdir. İlgili ülke mevzuatına göre çalışılmış veya eşdeğer süre olarak kabul edilen ikamet sürelerinin çalışılmış süre olarak değerlendirilmesine imkân bulunmadığından, borçlandırılması mümkün değildir (2011/48 Genelge, 2.B., 1.2.1).

Sigortalılık süresinin borçlanılmasında kanunda sigortalılık statüsü bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Bu nedenle 3201 sayılı Kanun kapsamında hizmet akdi kapsamında geçen sigortalılık süreleri borçlanılabileceği gibi kendi nam ve hesabına bağımsız çalışılan sigortalılık süreleri de borçlanılabilir.¹⁶³ Nitekim yönetmeliğin “Yurtdışı sigortalılık sürelerine ait belgeler” başlıklı 9. maddesinde yurtdışında kendi adına ve hesabına çalışanların bağlı oldukları vergi dairesi, ilgili meslek kuruluşu veya birliklerince verilen hizmet belgesini ibraz etmeleri gerektiği belirtilmektedir (m. 9/1,a,3). Bu hükümden bağımsız çalışma sürelerinin de borçlanma kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan bağımlı çalışmadan

¹⁶¹ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.568.

¹⁶² Orhan, s.30.

¹⁶³ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.569.

sadece hizmet akdi ile çalışmanın anlaşılması gerekir. Çifte vatandaşlık durumunda veya memur veya sözleşmeli personel olabilmek için o ülke vatandaşı olunması şartının aranmadığı ülkelerde memur veya sözleşmeli personel olarak çalışan Türk vatandaşları da bu süreleri borçlanabilirler. Yurt dışında geçen sürelerin tamamının aynı statüde ve aynı ülkede geçirilmesi zorunluluğu yoktur. Birden fazla ülkede birden fazla statüde geçen sigortalılık süreleri borçlanma bakımından birlikte değerlendirilir.¹⁶⁴

B. İşsizlik Süreleri

İlk defa 3201 sayılı Kanun ile yurt dışında geçen işsizlik sürelerinin de borçlanılabilmesi imkânı getirilmiştir. İşsizlik süresi ibaresi, ilgili ülke mevzuatına göre çalışma süreleri ile bu çalışma sürelerine eş değer süreler haricinde o ülkede çalışılmadan geçen süreyi ifade eder (Yönetmelik, m. 4/1,c).

Yurtdışında geçen işsizlik sürelerinin tamamı borçlanma kapsamında değildir. Zira kanuna göre sigortalılık süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri borçlanılabilir (m. 3). İkamet süreleri ve boшта geçen süreler de bu kapsamda değerlendirilecektir (2011/48 Genelge, 2.B., 1.2.2).

İlgilinin borçlanılabileceği işsizlik süresi sigortalılık süreleri arasında toplam bir yıl ve sigortalılık süresi sonunda toplam bir yıl olmak üzere en fazla iki yıl olacaktır. Zira hükümde açıkça sigortalılık süreleri arasında ve sigortalılık sürelerinin sonunda ayrımı yapılmış ve her birinde bir yıla kadar olan sürelerin borçlanılabileceği hükme bağlanmıştır.¹⁶⁵

İşsizlik sürelerinin iş bulma kurumlarınca işsizlikte geçen sürelere ilişkin verilen belge ile belgelenmesi gerekmektedir. İşten ayrılma konusunda işçinin kusurunun olup olmasının borçlanma bakımından bir önemi bulunmamalıdır. Çünkü kanunda işsizlik ödeneği alınan sürelerin değil, işsiz kalınan sürelerin borçlanılmasına olanak tanınmıştır. Bu nedenle kendi

¹⁶⁴ Caniklioğlu-Canbolat, s.876 vd.

¹⁶⁵ Caniklioğlu-Canbolat, s.877.

isteği ile işten çıkan sigortalının da işsiz kaldığı sürenin kanunda belirtilen kısmını borçlanması mümkündür.¹⁶⁶

C. Ev Kadını Olarak Geçen Süreler

Yurtdışında ev kadını olarak geçen süreler, medenî durumlarına bakılmaksızın kadınların sigortalılık süreleri haricinde yurtdışında bulundukları süreleri ifade eder (2011/48 Genelge, 2.B., 1.2.3). Ev kadını sayılma sigortalı bir işte çalışmamaya bağlıdır.¹⁶⁷ Dolayısıyla sigortalı bir işte çalışan kadın sadece sigortalılık sürelerini ve işsizlik sürelerini borçlanabilir.

Ev kadınlarının 18 yaşın tamamlanmasından önce geçen süreleri, evlenme ile reşit olmalarına rağmen borçlanma sürelerinde hesaba katılmaz. Borçlanma talebinde bulunanlar yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerinin diledikleri kadarını borçlanabilirler (2011/48 Genelge, 2.B., 1.2.3).

D. Çocuk Yetiştirme Süreleri

Alman sosyal güvenlik mevzuatında 01.01.1986 tarihinde yapılan değişiklikle çocuk yetiştirme sürelerinin sigortalılık süresinden değerlendirilmesine imkân sağlanmıştır. Yapılan düzenleme ile 01.01.1921 tarihinden sonra doğan kadınların Almanya'da 31.12.1991 tarihine kadar dünyaya getirdikleri ve oniki aydaki bakımını Almanya'da gerçekleştirdikleri her çocuk için bir yıl, 01.01.1992 tarihinden itibaren ilk otuzaltı aydaki bakımını Almanya'da gerçekleştirdikleri her çocuk için üç yıl sigortalı hizmet süresi kazanmaktadırlar.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2010/68 sayılı genelgesinde de, Almanya'da çocuk yetiştirme süresinden yararlanan kişilerin, söz konusu süreyi Türkiye'de 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanmak suretiyle sigortalılık süresinden saydırmalarına ilişkin hükümler getirilmiştir. Buna göre; 22.07.2009 tarihinde Alman mevzuatında yapılan değişiklik ile çocuk yetiştirme süreleri bulunan ancak, Alman mevzuatı gereğince yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli olan en az altmış aylık prim ödeme süresi şartını

¹⁶⁶ Caniklioğlu-Canbolat, s.886 vd.

¹⁶⁷ Laçiner, s.623.

Türkiye'deki ve Almanya'daki hizmetleri ile birlikte 65 yaşını bitirecekleri tarihe kadar dolduramayanlara, eksik sürelerini borçlanarak 60 aylık prim ödeme şartını yerine getirip yaşlılık aylığı almaya hak kazanırlar.

Çocuk yetiştirme sürelerinin borçlanılabilmesi için çocuğun Almanya'da yetiştirilmesi esastır. Çocuk yetiştirme sürelerinden çocuğu Almanya'da yetiştiren anne ve babalar, üvey anne ve babalar, çocuğun bakımını üslenen büyük anne veya büyük baba yada akrabalar yararlanabilmektedirler.

Ancak Almanya mevzuatında, Türkiye'ye kesin dönüş yapmış olanların eksik sürelerini borçlanmalarına imkân veren yasa, 11.08.2010 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda, 10.08.2010 tarihine kadar Alman mevzuatında aranılan yaş şartını yerine getirmiş ve borçlanma talebinde bulunmuş olanlar hakkında yürürlükten kaldırılan kanun hükümleri uygulanacak, bu tarihten sonra borçlanma talebinde bulunanlar ise borçlanma imkânından yararlanamayacaklardır. Buna göre; Almanya'da çocuk yetiştirme süreleri bulunan ve kesin dönüş yapan vatandaşlarımızdan söz konusu sürelerle Alman mevzuatına göre yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli olan altmış aylık prim ödeme şartını yerine getiremeyenler, eksik sürelerini Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasındaki Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 2. maddesinde sayılan mevzuatlardaki sigortalılık hallerinden birine tabi olarak ya da isteğe bağlı sigortaya prim ödeyerek veya 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde sayılan hizmet sürelerini anılan maddeye göre borçlanarak tamamlayabileceklerdir.

IV. BORÇLANMA KAPSAMINDA OLMAYAN SÜRELER

Yönetmeliğin 6. maddesine göre aşağıda sayılan süreler borçlandırılmaz:

1) 18 yaşın doldurulmasından önce yurtdışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı süreleri,

2) Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı süreleri,

3) İkili sosyal güvenlik sözleşmelerine göre kendilerine kısmi aylık bağlanmış olanların yurtdışında geçen sigortalılık süreleri arasında ve bu sürelerin bitim tarihinden sonraki işsizlik süreleri ve ev kadını olarak geçen süreler,

4) Sosyal güvenlik kanunlarına göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen sürelerle çakışan yurtdışı süreleri (m. 6/2).

Türkiye'de malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen sürelerle çakışan yurtdışı süreleri şu şekildedir:

a) Libya'da iş üstlenen Türk işverenlerince çalıştırılan Türk işçilerinin, bu ülkede 1.9.1985 tarihinden sonra geçen çalışma süreleri,

b) Almanya'da istisna akdi kapsamında iş üstlenen Türk işverenlerince çalıştırılan Türk işçilerinin bu ülkedeki çalışma süreleri,

c) 5510 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi ile ülkemiz ile imzalanan ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi hükümlerine göre yurtdışında geçici görevli olarak bulunmaları nedeniyle 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılanların geçici görevli bulundukları yurtdışı çalışma süreleri (2011/48 Genelge, 2.B., 1.2.4).

3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde ifade edildiği üzere Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri borçlanılabilir. Bu sebeple 18 yaşın doldurulmasından önce ve Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurt dışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı sürelerinin borçlanması mümkün değildir. Yine 1. maddeye göre yurt dışında geçen sürelerin borçlanılabilmesi için aynı süreler karşılığı Türkiye'de sosyal güvenlik kuruluşuna prim, kesenek veya karşılık

ödenmemiş olmalıdır.¹⁶⁸ Aksi hâlde Türkiye'de prim ödenerek değerlendirilen sürelerin 3201 sayılı Kanun kapsamında ikinci kez değerlendirilmesi mümkün değildir.

Borçlanma kapsamına girmeyen bir diğer süre Libya'da iş üstlenen Türk işverenlerince çalıştırılan Türk işçilerinin, bu ülkede 01.09.1985 tarihinden sonra geçen çalışma süreleridir. Türkiye ile Libya arasında imzalanan ve 01.09.1985 tarihinde yürürlüğe giren Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ve bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin İdari Anlaşmaya¹⁶⁹ göre, Libya'da iş üstlenen kuruluş ve şirketlerin çalıştırdıkları daimi işçilerin sigorta aylıkları ile maktu yardımlara ilişkin sigorta primlerinin işçi ve işveren paylarının Türk sigorta kurumuna transfer edileceği kararlaştırılmıştır. Yargıtay kararlarına¹⁷⁰ ve öğreti görüşüne¹⁷¹ göre; Libya'da Türk işverenlerin yanında çalışan Türk işçilerinin sosyal güvenlikleri Türk sosyal güvenlik kurumlarınca sağlandığından ve aynen Türkiye'de çalışan sigortalılar gibi kabul edildiğinden bu kişiler yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanma konusu yapamazlar. Aksi bir durum çalışma sürelerinin ikinci kez değerlendirilmesi anlamına gelir ki bu da 3201 sayılı Kanunun amacına aykırıdır.

Söz konusu sözleşmede ve İdari Anlaşmada daimi ve geçici işçi olmak üzere iki tür işçi tanımı yapılmaktadır. Buna göre daimi işçi, akit taraflardan birinin vatandaşı olup işveren tarafından diğer akit taraf ülkesinde yaptığı işte çalıştırmak için gönderilen ve bu işverenden ücret alan işçidir. Geçici işçi ise akit ülkelerden birinin vatandaşı olup diğer akit ülkede o ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olan işçidir. Sözleşme uyarınca Libya'da Türk işverenlerin çalıştırdıkları Türk işçilerin, yani daimi işçilerin primleri Türk sosyal güvenlik kurumlarına yatırıldığı için daimi işçiler açısından borçlanma

¹⁶⁸ Araslı, s.1719; Tunçomağ, s.239.

¹⁶⁹ Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Cumhuriyeti arasında 20.3.1976 tarihinde imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, daha sonra Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Sosyalist Cumhuriyeti arasında 13.9.1984 tarihinde imzalanıp 1.9.1985 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme ile yürürlükten kaldırılmıştır. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin idari anlaşma da 9.8.1985 tarihinde imzalanmış ve 1.9.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁰ Y 21. HD, 13.12.2004, 7670/10965, YKD, C.31, S.8, Ağustos 2005, s.1273-1274. Aynı yönde Y 21. HD, 22.11.2005, 7706/11935, YKD, C.32, S.5, Mayıs 2006, s.795-796.

¹⁷¹ Araslı, s.1729.

yapılamayacaktır. Ancak geçici işçilerin, yani Libya'da Türk vatandaşlığında olmayan bir işveren tarafından çalıştırılan işçilerin 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanabilmeleri gerekmektedir.¹⁷²

Borçlanılamayacak bir diğer süre Almanya'da istisna akdi kapsamında iş üstlenen Türk işverenlerince çalıştırılan Türk işçilerinin Almanya'da geçen çalışma süreleridir. Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Hükümetleri arasında 18.11.1991 tarihinde "Türk Firmaları İşçilerinin İstisna Akti Çerçevesinde İstihdamına İlişkin Anlaşma"¹⁷³ imzalanmıştır. İstisna akti çerçevesinde Almanya'da çalışan Türk işçileri bu süre zarfında Türk Sosyal Güvenlik Kurumu'na tabidirler. Dolayısıyla işçilerin bu süreleri ikinci kez 3201 sayılı Kanuna göre değerlendirmeleri mümkün değildir.

Borçlanılamayacak bir diğer süre ise; 5510 sayılı Kanunun 10. maddesinde ifadesini bulan sürelerdir. "Sigortalıların işleri nedeniyle geçici olarak yurt dışında bulunmaları" başlıklı 10. maddeye göre; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan sigortalıların işverenleri tarafından geçici görevle yurt dışına gönderilmeleri, (c) bendinde sayılan sigortalıların mevzuatlarında belirtilen usûle uygun olarak yurt dışına gönderilmeleri veya (b) bendinde sayılanların sigortalılığa esas çalışması nedeniyle yurt dışında bulunmaları hâlinde, bu görevleri yaptıkları sürece, sigortalıların ve işverenlerin sosyal sigortaya ilişkin hak ve yükümlülükleri devam eder. Bu durumda yurt dışında geçici olarak iş sözleşmesi kapsamında çalışan ve kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlar 5510 sayılı Kanun kapsamında olup sosyal güvenlik hizmetleri Sosyal Güvenlik Kurumunca sağlanacaktır. Çalışma süreleri 5510 sayılı Kanun kapsamında değerlendirildiğinden 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanma yapamayacaklardır.

Kanunlar ülkesellik ilkesi gereği, kural olarak, ülke sınırları içinde uygulanır. 5510 sayılı Kanunun uygulanması, kural olarak, Türkiye'de ikamet

¹⁷² Orhan, s.25.

¹⁷³ RG. 20.12.1991, S.21087. Bu anlaşma uyarınca; ekonomik, sınaî ve teknik işbirliğinin sağlanması amacıyla Türk firmaları ile Almanya'da bulunan firmalar arasında istisna akdi yapılması durumunda, Türk işçilerinin geçici olarak Almanya'da çalışmalarına izin verilmektedir. Anlaşmanın 2. maddesinde bu şekilde çalıştırılabilecek işçi sayısı yıllık ortalama 7.000 işçi olarak belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan, s.19 vd.

(yaşama) koşuluna bağlıdır.¹⁷⁴ Ancak 5510 sayılı Kanunun 10. maddesinde ifadesini bulduğu üzere geçici görevle yabancı ülkelere gönderilenler bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Buna göre; yurt dışında geçici görevlendirme ile çalışanlara ulusal sosyal güvenlik mevzuatı uygulanır ve buna kişisellik ilkesi denir.¹⁷⁵ Kişisellik ilkesinin geçerli olduğu durumlarda kişinin vatandaşı olduğu ülke kanunu yabancı ülkedeki olaylara uygulanır.¹⁷⁶ Geçici görevlendirmenin söz konusu olmadığı hâllerde yurt dışında geçen süreler sigortalının çalıştığı ülke sigortası tarafından değerlendirilecektir. Böylece çifte sigortalılık sistemi önlenmiş ve ilgilinin durumuna göre sadece bir ülke sigorta sistemine tabi olması öngörülmüştür.¹⁷⁷

Anılan madde hükmünün uygulanma koşulu “yabancı ülkeye geçici görevle gönderilme”dir. Bu bağlamda sigortalılık niteliğini sağlayan koşullardan hizmet akdinin sigortalıya yüklediği iş görme ediminin ifası amacıyla yabancı ülkeye gönderilmede, göreve ilişkin olarak yabancı ülkede yaşamayan geçicilik niteliği esas alınmalıdır. Madde hükmünde, “geçici görev” kavramı bakımından herhangi bir süre sınırlaması öngörülmediğinden görevin geçici mi yoksa sürekli mi olduğunun belirlenmesinde her somut olayın özelliği, bu yönde hizmet akdinin sigortalıya yüklediği iş görme ediminin niteliği, iş süresini belirlemeye ilişkin iş hayatının olağan akışı ve sosyal güvenlik hukukunun ilkeleri gözetilmelidir. Geçicilik kavramının nitelendirilmesinde bu görevin yurt dışında sürekli yaşamayı gerekli kılmaması koşulu aranmalıdır. Hizmet akdinin sigortalıya yüklediği iş görme edimi nitelikçe sigortalının yabancı ülkede sürekli yaşamasını gerekli kılıyorsa bu sigortalılar hakkında 5510 sayılı Kanun hükümleri uygulanamaz.¹⁷⁸ Öte yandan Hukuk Genel Kurulu bir kararında geçici görevlendirme kavramında asıl olanın yabancı ülkede çalışan kişinin; ana ülkedeki kuruluşu veya işvereni ile olan ilişkisi olduğuna karar vermiştir. Buna göre bu ilişkinin

¹⁷⁴ Y 10. HD, 23.11.2001, 4133/8086, www.kazanci.com, 12.03.2012. Söz konusu kararda 506 sayılı Kanun ele alınmış olsa da kanunun uygulama alanına ilişkin esas 5510 sayılı Kanun için de geçerli olmaktadır.

¹⁷⁵ Tuncay, Değerlendirme 2000, s.192 vd.

¹⁷⁶ Okur, Değerlendirme 2001, s.217.

¹⁷⁷ Y 21. HD, 16.2.1998, 311/895, www.kazanci.com, 12.03.2012.

¹⁷⁸ Y 10. HD, 23.11.2001, 4133/8086, www.kazanci.com, 12.03.2012.

kesilmesi veya koparılması durumlarında geçicilik durumu ortadan kalkar. Aksi hâlde görevlendirilmenin uzun veya kısa olduğuna bakılmaksızın geçicilik statüsü devam eder.¹⁷⁹

Bahsedilen son üç durumda yurt dışında geçen süreler Türkiye'de malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen süreler olduğu için bu sürelerin ikinci kez 3201 sayılı Kanun anlamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak Yargıtay'ın yurt dışında geçici görevlendirme ile ilgili olarak verdiği bir karar dikkat çekicidir.

Karara konu olayda davacı iş merkezi Türkiye'de bulunan ve Türkiye'de tescilli işyeri olan şirketi tarafından Türkiye'de hizmet sözleşmesi yapılarak bu hizmet sözleşmesinin sigortalıya yüklediği iş görme ediminin gereği olarak 22.05.1983-10.02.1988 tarihleri arasında Suudi Arabistan'da işverene ait işyerlerinde çalışmıştır. Davacı yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanmak istemiştir. Kurum öncelikle borçlanma talebini kabul etmiş, fakat aylık bağlama aşamasında borçlanmayı iptal etmiştir. 3201 sayılı Kanuna göre yurt dışında geçen bir hizmetin veya yurt dışında bulunulan sürenin borçlanılabilmesi için o ülke yasalarına göre çalışıp o ülke sosyal güvenlik kuruluşuna prim ödenmesi gerekir. Olayda ise davacı 506 sayılı Kanunun 7.maddesi hükmü (şimdi SSGSSK, m.10) uyarınca 506 sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı olup hakkında anılan Kanun hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu nedenle 3201 Sayılı Kanuna göre hizmet borçlanma şartları oluşmamıştır. Ancak Yargıtay olayda, davalı Kurumun 22.03.1988 tarihinde borçlanmayı kabul edip borçlanma karşılığı bedeli alıp Kurum hesabına geçirmesi ve herhangi bir itirazda bulunmaması nedeniyle yurt dışında geçen süreye ilişkin borçlanma şartlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Nitekim Yüksek Mahkemeye göre; davalı Kurumun Anayasadan kaynaklanan sosyal güvenlik ödevinin zorunlu sonucu olan denetim ve gözetim ödevini zamanında yapmamasının sonucunu, sigortalıya yüklemek suretiyle davacının borçlanmasını ondört sene sonra iptal etmesi

¹⁷⁹ Y HGK, 18.10.2000, 21-1224/1302, Okur, Değerlendirme 2001, s.217.

Medenî Kanunun 2. maddesinde anlatımını bulan afaki iyiniyet kuralları ile de bağdaşmamaktadır.¹⁸⁰

V. KISMİ BORÇLANMA

Kısmi borçlanma yurt dışında geçen sürelerin bir bölümünün borçlanılabildiğini ifade eder.¹⁸¹

2147 sayılı Kanunda yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının yurt dışında çalıştıkları ve belgeledikleri sürelerin tamamını borçlanabilecekleri öngörülmüştü (m. 3/1,2; m. 4/1). 2147 sayılı Yasanın Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁸²'in 6. maddesinde de, 2147 sayılı Yasadan yararlanmak için başvuranların bu başvuru tarihine kadar yurt dışında geçmiş çalışma sürelerinin ancak tamamını değerlendirilebilecekleri, sürelerin bir bölümünün değerlendirilmesinin istenemeyeceği belirtilmişti (m. 6/1). Kanunun temel özelliği kısmi borçlanmayı kabul etmeyip,¹⁸³ hizmetlerin bölünmezliği ilkesini esas alıyor olmasıydı.¹⁸⁴

Yargıtay ise 29.12.1983 tarihli kararında 2147 sayılı Kanunun kısmi borçlanmayı önlemediği sonucuna varmıştı. Karara göre; 2147 sayılı Kanunun 4. maddesinin kısmi borçlanmayı önlediği şeklinde yorumlanmasına olanak yoktur. Zira böyle bir yorum tüm sosyal güvenlik ilkelerine ve yasaya ters düşer. Çalışanların sosyal güvenlikten yararlanmalarına ilişkin asgari koşulların sigortalılar aleyhine ve yorum yoluyla ağırlaştırılması olanaksızdır.¹⁸⁵ Yine Yargıtay'ın bir kararında kısmi borçlanmanın geçerli olduğuna ve yönetmelik hükmünün yasa hükmünü değiştirici nitelikte kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir.¹⁸⁶ Yargıtay'ın bu kararı öğretideki bir görüş tarafından sigortalılar lehine bulunmakla beraber 2147 sayılı Kanunda kısmi

¹⁸⁰ Y 10. HD, 9.6.2003, 3892/4785, www.kazanci.com, 12.03.2012.

¹⁸¹ Araslı, s.1719.

¹⁸² RG. 25.07.1978, S.16357.

¹⁸³ Okur, Türk Vatandaşlığı Koşulu, s.111.

¹⁸⁴ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.603.

¹⁸⁵ Y 10. HD, 29.12.1983, 6127/6970 K., Tuncay, Değerlendirme 1986, s.181.

¹⁸⁶ Y 10. HD, 6.10.1986, 14575/4888, Kılıçoğlu, s.122 vd.

borçlanmadan söz edilmeyip aksine sürelerin tamamının borçlanmasından söz edildiği için kanuna aykırı bulunmuştur.¹⁸⁷

3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin ilk şeklinde sigortalıların veya hak sahiplerinin yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya dilediği kadarını borçlanabilecekleri öngörülmüş ve böylece Yargıtay kararlarındaki çözüm benimsenmişti.¹⁸⁸ 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile değişik 3. maddenin son şeklinde ise kısmi borçlanmaya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanunun 4. maddesinde yer alan “Ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazançta dahil edilir.” ifadesinden kısmi borçlanmanın mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilir (m. 4/1).¹⁸⁹

Kanunda kısmi borçlanma hakkının kendilerine kısmi aylık bağlanan sigortalı veya hak sahipleri açısından açıkça düzenlendiğini söyleyebiliriz. Buna göre sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle sosyal güvenlik kanunlarına göre kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanlar, talep ettikleri takdirde, 4. madde hükmüne göre tahakkuk ettirilen borçlarını tamamen ödemeleri şartıyla kısmi aylıkları, borçlarını ödedikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren tam aylığa çevrilir. Bu uygulamada borç miktarının tahakkukunda sözleşme akdedilen ülkenin sigorta kurumlarınca gönderilmiş olan hizmet cetvelindeki tam aylığa yeterli olan gün sayıları nazara alınır (m. 9/1). Ancak, istekleri halinde sigortalı veya hak sahipleri, hizmet cetvelindeki gün sayılarının tamamını da borçlanabilirler (m. 9/2).

Öte yandan yönetmeliğin 6. maddesinde borçlanma için başvuruda bulunanların, yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya istediği kadarını borçlanabilecekleri düzenlenmiştir. Kısmi borçlanma yapmak isteyenler, borçlanacakları süreleri gün, ay ve yıl olarak belirtmek zorundadırlar (m. 6/3).

Sonuç olarak kanun ve yönetmelik hükümleri uyarınca kısmi borçlanma yapılabilmesi mümkündür. Kısmi borçlanmanın kabulü,

¹⁸⁷ Tuncay, Değerlendirme 1986, s.181.

¹⁸⁸ Kısmi borçlanmanın mümkün olabileceği yönünde bkz. Y 10. HD, 22.1.1990, 6270/55, Güzel, Değerlendirme 1990, s.199.

¹⁸⁹ Tuncay-Ekmekçi, s.119.

sigortalıları ve hak sahiplerini asgari sigorta yardımlarına hak kazanmak için gereğinden fazla borçlanma bedeli ödeme zorunluluğundan kurtarmaktadır.

VI. YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASININ KOŞULLARI

A. Başvuruda Bulunma

3201 sayılı Kanunun 1. maddesine göre; yurt dışında bulunan Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yurt dışında geçen belirli nitelikteki sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi sigortalıların veya hak sahiplerinin talebine bağlıdır. Borçlanma talebi olmaksızın kişilerin haklarında borçlanma ve aylık bağlama işlemleri yapılamaz. Borçlanma başvurusunun hangi şekilde nereye yapılacağı kanunda ve yönetmelikte düzenlenmiştir.

3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin ilk hâlinde, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yurda kesin dönüş yapanlardan, kesin dönüş tarihinden itibaren; sosyal güvenlik kuruluşlarından hiç birine tabi bulunmamaları halinde Sosyal Sigortalar Kurumuna, sosyal güvenlik kuruluşlarından herhangi birine tabi olmaları hâlinde prim, kesenek ve karşılık ödediği sosyal güvenlik kuruluşuna, ev kadınlarının da Bağ-Kur'a başvurmaları gerektiği öngörülmüştü. Anayasa Mahkemesince 3. maddenin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin iptali¹⁹⁰ nedeniyle aynı maddenin uygulanma olanağı kalmayan birinci fıkrasındaki “... tarihinden itibaren” sözcüklerinin iptali ile yurt dışında bulunanların da borçlanma başvurusu yapabilmesinin mümkün kılınması üzerine madde 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu¹⁹¹’nin 56. maddesi ile yeniden düzenlenmiş ve başvurulacak kuruluşlar şu şekilde belirlenmiştir:

1)Halen yurt dışında bulunanlar;

a)Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye’de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması olmayanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna,

¹⁹⁰ AYM 12.12.2002, 2000/36, 2002/198, RG. 25.4.2003, S.25089.

¹⁹¹ RG. 06.08.2003, S.25191.

b)Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de son defa prim, kesenek ve karşılık ödenen sosyal güvenlik kuruluşuna,

c) Ev kadınları Bağ-Kur'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

2)Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler;

a)Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b)Müracaat tarihinde çalışmakta olanlar tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

c)Başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmamakla birlikte yurda dönüş tarihinden sonraki çalışmalarından dolayı son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

d)Hizmetlerinden bir kısmı yurt dışında iken borçlanandan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kuruluşuna,

e)Ev kadınları Bağ-Kur'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

3)Hak sahiplerinin borçlanması; yurt dışında çalışmakta iken veya yurda dönüş yaptıktan sonra ölenlerin hak sahipleri ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.

Maddenin yürürlükte olduğu dönemde başvurulacak kurum ve kuruluşlar açısından parçalanmış bir yapı söz konusu idi ve bu durum uygulamada sorunlara neden olmuştu. Örnek vermek gerekirse bu dönemde ev kadınlarının başvuracağı kurumun tespitinde birtakım uyuşmazlıklar doğmuştur. Nitekim yurt dışında geçirilen sürenin tümünün ev kadını olarak geçirilmesi mecburi değildir. Bu sürenin bir kısmı çalışarak, diğer kısmı ise ev kadını olarak geçirilebilir. Bu durumda kişinin hangi kuruma başvuracağı

kanunda düzenlenmemiştir. Bu konuya uygulama yönetmeliği ile açıklık getirilmiş ve yurt dışındaki ev kadınlarından; sürelerinin tamamını ev kadını olarak geçirmiş bulunanların Bağ-Kur, sürelerinin bir kısmını çalışarak geçirmiş olanların ise, ev kadını olarak geçen süreler için Bağ-Kur'a ve çalışılan süreler için de durumlarına uygun düşen sosyal güvenlik kuruluşuna başvurmaları gerektiği öngörülmüştür. Dolayısıyla sigortalılar veya hak sahipleri borçlanılacak sürelerin niteliğine göre iki farklı kuruma başvuru yapmak zorunda bırakılmışlardır.

Yanlış kuruma yapılan borçlanma işleminden ötürü borçlanma işleminin ve bağlanan yaşlılık aylığının iptali yargı kararlarına konu olmuştur. İlk dönemlerde borçlanma talebinin yanlış kuruma yapılmış olması borçlanmayı geçersiz kılmıştır. Yargıtay kararlarında borçlanma sırasında Bağ-Kur sigortalısı olan kişinin SSK'ya yaptığı borçlanma talebi geçersiz sayılmıştır.¹⁹²

Yargıtay 18.11.2002 tarihli kararında ise uyuşmazlığa farklı bir şekilde yaklaşmıştır. Karara konu olayda davacı yurt dışında çalışmaya başlamadan önce Türkiye'de T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi olarak belli bir süre çalıştıktan sonra yurt dışına gitmiştir. Yurt dışındaki çalışmalarını borçlanmak amacıyla 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma müracaatını Emekli Sandığı Kurumu'na yapması gerekirken bu kurum yerine sehven SSK'ya yaparak bu kurumdan kendisine yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Daha sonra yanlışlığın fark edilmesi üzerine Kurumca borçlanma işlemi ve bağlanan yaşlılık aylığı iptal edilmiştir. Yargıtay 3201 sayılı Kanunda borçlanmanın iptaline ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, borçlanmanın yanlış merciye yapılmış olmasının da borçlanmanın iptalini gerektirmeyeceğinden hareketle yaşlılık aylığının iptalinin yerinde olduğuna, fakat borçlanmanın iptalinin usul ve yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁹³ Buna göre; yanlış kuruma başvuru hâlinde borçlanma geçerlidir, ancak aylık iptal edilecektir.

¹⁹² Y 10. HD, 22.04.1993, 12015/5185; Y 10. HD, 30.6.1992, 1991/14057, 1992/7561, Bilgili, s.19, dn. 9.

¹⁹³ Y 21. HD, 18.11.2002, 8711/9765. Karar ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Caniklioğlu, Değerlendirme 2002, s.378 vd.; Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.608, dn. 186.

Sosyal güvenlik sistemimizde sosyal güvenlik kuruluşlarının tek çatı altında toplanabilmesi amacıyla 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu¹⁹⁴ ile önemli değişiklikler yapılmıştır. 5502 sayılı Kanun ile 4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilâtı Kanunu ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Sosyal Sigortalar Kurumu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile kurulan Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı; Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmiştir (geç. m. 1/1).

3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile değişik 3. maddesinin 1. fıkrasına göre;¹⁹⁵

“Bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye’de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiye’de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.

Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemleri aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşunca yapılır.”

Yurt dışı hizmet borçlanmasında başvurulacak kurum sigortalının Türkiye’de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olup olmamasına göre belirlenir. Bu belirlemenin yapılmasından önce “tabi olmak” kavramının açıklanmasında fayda vardır. Kişi, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna prim, kesenek veya karşılık ödemiş ise o kuruluşa “tabi” sayılır. Bunun karşıt anlamından, kişinin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna prim, kesenek

¹⁹⁴ RG. 20.05.2006, S.26173.

¹⁹⁵ 3. maddedeki değişiklik 17.4.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun ile getirilmekle birlikte madde hükmü 8.5.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

veya karşılık ödememiş olması hâlinde, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayacağı sonucu ortaya çıkar.¹⁹⁶

Sigortalı Türkiye'de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna, ancak Türkiye'de çalışmasının olmamasından ötürü herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi değilse Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvuracaktır. Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kısmi aylık bağlanmış olanlar aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşuna başvuracaktır.

Yurt dışında sigortalılık veya ev kadını olarak geçen süreleri bulunanlardan ölenlerin hak sahipleri tarafından yapılacak borçlanma başvurularında da aynı esaslar uygulanır (Yönetmelik, m. 5/2).

Sosyal güvenlik kuruluşları ibaresinden ne anlaşılması gerektiği Kanunun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, sosyal güvenlik kuruluşları; Sosyal Güvenlik Kurumu ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesine tabi sandıkları ifade eder.

5510 sayılı Kanunun geçici 20. maddesinde, 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkların 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 iki yıl daha uzatılabileceği öngörülmüştür. Şu an devir işlemi gerçekleştirilmediği için adı geçen sandıklar varlıklarını korumaktadır.

Bu düzenlemeler ışığında genelgede başvurulacak kuruluşlar şu şekilde belirtilmiştir:

1)Yurtdışında 8.5.2008 tarihinden önce veya sonra geçen hizmet sürelerini bu tarihten sonra borçlanma talebinde bulunanların borçlanma talep tarihinden önce Türkiye'de son defa;

a)Sosyal Güvenlik Kurumuna tabi çalışması olanların borçlanma işlemleri Kurumca,

¹⁹⁶ Y HGK, 9.2.2011, 2010/21-631, 2011/42, www.kazanci.com, 12.03.2012.

b)506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesine tabi sandıklardan birine tabi çalışması olanların borçlanma işlemleri ise ilgili sandıkça sonuçlandırılacaktır.

2)Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması bulunmayanların sigortalılık süreleri ile ev kadını olarak geçen sürelerine ait borçlanma işlemleri yine Kurumca yürütülecektir.

3)Kendilerine veya hak sahiplerine sosyal güvenlik sözleşmesi uygulanmak suretiyle kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemleri, aylığı bağlayan sosyal güvenlik kuruluşunca sonuçlandırılacaktır.

4)5510 sayılı Kanuna göre 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı kanunlar kapsamında geçen hizmetler Sosyal Güvenlik Kurumunda geçmiş sayıldığından ilgilinin son defa bu kanunlara tabi geçmiş hizmeti varsa borçlanma işlemleri Kurumca yürütülecektir (2011/48 Genelge, 2.B., 2).

Son defa 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesine tabi sandıklarda geçen çalışmaları bulunanların yurt dışı süreleri ilgili sandıkça borçlandırılacağından, bu kimselerin Kuruma yaptıkları borçlanma başvuruları ilgili sandığa intikal ettirilecektir (2011/48 Genelge, 2.B., 2).

Söz konusu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine tabi sandıklardan birine tabi çalışması olanların borçlanma işlemlerinin ilgili sandıkça yapılması dışında tüm borçlanma işlemleri Sosyal Güvenlik Kurumunca gerçekleştirilmektedir.

3201 sayılı Kanun 3. madde kapsamında Türkiye'deki son çalışmanın yurt dışına çıkmadan önce gerçekleşmesi gerekmez. Yurda döndükten sonra çalışan ve ardından borçlanma talebinde bulunan sigortalının ya da hak sahibinin de başvurusu son çalışmanın tabi olduğu kuruma göre belirlenir.¹⁹⁷

Borçlanma hakkından yararlanmak isteyen ilgili kişilerin başvurulacak birim ve kuruma yazılı olarak başvuruda bulunmaları şarttır. Yazılılık şartının usulü yönetmelik ve genelgede açıklanmıştır. Buna göre borçlanma başvuruları, örneği Kurumca hazırlanan ve Kurumun internet sayfasında

¹⁹⁷ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.608.

yayımlanan Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesi ile yapılır. Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesinde, yurt dışında borçlanma kapsamında geçen sigortalılık veya ev kadını olarak geçen süreleri bulunan kişinin adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, borçlanılmak istenilen sürenin niteliği ve süresi, borçlanma miktarının hesabına esas bir günlük prime esas kazanç tutarı ve tebligat adresi ile Türkiye’de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi geçen çalışmaları varsa kurumu, sigortalılık statüsü, sicil numarası ve süresi belirtilir. Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesine, yurt dışında geçen ve borçlanmaya esas olacak sürelerin belgelenmesine ilişkin belge¹⁹⁸ asıllarının eklenmesi zorunludur. Kurum, bu belgelerin aslı yerine örneğini ve

¹⁹⁸ “(1) Borçlanma yapılabilmesi için;

a) Borçlanılacak süre sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerde geçmişse;

1) Çalışılan ülkede bağlı bulunulan sigorta merciinden alınacak hizmet cetveli veya sigorta kartlarından,

2) Sigortalıların çalıştıkları iş yerlerinin resmi kuruluşlara ait olması veya resmi kuruluşlarca ya da kamu kurumu olarak kabul edilen kuruluşlarca düzenlenmesi halinde, belgelerin ayrıca tasdikine gerek kalmaksızın; çalışılan ülkede işyerinin ait olduğu belediyelerce düzenlenmiş hizmet belgeleri, vergi dairelerince çalışılan sürelerle ilişkin düzenlenmiş belgeler, iş bulma kurumlarınca işsizlikte geçen sürelerle ilişkin verilen belgeler, ilgili meslek kuruluşları veya birliklerince veya diğer resmi kuruluşlarca verilen hizmet belgelerinden,

3) Yurtdışında kendi adına ve hesabına çalışanların bağlı oldukları vergi dairesi, ilgili meslek kuruluşu veya birliklerince verilen hizmet belgesinden,

4) Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerinden,

b) Borçlanılacak süre sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde geçmişse;

1) Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerinden,

2) Yurtdışında çalıştıkları iş yerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümelerinden,

3) Gemi adamları, çalıştıkları geminin bayrağını taşıdıkları ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerinden alacakları ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerini veya iş yerlerinden alacakları sigortalılık sürelerini gösterir bonservisleri ile gemilerde çalıştıklarını gösterir belgelerde kayıtlı bulunan çalışma izinlerinin tercümeleri ya da pasaportlarında çalışma süreleri ile örtüşen giriş-çıkış tarihlerini gösterir sayfaların örneklerinden durumlarına uygun olan belgenin Kuruma ibraz edilmesi gerekir.

(2) Ev kadını olarak geçen süreler, yurtdışında oturduklarına dair alacakları ikamet belgesinin Türkiye’de yeminli tercüme bürolarınca yapılmış veya yurtdışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesi ya da çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlik veya ataşeliğinin bulunduğu Türk temsilciliklerinde söz konusu birimlerin ikamet belgesine istinaden düzenleyecekleri belge ile birlikte, ikamet belgesi temin edilemiyorsa yurtdışına çıkış ve yurda giriş tarihlerinin, fotoğraf ve künye bilgilerinin bulunduğu pasaport sayfalarının fotokopisi ya da emniyet müdürlüklerinden alacakları yurda giriş-çıkış çizelgesi ile belgelendirilir.” (Ynt m. 9)

borçlanma işlemini tamamlamak için ihtiyaç duyduğu diğer belgeleri istemeye yetkilidir (Yönetmelik, m. 7/1,2,3; 2011/48 Genelge, 2.B., 1.4).

Öte yandan bu belge dışında yurt dışı hizmet borçlanması isteğine dair yazılı dilekçe ile yapılan başvurular da kabul edilecektir. Ancak, dilekçede yer alan bilgiler, borçlanma işleminin sonuçlandırılmasında yeterli değil ise ilgiliden Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesinin temini yoluna gidilecektir (2011/48 Genelge, 2.B., 1.4).

Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesinin Kuruma verilmesi sırasında dilekçe kontrol edilerek eksik olduğu belirlenen bilgi ve beyanların tamamlanması sağlanacak, posta yoluyla alınan dilekçeler de geciktirilmeden kontrol edilerek varsa eksik olduğu belirlenen bilgi ve beyanların tamamlanması için başvuru sahibine iade edilecektir. Borçlanma için belgelendirme ve tahakkuk eden borcun üç ay içinde ödenme mecburiyeti dikkate alındığında, Kurumun yazılı bildirisine rağmen eksik bilgi, beyan ve belgelerini üç ay içinde ibraz etmeyenlerin borçlanma işlemleri durdurularak, borçlanmanın geçersiz olduğu başvuru sahibine yazılı olarak bildirilecektir. Bu durumda olanların borçlanma işlemi, yeni bir Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesine göre sonuçlandırılacaktır. Söz konusu üç aylık sürenin belirlenmesinde ilgili yazının Kurumdan çıkış tarihi esas alınacaktır (2011/48 Genelge, 2.B., 1.4).

B. Kesin Dönüş Yapmış Olma

1. Genel Olarak

Yurt dışı hizmet borçlanmasının en önemli ve üzerinde en çok tartışılan konusu “kesin dönüş” kavramı ve uygulamasıdır.¹⁹⁹

2147 sayılı Kanunda borçlanmaya dayanılarak aylık tahsis talebinde bulunulabilmesi ve yaşlılık aylığından yararlanma hakları yurda kesin dönüş koşuluna bağlı değildi. Kanunda borçlanacak kişinin yurda kesin dönüşü biçiminde açık bir kural bulunmamasına karşılık, söz konusu koşul kanunun

¹⁹⁹ Kılıçoğlu, s.87.

uygulama yönetmeliği ile kabul edilmişti. Ancak Yargıtay 2147 sayılı Kanunda kesin dönüş koşulunun aranmadığı yönünde kararlar vermiştir.²⁰⁰ Bu nedenle 2147 sayılı Kanun gereğince yapılan borçlanmaya dayanılarak tahsis talebinde bulunabilmesi ve yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için, yurt dışındaki işten ayrılma ve Türkiye'ye kesin dönüş yapma koşulu getirilmemiş olması nedeniyle 2147 sayılı Kanunda öngörülen koşulların oluşmasından ve tahsis yapılmasından sonra dış ülke yasalarından da yararlanabilmek için o dış ülkedeki çalışmaları sürdürmek mümkün ve tabii bulunmuştur.²⁰¹

2147 sayılı Kanunun aksine 3201 sayılı Kanun ile yurt dışı hizmet borçlanması yapılabilmesinin koşullarından biri olarak açıkça kesin dönüş koşulu öngörülmüştür (m. 3). 3201 sayılı Kanunun ilk şeklinde yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının ancak yurda kesin dönüş yapmış olmaları koşuluyla borçlanabilecekleri ve buna bağlı olarak kendilerine aylık tahsis edilebileceği kural olarak kabul edilmiştir.

3201 sayılı Kanun uyarınca hem borçlanma talebinde bulunulabilmesi hem de aylık bağlanabilmesi için yurda kesin dönüş koşulunun aranması Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2002 tarihli iptal kararına kadar devam etmiştir. Kesin dönüş şartının uygulanmasının iptal edilmesinden sonra 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile madde metni iptal kararına uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.

2. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve 4958 Sayılı Kanun

Değişikliği

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve kanun değişikliği öncesi Kanunun 3. maddesinin ilk fıkrası şu şekilde idi:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş tarihinden itibaren;

²⁰⁰ Y 10. HD, 28.4.1997, 717/3024, Çakmak, s.1423 vd.; Y 10. HD, 20.10.1997, 7310/7083, Çakmak, s.1430 vd.

²⁰¹ Y 10. HD, 15.11.1991, 7194/9124, Kılıçoğlu, s.123 vd.; Laçiner, s.624.

a)Sosyal güvenlik kuruluşlarından hiç birine tabi bulunmamaları halinde, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b)Ev kadınları Bağ – Kur'a,

c)Prim, kesenek ve karşılık ödediği sosyal güvenlik kuruluşuna,

yazılı istekte bulunma ve yurt dışında geçen sürelerin tamamını veya dilediği kadarını döviz olarak ödemek şartıyla borçlanabilir. Borçlanılan süreler ilgili sosyal güvenlik kanunlarındaki esaslar dahilinde değerlendirilir.”

Yukarıdaki düzenlemeye göre yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının, yurt dışında geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesini talep edebilmeleri için, öncelikle yurda kesin dönüş yapmaları gerekmektedir. Ancak bu şartı gerçekleştirenler, yazılı istekte bulunarak, yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya diledikleri kadarını döviz olarak ödemek suretiyle borçlanabilirlerdi.

Borçlanma taleplerinin de belli bir süre içinde ilgili kurumlara iletilmesi gerekiyordu. Hangi süreler içinde borçlanma yapılabileceği ilgililer için ikinci fıkra, hak sahipleri için üçüncü fıkra düzenlenmişti. Buna göre; yurda kesin dönüş yapmış olanların borçlanmayla ilgili yazılı isteklerini sosyal güvenlik kurumuna kesin dönüş tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde yapmaları gerekiyordu (m. 3/2). Yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat süresi içerisinde ölenlerin hak sahipleri de ölüm tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde ilgili sosyal güvenlik kurumuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanabiliyorlardı (m. 3/3).

3201 sayılı Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş...”, 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “...kesin dönülmüş...”, (B) paragrafının ikinci fıkrasında yer alan “kesin dönüş yapanlar...” ve “...kesin dönüş...” bölümlerinin, Anayasa'nın 10., 49., 60. ve 62. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla söz konusu bölümlerin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan yurda kesin dönüş koşulu yurt dışında geçen sürelerin borçlanılma talebinde bulunulabilmesi dolayısıyla borçlanma bedeline ilişkin ödeme yapılabilmesi için öngörülmüştü. Ayrıca anılan hükümle bağlantılı olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında borçlanmaya ilişkin talebin yurda kesin dönüş tarihinden itibaren iki yıl içerisinde yapılacağı belirtilmekteydi. Kanunun 6. maddesinde öngörülen yurda kesin dönüş koşulu ise borçlanma talebinin yapılmasından ve ödemenin gerçekleştirilmesinden sonra aylık bağlanabilmesi için aranan bir koşuldu.

Yüksek Mahkeme 12.12.2002 tarihli kararında²⁰² kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve oyçokluğuyla²⁰³ iptaline, 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “... kesin dönüşmüş ...” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olmadığına²⁰⁴ ve oybirliğiyle itirazın reddine, 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin iptali nedeniyle aynı maddenin uygulanma olanağı kalmayan birinci fıkrasındaki “... tarihinden itibaren” sözcükleri ile ikinci fıkrasının, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun²⁰⁵’un 29. maddesinin ikinci fıkrası²⁰⁶ gereğince oyçokluğuyla²⁰⁷ iptaline karar vermiştir. Anayasa

²⁰² AYM 12.12.2002, 2000/36, 2002/198, RG. 25.4.2003, S.25089.

²⁰³ Karşı oy kullanan üyelerin görüşleri için bkz. AYM 12.12.2002, 2000/36, 2002/198, RG. 25.4.2003, S.25089.

²⁰⁴ Anayasa Mahkemesi 16.12.1998 tarihli kararında da 3201 sayılı Yasanın 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendi ile yaşlılık aylığı tahsisi için getirilen yurda kesin dönüş koşulunu, işten ayrılma yönünden yurt içinde ve dışında çalışanlar arasında bir ayrıma neden olmadığı gerekçesiyle Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesine aykırı bulmamış ve itirazı reddetmiştir. AYM 16.12.1998, 46/83, RG. 16.5.2003, S.25110. Aynı yönde bkz. AYM 16.12.1998, 47/84, RG. 16.5.2003, S.25110.

²⁰⁵ RG. 13.11.1983, S.18220.

²⁰⁶ “Ancak, başvuru, kanun hükmünde kararnamenin veya İçtüzüğün sadece belirli Madde veya hükümleri aleyhinde yapılmış olup da, bu belirli Madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya İçtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya İçtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”(m. 29/2). Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu yetkisi 2949 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da da mevcuttur (m. 43/4). Bkz. RG. 03.04.2011, S.27894.

Mahkemesi 3. maddenin adı geçen ibarelerinin iptal gerekçesinde şu görüşlere yer vermiştir:

“...Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemek amacına hizmet eder ve aynı durumda olanlar için yapılan farklı düzenlemeler Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrası ile yurt dışında geçen sürelerin yurt içinde sosyal güvenlik açısından değerlendirilebilmesi için, başvuruda bulunabilme koşulu olarak getirilen “yurda kesin dönüş”, bu başvuruda bulunanlar yönünden aktif çalışma hayatlarına son verme anlamını taşımaktadır. Oysa, yurt içinde çalışmakta olan vatandaşların, 506 sayılı Yasa'nın Geçici 8. ve 5434 sayılı Yasa'nın Ek. 8. maddeleri uyarınca, geçmiş hizmet sürelerini borçlanarak sosyal güvenlikleri yönünden değerlendirilmesini talep edebilmeleri için, aktif çalışma hayatına son vermeleri koşulu bulunmamaktadır. Bu nedenle, yasalar önünde aynı hukuksal konumda bulunan, yurt içinde çalışıp da bu hizmetlerini sosyal güvenlikleri açısından borçlanmak suretiyle değerlendirmek isteyenler ile yurt dışında geçen hizmetlerini aynı şekilde değerlendirmek isteyenlerin eşit haklara sahip olmaları ve yasalar tarafından eşit koruma görmeleri gerekir. Temelinde, adil bir hukuk düzeni kurup, bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan bir hukuk devletinde aynı hukuksal konumda bulunanlar arasında böyle bir ayrıma yer verilemez.

Anayasa'nın 60. maddesinde, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar”, 62. maddesinde, “Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır” denilmektedir. Bu

²⁰⁷ Karşı oy kullanan üyelerin görüşleri için bkz. AYM 12.12.2002, 2000/36, 2002/198, RG. 25.4.2003, S.25089.

kurallarla öngörülen sosyal ve ekonomik haklar Anayasa'nın 65. maddesine göre Devletin malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirilecektir.

Türkiye'de mevcut sosyal güvenlik kuruluşları, yaşlılık aylığı da dahil olmak üzere, sigorta türlerinden sigortalıları yararlandırabilmek için prim sistemi esasına dayalı olarak çalışmaktadırlar. Bu sistemde sosyal güvenlik kuruluşlarının, iştirakçilerden alınan primler ve kurumlardan alınan karşılıklar gibi iki temel geliri bulunmaktadır. Böylece, aktif sigortalıların (çalışmakta olanların) ödedikleri primler ile kurumların ödedikleri karşılıklar uzun vadede pasif sigortalıları finanse etmekte ve zaman içinde dengeli bir paylaşım modeli oluşmaktadır.

3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde, sadece yurtdışında geçen sürelerin sosyal güvenlik yönünden değerlendirilmesi için başvuruda bulunma, başka bir anlatımla borçlanmayı talep hakkı düzenlenmektedir. Bu olanaktan yararlanmak isteyen kişi, maddede belirtilen kuruluşlara yazılı istekte bulunarak, borcunu döviz cinsinden ödemek suretiyle yurt dışında geçirdiği sürelerin sosyal güvenliği açısından değerlendirilmesini isteyebilecektir. Prim ödeme (borçlanma) aşamasında henüz sosyal güvenlik kuruluşları açısından bir yükümlülük doğmayacağından, bu kuruluşların aktüaryal dengelerinin ve dolayısıyla da sistemin olumsuz etkilenmesi söz konusu olmayacaktır.

Bu durumda, Anayasa'nın 65. maddesinde öngörüldüğü biçimde, Devlet'in malî kaynaklarının yetersizliği ileri sürülemeyeceği gibi, 60. maddesinde de sınırlamaya olanak veren bir kural bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 10., 60., 62. ve 65. maddelerine aykırı biçimde sosyal güvenlik hakkını sınırlayan itiraz konusu kuralın iptali gerekir.”

Kesin dönüş şartının uygulanmasının iptal edilmesinden sonra 3201 sayılı Kanunun 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 56. maddesi ile değişik 3. maddesi iptal kararına uygun olarak aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Başvurulacak Kuruluşlar

Madde3.-1)Halen yurt dışında bulunanlar;

a)Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması olmayanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b)Yurt dışına çıkmadan önce Türkiye'de son defa prim, kesenek ve karşılık ödenen sosyal güvenlik kuruluşuna,

c)Ev kadınları Bağ-Kur'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

2)Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler;

a)Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b)Müracaat tarihinde çalışmakta olanlar tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

c)Başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmamakla birlikte yurda dönüş tarihinden sonraki çalışmalarından dolayı son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

d)Hizmetlerinden bir kısmı yurt dışında iken borçlanarlardan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kuruluşuna,

e)Ev kadınları Bağ-Kur'a,

Yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler.

3)Hak sahiplerinin borçlanması, yurt dışında çalışmakta iken veya yurda dönüş yaptıktan sonra ölenlerin hak sahipleri ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.”

Söz konusu değişiklik ile ilgililere hem yurt dışında iken hem de yurda döndükten sonra diledikleri zaman yurt dışında geçen süreleri borçlanabilme

imkânı tanınmıştır.²⁰⁸ Yeni düzenleme ile borçlanma başvurusu yapabilmek için aranan yurda kesin dönüş yapma şartı kaldırılmıştır.²⁰⁹ Buna paralel olarak madde, borçlanmadan yararlanma bakımından “hâlen yurtdışında bulunanlar” ile “Türkiye’ye döndükten sonra yurt dışı hizmetlerini borçlanmak isteyenler” açısından iki kısım halinde düzenlenmiş ve her bir kısma dâhil olanların borçlanma başvurusunda bulunacağı kurumlar da ayrı ayrı belirtilmiştir.²¹⁰ Yine Kanunun 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile değişik 4. maddesinin son fıkrasında “yurt dışında iken borçlanma isteğinde bulunacak sigortalı veya hak sahipleri ”nden söz edilmektedir ki bu da yurt dışında iken borçlanma isteğinde bulunmanın kanunen mümkün olduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi sigortalılara ilişkin olarak düzenlenmiş olan yurda kesin dönüş ve buna bağlı olarak iki yıl içinde başvurma koşulunu içeren madde bölümlerinin iptaline karar vermekle birlikte 3. maddenin son fıkrasında düzenlenen ve yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat süresi içerisinde ölenlerin hak sahiplerinin ölüm tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde borçlanabileceklerine ilişkin hükmü iptal etmemiştir. Bu durum uygulamada sorunların doğmasına sebep olmuştur. İptal kararından sonra yaşanan sorunların çözülmesi amacıyla 4958 sayılı Kanunla yasal düzenleme hak sahiplerinin yurt dışı hizmet borçlanması yapabilmesi için aranan iki yıl içinde başvurma koşulu da yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının 2001 yılında 1982 Anayasası’nın 65. maddesinde yapılan değişiklik ile uyumlu olduğu ifade edilmektedir. Anayasanın 4709 sayılı Kanunun²¹¹ 22. maddesi ile değişik 65. maddesine göre; Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. 65. madde ile Devletin

²⁰⁸ Alper, 4958 sayılı Kanun ve Getirdikleri, s.13; Sözer-Saraç, 4958 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişiklikler, s.53; Tuncay, 4958 Sayılı Kanun, s.106.

²⁰⁹ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.577; Sözer-Saraç, 4958 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişiklikler, s.53; Tuncay, 4958 Sayılı Kanun, s.106.

²¹⁰ Alper, 4958 sayılı Kanun ve Getirdikleri, s.13; Sözer-Saraç, 4958 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişiklikler, s.53.

²¹¹ RG. 17.10.2001, S. 24556, Mükerrer.

ekonomik ve sosyal hakları sağlama görevinin sınırları belirlenmiştir. Değişiklik öncesi Devlet ekonomik ve sosyal haklara ilişkin ödevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek yerine getirme durumunda iken değişiklik sonrası “bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek” yerine getirmelidir. Söz konusu değişiklik Devletin ekonomik ve sosyal haklara ilişkin ödevlerini yerine getirirken daha korumacı davranmasını ve bireylerin önceliklerine dikkat etmesini gerektirir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı bunun gerçekleştirilmesine yöneliktir ve hak kayıplarını önlemektedir.²¹²

3. Kesin Dönüş Şartı ve Uygulama

Yargıtay’ın yurda kesin dönüş kavramına ilişkin kararları, borçlanma talebinde bulunulması ve aylık bağlama aşamalarında kesin dönüşün gerçekleşmediğinin tespiti hâlinde borçlanma ve aylık bağlama işlemlerinin iptali veya kesin dönüş şartı gerçekleşmemesine rağmen aylık tahsis işleminin yapılması ve sonrasında bu işlemin iptali veya kanuna uygun olarak yapılan aylık tahsis işleminden sonra kesin dönüş şartının varlığını etkileyecek sebeplerin hasıl olması sonucunda Kurumca borçlanma işleminin ve aylık tahsisi işleminin iptali ve bağlanan aylıkların iadesinin istenmesi üzerine çıkan uyuşmazlıklara ilişkindir.

Kesin dönüş şartının gerçekleşmemesi durumunda doğacak hukuki sonuçların iptal kararı öncesi ve sonrası ayrımında incelenmesi gerekmektedir.

a) İptal kararı öncesi

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından önce hem borçlanma talebinde bulunulması hem de aylık bağlanması için kesin dönüş şartının gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu aşamalarda kesin dönüş şartının mevcut olmadığının anlaşılması hâlinde Kurumca borçlanma işlemi ile bağlanan aylığın iptali ve akabinde aylıkların geri alınması ve borçlanma bedelinin

²¹² Bilgili, s.22 vd.

iadesi konusu uygulamada sorunlara yol açmış ve sık sık Yargıtay kararlarına konu olmuştur.

Yargıtay bu dönemde Sosyal Sigortalar Kurumunun kesin dönüş şartının gerçekleşmemesi sebebiyle sigortalının borçlanma işlemini iptal eden, bağlanan aylığı kesen ve ödenmiş aylıkların geri alınmasını öngören uygulamasını genel olarak hukuka uygun bulmakla beraber kimi kararlarında da kurumun bu uygulamasının Anayasal sosyal güvenlik ilkesi ve yasaların öngördüğü sosyal sigorta sistemi ile bağdaşmadığını kabul etmiştir.²¹³

Yargıtay yaşlılık aylığından yararlanma koşullarından biri olan yurda kesin dönüş koşulunun bulunmadığının anlaşılması üzerine yaşlılık aylığının kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınması yerine, Kurumca borçlanmanın ve buna bağlı olarak yaşlılık aylığının iptali ile iptal tarihine kadar ödenen aylıkların geri alınması şeklinde işlem tesisini uygun bulmadığı 5.2.2002 tarihli kararında²¹⁴ şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“3201 sayılı Yasadan yararlanmak suretiyle 506 sayılı Yasada öngörülen yaşlılık sigortası kapsamına girmek isteyen Türk Vatandaşlarının yaşlılık aylığından yararlanma koşulları ile yurt içinde çalışıp 506 sayılı Yasa kapsamında bulunan Türk Vatandaşlarının yaşlılık aylığından yararlanma koşulları zorunlu bir farklılık dışında birbirine koşut hale getirilmiştir. Şöyle ki; 506 sayılı Yasanın 60. maddesinde öngörülen ve yaşlılık aylığından yararlanma koşulları olarak belirlenen; “yaş”, “sigortalılık süresi”, “prim ödeme gün sayısı” “işten ayrılma” ve “yazılı istekte bulunmak” koşulları 3201 sayılı Yasanın 6. maddesinde de aynen kabul edilmiş, sadece; Türkiye’de çalışanların “işten ayrılma koşulu” burada; “yurt dışındaki ülkeden ayrılıp Türkiye’ye dönüş” biçiminde belirlenmiştir. Şu duruma göre; Sosyal Sigortalar Kurumu; yurt içinde çalışan sigortalılar için; aradığı; işten ayrılma koşulunu yurt dışında çalışanlar için de yurda dönüş koşulu olarak araması ve işlemleri buna göre yürütüp tamamlaması zorunludur.

²¹³ Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.963 vd.

²¹⁴ Y 21. HD, 5.2.2002, 671/691, Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.964 vd.; www.kazanci.com, 09.02.2012. Aynı yönde bkz. Y 21. HD, 27.11.2006, 2311 /13216, YKD C.33, S.4, Nisan 2007, s.736-740.

...Gerçekten, bu konuda sözü edilen 3201 sayılı Yasa, 6. madde (B) fıkrası, sistemi doğrudan olmasa bile, dolaylı biçimde ortaya koymuş, yurt dışından kesin dönüş yapılmasına ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanmasına karşın, yurt dışında çalışmak isteyenler yönünden Kurumca yapılması gereken işlemleri belirlemiştir. Buna göre; yurt dışından kesin dönüş yapan bir kimsenin yeniden yurt dışında çalışması halinde; çalıştığı süre kadar yaşlılık aylığı kesilecek bu kişinin yurda dönüşünde; isterse çalıştığı süre kadar borçlanmak suretiyle; yaşlılık aylığı oran ve miktarı artırılacak, isterse, eski aylık olduğu gibi ödenmeye devam edecektir. Böylece denilebilir ki, 3201 sayılı Yasa sisteminde yeniden yurt dışı çalışma söz konusu olduğunda, yaşlılık sigortasından bağlanan aylıklar ödenmemekte ve sosyal güvenlik askıya alınmaktadır. Bu durumun sonucu olarak, yaşlılık aylığı bağlanması sırasında, yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmediği anlaşılırsa, yapılacak işlem; veya uygulanacak yaptırım; yaşlılık aylığının bağlanmaması ve kesin dönüş tarihine kadar işlemlerin hukuken askıya alınması, istek olduğunda yatırılan borçlanma bedelini iadesidir. Yaşlılık aylığı bağlanmış olması halinde ise bağlanan aylığın kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınmasıdır.

Nitekim; 506 sayılı Yasa sisteminde, yurt içinde çalışanlar için uygulanan yaptırım da belirtilen şekilde olmaktadır. Yargıtay uygulamasında kabul edildiği üzere, yurt içinde çalışan bir sigortalının, yaşlılık aylığından yararlanmak için Kuruma başvurduğunda, işten ayrılma koşulu gerçekleşmemişse, bu kişiye yaşlılık aylığı bağlanmamakta veya yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, bu koşulun yokluğu anlaşıldığında; aylıklar kesilmekte ve ödenenler geri alınmaktadır. Bunun ötesinde; 506 sayılı Yasanın 3279 sayılı Yasa ile değişik 63. maddesinde kabul edildiği biçimde; yaşlılık aylığı alanlar, Sosyal Güvenlik Destek Primi ödeme koşuluyla; yaşlılık aylıklarının kesilmeden çalışmalarını sürdürebilmektedirler. En önemlisi “işten ayrılma” veya “yurt dışından dönüş” koşulunun yokluğu, kişinin sosyal güvenlik haklarının büsbütün ortadan kaldırıcı bir neden olarak, yasalarda öngörülmemiş, sadece; aylığın başlatılmaması veya bağlanan aylığın kesilmesi biçimde yaptırıma bağlanmıştır.

Buna karşın; görülmekte olan bu davada olduğu gibi 3201 sayılı Yasa yönünden de, Kurumun bu tür durumlarda uyguladığı hukuki statü ne Anayasal Sosyal Güvenlik İlkeleri ne de Yasaların öngördüğü Sosyal Sigortalar sistemi ile bağdaşır durumdadır. Gerçekten de belirtilen koşulların yerine getirilmediğinin saptandığı durumlarda; Kurumun uygulanması ile;

a) Kişinin borçlanması ve buna bağlı yaşlılık sigortası iptal edilmekte, kişi Türk Sosyal Sigortalar sisteminden dışlanmakta,

b) iptal tarihine kadar ödenen yaşlılık aylıkları faizi ile geri alınmakta,

c) Borçlanma tarihindeki Kur üzerinden ödenen Türk Parası, dövizdeki artışlar dikkate alınmadan yıllar öncesi değerden iade edilmekte,

d) İade edilmek istenen bedele faiz dahi uygulanmamakta,

e) Kişinin yasadaki hak düşürücü süreyi kaybedip etmediği dikkate alınmamakta,

f) Ayrıca kişinin, yurt dışındaki sosyal sigortalar kurumundan primlerini alıp almadığı ve oradaki sosyal güvenlik kuruluşlarından haklarını kaybedip etmedikleri gözetilmemekte, kısaca kişi, sosyal güvencesiz bir şekilde ortada bırakılmaktadır. Böyle bir uygulama ise hiçbir yönden hukuksal kabul edilemez ve yasalarca korunamaz.

Belirtilen nedenlerle; Kurumca; Yurtdışında çalışılan veya ilişkinin devam ettiği saptanan süreler için; yaşlılık aylığını kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınması yerine, borçlanmanın ve buna bağlı yaşlılık aylığının iptali ile iptal tarihine kadar ödenen aylıkların geri alınması şeklinde işlem tesis edilmesi Anayasal Sosyal güvenlik ilkeleri ile yasaların öngördüğü Sosyal Sigortalar sistemi ile bağdaşmadığı halde, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

Yargıtay'ın söz konusu kararı öğretide, uzun yıllar yurt dışında çalışıp Türkiye'ye çeşitli şekillerde katkı sağlamış olan kişilerin anayurtlarında sosyal güvenceye kavuşmalarını sağlamaya yönelik bir düzenlemenin yurt dışından

gelen vatandaşlarımızı tümüyle sistemin dışına itecek şekilde yorumlanmasına engel olduğu gerekçesiyle isabetli bulunmaktadır.²¹⁵

Borçlanma işleminin iptalinin hukuka uygun bulunduğu dönemdeki uyuşmazlıklar ise borçlanmanın iptali üzerine borçlanılan süreye ait ve döviz olarak ödenen primlerin geri verme işleminin hangi tarihteki kur esas alınarak yapılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Başka bir anlatımla, ödenecek Türk Parasının, talep tarihindeki kur üzerinden mi, yoksa dövizin Kurum hesabına girdiği tarihteki kur üzerinden mi hesaplanacağına ilişkindir. Yargıtay bu konuya ilişkin 13.6.1991 tarihli kararında döviz olarak gönderilen miktarın, Kurum hesabına; transfer tarihindeki (Kurum hesabına girdiği tarihteki) kur esas alınarak Türk Parasına çevrilmek suretiyle kaydedildiği için geri verilecek miktarın belirlenmesinde transfer tarihindeki kur üzerinden hesaplanan ve Kurum hesabına geçen, davacı tarafından ödenen döviz karşılığı Türk Parası olduğuna, hâl böyle olunca, Türk Parası olarak geri verilecek miktarın hesabında transfer tarihindeki (Kurum hesabına Türk Parası olarak kaydedildiği tarihteki Kurum) esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.²¹⁶

Yargıtay bir başka kararında ise tahakkuk ettirilen döviz borcunun, istek sahiplerinden yabancı para olarak tahsil edildiği için iadenin de iade anındaki yabancı para karşılığı üzerinden yapılması gerektiğine hükmetmiştir.²¹⁷

b) İptal kararı sonrası

3201 sayılı Kanun sistemi borçlanmak ve yaşlılık aylığından yararlanabilmek için yurda kesin dönüş koşulunu 1985 yılında getirmesine karşılık söz konusu koşul Yargıtay uygulamasında farklı değerlendirilmiştir. Kimi kararlarda yurda kesin dönüş yapmadığı anlaşılan ve yurt dışı ilişkilerini bir süre daha devam ettiren kişilerin Kurum tarafından borçlanmalarının iptali ile yaşlılık aylıklarının kesilmesi işlemlerine geçerlik tanınmamışken, kimi

²¹⁵ Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.966.

²¹⁶ Y 10. HD, 13.6.1991, 4212/6206, www.kazanci.com, 23.12.2011.

²¹⁷ Y 10. HD, 25.5.2004, 3102/4681, www.kazanci.com, 23.12.2011.

kararlarda borçlanma ve aylık bağlanma işlemlerinin geçerli olması için yasada öngörülen kesin dönüşün önkoşul olduğu, yurda kesin dönüş yapılmamış olması nedeniyle borçlanma işleminin geçersiz olduğundan buna bağlı olarak aylık işlemlerinin iptalinin yerinde olduğu belirtilmiştir. Yargıtay'ın farklı görüş ve içtihatları nedeniyle içtihadı birleştirme talebinde bulunulmuş, ancak Yargıtay 1. Başkanlık Kurulunun 12.12.2002 gün ve 108 Sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 gün ve 2000/36 -2002/198 sayılı kararı nedeniyle istem konusuz kaldığından, içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmemiştir.²¹⁸ Zira Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı çerçevesinde yurt dışı hizmet borçlanması talebinde bulunabilmek için yurda kesin dönüş şartı aranmadığından borçlanma sırasında yurda kesin dönüş yapılmaması sebebiyle kurumun borçlanma işlemlerini iptal etmesi hukuki temelden yoksun kalmıştır. Yargıtay kesin dönüş yapılmadan gerçekleştirilen borçlanmanın geçerli olduğuna karar vermiştir.²¹⁹ İptal kararına uygun olarak hazırlanan 4958 sayılı Kanunun 56. maddesi ile yapılan değişiklikle de bu şart kanun metninden çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve gerçekleştirilen yasa değişikliği sonrasında kesin dönüş şartının uygulanmasına ilişkin sorunlar devam etmiştir. Bunun sebebi ise kurumun sigortalı aleyhine uygulamalarıdır.²²⁰ Kurum iptal kararı sonrasında ortaya çıkan yeni durumdan iptal kararına konu olup da geçmiş dönemde aranan şartlar nedeniyle bu hakkını kaybetmiş olanların yararlanamayacağını kabul etmiş ve borçlanma taleplerini reddetmiştir. Bu uygulama da yargıya intikal etmiştir.

Bu dönemde yargıyı meşgul eden uyuşmazlıklardan biri Anayasa Mahkemesi'nin Resmî Gazete'de yayımlanmamış olması nedeniyle henüz yürürlüğe girmeyen iptal kararının derdest davalarda uygulanıp uygulanmayacağı olmuştur. Bir diğer uyuşmazlık ise; borçlanma işlemleri Kurumca iptal edilen ve Kurum işlemi aleyhine açtıkları davaların reddine

²¹⁸ Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.972.

²¹⁹ Y 10. HD, 14.07.2011, 2010/283 , 2011/11465, www.corpus.com, 23.12.2011.

²²⁰ Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.972.

ilişkin mahkeme kararları kesinleşen sigortalıların haklarındaki kesin hükme rağmen yeniden dava açmaları olmuştur.

aa) Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlük tarihi ve derdest davalarda uygulanması

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmediği dönemde verilen Yargıtay kararına konu uyuşmazlık, borçlanma sonucu kendisine yaşlılık aylığı bağlanan sigortalının kesin dönüş yapmadığı gerekçesi ile borçlanma işleminin iptal edilmesi ve aylığının kesilmesidir. Hukuk Genel Kurulu; borçlanmaya ilişkin 3. maddedeki kesin dönüş koşulu iptale konu edilirken, aylık bağlama ile ilgili 6. maddedeki aynı koşulun varlığını koruduğunu belirttikten sonra yürürlüğe girmeyen iptal kararının henüz karara bağlanmamış davada uygulanması gerektiğine hükmetmiş ve uyuşmazlığı şu şekilde karara bağlamıştır:

“...Henüz bu karar Resmi Gazetede yayımlanmamakla birlikte Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin genel prensipler nazara alınarak eldeki davada değerlendirilmiş, bu karar ile borçlanma için aranan “kesin dönüş” koşulunun yasa metninden çıkarılmış olması karşısında borçlanma işleminin kesin dönüş yapılmadığı gerekçesiyle kurumca iptali yerinde bir işlem olarak görülmemiştir...

Ancak, kurumun iptali istenen diğer işlemi 3201 sayılı Yasanın 6. maddesinde şartları ortaya konulan aylık bağlama işlemidir. Aylık bağlama talebinde bulunulması ve aylığın bağlanması konusunda anılan maddede yer alan “kesin dönüş yapılmış olması koşulu” ise iptale konu olmadığından varlığını korumaktadır...

...Buna karşın; görülmekte olan bu davada olduğu gibi 3201 sayılı Yasa yönünden de, Kurumun benzeri durumlardaki borçlanmanın ve aylık bağlama işleminin iptali yönündeki uygulaması, yasanın özüne olduğu kadar “Anayasal Sosyal Güvenlik” İlkelerine ve yasaların öngördüğü “Sosyal Sigortalar” sistemine aykırıdır.

Belirtilen nedenlerle; 3201 sayılı Yasa sisteminde usulüne uygun borçlanıp, aylık bağlandıktan sonra yeniden yurt dışı çalışma söz konusu olduğunda, nasıl yaşlılık sigortasından bağlanan aylıklar ödenmemekte ve sosyal güvenlik askıya alınmakta ise, aylık bağlanması talep ve fiilen aylığın bağlanması tarihlerinde kesin dönüş koşulunun gerçekleşmediği durumlarda da benzer uygulamaya gidilerek yapılacak iş veya uygulanacak yaptırım; yaşlılık aylığının bağlanmaması ve kesin dönüş tarihine kadar işlemlerin hukuken askıya alınması, istek olduğunda yatırılan borçlanma bedelinin iadesi; yaşlılık aylığı bağlanmış olması halinde ise bağlanan aylığın kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınması olmalı; kesin dönüş şartı gerçekleştiği takdirde de bu şartın gerçekleştiği tarihten itibaren aylık bağlama işleminin “askı” durumundan kurtarılarak ve yasanın aradığı diğer unsurlar gözetilerek yeniden aylık bağlanması olmalıdır.

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararı ile 3201 sayılı Yasanın 3. maddesinde yer alan borçlanma koşullarından “yurda kesin dönüş koşulu”nun iptal edilmiş olması karşısında, “davacı işçinin borçlanma işleminin iptaline yönelik kurum işleminin tüm hukuki sonuçları ile birlikte iptaline”, aylık bağlama işlemi açısından da “davacı işçinin yurda kesin dönüşünün gerçekleştiği tarihe kadar bu hakkının askıda olduğu kabul edilerek işlem yapılması gereğini gözetmeyen kurum işleminin iptaline” karar vermek gerekirken, davanın reddi yönündeki önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...²²¹

Yargıtay'ın söz konusu kararı öğretideki bir görüş tarafından isabetli bulunmaktadır. Bu görüşe göre; her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin 3. maddede yer alan yurda kesin dönüş koşulunun iptaline ilişkin kararı yayımlanmamış olsa da Yargıtay kararı ile iptal kararının oluşturduğu yeni durumdan davaları görülmeye devam eden sigortalıların yararlanabilmeleri imkânı doğmuştur.²²² Öğretideki diğer bir görüş ise Yargıtay kararını isabetli bulmamaktadır. Bu görüşe göre, 2949 sayılı Kanun gereği iptaline karar

²²¹ Y HGK 5.2.2003, 2002/21-790, 2003/61, www.kazanci.com, 23.12.2011. Aynı yönde bkz. Y HGK 5.2.2003, 2002/21-783, 2003/59, Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.973 vd.; Güzel-Ocak, s.1320 vd.

²²² Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.975.

verilen hükümler gerekçeli iptal kararının yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı 25.4.2003 tarihinde yayımlandığı ve Anayasa Mahkemesince iptal kararının yürürlüğe gireceği tarih ayrıca kararlaştırılmadığı için karar 25.4.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve 3. maddedeki kesin dönüş koşulu da bu tarihte yürürlükten kalkmıştır. Yargıtay kararında ise iptal kararı yayımlanmadığı ve buna bağlı olarak 3. maddedeki yurda kesin dönüş koşulu yürürlükten kalkmadığı hâlde iptal kararı yayımlanmış ve kesin dönüş koşulu yürürlükten kalkmış gibi bir değerlendirme yapılarak hüküm kurulmuştur.²²³

bb) Kesin hüküm etkisi

İptal kararının ve de yasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinin ardından uygulamada sorunlar devam etmiştir. Borçlanma işlemleri kurumca iptal edilen ve Kurum işleminin iptali ile borçlanmanın geçerli olduğunun tespitine yönelik açtıkları davaların reddine ilişkin mahkeme kararları kesinleşen sigortalılar, haklarındaki kesin hükme rağmen yeni durumdan yararlanmak için yeniden dava açmışlardır. Kesinleşen mahkeme hükümlerinin açılan yeni davalarda talep yönünden kesin hüküm teşkil edip etmediği, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde yazılı, “yurda kesin dönüş yapma” koşulunu iptal eden ve 25.04.2003 günlü Resmî Gazete'e yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararının kesin hükme karşın eldeki davaya etkisinin olup olmayacağı uyuşmazlık konusu olmuştur. Bu konuda Yargıtay daireleri arasında görüş farklılığı ortaya çıkmıştır. Kimi kararlarda kesin hükmün varlığı kabul edilerek açılan davaların dinlenilmemesine karar verilirken, kimi kararlarda kesin hükmün varlığı kabul edilmeyerek sigortalıların yeni durumdan faydalanmalarına karar verilmiştir.

Kesin hükmün varlığının kabul edildiği Hukuk Genel Kurulu'nun 31.3.2004 tarihli kararına²²⁴ konu olayda sigortalının yurda kesin dönüş yapmadığının tespiti üzerine kurumca borçlanma ve aylık bağlama işlemi iptal edilmiştir. Sigortalının kurum işlemi aleyhine açtığı dava yerel

²²³ Güzel-Ocak, s.1331 vd.; Şuğle, s.280-282.

²²⁴ Y HGK, 31.3.2004, 21-156/194, Güzel-Ocak, s.1325 vd.; www.kazanci.com, 23.12.2011.

mahkemece reddedilmiş, kararın temyiz edilmesi üzerine 10. Hukuk Dairesi'nin 29.2.2000 günlü kararı ile yerel mahkeme kararı onanmak suretiyle kesinleşmiştir. Davacı sigortalı daha sonra yeniden dava açarak aylık bağlanması talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar vermiş, bunun üzerine karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

21. Hukuk Dairesi²²⁵ her ne kadar iki davanın tarafları, konusu ve istemleri birbiri ile aynı olsa da idarenin yarattığı her niza için açılan iptal davalarının diğerinden bağımsız olduğundan ortada HUMK 237. maddesi anlamında kesin hüküm bulunmaması nedeniyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Daireye göre, davanın tarafı, müddeabihi ve dayanılan hukuki sebeplerin her iki davada aynı olması hâllerinde kesin hükmün varlığından söz edilebilecekken bu dava davanın tarafları ve konusu itibarıyla önceki dava ile aynılık arz etmekle beraber dava sebebi farklıdır. Dava sebebi de öncelikle dava açılmasına neden olan maddi ve hukuksal olaylar ile zaman içinde oluşan nizaların öne sürülmesi, mevcut bu nizalara karşı mahkemelere dava açıldığında görevli mahkeme ve hakimlikçe çözüm için dayanılacak yasa maddeleri ile hukuki yaptırımların re'sen belirlenmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin borçlanma yapılabilmesi için kesin dönüş şartını iptal etmesi üzerine borçlanmaları iptal edilen sigortalılar için de yeni bir hak doğmaktadır. Mevcut davalar için mevcut yasaların uygulanması gerekliliği ilkesi de bunu gerektirir. Ayrıca özel daireye göre sosyal güvencenin vazgeçilmezliği ilkesinden hareketle Anayasa Mahkemesince hassasiyetle karşılanıp kabul gören bir hakkın kullandırılmasından kaçınılması sosyal güvenlik hukuku ilkelerine ve sosyal devletin korumacılık anlayışına aykırı olacaktır.

Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine konu Hukuk Genel Kurulunca ele alınmıştır. Hukuk Genel Kurulu kararında kesin hüküm kavramını tanımladıktan sonra Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlüğü konusunda da değerlendirmelerde bulunmuştur. Kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

²²⁵ Y 21. HD, 30.6.2003, 2002/8706., 2003/6247, Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.977 vd.

“...dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile çözümlenmemiş olması da (olumsuz) dava şartıdır. Birinci dava ile ikinci davanın müddeabihlerinin (konusunun), dava sebeplerinin (vakıaların) ve taraflarının aynı olması maddi anlamda kesin hüküm oluşturur (H.U.M.K. Md. 237). Kesin hüküm, hem bireyler için hem de devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla, hukuki güvenlilik ve yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir.

Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkeme de; (Yargıtay'da) davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk defa Yargıtay'da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) da, dahası bozmadan sonra da ileri sürülebilir. Bu bakımdan usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O nedenle kesin hükmün varlığı, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez.

...Anayasa Mahkemesinin iptal kararları Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğurur. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının etkisi henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalar yönünden geçerlidir.

Gerçekte de, Anayasal yargıda; idari yargıdaki iptal kararının (ex tunc) geriye yürüme etkisi ilke olarak kabul edilmemiş ve iptal edilen kuralın baştan beri geçersiz duruma geldiği esası benimsenmemiştir. Diğer bir anlatımla Anayasa Mahkemesinin iptal kararının geri yürümezliği kuralına öncelik tanınmıştır (Anayasa m. 153). ...Anayasanın 153/V maddesine bakıldığında, iptal kararının geri yürümeyeceği ilkesine, yasa koyucu tarafından bir istisna tanınmadığı kuşku ve duraksamaya yer olmaksızın görülmektedir.

Türk Anayasal sisteminde benimsenen iptal kararının geriye yürümezliği kuralının getiriliş amacı, Devlete güven duygularını sarsmamak, Devlet yaşamında kargaşaya neden olmamak, toplum huzurunun sarsılmamasını sağlamak olarak özetlenebilir. Bu hükmün Anayasada yer

almasının nedeni, 1961 Anayasası'nın 150. maddesinin gerekçesinde ""içtimai huzur mülahazasına"" dayandırılmıştır. Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların (kazanılmış haklar) korunması hukuk devletinin gereğidir. O nedenle hukuksal ve maddi alanda etkisini göstermiş hukuk kuralları uyarınca tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bulunan kazanılmış haklara Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün geriye yürümeyeceğinin (ceza mahkûmiyetlerinde durum farklıdır) kabulü kaçınılmazdır.

...Anayasa Mahkemesi kararlarının mahkemeleri bağlayıcı niteliği açıktır. Bu etki yukarıda da açıklandığı üzere, hem kararın yayımlanması ile ortaya çıkar hem de yayımlandığı sırada derdest olan davalar açısından etkiye sahip olabilir.

Uyuşmazlığın çözümünde akla gelebilecek bir başka yön ise; borçlanmanın geçerliliği için aranan fakat, Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilen "kesin dönüş" koşuluna bu kez geçerlilik koşulu olarak yer vermeyen, 6.8.2003 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4958 sayılı Yasanın 56. maddesi ile 3201 sayılı Yasanın 3. maddesine getirilen yeni düzenlemenin, aynı nedene dayalı iptal ile oluşan kesin hükme etkisinin olup olamayacağıdır.

Yasa değişikliği ile getirilen bir düzenlemenin, ancak bu yönde bir ihya hükmü içermesi durumunda buna olanak bulunmaktadır. Ne var ki anılan yeni düzenlemede bu tür bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, kesin hüküm olgusu nedeniyle oluşan hukuksal engeller tekrar karşımıza çıkmaktadır.

...Eldeki davanın tarafları ve konusu önceki dava ile aynı olup, dayandıkları maddi vakıalar da aynıdır. Bu açık durum karşısında kesin hükmün varlığında kuşku bulunmamaktadır. Kesin hükme rağmen açılan ve tarafları, dava konusu, sebebi, dayanakları aynı olan ikinci davanın dinlenmesine olanak bulunmadığı gibi, bu ikinci davanın temyiz aşamasında verilen Anayasa Mahkemesi kararının yine yukarıda açıklanan ilkeler karşısında bu davaya etkisinin olabileceği de düşünülemez. Diğer önemli bir

hususla, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile (H.U.M.K. Md. 237) çözümlenmiş olmasının dava şartı olması ve olumsuz dava şartı adıyla adlandırılan bu şartın başkaca araştırma yapmaksızın, davanın salt bu nedenle reddini gerektirmesidir. Kısacası; eldeki davada davanın görülebilirlik şartları yoktur ve ileriye etkili olacak bir iptal kararının bu olumsuz şartı oluşturan kesin hükmü ortadan kaldırıcı bir niteliği de bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının kural olarak Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğuracağı unutulmamalıdır. Bu nedenledir ki dairenin görüşünün aksine Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce iptal edilen yasa kuralına dayanılarak kesinleşmiş mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi kararından etkilenmeyeceği açıktır. Daha açık anlatımla Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, iptal edilen yasa kuralına dayanılarak daha önce verilip kesinleşmiş olan hükme etkili olması olanaklı değildir. Mahkemece davanın kesin hüküm nedeniyle reddi ve aynı nedene dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.”

21. Hukuk Dairesi daha sonraki tarihli kararlarında Hukuk Genel Kurulu kararına uygun olarak Anayasa Mahkemesi'nin ileriye etkili olan iptal kararının; kesin hükmü ortadan kaldırıcı bir niteliği bulunmadığından ikinci davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.²²⁶

10. Hukuk Dairesi 12.5.2005 tarihli kararında yukarıda bahsi geçen içtihat gereğince kesin hüküm sebebiyle geçersiz borçlanmaya dayalı olarak 3201 sayılı Kanuna göre yaşlılık aylığına hak kazanılamayacağına karar vermiştir. Ancak kararda ifade edildiği üzere 3201 sayılı Kanunun 4958 sayılı Kanun ile düzenlenen 3. maddesi karşısında yeniden borçlanma hakkı mevcuttur.²²⁷

Bir başka karara konu olayda borçlanmanın yapılabilmesi için yurda kesin dönüş yapılmış olmasına yönelik düzenlemenin yürürlükte olduğu

²²⁶ Y 21. HD, 15.6.2004, 4774/5855, Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.985 vd.; Y 21. HD, 14.11.2005, 6683/11501; Y 21. HD, 13.12.2005, 9804/13132, www.kazanci.com, 23.11.2011. 10. HD'nin kesin hükmün varlığını kabul ettiği kararı için bkz. 10. HD, 3.11.2003, 7240/7709, www.kazanci.com, 23.11.2011

²²⁷ Y 10. HD, 12.5.2005, 3582/5474, www.kazanci.com, 23.11.2011

dönemde Kurumca düzenlemeye uygun olarak kesin dönüş koşulunun oluşmadığının anlaşılması üzerine borçlanma işlemi ve aylık iptal edilmiştir. Sigortalının kabulü üzerine fuzulen ödenen aylıklardan borçlanma bedelinin mahsubu işlemi sonrasında geri kalan miktar sigortalı tarafından Kuruma ödenmiştir. 3. maddeye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra sigortalı borçlanmasının geçerli olduğunun ve yaşlılık aylığının bağlanması gerektiğinin tespiti istemiyle dava açmıştır. Yargıtay Kurumun yürürlükteki kanun uyarınca yaptığı işlemlerde kanuna aykırılık bulunmadığını, Kurum ile davacı arasında 3201 sayılı Kanundan kaynaklanan borç ve mükellefiyet ilişkisinin bütünüyle sona erdiğini kabul etmiş ve aylık bağlanabilmesi için yeniden borçlanma yapılması ve talepte bulunulması gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; önceki borçlanma işlemi yeni düzenlemeler uyarınca canlanmaz.²²⁸

Yargıtay'ın 23.2.2005 tarihli kararında da iptal edilen yasa kuralına dayanılarak kesinleşmiş mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi kararından etkilenmeyeceği yönünde karar verilmiştir. Öğretideki bir görüş kararı isabetli bulunmaktadır. Zira aksinin kabulü hâlinde tarafların Anayasa Mahkemesi kararları üzerine kesin hükmün etkilerini bertaraf etmeleri mümkün hâle gelir. Bu da hukuk devleti ve hukuk güvenliği esaslarıyla bağdaşmaz.²²⁹

cc) Kararların değerlendirilmesi

Kararların değerlendirilebilmesi için öncelikle dava şartı ve kesin hüküm kurumlarının temel hukuki esasları ve Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuki niteliği üzerinde durulması gerekir.

Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Bir diğer ifadeyle dava şartları, dava

²²⁸ Y 21. HD, 23.11.2009, 2008/18322, 2009/15243, Legal, C.7, S.26, Y.2010, s.842-844.

²²⁹ Y HGK, 23.2.2005, 21-66/93, Centel, Değerlendirme 2005, s.260. Karara karşı oy yazısında, davacının isteminin yine birinci davadaki gibi borçlanmanın geçerliliği ve iptal edilen yaşlılık aylığının kesildiği tarihten ödenmesi ise de bu isteme uygulanacak yasa maddesinin birinci davada uygulanacak yasa maddesi ile aynı olmamasından dolayı dava sebebinin farklı olduğu ve bu nedenle kesin hükümden söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira hukukumuzda kabul gören genel görüşe göre dava sebebinden kasıt hukukî sebep değil, davacının davasını dayandırdığı vakıalardır. Kuru-Arslan-Yılmaz, s.280.

açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan, kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır. Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartları dava açılmasından, hükmün verilmesine kadar varolmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığına tespit edilmesi durumunda mahkemenin davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmesi gerekir.²³⁰

1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu²³¹ ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²³²na göre; bir davanın görülebilmesi için o dava hakkında tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan kesin bir hükmün bulunmaması gerekir. O hâlde dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile çözümlenmemiş olması dava şartlarından biridir (mülga 1086 sayılı Kanun, m. 237, 6100 sayılı Kanun, m. 114/1,i). Bu, “olumsuz dava şartı” olarak adlandırılır. Kesin hükmün bulunması hâlinde davanın esasına girilemez ve aynı ihtilâf yeni bir dava konusu yapılamaz.²³³

Her davanın amacı, taraflar arasındaki bir ihtilâfın karara bağlanması ve böylelikle nihai olarak ortadan kaldırılmasıdır. Maddi anlamda kesin hüküm de mahkemelerce verilen, yasa yolları izlenerek ya da izlenmesi gerekli görülmeyerek sonuçlanan, uyulması, yerine getirilmesi zorunlu, itirazı ve konusunun yeniden ele alınması olanaksız kararları amaçlamakla²³⁴ davanın amacının gerçekleşmesine hizmet eder.²³⁵ Kesin hüküm, yargı alanında kararlılık sağlayarak hem kişiler hem de devlet için hukuki istikrar sağlar.²³⁶ Hukuksal güvenlik ve yargı erkine güven, kesin hüküm kurumu ile sağlanır.²³⁷

²³⁰ Kuru, s.111, 146; Kuru-Arslan-Yılmaz, s.244.

²³¹ RG. 02.03.04.07.1927, S.622, 623, 624.

²³² RG. 04.02.2011, S.27836.

²³³ Kuru, s.136.

²³⁴ AYM 2.6.1989, 1988/36 , 1989/24, RG. 28.9.1989, S.20296.

²³⁵ Blomeyer, s.225.

²³⁶ Kuru-Arslan-Yılmaz, s.651 vd.

²³⁷ Y 17. HD, 25.6.2001, 5836/4338, www.kazanci.com, 24.01.2012.

“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmüyle 1982 Anayasası’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında güvenceye bağlanan kesin hüküm, yasama, yürütme ve idareyi bağlar. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun²³⁸,a göre de; mahkeme kararları kesindir. Mahkeme kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (m. 66/1).

Kesin hüküm hukuk tekniği bakımından kendisini sonraki davaya bakan mahkemenin taraflar arasındaki önceki davaya bakan mahkemenin kesinleşen hükmüyle bağlı olmasında gösterir.²³⁹ Nitekim kesin hüküm, gerek hükmü veren mahkeme gerekse diğer mahkemeler yönünden bağlayıcı nitelik taşır. Kesin hüküm, yargıların cüzi ve külli haleflerini bağlar. Kesin hüküm ancak istisnalar dışında olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi suretiyle ortadan kaldırılabilir. HUMK’un 445. maddesinde (6100 sayılı Kanun, m. 374, 375) yazılı nedenlere dayanarak yargılamanın iadesi yolu evvelce usul hükümlerine göre mahkemeden verilmiş ve tarafları arasında kesin hüküm teşkil etmiş bir hükmün değiştirilmesini temine yarayan olağanüstü ve tamamen istisnai bir kanun yoludur. Kesinleşen yargı kararları karşısında davanın niteliğinin tartışılması ve değiştirilmesi mümkün değildir. Kesin hükmün varlığından sonra hiçbir mahkeme aynı konuyu yeniden inceleyip, farklı yönde yeni bir karar veremez.²⁴⁰ Kesin hüküm Yasama organının tasarrufu, Yargı organının içtihadı ve ikrar ile dahi ortadan kaldırılamaz.²⁴¹ Kesin hüküm, sonradan çıkarılan bir yasa veya içtihat ile değiştirilemez.

Bir hükmün (maddi anlamda) kesin hüküm sayılabilmesi için her iki davanın taraflarının, dava konusunun ve dayanılan sebebin aynı olması gerekir.²⁴² 6100 sayılı Kanunun tanımına göre de, bir davaya ait şekli

²³⁸ RG. 03.04.2011, S.27894.

²³⁹ Blomeyer, s.225.

²⁴⁰ Y HGK, 9.4.2003, 20-266/285, www.kazanci.com, 24.01.2012.

²⁴¹ Y 7. HD, 3.6.2003, 4602 /1887, www.kazanci.com, 24.01.2012.

²⁴² Kuru-Arslan-Yılmaz, s.656 vd.

anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir (m. 303/1). Anayasa Mahkemesi'nin borçlanma yapılabilmesi için aranan kesin dönüş yapmış olma koşulunun iptaline ilişkin kararının daha önce kesin hükümle çözümlenmiş davalarda uygulanıp uygulanmayacağını belirleyebilmek için dava sebebi ve hukuki sebep kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

1086 sayılı Kanunda ve 6100 sayılı Kanunda kesin hüküm için “hukuki sebep” değil, “dava sebebi” öngörülmüştür (mülga 1086 sayılı Kanun, m. 237/2, 6100 sayılı Kanun, m. 303/1). Gerek öğretide ve gerekse uygulamada dava sebebinin olgular ve olaylar olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır. Davacıların dayandığı sebeplerin farklı olması, davanın değişik yorumlanması ve nitelendirilmesi, hukuki sebebin farklı olması kesin hükmün oluşmadığını göstermez. Davanın esastan veya usulden reddedilmiş olması da sonuca etkili değildir.²⁴³ Yargıtay kararına konu uyuşmazlıklarda yeni bir niza söz konusu olmayıp, redle sonuçlanan 3201 sayılı Kanunun 3. maddesine dayalı dava ile bu davanın vakıaları, diğer deyişle sebepleri aynıdır. Her iki davada da yurt dışı borçlanmasının geçerli olmasının tespiti istenmektedir. Birinci davada yurt dışı borçlanmasının geçerli olmadığı saptanmıştır. Borçlanmanın geçerli olmadığı yolundaki bu hüküm kesin hüküm niteliğindedir ve bağlayıcıdır. Artık borçlanmanın geçerli olduğu iddiası ile yeni bir dava açılamaz. İkinci davanın dinlenebilmesi için, bu vakıaların birinci davadaki vakılardan başka olması gerekir. Davada uygulanacak hükmün farklılığı kesin hükmün varlığına etki etmez. Bu nedenle iptal kararı sonrasında kesin hükmün ortadan kalktığı söylenemez. İptal kararları usuli kazanılmış hakkın ve aleyhe bozma yasağının istisnasını teşkil ettiğinden henüz kesin hükme bağlanmamış ve görülmekte olan davalarda iptal kararının dikkate alınması ve uygulanması gerekir.²⁴⁴ Ancak bu kural görülmekte olan davalarla ilgili olup kesinleşmiş mahkeme kararlarına iptal

²⁴³ Y HGK, 22.12.1999, 16-1034/1051, www.kazanci.com, 23.12.2011.

²⁴⁴ Y 10. HD, 5.5.2003, 1038/3986, www.kazanci.com, 23.12.2011.

kararlarının etkisi yoktur. Kesin hükme aykırı şekilde yeniden karar verilmesi mümkün değildir.²⁴⁵

Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliği 1982 Anayasası'nın 153. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez (m. 153/3). İptal kararları geriye yürümez (m. 153/5). Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar (m. 153/6).

6216 sayılı Kanuna göre de; iptal kararları geriye yürümez (m. 66/2). Mahkemece iptaline karar verilen kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü veya bunların belirli madde veya hükümleri, iptal kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Mahkeme gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabilir (m. 66/3).

Anayasa yargısında iptal kararlarının geriye yürümezliği esastır. Söz konusu düzenlemeler gereğince Anayasa Mahkemesinin iptal kararları 1961 Anayasası'nın ilk şeklinde olduğunun aksine karar tarihinden itibaren değil, Resmi Gazete'de yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğurur. İptale konu norm iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren yürürlükten kalkmış olur. Bu nedenledir ki Anayasa Mahkemesinin iptal kararları açıklayıcı değil, kurucudur.²⁴⁶ İptal kararları, yürürlüğe girene kadar yapılmış işlemlerin geçerliliğini etkilemez.²⁴⁷

İptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesinin benimsenmiş olmasının nedeni, iptal edilen hükme dayanılarak o tarihe kadar yapılan

²⁴⁵ Y 21. HD, 14.11.2005, 6683/11501, www.kazanci.com, 23.12.2011.

²⁴⁶ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.533; Teziç, s.225.

²⁴⁷ Gözübüyük, s.292.

işlemlerin ve hukuki statülerin geçersiz kılınmaması ve kazanılmış hakların korunması suretiyle hukuk düzeninde hukuksal güvenliği ve istikrarı sağlamaktır.²⁴⁸

Anayasa Mahkemesi de 12.12.1989 tarihli kararında “Türk Anayasa sisteminde Devlete güven ilkesini sarsmamak ve ayrıca Devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır.” demek suretiyle iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesini değerlendirmiştir.²⁴⁹

İptal kararlarının kesin hüküm niteliğini kazanmış yargı ve idare kararları saklı kalmak koşulu ile geriye yürüdüğü kabul edilmektedir. İptal kararlarının geriye yürümemesi ilkesi hukuki güvenliği sağlamak amacı ile getirilmiş olduğuna göre söz konusu ilke kesin hüküm hâllerinde anlam ifade eder.²⁵⁰ Bu durumda mevzuatımız gereğince Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümesi mümkün olmayıp, ileriye etkili sonuç doğurduğundan Anayasa Mahkemesince verilen 3201 sayılı Kanunun 3. maddesindeki yurda kesin dönüş koşulunun iptalini öngören kararın kesin hükümle sonuçlanan davalara etkisi yoktur. Yukarıda açıklandığı üzere kesin hükmün ve Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliği birlikte değerlendirildiğinde aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olmasının dava şartı olması karşısında Hukuk Genel Kurulu'nun 31.3.2004 tarihli içtihadı kanımızca isabetlidir.

4. Kesin Dönüş Şartı

3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin (A) bendi hükmü gereğince, borçlanan ve borcunu ödeyen sigortalılara yaşlılık sigortasından aylık tahsis edilebilmesi için ilgilinin yurda kesin dönüş yapmış olması gerekir.

²⁴⁸ Gözübüyük, s.292; Özbudun, s.447 vd.; Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.533. İtiraz yolunda iptal kararı kendiliğinden geriye yürür ve Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan tarafın iptal kararının sonuçlarından yararlanması mümkündür. Özbudun, s.447 vd.; Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.534.

²⁴⁹ AYM, 12.12.1989, 11/48, RG. 22.01.1990, S.20410.

²⁵⁰ Teziç, s.226.

Kesin dönüş koşulunu yerine getirmeksizin aylık tahsis başvurusunda bulunan sigortalı sebepsiz zenginleşen konumundadır. Yargıtay da bu durumdaki sigortalının zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmadığı ve geri vermekle yükümlü olduğunu bilecek durumda olduğu için kötü niyetli sayılması gerektiğine hükmetmiştir.²⁵¹ Uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıklardan biri kötüniyetli sebepsiz zenginleşen sigortalının ölmesi hâlinde miras bırakan sigortalıya haksız olarak bağlanan ve sağlığında kendisine ödenen yaşlılık aylıkları dolayısıyla oluşan Kurum zararının (alacağının) tereke içerisinde yer alıp almadığıdır. Bir diğer ifade ile sigortalının yasal mirasçıları olan davalıların, miras bırakanın sebepsiz zenginleşmesinden sorumlu tutulup tutulamayacaklarıdır.

Yargıtay 27.5.2010 tarihli kararında²⁵² söz konusu uyuşmazlığı ele almış ve iade konusunda genel ilkeleri tespit etmiştir.

Yersiz ödemelerin geri alınmasında 818 sayılı Borçlar Kanunu²⁵³'nin, geri verilmesi gereken tutarın belirlenmesinde genel hüküm niteliğinde bulunan 63. maddesinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Buna göre; iyi niyetli zenginleşen, sebepsiz zenginleşme konusunun kendisinden istendiği tarihten önce elinden çıktığını iddia ve ispat ettiği tutar oranında geri vermeyle yükümlü olmayacaktır. Buna karşın; zenginleşen, zenginleşme anında veya sonrasında mal varlığındaki artışın geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, kötü niyetli sayılacaktır. Haklı bir sebebe dayanmaksızın zenginleşen kimse kötü niyetli ise geri verme borcu zenginleşmenin tümünü içermektedir. Başka bir anlatımla, kötü niyetin varlığı durumunda geri verme borcu, iade anındaki zenginleşme miktarıyla sınırlı değildir. Sebepsiz zenginleşen kimse o şeyi kötü niyetle elden çıkarmış veya onu elden çıkarırken sonradan geri vermek zorunda kalacağını bilmek durumunda ise, iadeyle yükümlüdür.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 599. maddesinde mirasçıların, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince

²⁵¹ Y 10. HD, 27.5.2010, 2009/1146, 2010/7566, www.kazanci.com, 25.12.2011.

²⁵² Y 10. HD, 27.5.2010, 2009/1146, 2010/7566, www.kazanci.com, 25.12.2011.

²⁵³ RG. 29.04.1926, S.359.

kazanacakları (m. 599/1) ve miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olacakları (m. 599/2) belirtilmiştir. Kural olarak, bir kimsenin ölümü ile mal varlığının bir bütün olarak mirasçılara geçmesini ifade eden külli halefiyet gereğince, miras bırakanın kişisel özelliklerinin ağır bastığı, düşünsel ve bedeni yetenek ve özellikleri göz önünde bulundurularak yapılmış, borcun bizzat miras bırakan tarafından yerine getirilmesi gereken kişisel edim borçları dışında, mal varlığından ifa durumunda olunan maddi edim borçları mirasçılara intikal etmektedir. Mirasçılardan sorumluluğu yönünden borcun kaynağı önemsizdir. Bu nedenlerle mirasbırakanın sebepsiz zenginleşmesinden kaynaklandığı ileri sürülen alacak tutarı murisin mal varlığına ve terekesine dahil olup ölümünden sonra mirasçılara karşı ileri sürülebilir.

Karara karşı oy yazısında ise aylık tahsisi konusunda yeterli özeni gösterip denetimi yapmanın Kurumun yasal görevi olduğu, Kurumun aylıkları bağlama sırasında yeterli özeni göstermeyip araştırmayı eksik tutup belgelerin yasaya uygunluğunu doğru değerlendirmeden aylık bağlamış olması hâlinde oluşacak riski üstlenecek ve maddi külfetine katlanacak tarafın Devlet olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca hemen tüketildiği kabul edilen aylıklar nedeniyle mirasçılara intikal edecek bir borç yoktur. Mirasçılardan borcun oluşumunda herhangi bir katkıları yoktur. Bu nedenlerle mirasçılardan sorumluluğuna gidilemez.

Medenî Kanunumuzda mirasın intikali konusunda iki esastan hareket edilmiştir. Bunlardan ilki külli halefiyet ilkesidir.²⁵⁴ Külli halefiyet, bir kişinin sahip olduğu intikale elverişli ilişkilerinin hukuki bir olay sonucunda kanunun intikal için aradığı özel şartlar uygulanmaksızın bir bütün olarak bir başka kişi veya kişilere geçişini ifade eder.²⁵⁵ Miras hukuku açısından bu ilke gereğince külli halef olan yasal ve atanmış mirasçılar²⁵⁶ mirasın açılmasıyla, mirasbırakanın şahsına bağlı olmayan bütün hukuki münasebetlerinde, hak ve borçlarında murisin yerini alırlar. Külli halefiyet ilkesi MK'nın 599.

²⁵⁴ Tandoğan, s.268.

²⁵⁵ İnan-Ertaş-Albaş, s.72.

²⁵⁶ “Yasal mirasçı” ve “atanmış mirasçı” kavramlarının tanımı için bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s.69; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s.23.

maddesinde dile getirilmiştir. Buna göre; mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Mirasbırakanın parayla ölçülemeyen kişiye sıkı sıkıya bağlı kişi varlıkları ve ölümle sona eren parasal ilişkileri dışında parayla ölçülebilen malvarlıksal hakları külli halefiyetin ve terekenin konusunu oluşturur.²⁵⁷ İkinci ilke ise kendiliğinden kazanma (geçiş) ilkesidir.²⁵⁸ Bu ilkeye göre, tereke kapsamına giren malvarlığı tüm hak ve borçlarla birlikte ölüm olayı sonucu mirasın açılmasıyla mirasçılara kendiliğinden geçer.²⁵⁹ MK'ya göre de; Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar (m. 599/2). Mirasbırakanın intikale elverişli hak ve borçları mirasçılara kanunen doğrudan doğruya başka hiçbir muameleye gerek kalmaksızın kendiliğinden intikal ettiği için mirasçıların ayrıca bir kabul beyanında bulunmasına veya temlik bir takım işlemlerin yapılmasına gerek yoktur.²⁶⁰

Külli halefiyet ilkesi ve kendiliğinden kazanma ilkesi²⁶¹ sonucu hakların intikali ile birlikte mirasbırakanın borçları da mirasçılara intikal eder. Borçların intikali için borcun nakli işlemi gerekmez.²⁶² Ancak mirasbırakanın kişiye bağlı edim borçları mirasçılara geçmez.²⁶³ Medenî Kanun esas itibarıyla mirasçıların mirasbırakanın borçlarından kendi kişisel malvarlıkları ile sınırsız sorumlu olduğunu kabul etmiştir.²⁶⁴ Kanuna göre; Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar (m. 599/2). Sorumlu olunan borcun sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olmasının sorumluluğun varlığına herhangi bir etkisi yoktur. Borcun kaynağı borç ilişkisine uygulanacak hukuk kurallarının tespiti açısından önemlidir. Kurum

²⁵⁷ Serozan-Engin, s.372 vd.

²⁵⁸ Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s.246; Tandoğan, s.268.

²⁵⁹ Serozan-Engin, s.370.

²⁶⁰ Tandoğan, s.268.

²⁶¹ Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s.246.

²⁶² Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s.269; Serozan-Engin, s.374 vd.

²⁶³ Serozan-Engin, s.375.

²⁶⁴ İnan-Ertaş-Albaş, s.78. Mirasçıların kişisel malvarlığı ile sınırsız sorumlu olduğu ilkesinin istisnaları için bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s.79.

her ne kadar denetim görevini yapmakla yükümlü olsa da Kurumun aksi bir davranışı mirasçılarının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Mirasçılarının sorumluluğu ancak miras hukuku kuralları çerçevesinde kalkabilir. Örneğin borçtan sorumlu olmak istemeyen mirasçı mirası reddedebilir.²⁶⁵ Böyle bir durum söz konusu olmadıkça sorumluluk devam eder. Açıklanan nedenlerle Yargıtay kararı bizce de isabetlidir.

C. Başvuru Süresi

2147 sayılı Kanun ve daha sonra yürürlüğe giren 3201 sayılı Kanunun ilk şeklinde yurt dışında geçen hizmetlerin borçlanılabilmesi için belli bir süre öngörülmüştü. 3201 sayılı Kanunda başvuru süresi yurda kesin dönüş yapan sigortalı ve hak sahipleri için ayrı ayrı belirlenmişti. Buna göre yurt dışında çalışan kişilerin yurda kesin dönüş tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde sosyal güvenlik kurumuna başvurmaları gerekiyordu (m. 3/2). Yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat süresi içerisinde ölenlerin hak sahipleri de ölüm tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde ilgili sosyal güvenlik kurumuna müracaat etmek suretiyle borçlanabiliyorlardı (m. 3/3).

Söz konusu iki yıllık süre hak düşürücü niteliktedir. Yargıtay da kararlarında borçlanma başvurusunun süresinde yapılmaması hâlinde borçlanma hakkının düşeceğine ve mücbir sebep nedeniyle bu sürenin kullanımından söz edilemeyeceğine hükmetmiştir.²⁶⁶ Bu konuda özellikle yurt dışında çalıştıktan sonra yurda kesin dönüş yapan, ancak iki yıllık süre içinde borçlanma talebinde bulunmayan işçinin daha sonra tekrar yurt dışına çıkması ve bir süre çalıştıktan sonra yurda kesin dönüş yapması hâlinde eski dönemi de kapsayan bir borçlanma talebinde bulunup bulunamayacağı yargı kararlarına konu olmuş ve farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bu durumda iki yıllık hak düşürücü sürenin yeniden işlemeye başlayacağına ve ikinci kez yurt dışına çıkılmasından

²⁶⁵ Mirasın reddi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnan-Ertaş-Albaş, s.501 vd.; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s.249 vd.

²⁶⁶ Y HGK, 05.11.1997, 21-679 /891, Yargı Dünyası, S.26, Şubat 1998, s.55-56; Y 10. HD, 17.10.1989, 4854/7248 , YKD, C.16, S.3, Mart 1990, s.386-387; Laçiner, s.630, dn. 91.

önceki ve sonraki sürelerin tümünün borçlanılabileceğine hükmetmiştir.²⁶⁷ 21. Hukuk Dairesi ise bu konuya ilişkin bir kararında yurda kesin dönüş yaptıktan sonra süresinde borçlanma talebinde bulunmayan ilgilinin yıllar sonra çok kısa bir süre için yurt dışında tekrar çalışıp yurda kesin dönüş yapmasından sonra borçlanma talebinde bulunması hâlinde süresinde başvurusu yapılmayan önceki yurt dışı çalışma sürelerinin borçlanılmasını hak düşüümü nedeniyle kabul etmemiştir. Yurt dışında geçen hizmetlerin borçlanılabilmesi için yasalarda belirtilen hak düşürücü sürelerin geçirilmemiş olması gerekir. Bu sürenin geçirilmesinden sonra artık borçlanma isteminde bulunulamayacağı gibi geçmiş sürenin ihyası da mümkün değildir.²⁶⁸

Anayasa Mahkemesi 12.12.2002 tarihli kararında kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline, 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin iptali nedeniyle aynı maddenin uygulanma olanağı kalmayan birinci fıkrasındaki “... tarihinden itibaren” sözcükleri ile kesin dönüşten itibaren iki yıl içinde başvurma koşulunun öngörüldüğü ikinci fıkrasının iptaline karar vermiştir. Kanunun 3. maddesinin son fıkrasında yer alan “Yurtdışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat süresi içerisinde ölenlerin hak sahipleri de ölüm tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde ilgili sosyal güvenlik kurumuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.” hükmü ise Yüksek Mahkemece iptal edilmemiştir. Bu düzenleme 29.7.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanunun 56. maddesiyle yürürlükten kaldırılincaya kadar varlığını korumuştur.

Sosyal Güvenlik Kurumu Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ve Kanunun 3. maddesindeki değişiklik uyarınca uygulamaya açıklık kazandırmak amacıyla 19.8.2003 tarih ve 8-17 Ek sayılı genelgeyi hazırlamıştır. Özellikle başvuru süresine ilişkin düzenlemeler önem arz etmektedir (2003/8-17 sayılı Ek Genelge, 4.B.). Zira genelgeye göre Anayasa

²⁶⁷ Y 10. HD, 6.7.2000, 4840/4990, Orhan, s.39, dn. 81.

²⁶⁸ Y 21. HD, 20.2.2001, 1185/1307 K., YKD, C.27, S.7, Temmuz 2001, s.1071 vd.

Mahkemesi'nin gerekçeli kararının yayımlandığı tarihte²⁶⁹ yurt dışında çalışmakta olanlar ile daha sonra yurt dışında çalışacak olanlar yurt dışında iken ya da yurda döndükten sonra durumlarına uygun sosyal güvenlik kuruluşuna başvurarak borçlanabileceklerdir. Bunlardan müracaat süresi koşulu aranmayacaktır.

25.04.2003 (dâhil) ve daha sonraki bir tarihteki talebi esas alınarak sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle sosyal güvenlik kanunlarına göre malullük ya da yaşlılık sigortasından kısmi aylık bağlanmış olanlar ile bağlanacak olanlar da müracaat süresi aranmaksızın yurtdışı hizmet borçlanması yapabileceklerdir.

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında, yurda kesin dönüş yaptıkları hâlde iki yıl içerisinde yurtdışı hizmet borçlanması ile ilgili yazılı istekte bulunmayanların da yurt dışı hizmetlerini borçlanabileceklerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden 24.04.2001 (dâhil) tarihinden önce yurda kesin dönüş yaptıkları hâlde, iki yıllık süre içerisinde yurt dışı hizmet borçlanması müracaatında bulunmayanların yurt dışı hizmet borçlanma istekleri kabul edilmeyecektir.²⁷⁰

Genelgede hak sahiplerine yönelik başvuru süresi ile ilgili açıklamalarda da bulunulmuştur. Buna göre; Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında hak sahiplerinin müracaat süresi ile ilgili yeni bir düzenlemeye gidilmemiş, ancak 4958 sayılı Kanunun 56 ncı maddesiyle değişik 3201 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi ile hak sahiplerinin de müracaat süresi aranmaksızın yurt dışı hizmet borçlanması yapabilmelerine olanak sağlanmıştır.

Bu nedenle, yurt dışında çalışırken 06.08.2003 (dâhil) tarihinden sonra ölenlerin hak sahipleri durumlarına uygun sosyal güvenlik kuruluşuna başvurarak borçlanabileceklerdir. 05.08.2001 (dâhil) ölenlerin hak sahiplerinin yurtdışı hizmet borçlanma talepleri kabul edilmeyecektir.

²⁶⁹ 25.04.2003.

²⁷⁰ Kurum, 31.5.2004 tarih ve 8-19 sayılı genelgede iki yıllık sürenin kanunen kesin ve hak düşürücü bir süre olması sebebiyle ihya edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.

06.08.2001 (dâhil) – 05.08.2003 (dâhil) tarihleri arasında ölenlerin hak sahipleri ölüm tarihinden itibaren 2 yıl içerisinde müracaat etmeleri koşulu ile yurtdışı hizmet borçlanması hakkından yararlanabileceklerdir.

Genelgede yer verilen hususlar yeni sorunlara neden olmuştur. Özellikle borçlanma yapılabilmesi için süre şartının aranması Kurum ile vatandaşlar arasında ihtilaf doğurmuş ve Kurum tarafından genelgeye dayanılarak talebi reddedilen kişiler Kuruma karşı dava açmışlardır. Bu konuda açılan davaların Kurum aleyhine sonuçlanması, yargılama masrafları ve dava sayısı ile davaların takibinin gerektirdiği zaman ve emek kaybı Kurumu maddi yönde zarara uğrattığı için Kurum uygulamasının değiştirilmesi ihtiyacı doğmuştur.²⁷¹ Bunun üzerine Kurum tarafından 29.3.2006 tarihli ve 8-32 sayılı Ek Genelge hazırlanmıştır. Söz konusu genelgeye göre yeniden yazılı olarak borçlanma talebinde bulunmaları hâlinde talepleri kabul edilecek kişiler şunlardır:

-22.05.1985 ²⁷² tarihinden önce yurda kesin dönüş yaptıkları halde 22.05.1987 tarihi mesai bitimine kadar müracaat etmediklerinden borçlanma talepleri kabul edilmeyenler,

-22.05.1985 tarihinden sonra yurda kesin dönüş yaptıkları halde iki yıllık müracaat süresi içerisinde başvuruda bulunmadıklarından borçlanma talepleri reddedilenler,

-22.05.1985 tarihinden sonra yurda kesin dönüş yapan ve iki yıllık müracaat süresi içerisinde borçlanma isteğinde bulunmayan sigortalıların hak sahipleri,

-Yurtdışı hizmet borçlanması yapıp borcunu ödemediği ölen sigortalıların ölüm tarihinden itibaren iki yıl içerisinde müracaat etmeyen hak sahipleri,

-Kurum aleyhine açılan davalardan Kurum lehine sonuçlananlar ile yargı süreci halen devam edenler.

²⁷¹ Güzel-Ocak, s.1318 vd.

²⁷² 22.05.1985 tarihinin esas alınmasının nedeni, bu tarihin 3201 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olmasıdır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararının yayımlandığı 25.04.2003 tarihinden önce yurda kesin dönüş yaptıklarını beyan ettikleri hâlde yurda kesin dönüş yapmadıklarının tespit edilmesi sonucunda borçlanmaları iptal edilenlerin yeniden yazılı olarak başvurmaları hâlinde borçlanmalarının geçerli sayılacağı, bunlardan yurda kesin dönüş yapmış olanlardan aylık bağlanması için başvuruda bulunacaklardan aylık bağlanmasına hak kazananların aylıklarının bağlanacağı belirtilmiştir.

Adı geçen genelgeler Kurumun 08.06.2011 tarih ve 2011/48 sayılı genelgesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte söz konusu genelgeler yürürlük dönemlerindeki iş ve işlemlerde kullanılabilecektir (2011/48 sayılı Genelge, Ek:10).

Belirtmek gerekir ki öğretide yurt dışında çalışmış ve yurda kesin dönüş yapmış kişilere vaad edilen güvencenin bir zaman dilimi içine hapsedilmek istenmesinin hiçbir haklı gerekçesi olmadığı ifade edilmekte ve bu uygulamanın kaldırılması gerektiği savunulmaktaydı.²⁷³

Başvuru süresinin iptali ve getirilen yasal değişiklik sonrasında uygulamada yurt dışı hizmet borçlanması kapsamında yaşlılık veya ölüm aylığının bağlanması sonucu üçüncü kişilerin sorumluluğunun başvuru süresine ilişkin düzenlemeler sonrası ağırlaşmış ağırlaşmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; üçüncü kişinin eylemi nedeniyle doğan zarar verici olayın gerçekleştiği tarihte yurt dışı hizmet borçlanması yapma hakkı olmayan kişilerin daha sonrasında başvuru süresi şartı aranmaksızın borçlanma hakkını elde etmeleri ve buna bağlı olarak aylığa hak kazanmaları durumunda Kurum kusurlu eylemde bulunan üçüncü kişilere rücu yoluna gitmiştir.

Yargıtay, 19.10.2010 tarihli bir kararında²⁷⁴ bu yönde bir uyuşmazlığı ele almıştır. Karara konu olayda 02.02.1980 - 02.11.1982 tarihleri arasında yurt dışı çalışma süresi bulunan sigortalı 23.08.1998 tarihinde üçüncü kişinin tam kusurlu olduğu bir trafik kazasında ölmüştür. Kazanın gerçekleştiği tarih

²⁷³ Caniklioğlu-Canbolat, s.885; Sözer, Emeklilik İçin Borçlanma, s.634.

²⁷⁴ Y 10. HD, 19.10.2010, 2829/13933, YKD, C. 37, S.4, Nisan 2011, s.643-645.

itibariyle 1973 yılına ilişkin yirmi günlük 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalılığı ile 21.11.1988 - 20.03.1991 tarihleri arası döneme ilişkin 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık süresi bulunan sigortalının hak sahiplerine yeterli prim ödeme gün sayısı bulunmadığı için ölüm aylığı bağlanamamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve 4958 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme sonucunda 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan borçlanma işleminin iki yıl içinde yapılması gerektiğine ilişkin zorunluluk kaldırılmıştır. Sigortalının ölümü sonrası gerçekleşen düzenleme uyarınca, sigortalı tarafından başvuru süresi geçirildiği için borçlanılmasına olanak bulunmayan yurt dışı çalışma süresinin borçlanılma olanağı doğmuştur. Ölen sigortalının eşi tarafından, 03.12.2007 tarihinde 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanma başvurusu yapılmış, prim borcunun ödenmesi suretiyle eksik prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi tamamlanarak hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanmıştır. Bunun üzerine Kurum, bağlanan ölüm aylığının kusurlu araç sürücüsü ile araç işleteninden tahsili amacıyla dava açmıştır. Davada kusurlu eylem tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mevzuata göre Kurum zararına yol açmayan üçüncü kişi, sonradan yürürlüğe giren kanun uyarınca ortaya çıkan Kurum giderlerinden sorumlu tutulmak istenmiştir.

Yargıtay bu istemin kabulünün hukuk devletinin temel unsurlarından olan hukuki güvenlik ilkesinin ihlaline yol açacağına isabetli olarak hükmetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; Anayasanın 2. maddesi ile benimsenen hukuk devleti, bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu devlette hukuk güvenliğini sağlayan bir düzen kurulması esastır. Böyle bir düzende devlete güven ilkesi ise vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devletin yaptığı düzenlemelerde haksız bir edinime yol açılması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez. Hukuk kurallarındaki değişiklikler toplumsal gereksinimleri karşılarken, değişiklik tarihine kadar oluşmuş hukuksal durum ve istikrarı zedelememelidir.

Öte yandan Devletin, vatandaşları karşısındaki sosyal ve ekonomik yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla oluşturduğu yeni yasal düzenlemelerin, sosyal güvenlik yasalarıyla sağlanan yardımlardan

yararlanmayı kolaylaştırması; bu politikalar gereğince oluşan Kurum giderlerinin, kusurlu eylem tarihi itibarıyla kurum zararına yol açmamış olan kişilere rücu edilmesi, hukuk devletinin temel unsurlarından olan hukuki güvenlik ilkesinin ve hukuksal kuralların öngörülebilirliği gereğine ilişkin ilkenin ihlaline yol açacaktır. Bu sebeplerle de sonradan yürürlüğe giren yasa uyarınca oluşan durum nedeniyle, üçüncü kişinin tazmin sorumluluğu yoluna gidilmesine olanak bulunmamaktadır.

D. Borçlanılacak Sürelerin Belgelenmesi

Sigortalıların veya hak sahiplerinin 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanabilmesi için yurt dışında geçen fiili çalışmanın varlığı esastır. Bu sebeple 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde borçlanılabileceği öngörülen yurt dışı sürelerinin belgelendirilmesi gerekmektedir. Yurt dışında geçen sürelerin belgelendirilmesi mecburiyeti, Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, borçlanma başvurusunda bulunanlar, yurt dışında geçen ve borçlanmaya esas olacak sürelerine ait Yönetmeliğin 9. maddesinde belirtilen ve durumlarına uygun olan belgelerin asıllarını Kuruma ibraz etmekle, belgelendirme mecburiyetlerini yerine getirmiş olurlar (Yönetmelik, m. 8/1).

Yurt dışı hizmet borçlanmasında borçlanılacak sürelerin belgelenmesi gerçekte var olmayan sürelerin borçlanılmasını, dolayısıyla haksız olarak aylık bağlanmasını önlemek açısından önem arz eden bir konudur. Yargıtay'a göre de; 3201 sayılı Kanuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle kişinin yurt dışında çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması, çalışmış ise bu hususun hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanması gerekmektedir. Yargıtay, Suudi Arabistan'da geçen hizmet süresinin borçlanma konusu yapıldığı bir kararında çalışmaların belgelendirilmesi amacıyla yurt dışında düzenlenen belgelerin resmî senet niteliğine ilişkin olarak şunları ifade etmiştir:

“...HUMK'nın 296. maddesinde dış ülkede usulüne uygun yetkili memurları tarafından düzenlenen ve onaylanan resmî senetlerin, o ülkede yürürlükte bulunan yasalara uygun ve o ülkedeki T.C. Başkonsolosluğu veya

konsolosluk görevini yürüten T.C. Siyasi Memuru tarafından onaylanması halinde resmî senet hüküm ve kuvvetinde sayılacağı, bu şekilde onaylanmamış senetlerin delil teşkil edip etmeyeceğinin mahkemece takdir olunacağı bildirilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti 05.10.1961 tarihli Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkındaki Lahey Sözleşmesi'ni 3028 sayılı Kanun ile onaylamış ve bu sözleşme Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti; "Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulması" hakkındaki çok taraflı uluslararası sözleşmeyi de onaylamış ve 16.01.1987 tarihli Resmî Gazete'de yayınlamıştır. Ancak, bahse konu bu son şartlar oluşmadıkça, belge davanın kabulüne yeterli delil olarak kabul edilemez. Söz konusu hizmet belgesini doğrulayan başkaca bir delil ve emare de dosya ekinde bulunmamaktadır. Sosyal Güvenlik Kanunları'nın uygulanması ile ilgili uyuşmazlıklar kamu düzeni ile ilgili olduğundan, mahkemenin ibraz edilen belgenin yasal ve gerçeğe uygun olup olmadığını resen inceleyip gözönünde bulundurması gerekir. Ancak, resmî nitelik kazandırılmış belgelere itibar edilerek sonuca gidilebilir.

Mahkemece yapılacak iş; öncelikle borçlanılmak istenen hizmetin Türk işveren nezdinde Türk Sosyal Güvenlik Kurumları kapsamında geçip geçmediğini tespit etmek, Türk Sosyal Güvenlik Kurumları kapsamı dışında bir hizmetin varlığının mevcudiyeti halinde ise, davacıya ibraz ettiği hizmet belgesini HUMK'nın 296. madde uygulaması gereğince T.C. yetkili Sosyal Güvenlik Kurumları'nın karşılığı olan Suudi Arabistan yetkili Sosyal Güvenlik Kurumlarından davacının çalıştığı günleri gösteren işyerine ait hizmet belgesi, işe giriş çıkış tarihleri, Suudi Arabistan iş karnesi, iş güvence karnesi, hizmet cetveli gibi bilgi ve belgeler elde edilip, bu bilgi ve belgelerin o yöredeki Türk Suudi Arabistan Elçiliğince veya Başkonsolosluğunca tercümesi yapılarak doğruluğu tasdik edilip, resmi senet özelliğine

kavuşturulduktan sonra eldeki yargılama dosyası içerisine getirtilmesinin sağlanması gerekmektedir.”²⁷⁵

Yüksek Mahkeme bu konuyla ilgili olarak yine bir kararında davacı tarafından ibraz edilen Bulgaristan yetkili makamlarınca düzenlenmiş çalışma belgesinin aslına uygunluğunun ve noterlik ya da mahkemece onanmış örneği de eklenmek suretiyle ibraz edilen belgede kayıtlı çalışmanın doğruluğunun Bulgaristan Cumhuriyeti Devletinden diplomatik yolla sorularak belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁷⁶

Yönetmeliğin 9. maddesinde ise borçlanma için Kuruma ibraz edilmek suretiyle belgelendirme mecburiyetine ilişkin yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayan belgeler, sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerde, sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde ve ülke ayrımı yapılmadan ev kadını olarak geçen sürelerle ilişkin olmak üzere üç grupta toplanmıştır. 5510 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında sözleşmesiz ülkelerde istihdam edilen işçilerin sigortalılığına ilişkin kayıtlarının Kurumca tutulması nedeniyle bunlar için belgelendirme mükellefiyeti aranmamaktadır.

Borçlanma için Kuruma ibraz edilmesi gereken belgeler 2011/48 sayılı Genelge'ye göre şu şekildedir:

1. Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Akdedilen Ülkelerde Geçen Sürelere Ait Belgeler

Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerde geçen sigortalılık veya işsizlik sürelerinin borçlanılabilmesi için talep sahiplerinin aşağıdaki maddelerde açıklanan belgelerden durumlarına uygun olan bir belgeyi Kuruma ibraz etmeleri gerekmektedir.

1)Islak mühür ve imza olup olmadığına bakılmaksızın, çalışılan ülkede bağlı bulunulan sosyal sigorta kurumundan alınacak hizmet cetveli veya sigorta kartları.

²⁷⁵ Y 10. HD, 16.4.2007, 2006/16562 , 2007/5990, YKD, C.34, S.1, Ocak 2008, s.54-57. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 26.11.2007, 1699/19668, www.corpus.com, 22.10.2011.

²⁷⁶ Y 10. HD, 20.11.2006,11422/14955, www.kazanci.com, 22.10.2011.

2) Sigortalıların çalıştıkları işyerlerinin resmi kuruluşlara ait olması veya resmi kuruluşlarca ya da kamu kurumu olarak kabul edilen kuruluşlarca düzenlenmesi halinde, belgelerin ayrıca tasdikine gerek kalmaksızın, çalışılan ülkede işyerinin ait olduğu belediyelerce düzenlenmiş hizmet belgeleri, vergi dairelerince çalışılan sürelerle ilişkin düzenlenmiş belgeler, iş bulma kurumlarınca işsizlikte geçen sürelerle ilişkin verilen belgeler, ilgili meslek kuruluşları veya birliklerince veya diğer resmi kuruluşlarca verilen hizmet belgeleri.

3) Yurtdışında kendi adına ve hesabına çalışanların bağlı oldukları vergi dairesi, ilgili meslek kuruluşu veya birliklerince verilen hizmet belgesi.

4) Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgeleri (2011/48 Genelge, 2.B., 1.3.1).

2. Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Akdedilmemiş Ülkelerde Geçen Sürelere Ait Belgeler

Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde geçen sigortalılık veya işsizlik sürelerinin borçlanılabilmesi için talep sahiplerinin aşağıdaki maddelerde açıklanan belgelerden durumlarına uygun olan bir belgeyi Kuruma ibraz etmeleri gerekmektedir.

1) Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgeleri.

2) Yurtdışında çalıştıkları işyerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümeleri.

3) Gemi adamları, çalıştıkları geminin bayrağını taşıdıkları ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alacakları ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerini veya işyerlerinden alacakları

sigortalılık sürelerini gösterir bonservisleri ile gemilerde çalıştıklarını gösterir belgelerde kayıtlı bulunan çalışma izinlerinin tercümeleri ya da pasaportlarında çalışma süreleri ile örtüşen giriş-çıkış tarihlerini gösterir sayfaların örnekleri.

Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlanacak olanlar, yurtdışında çalıştıkları işyerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümelerini ibraz etmek suretiyle belgeleme yükümlülüklerini yerine getirmiş olmaktadır.

Ancak, bir kısım ülkelerde “*oturma vizesi*” aynı zamanda “*çalışma müsaadesi*”ni de içermekte, bir kısım ülkelerde ise oturma vizesi çalışma müsaadesini içermemektedir. Bu itibarla, oturma vizesinin aynı zamanda çalışma müsaadesini de içerdiği ülkelerde geçen sürelerini borçlanmak isteyenlerden, çalışma izinleri yerine oturma vizelerini bonservisleriyle birlikte ibraz edenler, borçlanma için belgeleme yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktırlar.

Oturma vizesi aynı zamanda çalışma müsaadesini kapsamayan sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelere sadece oturma vizesine ait belgeyi ibraz edenlerin borçlanma talepleri kabul edilmeyecek, bunların borçlanma işlemleri ancak yurtdışında çalıştıkları işyerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümelerini ibraz etmeleri hâlinde sonuçlandırılacaktır (2011/48 Genelge, 2.B., 1.3.2).²⁷⁷

²⁷⁷ Oturma vizesi aynı zamanda çalışma müsaadesini de kapsayan ve kapsamayan ülkeler genelgede Ek:6'daki tabloda gösterilmiştir.

3. Ev Kadını Olarak Geçen Sürelere Ait Belgeler

Ev kadını olarak geçen sürelerin borçlanılmasında, ev kadınlarının yurt dışında oturduklarına dair alacakları ikamet belgesi²⁷⁸, ayrıca aşağıda belirtilen belgelerden biri ile teyit edilecektir.

1)İkamet belgesinin Türkiye'de yeminli tercüme bürolarınca veya yurtdışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesi.

2)Çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlik veya ataşeliğinin bulunduğu Türk temsilciliklerince ikamet belgesine istinaden düzenlenecek belge.

3)Yukarıdaki 1. ve 2. maddelerde belirtilen belgeler temin edilemiyorsa yurtdışına çıkış ve yurda giriş tarihlerinin, fotoğraf ve künye bilgilerinin bulunduğu pasaport sayfalarının fotokopisi ya da emniyet müdürlüklerinden alınacak yurda giriş-çıkış çizelgesi.

Kanuna göre yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerin pasaport fotokopisi veya emniyet müdürlüklerinden alınacak yurda giriş-çıkış çizelgesi ile borçlanılması halinde, sadece yurtdışında bulunulan süreler borçlandırılacak, pasaport fotokopisi veya yurda giriş-çıkış çizelgesinden ülkemizde bulunduğu tespit edilen süreler hiçbir şekilde borçlandırılmayacaktır (2011/48 Genelge, 2.B., 1.3.3).

4. Sözleşmesiz Ülkelerde Türk İşverenlerce Çalıştırılan Türk İşçilerine Ait Belgeler

5510 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine göre, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri, anılan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmakta ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri, bunların uzun vadeli sigorta kollarına tabi

²⁷⁸ Yargıtay da kimi kararlarında “ev kadınlığı”nın ikametgâh muhtarından alınacak belge ile ispatını aramıştır. Y 10. HD., 13.10.1983, 4319/4967; Y 10. HD, 21.12.1982, 5087/5838, Akın, Bağ-Kur Sigorta Yardımları, s.34, dn. 84.

olmak istemeleri halinde ise haklarında isteğe bağı sigorta hükümleri uygulanmaktadır.

İsteğe bağı sigortaya prim ödemeyenler ise yurtdışında iken ya da yurda döndükten sonra yurtdışında geçen söz konusu sürelerinden diledikleri kadarını Kanuna göre borçlanabileceklerdir.

5510 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında çalışılan yurtdışı sürelerinin 3201 sayılı Kanuna göre borçlandırılmasında, belge türü “21” olan Aylık Prim ve Hizmet Belgeleriyle daha önce Kuruma bildirilen hizmetlere ait bilgisayar kayıtlarının çıktısı esas alınacak, bunlardan ayrıca bir belge talep edilmeyecektir.

5510 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında çalışıldığı belirtilen süreler için belge türü “21” olan Aylık Prim ve Hizmet Belgesi Kuruma verilmemişse, yukarıda belirtilen belgelerden durumlarına uygun olan belgenin Kuruma ibraz edilmesi, belgelendirme mecburiyetinin yerine getirilmesinde yeterli sayılacaktır (2011/48 Genelge, 2.B., 1.3.4).

Genelgede tüm bu durumlara ilişkin olarak borçlanma talebinde bulunacak vatandaşların mağduriyet yaşamamaları için başvuruda gerekli belgelerin olup olmadığının kontrol edileceği, ibraz ettikleri belgeleri borçlanma işleminin yapılması için yeterli görülmeyenlerin isteklerinin reddedilmeyeceği, belgelerini tamamlamalarının kendilerinden talep edileceği belirtilmiştir. Kurum, gerektiğinde sigortalılık sürelerinin tespiti için sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerden idari yardım talebinde bulunabilir.

Kurum gerek yabancı ülke kurumları, gerekse yurt dışındaki temsilciliklerin onayını taşıyan belgelerin geçerliliği konusunda tereddüde düşülmesi hâlinde, gerekli incelemeyi yaptırabilir (2011/48 Genelge, 2.B., 1.3.5).

E. Borcun Ödenmesi

Primli rejim esasına dayalı sosyal güvenlik sistemimizde yurt dışında geçen belirli nitelikteki sürelerin ilgililerin sosyal güvenlikleri bakımından

değerlendirilebilmesi için borçlanma bedelinin süresi içerisinde Kuruma ödenmesi gerekmektedir.

Yurt dışında geçen sürelerin borçlanılabilmesi için borçlanılacak süreler zarfında ülke içinde sosyal güvenlik kuruluşuna önceden prim, kesenek veya karşılık ödenmemiş olması gerekmektedir. Böylece aynı sürenin sosyal güvenlik bakımından birden çok defa değerlendirilmesi ve mükerrerlik doğması önlenmeye çalışılmıştır.²⁷⁹

1. Borçlanma Bedelinin Hesaplanması

3201 sayılı Kanunun 4. maddesine göre, borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarı, başvuru tarihindeki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 82 nci maddesinde belirtilen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32'sidir. Ancak, prime esas asgari günlük kazancın altında olmamak üzere borçlanma tutarına esas alt sınırı farklı bir miktarda belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir (m. 4/1).

3201 sayılı Kanunun 4. maddesinde 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce borçlanma miktarının tespitinde döviz esası geçerli idi. İlgilinin sosyal güvenlik kuruluşunca hesap edilecek sürenin her günü için ödeyeceği prim, kesenek veya karşılık borcun tutarı 1 Amerikan doları idi ve Bakanlar Kurulu dövizin cinsi ve miktarını değiştirmeye yetkili kılınmıştı.²⁸⁰ Kanunun 4. maddesinde 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile borçlanmada döviz esasından vazgeçilerek borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarının başvuru tarihindeki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 82. maddesinde belirtilen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32'si olarak hesaplanması esası kabul edilmiştir.²⁸¹

²⁷⁹ Bilgili, s.19 vd.

²⁸⁰ Bakanlar Kurulu bu hükme dayanarak bu konuda düzenlemeler yapmıştır. Yıllara göre borçlanma tutarı şu şekildedir: RG. 22.05.1985 S.18761 günlük 1 dolar, RG. 15.02.1997 S.22906 günlük 2,5 dolar, RG. 16.05.1998 S.23344 günlük 2 dolar, RG.10.05.2005 S.25811 günlük 5 dolar, RG. 06.12.2005 S.26015 günlük 3,5 dolar.

²⁸¹ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.575.

Borçlanma bedelinin hesaplanmasında döviz esasından vazgeçilerek prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın esas alınması sonucu sigortalıların ödemesi gereken borçlanma tutarı eskisine göre artmıştır. Bu da doğaldır ki borçlanmayı zorlaştıracaktır.²⁸²

08.05.2008 tarihinden önce SSK veya Bağ-Kur'a yurt dışı borçlanması yapanların borçlanma tutarları her gün için üç buçuk dolar üzerinden hesaplanır.²⁸³

08.05.2008 tarihinden sonra borçlanma yapacaklar için 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı sayılanlar ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanların 3201 sayılı Kanun uyarınca hesaplanacak borçlanma tutarı, başvuru tarihinde geçerli olan günlük prime esas kazancın 5510 sayılı Kanunun 82. maddesinde belirtilen alt ve üst sınırları arasında kalmak kaydıyla başvuru sahibince seçilen kazancın yüzde 32'sinin borçlanmak istenilen gün sayısı ile çarpımı kadardır (2011/48 Genelge, 2.B., 3). Formül ile ifade edilmek istenirse bu tutar şu şekilde hesaplanır:

Borçlanma Tutarı = Seçilen Bir Günlük Prime Esas Kazanç x Borçlanma Gün Sayısı x % 32

Örneğin; 5.1.2011 tarihinde yurt dışında geçen onbeş yıllık sigortalılık süresini günlük 30 Türk Lirası üzerinden borçlanmak isteyen bir sigortalının toplam borçlanma miktarı, $30 \times 5400 \times \% 32 = 51.840,00$ Türk Lirası olacaktır (2011/48 Genelge, 2.B., 3).²⁸⁴

Borçlanma bedeli; seçilen günlük kazanç üzerinden hesaplanacak, malûllük, yaşlılık ölüm sigortaları primi ile genel sağlık sigortası primidir (m. 41/II).²⁸⁵

²⁸² Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.611.

²⁸³ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.341.

²⁸⁴ 3201 sayılı Kanunun 4. maddesinin 5754 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki madde hükmüne göre uygulamalar hakkında bkz. 3201 sayılı Kanun uygulamaları konulu, 2014/19 sayılı Genelge.

²⁸⁵ Okur, Uzun Dönemli Sigorta Dalları, s.125.

Öğretide, sigortalıların geçmişte kalan, yani hiç yararlanma olanağının olmadığı bir dönem için genel sağlık sigortası primi ödemek zorunda bırakıldıkları, kuruma ödenmesi gereken prim tutarını artırmayı hedefleyen bu yaklaşımın sosyal güvenlik hukukunun ilkelerinden olan nimet-külfet dengesi ile bağdaşmadığı savunulmaktadır.²⁸⁶

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılan ve 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi uyarınca haklarında 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak olan sigortalılar için farklı bir hesap yöntemi söz konusudur. Zira 3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanun ile eklenen geçici 5. maddesine göre; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa tabi iştirakçi olanların bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce veya sonra yurtdışında geçen hizmetlerinin borçlandırılmasında, borç tutarı ilgililerin Türkiye'den ayrılmadan önce Sandığa tabi hizmetlerinden en son bıraktıkları derece ve kademelerine yurtdışında geçirdikleri ve borçlanmak istedikleri sürenin her üç yılına bir derece ve her yılına bir kademe verilmek ve öğrenim durumları itibarıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36. ²⁸⁷ maddesindeki yükselebilecekleri dereceleri geçmemek üzere tespit edilecek derece, kademe ve ek göstergeleri ile emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait tüm unsurların toplamının müracaat tarihinde yürürlükte olan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlar esas alınarak, yine o tarihteki kesenek ve karşılık oranlarına göre hesap edilir. Bıraktıkları derece ve kademe 657 sayılı Kanunun 36. maddesindeki göreve giriş derece ve kademesinden daha aşağı olanlar ise, giriş derece ve kademeleri esas alınmak suretiyle yurtdışında geçen ve borçlanmak istedikleri süre değerlendirilmek ve aynı maddedeki tavan dereceleri aşmamak üzere borçlandırılacaktır (2011/48 Genelge, 2.B., 3).

3201 sayılı Kanunun 4. maddesi 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine atıf yapmaktadır. 5510 sayılı Kanunun 6111 sayılı Kanunun 39. maddesi ile

²⁸⁶ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.611.

²⁸⁷ Değişik: 30.05.1974, KHK/12; Değiştirilerek Kabul: 15.05.1975-1879, m. 1.

değişik 82. maddesine göre; bu Kanun gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, sigortalıların yaşlarına uygun asgarî ücretin otuzda biri, üst sınırı ise 16 yaşından büyük sigortalıların günlük kazanç alt sınırının 6,5 katıdır (m. 82/1). Günlük kazançları belirtilen alt sınırın altında olan sigortalılar ile ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden, günlük kazançları üst sınırdan fazla olan sigortalıların günlük kazançları da üst sınır üzerinden hesaplanır (m. 82/2).

Yine 4. maddeye göre borçlanılan süreler, yurda kesin dönüş yapılmış olması şartıyla aylık tahsisi için yazılı talepleri halinde 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin son fıkrası hükümlerine göre değerlendirilir (m. 4/1). 5510 sayılı Kanunun atıf yapılan maddesine göre de; bu Kanunun yürürlük tarihinden sonraki sürelerle ait borçlanmalarda; borçlanılan prime esas gün sayısı borçlanılan ilgili aylara mal edilir. Seçilen prime esas kazanç, borcun ödendiği tarihteki prime esas asgarî kazanca oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgarî kazancı ile çarpılır. Bulunan tutar, ilgili ayın prime esas kazancı kabul edilir. Ancak hesaplanan prime esas kazanç hiçbir suretle o ayın prime esas azamî kazancını geçemez (m. 41/5).

Yönetmeliğe göre; borçlanma tutarının tespitinde, adi posta veya kargo yolu ile veya Kuruma doğrudan yapılan yazılı başvurularda Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesinin Kurumun evrak kayıtlarına intikal ettiği tarih esas alınır. Taahhütlü, iadeli taahhütlü veya acele posta olarak gönderilen yurtdışı borçlanma taleplerinde ise dilekçenin postaya verildiği tarih, Kuruma intikal tarihi olarak kabul edilir. Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesi ile seçilen bir günlük borçlanma miktarının tespitine esas kazanç, borç tutarının ilgiliye tebliğ tarihine kadar yapılacak yazılı başvuru üzerine, yeniden belirleyeceği prime esas kazanca göre değiştirilir (m. 10/2,3). Bu durumda, borç tahakkuku ve tebliği yeni seçilen miktar üzerinden sonuçlandırılır (2011/48 Genelge, 2.B., 3).

3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunla değişik 5. maddesine göre, yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek

sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır (m. 5/1). Başvuru sahibince dilekçede süre belirtilmemiş ise ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere borçlanmak istediği gün sayısı esas alınır (2011/48 Genelge, 2.B., 3). Bu tespitte 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesaplanır (m. 5/1).

2. Borç Miktarının Tebliği ve Ödenmesi

Kurumca tahakkuk ettirilen borç tutarı, ilgiliye iadeli taahhütlü olarak tebliğ edilir. Posta alındısının ilgiliye teslim edildiği tarih, borcun tebliğ tarihidir (Yönetmelik, m. 10/4).²⁸⁸ Yönetmelikte borçlanma tutarının Yeni Türk Lirası cinsinden tebliğ edileceği belirtilmektedir. Tebliğ hususu 3201 sayılı Kanun açısından önem arz etmektedir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere tahakkuk ettirilen borç tutarının, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenmesi gerekmektedir.

3201 sayılı Kanunun 4. maddesinin son fıkrasına göre; yurt dışında iken borçlanma isteğinde bulunacak sigortalı veya hak sahipleri Yeni Türk Lirası olarak bildirilecek tutarın karşılığını (...) ²⁸⁹ cinsinden, Türkiye'de ise Yeni Türk Lirası olarak öderler (m. 4/3).

Genelgeye göre, tahakkuk ettirilen prim borcunun tamamının Türkiye'de ödenmesi hâlinde Türk Lirası cinsinden tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödenmesi gerekmektedir. Borçlarını yurt dışından ödeyecek olanlar, Türk Lirası olarak bildirilen tutarın karşılığını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından konvertibl sayılan döviz cinsinden ödeyeceklerdir. Ödemeler, borcun ödeneceği tarihteki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden yapılacaktır (2011/48 Genelge, 2.B., 5).

Sigortalılar ile hak sahiplerinin 3201 sayılı Kanuna göre tahakkuk ettirilen borçlarını ödemekte oldukları tüm banka hesapları 1.2.2012 tarihi

²⁸⁸ Tebliğe ilişkin usul ve esaslar için bkz. 2011/48 sayılı Genelge, 2.B., 4.

²⁸⁹ 5510 sayılı Kanunun 17.04.2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanunun 64 üncü maddesiyle değişik 106 ncı maddesiyle 3201 sayılı Kanunda yer alan döviz ibareleri yürürlükten kaldırılmıştır.

itibariyle kapatılarak anılan tarih itibariyle Kurum nezdinde yapılacak tüm ödemeler MOSİP sisteminde gerçekleştirilmeye başlanmıştır.²⁹⁰

Tahakkuk ettirilen borç tutarı, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenmelidir (m. 4/1).

Belirtmek gerekir ki maddenin önceki düzenlemesinde borçlanma bedelinin ödenmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Yurt dışı hizmet borçlanması yapan kişiler tahakkuk ettirilen borçlarını istedikleri bir zamanda ödeme imkânına sahip idiler. Ancak borç ödenmedikçe borçlanılan süreler değerlendirilemediği gibi ödenecek günlük döviz miktarının değiştirilmesi hâlinde ödenmeyen süreler için değiştirilen günlük döviz miktarı geçerli olmaktaydı. 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile bu durum değişmiş ve tahakkuk ettirilen borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödeneceği hükmü getirilmiştir.²⁹¹

Tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranır (m. 4/1). Borç tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde ödenmez ise borçlanma işlemi geçersiz sayılacaktır. Bu durumda yeniden borçlanma yapabilmek için yeniden başvuru yapılmalıdır. Akabinde de tahakkuk eden borç miktarının tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödenmesi gerekmektedir. Yeni başvuru üç aylık süreyi yeniden başlatacaktır.²⁹²

2147 sayılı Kanun döneminde verilen bir karara konu olayda borçlanma talebinde bulunan davacıya borç tutarını süresinde ödemesine ilişkin Kurum yazısı usulsüz olarak tebliğ edilmiştir. Davacı beş yıl sonra borçlanma isteğinin sonucunu öğrenmek için Kuruma başvurmuştur. Kurum cevabında borçlanma bedelinin tebligattan itibaren süresi içinde ödenmediği gerekçesiyle borçlanma hakkının düştüğü belirtilmiştir. Davacı sigortalı kendisine geçerli tebligat yapılmadığını ileri sürerek borçlanma talebinde bulunmuş ve dava açmıştır. Yargıtay ise geçerli tebligat yapılmamakla birlikte

²⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. 3201 sayılı Kanuna göre tahakkuk ettirilen borçların yurtdışından ödenmesi konulu 2013/18 sayılı Genelge.

²⁹¹ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.576.

²⁹² Okur, Uzun Dönemli Sigorta Kolları, s.126.

aradan beş yıl geçtikten sonra başvuru sonucunu öğrenmek isteyen davacının iyiniyetli sayılamayacağını kabul etmiş ve talebin reddini yerinde bulmuştur.²⁹³

Üç aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi hâlinde, ödenen miktara isabet eden süre geçerli sayılır. Kalan sürenin geçerli sayılması yeni bir borçlanma başvurusuna ve yeni başvuruya göre tahakkuk edecek borç miktarının Kuruma ödenmesine bağlıdır (2011/48 Genelge, 2.B., 5).

Yargıtay 16.10.1995 tarihli kararında hak ve yükümlülükleri belirten ve yaptırımları içeren yazının tebliği üzerine, borçlanma primlerini süresinde yatıran; fakat son taksidi geç ödeyen sigortalının, geç ödeme sebebiyle borçlanmasının geçersiz sayılmamasına, taksitlere isabet eden sürenin kısmi borçlanma kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁹⁴

İlgili kişilerin borçlanma tutarını tebliğ tarihinden önce ödemeleri de söz konusu olabilir. Bu durumda tebliğ tarihinden önce borçlanmaya karşılık yapılan ödeme miktarları, borçlanma talep tarihinden sonra ödenmiş olmak kaydıyla geçerli sayılacak ve borçlanma işlemi iptal edilmeyecektir (2011/48 sayılı Genelge, 2.B., 5).

VII. YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASININ SONUÇLARI

A. Borçlanılan Sürelerin Değerlendirilmesi ve Sigortalılığın Başlangıcı

3201 sayılı Kanuna göre borçlanılan süreler bu Kanun hükümlerine göre ilgililerin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir (m. 3/1). Sürelerin değerlendirilmesi; Türk vatandaşlığını haiz olanlar ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin 1 inci maddede belirtilen sürelerinin istekleri hâlinde değerlendirilmesini ifade eder (m. 2/c).

²⁹³ Y HGK, 9.3.1994, 1993/10-879, 1994/142, Okur, Değerlendirme 1994, s.152.

²⁹⁴ Y 21. HD, 16.10.1995, 5541/5608, www.kazanci.com, 24.11.2011.

Borçlanılan süreler esas olarak sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı ile sigortalılık başlangıç tarihini etkilemektedir. Hizmet borçlanması kapsamında değerlendirilen süreler hizmet birleştirmesi hesabında dikkate alınır.²⁹⁵

Sigortalının Türkiye'de sigortalı çalışması yoksa ve tahsiste sadece yurt dışı hizmet borçlanması ile yetinilmesi gerekiyorsa sigortalılık süresinin tespitinde 5510 sayılı Kanunun 38. maddesinde belirtilen genel kuralın aksine bu konuda özel hüküm getiren 3201 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulur.²⁹⁶ 3201 Kanun kapsamında belirlenen sigortalılık süresi aylığa hak kazanmak için 5510 sayılı Kanunun 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan anlamda belli bir sigortalılık süresi şartının yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde esas alınır (Yönetmelik, m. 12/4). Söz konusu hükme göre de; aylık bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süreleri, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen süredir. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından sigortalılık süresi; sigortalılığın başlangıç tarihi ile 48 inci maddeye göre yetkili makamdan emekliye sevk onayının alınarak görevi ile ilişkisinin kesildiği ayın son günü arasında geçen süredir (SSGSSK, m. 38/3).

İkili sosyal güvenlik sözleşmelerinde de borçlanılan sürelerin değerlendirilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

1. 3201 Sayılı Kanuna Göre Borçlanılan Sürelerin Değerlendirilmesi ve Sigortalılığın Başlangıcı

Yurt dışı hizmet borçlanması kapsamında borçlanılan sürelerin ne şekilde değerlendirileceği 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinde ve yönetmelikte düzenlenmiştir. Buna göre; sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları ile ilgili hizmetlerine katılır. Sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler

²⁹⁵ Orhan, s.55 vd.

²⁹⁶ Laçiner, s.636.

borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür (m. 5/2, Yönetmelik, m. 12/4,a).

Borçlanılan yurtdışı süreleri ve bu sürelere ait prim ödeme gün sayıları Türkiye'de geçmiş bir hizmet olarak değerlendirilir ve buna bağlı olarak Türkiye'de sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların borçlandıkları gün sayısı, Türkiye'deki prim ödeme gün sayıları veya hizmetlerine eklenecektir (2011/48 Genelge, 2.B., 8.1).

Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarihtir (m. 5/3). Ancak sigortalı ölmüş ise ölüm tarihinden, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülmek suretiyle tespit edilir (Yönetmelik, m. 12/4,b).

Söz konusu düzenlemelere göre borçlanılan sürelerin sigortalılık başlangıç tarihine etkisi ilgilinin Türkiye'de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunup bulunmamasına göre farklılık arz eder. Türkiye'de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunan istek sahiplerinin sigortalılık başlangıç tarihinden önceki süreleri borçlanmaları durumunda sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye gidilmek suretiyle belirlenir. Sigortalılık başlangıç tarihinden sonraki sürelerin borçlanması durumunda ise sigortalılık başlangıç tarihinde bir değişiklik olmamakta, borçlanılan süre sadece prim ödeme gün sayısını artırmaktadır.²⁹⁷ Dolayısıyla borçlanma işleminin bu durumda sigortalılık süresine herhangi bir etkisi yoktur.

Türkiye'de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin borçlanmaları durumunda ise sigortalılık başlangıç tarihi, borçlanma bedelinin tamamen ödendiği tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye gidilmek suretiyle tespit edilecektir. Bu nedenle hizmet borçlanmasında sigortalılık süresi, borçlanmaya esas çalışmanın başladığı tarihten itibaren değil, borçlanılan fiili gün sayısı esas alınarak belirlenir.²⁹⁸

²⁹⁷ Caniklioğlu-Canbolat, s.888.

²⁹⁸ Caniklioğlu-Canbolat, s.888.

Burada sigortalılık süresi yalnızca yurt dışında geçirilen sürelerin borçlanması suretiyle oluşmaktadır.²⁹⁹

Birden fazla yurtdışı hizmet borçlanması yapılması durumunda sigortalılık süresi başlangıcı, borcun en son ödendiği tarihten, borçlanılan toplam gün sayısı kadar geriye götürülerek belirlenir (Yönetmelik, m. 12/4,b).

2. Sosyal Güvenlik Sözleşmelerine Göre Borçlanılan Sürelerin Değerlendirilmesi ve Sigortalılığın Başlangıcı

3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile değişik 5. maddesinin son fıkrasına göre; sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz (m. 5/5). 6552 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5. maddenin beşinci fıkrasına eklenen son cümleye göre; ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir.

Türkiye'nin imzaladığı sosyal güvenlik sözleşmelerinin bazılarında Türk vatandaşlarının akit taraf devlette ilk defa çalışmaya başladıkları tarihin Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi açısından esas alınacağı kabul edilmiştir.³⁰⁰ 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile getirilen değişiklikten önce yurt dışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarih sigortalılık süresinin tespitinde ilk işe giriş tarihi olarak kabul ediliyordu. 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarihin, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. 6552 sayılı Kanun ile bu kurala istisna getirilerek uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul

²⁹⁹ Laçiner, s.636.

³⁰⁰ Orhan, s.47.

edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

İlgili genelgede, 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gereği sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki sürelerini Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarihin, sözleşme hükümlerine göre kısmi aylık bağlama durumları hariç olmak üzere Kanuna göre aylık bağlama şartlarının tespiti ve aylık bağlanması sırasında ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. (2011/48 Genelge, 2.B., 8.1). 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm varsa genelge hükmü uygulanmayacaktır.

Kanunun 5. Maddesinde yapılan değişiklikler öncesinde ilk defa yurt dışında sigortalı bir işte çalışmaya başlayan ve 3201 sayılı Kanundan faydalanan vatandaşlarımızın 3201 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık başlangıçlarında hangi tarihin esas alınması gerektiği yargı kararlarına konu olmuştur. Bunun sebebi, uygulanacak yasal mevzuat kapsamında konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edilen bir kanun kuralı, diğer tarafta uluslararası sözleşmede yer alan farklı bir düzenlemenin mevcut olmasıdır. Yargıtay konuyla ilgili verdiği kararlarında sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın 21.3.2001 tarihli kararına³⁰¹ konu olayda 26.2.1975 ile 31.10.1997 tarihleri arasında Almanya'da çalışan, bu tarih öncesinde Türkiye'de herhangi bir sigortalılık kaydı bulunmayan sigortalı davacı, yurda kesin dönüş sonrasında 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlandığı yurt dışı çalışma süresi gözetilerek Almanya'da işe giriş tarihi olan 26.2.1975 tarihinin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerektiğinin tesbiti isteminde bulunmuştur.

³⁰¹ Y HGK, 21.03.2001, 10-232/272, www.corpus.com, 24.11.2011. Aynı yönde bkz. Y HGK, 3.11.1999, 10-654/899, Araslı, s.1276-1278; Bilgili, s.20, dn. 11.

3201 sayılı Kanunun 5. maddesinin son fıkrası Türk Sosyal Güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan ve borçlanma yapan Türk vatandaşlarının sigortalılık başlangıç tarihlerinin borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülerek bulunacak tarih olduğunu kabul etmiştir. Buna karşın 2.11.1984 tarihinde imzalanan ve 5.12.1984 tarihli 3241 sayılı Kanunla onaylanıp 1.4.1987 tarihinde yürürlüğe giren 30 Nisan 1964 tarihli Türk Alman Sosyal Güvenlik sözleşmesine ek sözleşmenin 29.maddesi 4.bendi ise; “bir kimsenin Türk sigortasına girişten önce bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde; Alman Rant Sigortalarına girişi Türk Sigortalarına giriş olarak kabul edilir.” kuralını sigortalılık başlangıç tarihi yönünden öngörmüştür.

Hukuk Genel Kurulu, aynı konu hakkında farklı iki düzenlemenin olması nedeniyle sorunun kurallar kademelenmesindeki (normlar hiyerarşisindeki) sıralamaya göre çözümlenmesi gerektiğine karar vermiş ve şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Öncelikle belirtmelidir ki; Anayasamızın 90/son maddesinde öngörüldüğü üzere; yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Öyle ki bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine dahi başvurulamaz. Anayasa; böylece uluslararası sözleşmenin bir kuralını iç hukuk açısından “Yasa” gücünde görmüş “normlar hiyerarşisi” yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir ki, uluslararası sözleşmenin bir kuralına, uygulanma açısından yasal güç tanımak Anayasal bir zorunluluktur. Hal böyle olunca; yasa gücündeki iki düzenlemeden uygulamada hangisine öncelik tanınacaktır sorusunu cevaplandırmak gerekir. “Yasaların çatışması” olarak adlandırılan bu gibi durumlarda;

a) Sonraki norm, öncekinin yerini alır (Lex Posterior derogat priori),

b) Özel Kanun, genel kanundan önce gelir (Lex specialis per generalem non derogatur).

c) Açık anlamlı norm, kapalı anlamlı norm'dan önce gelir biçiminde kabul edilen temel ilkelere dayanarak yararlanılarak sonuca ulaşılır.

Uyuşmazlık konusu olayda, belirtilen ilkeler uygulandığında şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

Özel Dairenin öncelik tanımak istediği 3201 sayılı Yasa'nın ilgili kuralının 22.5.1985 tarihinde yürürlüğe girmesine karşın, uluslararası sözleşme 1.4.1987 tarihinde yürürlüğe girmekle, önceki yasal düzenlemenin yerini almıştır. O nedenle sonraki yasal düzenleme olan sözleşmedeki kural uygulanma önceliğine sahiptir. Öte yandan 3201 sayılı "Borçlanma Yasası" yurtdışında çalışan, tüm Türk Vatandaşları yönünden genel bir düzenleme kabul etmesine karşın; sözü edilen sözleşme sadece Almanya'da çalışan Türk Vatandaşları için ayrı ve özel bir kural kabul etmiştir. Sözleşme, sigortalılık başlangıcı yönünden, salt, Almanya'da ilk defa çalışmaya başlayan Türk Vatandaşları yönünden özel ve ayrıcalıklı bir kural öngörmekle, genel nitelikli kuralın yerini aldığı kabulü zorunludur.

Nihayet, sözleşme, açıkca ilk defa Almanya'da sigortalı olarak işe başlayan Türk Vatandaşları yönünden işe başlama tarihini Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi kabul etmekle bu alanda 3201 sayılı Yasa sisteminden daha açık, somut ve sigortalı yararına bir düzenleme öngörmüştür.

Bu hukuksal nedenler karşısında; sözleşme kuralına öncelik ve üstünlük tanımak zorunlu biçimde ortaya çıkmaktadır.

*...Kısacası sözleşme hükümlerinin uygulanması ilkesi hem sosyal güvenlik alanında ortaya çıkabilecek kimi adaletsiz ve olumsuz durumları ortadan kaldırmak aynı zamanda sosyal güvenlik çelişkilerini gidermek yönünden de kaçınılmazdır.*³⁰²

Hukuk Genel Kurulu yöntemine göre yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmenin 3201 sayılı Kanunun 5.maddesinden önce uygulanma önceliğine sahip olması, sözleşmenin yürürlük tarihinin 3201 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce olması ve sözleşme hükmünün sigortalıların lehine

³⁰² Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 23.01.2012, 2011/17656, 2012/803 , UYAP Hâkim Portalı, 01.10.2013.

olması gerekçeleriyle sigortalılık başlangıç tarihinin yurt dışında çalışmaya başlanılan tarihe göre belirleneceğini kabul etmiştir.³⁰³

Karara karşı oy yazısına göre ise; sigortalılık başlangıç süresinin tespitinde 3201 sayılı Kanun hükmünün esas alınması gerekir. Karşı oyda sözleşmenin sistematığının incelenmesi üzerine varılan sonuçta, 29. maddenin 4. bendinin Türk Sosyal Sigorta Kurumunca kısmi aylığın bağlanması durumunda uygulanabileceği, somut olayda ise davacı sigortalının sadece Alman sosyal güvenlik mevzuatına tabi çalışmasının olup Türk sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında zorunlu veya isteğe bağlı sigortalılığının olmadığı, bu sebeple kısmi aylık söz konusu olmadığı için sözleşme hükmünün değil, 3201 sayılı Kanun hükmünün uygulanmasının gerektiği belirtilmiştir. Öte yandan aksi bir uygulama yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışmalarının geçtiği devlet ile Türkiye arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunup bulunmamasına göre 3201 sayılı Kanuna göre yaşlılık aylığının tahsisinde sigortalılık başlangıç tarihinin belirlenmesinde farklı bir uygulamaya gidilmesini doğurur ki bu da Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Belirtmek gerekir ki Yargıtay uluslararası sözleşmenin uygulanması için fiili çalışmanın varlığını aramaktadır. Buna göre, yurtdışında iken fiili (eylemli) çalışması bulunmadığı hâlde o ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına göre yardım niteliğinde ödeme yapılan dönemler ile ev hanımı olarak geçen sürelerin ve prim kesintisi yapılmaksızın yurt dışında eğitim süresi olarak geçen sürelerin Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi anlamında yurt dışında geçen çalışma olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.³⁰⁴ Bu nedenle sigorta hesabındaki kayıtlı sürelerin Uluslararası Sözleşme kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından Alman rant

³⁰³ Aynı yönde bir diğer karar için bkz. Y 21. HD, 18.07.2013, 10738/14951, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

³⁰⁴ Y 21. HD, 11/07/2013, 10431/14757; Y 21. HD, 18.07.2013, 10738/14951, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığı usulünce araştırılmalıdır.³⁰⁵

1.1.1969 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi de benzer bir düzenleme içermektedir. Sözleşmenin 15. maddesine göre; bir kimse, Türk mevzuatına tabi olmadan önce İsviçre yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olmuş ise, sözü edilen İsviçre sigortasına ilk defa tabi olduğu tarih, 1. maddenin 1. fıkrasının A bendinin (a) bölümünde belirtilen Türk mevzuatına (İşçiler hakkında uygulanan sosyal sigortalar (Hastalık, analık, malûllük, yaşlılık, ölüm, iş kazalariyle meslek hastalıkları) hakkındaki mevzuat) ilk defa tabi olduğu tarih sayılır (m. 15/a).

Yargıtay İsviçre'de geçen hizmet süresinin 3201 sayılı Kanuna göre borçlanılması durumunda sigortalılık başlangıç tarihinin hangi düzenlemeye göre belirleneceğine ilişkin bir uyuşmazlıkta yukarıda belirtilen Hukuk Genel Kurulu kararında olduğu gibi, Anayasanın 90/son maddesi uyarınca sözleşme kuralına öncelik ve üstünlük tanınması gerektiğinin Anayasal zorunluluk olduğuna hükmetmiştir.³⁰⁶

Yargıtay bir kararında ise Almanya ile Türkiye arasında sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış olmasına rağmen davacının sözleşmenin bir bütün olarak uygulanmasını istememesinden dolayı Almanya'daki ilk defa çalışma tarihinin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmeyeceğine hükmetmiştir. Bu karar öğretide isabetli bulunmamaktadır. Öğreti görüşüne göre; usulüne göre imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi mevzuatımızın bir parçasıdır. Kamu düzeni ile ilgili düzenlemeler kişisel iradelerle engellenemez. Bu nedenle sigortalı sözleşmenin uygulanmamasını isteme hakkına sahip değildir.³⁰⁷

Sosyal güvenlik sözleşmesinde hüküm bulunmayan hâllerde 3201 sayılı Kanun hükmünün uygulanması gerektiği yönünde verilen karara konu olayda davacı, Libya'da çalışmaya başladığı tarihin sigortalılık başlangıç tarihi olarak tespit edilmesini talep etmiştir. Kurum Türkiye ile Libya devleti

³⁰⁵ Y 10. HD, 30.05.2013, 5192/11873, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

³⁰⁶ Y 10. HD, 5.4.2004, 350/2761, YKD, C.31, S.5, Mayıs 2005, s.702-705.

³⁰⁷ Y 10. HD, 02.07.2001, 4695/5184, Okur, Değerlendirme 2001, s.224 vd.

arasında imzalanmış sözleşmede bu talebi haklı kılabacak bir hüküm olmadığından ötürü sigortalılık başlangıç tarihini 506 sayılı Kanunun 108 ve 3201 sayılı Kanunun 5. maddesine göre tespit etmiştir. Kurum işlemi aleyhine açılan davada ilk derece mahkemesi sözleşmede hüküm olmamakla birlikte sosyal güvenlik anlayışı, sigortalı yararına yorum ilkesi gerekçe göstermek suretiyle davacının sigortalılık başlangıcının Libya'da ilk kez çalışmaya başladığı tarih olduğunun tespitine karar vermiştir. Yargıtay ise Türkiye ile Libya devleti arasında imzalanmış Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin anlaşma metninde davacının Türk sigortasına girişten önce bir Libya rant sigortasına girmiş olması hâlinde bu girişin Türk sigortasına giriş olarak kabul edileceği yolunda paralel bir düzenleme bulunmamasından ötürü Kurum işlemini yerinde bulmuştur. Mahkemenin kararı açık yasal düzenlemeye aykırı görülmüştür.³⁰⁸

Yargıtay kararları doğrultusunda öncelikle sigortalının çalıştığı ülke ile Türkiye arasında bir sosyal güvenlik sözleşmesi olup olmadığına bakılır. Sözleşme ve sözleşmede özel hüküm varsa sözleşme hükümleri esas alınır. Ancak sözleşme veya sözleşmede özel hüküm yoksa 3201 sayılı Kanun uygulanır.³⁰⁹

Yargıtay'ın uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edileceğine ilişkin içtihadı 6552 sayılı Kanunla kanuni düzenlemeye konu olmuş ve beşinci maddeye eklenmiştir.

Bir kimsenin Türk sigortasına girmeden önce, yabancı bir ülkenin sigortasına girmiş bulunması hâlinde, o ülke sigortasına giriş tarihinin, Türk sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceğini öngören ve yöntemince yürürlüğe konulan sosyal güvenlik sözleşmeleri, Anayasamızın 90. maddesinin son cümlesi maddesi uyarınca kanun hükmünde olup normlar

³⁰⁸ Y 21. HD, 23.09.2010, 2009/11606, 2010/8852, Legal, C.8, S.29, Y.2011, s.362-363.

³⁰⁹ Araslı, s.1275.

hiyerarşisi yönünden uygulamada yasal güç ve önceliği sahip olup ayrıca 6552 sayılı Kanunla eklene cümle gereğince sözleşmede özel hüküm bulunması hâlinde uluslararası sözleşme uygulanacak olsa da sigortalılık başlangıç tarihinde sosyal güvenlik mevzuatımız gereği 18 yaş kriterinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Nitekim 3201 sayılı Kanunun amaç ve kapsamını belirleyen 1. maddesinde Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen belirli nitelikteki sigortalılık sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilebileceği öngörülmüştür.

Söz konusu düzenleme karşısında uluslararası sözleşme hükmünün uygulanabilmesi, yabancı ülke sigortasına giriş tarihini içeren yurt dışı sürelerinin 3201 sayılı Kanun kapsamında usulünce borçlanmasıyla mümkündür. Bu durumda 3201 sayılı Kanuna göre ancak 18 yaşın tamamlandığı tarihten sonraki süre borçlanmaya konu yapılabilecek ve Türkiye'deki sigortalılık başlangıç tarihi 18 yaşın tamamlandığı tarih olacaktır.³¹⁰

Kimi ülkeler iç mevzuatları gereğince ülkelerine dönen yabancı işçilere ödedikleri primleri iade etmektedir. Yurt dışındaki çalışmalara ait primlerin geri alınmak suretiyle oradaki hizmetlerin tasfiye edilmesi hâlinde yurt dışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin sigortalılık başlangıcı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu uygulamada sorunlara yol açmıştır. Yargıtay sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için yurt dışında çalışılan sürelerin tasfiye edilmemiş olması gerektiğine hükmetmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre; yurt dışında rant sigortasına giriş tarihinin Türk Sigortasına giriş olarak kabul edilebilmesi için sigortalının yurt dışındaki hizmetlerinin tasfiye edilmemiş olması, başka bir deyişle hukuken geçerliliğini koruyan hizmetinin bulunması gerekir. Türk uyruklu sigortalının yurt dışındaki sigortalı hizmetleri tasfiye edildiği için artık her iki ülke mevzuatına göre nazara alınabilecek sigortalılık süresi kalmadığından, sözleşmenin bu davada

³¹⁰ Y 10. HD, 05.06.2013,9723/12554; Y 10. HD, 27.06.2013, 9289/14522; Y 10. HD, 28.06.2013, 11375 /14624, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

uygulanma yeri bulunmamaktadır. Nitekim uygulamada, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından, sigortalının her iki ülkede Sosyal Sigorta Hukuku çerçevesinde değer verilebilecek çalışmaları bulunmuyorsa sözleşme uygulanmamaktadır.³¹¹

Sonuç olarak, prim iadesi suretiyle tasfiye edilen yurt dışı hizmetlerindeki tasfiye hâli, söz konusu yurt dışı sürelerinin, 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlandırılarak sigortalının sosyal güvenliği bakımından değerlendirilmesine, aksine bir düzenleme bulunmadığından engel değildir. Ancak tasfiye sonucunda her iki ülke mevzuatına göre dikkate alınabilecek bir sigortalılık süresinin bulunmaması nedeniyle yurt dışında rant sigortasına giriş tarihinin, Türkiye'de sigorta başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu hâlde sigorta başlangıcı, 3201 sayılı Kanunun 5. madde hükmü çerçevesinde belirlenecektir.³¹²

6552 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 3201 sayılı Kanuna eklenen geçici 8. maddeye göre; 5 inci maddenin beşinci fıkrasında yapılan değişikliklerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce Kurum aleyhine, bu Kanunun bu maddenin yürürlük tarihinden önceki 5 inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca açılmış ve henüz sonuçlanmamış davalardan feragat edenler hakkında da uygulanır. Ayrıca davadan feragat edilmesi hâlinde davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmez.

3. Sigortalılık Başlangıç Tarihinin Tespiti

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespitinde uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukundaki yerinin belirlenmesi gerekir. Uluslararası bir antlaşmanın bir devletin iç hukukundaki yeri ile nasıl ve ne şekilde uygulanabileceği sorunu, bir yönüyle uluslararası, diğer yönüyle de ulusal pozitif hukukun konusuna girmektedir.³¹³ Türk iç hukukunda uluslararası antlaşmaların uygulanması, antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki konumuyla ilgilidir.

³¹¹ Y HGK, 13.2.2002, 10-21/70 , www.kazanci.com, 24.11.2011.

³¹² Y 10. HD, 11.04.2013, 3175 /7507; Y 10. HD, 05.06.2013, 10836/12561; Y 10. HD, 27.06.2013, 9009 /14505; Y 10. HD, 04.07.2013, 6721/15244, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

³¹³ Koçak, s.1

Uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerini genel olarak düzenleyen hüküm 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasıdır.³¹⁴ Anayasanın “Cumhuriyetin Temel Organları” başlıklı Üçüncü Kısımının “Yasama” başlıklı Birinci Bölümünde düzenlenen “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90. maddenin son fıkrasına göre; usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır (m. 90/5).

Anayasamızda usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların iç hukuka katılması ve iç hukukla bütünleştirilmesi, “*kanun hükmündedir*” sözleriyle belirtilmiştir. Birinci cümlenin amacı ve işlevi, uluslararası hukukun parçası olan bir antlaşmayı ulusal hukukun parçasına dönüştürmek, ulusal yargı yerlerinin ve kamu yetkililerinin ulusal hukuka katılan bu antlaşmaları uygulamasını sağlamaktır.³¹⁵ Bu durumda kanun hükmünde kabul edilen antlaşmalar Türk hukukunda doğrudan hüküm ve sonuç doğurmaktadır.³¹⁶

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde olmakla birlikte bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Anayasanın antlaşmaların açıkça Anayasa Mahkemesince denetlenemeyeceğini ifade etmesi, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda kanunlardan daha üstün bir konumda bulunup bulunmadığı tartışmasını da beraberinde getirmiştir. Öğretide uluslararası antlaşmaların yasalara eşdeğer olduğu, kanunlardan üstün olduğu, Anayasadan üstün olduğu, kanunlarla uluslararası antlaşmalar arasında bir hiyerarşi kurulamayacağı görüşleri savunulmaktadır.³¹⁷

³¹⁴ Akkutay, s.416.

³¹⁵ Gülmez, Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmeler, s.18.

³¹⁶ Koçak, s.5; Tunç, s.177.

³¹⁷ Akkutay, s.416 vd.; Başlar, s.18 vd.; Koçak, s.5 vd.; Tunç s.177 vd.

Uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan, antlaşmalar ile kanunların çatışması halinde Lex Posterior (sonraki kanun), Lex Specialis (özel kanun) ilkeleri uygulanır. Bu ilkeler uyarınca sonraki tarihli kanun, önceki tarihli kanunu ilga eder ve öncelikle uygulanır. Özel nitelikte hükümler içeren kanunlar da genel nitelikte hükümler içeren kanunlara göre öncelikle uygulanır.³¹⁸

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukundaki yeri ile ilgili olarak ise Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına 2004 yılında yapılan değişiklik ile yeni bir cümle eklenmiştir. Yeni düzenlemeye göre; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda kanunun önceki tarihli veya sonraki tarihli olması önem arz etmeksizin kanun değil, uluslararası antlaşma uygulanacaktır. Bu durumda 90. maddenin son şekli ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunlar arasında bir hiyerarşi ihdas edilmiştir. Şöyle ki; bu tür uluslararası antlaşmalar Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha üstündür.³¹⁹ Temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası antlaşmalar ayrıcalıklı bir rejime sahip kılınmıştır.³²⁰

2004 tarihli değişikliğin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunlar arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi için önerdiği çözüm, uluslararası antlaşma hükümlerinin “esas” alınmasıdır. Üstünlük ya da öncelik terimlerinin açık biçimde kullanılmamış olmasına karşın, “esas” alma, aslında uluslararası antlaşmayı kanunlara üstün tutarak, öncelikle uygulama, uyuşmazlığı ulusal hukuku bir yana bırakarak uluslararası

³¹⁸ Akkutay, s.418. “Sonraki yasanın önceki yasadan”, “özel yasanın genel yasadan” önce geleceği yolundaki yorum kurallarının, antlaşma-yasa çatışmasında uygulanmaya elverişli olmadığı görüşü için bkz. Gülmez, Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmeler, s.18 vd.

³¹⁹ Gözler, Anayasa Hukuku, s.686; Gözler, <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>, 19.02.2012.

³²⁰ Başlar, Uluslararası Antlaşmalar, s.42 vd.

antlaşmalara göre çözüme demektir.³²¹ Bu durumda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümlerinin kendileri ile çatışan kanun hükümlerini zımnen ilga ettikleri söylenebilir.³²²

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda antlaşma hükümlerinin uygulanması için, kanunlardaki antlaşmaya aykırı kuralların değiştirilmesini beklemek gerekmez.³²³ Hâkim, Anayasal bir yükümlülük olarak taraflarca ileri sürülmesi dahi uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşmaları kendiliğinden göz önüne almak ve buna göre karar vermek durumundadır.³²⁴ 2004 değişikliği ile hâkim temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümleri ile kanunlar arasında bir değerlendirme yapma ve uluslararası antlaşmaya aykırı gördüğü kanun hükmünün uygulanmasını ihmal etme olanağına kavuşmuştur.³²⁵

2004 değişikliği ile ilgili en önemli ve en tartışmalı konu, hangi uluslararası andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar sayılacağıdır. Öğretide iki farklı görüş ortaya çıkmıştır.

İlk olarak sadece özel olarak insan haklarıyla ilgili olan uluslararası andlaşmaların göz önüne alınacağı kabul edilmektedir. Yani bir andlaşmanın konusu tamamen insan haklarına ilişkin olmak zorundadır.³²⁶

Diğer bir görüşe göre ise; temel haklara ilişkin bir hükmün temel haklara ilişkin olmayan bir andlaşma içerisinde yer alması durumunda da, bu antlaşmaya üstünlük tanınması gerekir. Bir diğer ifade ile uluslararası bir belgenin temel haklarla ilgili olmasa da tek bir maddesinde bile temel haklarla ilgili hüküm bulunuyorsa, bu belgenin de temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir andlaşma olduğunun kabulü gerekir. Zira uluslararası andlaşmayla kanunların çatışması durumunda esas alınacak ölçüt andlaşmanın adı değil, temel hak ve özgürlüğün kendisidir.³²⁷

³²¹ Gülmez, İnsan Hakları Sözleşmeleri, s.154.

³²² Başlar, Uluslararası Antlaşmalar, s.42 vd.

³²³ Gülmez, İnsan Hakları Sözleşmeleri, s.154.

³²⁴ Gülmez, İnsan Hakları Sözleşmeleri, s.157.

³²⁵ Başlar, Uluslararası Antlaşmalar, s.42 vd.

³²⁶ Başlar, s.312.

³²⁷ Şahbaz, s.209 vd.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, sigortalılık başlangıç tarihinin belirlenmesinde sosyal güvenlik sözleşmelerinin uygulanması bağlamında sosyal güvenlik hakkının Anayasanın 90. maddesinin son cümlesindeki “temel hak ve özgürlükler” kapsamına girip girmediğinin tespit edilmesi gerekir.

Sosyal güvenlik hakkını vurgulayan uluslararası hukukun en önemli belgelerinden biri 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirgenin 22. maddesine göre; herkes, toplumun bir ferdi olarak sosyal güvenlik hakkına sahiptir; sosyal güvenlik, bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatmin edilmesine dayanır. Bildirgenin, 25. maddesinde ise her insanın yiyecek, giyecek, konut, tıbbi bakım ve gerekli toplumsal hizmetler de dâhil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlığını ve refahını sağlayacak uzun bir yaşam düzeyine hakkı olduğu; işsizlik, hastalık, sakatlık ya da geçim olanaklarından iradesi dışında yoksun kaldığı diğer hâllerde, güvenlik hakkına sahip olduğu vurgusuyla sosyal güvenlik hakkı, temel insan hakları arasında sayılmaktadır. 18.11.1961 tarihinde imzalanan, 26.2.1965'te yürürlüğe giren, Avrupa Sosyal Şartı ise, temel hak olarak çalışma hakkına, işçi sağlığı ve güvenliği hakkına, örgütlenme hakkına, toplu pazarlık hakkına, adil çalışma koşullarını talep hakkına, mesleki eğitim hakkına ayrıca sosyal güvenlik hakkına yer vermiştir.³²⁸

Söz konusu düzenlemeler uyarınca sosyal güvenlik hakkı, temel insan hakları arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkının sağlanmasına yönelik yurt dışı hizmet borçlanması konusunda da uluslararası antlaşmaların ulusal yasalarımıza göre önceliği olacaktır.³²⁹ Anayasamızın 90. maddesinin son cümlesi gereğince sigortalılık başlangıcının tespitine ilişkin uyuşmazlıklarda, sosyal güvenlik sözleşmesinin varlığı hâlinde sözleşme hükümleri öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

Sonuç olarak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk

³²⁸ Gülmez, İnsan Hakları Sözleşmeleri, s.154; Okur, Türk Vatandaşlığı, s.117

³²⁹ Okur, Türk Vatandaşlığı, s.117.

sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarihin, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edileceğine ilişkin Yargıtay içtihadı ve 6552 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme isabetlidir.

4. Borçlanılan Sürelerin Değerlendirileceği Sigortalılık Hâlleri

3201 sayılı Kanunun 5. maddesine 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile eklenen 4. fıkraya göre; yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre hangi sigortalılık hâline göre geçmiş sayılacağı belirlenmesinde; Türkiye'de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir (m. 5/4).

Söz konusu düzenlemeye göre yurt dışı hizmet borçlanmalarında borçlanmanın hangi statüde değerlendirileceği, borçlanma yapan ilgilinin borçlanma talep tarihinde veya öncesinde Türkiye'de sigortalı olup olmadığına göre belirlenir. Borçlanma talep tarihi sırasında aktif sigortalı olarak tescil edilmiş olmak zorunlu değildir.³³⁰ Sigortalılık hâlinin tespitinde esas alınacak husus borçlanma talep tarihinde veya öncesinde Türkiye'de herhangi bir sigortalılık tescilinin bulunup bulunmadığıdır. Borçlanılan süreler borçlanma talebinde bulunacak sigortalıların Türkiye'de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık hâli kapsamında, sigortalılıkları yoksa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilecektir.

Belirtmek gerekir ki kanun hükmü karşısında borçlanılan sürelerin, mülga diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında bir sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi imkânı ortadan kalkmıştır. Bir diğer ifadeyle Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması bulunmayan kişilerin, 3201 sayılı Kanuna dayalı borçlanma sürelerinin 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında

³³⁰ Ocak, Talep Tarihindeki Statü, s.163.

sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi yasal bir zorunluluk hâline gelmiştir.³³¹

Konuya uluslararası sözleşme bağlamında bakıldığında ise, örneğin, Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde, Türk sigortasına girişten önce, Alman rant sigortasına girilmiş bulunması hâlinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin, Türk Sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceği yönünde açık hüküm bulunurken; yurt dışında geçirilen çalışma sürelerinin, akit ülke mevzuatına göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi aşamasında, hangi sigortalılık niteliğine göre borçlanılabileceği konusunda açık ve özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, 3201 sayılı Kanun kapsamında yapılan borçlanma talebinin 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.³³²

Sigortalılığın niteliği bakımından dikkate alınacak maddeler de 5. maddede yapılan atıf gereği 5510 sayılı Kanunun sigortalı sayılanları düzenlediği 4 üncü maddesinin (a), (b) ve (c) bentleridir. Bununla birlikte adı geçen kanunun bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalıları saydığı 5. maddesi de göz önünde bulundurulacaktır. Zira 5. maddede sayılan sigortalılar durumlarına göre 4 üncü maddenin ilgili bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. O hâlde borçlanma talebinde bulunan kişinin borçlanma talep tarihinde 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinden birisinin kapsamında tescil edilmiş olması hâlinde borçlanılan süreler talep tarihindeki en son sigortalılık statüsünde değerlendirilir. Ancak talep tarihinde herhangi bir sigortalılığın bulunmaması hâlinde borçlanma 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi statüsünde yapılmış sayılır ve dolayısıyla borçlanılan süreler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilir.³³³

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı

³³¹ Y 10. HD, 21.03.2013, 981 /5448, UYAP Hâkim Portalı, 11.09.2013. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 28.03.2013,1833/6072; Y 10. HD, 05.07.2013, 11386/15376, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

³³² Y 10. HD, 19.04.2013, 2871/8469, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

³³³ Ocak, Talep Tarihindeki Statü, s.163.

olarak çalışmaya başlayanların 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki yurtdışı borçlanma süreleri de, aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilir. Bunların aylıklarının hesabında 5510 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi hükümleri uygulanır (3201 sayılı Kanun, geç. m. 7/2).

Sigortalının ölümü hâlinde hak sahipleri de 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanma hakkına sahiptirler. Bu durumda sigortalının sağlığında borçlandığı süre hangi sigortalılık hâlinde değerlendirilecek ise ölümü hâlinde hak sahiplerinin borçlandığı sürelerde aynı statüde değerlendirilecektir. Dolayısıyla sigortalı için yapılan açıklamalar hak sahipleri için de geçerlidir.³³⁴

5. Borçlanılan Sürelerin Yurt İçi Hizmet Süreleri ile Birleştirilmesi ve Çakışması

Hizmetlerin birleştirilmesi, çalışanların çeşitli sosyal sigorta kurumlarında geçen dağınık hizmetlerinin, tabi oldukları son sigorta kurumu koşullarına göre sürekli aylık veya gelir sağlama olanağı verecek şekilde eklenmesi şeklinde tanımlanabilir.³³⁵

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ülkemizde birden çok sosyal güvenlik kurumu bulunmaktaydı. Söz konusu kurumlar; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu kapsamında sosyal güvenlik hizmeti sunmaktaydı. Bu parçalanmış yapı içerisinde bir kişi aynı anda birden fazla kanun kapsamında sigortalı olabilmekteydi.

5510 sayılı Kanun öncesi döneme ilişkin olarak çalışan kişilerin sürekli olarak gelir elde etmelerini sağlamak amacı ile çeşitli sosyal sigorta

³³⁴ Ocak, Talep Tarihindeki Statü, s.165.

³³⁵ Ayhan, s.45.

kurumlarının her birinde uzun süre hizmet vermelerini istemek, hayatın olağan akışına uygun değildir. Ayrıca, çalışma yaşamından ayrılan kimselere gelir güvencesi sağlanması gerekir. Aksi hâlde bu kişiler sosyo-ekonomik bakımdan mağdur durumda bırakılacaktır. Çalışma yaşamından ayrılarak gelir güvencesi sağlanmayan kimselerin mağdur durumda kalmalarının önlenmesi ve sosyal güvenliklerinin sağlanması amacıyla birden fazla sosyal sigorta kanunu kapsamında geçen hizmetlerinin aylık tahsisinde birleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.³³⁶ Çünkü kişi her ne kadar birden fazla sosyal güvenlik kuruluşunda sigortalı olarak tescil edilmiş olsa da sadece tek bir sosyal güvenlik kuruluşu kapsamında sigortalı sayılmaktaydı.³³⁷ Bu sonuç, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda benimsenen ve bir kimsenin aynı anda yalnız tek bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olması şeklinde ifadesini bulan “sosyal güvenlikte teklik ilkesi”³³⁸ nin bir gereğidir. Dolayısıyla burada kişinin sosyal güvenlik haklarının sağlanmasında sadece bir sigortalılık ilişkisi dikkate alınmaktaydı.³³⁹

Hizmetlerin birleştirilmesi konusundaki ilk yasal düzenleme 228 sayılı Emekli Sandıkları ile Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunlarına Tabi Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun³⁴⁰’dur. Yirmiiki yıllık uygulamadan sonra birleştirmeye ilişkin usul ve esaslar hakkında 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun³⁴¹ yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu kanun ile birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması hâlinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı ve ödeneceği kuralı getirilmişti (m. 8/1).³⁴²

³³⁶ Ayhan, s.44; Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.169.

³³⁷ Sözer-Saraç, s.152.

³³⁸ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.138 vd., dn. 169.

³³⁹ Ermumcu, s.89.

³⁴⁰ RG. 12.1.1961, S.10705.

³⁴¹ RG. 27.05.1983, S.19059.

³⁴² Ancak, malullük, ölüm, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa göre yaş haddinden re’sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun

5510 sayılı Kanunla sosyal güvenlikte tek çatı sisteminin getirilmesi sonucu farklı sosyal sigorta kurumlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesinin bir ihtiyaç olmaktan çıktığı fikrinden³⁴³ hareketle 5510 sayılı Kanunun “Yürürlükten Kaldırılan Hükümler” başlığını taşıyan 106. maddesinin 5.bendi ile 2829 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte geçiş düzenlemesi olarak 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanunda belirtilen sigortalılık hâllerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak kanun, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit olunur ve bunlar hakkında, bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanacağı öngörülmüştür (SSGSSK, geç. m. 2/son).³⁴⁴

5510 sayılı Kanun ile her ne kadar tek çatı sistemine geçilmiş olsa da kanunda üç farklı sigortalılık hâli ve sosyal güvenliğin temini açısından her sigortalılık hâline ilişkin farklı koşullar mevcuttur. Dolayısıyla bir kimsenin aynı anda birden fazla sigortalılık ilişkisi içerisinde bulunabilmesi mümkündür.³⁴⁵ Bu olasılıkta sigortalılık haklarında hangi sigortalılık hâlinin esas alınacağı 5510 sayılı Kanunun “Sigortalılık hallerinin birleşmesi” başlıklı 53. maddesinde düzenlenmiştir.³⁴⁶

Söz konusu düzenlemeye göre; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk defa sigortalı sayılanlardan 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinden birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların yaşlılık aylığı bağlanma taleplerinde, en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali, hizmet sürelerinin eşit olması ile malûllük ve ölüm halleri ile yaş haddinden

kanunla değiştirilmesi hallerinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır (m. 8/2).

³⁴³ Öğretide, 506 sayılı Kanunun geçici 20.maddesine göre kurulan sandıklar hâlâ mevcudiyetlerini muhafaza ettikleri için söz konusu sandıklar Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilene kadar uygulamada yine farklı kanun ve kurum kapsamında geçen sigortalılık süreleri söz konusu olacağından bu sürelerin birleştirilmesi ihtiyacı ve zorunluluğu doğabileceği savunulmaktadır. Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.169.

³⁴⁴ Sözer-Saraç, s.158.

³⁴⁵ Ermumcu, s.90.

³⁴⁶ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.169.

re'sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları sigortalılık halinin kanunla değiştirilmesi durumunda ise son sigortalılık hali esas alınır (m. 53/6).

Kanun hükmünün kenar başlığı "Sigortalılık Hallerinin Birleşmesi"dir. Öğretide "birleşme" ibaresinin hükmün içeriğini tam olarak karşılamadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre; 53. maddede birden fazla zorunlu sigortalılık hâlinin birlikte olması durumunda bu sigortalılık hallerinden yalnızca birisinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Hâlbuki "birleşme" ifadesinden geçerli sigortalılıktan doğan hizmetlerin toplanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, bu maddenin kenar başlığının "sigortalılık hallerinin çakışması" şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır.³⁴⁷

Sigortalılık hâllerinin çakışması, bir kişinin aynı anda birden fazla sigortalılık ilişkisi içerisinde bulunması anlamına gelmektedir.³⁴⁸ Birleşme ise farklı zamanlarda gerçekleşen sigortalılık sürelerinin toplanmasıdır.³⁴⁹ 53. maddenin 6. fıkrasında düzenlenen husus, 5510 sayılı Kanun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) veya (c) statüsünde geçen sigortalılıkların aynı zamana denk gelmesi durumunda sigortalılık haklarında hangi statünün esas alınacağıdır. İşte bu durum da sigortalılık hâllerinin çakışmasıdır.

Birleştirilecek hizmetlerden biri yurt dışında geçen ve borçlanılan sürelerdir.³⁵⁰ Yurt dışı hizmet borçlanması kapsamında borçlanılan süreler Türkiye'de sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olan sigortalıların hizmetleri ile birleştirilir.³⁵¹ Ancak yukarıda da değinildiği üzere 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren borçlanılan yurt dışı sürelerinin yurt içi hizmet süreleri ile çakışması söz konusu olmaktadır. 5510 sayılı Kanunun 53. maddesinin uygulanmasında 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılan sürelerin değerlendirileceği sigortalılık hâlleri (m. 5/4) göz önünde bulundurulacaktır. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce

³⁴⁷ Sözer-Saraç, s.153 vd.

³⁴⁸ Ermumcu, s.90 vd.

³⁴⁹ Sözer-Saraç, s.153.

³⁵⁰ Orhan, s.66.

³⁵¹ Araslı, s.1729; Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.580.

yapılacak hizmet birleştirmelerinde ise aynı kanunun geçici 2. maddesinin son fıkrası gereğince mülga 2829 sayılı Kanun uygulanacaktır.

2011/48 sayılı genelgede Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin yurt dışı sürelerinin yurt içi hizmet süreleri ile çakışması durumunda ne yapılması gerektiğiyi düzenlenmiştir. Buna göre adı geçen işçilerin sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde gerek 1.10.2008 tarihinden önce gerekse bu tarihten sonra geçen hizmetlerini, 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma talebinde bulundukları takdirde, yurt dışında çalıştıkları sürelerde ülkemizde adlarına malûllük, yaşıllık ve ölüm sigortası primi ödenmemiş olması kaydıyla, borçlanma taleplerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak, sosyal güvenlik kanunlarına göre malûllük, yaşıllık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen sürelerle çakışan yurt dışı sürelerinin borçlandırılmasına imkân bulunmamaktadır.

Bu durumda, Kanuna göre borçlandırılacak yabancı ülkelerdeki çalışmalarla çakışan ülkemizdeki prim ödeme sürelerinden hangisinin iptal edileceğiyi, hangisinin geçerli sayılacağıının belirlenmesinde uygulanacak kurallar şu şekildedir:

1)Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerdeki çalışmalar ile ülkemizdeki prim ödeme sürelerinin çakışması halinde, ülkemizdeki prim ödeme süreleri iptal edilecek ve yurt dışı çalışma süreleri talep halinde borçlandırılacaktır.

2)Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerdeki çalışmalar ile çakışan ülkemizdeki prim ödeme sürelerinin mevzuatımıza göre geçerli hizmet olarak kabul edilmesi halinde iptal edilmeyecek ve bu sürelerle çakışan yurt dışı süreleri de borçlandırılmayacaktır. Ancak, lkemizdeki hizmetlerin geçersiz kabul edilmesi halinde yurt dışı süreleri borçlandırılacaktır.

3)Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanıp imzalanmadığına bakılmaksızın yabancı ülkelerde işsizlik ile ev kadınlığında geçen sürelerin

Ülkemizdeki prim ödeme süreleri ile çakışması durumunda, ülkemizdeki prim ödeme sürelerinin iptal edilip edilmeyeceği ve yurt dışındaki işsizlik ile ev kadınlığı sürelerinin borlandırılıp borlandırılmayacağı hususunda yukarıdaki 2 nci madde hükmü uygulanacaktır.

4)Türkiye'deki sosyal güvenlik kanunlarına göre yurt içinde isteğe bağlı sigortaya prim ödenen sürelerde, sözleşmesiz ülkelerde geçen sigortalılık veya ev kadını olarak geçen süreler borçlandırılmayacaktır.

5)lkemizle imzalanmış ikili sosyal güvenlik sözleşmelerine göre yurt dışından ülkemizde isteğe bağlı sigortaya prim ödemenin mümkün olduğu Fransa, İngiltere, İsveç ve İsviçre hariç olmak üzere sözleşmeli ülkedeki çalışma süreleri ile ülkemizdeki isteğe bağlı sigortaya prim ödenen sürelerin çakışması halinde, isteğe bağlı sigortalılık süreleri iptal edilecek ve yurt dışı süreleri talep halinde borçlandırılacaktır. Ancak, bu ülkelerdeki ev kadınlığı süreleri ile ülkemizdeki isteğe bağlı sigortaya tabi sürelerin çakışması halinde ise isteğe bağlı sigorta geçerli kabul edilecek ve bu srelerdeki yurt dışında geçen ev kadınlığı süreleri borçlandırılmayacaktır (2011/48 Genelge, 2.B., 1.2.5).

Belirtmek gerekir ki 5510 sayılı Kanuna göre, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır (m. 5/g).

Bu hüküm uyarınca, Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelere çalışmak üzere götürülen Türk işçiler kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası bakımından zorunlu sigortalı, uzun vadeli sigorta kollarından yararlanmak isterlerse isteğe bağlı sigortalılık için aranan şartlardan olan Türkiye'de ikamet etme şartı aranmaksızın isteğe bağlı sigortalı sayılacaklardır. Her iki durumda da 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. Bu durumda bu kişiler aynı anda iki sigorta koluna tabi olacaklar ve 5510 sayılı Kanunun 53. maddesi uygulanacaktır.³⁵²

Yurt dışında çalışan Türk işçilerinin isteğe bağlı sigortalı olabilmeleri ancak sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde çalışmalarını hâlinde mümkündür. Türkiye'de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan bir ülkeye gidenler isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilmeyeceklerdir. Türkiye'de ikamet etmekte iken isteğe bağlı sigortalı olanlar sonradan sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan bir ülkeye giderlerse sigortalılıkları devam eder. Aynı şartlarda sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan bir ülkeye gidenler ise isteğe bağlı sigortalılık koşullarını yitirdiklerinden yurt dışına çıktıkları tarihten itibaren sigortalılıkları sona erer.³⁵³

Yurt dışında çalışan veya yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen süreler için aynı süreyi borçlanmamak koşuluyla Türkiye'de 506 ve 1479 sayılı Kanun hükümlerine göre isteğe bağlı sigortalı olmalarına engel bir hüküm bulunmamaktaydı. Söz konusu kanunlar kapsamında yurt dışında ikamet etmek 5510 sayılı Kanunun aksine isteğe bağlı sigortalı olmayı engellemiyordu. 2926 sayılı Kanun kapsamında isteğe bağlı sigortalı olabilmek ise Türkiye'de ikamet etme koşuluna bağlı idi (2926 sayılı Kanun, m. 60).³⁵⁴

³⁵² Ermumcu, s.104 vd.

³⁵³ Balcı, 506, 1479, 2926 ve 5510 Sayılı Kanunlar, s.27. Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre Federal Konseyi arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Ek Nihai Protokolünün 1. maddesi uyarınca, akit taraflardan her birinin kendi ülkesinde bulunan bir kimsenin diğer akit taraf sigortasına isteğe bağlı olarak tabi olmasına veya sigortaya isteğe bağlı olarak devam etmesine mani olunmaması kabul edilmiştir. Balcı, 506, 1479, 2926 ve 5510 Sayılı Kanunlar, s.27.

³⁵⁴ Balcı, 506, 1479, 2926 ve 5510 Sayılı Kanunlar, s.27; 105; 225; 334.

B. Aylık Bağlanması

3201 sayılı Kanuna göre yurt dışında geçen sürelerin borçlanması hukuki sonucu; borçlanılan sürelerin borçlanma hakkına sahip olan kişilerin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesidir (m. 1, m. 2,c). Bu bağlamda Kanuna göre değerlendirilen sürelere istinaden aylık tahsisi yapılmaktadır.

1. Aylık Bağlama Şartları

3201 sayılı Kanunun 6. ve Yönetmeliğin 13. maddesinde Kanuna göre borçlandırılan sürelere istinaden hangi şartlarla aylık bağlanacağı belirlenmiştir.

3201 sayılı Kanuna göre değerlendirilen sürelere istinaden aylık tahsisi yapılabilmesi için;

a) Yurda kesin dönüşmüş olması,

b) Tahakkuk ettirilen borcun tamamının ödenmiş olması,

c) 5510 sayılı Kanunla mülga kanunların yürürlükteki hükümlerine veya sosyal güvenlik kanunlarına göre aylığa hak kazanılmış olması,

ç) Borcun tamamının ödenmesinden sonra Kuruma yazılı başvuruda (istekte) bulunulması şarttır (3201 sayılı Kanun, m.6/1, Yönetmelik, m. 13/1).

Söz konusu koşullardan herhangi birinin eksikliği hâlinde sigortalıya aylık bağlanmaz. Öte yandan aylık bağlanması için gereken koşulların belli bir sıra içinde yerine getirilmesi gerekmez. Koşullardan herhangi birinin eksikliği hâlinde aylık bağlanma talebinin reddi yerine eksik olan koşulun da yerine getirilmesinden sonra sigortalıya aylık bağlanmalıdır.³⁵⁵

a) Yurda kesin dönüş yapmak

3201 sayılı Kanun ile yurt dışındaki Türk vatandaşlarının ancak yurda kesin dönüş yapmış olmaları koşuluyla borçlanabilecekleri ve buna bağlı

³⁵⁵ Caniklioğlu-Canbolat, s.889.

olarak kendilerine aylık tahsis edilebileceği kural olarak kabul edilmiş iken Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile durum değişmiştir (3201 sayılı Kanun, m. 3).

Yüksek Mahkeme söz konusu kararında³⁵⁶ kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline, 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “... kesin dönülmüş ...” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve oybirliğiyle itirazın reddine, 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ ... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş ...” sözcüklerinin iptali nedeniyle aynı maddenin uygulanma olanağı kalmayan birinci fıkrasındaki “... tarihinden itibaren” sözcükleri ile ikinci fıkrasının iptaline karar vermiştir. 3. maddeye ilişkin olarak kesin dönüş şartının iptal edilmesinden sonra 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile madde metni iptal kararına uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.

3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan yurda kesin dönüş yapmış olma şartının iptaline karşılık Kanunun 6. maddesinin (A) paragrafının birinci fıkrasının (a) bendi hükmü gereğince yurda kesin dönüş yapmış olma koşulu borçlanan ve borcunu ödeyen sigortalılara yaşlılık sigortasından aylık tahsisi için varlığını korumaktadır. Buna göre; yurda kesin dönüş yapılmaksızın borçlanma talebinde bulunmak mümkün iken 3201 sayılı Kanuna göre borçlanılan sürenin yaşlılık aylığı tahsisinde gözetilebilmesi için yurda kesin dönüş yapılması gerekmektedir.³⁵⁷ Borçlanma talebinde bulunulmuş ve ödeme yapılmış olsa dahi kesin dönüş şartı gerçekleşinceye kadar sigortalıya yaşlılık aylığı tahsisi mümkün değildir.

3201 sayılı Kanunda “kesin dönüş” kavramına yer verilmekle birlikte kesin dönüşten ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunda herhangi bir açıklık yoktur. Kesin dönüş kavramı yönetmelikte ve genelgede tanımlanmaya çalışılmıştır. Yurt dışı hizmet borçlanmasında en fazla sorun yaratan kesin dönüş yapmış olma koşulunun tanımı özellikle yargı kararları ile yapılmaya çalışılmıştır. Öncelikle yönetmelik ve genelgedeki tanım, sonra

³⁵⁶ AYM 12.12.2002, 2000/36, 2002/198, RG. 25.4.2003, S.25089.

³⁵⁷ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.579.

Yargıtay'ın kesin dönüş kavramının anlam ve kapsamına ilişkin kararları incelenecektir.

aa) Yönetmelik ve genelgeye göre kesin dönüş

Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesine göre “kesin dönüş” ibaresi, aylık tahsis talebinde bulunanların yurtdışındaki çalışmalarının sona ermesini, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almamaları durumunu ifade etmektedir (m. 4/d). Söz konusu kavramların ne anlama geldiği ise genelgede açıklanmıştır (2011/48 Genelge, 3.B., 1.1). Buna göre;

Yönetmelikteki kesin dönüş tanımında geçen “sosyal sigorta ödeneği” deyiminden, çalışma yaşamı süresince karşılaşılan hastalık, iş kazası, meslek hastalığı veya işsizlik gibi riskler nedeniyle iş göremezlik veya işsizlik gibi adlar altında yapılan ödenekler anlaşılmalıdır.

“Sosyal yardım ödeneği” ibaresi ise Yönetmeliğin 4. maddesinde tanımlanmış olup, bulunulan ülke mevzuatı kapsamında, geçimlerini sağlayacak hiçbir gelirleri olmayan veya mevcut gelirleriyle geçimlerini sağlamakta güçlük çeken kişilerin asgari geçim düzeyi ile sınırlı olmak üzere geçimlerinin sağlanması amacıyla kamu kurum ve kuruluşları tarafından muhtaçlık durumuna ve süresine göre ödenen, ikamet şartına bağlı nakdi yardımlar anlamını taşımaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde borçlanma yoluyla aylık bağlanmasında aranan kesin dönüş şartı aşağıdaki usul ve esaslar dahilinde uygulanacaktır.

1) Kanuna göre yurtdışı sürelerini borçlanana aylık bağlanmasında, öncelikle yurtdışındaki çalışmaları ve varsa ikamete dayalı sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneklerinin sona ermesi şartı aranacaktır. Kesin dönüş ifadesi hiçbir şekilde mutlak anlamda yurtdışında bulunduğu ülkeden Türkiye'ye döndükten sonra tekrar yurtdışına çıkış yapmama şeklinde değerlendirilmeyecektir.

2) Bir önceki maddedeki değerlendirmeye göre aylığın başlangıç tarihi itibarıyla yurtdışında çalışmalarını sürdürdüğü veya yukarıda açıklanan

ikamete dayalı sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almaya devam ettiği tespit edilenlere aylık bağlanmayacaktır.

3)Kuruma ibraz edilen yurtdışı hizmet belgelerinde yer alan mecburi prim ödeme süreleri, kendi nam ve hesabına çalışmalardan dolayı isteğe bağlı sigorta süreleri, bakım süreleri ile borçlanma yoluyla ödenen primlere ait süreler, kendi nam ve hesabına çalışmalardan dolayı zorunlu primlere ait süreler çalışma kapsamında değerlendirilecek, isteğe bağlı prim ödeme süreleri, çocuk yetiştirme süreleri, sigortadan muaf cüzi çalışmalar ise çalışma kapsamı dışında tutulacaktır.

4)Aylığa hak kazanılmasına engel teşkil eden sosyal sigorta ve sosyal yardım ödeneklerinin ortak özelliği, ikamete dayalı olmasıdır. Diğer bir anlatımla, ilgilinin ikametini Türkiye'ye nakletmesi ile kesilen ödenekler Kanun kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu nedenle, ikamet şartına bağlı olmayan bu nitelikteki sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanlara diğer şartlarla aylık bağlanabilecektir.

5)Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin yedinci fıkrasında “Bu yönetmeliğin uygulamasında, evli ya da birlikte yaşayan çiftler için ödenen sosyal yardımlar her iki eş içinde ödeniyor gibi kabul edilir” hükmü ile sosyal yardım kavramı genişletildiğinden yurtdışında borçlanma kapsamında süreleri bulunanların eşlerinin sosyal yardım niteliğinde ödenek alması durumunda yurda “kesin dönüş” şartı gerçekleşmeyecek ve bu durumda olanlara malullük ve yaşlılık aylığı bağlanmayacaktır.

6)Kesin dönüş şartının tespitinde sosyal sigorta kurumları tarafından sosyal sigorta ödeneklerine ilave olarak ya da sigorta ödeneği olarak ödenen prim karşılığı olmayan ödenekler, sosyal yardım kapsamında değerlendirilmeyecektir.

bb) Yargı kararları ışığında kesin dönüş

Kesin dönüş kavramının tanımı ve kapsamı konusunda gerek Yargıtay daireleri arasında gerekse dairelerin kendi içlerinde yorum farklılıkları ortaya çıkmıştır. Yargıtay kararlarında yurt dışında sigortalıya yapılan ödemelerin

hukuki niteliği ve bu ödemelerin kesin dönüş yapmış sayılmaya engel olup olmayacağı ele alınmıştır. Bu kararlar arasında yurt dışından işsizlik ödeneği alınmasının yurda kesin dönüş etkisi konusunda olanlar önemli bir yer tutmakla beraber hastalık ve sağlık sigortası yardımları, malûllük aylığı ve ön emeklilik ile emeklilik aylığı ödemeleri de kararlarda yer almaktadır.

Yargıtay ilk zamanlarda bu konu ile ilgili vermiş olduğu kararlarda yurt dışından işsizlik sigortası yardımı alınmasını yurda kesin dönüş yapılmış sayılmaya engel olarak görmemiştir. Nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 03.12.1996 tarihli kararına göre, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde ifadesini bulan yurda kesin dönüşten kasıt, “yurt dışındaki çalıştığı işyerinden ayrılmak suretiyle Türkiye'ye dönmek” tir. Başka bir anlatımla, yurt dışındaki aktif sigortalılığına giderek çalışma yaşamına son vermektir. Bu yön aynı yasanın 6/B maddesinde; bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları ayı takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir, sözcükleri ile kesin dönüşten amacın; yurt dışında eylemli olarak çalışmama olgusunun amaçlandığı, çalışmama koşulu ile, ikamet etmemenin amaçlanmadığı açık seçiktir. Bu sebeple 21. Hukuk Dairesi yurt dışında çalışan bir işçinin yurda kesin dönüş yaptıktan sonra çalışmış olduğu ülkenin işsizlik sigortasından yararlanmış olmasının, bu işçinin yurt dışında çalıştığı veya yurda kesin dönüş yapmadığı biçiminde yorumlanamayacağını kabul etmiş ve bu sırada yapılan yurt dışı hizmet borçlanmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma yaptıktan sonra zaman zaman yurt dışına çıkan sigortalının yaşlılık aylığının bu nedenle kesilmesinin usûl ve yasaya aykırı olacağı sonucuna varmıştır.³⁵⁸

10. Hukuk Dairesi bu konu ile ilgili verdiği kararların ilkinde, işsizlik sigortasından aylık almanın her zaman yurda kesin dönüş yapılmadığı anlamına gelmediği, bu sebeple işsizlik sigortası ödeneği alınmasına rağmen kesin dönüş iddiasının dayanaklarının araştırılması gerektiği, Alman mevzuatına göre, işsizlik sigortasından yararlanabilmek için o yerde oturma

³⁵⁸ Y 21. HD., 03.12.1996, 6625/6714 , YKD, C.24, S.4, Nisan 1998, s.575. Aynı yönde bkz. 21. HD, 26.06.1997, 4377/4500, YKD, C.24, S.3, Mart 1998, s.419.

zorunluluğu bulunduğundan, bunun aksinin inandırıcı delillerle ispat edilmesinin zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Daireye göre, işsizlik ödeneği alınmasına karşın yurda kesin dönüş iddiası varsa, bunun saptanması bakımından sigortalının pasaportunun aslının incelenmesi, pasaportun üzerinde yer alan yurda giriş çıkış tarihlerinin değerlendirilmesi ve yerine göre yurda giriş çıkış yapılan gümrük kapılarından durumun sorulması gerekir. Borçlanma tarihinde yurda kesin dönüş yapıldığı ispatlandıktan sonra işsizlik sigortası ödeneğinin alınması borçlanmaya engel değildir. Yine seyahat amacıyla yurt dışına çıkılması da borçlanmanın iptalini gerektirmez.³⁵⁹ 10. Hukuk Dairesi 30.6.1997 tarihli kararında da çalışma gücünü % 100 oranında kaybetmiş olan sigortalının bu durumunun kişinin yurt dışında çalışamayacağına karine teşkil ettiğini ve işsizlik yardımı almanın onun çalışmakta olduğu anlamına gelmeyeceğini kabul etmiştir.³⁶⁰

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi daha sonra verdiği bir kararında ise, işsizlik sigortasından ödenek alınmasının yurda kesin dönüş yapılmadığına güçlü bir kanıt ve karine oluşturduğunu kabul etmiştir. Daireye göre, işsizlik ödeneği alınması bu yardımın alındığı ülkede oturmayı gerektirir. Bu ülkeden ayrılınması durumunda işsizlik yardımı kesilecektir. Alman sosyal güvenlik mevzuatına göre, işsizlik sigortası kolundan yardım alabilmek için, sigortalının emeğini iş piyasasının emrine hazır tutması gerekir. Çünkü ilgili Alman kurumları işsizleri ve işyerlerini takip ederek işsizleri boş işlerde çalışmaya davet etmekte, işçiler de söz konusu bu davetleri kaçırmamak için, o ülkede oturmaya ve ülke sınırları dışına çıkmamaya özen göstermektedirler. Yurda kesin dönüş yapıldığından söz edilebilmesi bakımından, sigortalının ikametgâhını yurt dışından yurt içine taşıma amacının bulunması gerekir. Ancak, Türkiye'den alınan ikametgâh ilmühaberleri her zaman elde edilebilmeleri nedeniyle aksi yönde güçlü bir kanıt oluşturmamaktadır.³⁶¹

³⁵⁹ Y 10. HD, 28.04.1997, 117/3024, YKD, C.24, S.1, Ocak 1998, s.9-10.

³⁶⁰ Y 10. HD, 30.06.1997, 5098/5006, Orhan, s.97. Adı geçen kararda sigortalının yurt dışına zaman zaman çocuklarını görmek amacıyla çıkmasının kesin dönüşü engel olmayacağı da belirtilmiştir.

³⁶¹ Y 10. HD, 20.11.1997, 8333/8154, İBD, S.3, Eylül 1998, 744 vd. Kararı isabetli bulmayan öğreti görüşü için bkz. Caniklioğlu-Canbolat, s.880. Yargıtay'ın ikametgâh ilmühaberinin her zaman

10. Hukuk Dairesi daha sonraki tarihli bir kararında ise Alman mevzuatına göre işsizlik sigortasından ödenek alınması bu ülkede ikameti gerektirmekle birlikte, Türkiye Cumhuriyeti ile Alman Federal Cumhuriyeti arasında yapılmış olan sosyal güvenlik sözleşmesinin 4/a maddesinden hareketle Almanya'da işsizlik ödeneği alınmasının Türkiye'deki borçlanma işleminin ve bağlanan yaşlılık aylığının iptalini gerektirmeyeceği sonucuna varmıştır. Çünkü anılan maddede akit taraflardan birinde yardım yapılmasını o ülkede ikamet etme şartına bağlı kılan mevzuatın diğer akit taraf ülkede ikamet eden kimselere uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bu kararda ayrıca, 3201 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 22.05.1985 tarihinde, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 60. maddesine göre yaşlılık aylığına hak kazanılabilmesi için işten ayrılmanın zorunlu olduğu, 3201 sayılı Kanunda öngörülen yurda kesin dönüş koşulunun da anılan işten ayrılma koşuluna paralel bir düzenleme getirmek amacıyla öngörüldüğü belirtilerek, 1986 yılında 3279 sayılı Kanunla SSK'nın 60. maddesinde yer alan işten ayrılma esasının değiştirilmesi ve sosyal güvenlik destek primi ödenerek çalışırken aylık almaya devam edilebilmesi olanağının getirilmesi karşısında (m. 63), 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan yurda kesin dönüş koşulunun ilga edildiği görüşüne yer verilmiştir. Daireye göre, aksine bir yaklaşım, Anayasadaki eşitlik (m. 10), çalışma hürriyeti (m. 49) ve sosyal güvenlik hakkı (m. 60, 62) ile ilgili maddelere aykırılık oluşturur. Kararda ayrıca kanunlar arası paralellik yakalayabilmek amacıyla 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu (m. 35) ile 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanununda (m. 17) aylık bağlanması için işten ayrılma koşulunun aranmadığına da değinilmiştir.³⁶²

Kararlara bakıldığında anlaşılmaktadır ki kesin dönüş ibaresinin işsizlik sigortası ödeneğinin varlığı hâlinde anlamı ve kapsamı konusunda gerek Yargıtay daireleri arasında gerekse dairelerin kendi içlerinde görüş farklılıkları ortaya çıkmıştır. Bu görüş farklılığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.1997 tarihli kararına³⁶³ kadar devam etmiştir. Hukuk Genel Kurulu

temin edilebileceği mümkün bulunduğundan kuvvetli delil niteliğinde kabul edilemeyeceği yönünde bir diğer karar için bkz. Y HGK, 22.4.1998, 10-281/298, www.kazanci.com, 24.11.2011.

³⁶² Y 10. HD, 30.4.1998, 2988/3211, Orhan, s.99 vd.

³⁶³ Y HGK, 22.10.1997, 10-588/857, YKD, C.24, S.1, Ocak 1998, s.9-15.

kararında önce kesin dönüş kavramını tanımlamıştır. Buna göre; yurda kesin dönüş yapma, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma hayatına yönelik tüm ilişkilerini, gerek çalıştığı işyerleri ve gerekse ilgili olduğu tüm Sosyal Güvenlik Kuruluşları yönünden sona erdirerek yerleşmek ve sosyal güvenliklerini de burada sağlamak üzere anavatana dönüş yaptığını ifade eder. Yurt dışındaki işçi sıfatıyla, çalışma hayatıyla ilgili tüm bağlarını ve ilişkisini bitirmeden geçici sürelerle yurda giriş yapmak yasanın amacına uygun kesin dönüş olarak nitelendirilemez. Ayrıca yurt dışı iş hayatı ile ilgili gerçek dışı bilgiler temin edilip Türk makamlarına kesin dönüş yapıldığını bildiren tek taraflı beyanda geçerli kabul edilip itibar edilemez.

Yine kararda belirtildiği üzere Alman sistemine göre, işsizlik yardımına hak kazanabilmek ilgilinin işsiz kaldığını şahsen bildirmesi ve bunu yazılı bir dilekçe ile yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca, başvurudan önceki yedi yıllık çalışma sürelerini gösteren, işveren tarafından düzenlenen bir belge ile, Almanya'da ikamet edildiğini kanıtlayan ikamet kayıt belgesi, ücret vergi kartı ve sigorta kimlik kartının ibrazı zorunludur. İşsizlik yardımı alabilmek için öngörülen koşullardan birisi de; Almanya Cumhuriyeti'nde çalışma hakkı veren geçerli bir çalışma iznine sahip olunmasıdır. Bu koşulları taşıyan ve işsizlik yardımına hak kazanan kişiler yardım süresince, İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından kendilerine teklif edilen işleri kabul ve işe başlama zorunda oldukları gibi, bu süre zarfında; yaşamlarında meydana gelen değişiklikleri de ilgili makamlara bildirmek zorundadırlar. Bu nedenlerle Alman işsizlik yardımından yararlanan bir kişinin, Almanya'da ikamet ettiği ve iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilir. Hâl böyle olunca, Almanya'da işsizlik sigortasından yardım görmek, kişinin Almanya'a oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturur. Ancak bu karinenin aksi somut olayın özellikleri de gözönünde tutularak aynı güçte delillerle kanıtlanabilir. Aksi kanıtlanamaz ise kesin dönüş şartının gerçekleşmemesi nedeniyle borçlanma işleminin iptali gerekir.

22.10.1997 tarihli kararında 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma yapabilmek için borçlanmak isteyenlerin yurda kesin dönüş yapmalarının şart

olduğuna karar veren Hukuk Genel Kurulu 14.2.2001 tarihli kararında³⁶⁴ farklı bir görüşü benimsemiştir. Söz konusu kararda Hukuk Genel Kurulu borçlanmanın geçerliliği için kesin dönüşün şart olmadığına karar vermiştir. Bu karara istinaden yurt dışı hizmet borçlanması yapılabilmesi için kesin dönüşün şart olmadığına karar veren ilk derece mahkemesi kararı ise 10. Hukuk Dairesince bozulmuştur. Daire söz konusu kararında Hukuk Genel Kurulu'nun kesin dönüşün şart olmadığına ilişkin içtihadına ilişkin olarak olumsuz görüş beyan etmiştir. Nitekim kesin dönüşün şart olduğu konusunda Hukuk Genel Kurulu'nun görüşü yerleşmiş ve oturmuş iken aksine çıkan tek karara itibar edilemez. . Ayrıca anılan kararda kesin dönüş koşulu, yasal ve hukuksal dayanakları gösterilmek suretiyle inandırıcı biçimde irdelenmiş de değildir. Yargıtay'da, özellikle geniş bir kitleyi ilgilendiren çok önemli bir içtihadın, içtihadı birleştirme yoluna gidilmeksizin değiştirilmesi, ülke genelinde içtihat birliğini sağlamak ilkesini zedelediği gibi, yargıya olan güveni de sarsar.³⁶⁵ İlk derece mahkemesinin 10. Hukuk Dairesi'nin bozma kararına karşı direnmesi üzerine dosyayı inceleyen Hukuk Genel Kurulu 22.10.1997 tarihli içtihadı gözeterek mahkemenin direnme kararını bozmuştur.³⁶⁶

Kesin dönüş şartının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda Yargıtay kararlarına konu edilen diğer iki husus malûllük aylığı ve geçici iş göremezlik ödeneğidir. Hukuk Genel Kurulu işsizlik sigortası ile birlikte bu hususları da 22.4.1998 tarihli kararında ele almıştır. Hukuk Genel Kurulu kararında yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenlikleri kuruluşları ile olan bağlantılarını malûllük aylığı, geçici iş göremezlik ödeneği ve işsizlik sigorta yardımı olmak üzere üç noktada toplamış ve kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“...a) Geçici işgöremezlik yardımı: Bu durum iş akdi feshedilmeksizin aktif sigortalılığın devam ettiği zaman kesitinde sigortalının hastalanması

³⁶⁴ Y HGK, 14.2.2001, 21-105/139, www.kazanci.com, 24.11.2011.

³⁶⁵ Y 10. HD, 13.12.2001, 7801/8847, YKD, C.28, S.5, Mayıs 2002, s.728-731. Kararda ayrıca kesin dönüşün şart olup olmadığı konusunda herhangi bir direnme kararı ve uyuşmazlık bulunmadığı hâlde Hukuk Genel Kurulu'nun uyuşmazlık konusu olmayan ve direnme kararı dışında kalan bir konuyu kararında tartışmış olmasının usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilmiştir.

³⁶⁶ Y HGK, 3.7.2002, 10-586/579 , Orhan, s.99, dn. 187.

halinde istirahatli kaldığı sürelerle ilişkindir. B) İşsizlik sigortası yardımı: Gerçekten özellikle Alman sistemine göre işsizlik yardımı kendine özgü bir sosyal yardım olarak öngörülmüştür. Belirli koşulların varlığı halinde Federal Almanya Cumhuriyeti işsiz kalanlara İş ve İşçi Bulma Kurumu aracılığı ile işsizlik parası ödemektedir. Bu yardımdan yaralana imseler yardım süresince İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından kendilerine teklif edilen işleri kabul ve işe başlama zorunluluğu altındadırlar. C) Malulen emeklilik: Bu ahvalde sigortalı fiziksel çalışma gücünü belli bir oranda yitirmiş ve iş akdi fesh edilerek malullük aylığına hak kazanmış ve malulen emekli olmuştur. Yukarda a ve b bentlerinde açıklana hukuki statü içinde bulunan işçinin yurtdışında olayımızda Almanya'da ikamet ettiği ve iş ilişkisinin devam edegeldiğinin kabulü kaçınılmazdır. Diğer bir anlatımla bu iki durum kişinin yurtdışında oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturur. Ancak bu iki karinenin aksi somut olayın özellikleri içinde belirlenecek aynı güçte delillerle kanıtlanabilir. Davacı yargılamada bu karineyi çürütücü kanıtlar ortaya koyamamıştır. Ne var ki yukarda belirtilen malulen emeklilik durumunda ise a ve b bentlerinde izahı yapılan ve kabul edilen sonuç kabul edilemez. Zira malulen emeklilikte belirtildiği üzere iş akdi fesh edileceği için başkaca bir koşul aranmaksızın 3201 sayılı yasanın 3. maddesinin özü ve sözüne uygun kesin dönüş koşulunun yerine geldiği bunun tabi bir sonucu olarak da işçinin borçlanma talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir...³⁶⁷

Kararlılık kazanan içtihatlarla göre, Türkiye dışındaki bir ülkenin sosyal sigorta kurumundan işsizlik sigortası yardımı veya hastalık parası alınması, yurt dışında oturulduğuna ve kesin dönüş yapılmadığına, emekli aylığı veya malûllük aylığı bağlanması ise kesin dönüş yapıldığına karine olup, bu karinelerin aksi, somut olayın özellikleri içinde belirlenecek aynı güçte kanıtlarla kanıtlanabilir.

³⁶⁷ Y HGK, 22.4.1998, 21-284/300, YKD, C.24, S.9, Eylül 1998, s.1279; Akın, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, s.970 vd. Malulen emeklilik durumunda kesin dönüş koşulunun yerine geldiğini belirten HGK kararı için bkz. Y HGK 28.4.1999, 10-618/247, Araslı, s.1732-1734; Malûllük yardımının işsizlik yardımı sayılmadığı hakkında bkz. Y 10. HD, 2.11.1999, 7604/7838, Çakmak, s.1473 vd.

Yurt dışından yapılan ödemelerin hukuki niteliği önem arz etmektedir. Bu nedenle sigortalıya yurt dışından yapılan ödemelerin malûllük aylığı, geçici iş göremezlik ödeneği ya da hastalık yardımı olup olmadığının kesin şekilde tespit edilerek yapılan ödemenin hukuki niteliğinin belirlenmesi ve sigortalının kesin dönüş yapıp yapmadığının saptanması gerekmektedir.

Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu içtihadından sonra Yargıtay daireleri de içtihat yönünde kararlar vermiştir.³⁶⁸

Yine Yargıtay'a göre; kesin dönüş ifadesi, hiçbir şekilde mutlak anlamda yurt dışında bulunduğu ülkeden Türkiye'ye döndükten sonra tekrar yurt dışına çıkış yapmama şeklinde anlaşılmamalıdır.³⁶⁹

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki döneme ilişkin olarak 3201 sayılı Kanunun 3. maddesine göre yurt dışında geçen çalışmaların borçlanılabilmesi için yurda kesin dönüş yapmış olmak esas koşuldur. 3201 sayılı Kanunun son şeklinde borçlanma talebinde bulunabilmek için anavatana kesin dönüş yapmış olmak aranmamakla beraber yurt dışında geçen çalışma süreleri borçlanma yolu ile değerlendirilen Türk vatandaşlarına yaşlılık aylığı bağlanabilmesi, ilgilinin yurda kesin dönüş yapmış olması koşuluna bağlıdır. 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin (B) bendi hükümlerine göre, yurda kesin dönüş yapıp kendisine yaşlılık aylığı bağlanan sigortalının yeniden yurt dışında çalışmaya başlaması veya ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği halinde yaşlılık aylığı kesilir ve yurda yeniden kesin dönüş yapanların aylıklarının yeniden hesaplanarak ödenmeye devam edilir. Dolayısıyla yaşlılık aylığı bağlanması aşamasında ve sonrasında ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almak veya tekrar çalışmak suretiyle yurt dışındaki

³⁶⁸ Yurt dışında işsizlik sigortasından yardım almanın kişinin yurt dışında oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturduğu yönünde kararlar için bkz. Y HGK 28.4.1999, 1998/10-645, 1999/237, Çakmak, s.1460 vd.; Kılıçoğlu, s.97 vd.; Y 10. HD, 8.6.1999, 7884/3890, s.112 vd., Y 21. HD, 27.11.1997, 6896/7857, YKD, C.24, s.6, Haziran 1998, s.897-898, Y 21. HD, 18.09.2006, 2297/8289, YKD, C.33, S.2, Şubat 2007, s.318, Y 10. HD, 1.6.2009, 2008/1596 E., 2009/9868 K., www.kazanci.com, 25.11.2011. Yurt dışında hastalık yardımı almanın kişinin yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturduğu ve aksinin aynı güçte delillerle ispatlanabileceği yönündeki karar için bkz. Y 10. HD, 24.4.2000, 2641/2788, Kılıçoğlu, s.105 vd.

³⁶⁹ Y HGK, 20.02.2013, 2012/10-1148, 2013/261, UYAP Hâkim Portalı, 11.09.2013.

çalışma yaşamına katılımı izleyen süreçte, yurda kesin dönüş yapma koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin yöntemince araştırılıp ortaya konulması gerekir.³⁷⁰ Bu sebeplerle Yargıtay'ın kesin dönüş kavramının anlamı ve kapsamına ilişkin esasları içeren kararları günümüz için de geçerliliğini korumaktadır.³⁷¹

cc) Öğreti görüşlerinde kesin dönüş

Arıcı'ya göre; yurda kesin dönüş, ikametgâhını Türkiye'ye nakletmek, hayat akışını Türkiye'de devam ettirmek kasıt ve iradesini gerekli kılar. Yazar bu bağlamda görüşünde Yargıtay'ın kesin dönüş ibaresine verdiği anlamı isabetli bulmuştur. Zira Yargıtay'a göre de; yurda kesin dönüş yapma yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma hayatına yönelik tüm ilişkilerini, gerek çalıştığı işyerleri ve gerekse ilgili olduğu tüm sosyal güvenlik kuruluşları yönünden sona erdirerek yerleşmek ve sosyal güvenliklerini de burada sağlamak üzere anavatana dönüş yaptığını ifade eder. Yazara göre kesin dönüşten söz edebilmek için, sigortalının ikametgâhını yurt dışından yurt içine nakletme amacını taşıması gerekir. Bu durumda, işsizlik sigortasından aylık alanların yurda kesin dönüş iradesine sahip olmadıkları kabul edilmelidir. Çünkü, işsizlik sigortasından aylık almak sigorta kurumundan önerilecek işi beklemeyi ve makul bir gerekçe olmadıkça bu öneriyi kabul etmeyi gerektirir. Başka bir ülkeye gidilerek orada beklenmesi de gerçekçi değildir. Bu çerçevede, borçlanma işlemini tamamlayıp geri dönmek üzere yurda girişi kesin dönüş olarak kabul etme olanağı da yoktur.³⁷²

Araslı, 2147 sayılı Kanunda kesin dönüş şartının getirilmediğini, konunun istismar edildiğini ve 2147 sayılı Kanunun bu konuda yetersiz kalmasından ötürü buna bir tepki olarak 3201 sayılı Kanunda bu koşula yer verildiğini ifade etmektedir. Pasif sigortalıların aktif sigortalılara göre aşırı oranda artması ve Kurum kaynaklarının kısa sürede tükenmesi yaşlılık aylığı

³⁷⁰ Y 10. HD, 07.04.2009, 2007/23291., 2009/6617 , YKD, C.35, S.11, Kasım 2009, s.2085-2087.

³⁷¹ Y 10. HD, 22.03.2013, 31/5584; Y 10. HD, 02.05.2013, 3637/9009, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

³⁷² Arıcı, Değerlendirme 1997, s.306 vd.

ve borçlanma koşullarını etkilemiş ve 3201 sayılı Kanun ile kesin dönüş yapmış olma koşulu getirilmiştir.³⁷³

Başterzi'ye göre yurda kesin dönüş koşuluna geniş bir yorumla sözcük anlamları dışında farklı anlamlar yükleyerek çözüm aramak isabetli değildir. Yurda kesin dönüş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüşüne uygun olarak, yabancı ülkedeki çalışma iliksilerinin her yönüyle sona erdirilerek yerleşmek niyeti ile yurda dönülmesi biçiminde anlaşılmalıdır. Yazar yurda kesin dönüşün, yurt dışında çalışma ilişkisine son verilmesi ve aktif sigortalılık ilişkisinin bitirilmesi biçiminde yorumlanmaya çalışılmasının, ayrıca yerleşmek niyeti ile yurda dönüşün aranmamasının, yurt dışında ev hanımı olarak bulunan Türk vatandaşlarının da kanun kapsamına alınmış olması karşısında sorunu çözmediği görüşündedir. Zira yurt dışında ev hanımı olarak bulunan Türkler bakımından yurda kesin dönüş koşulu, her hâlde yerleşmek niyetiyle Türkiye'ye geri dönmek, başka bir ifade ile ikametgâhın Türkiye'ye nakli biçiminde anlaşılabilir.³⁷⁴

Caniklioğlu ve Canbolat'a göre; yurda kesin dönüş yapılmış olmasının uzun yıllar yurt dışında yaşayan vatandaşların o ülke ile ilgili çalışma yaşamlarının yanı sıra tüm sosyal faaliyetleri ve her türlü ilişkilerini sona erdirmesi ve bir daha bu ülkede ikamet etmemesi şeklinde anlaşılmaması gerekir. Bu görüşün gerekçesi olarak da 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin (B) bendinin 2008 değişikliğinden önceki hâli gösterilmiştir. Nitekim bu maddede 3201 sayılı Kanuna göre aylık bağlananların tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden aybaşından itibaren aylıklarının kesileceği düzenlenmişti. Yazarlara göre burada açıkça yabancı ülkede ikamet etmesi aylığın kesilme nedeni olarak öngörülmemiş, sadece yurt dışında tekrar çalışmaya başlama hâli aylığın kesilme nedeni olarak öngörülmüştür. Bu nedenle yurda kesin dönüşten yurt dışındaki aktif çalışma yaşamının bir bölümünün Türkiye'de geçirilmesinin anlaşılması kanunun ruhuna uygun olacaktır. Ayrıca Anayasada özel olarak korunacaklar arasında yer alan yurt dışındaki Türk vatandaşlarının sosyal güvenlik

³⁷³ Araslı, s.1720 vd.

³⁷⁴ Başterzi, Yurda Kesin Dönüş Koşulu, s.287.

şemsiyesi altına alınabilmesi için bunların çalıştıkları ülke ile her türlü ilişkilerini sona erdirip Türkiye'ye dönmelerinin aranması uygun değildir. Yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanabilmek için yurt dışından herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan gelir ve aylık almama koşulunun aranması uygun olabilir.³⁷⁵

Kılıçoğlu'na göre, 3201 sayılı Kanunda kesin dönüş kavramı tanımlanmadığı için kavramın içeriği katı bir biçimde belirlenemez. Burada gerçek ölçütün eylemli çalışma olgusu ile sınırlandırılması gerekir. Yabancı ülkede eylemli bir çalışma yoksa kişinin Türkiye'ye dönüş iradesi beyana bağlı olmalıdır. Kişinin tekrar yurt dışına dönmesi ve eylemli olarak çalışması hâlinde aylık kesilir. Bunun takibi de her iki ülke arasında düzenlenecek bir sistemle sağlanabilir. Vatandaşı sosyal güvenlik sistemlerinden birinden vazgeçmeye zorlamak sosyal güvenlik hukukunun amacı ile de bağdaşmaz. Yine yazara göre bu tarz bir çözümde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Bu durumda da kurumun sistemi hakkın kötüye kullanımını önleyecek şekilde düzenlemesi gerekir.³⁷⁶

Laçiner'e göre; Alman sosyal sigorta kurumundan işsizlik yardımı alan kişinin yurda kesin dönüş yaptığından söz edilemez. Zira Almanya'da işsizlik yardımı alabilmek için, Alman iş ve işçi bulma kurumuna işsiz olduğunu bildirmek, kurumca önerilecek işi kabule hazır olmak, bunun için kurum tarafından her gün görülüp ulaşılabilecek bir yerde bulunmak ve Almanya'da ikamet edildiğini kanıtlayan ikamet belgesi, ücret vergi kartı ve sigorta kimlik kartının ibrazının gerektiğini belirtmektedir. Bir diğer ifade ile işsizlik sigortası yardımı almanın şartlarından biri Almanya'da ikamet ediyor olmaktır.³⁷⁷

Okur'a göre; 3201 sayılı Kanunda bu şarttan söz edildiği için bu şartın yok sayılması mümkün değildir. Ancak bunun katı biçimde uygulanması yurt dışında çalışan işçilerin çıkarları ile bağdaşmamaktadır. Zaman zaman yurt dışına gidip gelmeleri 1982 Anayasasının 23. maddesinde düzenlenen seyahat özgürlüğü kapsamında onların da hakkıdır. Yaşamın ağırlık alanı

³⁷⁵ Caniklioğlu-Canbolat, s.881.

³⁷⁶ Kılıçoğlu, s.89.

³⁷⁷ Laçiner, s.626-628.

ölçütü hukuki ve sosyolojik veriler ışığında değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede işçinin ikametgâhı, sosyal çevresi, dış ülkenin yardımları göz önünde tutulmalıdır.³⁷⁸

Kesin dönüşü, ikametgâhın, yaşamın ağırlık alanının tek bir ülkeye taşınması olarak niteleyen Sözer ise kesin dönüş koşulunu, sosyal sigortalarda teklik ilkesi ve SSK'da öngörülen yaşlılık aylığının bağlanması için işi bırakma koşulu açısından değerlendirmektedir. Yazara göre, sosyal sigortalarda teklik ilkesi kişinin aktif dönemde zorunlu sigorta kurumlarından sadece birinin üyesi olması ve pasif dönemde de bunlardan sadece birinden edime hak kazanmasını ifade eder. Ancak bu ilke uluslararası hukukta geçerli değildir. Çünkü, primlerini alarak ülkeye dönen sigortalılar yanında, sosyal güvenlik sözleşmelerine göre kısmî aylığa hak kazanan sigortalılar ve nihayet çalıştıkları yerde aylığa hak kazanmış sigortalılar dahi yurt içinde borçlanma talebinde bulunabilmektedir. Buna göre, örneğin Almanya'dan malûllük aylığı alan bir Türk vatandaşının borçlanma yoluyla Türkiye'de ayrıca yaşlılık aylığı alması mümkün ise yurt dışında işsizlik yardımı alması da Türkiye'de yaşlılık aylığı almasına bir engel oluşturmamalıdır. Yazara göre istihdam sorunu bulunan ülkemizde yurda kesin dönüşün teşvik edilmesi akılcı olmadığı gibi sosyolojik anlamda da doğru değildir. Yurt dışında çalışan işçiler yurt dışında kalan aile fertleri ile ilişkilerini koparmamak ve yurt dışında çalışmaya bağlı haklarını kaybetmemek için emekli olduktan sonra yılın yarısını Türkiye'de diğer yarısını yurt dışından geçirmektedirler. Bu sebeple kesin dönüş şartının aranması işçilerin menfaatlerine de uygun değildir.³⁷⁹

Kesin dönüş şartının değerlendirilmesinde Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarına katılmayan Tuncay'a göre; yurda kesin dönüş yapan kimsenin yabancı ülke sosyal güvenlik kuruluşundan gelir veya aylık alıyor alması o kişiyi ve yabancı ülke mevzuatını ilgilendiren bir konudur. Bu durum kendisine aylık bağlayan Türk sosyal güvenlik kurumunun mal varlığında haksız bir zenginleşmeye de yol açmamaktadır. 3201 sayılı Kanunun kesin dönüş şartını öngörmüş olması kişiye artık yurt dışına çıkış yasağı konduğu

³⁷⁸ Okur, Değerlendirme 2001, s.239 vd.

³⁷⁹ Sözer, Değerlendirme 1998, s.270-271.

anlamına da gelmez. Söz konusu şart yurda kesin dönüş yapmış kimsenin yıllarca yaşadığı ve çalıştığı yabancı ülke ile her türlü ilişkisini hatta oradaki aile ilişkilerini koparması şeklinde değerlendirilemez. Yine 3201 sayılı Kanun ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinin dışında kalan bir alanı düzenlemektedir ve amacı yurt dışından yardım alınıp alınmamasına bakılmaksızın sigortalılara borçlanma suretiyle yurt içinde sosyal güvenlik yardımı sağlamaktır.³⁸⁰

b) Borcun tamamını ödemek

Kanuna ve yönetmeliğe göre aylık bağlanabilmesi için tahakkuk ettirilen borç miktarının tamamının ödenmiş olması gerekmektedir. Yönetmeliğin 4. maddesinde “Borcun tamamının ödenmesi” ibaresi, aylık talep tarihinden önce en az aylığa hak kazanmaya yetecek süre karşılığı ödenen miktar olarak tanımlanmıştır. Öte yandan yönetmeliğin 10. maddesinin altıncı fıkrasında ise; üç aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi halinde, ödenen miktara isabet eden sürenin geçerli sayılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yönetmeliğin her iki hükmü birlikte değerlendirildiğinde “Borcun tamamının ödenmesi” ibaresinin mutlak anlamında kullanılarak, aylık bağlanması için tebliğ edilen borcun tamamının ödenmesi şartının aranmasına imkân bulunmamaktadır. Bu durumda, aylığa hak kazanmaya yetecek prim gün sayısına isabet eden miktarda ödeme yapılması, bu şartın yerine getirilmesinde yeterli olacaktır. Aylık bağlamaya yetecek prim gün sayısı kadar ödeme yapmayanlara aylık bağlanmayacaktır (2011/48 Genelge, 3.B.,1.2)

c) Sosyal güvenlik kanunlarına göre aylığa hak kazanmak

3201 sayılı Kanun gereği borçlanma yapan kişilere aylık bağlanmasının şartlarından biri kişinin bulunduğu statüye göre sosyal güvenlik kanunları gereğince aylığa hak kazanmış olmasıdır. 3201 sayılı

³⁸⁰ Tuncay, Değerlendirme 2000, s.236 vd.

Kanuna göre, borçlanma ve aylık tahsisi için aranan şartları yerine getirenlerden tahsise hak kazananların aylıkları, yazılı istek tarihini takip eden ay başından itibaren başlatılmak üzere 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi hükümlerine göre bağlanır (m. 6/A,2).

Yargıtay'a göre de, 3201 sayılı Kanun kapsamında yurt dışındaki çalışmalarını borçlanarak yaşlılık aylığı tahsisi talebinde bulunan sigortalılar yönünden, anılan Kanunda yaşlılık aylığının hesaplanması yöntemi ile ilgili bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, yaşlılık aylığının hesaplanması Kurum sigortalıları için geçerli olan hükümlere tabidir.³⁸¹

Sosyal güvenlik kanunlarının ne olduğu ve uygulama usul ve esasları genelgede ayrıntılı olarak açıklanmıştır (2011/48 Genelge, 3.B.,1.3). Kurum yönünden “sosyal güvenlik kanunları” deyiminden 5510 sayılı Kanunun uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girdiği 2008 yılı Ekim ayı başından (ücret veya aylıkları her ayın 1'inde ödenenler için 01.10.2008, her ayın 15'inde ödenenler için 15.10.2008) önce yapılan tahsis başvuruları için 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı kanunlar, bu ay başından sonra yapılan veya yapılacak tahsis başvuruları için ise 5510 sayılı Kanun anlaşılmalıdır.

Yurtdışı sigortalılık sürelerini borçlananların aylığa hak kazanma şartlarının tespitinde uygulanacak usul ve esaslar şu şekilde gösterilmiştir:

1)Gerek 8.5.2008 tarihinden önce, gerek bu tarihten sonra yurtdışı sürelerini borçlanıp 2008 yılı Ekim ayı başından önce tahsis başvurusunda bulunanların aylığa hak kazanma şartları 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunun hükümlerine, 2008 yılı Ekim ayı başından sonra tahsis başvurusunda bulunanların aylığa hak kazanma şartları ise 5510 sayılı Kanun ve bu Kanunla mülga kanunların aylık bağlama şartlarını belirleyen geçici hükümlerine göre belirlenecektir.

2)8.9.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar için 5510 sayılı Kanunla mülga sosyal güvenlik kanunlarında 4447 sayılı Kanunla düzenlenen emeklilikte kademeli geçiş sürecine ilişkin maddeler yürürlükte

³⁸¹ Y 10. HD, 03.06.2013, 2011/18344, 2013/12327, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

bırakıldığından, bunlardan yurtdışı sürelerini borçlananların aylığa hak kazanma şartları da sosyal güvenlik kanunlarının ilgili geçici maddesi hükmüne göre tespit edilecektir.

3)5510 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin son fıkrasına göre, sigortalılıkları 2008 yılı Ekim ayı başından önce başlayan ve Kanuna göre tahsis talebinde bulunanlardan birden çok sosyal güvenlik kuruluşuna ya da sigortalılık haline tabi hizmeti olanların yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları son yedi yıllık fiili hizmet içinde en fazlasının geçtiği, eşit olması halinde son defa tabi olduğu, malullük ve ölüm aylığına hak kazanma koşulları ise son defa tabi olduğu mevzuata göre belirlenecektir.

4)5510 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin altıncı fıkrasına göre 2008 yılı Ekim ayı başından sonra ilk defa sigortalı sayılanlardan 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinden birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların yaşlılık aylığı bağlanma taleplerinde, en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali, hizmet sürelerinin eşit olması ile malullük ve ölüm halleri ile yaş haddinden re'sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları sigortalılık halinin kanunla değiştirilmesi durumunda ise son sigortalılık hali esas alınacaktır.

Yurt dışı hizmet borçlanması yapanlara hangi sigortalılık statüsü ile hangi sosyal güvenlik kanununa göre aylık bağlanacağına belirlenmesinde 2829 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Buna göre,

a)2008 yılı Ekim ayı başından önce aylık talebinde bulunan sigortalıların kendilerine, ölümleri hâlinde hak sahiplerine bağlanacak aylıklar 2829 sayılı Kanunun 8. maddesi hükmüne göre belirlenecek olan sosyal güvenlik kurumu mevzuatına (506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı kanunlardan birine),

b)2008 yılı Ekim ayı başından sonra aylık talebinde bulunan sigortalıların kendilerine, ölümleri hâlinde hak sahiplerine bağlanacak aylıklar 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin son fıkrası gereğince 2829 sayılı

Kanunun 8. maddesi hükmüne göre belirlenecek olan sigortalılık statüsü dikkate alınarak 5510 sayılı Kanuna göre hesaplanacaktır.³⁸²

Aylığa hak kazanma ile ilgili olarak Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklardan biri, yaşlılık aylığında kademeli geçişi öngören 4447 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra 3201 sayılı Kanun uyarınca yapılan borçlanma ile kazanılan sigortalılık süresi nazara alınarak tespit edilen sigorta başlangıç tarihi ve sigortalılık süresinin, 4447 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önceki bir tarih olduğunda, yaşlılık aylığı tahsis koşullarının 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddedeki kademeli geçiş şartlarına göre mi, yoksa 506 sayılı Kanunun 4759 sayılı Kanunla değişik 60. maddesi hükümlerine göre mi değerlendirileceğidir.

Bilindiği gibi, 506 sayılı Kanunun 60. maddesi 08.09.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4447 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değiştirilerek, mevcut aylık bağlama şartları ağırlaştırılmış ve maddedeki değişikliğin yürürlük tarihi olan 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar için 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 81. madde ile geçiş hükümleri getirilerek, sigortalılar kademelendirilmiştir. Anılan maddenin (B) ve (C) bentlerinin Anayasa Mahkemesinin 23.02.2001 gün ve 42/41 sayılı kararı ile iptalinden sonra, 01.06.2002 tarihinde yürürlüğe giren 23.05.2002 tarihli 4759 sayılı Kanunla yeniden düzenleme yapılarak bazı farklılıklarla kademeli geçiş sistemi korunmuştur.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Türkiye'de daha önce hiç çalışması olmayan ve yurt dışındaki hizmet sürelerini borçlanarak sigortalılık başlangıcı yurt dışında işe girdiği tarih olarak kabul edilen sigortalıların, 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinin yürürlüğe girdiği ve değiştirildiği tarihlerde Türkiye'de çalışmalarının bulunmaması, yurt dışı borçlanma talebi ve borçlanma bedelinin ödenmesinin de anılan maddenin yürürlüğünden sonraki tarihlerde yapılmış olması gerekçeleriyle haklarında geçici 81. maddenin

³⁸² Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.343.

uygulanmasının mümkün olmadığını, kademeli geçiş şartlarından yararlanamayacaklarını kabul etmişti.³⁸³

Hukuk Genel Kuruluna göre ise; Türkiye'de sigortalı olarak tescili bulunanlar 506 sayılı Kanunun geçici 81.maddesinin lehe olan hükmünden yararlanırken, tescili bulunmayanların daha sonra yurt dışı hizmet borçlanması yolu ile kazanılan sigortalılık süresinden yararlanamaması bir adaletsizliği ortaya çıkarmaktadır. Diğer bir deyişle, 3201 Sayılı Kanuna göre sonradan borçlananlar hakkında, 506 sayılı Kanunun geçici 81.maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte (23.05.2002) hiç hizmetlerinin bulunmamaları gerekçesiyle 81.maddenin uygulanmaması, 3201 Sayılı Kanun ile sigortalılara tanınmış olan hakların ortadan kaldırılmasına yol açacaktır. Daha önce sigortalı olarak Türkiye'de tescili olmayanların 506 sayılı Kanunun geçici 81.maddesinin yürürlük tarihinden sonra, yürürlük tarihinden öncesine ait devreye ilişkin olarak yapacakları borçlanmaların, geçici 81.madde uygulamasında gözetilmesi gerekir.³⁸⁴

İncelenmesi gereken bir diğer husus 3201 sayılı Kanun uyarınca yaşlılık aylığının bağlanmasında Türk emeklilik sisteminde uygulanan kolaylaştırılmış emeklilik seçeneklerinin yurt dışı hizmet borçlanması yapmış olan kişiler hakkında uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bilindiği gibi sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için belli bir sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına ulaşmış olmaları gerekmektedir. Ancak kimi durumlarda işlerin ağır ve yıpratıcı olmasından veya sigortalıların malûl olmaları gibi özel durumlarından ötürü çalışma hayatı zorlaşmaktadır. Bu durumda olan sigortalıların diğer sigortalılara nazaran daha kolay şartlarda yaşlılık aylığına hak kazanabilmeleri için sigortalıların işine veya sağlık durumuna bağlı olarak yaş ve prim ödemeye ilişkin özel koşullar öngörülmüştür.³⁸⁵ Söz konusu durumlardan birisi yer altı maden işyerlerinde

³⁸³ Y 10. HD, 06.10.2009, 2008/7004, 2009/15134, Ocak, 29.09.2010 Tarihli Karar İncelemesi, 312 vd.

³⁸⁴ Y HGK, 06.04.2011, 2010/10-692, 2011/71 . Ayrıca Y HGK, 29.09.2010, 10-472/440 . Karar ve kararın değerlendirmesi için bkz. Akın, Değerlendirme 2010, 523-538; Canbolat, Karar İncelemesi, 2243-2265; Ocak, 29.09.2010 Tarihli Karar İncelemesi, 311-324.

³⁸⁵ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.467 vd.

alışan sigortalılara ilişkin özel koşullardır. Yargıtay 9.7.2001 tarihli kararında³⁸⁶ özel düzenlemeden yararlanma koşullarını ele almıştır.

Karara konu olayda Türkiye'de yer altı maden ocaklarında çalışan işçi Almanya'da da yer altı maden ocaklarında çalışmış ve 2147 sayılı Kanuna göre borçlanmıştır. Sigortalı her iki ülkedeki çalışmalarından ötürü 506 sayılı Kanunda yer altı maden işyerlerinde çalışanlar için öngörülen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını (m. 60/B,a) tamamladığını ileri sürerek yaşlılık aylık tahsis talebinde bulunmuştur. Yargıtay yer altı maden işyerlerine yönelik özel düzenlemeden yararlanabilmek için çalışmanın Türkiye'de geçmiş olmasını aramıştır. Karara göre; 2147 sayılı Kanunda yurt dışında çalışan işçilerin yaptıkları işin niteliğine göre borçlanma primi öngörülmemiştir. 506 sayılı Yasanın 73. madde hükmüne göre belirli sigorta prim türünde aynı prim oranı uygulanırken malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortası türünde bu oran maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde çalışanlar için yüksek tutulmuştur. Bunun nedeni maden işyerlerinin yer altı işyerlerinde çalışan sigortalıların yaş sınırı olmadan yirmi yıl sigortalılık süresi ve 5000 gün prim ödeme gün sayısı ile emekli olabilmesi ve 1/4 oranında itibari prim ödeme gün sayısından yararlanmaları ile ilgilidir. Ayrıca 506 sayılı Yasanın 60/B,a maddesinde de Sosyal Güvenlik ve alışma Bakanlıklarınca tesbit edilen maden işyerlerinin yer altı iş yerlerinde geçen çalışma süreleri öngörülmüştür. Öte yandan Almanya'daki maden işyerlerinin yer altı işyerlerinin çalışma şartlarının işçi sağlığı ve iş güvenliği yönünden Türkiye'deki maden işyerlerinin yer altı işyerlerine nazaran daha üstündür. Açıklanan nedenlerle, sigortalı, yurtdışındaki çalışma süresinin maden işyerlerinin yer altı iş yerlerinde geçtiğine dayalı olarak 506 sayılı Yasanın 60/B,a maddesinden yararlanamaz.

Yer altı maden işyerlerinde çalışanların yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları bakımından öngörülen kolaylıklar Türkiye'deki yer altı maden işyerlerinin çalışma koşulları göz önünde bulundurularak oluşturulmuştur. Ayrıca aktüeryal dengenin korunabilmesi amacıyla yaşlılık aylığı koşulları

³⁸⁶ Y 21. HD, 9.7.2001, 4233/5422, Başterzi, Değerlendirme 2001, s.354 vd. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 8.3.1994, 1993/8910, 1994/4316, Araslı, s.1744-1745.

hafifletirken prim oranında artış getirilmiştir. Dolayısıyla birbirine bağlı bir düzenleme birliği söz konusudur. Yurt dışı hizmet borçlanması ise herkes için aynı prim oranı düzenlenmiştir. Özel düzenlemenin amacı ağır ve yıpratıcı bir işte çalışan sigortalılara kolaylık sağlamaktır. Türkiye'deki çalışma koşulları ile Almanya'daki çalışma koşulları birbirinden farklı olduğu için her iki ülkede de çalışan sigortalının çalıştığı süre zarfındaki durumu büyük ölçüde birbirinden farklıdır. Bu nedenlerle farklı bir ortamda çalışan sigortalının Türkiye'de çalışmış gibi değerlendirilmesi ve aynı düzenlemeye tabi tutulması mümkün değildir. Bu nedenlerle Yargıtay kararına ve kararı isabetli bulan öğreti görüşüne biz de katılıyoruz.³⁸⁷

d) Kuruma yazılı başvuruda bulunmak

Aylık tahsis talebinde bulunanlardan; 28.8.2008 tarihli ve 26981 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde öngörülen tahsis talep dilekçesine ek olarak örneği Kurumca hazırlanan 3201 sayılı Kanuna Göre Aylık Talebinde Bulunanlara Mahsus Beyan ve Taahhüt Belgesi ile çalıştığı işyerinden ayrıldığını, yurt dışında ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneğinin sona erdiğini gösterir belge alınır. Sosyal yardım ödeneğini almayanlar ise durumlarını örneği Kurumca hazırlanan beyan ve taahhüt belgesi ile bildirirler (Yönetmelik, m. 13/2).

2. Aylık Bağlanması

Aylık tahsisi için gereken şartları yerine getirenlerden tahsise hak kazananların aylıkları, yazılı istek tarihini takip eden ay başından itibaren başlatılmak üzere 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi hükümlerine göre bağlanır (3201 sayılı Kanun, m. 6/A,2). Aylıklarının hesabında 5510 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulanır (Yönetmelik, m. 13/4). 5510 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanun ile değişik geçici 7 nci maddesinin dördüncü fıkrası, yurt dışı hizmet borçlanmasına ait prime esas

³⁸⁷ Y 21. HD, 9.7.2001, 4233/5422, Başterzi, Değerlendirme 2001, s.354 vd.

kazançların aylık bağlanmasında nasıl değerlendirileceği hususuna açıklık getirmiştir. Bu hükmüne göre;

“Aylıkların hesabında 41 inci maddeye ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanuna göre yapılan borçlanmaların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki sürelerle ait kazançları, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre değerlendirilir. Ancak, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunan sigortalılar için bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki dönemlere ait sürelerin bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanması halinde de 41 inci madde ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 13/2/2011-6111/48 md.) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilen 1/10/2008 tarihinden önceki yurt dışı borçlanma sürelerine göre tespit edilen basamaklar, 2008 yılı Eylül ayında yürürlükte bulunan gelir tablosunda, 41 inci maddenin beşinci fıkrası hükmüne göre belirlenen prime esas aylık kazanca yakın gelire karşılık gelen basamağı geçemez.”

3201 sayılı Kanun borçlanması sonucu elde edilen hizmetlerin basamak intibakında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, değerlendirilmesi hâlinde yöntemi sorunu ele alınmalıdır.

3201 sayılı Kanunun 11. maddesine göre; 1479 sayılı Kanuna tabi hizmeti bulunan ve bu Kanuna göre yurt dışında geçen çalışma sürelerini Bağ-Kur'a borçlananların borçlandıkları süreler, Bağ-Kur'dan ayrıldıkları son basamak üzerinden, talebe bakılmaksızın basamak intibakında değerlendirilir. Ancak, 1479 sayılı Kanunun değişik 51. maddesinin dördüncü fıkrası ile 52. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uygulanmaz.

Söz konusu madde Kurum sigortalısı olarak tescil olunduktan sonra yurt dışına giden ve tekrar Türkiye'ye dönüşte Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil olunan ve 3201 sayılı Kanun borçlanmasında bulunanlar için intibak esaslarını belirlemiştir. Türkiye'de Kurum sigortalısı olmayanlar için bir düzenleme bulunmadığı gibi, basamak intibakı yapılmasına engel bir

düzenleme de yoktur. Bu durumda genel hükümler uyarınca basamak intibakının yapılmasına engel bir hüküm mevcut değildir.³⁸⁸

3. Kısmi Aylık

Kısmi aylık, Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkeler yönünden ortaya çıkan bir aylık bağlama yöntemidir.³⁸⁹

Bir kişi farklı tarihlerde hem yabancı bir ülkede hem de Türkiye'de çalışmışsa bu kişilere sosyal güvenlik sözleşmelerine uygun olarak kısmi aylık bağlanabilir. İkili sosyal güvenlik sözleşmeleri uyarınca, her iki akit taraf kendinde geçen hizmet süresi tam aylığa hak kazandırıyorsa, taraflar kendi mevzuatlarına göre tam aylık bağlarlar. Aksi halde her iki akit taraf diğer akit tarafta geçen süreyi de hesaba dâhil ederek kendinde geçen süre ile orantılı olarak kısmi aylık bağlar.³⁹⁰

Kısmi aylık yönteminde yurt dışında çalışmış kişinin Türkiye'deki çalışma süresinin ve prim ödeme gün sayısının aylığa hak kazanmaya yeterli olmaması durumunda yurt dışında ödediği primler Türk Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenmiş kabul edilir. Böylece eksik prim ödeme gün sayısı tamamlanmak suretiyle kişiye yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak bağlanan aylık tam aylık değil, Türkiye'deki Sosyal Güvenlik Kurumuna ödediği prim karşılığı ödenen ve bu oranda bağlanan bir aylık olduğu için kısmi aylık olarak adlandırılmaktadır.³⁹¹

Yönetmeliğe göre kısmi aylık, sosyal güvenlik sözleşmesine istinaden birleşik sigortalılık süreleri üzerinden taraflardan biri tarafından kendi sigortalılık ve mevzuatına göre bağlanan aylıkları ifade eder (m. 4/e).

Sigortalıya kısmi aylık bağlanabilmesi için;

³⁸⁸ Y 10. HD, 24.01.2013, 2012/15888, 2013/862; Y 10. HD, 15.04.2013, 5265/7841; Y 10. HD, 10.05.2013, 2010/13096 , 2013/9855, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

³⁸⁹ Araslı, s.1726.

³⁹⁰ Laçiner, s.633, dn. 102; Sözer, Emeklilik İçin Borçlanma, s.630.

³⁹¹ Araslı, s.1726.

- Yurtdışında çalışmış sigortalının Türkiye'deki çalışma sürelerinin ve prim ödeme gün sayılarının ülkemizde aylık bağlanması için yeterli olmaması,

- Sigortalının çalıştığı yabancı ülke ile ülkemiz arasında sözleşme yapılmış ve bu sözleşme uyarınca sigortalının yurtdışında çalışarak prim ödediği sürelerin Türk sigorta kurumlarına prim ödenmiş süreler gibi kabul edilmiş olması,

- Eksik prim ödeme günü kalmamış veya bu eksikliğin tamamlanmış olması gerekir.³⁹²

Bu durumda kişinin yurt dışındaki ve Türkiye'deki prim ödeme gün sayıları toplanmakta, ancak kişiye Türkiye'deki prim ödeme gün sayısı ile orantılı olarak aylık bağlanmaktadır ve bu da kısmi aylık olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, 2 yıl 2 ay Sandık iştirakçisi olarak, 1 yıl 4 ay 12 gün A.T. Anonim Şirketi Mensupları Teaküt Sandığı Vakfına tabi olarak çalışan sigortalıya, daha sonra gittiği Almanya'da çalışırken sakatlanması üzerine Alman Sigorta Mercii tarafından 1.11.1999 tarihi itibarıyla malûliyet aylığı bağlanmıştır. Sigortalının malûliyetinin Sandık Sağlık Kurulunca kabul edilmesi sonucunda, 5434 sayılı Yasanın malûl aylığı bağlanmasına ilişkin hükümleri uyarınca Almanya'da geçen toplam 27 yıl 6 aylık hizmet süresi de dikkate alındığında 10 yılı aşan davacıya SSK ve Sandığa tabi 3 yıl 6 ay 14 günlük hizmet süresi üzerinden aylık bağlanmıştır. İşte bu durumda sigortalıya Türkiye'deki hizmetleri ile Almanya'daki hizmetleri birleştirilerek kısmi aylık bağlanmış olmaktadır.³⁹³

3201 sayılı Kanun yurt dışı hizmet borçlanması yapanlara tam aylık bağlanması yanında kısmi aylık bağlanmasına ve kısmi aylığın tam aylığa dönüştürülmesine imkân tanımıştır. Kanunun 9. maddesine göre; sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle sosyal güvenlik kanunlarına göre kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanlar, talep ettikleri takdirde, 4 üncü madde hükmüne göre tahakkuk ettirilen borçlarını tamamen

³⁹² Orhan, s.146.

³⁹³ D 11. D., 31.01.2007, 2004/5263 , 2007/578,
<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/KararNoKararC.jsp>, 10.12.2011.

ödemeleri şartıyla kısmi aylıkları, borçlarını ödedikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren tam aylığa çevrilir. Bu uygulamada borç miktarının tahakkukunda sözleşme akdedilen ülkenin sigorta kurumlarınca gönderilmiş olan hizmet cetvelindeki, tam aylığa yeterli olan gün sayıları nazara alınır (m. 9/1). Ancak, istekleri halinde sigortalı veya hak sahipleri, hizmet cetvelindeki gün sayılarının tamamını da borçlanabilirler (m. 9/2).

Madde kapsamında borçlanmaya konu yapılabilecek yurt dışı süreleri; sözleşme akdedilen ülkenin sigorta kurumlarınca gönderilmiş olan hizmet cetvelindeki gün sayıları olarak tanımlanmıştır. Kanun metninde belirtilen “hizmet cetvelindeki gün sayıları” tabirini, sadece, yurt dışında geçen “çalışma sürelerine” indirgemek, kanunun amaç ve kapsamına aykırı olacaktır. Söz konusu tabirden kastedilenin kanunun amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesinde öngörülen “belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri” olarak değerlendirilmesi gerekir.³⁹⁴

Kısmi aylıkların tam aylığa yükseltilebilmesi için; yurda kesin dönmüş olması, tahakkuk ettirilen borcun tamamının ödenmiş olması, 5510 sayılı Kanunla mülga kanunların yürürlükteki hükümlerine veya sosyal güvenlik kanunlarına göre aylığa hak kazanılmış olması, Kuruma yazılı başvuruda bulunulması şartları aranır. Ancak, kısmi aylık;

a) Borcun ödendiği tarih kesin dönüş tarihinden önce ise kesin dönüş tarihini,

b) Borcun ödendiği tarih kesin dönüş tarihinden sonra ise borcun ödendiği tarihi,

takip eden aybaşından itibaren tam aylığa yükseltilir.

Tam aylık bağlanması için gerekli şartların tespitinde, sigortalılık süresi aranmaksızın kısmi aylığın başlangıç tarihindeki ilgili sosyal güvenlik kanunlarına ait hükümler uygulanır (Yönetmelik, m.13/1).

³⁹⁴ Y 10. HD, 18.04.2013, 3682/8258, UYAP Hâkim Portalı, 11.09.2013.

Kısmi aylıklar yönünden ortaya çıkan sorunlardan biri, bir Türk vatandaşına hem Türk Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan hem de yurt dışı çalışmalarından dolayı yabancı ülkeden kısmi aylık bağlanması durumunda Türk sigortasından aldığı kısmi aylığın tam aylığa dönüştürülüp dönüştürülemeyeceğidir.

Yargıtay sigortalının yurt dışından kısmi aylık almasının, yurt içindeki kısmi aylığını tam aylığa dönüştürmesine engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.³⁹⁵

Kararı isabetsiz bulan görüşe göre bu karar hem kısmi aylık hem de sosyal sigorta sisteminin özüne aykırıdır. Zira kısmi aylık ancak tek bir ülke sigorta kuruluşundan alınan belli bir oranda bağlanan aylığı ifade eder. Eğer kişi her iki ülke sigorta kuruluşundan ayrı ayrı kısmi aylık alıyorsa bu durumda tam aylık söz konusudur. Dolayısıyla tam aylığa dönüştürme yöntemine gerek kalmaz. Bu durumun istisnasın her iki ülkeden bağlanan aylıkların farklı sigorta kollarına ilişkin olması halidir. Bir ülkeden bağlanan aylık yaşlılık sigortasından, diğeri maluliyet sigortasından ise tam aylığa dönüştürme söz konusu olabilir.³⁹⁶ Aksi görüşe göre ise, 3201 sayılı Kanun ile getirilen hakların sosyal güvenlik sözleşmelerince tanınan haklardan bağımsızdır. Bu nedenle sigortalının sosyal güvenlik sözleşmesi yapılan ülkeden kısmi aylık aldığı dönemde Türkiye'deki sosyal güvenlik kurumundan da tam aylık alabileceğini ileri sürmüştür. Çünkü yurt dışındaki çalışmaların borçlanması durumunda sigortalı veya hak sahipleri, borçlanma primini ödemek suretiyle yurt dışındaki çalışmaları bakımından çifte prim ödemiş olmaktadır.³⁹⁷

4. Aylıkların Kesilmesi ve Yeniden Bağlanması

3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile değişik 6. maddesinin (B) fıkrasına göre; Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi

³⁹⁵ Y 10. HD, 4.5.1987, 319 /2659 , Çakmak, s.2705 vd.

³⁹⁶ Araslı, s.1727.

³⁹⁷ Aslanköylü, s.2694–2695.

çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir. Türkiye'de sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar hakkında 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışılmasına ilişkin hükümleri uygulanır (m. 6/B,1).

3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hâlinde aylıkların kesilme sebebi aylık bağlandıktan sonra tekrar yurt dışında çalışmaya başlama durumu idi. 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile yurda kesin dönüş koşuluna ilişkin uygulamada çıkan sorunlar ve sosyal güvenlik mevzuatımız göz önüne alınarak aylıkların kesilme sebepleri genişletilmiştir.³⁹⁸

Yeni düzenleme gereğince; yurt dışında sigortalılık veya ev kadını olarak geçen sürelerini borçlanarak aylığa hak kazananların, bu aylıkları; sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir ülkede çalışmaya, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir.³⁹⁹ Yurt dışında işsizlik sigortasından yardım görenler fiilen çalışanlar gibi değerlendirilmektedir.⁴⁰⁰

Yurt içinde veya yurt dışında çalışması sona erenlerin veya ikamete dayalı bir ödenek alanlardan ödenekleri sona erenlerin, aylıklarının tekrar ödenmesi için yazılı talepte bulunmaları halinde, talep tarihini izleyen ay başından itibaren aylıkları tekrar ödenmeye başlanır (m. 6/son).

Aylıkları tekrar ödenmeye başlanacak olanların çalışmaları;

a)Yurtiçinde geçmişse, bu çalışmalar da dikkate alınarak aylıklar, ilgili sosyal güvenlik kanunlarındaki hükümlere göre hesaplanarak,

³⁹⁸ Orhan, s.131.

³⁹⁹ 3201 sayılı Kanun uyarınca kendisine yaşlılık aylığı tahsis edilen sigortalının, sonradan yurt dışından hastalık yardımı alması yaşlılık aylığı tahsis işleminin iptalini gerektirmese de m 6/B kapsamında hastalık yardımı alınmaya başlanılan tarihi takip eden aybaşından itibaren aylığın kesilmesi yasa gereği olup, bu tarihten sonraki ödemelerin iadesi istenebilir. Y 10. HD, 1.6.1999, 9337/3691, Kılıçoğlu, s.109 vd.

⁴⁰⁰ Y 10. HD, 20.09.2005, 5778/8956, YKD, C.33, S.1, Ocak 2007, s.70-73.

b)Yurtdışında geçmişse, kesildiği tarihteki aylığı, tekrar ödenmeye başlanan aylığın başlangıç tarihine kadar ilgili sosyal güvenlik kanunlarındaki artış hükümlerine göre yükseltilerek yeniden bağlanır (Yönetmelik, m. 15/3).

Aylığın kesildiği tarihten sonra yurtdışında geçen sigortalılık sürelerinin yeniden aylık bağlanmasında değerlendirilmesi, bu sürelerin Kanuna göre borçlanılmasına bağlıdır (Yönetmelik, m. 15/4).

3201 sayılı Kanunun 6. maddesinde haklarında aylığın kesilme sebeplerinden biri gerçekleşen sigortalıların daha sonra yurda kesin dönüş yapmaları hâlinde bu hizmet sürelerini de borçlanabilmelerine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak yönetmeliğin 15. maddesine göre; aylığın kesildiği tarihten sonra yurt dışında geçen sigortalılık sürelerinin yeniden aylık bağlanmasında değerlendirilmesi, bu sürelerin Kanuna göre borçlanılmasına bağlıdır. Bu düzenlemeden anlaşılabilecek üzere aylık bağlandıktan sonra yurt dışında geçen ve 3201 sayılı Kanuna göre borçlanılabilecek nitelikte olan sürelerin borçlanması mümkündür. Böylece borçlanılan yeni süre ile önceden borçlanılmış sürelerin yeniden ve birlikte değerlendirilmek suretiyle yaşlılık aylığı miktarının artırılması amaçlanmıştır.⁴⁰¹

Sigortalı yurt dışında çalıştığı son dönem için de borçlanma talebinde bulunmuş ve Kurumca tahakkuk ettirilen miktarı ödemişse, borçlanılan sürede göz önünde tutularak kendisine bağlanacak aylık tekrar hesaplanır. Bu aylık borçlanılan son dönem için tahakkuk ettirilen miktarın ödendiği tarihi takip eden aybaşından itibaren ödenir. Buna karşılık sigortalının son dönem için borçlanma talebinde bulunmayıp sadece aylığının tekrar bağlanması için başvuruda bulunması hâlinde daha önceki aylığı yurda kesin dönüş yaptığı tarihi takip eden ay başından itibaren tekrar ödenmeye başlanır.⁴⁰²

3201 sayılı Kanun 6. madde (B) fıkrası, sistemi doğrudan olmasa bile, dolaylı biçimde ortaya koymuş, yurt dışından kesin dönüş yapılmasına ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanmasına karşın, yurt dışında çalışmak isteyenler yönünden Kurumca yapılması gereken işlemleri belirlemiştir. Buna

⁴⁰¹ Araslı, s.1726; Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.585.

⁴⁰² Caniklioğlu-Canbolat, s.889.

göre; yurt dışından kesin dönüş yapan bir kimsenin yeniden yurt dışında çalışması hâlinde çalıştığı süre kadar yaşlılık aylığı kesilecek; bu kişinin yurda dönüşünde, isterse çalıştığı süre kadar borçlanmak suretiyle yaşlılık aylığı oran ve miktarı artırılacak, isterse, eski aylık olduğu gibi ödenmeye devam edecektir. Böylece denilebilir ki, 3201 sayılı Kanun sisteminde yeniden yurt dışı çalışma söz konusu olduğunda, yaşlılık sigortasından bağlanan aylıklar ödenmemekte ve sosyal güvenlik askıya alınmaktadır. Bu durumun sonucu olarak, yaşlılık aylığı bağlanması sırasında, yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmediği anlaşılırsa, yapılacak işlem veya uygulanacak yaptırım; yaşlılık aylığının bağlanmaması ve kesin dönüş tarihine kadar işlemlerin hukuken askıya alınması, istek olduğunda yatırılan borçlanma bedelinin iadesidir. Yaşlılık aylığı bağlanmış olması hâlinde ise bağlanan aylığın kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınmasıdır.⁴⁰³

Yersiz ödemelerin ilgililerden geri alınmasının hukuki dayanağı 5510 sayılı Kanunun “Yersiz ödemelerin geri alınması” başlıklı 96. maddesidir (SSK, m 121).⁴⁰⁴ 96. maddeye göre; Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;

a) Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,

b) Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmidört ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, yirmidört aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan,

⁴⁰³ Y 21. HD, 04.04.2011, 2010/1054 , 2011/3082, www.corpus.com, 24.02.2012.

⁴⁰⁴ Y 10. HD, 27.5.2010, 2009/1146 , 2010/7566, www.kazanci.com, 24.12.2011.

itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır (m. 96/1).

Uygulamada kişi yurt dışında tekrar çalışmaya başlasa veya ikamete dayalı bir ödenek alsa dahi durum sonradan fark edilmekte ve yersiz ödenen aylıklar geri alınmaktadır. Bu durumda dikkat edilmesi gereken husus; yurt dışında çalışılan süre veya ikamete dayalı ödemenin alındığı süre zarfında yersiz olarak ödenen aylık miktarlarının geri istenebileceğidir.

Bu konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta 08.04.1965 - 12.08.1971 tarihleri arasında SSK'ya tabi çalışmaları bulunan davacı, 09.07.1995 tarihinde yurt dışı hizmetlerini borçlanmak için müracaatta bulunarak borçlanma işlemini yapmış ve 27.07.1995 tarihli tahsis talebi üzerine de davalı Kurumca 01.08.1995 tarihinde kendisine yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Davacının 22.09.1971 - 31.12.2001 tarihleri arasında yurt dışında çalıştığının, 01.01.2002 - 31.08.2004 tarihleri arasında işsizlik yardımı aldığının anlaşılması üzerine 17.05.2005 tarihinde bağlanan aylık iptal edilerek davacıdan 01.08.1995 - 17.05.2005 tarihleri arasında ödenen yaşlılık aylıkları faiziyle birlikte geri istenmiştir. Yargıtay'a göre, davacının söz konusu tarihlerde yurt dışında çalışması ve işsizlik yardımı alması sebebiyle davalı Kurumca yaşlılık aylığının başlangıçtan itibaren iptaline ilişkin Kurum işlemi yerindedir. Ancak 31.08.2004 tarihinde işsizlik yardımının kesilmiş olmasının davacının yurda kesin dönüş yaptığının karinesi olmasına ve aksi davalı Kurumca iddia ve ispat edilmemiş bulunmasına göre davalı Kurumca önceki tahsis talebi gözetilerek 31.08.2004 tarihini takibeden aybaşı olan 01.09.2004 tarihinden itibaren davacıya re'sen yaşlılık aylığı bağlanması gerekmektedir. Hâl böyle olunca davacı, davalı Kurumca 01.08.1995 - 31.08.2004 tarihleri arasında yersiz ödenen aylıklar yönünden borçlu olmakla birlikte, davacının 01.09.2004 tarihi ile yaşlılık aylığının kesildiği 17.05.2005 tarihi arasında ödenen yaşlılık aylıkları nedeniyle borcu bulunmamaktadır.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ Y 21. HD, 30.01.2006, 2005/10510 , 2006/399 , YKD, C.32, S.9, Eylül 2006, s.1478-1480.

1.7.2008 tarihli kararda da davacı kendisine aylık bağlandıktan sonra yurt dışından önce hastalık sonra da işsizlik geliri almış ve bunun üzerine aylığı kesilmiştir. Daha sonra kesin dönüş yaptığından bahisle, bu tarih itibariyle yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti ile kesilen aylığın yeniden ödenmeye başlatılması talebiyle açtığı davada Yargıtay davacının yaşlılık aylığına, işsizlik gelirinin kesildiği tarihi takip eden aybaşından itibaren hak kazandığına hükmetmiştir.⁴⁰⁶

Yargıtay, kararlarında Kurumun işsizlik yardımının kesildiği tarihi takip eden aybaşından itibaren davacıya re'sen yaşlılık aylığı bağlanması gerekmekte olduğunu ifade etmektedir. Oysaki 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin son fıkrasına göre; yurt içinde veya yurt dışında çalışması sona erenlerin veya ikamete dayalı bir ödenek alanlardan ödenekleri sona erenlerin, aylıklarının tekrar ödenmesi için yazılı talepte bulunmaları hâlinde, talep tarihini izleyen ay başından itibaren aylıkları tekrar ödenmeye başlanır. Kanunda tekrar aylık bağlanabilmesi için ilgilinin talebi aranmaktadır. Kararda yersiz olarak ödenen aylık miktarının hesabında, yurt dışında çalışılan ve işsizlik ödeneği alınan sürelerin esas tutulup işsizlik ödeneğinin kesildiği tarihten sonraki ödemelerin hesaba katılmaması isabetlidir. Zira sigortalının aylığın tekrar bağlanmasını talep etme hakkı işsizlik ödeneğinin sona erdiği tarihten itibaren doğmaktadır.

Yargıtay bu konu ile ilgili olarak aylıkların tekrar ödenmesinin talep edilmesi hâlinde ilgilinin yurda kesin dönüş yapıp yapmadığı araştırılmaksızın yerel mahkemelerce verilen aylığın yeniden bağlanması isteminin kabulüne ilişkin kararları eksik inceleme ve araştırma nedeniyle usul ve yasaya aykırı bulmaktadır. Zira kararlarında sigortalıların Türkiye'de ikamet ettikleri adreslerinin sorularak hangi tarihten beri bu adreste oturulduğunun zabıta ve muhtarlık aracılığı ile araştırma yaptırılarak belirlenmesi, dava tarihinden sonra yurda giriş çıkış yapılan tarihlerin Emniyet Müdürlüğü'nden sorularak sigortalıların pasaport fotokopilerinin temin edilmesi, yabancı ülkenin sigorta merciinden veya Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan yurt dışı çalışmaları gösterir

⁴⁰⁶ Y 10. HD, 1.7.2008, 7336 /9380, www.kazanci.com, 23.12.2011.

hizmet cetvelinin veya yurt dışından alınan yardımları gösteren belgelerin getirilmesi ve böylece tüm deliller birlikte değerlendirilerek sigortalıların yurda kesin dönüş yapıp yapmadığının saptanması gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁰⁷

Yaşlılık aylığının kesilme nedenlerinden biri şahsında gerçekleşen aylık sahipleri mahkemeden yurt dışından kesin dönüş yaptığının tespiti ile aylığının yeniden bağlanması isteminde bulundukları zaman kesin dönüş tarihi daha önce de olsa dava tarihi dikkate alınarak takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanması gerekir. Nitekim esas olan yazılı talep tarihini izleyen ay başından itibaren aylık bağlanmasıdır.

5. Yoklama İşlemleri ve Aylığın Durdurulması

Yurt dışı hizmet borçlanmasında aylığın kesilmesinden farklı olarak aylığın durdurulması söz konusudur. Aylık bağlandıktan sonra aylığın kesilme nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edebilmek amacıyla Kuruma yönetmelik ile yoklama yapma yetkisi verilmiştir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği⁴⁰⁸’ne göre; yoklama işlemlerinin amacı, aylık almakta iken ölen ya da aylık alma koşullarını kaybedenlerin zamanında belirlenerek, öncelikle bunlar adına yapılan ödemelerin durdurulmasını, daha sonra da aylığın kesilerek varsa yersiz olarak yapılan ödemelerin ilgili mevzuat hükümlerine göre tahsil edilmesini sağlamaktır (SSİY m. 73).

Yoklamalar aylık bağlananların yapacakları bildirim suretiyle yapılmaktadır. Yurt dışı hizmetlerini borçlanarak aylık bağlananların, sosyal güvenlik kanunlarına göre aylık alma şartlarının devam edip etmediğinin tespitine ilişkin 28/8/2008 tarihli ve 26981 sayılı Resmî Gazete’ne yayımlanan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde yer alan yoklama işlemleri ile ilgili hükümler saklı tutulmuştur. Bu bağlamda Kurum, aylık alma şartlarının devam edip etmediğinin tespiti amacı ile gerekli görülen hâllerde kendi mevzuatına göre kayıt veya tescil yapan ilgili kurum, kuruluş ve birlikler veya

⁴⁰⁷ Y 21. HD, 04.10.2010, 2009/12462 , 2010/9308, Legal, C.8, S.29, Y.2011, s.355-356; Y 10. HD, 16.04.2009, 2008/739, 2009/7512 , Legal, C.6, S.24, Y.2009, s.1740-1742.

⁴⁰⁸ RG. 12.05.2010, S.27579.

vergi dairelerinden usulüne göre düzenlenmiş belge isteyebilir (SSİY m. 76/1).

Kuruma bildirilmesi gereken hususlara ilişkin belgelerin süresinde teslim edilmemesi hâlinde yönetmelik gereğince aylık kesilmemekte, durdurulmaktadır. Bir diğer ifade ile aylık askıya alınmaktadır.

Yönetmeliğin 14. maddesine göre; borçlandıkları süreler dikkate alınarak malûllük, yaşlılık ve emekli aylığı bağlananların aylık alma şartlarının devam edip etmediği hususu, Kurumca, gerekli görülen zaman ve hâllerde araştırılabilir (m. 14/1).

Birinci fıkrada belirtilenlerden altı aydan daha uzun süre yurtdışında bulunmuş olanlar, yurtdışında çalışıp çalışmadıklarını ve ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alıp almadıklarını gösterir belgeleri, örneği Kurumca hazırlanan 3201 sayılı Kanuna Göre Aylık Alanlara Mahsus Yoklama Belgesi ile birlikte söz konusu altı aylık sürenin dolduğu tarihten sonra üç ay içinde Kuruma vermek zorundadırlar (m. 14/2). Kurum, altı aydan daha uzun süre ile yurt dışında bulunup bulunmamayı, her yıl Emniyet Genel Müdürlüğünden alınacak kayıtlarla tespit eder (m. 14/3).

Yoklama işlemleri sonucunda altı aydan daha uzun süre yurtdışında bulundukları hâlde, hükümde belirtilen belgeleri, süresi içinde Kuruma vermediği tespit edilenlerin aylıkları, bildirim yapılmaksızın söz konusu belgelerin intikaline kadar durdurulur (m. 14/5).

Aylıkları durdurulanların Kuruma ibraz edecekleri belgelerden ya da Kurumca yapılacak olan araştırma sonucunda, yurtdışında; çalışmadıkları, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almadıkları tespit edilenlerin aylıkları, durdurulduğu tarihten geçerli olmak üzere ödenir. Çalıştıkları, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği aldıkları tespit edilenlerin aylıkları, 15 inci maddenin birinci fıkrasına göre kesilir. Yersiz yapıldığı tespit edilen ödemeler, 5510 sayılı Kanunun 96 ncı maddesi hükümlerine göre geri alınır (m. 14/6).

İlgili Yönetmeliğin uygulanmasında, evli ya da birlikte yaşayan çiftler için ödenen sosyal yardımlar her iki eş için de ödeniyor olarak kabul edilir.

Sosyal sigorta kurumları tarafından sosyal sigorta ödeneklerine ilave olarak ya da sigorta ödeneği olarak ödenen prim karşılığı olmayan ödenekler sosyal yardım kapsamına girmez (m. 14/7).

6. Sosyal Güvenlik Destek Primi Uygulaması

3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile değişik 6. maddesinde, Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanlar ile Türkiye’de sigortalı çalışmaya başlayanların aylıklarının kesileceği, söz konusu kişiler hakkında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primi hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştü (m. 6/B,1).

5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴⁰⁹’un 15. maddesi ile Kanunun yukarıda belirtilen paragrafı değiştirilerek, yurt dışında geçen sigortalılık sürelerini borçlanmak suretiyle aylık bağlananlardan Türkiye’de sigortalı çalışmaya başlayanlar hakkında 5510 sayılı Kanunun sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

a) Sosyal güvenlik destek primi

Yaşlılık, kişiyi çalışamaz duruma düşürerek gelir kaybına yol açan ve geçinme olanaklarını azaltan, bu sebeple sigortalıyı ve ailesini ekonomik güçlüklerle karşı karşıya bırakan bir sosyal risktir.⁴¹⁰ Sigortalılara ve ailelerine bu sosyal riske karşı güvence sağlamak amacıyla yaşlılık sigortası oluşturulmuştur. Yaşlılık sigortasının amacı, belli bir yaşa ulaşması nedeniyle çalışma gücü azalan ve iş hayatından çekilen sigortalının çalışmadan dinlenerek, özel yaşamına daha çok zaman ayırarak yaşamasını sağlamaktır. Bu bağlamda gelir kaybının telafisi için yaşlılık sigortasından yaşlılık aylığı bağlanmaktadır. Yaşlılık riskiyle karşılaşan sigortalı da ödediği primlerin

⁴⁰⁹ RG. 19.6.2010, S.27616.

⁴¹⁰ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.448.

karşılığı olarak gelirinin devamlılığını sağlayacak ve geçimini güvence altına alacak sürekli bir sosyal gelir olan yaşlılık (emekli) aylığına hak kazanır.

Sigortalının, yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için, kanunda öngörülen yaş, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı koşullarını yerine getirmesi gerekir ve yeterlidir. Yaş şartının gerçekleşmesinde genellikle belli bir takvim yaşı esas alınır.⁴¹¹ Kanunun öngördüğü koşulları sağlayan bir sigortalının emekli olması için çalışma gücünü kaybetmiş olması gerekmemektedir. Dolayısıyla yaşlılık aylığı alan bir kişi biyolojik olarak çalışma gücüne sahip olabilir.

Türkiye'de de erken emeklilik uygulamaları sonucunda sigortalılar çalışma güç ve yeteneğine sahip oldukları hâlde genç yaşta emekli olmuşlar ve emeklilik sonrasında yeniden çalışmaya başlamışlardır. Bu durumun yaşanmasının en önemli nedeni yaşlılık aylığı miktarlarının düşük olmasıdır.⁴¹² Bireyin yeniden üretken olma isteği, emekli olduktan sonra boşta kalma duygusu, ne yapacağını bilememe endişesi gibi psikolojik etkenler de emeklilerin yeniden çalışmaya başlamasının diğer nedenleridir.⁴¹³

Yaşlılık sigortasında emekli olma yaşı ve yaşlılık aylığı miktarı arasındaki ilişki ülkenin istihdam grafiğinde belirleyici bir etkiye sahiptir. Zira kişilere çok erken yaşta emekli olma imkânı sağlandığında ve yaşlılık aylığından elde edilen gelir yaşamın devamı için yeterli olmadığında genç emekliler çalışma istek ve gücüne sahip oldukları için çalışma yaşamından çekilmek yerine hem yaşlılık aylığı alıp hem de yeniden çalışarak ücret elde etmeyi tercih edebilirler.

Ülkemizde 506 sayılı Kanunun 63. maddesinin ilk şeklinde yaşlılık aylığı almakta olan sigortalının yeniden çalışmaya başlaması durumunda yaşlılık aylığı kesilmekteydi. 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi emekliler ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu kapsamındaki emekliler bakımından yaşlılık aylığı alanların yeniden çalışmaya başlaması konusunda bir sınırlama getirilmemişti. Kanunkoyucu farklı sosyal güvenlik

⁴¹¹ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.449.

⁴¹² Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Destek Primi, s.165; Oral, s.136.

⁴¹³ Oral, s.136 vd.

kurumlarından yaşlılık aylığı alanlar arasındaki bu eşitsizliği gidermek ve 506 sayılı Kanun kapsamındaki emeklilere de hem aylık alıp hem de yeniden çalışabilme olanağı sağlamak amacıyla 506 sayılı Kanunun 63. maddesini 1986 tarih ve 3279 sayılı Kanunla⁴¹⁴ değiştirmiştir. Söz konusu değişiklik ile yaşlılık aylığı bağlanan kişilerin tekrar işte çalışmaları yasağı kaldırılmıştır. Buna göre yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı olarak bir işte çalışmaya başlayanların yazılı talepte bulunmaları ve kanunda öngörülen primi ödemeleri hâlinde yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edileceği kabul edilmiştir. Bahsi geçen prim sosyal güvenlik destek primidir. O hâlde sosyal güvenlik destek primi; yaşlılık aylığı alan sigortalının tekrar çalışmak istemesi hâlinde gelir elde etmesi nedeniyle aylığının kesilmesini engelleyen bir sosyal güvenlik hukuku kurumu şeklinde tanımlanabilir.

Sosyal güvenlik destek primi ile yaşlılık aylığı almakta iken çalışmak isteyenlere seçimlik bir olanak tanınmıştır. Sigortalı yaşlılık aylığını kestirerek normal sigortalı gibi çalışmaya devam edebilir veya sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yaşlılık aylığını almaya devam etmekte iken çalışabilir.⁴¹⁵

5997 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce 3201 sayılı Kanunun 6. maddesi anlamında kendilerine aylık bağlananlara tekrar çalışmaya başlamaları hâlinde sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümler uygulanamıyordu. Bu durum 3201 sayılı Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunlarınca aylığa hak kazananlar arasında eşitliğe aykırı bir durum oluşturuyordu.⁴¹⁶ 5997 Kanun ile bu eşitsizlik giderilmiş ve yurt dışında geçen sigortalılık sürelerini borçlanmak suretiyle aylık bağlananlardan Türkiye'de sigortalı çalışmaya başlayanlar hakkında 5510 sayılı Kanunun sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümlerinin⁴¹⁷ uygulanacağı öngörülmüştür.

Yargıtay'ın Almanya'da işsizlik sigortasından yardım alınıyor olmasını kişinin Almanya'da oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli

⁴¹⁴ RG. 06.05.1986, S.19099.

⁴¹⁵ Baştizer, Değerlendirme 2001, s.357.

⁴¹⁶ Orhan, s.132 vd.

⁴¹⁷ 5510 sayılı Kanunun sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümlerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Destek Primi, s.164 vd.; Ertürk, Sosyal Güvenlik Destek Primi, s.221 vd.

bir delil ve karine oluşturduğuna hükmettiği kararına karşı oy yazısında sosyal güvenlik destek primi bağlamında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Buna göre; 506 sayılı yasanın 63. maddesine (B) fıkrası 29.4.1986 tarihinde yürürlüğe giren 3279 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için işten ayrılma şartı ortadan kaldırılmıştır. 3201 sayılı Kanunun işten ayrılma şartına paralel konulan 6.A. (a) maddesindeki yurda kesin dönüş fıkrası da böylece ilga edilmiştir. Zira sosyal güvenlik yasaları kamu düzenine ilişkindir. Aksinin kabulü ise Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine, çalışma hürriyeti ile ilgili 49. maddesine, sosyal güvenlik hakkı ile ilgili 60. ve 62. maddelerine aykırı olur. Ayrıca, yasaların amaçlarına, lafızlarına ve ruhlarına göre yorumlamamış, yasaların maddelerinin dar kalıpları içinde kalmış oluruz. Bu nedenle yurt dışı hizmet borçlanması kapsamında kendisine yaşlılık aylığı bağlanan kişi de sosyal güvenlik destek primi ödenmek suretiyle çalışmaya devam edebilir. O hâlde Almanya'dan işsizlik yardımı alınması nedeniyle yurda kesin dönüş yapılmadığının kabulü sonucunda borçlanmanın ve yaşlılık aylığının iptal edilmesi kanuna aykırıdır.⁴¹⁸

Söz konusu karşı oyda belirtilen görüş kabul görmemiş ve yargı içtihatları kanun hükümleri gereğince de yurt dışı hizmet borçlanması sonucu kendisine yaşlılık aylığı bağlanan kişilerin daha sonra çalışmaları hâlinde aylıkların kesileceği yönünde oluşmuştur. Yeni düzenleme ile 3201 sayılı Kanun kapsamında yaşlılık aylığı alanlara Kanunda öngörülen prim oranlarını ödemeleri hâlinde hem çalışmaya devam etme hem de yaşlılık aylığı alma hakkı tanınmıştır.

Sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümlerin 3201 sayılı Kanun kapsamında aylığa hak kazananlara da uygulanacağına ilişkin yeni düzenleme isabetlidir. Yurt dışı hizmet borçlanması kapsamında aylık alanlar da diğer aylık alanlar gibi Türkiye şartlarında yaşamaktadırlar. Bağlanan aylık miktarlarının düşük olması tekrar çalışmayı gerektirebilir. Ekonomik durumlarını iyileştirmek isterken öte yandan onları emekli aylıklarından

⁴¹⁸ Y HGK, 22.4.1998, 10-281/298, www.kazanci.com, 25.12.2011.

mahrum bırakmak sosyal güvenlik hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz. Örneğin işçinin çalışma gücüne sahip oluşunun yanında tecrübeli olmasından da faydalanmak isteyen işverenler sigorta primi yükü de söz konusu olmadığı için bu nitelikteki işçileri kolaylıkla tercih edebilirler ki bu da kayıt dışı işçi istihdamını yaygınlaştıracaktır.⁴¹⁹ Yeni uygulama ile bu sıkıntıların önüne geçilmiştir. Öte yandan diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre aylığa hak kazananların sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışmaya devam edebilme hakkından yararlanabiliyor olmasına karşılık 3201 sayılı Kanun kapsamında aylığa hak kazananların bu haktan yararlanamaması Anayasal eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmakta idi. Yeni düzenleme ile eşitsizlik giderilmiş oldu.

b) Sosyal güvenlik destek primi uygulamasına ilişkin usul ve esaslar

Yeni düzenlemenin öngördüğü usul ve esaslar genelgede şu şekilde açıklanmaktadır :

1)Yurtdışında geçen sigortalılık sürelerini borçlanmak suretiyle aylık bağlananlardan 19/6/2010 tarihinden geçerli olmak üzere Türkiye’de sigortalı çalışmaya başlayanlar hakkında 5510 sayılı Kanunun sosyal güvenlik destek primine ilişkin 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi ile 5754 sayılı Kanunla değişik beşinci fıkrası ve geçici 14 üncü maddesi hükümleri uygulanacaktır.

2)5510 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi ile 5754 sayılı Kanunla değişik beşinci fıkrasına göre 2008 yılı Ekim (dahil) ayından sonra ilk defa sigortalı olan kişilerden yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra anılan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi hariç olmak üzere diğer alt bentlerine tabi çalışmaya başlayanlardan aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edilecektir. Bunlardan, almakta oldukları aylıklarından sosyal güvenlik destek primi kesilecektir. Bu

⁴¹⁹ Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Destek Primi, s.165.

şekilde sosyal güvenlik destek primi ödeyenler, isterlerse aylıklarını kestirerek tüm sigorta kollarına tabi olabileceklerdir.

3)2008 yılı Ekim (dahil) ayından sonra sigortalı olup, malullük aylığı bağlananların yeniden sigortalı işte çalışmaya başlamaları halinde, bunlar hakkında 5510 sayılı Kanunda sosyal güvenlik destek primi ödemelerine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, aylıkları, anılan Kanunun 27 nci maddesine göre çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilecektir.

4)5510 sayılı Kanunun geçici 14 üncü maddesine göre 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı olanlardan malullük veya yaşlılık aylığı bağlananların 5997 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 19/6/2010 tarihinden sonra sigortalı olarak çalışmaya başlamaları halinde, aylık kesilmesine ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla sosyal güvenlik destek primine tabi olmak bakımından 5510 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 506, 1479 ve 2926 sayılı Kanunların sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

5)5997 sayılı Kanunda, 1/10/2008 ila 19/6/2010 tarihleri arasında gerek aylık başlangıç tarihi itibarıyla sigortalı işinden ayrılmadığı ya da faaliyetini sona erdirmede gerekçesiyle aylıkları iptal edilenler, gerekse aylık başlangıç tarihinden sonra yeniden sigortalı bir işte çalışmaya ya da faaliyete başlaması nedeniyle aylıkları kesilenler hakkında belirtilen süre içinde sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ancak, bunların 19/6/2010 tarihinden sonra yeniden tahsis talebinde bulunmaları halinde, ilgili kanunlarda yazılı şartlarla yeniden aylık bağlanacak ve bu kanunlarda öngörülen sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

5997 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme 19.06.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemenin yürürlük tarihi öncesi olaylara

uygulanıp uygulanmayacağıının tespiti yararlı olacaktır. Bu amaçla Yargıtay'ın 8.3.2011 tarihli kararını ⁴²⁰ ele alacağız.

Yeni düzenlemenin yürürlük tarihi öncesinde gerçekleşen uyuşmazlıkta, sigortalıya 1479 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılık süreleri, askerlik borçlanma süresi ve yurtdışında gerçekleşen çalışmalardan 3201 sayılı Yasaya göre borçlanılan süreler gözetilerek yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Sigortalı sonrasında Türkiye'de, yaşlılık aylığı aldığı dönemde sosyal güvenlik primi ödeyerek çalışmaya devam etmiştir. Kurum 3201 sayılı Kanunun 6. maddesinin (B) bendi gereği yurt dışında geçen çalışmalardan borçlanılan süreler de gözetilerek yaşlılık aylığı bağlananların, yeniden yurt dışında veya Türkiye'de çalışması durumunda, aylıklarının kesileceği, bu durumdakilerin, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışamayacakları gerekçesi ile yaşlılık aylığını keserek, ödenen aylıklar ile cari prim borcu çıkarmıştır. Yersiz aylıkları ve cari dönem primlerini ödeyen sigortalıya Türkiye'deki çalışmasını sona erdirmesi üzerine yeniden yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Sigortalı yersiz aylıklar ve cari prim olarak Kuruma ödediği miktarın tahsili istemi amacıyla dava açmıştır.

Yargıtay kararında 19.06.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5997 sayılı Kanunun 15. maddesi ile yapılan değişiklikle, 3201 sayılı Kanundan yararlanmak suretiyle aylık bağlananların, Türkiye'de sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışabileceği belirtilmiş ise de; yürürlük tarihi ve her yasanın kendi yürürlük döneminde uygulanması gerektiği gözetildiğinde, anılan değişikliğin davacı lehine uygulama olanağı bulunmadığına hükmetmiştir. Ancak mahkeme Kurumun, yaşlılık aylığı alan davacının çalıştığını bildiği ve sosyal güvenlik destek primi ödendiği hâlde, ödenen aylıkları borç çıkarmasını, Medeni Kanunun 2. maddesinde belirtilen iyiniyet ve hakkaniyete aykırı bularak sigortalının Kuruma iade ettiği aylıklar ile primlerin davacıya iadesinin gerektiğine karar vermiştir.

⁴²⁰ Y 10. HD, 8.3.2011, 2010/10496, 2011/2955 , www.kazanci.com, 21.11.2011. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 17.01.2012, 2011/1905 , 2012/371; Y 10. HD, 07.03.2013, 2011/18221 , 2013/4222 , UYAP Hâkim Portalı, 30.09.2013.

Sonuç olarak 5997 sayılı Kanunun 15. maddesi ile getirilen sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümlerin 3201 sayılı Kanun kapsamında kendilerine aylık bağlananlardan sonrasında Türkiye'de tekrar çalışmaya başlayanlar hakkında da uygulanacağına yönelik yeni düzenlemenin yürürlük tarihi öncesi olaylar için uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir.

VIII. TRANSFERİ SAĞLANAN PRİMLERİN İADESİ

Birçok Türk vatandaşı uzun yıllar boyu yurt dışında çalışmakta ve çalıştıkları ülkenin mevzuatı gereğince o ülke sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödemektedir. Ancak emekli olamadan Türkiye'ye dönmeleri durumunda ödenen primlerin geleceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kimi ülkeler iç mevzuatları çerçevesinde ülkelere dönen yabancı işçilere ödedikleri primleri iade etmekte, kimi ülkeler ise mevzuatlarında bu konuda bir düzenlemeye yer vermemekte ve primleri iade etmemektedir. Bu ülkeler ile prim iadesi sorununu çözebilmek için ülkeler ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri yapma yoluna başvurmuşlardır.⁴²¹ 3201 sayılı Kanunda Türk vatandaşları hesabına yabancı ülkelerdeki sosyal güvenlik kurumlarına yatırılmış bulunan primlerin Türkiye'ye transferlerinin ülkelerarası anlaşmalarla sağlanacağı öngörülmüştür (m. 10). Prim transferinin gerçekleşebilmesi için bu anlaşmalarda primlerin iadesine engel hükümler bulunmamalıdır (Yönetmelik, m. 17/1). Kanunda iade edilen primlerin nasıl değerlendirileceği ve hangi oranda sigortalıya iade edileceği düzenlenmiştir. Kanunun 10. maddesine göre,⁴²²

Türk vatandaşları hesabına yabancı ülkelerdeki sosyal güvenlik kurumlarına yatırılmış bulunan primlerin, ülkelerarası anlaşmalarla Türkiye'ye transferlerinin sağlanması hâlinde;

a) Transfer olunan primlere ilişkin sürelerin tamamını bu Kanuna göre borçlanarak, tahakkuk ettirilen borcunu da ödemiş olanlara, transfer olunan primlerin tamamı,

⁴²¹ Tuncay-Ekmekçi, s.479 vd.

⁴²² 5510 sayılı Kanunun 17/4/2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanunun 64 üncü maddesiyle değişik 106 ncı maddesiyle; Kanunda yer alan döviz ibareleri yürürlükten kaldırılmıştır.

b) Transfer olunan primlere ilişkin sürelerin bir kısmını bu Kanuna göre borçlanarak tahakkuk ettirilen borcunu da ödemiş olanlara, transfer olunan primlerin borçlandıkları süreye isabet eden orandaki miktarı,

Transfer tarihindeki cari kur üzerinden Türk Lirası karşılığı olarak ilgili sosyal güvenlik kuruluşunca sigortalıya, hak sahiplerine veya mirasçılara iade edilir.

Türkiye'nin imzaladığı sosyal güvenlik sözleşmeleri arasında sadece Türkiye - İsviçre Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde kesilen primlerin transferine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, 1.1.1972 tarihli Türkiye - İsviçre Sosyal Güvenlik Sözleşmesini tadil eden ve 1.6.1981 tarihinde yürürlüğe giren Ek Sözleşmenin (10/a) maddesine göre; Türk vatandaşlarının İsviçre'deki çalışmaları esnasında işçi ve işveren hissesi dâhil olmak üzere yaşlılık ve ölüm sigortası primi olarak kesilen tutarın tamamının Kuruma transferi mümkündür. Söz konusu sözleşmeye göre, İsviçre'de geçen çalışmalara karşılık kesilen yaşlılık ve ölüm sigortalarına ait primlerin transferi talebinde bulunulabilmesi için, İsviçre'den malûllük, yaşlılık ve ölüm halinde bir yardım hakkından yararlanılmamış olması ve Türkiye'de veya üçüncü bir ülkede yerleşmek amacıyla İsviçre'nin kesin olarak terk edilmiş olması gerekmektedir (Sözleşme m. 10/1, 2011/48 Genelge, 2.B., 6).

Sözleşmenin 10. maddesine göre; primler Türkiye Sosyal Sigortalar Kurumuna transfer olunur ve kurum primleri Türk mevzuatına göre yetkili sigorta kuruluşuna intikal ettirir. Bu primler ve bu primlere ilişkin süreler, bir Türk aylığına hak kazanmada ve bu aylığın hesabında, Türk primlerine ve sürelerine muadil sayılır. Transfer olunan primlerden Türk emeklilik sigortası çerçevesinde sigortalı veya hak sahibi yararına hiç bir menfaat sağlanmıyorsa, anılan yetkili kuruluş transfer edilmiş olan primleri ilgili kimselere öder (m. 10/3).

Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri ile transferi sağlanan primlerin sigortalı ya da hak sahiplerine iadesi bu primlerden, Türk Sosyal Güvenlik Kanunları çerçevesinde, sosyal sigorta yardımlarından yararlanmada menfaat sağlanmaması esasına dayalıdır.

Transfer edilen primlerin transfer tarihindeki cari kur üzerinden Türk Lirası karşılığının iade edilmesi gerekmektedir.

Uygulamada sigortalılar transfer edilen primlerin kendilerine geç ödenmesinden ötürü zarar gördüklerinden bahisle primlerin iade tarihindeki kura göre ödenmesi gerektiğini ileri sürmüş ve kur farkının tahsili, bir diğer ifadeyle Kurumdan tazminat talebinde bulunmuşlardır. 10. Hukuk Dairesi, 10. maddeye göre, transfer edilen primlerin transfer tarihindeki cari kur üzerinden Türk Lirası karşılığının iade edilmesi gerektiğini, ayrıca Kurumun kendisine intikal eden primleri mevzuata uygun şekilde hemen Türk parasına çevirterek Ziraat Bankasındaki hesabında bloke ettiğine ve getirtilen döviz nedeniyle herhangi bir haksız kazanç elde etmediğine göre, sonradan oluşan kur farkının ödetilmesinin istenemeyeceğine hükmetmiştir. İlk derece mahkemesinin direnmesi üzerine uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulunca ele alınmıştır. Direnme kararını bozduğu kararında 3201 sayılı Kanunun 10. maddesindeki “transfer tarihindeki cari kur üzerinden TL karşılığı olarak ilgili Sosyal Güvenlik Kuruluşunca sigortalıya, hak sahiplerine veya mirasçılara iade edilir.” hükmü karşısında transfer edilen prim tutarının ödeme tarihindeki kur üzerinden ödenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Genel Kurul davada zarar miktarının nasıl hesaplanacağı ve hangi koşullarla istenebileceği noktasında şu kararı vermiştir:

“...Transfer edilen primler 6.6.1985 tarihindeki cari kur üzerinden TL karşılığı kurum hesabına kaydedildiğine ve dekontun Kuruma 26.6.1985 tarihinde intikal ettiğine, ayrıca gelen primlerin tamamının mı, yoksa bir kısmının mı ödenmesi gerektiği konusunda davacının borçlanma dosyası incelenip yetkili servisin karar ve bankaya talimat vermesi icap ettiğine göre, Kurumun çalışma sistemi ve iş hacmi karşısında uygun sürenin ne olabileceği, Kurumun hangi tarihten itibaren temerrüde düşmüş sayılacağı, gerektiğinde, bilirkişi incelemesi de yapılmak suretiyle saptanmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Yasal faizin üzerinde zararın gerçekleştiği iddia ve isbat olunmadıkça munzam zarara hükmedilemeyeceği hukuksal gerçeği karşısında, davacının

yönteminde isticvap edilerek, transfer edilen primler karşılığı TL nin zamanında ödenmesi halinde nasıl değerlendirileceği, menkul değerlere yatırılıp yatırılmıyacağı saptanmadan ve bu konudaki davacı delilleri toplanmadan davanın kabulü usule ve Yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Mahkemece yapılacak iş, açıklandığı şekilde primlerin en erken hangi tarihte ödenebileceği; uygun sürenin, başka bir anlatımla temerrüd tarihinin ne olduğu saptanıp temerrüd tarihi ile ödeme tarihi arasında davacının ne gibi munzam zararı gerçekleştiği konusunda isticvap edilerek göstereceği deliller toplandıktan sonra hasıl olacak sonuca göre karar vermekten ibarettir.”

Sonuç olarak Türk vatandaşlarının yabancı ülkelerdeki sosyal güvenlik kurumlarına yatırılmış bulunan primlerinin sosyal sigortalar kurumunca Türkiye'ye transferi hâlinde bu primler ödeme tarihindeki değil, transfer tarihindeki kur üzerinden hak sahiplerine ödenir. Primlerin geç ödenmesinden dolayı kurumdan tazminat istenilebilmesi mümkün olmakla beraber bunun için primlerin en erken ne zaman ödenebileceği, temerrüt tarihi ile ödeme tarihi arasında davacının ne gibi zararının gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekir. Transfer tarihindeki kur ve ödeme tarihindeki kur farkının zarar miktarının tespitinde dikkate alınması doğru değildir.

3201 sayılı Kanunda primlerin iadesi borçlanmaya bağlı olarak düzenlenmiştir. Yurt dışında geçen hizmetlerini borçlanmayan kişilere prim iadesi yapılıp yapılamayacağı konusunda maddede bir açıklık yoktur. Bu konuda iki görüş ortaya çıkmıştır. Öğretideki çoğunluk görüşüne göre primlerin transfer edileceği ülke ile imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesinde primlerin iadesine engel bir hüküm yok ise transfer edilen primler ilgili kişilere iade edilmelidir. 3201 sayılı Kanuna göre borçlanmanın isteğe tabi kılınması da bu görüşü desteklemektedir.⁴²³ Yine ikili sözleşmeler ve yurt dışı hizmet borçlanmasına ilişkin ulusal yasalar birbirinden bağımsızdır. İlgili borçlanma yasasından yararlanmak için başvuru yapmamışsa ikili sözleşme

⁴²³ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.582; Orhan, s.150 vd.; Tuncay-Ekmekçi, s.479.

hükümlerinin uygulanması ve dolayısıyla primlerin iade edilmesi gerekir.⁴²⁴ Diğer bir öğreti görüşüne göre ise; sosyal güvenliğin alt yapısını oluşturan Sosyal Sigortalar Kanunu sisteminde primlerin iadesi şeklinde bir ilke yer almamaktadır. Transferi gerçekleştirilen bedeller doğrudan kişinin geleceğini güvence ve teminat altına almayı amaçlayan sosyal sigortalar kurumlarınınca tahsil edilmiştir. Bu nedenle anılan bedelin kişinin sosyal güvenliği için değerlendirme olanağı kalmadıkça kişiye iade edilmemesi gerekir. Transfer edilen primler zorunluluk olmadıkça iade edilmeyip kişinin sosyal güvenliği yönünde değerlendirilmelidir.⁴²⁵

Yargıtay primlerin iadesi konusunu borçlanmadan ayrı düşünerek ilgilinin borçlanma talebinin olmadığı hâllerde transfer edilen primlerin sigortalıya ödeneceğine hükmetmiştir. 10. Hukuk Dairesi'ne göre, yabancı ülkelerde geçen çalışmaların sigortalı olarak değerlendirilmesi ancak 2147 ve 3201 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde mümkündür. Sigortalı tarafından bu Kanun hükümleri uyarınca usulüne uygun bir başvuruda bulunulmadığı için transfer edilen primlerin sigortalıya ödenmesi gerekir.⁴²⁶

Transfer edilen primlerin Kurum nezdinde değerlendirilebilmesinin şartı, transfer olunan primlere ilişkin sürenin borçlanması hâlinde borçlanma bedelinin bir kısmının veya tamamının ödenmemiş olmasıdır. Bu durumda transfer edilen primler borçlanma bedeli olarak tahsil edilir. Yurt dışı hizmet borçlanmasında esas olan ilgilinin borçlanma talebinde bulunmasıdır. Karara konu olayda sigortalı Türkiye'de yaşlılık aylığına hak kazanmasından ötürü borçlanma talebinde bulunmamıştır. Dolayısıyla Kurumun primleri kendiliğinden kanunda öngörülmeleyen bir şekilde değerlendirmesi kanuna aykırıdır. Bu sebeple Yargıtay kararı bizce isabetlidir.

⁴²⁴ Laçiner, s.636.

⁴²⁵ Araslı, s.1730.

⁴²⁶ Y 10. HD, 29.06.1992, 1991/13092 , 1992/7486 , YKD, C.19, S.1, Ocak 1993, s.45-48.

IX. BORÇLANMADAN VAZGEÇME VE BORÇLANMA MİKTARININ İADESİ

3201 sayılı Kanunun 4. maddesine göre; borçlanmadan sonradan vazgeçenler ile yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getiremeyenlere ve bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları ödemeler, faizsiz olarak iade edilir (m. 4/2).

Söz konusu hükme ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte ve 2011/48 sayılı Genelgede düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre; borçlanma başvurusunda bulunup borcu tebliğ edilmeden ya da tebliğ edildikten sonra üç aylık süre içinde borçlanma başvurusundan vazgeçtiklerini yazılı olarak ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna bildirenlerin borçlanma başvuruları geçersiz sayılır (Yönetmelik, m. 11/1).

Tahakkuk ettirilen borcun tamamını veya bir kısmını ödeyenlerden henüz kendilerine bağlanan aylıkları almaya başlamadan borçlanmalarının iptal edilmesi için yazılı başvuruda bulunanların ödedikleri borçlanma tutarının tamamı, faiz uygulanmaksızın Türk Lirası olarak iade edilecektir. Bu durumda kısmi iade yapılmayacak, diğer bir ifadeyle, borçlanmanın bir kısmı iptal edilerek, bir kısmı geçerli sayılmayacaktır. Ancak, farklı tarihlerde birden fazla borçlanma yapılmış ise talep sahibinin yapmış olduğu borçlanmalardan bir ya da birkaçından vazgeçme hakkı saklıdır (Yönetmelik, m. 11/2, 2011/48 Genelge, 2.B., 7).

Borçlandıkları hizmetleri ile malullük ve yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanamayan sigortalılar ile ölüm aylığı bağlanamayan hak sahiplerine başvuruları halinde ödenen borçlanma tutarının tamamı faiz uygulanmaksızın Yeni Türk Lirası olarak iade edilir (Yönetmelik, m. 11/3).

Borçlandıkları hizmetler dikkate alınarak aylık almakta olanlar, borçlanma başvurusu ve buna bağlı olarak yapılan borçlanmadan vazgeçemezler. Bunların ödedikleri borçlanma tutarı iade edilmez. Ancak borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getiremeyenlere ve bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları

ödemeler, faizsiz olarak iade edilir (Yönetmelik, m. 11/4; 2011/48 Genelge, 2.B., 7).

Söz konusu düzenlemeler ışığında yurt dışı borçlanma başvurusunda bulunduktan sonra borç ödensin veya ödenmesin aylık bağlanmadan önce borçlanmadan vazgeçmek mümkündür. Aylık bağlanması aşamasında ise vazgeçme aylık bağlanıp bağlanmamasına göre farklılık arz etmektedir. Bu durumda borçlanmadan vazgeçme imkânı ancak aylığa hak kazanılamaması durumunda söz konusu olabilmektedir. Aylık almakta olanlar borçlanmadan vazgeçemezler. Bunun istisnasını borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli olan şartları yerine getiremeyenlerin vazgeçmesi oluşturur.

Borçlanmadan vazgeçilmesi hâlinde, Kuruma ödenen borçlanma bedeli ilgililere faiz uygulanmaksızın Türk Lirası olarak iade edilecektir.

3201 sayılı Kanunda 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce yurt dışı hizmet borçlanması iptal edilen kişiye borçlanma bedelinin Türk lirası mı yoksa döviz olarak mı iade edileceği konusunda öğretide ve yargı kararlarında görüş ayrılıkları mevcuttu. Ancak 5754 sayılı kanunla yapılan düzenleme ile iadenin açıkça Türk lirası ile yapılacağı öngörülerek bu konudaki tartışmalara son verilmiştir.

Öğretide yapılan ödemelerin ilgiliye faiz söz konusu olmaksızın iade edilmesinin sigortalıları hak kaybına uğratacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre borçlanma ile borçlanmanın iptali arasında çok uzun bir zaman geçmesi düşünüldüğünde kişilerin maddi anlamda kayba uğrayacağı açıktır. Yapılan ödemelerin yasal faiziyle birlikte kişiye iadesi hakkaniyete daha uygun bir düzenleme olacaktır.⁴²⁷

Belirtmek gerekir ki 2147 sayılı Kanun ve 3201 sayılı Kanunun ilk şeklinde borçlanma bedeli tamamen ödendikten sonra borçlanma talebinden vazgeçme ve ödenen bedeli geri alabilme hakkı tanınmamıştı. Yargıtay da

⁴²⁷ Ergin, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s.582.

bireyin sosyal güvenlik hakkından vazgeçemeyeceği ilkesinden hareketle borçlanmadan vazgeçilemeyeceğine hükmetmişti.⁴²⁸

Öğretideki bir görüş borçlanmadan vazgeçilememesini hukukumuza uygun bulmaktaydı. Çünkü hukukumuzdaki genel kurala göre, borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir (6098 sayılı BK, m.78/1).⁴²⁹ Yurt dışı borçlanmasında ise hataen ödeme olmadığı için vazgeçme söz konusu olmamalıdır.⁴³⁰ Yine öğretilde bir görüş vazgeçmenin borçlanmanın amacına uygun düşmeyeceği gözetildiğinden bu yönde bir hüküm getirilmediğini belirtmektedir. Burada kişinin iradesine bakılmayarak sigortalının geleceğini tehlikeye atması istenmemiştir.⁴³¹

⁴²⁸ Y 10. HD, 16.12.1986, 5699/6927, Güzel, Değerlendirme 2002, s.268.

⁴²⁹ Borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse hataen kendisini borçlu zan ederek verdiğini ispat etmedikçe onu istirdat edemez (818 sayılı Borçlar Kanunu, m. 62).

⁴³⁰ Tuncay, Değerlendirme 1986, s.181 vd.

⁴³¹ Araslı, s.1730 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

YURT İÇİ HİZMET BORÇLANMASI

I. GENEL OLARAK

Bireylerin çalışma hayatının öncesinde ve sonrasında geçirdikleri sürelerin bir kısmı sigortalılık kapsamında değerlendirilememektedir. Kimi durumlarda çalışma hayatı ve sigortalılık ilişkisi başladıktan sonra çalışma hayatında kesintiler meydana gelmektedir. Bu kesinti karşımıza genelde iş sözleşmesinin askıya alınması şeklinde çıkar.

İşçinin iradesi dışında gelişen bazı ifa engelleri işgörme borcunun yerine getirilmesinde maddî imkânsızlık yaratabilir. İşçinin hastalanması, iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına yakalanması, gebe kalması ve doğum yapması, kanundan doğan zorunlu herhangi bir askerî veya kamusal ödevi yerine getirmesi, kanunî yasaklar veya tutuklanması gibi engeller maddî ifa imkânsızlığı yaratan hâllerdir. Çalışma ilişkileri içinde bazı durumlarda ise işçinin çalışması maddî olarak imkânsız değildir, ancak işçiden kişisel veya manevî nedenlerden ötürü işgörme edimini yerine getirmesi beklenemez. İşçinin evlenmesi, doğum yapması, bir yakınının ölümü buna örnek gösterilebilir. Tüm bu durumlarda iş akdi maddî veya manevî imkânsızlığın devam ettiği sürece askıya alınır. İşçilere anayasal ve yasal olarak tanınan bazı hakların kullanılması durumunda ise, örneğin grev hakkının kullanılmasında işçi işgörme edimini iradî olarak yerine getirmemektedir. Grevci işçiler bakımından maddî ifa imkânsızlığından söz edilemez. Ancak hak olarak tanınan grevde işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi de hakkın kullanımını zorlaştırır. Hakkın kullanılmasını kolaylaştırmak için de işçilerin yasal bir greve katılması hâlinde iş akdi yine askıya alınır.⁴³²

İş akdinin askıya alınması hâlinde işçinin ve işverenin iş akdinden doğan temel borçları askıya alınır. Söz konusu borçlar, işgörme ve ücret ödeme borcudur. Askı hâlinde işveren, kural olarak, ücret ödemekle yükümlü

⁴³² Sözek, Askı, s.45 vd.

değildir.⁴³³ Bunun sosyal güvenlik hukukunda karşılığı, askı döneminde çalışma olgusu söz konusu olmadığı için işçi adına prim ödenmemesidir.

İşçiler açısından bahsettiğimiz ifa imkânsızlığı hâlleri genel olarak kamu görevlileri ve bağımsız çalışanlar için de geçerlidir. İşçiler ile ortak olan nokta, söz konusu iki grup açısından da, kural olarak, imkânsızlık hâllerinde sigortalılar adına prim ödenmemesidir.

Kimi durumlarda ise sigortalı kapsamına alınmadan önce belli bir eğitim ve staj döneminin geçirilmesi gerekmektedir. Eğitimde ve stajda geçen süreler hukukumuzda sigortalı çalışma olarak kabul edilmemekte ve sigortalılık süresine dahil edilmemektedir.

Yukarıda bahsedilen değişik sebeplerden ötürü sigortalılık kapsamı dışında kalan ve primi ödenmeyen sürelerin değerlendirilebilmesi amacıyla da söz konusu sürelerle ilişkin primlerin ödenmesinin yolu açılmış ve böylece hizmet borçlanması kurumu oluşturulmuştur.

Yurt içinde geçen sürelerin borçlanılmasına ilişkin düzenlemeler esas olarak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunlarında yer almıştır. Mevzuattaki dağınık yapı, reform sürecinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile giderilmek istenmiş ve 506, 5434 ve 1479 sayılı Kanunlarda yer alan geçici borçlanmalar, askerlik borçlanması, grev ve lokavtta geçen sürelerin borçlanması hâlleri ve borçlanma esasları 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde da tüm sigortalıları kapsayacak biçimde tek madde başlığı altında düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanunda borçlanma yapılabilecek hâller genişletilmiştir. Ayrıca borçlanma yöntemi de aynı maddede düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanunun “Sigortalıların borçlanabileceği süreler” başlıklı 41.maddesinde ifadesini bulan düzenleme şu şekildedir:

“ Sigortalıların borçlanabileceği süreler

MADDE 41- Bu Kanuna göre sigortalı sayılanların;

⁴³³ Mollamahmutoğlu, s.572; Süzek, Askı, s.97 vd.

a) **(Değişik: 10/9/2014-6552/43 md.)** 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,

b) Er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreleri,

c) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleri,

d) Sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirdikleri normal doktora veya uzmanlık öğrenim süreleri,

e) Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj süreleri,

f) Sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen süreleri,

g) Grev ve lokavtta geçen süreleri (...) ⁽¹⁾ ,

h) Hekimlerin fahrî asistanlıkta geçen süreleri,

ı) Seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreleri,

i) **(Ek: 13/2/2011-6111/30 md.)** Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelere ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreleri,

j) **(Ek: 4/7/2012-6353/37 md.)** Sigortalı olmaksızın, 8/4/1929 tarihli ve 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanuna göre yurt dışına gönderilen ve öğrenimini başarıyla tamamlayarak yurda

dönerlerden yükümlü bulunduğu mecburi hizmet süresini tamamlamış olanların, yurt dışında resmî öğrenci olarak geçirmiş oldukları öğrenim sürelerinin 18 yaşının tamamlanmasından sonraki döneme ait olan kısmı,

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 tebliğı tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır. **(Ek cümle: 13/2/2011-6111/30 md.)** (i) bendi kapsamında borçlanılacak sürelere ilişkin genel sağlık sigortası primlerinin ödenmiş olması halinde, genel sağlık sigortası primi ödenmiş bu sürelere ilişkin borçlanma tutarı % 20 oranı üzerinden hesaplanır.

Bir ay içinde ödenmeyen borçlanmalar için ise yeni başvuru şartı aranır. Primi ödenmeyen borçlanma süreleri hizmetten sayılmaz. Borçlanma sürelerinin ne şekilde belgeleneceğini belirlemeye Kurum yetkilidir.

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 ödendiğı tarihi takip eden ay başından itibaren aylık bağlanır.

(1) 17/4/2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanunun 67 nci maddesiyle; bu arada yer alan “ve Kurumca kabul edilecek sektörel veya genel ekonomik kriz dönemlerinde işvereni tarafından ücretsiz izinli sayılanların, her yıl için 3 ayı geçmemek üzere bu süreleri” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

Borçlanılan süreler, uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından;

a) (Değişik: 4/7/2012-6353/37 md.) Birinci fıkranın (a), (b), (d), (e), (f), (g), (h) ve (j) bentleri gereği borçlananlar, borçlandığı tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,

b) (Değişik: 13/2/2011-6111/30 md.) 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.

Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonraki sürelerle ait borçlanmalarda; borçlanılan prime esas gün sayısı borçlanılan ilgili aylara mal edilir. Seçilen prime esas kazanç, borcun ödendiği tarihteki prime esas asgarî kazanca oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgarî kazancı ile çarpılır. Bulunan tutar, ilgili ayın prime esas kazancı kabul edilir. Ancak hesaplanan prime esas kazanç hiçbir suretle o ayın prime esas azamî kazancını geçemez.”

Borçlanılabilecek hâller kanunda tek maddede toplanmak istenilmişse de diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre yapılan borçlanma işlemleri ile bağlantı kurulması amacıyla geçici hükümlerde de birtakım düzenlemeler yapılmıştır.

5510 sayılı Kanunun sosyal sigorta hükümleri ile getirilen hak ve yükümlülükleri ve sosyal sigorta işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, “Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği”⁴³⁴ ve “Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ”⁴³⁵ çıkarılmıştır.

⁴³⁴ RG. 12.05.2010, S. 27579.

⁴³⁵ RG. 01.07.2010, S.27628.

II. DOĞUM BORÇLANMASI

A. Genel Olarak

Kadınlar tarihsel gelişim boyunca her dönemde ve her toplumda çalışma hayatında yer almışlardır. Özellikle sanayi devriminden sonra üretim tekniklerinin basitleşmesi ve kadınların ucuz işgücü olarak görülmeleri onların çalışma hayatına katılımlarını hızlandırmıştır.⁴³⁶ Çalışma hayatında yer alan kadınlar çalışarak toplumsal üretime katılmanın yanında aile içi yükümlülüklerini yerine getirerek aileyi ayakta tutmak, çocuk doğurarak ve onu yetiştirerek neslin devamını sağlamak durumunda kalmışlardır. Çalışmak ve anne olmak kadının temel hakları olmakla beraber çalışırken anne olan kadınların sağlığını, işini, gelirini kaybetmeleri karşısında çalışma hayatında korunmalarına yönelik ulusal ve uluslararası alanda sosyal politikalar gündeme gelmiş ve çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.⁴³⁷ Söz konusu düzenlemeler özellikle kadına analık döneminde yeterli istirahat zamanı vermeye, onu sağlığını tehlikeye düşürmeyen hafif işlerde çalıştırmaya, doğumunda sağlık yardımında bulunmaya, işe gidemediği günlerde gelir güvencesi ve istirahati sona erdiği zaman ayrıldığı işine geri dönme olanağı sağlamaya, gebelik ve doğum nedeniyle iş sözleşmesinin feshine karşı korumaya yöneliktir.⁴³⁸ Kadın çalışanlara özel bir koruma sağlanması hem iş hayatındaki düzenin sağlanması ve adaletin tesisi hem de toplumun temeli olan ailenin sağlıklı bireyler yetiştirmesi açısından son derece önemlidir.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁴³⁹'nin 2. maddesinde; “Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu Bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilir.” hükmü yer almaktadır. Yine aynı sözleşmenin

⁴³⁶ Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.38 vd.

⁴³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.38 vd.; Tuncay, Analık, s.29 vd.

⁴³⁸ Tuncay, Analık, s.29 vd. Kadın işçinin feshe karşı korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, Feshe Karşı Koruma, s.1224 vd.

⁴³⁹ Türkiye söz konusu bildirgeyi 06.04.1949 tarihinde onaylamıştır.

23. maddesinde herkesin çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma koşullarına ve işsizlikten korunmaya hakkı olduğu belirtilmiştir.

1982 Anayasası'nda kadınların korunmasına yönelik düzenlemeler mevcuttur. 1982 Anayasası'nın 50. maddesine göre; kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz (m. 50/1). Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar (m. 50/2).

Çalışma yasaları kapsamında kadının özel olarak korunması gerektiği gibi kadınların özel hâlleri için de özel koruma hükümlerinin getirilmesi bir zorunluluktur. İşin düzenlenmesi, ücret ve kıdem tazminatına ilişkin yasal düzenlemelerden genel olarak bütün kadın işçiler yararlanabilir. Ancak gebelik ve analık hâllerinin söz konusu olduğu durumlarda uygulanan koruyucu hükümler özel niteliktedir. Bu tür hükümlerden de sadece gebe ve doğum yapmış kadınlar yararlanabilir.⁴⁴⁰

Türk Hukukunda kadınların gebelik ve doğum halinde sahip oldukları haklar İş Hukukunda ve Sosyal Güvenlik Hukukunda düzenlenmiştir.

B. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebelik ve Doğum

İş Hukuku mevzuatında kadınların gebelik ve doğum hâlinde çalıştırılmayacakları ve çalıştırılabilecekleri işler, bu hâllere ilişkin izin süreleri başta 4857 sayılı İş Kanunu olmak üzere iş hukuku mevzuatında düzenlenmiştir. Özellikle konumuz bağlamında aşağıda açıklanacağı üzere kadınlara doğum öncesi ve sonrası belirli sürelerde ücretsiz doğum izni hakkı tanınmaktadır.

4857 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler 1992 tarih ve 92/85 sayılı Avrupa Birliği'nin "Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İş Sağlığını ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Geliştirilmesine Dair Direktif " esas alınarak yapılmıştır. Direktifte doğum öncesi ve sonrası için öngörülen 14 haftalık izin süresi yeni İş Kanununda ve ilgili yönetmelikte 16 hafta olarak düzenlenmiştir.

⁴⁴⁰ Türkmen, s.22.

Doğum izni sürelerinin artırılması ilgili madde gerekçelerinde, *“Bu durum kadınlarımızı çalışma yaşamında çoğu kez annelik veya işleri arasında bir tercih yapmak zorunda bırakmakta; çalışma hak ve özgürlüklerinden erkeklerle eşit bir biçimde yararlanmalarını engellemektedir. Hâlbuki cinslerarası eşitliğin yaşama geçirilişi ve kadınların sosyal ve ekonomik yaşama katılımı, günümüzde toplumların gelişmişlik düzeyinin ve demokratikleşme sürecinde aldıkları yolun belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılmaktadır. Bu konularda çağdaş gelişmiş ülkelerin gerisinde olmak, Türkiye'nin demokratik ilkeler karşısındaki konumunda ve Avrupa Birliği ile ilişkilerinde olumsuz değerlendirmelere neden olmaktadır. Bu olumsuzlukları engellemek, söz konusu alanda çağdaş gelişmiş ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliği ülkelerinin hukuk düzenlerine koşut bir düzenlemeyi gerçekleştirebilmek, kadınlarımızın çalışma yaşamında koşullarının iyileştirilmesini sağlayabilmek için söz konusu öneride bulunulmasına gerek görülmüştür.”* şeklinde ifade edilmiştir. Yine gerekçede diğer ülkelerden örneklerle durum açıklanmaya çalışılmıştır: *“Ayrıca Avrupa Birliği'ne üyelik müzakerelerini başlatabilmek yönünde tüm yasal düzenlemeleri ivedilikle yerine getiren bir ülke olarak iş yaşamındaki standartlar açısından da AB'ye üye ülkelerin uygulamalarının dikkate alınmasında yarar vardır. AB ülkelerinin birçoğunda doğum izinleri 16 hafta ve üzeri sürelerdir. Örneklersek Avusturya 16 hafta, Danimarka 28 hafta, Fransa 16 hafta, Yunanistan 17 hafta, Hollanda 16 hafta, İspanya 16 hafta, Lüksemburg 16 hafta, Belçika 16 hafta, İtalya 21 hafta çalışan annelerine doğum izni vermektedir. Ülkemiz açısından da çalışan annelerin, daha geniş anlamda da dinamik bir toplum yapısının korunabilmesi, gelişmiş ve demokratik bir ülke haline gelinebilmesi için mevcut durumun önerildiği şekilde değiştirilmesinde yarar vardır.”*⁴⁴¹

Gerekçeden anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği'ne tam üyelik için aday ülke konumundaki ülkemiz çalışma hayatını düzenleyen ilke ve kurallar açısından Avrupa Birliği mevzuatı ve Birleşmiş Milletler'in bağlı kuruluşu olan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün normlarını takip etmek ve bu konuda gerekli yasal düzenlemeleri yaparak mevzuat uyumunu gerçekleştirmek ile

⁴⁴¹ <http://www.iskanunu.com/icerik/icerik/gerekceli-is-kanunu-metni.html#78>, 16.10.2011.

yükümlüdür. Türk kanunkoyucusu bu yönde kadın sigortalıları korumak adına onlara doğum ve analık izni tanınanının yanında sosyal güvenlik haklarının sağlanması için de birtakım düzenlemeler yapmıştır.

Öncelikle kazançların kullanımını etkileyen ve kadının bünyesinde meydana gelen fizyolojik bir sosyal risk⁴⁴² kabul edilen analık hâli için, sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısına yapılacak yardımları içeren ve kısa vadeli sigorta hükümleri içinde düzenlenen analık sigortası kabul edilmiştir. Analık; hamilelik (gebelik), doğum ve lohusalık (emzikli olma) olmak üzere üç evreden oluşur.⁴⁴³ Hamilelik, çocuğun ana rahmine düşmesinden doğum anına kadar geçen evreyi ifade eder. Doğum, çocuğun bedeninin ana rahmini terk etmesidir. Burada çocuğun sağ veya ölü doğması fark etmez. Ancak çocuğun belli bir tarihten (180 gün) önce ölü doğması doğum değil, düşük sayılır. 506 sayılı Kanunun 33. maddesine göre çocuk düşürme, bu kanunun uygulanmasında, hastalık hâli sayılır. 5510 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenleme yoktur. Öğretideki bir görüşe göre bu durumda hastalık sigortasından gerekli yardımlar yapılmalıdır.⁴⁴⁴ Diğer bir görüşe göre ise çocuk düşürme analık sigortası kapsamında sayılmalıdır.⁴⁴⁵ 180 günden sonraki doğumda çocuk ölü doğmuş olsa bile hukuken yine doğum sayılır. Lohusalık ise doğumdan sonra başlayan ve kadına çocuğuna bakması için tanınan süredir.

Analık sigortası 5510 sayılı Kanunun 15. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özrürlülük halleri analık hâli kabul edilir.

⁴⁴² Akın, Kadın İşçiler, s.72.

⁴⁴³ Tuncay, Analık, s.37.

⁴⁴⁴ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.242.

⁴⁴⁵ Ekmekçi-Tuncay, s.302.

Doğum olayı, doğum öncesi, doğum sırası ve doğum sonrası olağandışı kimi giderleri beraberinde getirmektedir. Doğum nedeniyle bir süre çalışamayan sigortalı kadın işçi, ücret gelirinden yoksun kalmaktadır. Analık sigortasının amacı da gider artışlarını ve gelir kayıplarını gidermek suretiyle bireye ekonomik güvence sağlamaktır. Analık sigortası yardımlarında hem annenin hem de çocuğun korunması hedeflenir.⁴⁴⁶ Analık sigortası kapsamında sağlık hizmetleri sunulmakta, emzirme ödeneği ve geçici iş göremezlik ödeneği verilmektedir (506 sayılı Kanun, m. 43-51; 5510 sayılı Kanun m. 15-18). Kadınların gebelik ve doğum halinde korunmalarına yönelik düzenlemeler bununla da sınırlı değildir. Zira 5510 sayılı Kanun ile kadınlara doğum yapmaları hâlinde kanunda öngörülen belirli nitelikteki süreleri borçlanma hakkı tanınmıştır. Kanunkoyucu kadın sigortalılara doğum borçlanması hakkı tanımak suretiyle bu alanda mevcut önemli bir boşluğu doldurmuş ve kadınlara sosyal güvenliğe ilişkin hak kayıplarını telafi etme imkânı sunmuştur.

C. Doğum Borçlanması

5510 sayılı Kanunun 41. maddesi ile daha önce sosyal güvenlik mevzuatında öngörülmeyen yeni bir borçlanma imkânı getirilmiştir. Kadınların gebelik ve doğum nedeniyle işe gidemedikleri günlerini sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirmelerini sağlamaya yönelik doğum borçlanması hakkı, ailenin korunmasına ve nüfusun sağlıklı bir biçimde artışını sağlamaya yönelik önemli ve yerinde bir düzenlemedir.⁴⁴⁷ Esasen sosyal güvenlikte ailenin korunması bakımından en önemli sigorta alanı aile ödenekleri ya da aile yardımlarıdır. Ancak söz konusu alan henüz sosyal güvenlik hukukumuzda sigorta kolları kapsamına alınan bir risk alanı değildir. Bu sebeple toplumun temeli olan ailenin desteklenmesi bakımından doğum borçlanması ailenin sosyal güvenliği yönünden dolaylı bir destek sistemi niteliğindedir.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.404.

⁴⁴⁷ Arıcı, Doğum Borçlanması, s.165 vd.

⁴⁴⁸ Arıcı, Doğum Borçlanması, s.167, dn. 7; Kurtulmuş, s.36 vd.

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin ilk şeklinde kadın sigortalılara kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerini borçlanma hakkı tanınmıştı. 5754 sayılı Kanunun 67. maddesi ile hüküm “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,” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile borçlanılabilecek sürelerin kapsamı genişletilmiştir.

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 belirtilmiştir.⁴⁴⁹

Doğum borçlanması konusunda son değişiklik 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun⁴⁵⁰ ile yapılmıştır. 5510 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunun 43. maddesi ile değişik 41. maddesine göre; 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 borçlanmaları mümkündür (m. 41/1,a).

Söz konusu hükümde kadınlara iki ayrı borçlanma hakkı tanınmıştır. Bunlardan ilki, kadın sigortalıların sahip oldukları statüye göre Kanunları

⁴⁴⁹ Y 10. HD, 25.02.2010, 2009/8312, 2010/2516, Legal, C.7, S.25, Y.2010, s.383-387.

⁴⁵⁰ İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, RG. 11.09.2014, S. 29116 Mükerrer.

gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerini borçlanabilmeleridir. İkincisi ise; 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 borçlanabilmeleridir.

1. Kanunları Gereği Verilen Ücretsiz Doğum ya da Analık İzin Sürelerine İlişkin Borçlanma

a) Ücretsiz doğum ya da analık izin süreleri

Gebe ve anne işçilere ilişkin koruyucu düzenlemelerin en önemlilerinden birisi, doğum öncesi ve doğum sonrası izindir. Borçlanması öngörülen ücretsiz doğum ve analık izni süreleri hem ulusal hukukta hem uluslararası hukukta düzenlemelere konu olmuştur.⁴⁵¹

Birleşmiş Milletler tarafından 1979 yılında kabul edilen ve 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi-CEDAW⁴⁵² çalışma hayatında kadınların durumu ile ilgili en ayrıntılı düzenlemeleri içeren sözleşmedir. Sözleşmenin 11. maddesine göre; taraf Devletler, istihdam alanında kadınlara karşı ayrımı önlemek ve kadın erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak için uygun önlemleri almakla yükümlüdürler. Bu önlemlerin alınacağı durumlardan biri de doğurganlığın korunması hakkıdır. Ayrıca evlilik ve analık sebebiyle kadınlara karşı ayrımı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla, Taraf Devletler uygun önlemleri alacaklardır. Bu önlemlerden biri de önceki iş, kıdem ve sosyal haklar kaybedilmeksizin, ücretli olarak doğum izni vermek olarak gösterilmiştir.⁴⁵³

Kadının Doğum ve Doğum Sonrası Çalışması Hakkında 183 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 4. maddesinde kadınlara doğum nedeniyle verilecek iznin 14 haftadan az olamayacağı hükmü getirilmiş, doğum sonrası verilecek iznin ulusal mevzuat çerçevesinde belirleneceğini ancak bu iznin de 6 haftadan az olamayacağı belirtilmiştir.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Yabancı hukuklarda ve Türk Hukukunda analık ve izin süreleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, Analık, s.29 vd.

⁴⁵² Türkiye bu sözleşmeyi 24.7.1985 tarihinde onaylamıştır.

⁴⁵³ Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.40; Tuncay, Analık, s.31.

⁴⁵⁴ ILO tarafından 1919'da kabul edilen 3 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi 28.06.1952 tarihinde 103 sayılı sözleşme ile revize edilmiştir. Bu sözleşme de katı hükümler içermesi eleştirisi karşısında daha esnekleştirilmesi amacıyla aynı adla 15.06.2000 tarihinde 183 sayılı sözleşme olarak yeniden kabul edilmiştir. Türkiye bu sözleşmeleri henüz onaylamamıştır.

Kadın çalışanların gebelik ve doğum hâlinde korunmaları gerektiği ve doğum ve analık izni hususu Avrupa Birliği düzenlemelerinde de yer bulmuştur.

Avrupa Sosyal Şartı⁴⁵⁵'nin "Çalışan Kadınların Korunma Hakkı" başlıklı 8. maddesine göre; kadınlara doğumdan önce ve doğumdan sonra ücretli izin hakkı tanınmalıdır. 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı⁴⁵⁶'nin 8. maddesinde de çalışan kadınların analık hâlinde korunmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, çalışan kadınlara doğumdan önce ve sonra toplam 14 hafta ücretli izin verilmelidir.⁴⁵⁷

1975 tarihli 75/117 sayılı Kadın ve Erkekler İçin Ücret Eşitliği Direktifi'nin 2. maddesinde, hamile kadının ve ananın korunmasına ilişkin hükümlerin eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceği ve hatta eşitsizlikleri önleyici hükümler olduğu belirtilmiştir (m. 2/3).⁴⁵⁸

Sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit davranma yükümlülüğü getiren 1978 tarihli 79/7 sayılı Direktifin 4. maddesinde ananın korunması hakkındaki özel düzenlemelerin eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceği belirtilmiştir (m. 4/2).⁴⁵⁹

Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İş Sağlığını ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Geliştirilmesine Dair 1992 tarih ve 92/85 sayılı Direktif'in 8. madde ile kadına doğum öncesi ve sonrası en az 14 hafta analık izni verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁶⁰

Hukukumuzda ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde kadın işçilerin analık hâlinde çalıştırılmamaları gereken süreler belirtilmiştir. Buna göre; kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta

⁴⁵⁵ Türkiye, Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen ve 26.2.1965 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı'nı 1989 yılında şartın 2,3,5,6,8,15 inci maddeleri ile 4. maddenin 1., 2. ve 4.; 7. maddenin de 1., 2., 7. ve 10. fıkralarını dışlayarak onaylamıştır. RG. 14.10.1989, S.20312

⁴⁵⁶ Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını 2. maddenin 3. fıkrasını, 4. maddenin 1. fıkrasını, 5. ve 6. maddelerini dışlayarak 03.10.2006 tarihinde onaylamıştır. RG. 03.10.2006, S. 26308.

⁴⁵⁷ Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.41.

⁴⁵⁸ Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.46 vd.

⁴⁵⁹ Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.55.

⁴⁶⁰ Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.52 vd.

olmak üzere toplam onaltı haftalık⁴⁶¹ süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir (m. 74/1). Kadın işçilerin çalıştığı sürelerin doğum sonrası sürelerle eklenmesiyle kadınların özellikle çocuğa bakabilmeleri için ihtiyaç duydukları doğum sonrası iznin 13 haftaya kadar artırılması olanağı sağlanmıştır.

Yukarıda belirtilen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir (m. 74/2).

Ayrıca isteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir.⁴⁶² Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (m. 74/5). Doğumdan sonraki sekiz haftalık süre işçinin isteği üzerine (m. 74/1) veya doktor raporuyla (m. 74/2) artırılmışsa, altı aylık ücretsiz izin süresi bu artırılmış sürelerin bitiminden itibaren başlar.⁴⁶³

Analık izni 5953 sayılı Basın İş Kanunu⁴⁶⁴’nda ise daha farklı düzenlenmiştir. Kanunun 16. maddesinin son fıkrasına göre; kadın gazetecinin hamileliği hâlinde, kadın gazeteci hamileliğin 7 nci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet zarfında müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu hâlin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Basın İş Kanunu kadın gazeteci işçilere İş Kanununa tabi

⁴⁶¹ 1457 sayılı İş Kanununda bu süre doğumdan önce 6 ve doğumdan sonra 6 olmak üzere toplam 12 hafta idi (m. 70). 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında ise toplam 14 hafta idi (m. 74).

⁴⁶² “...doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir.” Y 9. HD, 13.07.2009, 2008/36349, 2009/20734, Legal, C.6, S.24, Y.2009, s.1710-1712.

⁴⁶³ Süzek, İş Hukuku, s.830.

⁴⁶⁴ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, RG. 20.06.1952, S.8140.

kadın işçilere nazaran lehe düzenleme getirmekte ve daha uzun analık izin süresi tanımaktadır.⁴⁶⁵

854 sayılı Deniz İş Kanunu⁴⁶⁶’nda kadın işçinin analık durumu hakkında hiçbir düzenleme yoktur. Bu durumda genel kanun niteliğindeki 818 sayılı Borçlar Kanunu⁴⁶⁷ (şimdi 6098 sayılı Borçlar Kanunu) uygulama alanı bulacaktır.⁴⁶⁸ Borçlar Kanununun 328. maddesine göre; uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır.⁴⁶⁹ Madde metninde işgöremezlik hâlleri olarak hastalık ve askerlik sayıldıktan sonra bu gibi sebepler ifadesi yer aldığından işin ifa edilememesi sebepleri arasına analık da girer. Ayrıca bu hüküm işçinin kusuruna bağlı olmayan nedenlerden dolayı iş görememe halini kabul ettiğine göre bunun doğal sonucu olarak kadın işçinin analık durumunda izin hakkına sahip olduğunu da kabul etmektedir. Burada nispeten kısa bir süreden bahsedilmekle yetinilmiş olup işçinin ne kadar süreyle izinli sayılacağı açıkça belirtilmemiştir. Öğretide geçici iş görmezlik ödeneğinin ödendiği süre zarfında izinli sayılacağını⁴⁷⁰, ifa imkânsızlığının nisbî kısalığının söz konusu olması nedeniyle sürenin kısalığının hizmet sözleşmesinin süresiyle orantılı olarak tespit edilmesi gerektiğini⁴⁷¹ ileri süren görüşler mevcuttur. 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 409. maddesinde de, ”Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.” hükmüne yer verilmiştir.

⁴⁶⁵ Türkmen, s.25.

⁴⁶⁶ RG. 29.04.1967, S.12586.

⁴⁶⁷ RG. 29.04.1926, S.359.

⁴⁶⁸ Tuncay, Analık, s.39. Başka iş kanunlarındaki düzenleme boşluklarının doldurulmasında önceliğin İş Kanunu’na ait olduğu yönünde karar için bkz. Y 9. HD, 4.5.1967, 4311/377, Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.57 vd.

⁴⁶⁹ Madde hükmünün uygulama şartlarının ayrıntılı incelemesi için bkz. Tulukçu, s.1356 vd.

⁴⁷⁰ Tuncay, Analık, s.39.

⁴⁷¹ Tulukçu, s.1357 vd.

5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi anlamında sigortalı olan kadınların analık izin süreleri ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu⁴⁷²’nda düzenlenmiştir. Buna göre; kadın memura; doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta süreyle analık izni verilir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılmayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir (m. 104/1)⁴⁷³. Ayrıca doğum yapan memura, 104 üncü madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin bitiminden; eşi doğum yapan memura ise, doğum tarihinden itibaren istekleri üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir (m. 108/1,b).

b) Ücretsiz doğum ya da analık izin sürelerine ilişkin borçlanma

Mevzuatımızda yukarıda anlatıldığı şekilde düzenlenen doğum ve analık izni sürelerinin borçlanılmasının değerlendirilebilmesi için öncelikle doğum izni kullanan kadın işçinin bu süre zarfında ücrete hak kazanıp kazanmadığının belirlenmesi gerekir. Zira borçlanma kurumuna ücretin ödenmemesi, dolayısıyla sigorta priminin yatırılmamış olması nedeniyle değerlendirilemeyen sürelerin var olması hâlinde başvurulur.

İş Kanunu açısından gebe ve anne işçinin doğum izni süresi içinde ücret alıp alamayacağı hususunun maktu aylık ve diğer ücret türleri olmak üzere iki ayrı ücret sistemine göre ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Maktu aylıklı işçiler hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hâllerde dahi ücreti tam olarak ödenen aylık ücretli işçilerdir (İK m. 49/4).

⁴⁷² RG. 23.7.1965, S.12056.

⁴⁷³ Memura, eşinin doğum yapması hâlinde, isteği üzerine on gün babalık izni de verilmektedir (657 sayılı Kanun, m. 104/B).

“Sair sebepler” ifadesinden hareketle gebelik ve doğum hâli de buraya dahil edilebilir.⁴⁷⁴ O hâlde maktu aylıklı kadın işçiler gebelik ve doğum nedeniyle çalışmadığı sürelerde dahi ücret isteme hakkına sahiptirler.

Öğretide bu durumda kadın işçiye ayrıca geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi sebebiyle işveren tarafından ödenecek ücretin miktarı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre; gebelik ve annelik durumu maktu aylık ile çalışan kadının ücretini etkilemeyeceği için işçinin ücretinden geçici iş göremezlik ödeneği tutarı indirilemez. Kadın işçinin ücreti madde ile garanti altına alındığı için işveren tam ücret ödemekle yükümlüdür.⁴⁷⁵ Diğer bir görüş ise; geçici iş göremezlik ödeneğinin amacından hareketle farklı bir sonuca ulaşmaktadır. 49. maddede kadın işçinin ücreti garanti altına alınmakla beraber işverenin ücreti tam olarak ödeyeceği hatalı bir değerlendirmedir. Nitekim geçici iş görmezlik ödeneği ödenmesinin amacı ücret kaybının telafi edilmesidir. Maktu aylıklı işçiler açısından ise diğer aylıklı işçilerde olduğunun aksine telafi edilecek ücret kaybı söz konusu değildir. Bu sebeple işçiye ödenecek tam aylığın tutarı, işçinin tam ücretinden geçici iş göremezlik ödeneği miktarı düşüldükten sonra bulunan aylık tutarı olacaktır.⁴⁷⁶

Her hâlde maktu aylıkla çalışan kadın işçiye analık izin sürelerinde tam aylığı ödeneceği ve adına primi yatırılacağı için söz konusu sürelerin borçlanılmasına gerek kalmayacaktır.

Maktu aylıkla çalışan kadın işçiler dışında diğer ücret tipleriyle (zamana göre ücret, parça başına ücret, götürü ücret, yüzde usulüne göre ücret, bahşiş ⁴⁷⁷) çalışan kadın işçinin ücrete hak kazanıp kazanmadığı hususunda 74. maddede açıklık olmamakla birlikte işverenin derhal fesih hakkını düzenleyen 25. maddede doğum ve gebelik hâllerinde işverenin iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkına ilişkin sürenin 74. maddedeki sürenin

⁴⁷⁴ Tuncay, Analık, s.40.

⁴⁷⁵ Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 1986, s.866, dn.7.

⁴⁷⁶ Süzek, Askı, s.105; Tulukçu, s.1360. Yargıtay bir kararında işgöremezlik ödeneği alınması nedeniyle mükerrer ödemeye mahal vermemek için ücret sistemini belirleyici nitelikte görmemiştir. Y 9. HD, 25.3.1971, 3094/4755, Tulukçu, s.1360, dn. 39.

⁴⁷⁷ Söz konusu ücret tiplerinin geniş açıklaması için bkz. Süzek, İş Hukuku, s.308 vd.

bitiminde başlayacağı öngörüldükten sonra işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemeyeceği belirtilmiştir (m. 25/l). Bu sebeple kadın işçinin gebelik ve doğum nedeniyle işine gidemediği günlerde doğum öncesi ve sonrası izin süresi için işverenden ücret isteme hakkı yoktur.⁴⁷⁸ Kanundaki açık düzenleme karşısında Borçlar Kanunu'nun 328. Maddesindeki işçinin hastalık gibi nedenlerle iş yapamaması hâlinde bu süreye ilişkin ücreti isteyebilmesine imkân veren hüküm burada uygulama alanı bulamayacaktır.⁴⁷⁹ Aynı durum 6098 sayılı Borçlar Kanunu madde 409'daki işçinin hastalık gibi nedenlerle iş yapamaması hâlinde bu süreye ilişkin ücreti isteyebilmesine imkân veren hüküm açısından da geçerlidir.

4857 sayılı Kanunda öngörülen süreler boyunca kadın sigortalı çalışmadığı için ücrete hak kazanamamakta ve ücreti ödenmediği için bu sürede adına sigorta primi ödenmemektedir.⁴⁸⁰ 70. maddenin 4. fıkrası gereği altı aylık süre yıllık ücretli iznin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Yani çalışılmış günlerden sayılmaz.⁴⁸¹ Altı aylık süre içinde ücret ödenmediği için kadın işçiden sigorta primi de kesilmez.⁴⁸² Dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olan kadınlar (veya ölümleri hâlinde hak sahipleri) ücret almadan ve adlarına sigorta primi ödenmeden geçen bu süreleri borçlanabilirler. Öte yandan iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile kadın işçiye analık izni süresince ücret ödeneceği kararlaştırılabilir.⁴⁸³ Bu durumda artık borçlanma söz konusu olmayacaktır.

74. maddenin 1. maddesine göre doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabilen kadın işçiler ise bu dönemde ücrete hak kazandığından doğum öncesine ilişkin olarak çalışmadıkları süreyi borçlanabilirler. Ancak kadın işçinin çalıştığı bu süreler doğum sonrası sürelere eklenir (m. 74/1). Dolayısıyla çalışılan bu süreler doğum sonrası izin kapsamında

⁴⁷⁸ Türkmen, s.23.

⁴⁷⁹ Tulukçu, s.1361.

⁴⁸⁰ Cengiz, s.34 vd.

⁴⁸¹ Cengiz, s.35.

⁴⁸² Cengiz, s.35; Kandemir, s.432.

⁴⁸³ Tuncay, Analık, s.40; Türkmen, s.23.

borçlanılabilir. Çünkü doğum sonrasına eklendiği takdirde herhangi bir ücret ödemesi söz konusu değildir.

Basın İş Kanununda analık izin sürelerinde kadın işçiye son ücretinin yarısının ödeneceği öngörülmüştür (m. 16/son). Demek oluyor ki bu dönemde kadın işçinin adına ödenen ücret üzerinden prim ödenmeye devam edilecektir. Bu sebeple de borçlanma yapmaya gerek kalmayacaktır.

Deniz İş Kanununa tabi kadın işçiler için analık izni süresinin Borçlar Kanununa göre belirleneceğini belirtmiştik.⁴⁸⁴ Kural olarak, iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda işveren ücret ödemekle yükümlü değildir. Ancak işçinin korunması amacıyla bu kuralın birtakım istisnaları mevcuttur. İstisnai düzenlemelerden biri Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Zira Borçlar Kanunu'nun 328. maddesine göre uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır. Madde metninde işgöremezlik hâlleri olarak hastalık ve askerlik sayıldıktan sonra bu gibi sebepler ifadesi yer aldığından işin ifa edilememesi sebepleri arasına analık da girer. Bu durumdaki uzun müddet için yapılan hizmet akdi ile çalışan kadın işçi doğum nedeniyle kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği için o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır.⁴⁸⁵ Ücretin ödenmesi sebebiyle adına prim de ödenecektir. Bu sebeple burada borçlanma yapmaya ihtiyaç kalmayacaktır. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 409. maddesine göre de; uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. Madde metninde işgöremezlik hâlleri olarak hastalık, askerlik ve kanundan doğan çalışma durumları sayıldıktan sonra “benzeri

⁴⁸⁴ Deniz İş Kanunu kapsamına giren kadın işçilerin Basın İş Kanunu'ndaki gebelikte ücrete ilişkin düzenlemeden (m. 16) yararlanması gerektiği konusundaki öğreti görüşü için bkz. Tulukçu, s.1362.

⁴⁸⁵ Tuncay, Analık, s.40.

sebeplerle” ifadesi yer aldığından işin ifa edilememesi sebepleri arasına analık da girer.

5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olan kadınlar, yani kamu görevlileri için ise durum 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olan kadınların durumundan farklıdır. Yukarıda 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi anlamında sigortalı olan kadınların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre sahip oldukları doğum izni sürelerini belirtmiş bulunmaktayız. Adı geçen kanunun 104. maddesinde belirtilen bu süreler (onaltı hafta, çoğul gebelik halinde onsekiz hafta) ücretsiz olmayıp bu dönemde kamu görevlilerine ücret ödenmeye ve adlarına prim yatırılmaya devam edilmektedir. Bu sebeple kamu görevlilerinin izin süresini 5510 sayılı Kanun kapsamında borçlanabilmeleri mümkün değildir.⁴⁸⁶ Bununla beraber 657 sayılı Kanun doğum yapan memurlara istekleri halinde 104. maddenin (a) bendinde belirtilen sürelerin bitiminden itibaren yirmidört aya kadar aylıksız izin hakkı tanımıştır. Kadın memurların borçlanabilecekleri süre bu süre olmaktadır.⁴⁸⁷

Belirtmek gerekir ki memurlara aylıksız izin sürelerini borçlanma hakkı kanunun 41. maddesinin (a) bendinden ayrı olarak 41. maddenin (c) bendinde de tanınmıştır. Buna göre 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar, personel mevzuatına göre aylıksız izin sürelerini borçlanabilirler. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki personele ilişkin bu düzenlemenin aylıksız izin sürelerinin borçlanması konusunda genel bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir.⁴⁸⁸ Öte yandan kadın memurlar doğum borçlanmasını dilerse 41. maddenin (a) bendi kapsamında, dilerse 41. maddenin (c) bendi kapsamında yapabilirler. Hüküm ve sonuçları itibariyle iki düzenleme arasında fark yoktur.⁴⁸⁹ 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 5434 sayılı Kanuna tabi olup da kesintisiz biçimde 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre

⁴⁸⁶ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.486.

⁴⁸⁷ Tuncay, Karar İncelemesi, s.1020.

⁴⁸⁸ Özer, s.1149.

⁴⁸⁹ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.486

sigortalılığı devam edenlerin ve bunların hak sahiplerinin borçlanma taleplerinde ise 5434 sayılı Kanun hükümleri esas alınır. Dolayısıyla söz konusu borçlanma hakkı 1.8.2008 tarihinden sonra ilk defa 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için uygulama alanı bulur.⁴⁹⁰

Sosyal güvenlik mevzuatımızda 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olanlara doğum borçlanması hakkı tanıyan özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple bağımsız çalışanların ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerini borçlanabilmelerinden söz edilemez.⁴⁹¹ 2010/106 sayılı genelgede de 1479 sayılı Kanuna tabi olanların doğum izni sürelerini borçlanamayacakları açıkça ifade edilmiştir (2010/106 Genelge, 2.1).

Adı geçen sigortalıları 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendindeki sigortalılardan ayıran en önemli fark doğum ve analık sürecinde kendilerine izin verecek bir otoritenin olmaması ve ücret veya maaş biçiminde kazanç elde etmedikleri için ücretsiz izin uygulamasının statüleri ile bağdaşmamasıdır.⁴⁹² Bu kadınların doğum ve analık sürecinde sahip oldukları sosyal güvenlik korumasına bakacak olursak karşımıza 5510 sayılı Kanunun geçici iş göremezlik ödeneğine ilişkin 18. maddesi çıkmaktadır. Söz konusu hükme göre; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen muhtarlar ile aynı bendin (1), (2) ve (4) numaralı alt bentleri kapsamındaki sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilâve edilerek çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir (m. 18/1).

5510 sayılı Kanun öncesinde bağımsız çalışanlara geçici iş göremezlik ödeneği verilmemekteydi. Bu uygulama çalışanlar arasında eşitsizliğe sebep

⁴⁹⁰ Özer, s.1149.

⁴⁹¹ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.330; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.251.

⁴⁹² Özer, s.1149 vd.

olduğundan öğretilde eleştirilmektedir.⁴⁹³ Kanunkoyucu bağımsız çalışanların maruz kaldığı bu haksızlığa son vermek için 5510 sayılı Kanunda bağımsız çalışan kadın sigortalılara da analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği verilmesini düzenlemiştir.⁴⁹⁴ Bağımsız çalışan kadın sigortalılara çalışmadıkları analık döneminde gelir güvencelerinin devam edebilmeleri amacıyla kanunda öngörülen şartlarda ve sürelerde geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi onların sosyal güvenliklerinin sağlanması açısından atılan önemli bir adım olmakla beraber bu kişilere çalışılmayan sürelerin borçlanılması imkânı tanınmaması eşitlik ilkesine aykırıdır. Tamamen kendi emeğini ortaya koymak suretiyle geçimini sağlayan kadınlar doğum nedeniyle çalışmamaları hâlinde diğer sigortalı kadınlar ile aynı durumda olmaktadır. Bir diğer deyişle bu gruptaki kadın sigortalılar da doğum ve analık sürecinde çalışmamakta ve çalışmadıkları bu süreleri sigortalılıkları bakımından değerlendirmeyi istemektedirler. Dolayısıyla diğer sigortalı kadınlara tanınan aynı hukuki korumadan yararlanabilme hakkına da sahip olmaları gerekir. Bu sebeple kanunda bağımsız çalışanlara borçlanma hakkı tanınması gerektiğine yönelik öğreti görüşüne biz de katılıyoruz.⁴⁹⁵

5510 sayılı Kanunda analık izin sürelerinin borçlanılmasında aşağıda incelenecek olan borçlanma imkânından farklı olarak sigortalı kadınların statüleri açısından ayırım yapılmamıştır. Ancak anılan hüküm esas olarak yukarıda açıklanan düzenlemelerden anlaşılabileceği üzere 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi anlamında sigortalı olan kadınların borçlanmasına yöneliktir. Bağımsız çalışanlar doğum borçlanması hakkına sahip olmamakta, kamu görevlileri ise kanunda öngörülen yirmidört aylık süre hariç izin sürelerinde ücret aldıkları ve adlarına prim ödendiği için borçlanmaya ihtiyaç duymamaktadır. 506 sayılı Kanun döneminde ve öncesinde doğum izni sürelerinin borçlanılmasına ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından sigortalı kadınlara ilk defa 5510 sayılı Kanunla tanınan yeni bir hak olarak

⁴⁹³ Caniklioğlu, Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri, s. 164.

⁴⁹⁴ Ulaş, s. 135.

⁴⁹⁵ Özer, s.1150.

niteleyebileceğimiz⁴⁹⁶ bu borçlanma imkânı özellikle işçi kadınlar açısından önem arz etmektedir.

Kadın işçilere kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ve analık izin sürelerinin borçlanması açısından herhangi bir sayı ve süre sınırlaması yoktur. Başka bir deyişle, sigortalı kadın yaptığı her doğum nedeniyle doğumdan önce ve sonra söz konusu olan ücretsiz doğum veya analık izin süresinden kullandığı tüm süreleri herhangi bir doğum sayısı ve zaman dilimi sınırı olmaksızın borçlanabilecektir.⁴⁹⁷

Ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerinin borçlanılmasında değinilmesi gereken bir diğer husus, çocuğun erken doğumu nedeniyle sürelerin tamamının kullanılamaması veya çocuğun doğumdan hemen sonra ölümü halinde borçlanmanın ne şekilde gerçekleşeceğidir.

657 sayılı Kanunun 13.2.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanunun 106. maddesi ile değişik 104. maddesine göre; doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılamayan bölümü doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir (m. 104/1). 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesinin birinci fıkrasına 6111 sayılı Kanunun 76. maddesi ile eklenen hükme göre de; kadın işçinin erken doğum yapması hâlinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelere eklenmek suretiyle kullandırılır.⁴⁹⁸

Yukarıda belirtilen düzenlemeler gereğince sigortalı kadının erken doğum durumunda doğum öncesi döneme ilişkin kullanamadığı çalıştırılmayacak süreleri doğumdan sonraki sekiz haftalık süreye ek olarak kullanması mümkündür. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olan kadın bu dönem için ücrete hak kazandığından borçlanma söz konusu olmamakla beraber, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olan kadının bu süreyi borçlanabilmesi mümkündür. Dolayısıyla geçmiş dönemde erken doğum

⁴⁹⁶ Özer, s.1141.

⁴⁹⁷ Özer, s.1142; Özkaraca, s.507.

⁴⁹⁸ Söz konusu değişiklik öncesi, erken doğum durumunda işçinin kullanamadığı doğum öncesi izin sürelerinin doğumdan sonraki süreye eklenmesi gerektiği yönündeki öğreti görüşü hakkında bkz. Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.409; Senyen-Kaplan, s.96.

durumunda kadın sigortalıların kullanamadıkları doğum öncesi iznine ilişkin süreyi borçlanamamaları yönündeki Kurum uygulaması⁴⁹⁹ da son bulmaktadır.

5510 sayılı Kanuna göre; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalı kadının erken doğum yapması hâlinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler için geçici iş göremezlik ödeneği verilir (m. 18/1,d). Bu düzenlemeye göre erken doğum durumunda doğumdan önce kullanılmayan süreler dikkate alınacaktır. Erken doğum durumu doğumdan önceki sekiz haftalık sürenin kullanılmayan kısmını yok saymayı gerektirmez. Bu sebeple 6111 sayılı Kanunun bu yöndeki düzenlemesi yerindedir.

Çocuğun doğumdan hemen sonra ölmesi durumunda ise sekiz haftalık analık izninin yine de kullandırılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁵⁰⁰ Bu konuya ilişkin yönetmelikte⁵⁰¹ düşük veya ölü doğum yapmış veya doğumdan sonra bebeğini kaybetmiş işçiyi stresten korumak için özel itina gösterilmesini öngören hüküm de buna gerekçe olarak gösterilmektedir (m. 5/f).⁵⁰² Erken doğum durumunda olduğu gibi ölü doğum durumu da doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresinin kısaltılmasını gerektirmez ve bu hâlde de doğumdan önceki sekiz haftalık süreye ek olarak doğumdan sonraki sekiz haftalık sürenin borçlanılabilmesi mümkün olmalıdır.

c) Ebeveyn izni ve evlat edinme durumunda borçlanma

Mesleki ve ailevi sorumlulukların uyumlaştırılmasında önemli bir araç olan ebeveyn izni; yeni doğmuş veya engelli ya da uzun süreli hastalığı olan çocukların hem anne hem de babalarına verilen izni ifade etmektedir.⁵⁰³

⁴⁹⁹ Özer, s.1142.

⁵⁰⁰ Senyen-Kaplan, s.96.

⁵⁰¹ Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, RG. 14.07.2004, S.25522.

⁵⁰² Özer, s.1142.

⁵⁰³ Revize Edilmiş Ebeveyn İzni Çerçeve Anlaşması, www.etuc.org/IMG/pdf/Turkish.pdf, 17.10.2011.

Ebeveyn izni esas olarak 2009 tarihli Revize Edilmiş Ebeveyn İzni Çerçeve Anlaşması⁵⁰⁴’nda düzenlenmiştir.

Ebeveyn iznine ilişkin düzenlemelerin amacı; çalışan ebeveynler için mesleki ve ailevi sorumlulukların uyumlaştırılmasını kolaylaştırmaktır (m. 1/1). Bu anlaşma bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi olan kadın ve erkek bütün çalışanlar için geçerlidir (m. 1/2). “İş ilişkisi” kavramının “iş sözleşmesi” kavramından daha geniş kapsamlı olduğu dikkate alındığında anlaşma işçilerin yanısıra memurlara ve kamu idaresindeki işletmelerin çalışanlarına da yöneliktir.

Bu anlaşma kadın ve erkek işçilere, bir çocuğun doğumu ya da evlat edinilmesi durumunda, en fazla sekiz yaş olmak üzere Üye Devletler ve/veya sosyal ortaklar tarafından belirlenecek bir yaş haddine değin bahsi geçen çocuğun bakımını amaçlayan ebeveyn iznini bireysel bir hak olarak sağlar (m. 2/1).

Ebeveyn izni en az dört aylık bir süreyi kapsayacaktır ve kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliğini ve eşit muameleyi teşvik için, prensipte, devredilmez nitelikte olacaktır. Ebeveynlerden her ikisinin de izni daha eşit biçimde kullanılmasını teşvik amacıyla, dört aylık sürenin en az bir ayının devredilmesi mümkün kılınmayacaktır (m. 2/2).

Ebeveyn izni evlat edinen ebeveynlere de tanınmalıdır. Hatta Üye Devletler ve/veya sosyal ortaklar evlat edinen ebeveynlere mahsus ihtiyaçlara yanıt verebilmek için ek önlemler alınması gerekliliğini değerlendireceklerdir (m. 4/1).

Ulusal mevzuatımızda, 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesinde doğum yapan kadına onaltı hafta, çoğul gebelik halinde onsekiz hafta, bu

⁵⁰⁴ 18 Haziran 2009 tarihinde, ETUC (Avrupa Sendikalar Konfederasyonu), BUSINESSEUROPE (Avrupa İşverenler Konfederasyonu), UEAPME (Avrupa Zanaat, Küçük ve Orta Boy İşyerleri Birliği) ve CEEP (Kamu Hizmeti Sağlayan Avrupa İşveren ve İşyerleri Merkezi) tarafından imzalanan çerçeve anlaşma sonucunda 1995 tarihli Ebeveyn İzni Çerçeve Anlaşması yenilenmiştir. 1995 tarihli Ebeveyn İzni Çerçeve Anlaşması çerçeve anlaşma UNICE (kurumun yeni adı, BUSINESSEUROPE’dir.), CEEP ve ETUC tarafından tamamlanan 3 Haziran 1996 tarihli 96/34/EC sayılı Ebeveyn İzni Çerçeve Anlaşmasına ilişkin Konsey Direktifi ile birleştirilmiştir. Söz konusu direktif ise 8 Mart 2010 tarihli 2010/18/EU sayılı Konsey Direktifi ile lağvedilmiştir.

sürelerin tamamlanmasından sonra istek halinde altı aya kadar ücretsiz izin verilmektedir. Ancak bu izin hakkı sadece anneye tanınmıştır. Eşi doğum yapan erkek işçinin bu izin hakkından yararlanması mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanununda ve diğer iş kanunlarında evlat edinme hâlinde kadın ve/veya erkek işçiye izin hakkı tanıyan bir düzenleme mevcut değildir.⁵⁰⁵ Hukukumuzda uluslararası hukuka uygun olarak evlat edinme durumunda aylıksız izin verilmesi kamu görevlileri için açıkça düzenlenmiştir. Nitekim 657 sayılı Kanuna göre üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, çocuğun ana ve babasının rızasının kesinleştiği tarihten veya vesayet dairelerinin izin verme tarihinden itibaren, istekleri üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir. Evlat edinen her iki eşin memur olması durumunda bu süre, eşlerin talebi üzerine yirmidört aylık süreyi geçmeyecek şekilde, birbirini izleyen iki bölüm hâlinde eşlere kullandırılabilir (m. 108/1,c). 5510 sayılı Kanuna göre 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanlar, personel mevzuatına göre aylıksız izin sürelerini borçlanabilirler (m. 41/1,c). O hâlde evlat edinen memurun alacağı aylıksız izin süresi de 41. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında borçlanılabilecek bir süredir.

Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İş Sağlığını ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Geliştirilmesine Dair 1992 tarih ve 92/85 sayılı Direktif'te erkeğe analık izni talep hakkı verilmemektedir. Çünkü analık izninin hamilelik döneminde kadın işçinin sağlığını ve biyolojik durumunu, doğum sonrası çocuğu ile arasındaki özel ilişkinin korunmasını sağladığı amaçladığı düşünülmektedir.⁵⁰⁶ Ancak ebeveyn iznine yönelik anlaşmalar çocukların daha iyi yetiştirilebilmesi amacıyla erkekler lehine değişiklik olduğunu göstermektedir.

Hukukumuzda doğum izni ve doğum sonrası aylıksız izin hakkına ilişkin hükümler uluslararası normlara uygun olsa da çalışan kadının analık hâlinde korunması amacıyla getirilmiş olduklarından ebeveyn iznine yönelik

⁵⁰⁵ Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.51.

⁵⁰⁶ Tuncay, Analık, s.33.

ihtiyacı karşılamamaktadır. Aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına ilişkin önlemler analık izninden ibaret olmayıp ebeveyn iznini de içeren geniş bir yapıdır. Bu nedenlerle ulusal mevzuatın Revize Edilmiş Ebeveyn İzni Çerçeve Anlaşması ile uyumlu hâle getirilebilmesi için 4857 sayılı Kanundaki doğum ve analık izninin ebeveyn izni şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.⁵⁰⁷ Söz konusu düzenleme yapılırken izin hakkının kullanımını sağlamaya yönelik önlemlerin alınması gerekir.⁵⁰⁸ Bu çerçevede izin süresince iş sözleşmesi askıda kalacağı için izin sürelerinin borçlanılabilmesi imkânı getirilmelidir. Zira bu dönemde ücretsiz izinli sayılan ebeveyn için sigorta primleri ödenmez. Sonuç olarak engelli ya da uzun süreli hastalığı olan çocuklar yönünden verilen ebeveyn izni sürelerinin hem kadın hem erkek işçi tarafından borçlanılabilmesi mümkün olmalıdır.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olanların evlat edinmeleri hâlinde kendilerine bakım izni verilmesini öngören bir düzenleme yoktur. Kamu görevlilerine tanınan bu hakkın işçilere tanınmaması eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu sebeple eşiyle birlikte veya tek başına evlat edinen işçilere de ücretsiz izin hakkı tanınması konusunda yasal düzenlemenin yapılması gerekir. Bu durumda işçiler kanunen verilen bu süreyi ücretsiz ebeveyn izni kapsamında borçlanabilecektir.⁵⁰⁹

Öğretide doğum borçlanması açısından çocuğun bakımıyla ilgilenen babaya ya da yakın aile üyelerine de borçlanma hakkı tanınması gerektiği savunulmaktadır.⁵¹⁰

2. İki Yıllık Süreye İlişkin Doğum Borçlanması

Kadın sigortalılara tanınan ikinci borçlanma hakkı; 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

⁵⁰⁷ Baybora, Kadın-Erkek Eşitliği, s.52 vd.; Eraltuğ, s.131.

⁵⁰⁸ Eraltuğ, s.131.

⁵⁰⁹ Bu konudaki öğreti görüşü için bkz. Özer, s.1147 vd.

⁵¹⁰ Ocak, Karar Tahlili, s.1509.

açısından sigortalı sayılmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarıyla borçlanabileceği süredir (m. 41/1,a).

Söz konusu borçlanma hakkı 5510 sayılı Kanunun ilk şeklinde öngörülmemiş iken 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi anlamında sigortalı olan kadınlara ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerini borçlanabilmelerine ek olarak 5754 sayılı Kanunla⁵¹¹ madde metnine eklenmiştir.⁵¹² 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile de borçlanma hakkının kapsamı kişi ve konu bakımından genişletilmiş ve 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalı kadınların yanında 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadınlar da madde kapsamına alınmıştır. Bu durumda bahsi geçen borçlanma hakkından, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bendi kapsamındaki sigortalı kadınlar faydalanabilir. Ayrıca 6552 sayılı kanun ile daha önce iki doğum için geçerli olan doğum borçlanması üç doğuma çıkarılmıştır.

6552 sayılı değişiklik öncesi öğretide söz konusu doğum borçlanması hakkından sadece 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olan kadınların yararlanmaları eşitlik ilkesine aykırı bulunmakta ve bu hakkın diğer kadın sigortalılara da tanınması gerektiği belirtilmekteydi.⁵¹³ Son değişiklik ile kadın sigortalılar arasında eşitlik sağlanmış oldu.

Evlat edinen kadın sigortalı işçinin doğum yapan kadının borçlanabileceği iki yıllık sürelerle ilişkin düzenlemeden yararlanıp yararlanamayacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Kanaatimizce evlat edinen kadın sigortalının evlat edinme işleminin kesinleştiği tarihten itibaren belirtilen

⁵¹¹ RG. 8.5.2008, S.26870.

⁵¹² Tasarının TBMM'de görüşülmesi sırasında verilen önergede yer alan bu düzenleme konusunda şu açıklamalarda bulunulmuştur: "...iki yaşına kadar çocuğun anneye mutlak muhtaç olduğu, annenin de çocuğunun yanında olması gereken bir dönem ve hepimiz, son zamanlarda artan, son yıllarda artan suç oranlarında ve şiddet oranlarında çocuk-anne bağımlılığının önemini ve çocuğun aile ortamında yetişmesinin önemini hep vurguladık durduk. Lakin, memur olduğunuz zaman, ücretsiz izinler ve raporlarla bu süreyi çocuğumuzla geçirmek gibi bir şansınız oluyor. Hassasiyetimiz, hiçbir imkânın kadını evde kalmak zorunda bırakmamasıdır. Lakin kadın böyle bir imkânı kullanmak isterse, aynı beyfendilerde ve demin değerli milletvekili arkadaşımın sunduğu gibi, bir sürü kullanılan haklar gibi, kadının da iki çocuğuna kadar, her çocuğunda iki yıla kadar bir süreyi dışarıdan borçlanma imkânıyla bu hakkı kullanabilmesidir...". TBMM Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 2. Yasama Yılı, 89. Birleşim, 10.4.2008; Özkaraca, s.508, dn. 11.

⁵¹³ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.591.

süreyi borçlanabilmesi gerekir. Çünkü 5510 sayılı Kanunda tanınan bu hakkın amacı çocuğun anne bakımına en çok ihtiyaç duyduğu süre zarfında ailesi ile beraber olmasını sağlamaktır. Evlat edinilen çocukların da tek başına veya evli olarak evlat edinilmesi durumunda aile ilgisine ihtiyaç duyduğu tartışmasızdır. Bu nedenlerle evlat edinme durumunda kadın işçilere ücretsiz izin verilmelidir. Ücretsiz izin süresinin ve 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin ikinci kısmında belirtilen sürenin de borçlanması imkânı tanınmalıdır.

a) Borçlanmanın esas ve şartları

aa) Borçlanılabilecek doğum sayısı ve süresi

Kanunkoyucu söz konusu borçlanma hakkını tanıırken doğum sayısına ve borçlanılacak süreye sınır getirmiştir. Şöyle ki; 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki düzenleme gereğince borçlanma en fazla üç doğum ve ikişer yıllık süreler için söz konusu olabilir. 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi borçlanma en fazla iki doğum için öngörülmüş iken 6552 sayılı Kanun ile bu sayı üçe çıkarılmıştır.

Kanunkoyucunun bu sınırı getirmesindeki amacı; nüfus artışına yol açmamak, borçlanmanın uzun dönemler için kullanılmasını engellemek ve bu sayede sigorta sisteminin aktüeryal dengesinin olumsuz etkilenmesini önlemektir. Bir diğer gerekçe ise doğum borçlanmasının kanuna dâhil edilmesi çalışmaları sırasında, kadınlara tanınan bu borçlanmanın erkeklere tanınan askerlik borçlanmasına paralel olması düşüncesidir. Böylece erkek sigortalıların iki yılı bulmayan askerlik borçlanmasının karşılığı olarak kadın sigortalılara doğum yapılan her dönem için borçlanma hakkı tanınmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağı düşünülmüştür.⁵¹⁴

Söz konusu borçlanma hakkına getirilen bir diğer sınır da borçlanma süresine ilişkindir. Sigortalı kadının borçlanma olanağına sahip olduğu süre her bir doğum için iki yıldır. Borçlanması talep edilen süre iki yılı geçemez.

⁵¹⁴ Arıcı, Doğum Borçlanması, s.166; Özer, s.1144 vd.

Kanunda bu husus, “doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla” biçiminde ifade edilmiştir.

Uygulamada tartışma konusu olan husus borçlanılabilecek iki doğum (6552 sayılı Kanun değişikliği sonrası üç doğum) arasında hiç çalışmanın olmaması ve iki yıldan daha az bir sürenin olması durumunda toplamda ne kadar sürenin borçlanılabileceğidir. Yargıtay zorunlu sigortalı olarak tescil edildikten sonra ilk doğumu yapan ve iki yıllık süre dolmadan ve tekrar çalışmaya başlamadan ikinci doğumu yapan kadın sigortalının, ilk doğumdan ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğum için borçlanabileceği iki yıllık sürenin toplamı kadar geçen süreyi borçlanabileceğine hükmetmiştir.⁵¹⁵ Karara konu olayda davacı 3.3.1987 ve 21.3.1988 tarihlerinde olmak üzere iki kez doğum yapmış ve doğum borçlanması talebinde bulunmuştur. Yargıtay kararı doğrultusunda borçlanılabilecek süre 3.3.1987-20.3.1988 ve 21.3.1988- 21.3.1990 tarihleri arasındaki sürelerin toplamından ibarettir.⁵¹⁶ Yargıtay görüşü doğrultusunda hazırlanan genelgede de ilk doğumunu yaptıktan sonra iki yıl dolmadan ikinci doğumunu yapan kadın sigortalının, ilk doğumdan ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğum için borçlanabileceği iki yıllık sürenin toplamı kadar geçen süreyi borçlanabileceği ifade edilmiştir (2010/106 Genelge, 2.1).

Öğretideki bir görüşe göre ikinci doğumun, sigortalının birinci doğum nedeniyle borçlanma hakkına sahip olduğu iki yıllık süre dolmadan gerçekleşmiş olması borçlanılacak sürelerin toplamında bir indirim sebebi olamaz. İki yıllık sürenin mutlaka doğum tarihinden itibaren başlayacağı şeklinde yorumlanmaması gerektiğini ileri süren bu görüş ayrıca Alman Hukukundaki düzenlemeden hareketle görüşünü savunmaktadır. Nitekim Alman Hukukunda bizde olduğu gibi doğum borçlanması imkânı olmamakla birlikte çocuk yetiştirme sürelerinde çocuğa bakan kişi adına sigorta primlerinin devlet tarafından ödenmesi esası benimsenmiştir. Almanya'da çocuk yetiştirme süresi 1.1.1992 tarihinde ve sonrasında gerçekleşen doğumlar için otuzaltı ay (üç yıl), söz konusu tarihten önce gerçekleşen

⁵¹⁵ Y 10. HD, 25.02.2010, 2009/8312 , 2010/2516, Legal, C.7, S.25, Y.2010, s.383-387.

⁵¹⁶ Yargıtay kararını isabetli bulan öğreti görüşü için bkz. Tuncay, Karar İncelemesi, s.1022.

doğumlarda ise oniki ay (bir yıl) olarak kabul edilmiştir. Çocuk yetiştirme süresi çocuğun doğduğu ayın bitimiyle başlar ve otuzaltı takvim ayı sonunda sona erer. Konumuz açısından önem taşıyan yasal düzenlemeye göre ise bu süre zarfında yasada aranan koşullara uygun olarak ikinci bir çocuk yetiştirilmesi durumunda bu ve bu durumdaki her bir çocuk için çocuk yetiştirme süresi sürelerin çakıştığı ay sayısı kadar uzamaktadır. Sürenin uzaması ikinci bir doğum nedeniyle olabileceği gibi aynı anda birden çok çocuk dünyaya getirmek, evlat edinmek gibi nedenlerle de söz konusu olabilir.⁵¹⁷

Doğum borçlanmasına ilişkin olarak incelenmesi gereken hususlardan biri 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde ifade edilen iki borçlanma hakkının aynı doğum nedeniyle birlikte kullanılması durumunda toplamda en fazla ne kadar sürenin borçlanılabileceğidir. 41. maddenin 6552 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki madde metninin yürürlükte olduğu döneme ilişkin olarak öğretide bu konuda görüş ayrılığı mevcuttur.

Öğretideki bir görüşe göre 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde iki ayrı borçlanma olanağı düzenlenmiştir ve iki yıllık borçlanma olanağı kanunda öngörülen ücretsiz doğum ya da analık izin sürelerinden bağımsızdır. Bu sebeple doğum tarihinden sonra borçlanılabilecek sürelerin toplamı iki yıl ile sınırlı değildir. İki yıllık süre ücretsiz doğum veya analık izni sürelerinin bitiminden itibaren başlayacaktır.⁵¹⁸ Bu yorum yöntemi sigortalıların lehinedir. Öte yandan kanunda sayı açısından sadece iki yıllık sürelerin borçlanılmasına bir sınır getirildiğinden bu iki yıllık sürenin iki defa borçlanıldığı doğumlar dışındaki doğumlar için sigortalı kadın, doğum öncesi ve sonrası sekiz haftalık sürelerle yine her bir doğum için söz konusu olabilen altı aylık ücretsiz izin sürelerini borçlanabilir. Başka bir deyişle sigortalıların doğum borçlanması yapabilecekleri sürelerin yasal bir üst sınırı bulunmamaktadır.⁵¹⁹ Bu sebeple bu görüş aşağıda açıklanacak olan 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi anlamında sigortalı olan kadınların

⁵¹⁷ Özkaraca, s.510 vd.

⁵¹⁸ Akın, Değerlendirme 2010, s.421; Özkaraca, s.509.

⁵¹⁹ Özkaraca, s.509.

doğum borçlanması yapabilecekleri en uzun sürenin dört yıl ile sınırlı olduğu yönündeki görüşe katılmamaktadır.⁵²⁰

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise; kanunda doğum tarihinden sonraki iki yıllık süre denildiği için yukarıda açıklanan onaltı haftalık süreye ilişkin borçlanma süresi bu iki yıllık süreye dâhildir. Hatta işçilerin onaltı haftalık izin süresinden sonra alacakları altı aya kadar olan ücretsiz izin süreleri için yapacakları borçlanmalar da bu iki yıllık süreye dâhil edilmelidir. O hâlde 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi anlamında sigortalı olan kadın işçi doğum borçlanması bağlamında en fazla iki doğum için ikişer yıldan toplam dört yıllık süreyi borçlanabilir. Ayrıca iki yıllık süre doğum tarihinin hemen akabinde başlar. Örnek vermek gerekirse, doğum yaptığı tarihten sekiz hafta sonra işe başlayıp bir buçuk yıl çalışan ve ardından işten ayrılan kadın sigortalı için doğumun gerçekleştiği tarihten itibaren hesaplanacak iki yıllık süreyi borçlanabilme hakkı kalmamıştır. Bu sigortalı ancak çalışmadığı ve iki yıldan arta kalan süre için borçlanma talep edebilecektir.⁵²¹

Bir diğer görüşe göre ise; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi anlamında sigortalı olan kadının tüm hayatı boyunca analık nedeniyle borçlanabileceği süre en çok dört yıl altı aydır. Zira 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki “ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri” sözlerinden sigortalı kadının yasal onaltı haftalık doğum izni ile altı aya kadar ücretsiz doğum izni süresinden birini borçlanabileceği sonucuna varılmalıdır. Bu sürelere iki defalık ikişer yıllık doğum izinleri de eklenecektir.⁵²²

Kanunda doğumdan sonraki iki yıllık sürenin borçlanması imkânı iki defa ile sınırlandırılmış olduğu için bu hakkını iki yıldan kısa süreler için de olsa iki defa kullanmış olan sigortalının, daha önceki iki yıllık sürelerden borçlanmadığı süreleri ikinci doğumdan sonraki doğumlar nedeniyle borçlanması mümkün değildir.⁵²³

⁵²⁰ Özkaraca, s.509, dn. 15.

⁵²¹ Özer, s.1145.

⁵²² Tuncay-Ekmekçi, s.466 vd.

⁵²³ Özkaraca, s.509.

Kanımızca, kadın sigortalıların lehine bir uygulama olarak iki yıllık sürenin, ücretsiz doğum veya analık izni sürelerinin bitiminden itibaren başlayacağı görüşü yerindedir. Ayrıca kanunda sadece iki yıllık sürelerin borçlanılmasına bir sınır getirildiğinden, bu iki yıllık süre üç doğum için borçlanılabilir. Sigortalı kadının, doğum öncesi ve sonrası sekiz haftalık sürelerle yine her bir doğum için söz konusu olabilen altı aylık ücretsiz izin sürelerini borçlanması açısından sayı sınırlaması söz konusu değildir.

bb) Borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmama

Doğum borçlanması yapabilmek için aranan şartlardan biri, borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmamadır. 6552 sayılı Kanun değişikliği öncesinde borçlanılacak sürelerde sigortalı kadının hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması şartı aranıyordu.

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi döneme ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunulabilir:

5510 sayılı Kanun, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi anlamında sigortalı olanları, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar şeklinde tanımlamıştır. 5510 sayılı Kanunun yaptığı bu tanım 4857 sayılı İş Kanununun işçi tanımına benzemektedir. Nitekim bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir. Bu tanımlarda görüleceği üzere 5510 sayılı Kanunda “hizmet akdi” terimi esas alınmış iken 4857 sayılı Kanunda “iş sözleşmesi” terimi esas alınmıştır. Ancak hukukumuz açısından genel kabul gören esasa göre iş sözleşmesi ile hizmet akdi terimleri arasında anlam özdeşliği bulunmaktadır.⁵²⁴ Diğer yandan 5510 sayılı Kanunun tanımlar başlıklı 3. maddesinde hizmet akdi kavramının 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununda (şimdi 6098 sayılı Borçlar Kanunu) tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini ifade edeceği belirtilmiştir. Bu durumda hizmet akdine istinaden

⁵²⁴ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.96 vd., dn. 6.

çalışılmaması şartından sigortalı kadının 4857 sayılı Kanun anlamında işçi olarak çalışmamasını anlayabiliriz. 2010/106 sayılı Genelgede doğum borçlanması talebinde bulunan kadın sigortalıların doğum yaptığı tarihten sonra adına primi ödenmiş sürelerin borçlanma hesabında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. O hâlde borçlanılabilecek süre sigortalı kadının kanunda öngörülen süre içinde adına prim ödenmeden geçen kısmıdır.

Söz konusu şart karşısında borçlanılacak süre içinde sigortalılığı tescil edilmeksizin çalıştığı tespit edilen kadının borçlanma işleminin iptal edilip edilemeyeceği konusu değerlendirilmelidir. Bu durumda kadının çalıştığı ve fakat kuruma bildirilmediği sürelerinin tespitinin yapılarak bu sürelere ait primlerin ödetilmesi gerekeceğinden anılan sürelere ilişkin olarak borçlanma mümkün olmayacaktır. Zira kanundaki ifade söz konusu dönemde sigortalı olmaktan değil, çalışmaktan bahsettiğine göre sigortalı veya sigortasız her tür çalışmanın yapılmış olması borçlanma hakkını ortadan kaldıracaktır.⁵²⁵

Öte yandan kanunda hizmet akdi ile çalışmamaktan bahsedildiğine göre sigortalı kadının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi veya 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışması durumunda borçlanmanın mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu durumda doğaldır ki borçlanma söz konusu olmayacaktır. Zira anılan kapsamlarda sigortalı olarak çalışan kadının primleri ödenmiş olacağından borçlanmaya ihtiyaç kalmayacaktır. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışıp da adına prim ödenmemiş olsa bile borçlanma yapılamaz. Çünkü 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında zorunlu sigortalı olan bir kişinin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olanlara tanınan borçlanma hakkından yararlanmak istemesi sigortalılığın çakışması anlamına gelir. Oysaki sosyal güvenlik mevzuatımızda teklik ilkesi benimsendiğinden borçlanma mümkün olmayacaktır.⁵²⁶

6552 sayılı Kanun değişikliği ile borçlanma hakkı kapsamının genişletilmesi ve 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi yanında (b) ve

⁵²⁵ Özer, s.1147.

⁵²⁶ Teklik ilkesi hakkında bkz. Sözer- Saraç, s.157 vd.

(c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadınların da borçlanma kapsamına alınması sonucunda borçlanma yapacak sigortalı kadının borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması şartı aranmaktadır. Bu durumda borçlanma yapılabilmesi için borçlanmaya konu doğum sürelerinde borçlanma yapacak kadın adına uzun vadeli sigorta kolları açısından prim ödenmemiş olması gerekmektedir.

cc) Çocuğun yaşaması

İnceleme konusu borçlanma hakkından yararlanabilmenin bir diğer şartı; çocuğun yaşamasıdır. Doğum borçlanması yapılacak sürede çocuğun vefat etmesi hâlinde vefat tarihine kadar olan süreler borçlandırılacaktır (2010/106 Genelge, 2.1). Kanunkoyucunun bu şartı koymasına sebep, borçlanılabilecek iki yılın çocuğun bakım ve süt ihtiyaçlarının giderilmesi için öngörülen bir süre olması düşüncesidir.⁵²⁷ Söz konusu iki yıl çocuğun anneye en çok ihtiyaç duyduğu dönemdir ve anne bu dönemde çalışma hayatına ara vererek çocuğu ile ilgilenmektedir. Çocuğun vefat etmesi durumunda ise iki yılın getirilmesindeki amacın gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu sebeple de çocuğun yaşaması şartı aranmaktadır.

b) Doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemenin zaman bakımından uygulanması

5510 sayılı Kanunun sigortalı kadınlara doğum borçlanması hakkı tanıyan 5754 sayılı Kanunla değişik 41. maddesinin (a) bendi, 108. Maddenin (d) bendi uyarınca 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla beraber bu düzenlemenin yürürlük tarihinden önce gerçekleşen doğum olayları hakkında uygulanıp uygulanmayacağı Yargıtay kararına konu olmuş ve Yargıtay sigortalıların lehine olan bu borçlanma hakkının kanunun yürürlük tarihi öncesi gerçekleşen doğum olaylarına da uygulanabileceğine karar vermiştir.⁵²⁸

⁵²⁷ Özer, s.1147.

⁵²⁸ Y 10. HD, 25.02.2010, 2009/8312 , 2010/2516 , Legal, C.7, S.25, Y.2010, s.383-387. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 19.02.2013, 2012/3835 , 2013/2657 , Uypak Hakim Portalı, 11.09.2013.

Yargıtay kararına konu olay şu şekilde gelişmiştir:

İlk kez 506 sayılı Kanun kapsamında 01.06.1982 tarihinde zorunlu sigortalı olan davacı, 3.3.1987 ve 21.3.1988 tarihlerinde olmak üzere iki kez doğum yapmış ve 5510 sayılı Kanunun doğum tarihinden sonraki iki yıllık sürenin borçlanılmasını öngören 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi gereği doğum borçlanması yapmayı ve borçlanma neticesinde hak sahibi olacağı hizmetleri dikkate alınarak, yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini talep etmiştir. Kurum ise doğuma dayalı olarak borçlanma yapma hakkının ilk kez 5510 sayılı Kanunla getirildiğini, mülga sosyal güvenlik kanunlarında böyle bir hakka yer verilmediğini, kanunların yürürlüğe girdikleri tarihle, yürürlükten kalktıkları tarih arasında meydana gelen olaylara uygulanacağını, kanunun yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen olaylara uygulanmayacağını ileri sürerek 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce gerçekleşen doğumlar sebebiyle borçlanma yapılamayacağı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bunun üzerine davacı Kurum işlemi aleyhine ilk derece mahkemesinde dava açmıştır.

İlk derece mahkemesi, her ne kadar 5510 sayılı Kanunun 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile sigortalı lehine kanuni düzenleme yapılmış olsa da söz konusu kanuni düzenlemede açıkça önceki vakalara ve geçmişe yönelik uygulama belirtilmediği gibi, aynı süre için farklı düzenleme yapılmaması ve hak ve külfetlerin Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe girmiş kanuna göre düzenlenmiş olması sebebiyle bu hükmün geriye yönelik olaylara uygulanmaması gerektiğini ileri sürerek davayı reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine konuyu inceleyen Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararının aksine davacının borçlanma hakkından yararlanabileceğine hükmettiği kararında şu ifadelere yer vermiştir:

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

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

Somut olayda, ilk kez 506 sayılı Kanun kapsamında 01.6.1982 tarihinde zorunlu sigortalı olduğu anlaşılan davacının, 3.3.1987 ve 21.3.1988 tarihlerinde gerçekleştirdiği doğumlar sebebiyle, ancak doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla, hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarının dışında, başkaca bir şart aranmaksızın borçlanma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Yapılacak değerlendirmede, zorunlu sigortalı olarak tescil edildikten sonra ilk doğumu yapan ve iki yıllık süre dolmadan ve tekrar çalışmaya başlamadan ikinci doğumu yapan kadın sigortalının, ilk doğumdan ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğum için borçlanabileceği iki yıllık sürenin toplamı kadar geçen süreyi borçlanabileceği gözetilmelidir.”

Yargıtay kararının değerlendirilebilmesi için uyuşmazlığın üzerinde toplandığı yön itibarıyla; Türk Hukuk Sisteminde kanunların geriye yürümesi (geçmişe etkililik) konusunun ele alınmasında ve Yargıtay'ın sosyal güvenlik hukuku bağlamında konuya bakışının değerlendirilmesinde fayda vardır.

aa) Kanunların zaman bakımından uygulanması

Kanunlar, kural olarak, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren uygulanırlar. Dolayısıyla yürürlük tarihinden sonraki olay ve ilişkilere

uygulanıp yürürlük tarihi öncesi olaylara uygulanmazlar. Kanunların yürürlüğe girdikleri tarihten önce gerçekleşen olaylara uygulanamamasına kanunların geçmişe etkili olmaması (makale şamil olmaması) veya kanunların geriye yürümemesi denir.⁵²⁹

Yürürlüğe giren bir kanunun geriye yürüyüp yürümeyeceği (geçmişe etkili olup olamayacağı) konusunda mevzuatımızda genel bir hüküm yoktur.⁵³⁰ Ancak, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, tersini öngören bir hükmü kendi bünyesinde taşımayan bir kanunun, kural olarak, geriye yürümeyeceği (geçmişe etkili olamayacağı) esası kabul edilmiştir. Buna göre, gerek Özel Hukuk ve gerekse Kamu Hukuku alanında, kural olarak her kanun, eğer tersini öngören bir hüküm taşımıyorsa, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz.

Kanunların geçmişe uygulanmaması ilkesinin temelinde çeşitli sebepler vardır. En başta hukuk güvenliği ilkesi kanunların geçmişe uygulanmamasını gerektirir.⁵³¹ Buna göre, kişilerin kendilerini hukuki güvenlik içinde hissetmeleri için hukuk kuralları önceden belli ve bilinebilir olmalıdır. Hukuk kurallarının geçmişe yürümesi hâlinde bu kuralların kişilerce önceden bilinebilmesi mümkün değildir. Kişiler bir işlemi yaptığı sırada yürürlükte bulunan, bu sayede bildikleri kanunlarla bağlı olmalıdırlar ki faaliyetlerini kanuna uygun olarak gerçekleştirdikleri takdirde doğacak hukuki sonuçları da bilebilsinler. Kişiler daha sonra yürürlüğe konulan kanunlara tabi olurlarsa hukuk güvenliği sarsılır. Bu nedenle yeni bir kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş olay ve ilişkiler hakkında yeni kanun uygulanmaz.

⁵²⁹ Gözler, Hukuka Giriş, s.253.

⁵³⁰ Meşrutiyet dönemi mevzuatında 18 Mayıs 1327 tarihli Kavanin ve Nizamatin Usul-i Neşir ve İlan Hakkında Kanunda hiçbir kanun ve nizamın makale şamil olamayacağı hususunda bir hüküm vardı (m. 5). Ancak bu kanun 1928 tarih ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Mer'iyet Tarihi Hakkındaki Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵³¹ Gözler, Hukuka Giriş, s.253.

Söz konusu ilkenin temelinde yatan bir diğer sebep kazanılmış haklara saygı ilkesidir.⁵³² Kazanılmış hak kavramı, kesin olarak tanımlanabilmiş sınırları belirlenmiş bir kavram değildir. Bununla beraber öğreti ve yüksek mahkeme kararlarında bu kavram tanımlanmaya çalışılmıştır.

Eski kanun zamanında elde edilmiş hakların yeni kanun zamanında varlığını devam ettirmesi bu ilkenin bir gereğidir. Kazanılmış hak bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında kişilere o kurala uygun olarak bütün sonuçlarıyla elde ettikleri hakları ifade eder. Yeni kanun, kural olarak, kazanılmış hakka ve hakkın hukuki sonuçlarına dokunmaz. Kazanılmış haklar hakkında eski kanun uygulanmaya devam eder. Zira bu haklar eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılmıştır. Dikkat edilmesi gereken nokta kazanılmış haktan söz edebilmek için söz konusu olay veya hukuki işlemin yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce bütün sonuçlarıyla tamamlanmış olması gerektiğidir. Bir diğer ifadeyle bir haktan söz edilebilmesi için bir hakkın ya da borcun yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir.⁵³³

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş⁵³⁴ ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir.⁵³⁵ Bazı hallerde hak henüz doğmuş değildir, ileride doğma ihtimali mevcuttur. Bu durumda beklenen haktan söz edilir. Beklenen haklar yeni kanuna tabidir.⁵³⁶

Kazanılmış haklara saygı ilkesi evrensel hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmektedir.⁵³⁷ Hukuk devleti, hukuki güvenlik ve kazanılmış hak kavramları arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekir. Kazanılmış haklara saygı gösterilmesi hukuk devletinde bulunması gereken ve uyulması gereken

⁵³² Gözler, Hukuka Giriş, s.254.

⁵³³ Bilge, s.196 vd.; Esener, s.246.

⁵³⁴ Danıştay'a göre de; kazanılmış hak, eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haktır. D 1. D., 13.07.1992, 224/238 , DD, S. 87, Y. 23, 1993, s.62.

⁵³⁵ AYM, 03.04.2001, 1999/50 , 2001/67, RG. 07.11.2001, S.24576.

⁵³⁶ Oğuzman-Barlas, s.81.

⁵³⁷ Özbudun, s.134 vd.

bir kuraldır. Bu noktada hukuk devleti kavramının tanımlanması gerekmektedir. Hukuk devleti; vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistem olarak tanımlanabilir.⁵³⁸

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet olarak tanımlamaktadır.⁵³⁹

Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere hukuki güvenlik kavramı hukuk devleti ilkesinin unsurlarındandır. Bireylerin hukuki güvenlik içinde bulunmadığı bir sistemin hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Yürürlükteki bir yasa veya düzenleyici işleme dayanarak bir hakka sahip olan kimselerin bu kazanımlarının korunması hukuki güvenlik ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir unsurudur. Çünkü kişiler kendi lehlerine hak kazandıran bu işlemi yapar iken yürürlükteki mevzuat hükümlerine güvenmektedirler. Bireyler sonradan yürürlüğe girecek bir mevzuat normunu bilmesini ya da öngörmesini beklemek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi kazanılmış hakların tanınması ve korunmasının hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralı olduğuna ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm olmadığı gibi böyle bir hükmün olmasının da düşünölemeyeceğine karar vermiştir.⁵⁴⁰

Danıştay'a göre de kazanılmış hakların korunması Hukuk Devlet ilkesinin bir gereğidir. Hukuk Devletinde bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması önemli ve temel bir ilkedir.⁵⁴¹

Kazanılmış hakkı; “yasalara uygun olarak gerçekleşen hak” şeklinde tanımlayan Yargıtay’a göre de kazanılmış haklar, Hukuk Devleti kavramının

⁵³⁸ Özbudun, s.123 vd.

⁵³⁹ AYM, 25.05.1976, 1/28, RG. 16.8.1976, S.15679.

⁵⁴⁰ AYM, 11.11.1963, 106/270 , RG. 29.1.1964, S.11619.

⁵⁴¹ D1.D., 04.10.1991, 211/289. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/KararNoKararC.jsp>, 16.10.2011

temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldıracı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasa'nın 2. maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ki bu kabul edilemez.⁵⁴²

Burada açıklayacağımız bir diğer husus; eski kanuna göre geçersiz olan veya mümkün olmayan bir hukuki durumun yeni kanuna göre mümkün olması halinde durumun ne olacağıdır. Burada yeni kanun eski kanun zamanında sonucunu doğurmuş bir hukuki duruma müdahale edemez. Hukuki durumun kuruluş anıyla ilgili bu durum geçmişe etki yasağının kapsamı dâhilindedir. Yeni kanun kurulmuş bir hukuki durumu ortadan kaldıramayacağı gibi ki bu kazanılmış haklara saygı ilkesinin bir gereğidir, geçersiz bir hukuki duruma da geçerlilik tanıyamaz.⁵⁴³

Kanunların geriye yürümemesi kuralı mutlak bir kural değildir ve istisnaları söz konusudur. Bu yöndeki ilk istisna, yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmasına, bir diğer ifadeyle yeni kanunun geçmişe etkili olacağına ilişkin kanunda bir hüküm bulunmasıdır.⁵⁴⁴ Esas olan ve beklenen de kanun hükümleri geçmişe yürütülecek ise kanunda bu istisnai durumun açıkça ve ayrıca belirtilmesidir. Bu yönü itibariyle yasama meclisi geçmişte hukuka uygun olarak kazanılmış kişisel haklara etki edebilecek bir düzenlemeyi yapabilecek ve yasaları geçmişe yürütebilecektir. Kanunlarda yer alan geçici hükümlerin fonksiyonu da budur.⁵⁴⁵ Ancak bu durumlarda geçmişe yürümezlik kuralının ihlali hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaştırılabilmelidir.

Yargıtay, kanunkoyucunun bu yönde açık bir düzenleme yapmaması hâlinde yasaları uygulama durumunda bulunanların başta mahkemeler olmak

⁵⁴² Y HGK, 17.02.2010, 9-71/87, <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=9426>, 16.10.2011.

⁵⁴³ Baysal, s.494.

⁵⁴⁴ Dural - Sarı, s.93.

⁵⁴⁵ Arıcı, Doğum Borçlanması, s.165.

üzere kanunları geriye yürür sonuçlar doğuracak şekilde yorumlamamakla yükümlü olduklarına karar vermiştir.⁵⁴⁶

Kanunların geriye yürümemesi ilkesine getirilen bir diğer istisna kamu düzeni ve genel ahlâkın korunmasına ilişkin hükümlerin geçmişe yürüyebileceğinin kabul edilmiş olmasıdır.⁵⁴⁷ Örneğin taraflar arasında kararlaştırılmış bulunan cezai şartın fahiş kısmının indirilmesine ilişkin hüküm (BK m. 161, 6098 sayılı BK, m.182/3) bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış ve fahiş cezai şart içeren akitlere de uygulanır.

Yargıtay'ın 22.05.1946 tarihli bir içtihadında⁵⁴⁸ bu konu şu şekilde ifade edilmiştir: *“Kaideten her hadisenin hukuki hükümleri; o hadisenin vuku bulduğu tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerine tâbi bulunmuş ise de, bu kaide mutlak surette cereyan etmeyip kamu düzeniyle ilgili bulunan veya metninde makabline şamil olacağı tasrih edilmiş olan kanunların makabline şamil olması icab eder.”*

Kamu düzeninden olan, kamu yararına hizmet eden yeni bir kanunun uygulama alanını, bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşecek hukuki durumlarla sınırlı tutmak eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebilir.⁵⁴⁹

Bu ilkenin kanunî istisnası 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁵⁵⁰’nda yer almaktadır. Kanunun 7. maddesine göre işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar (m. 7/1). Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur (m. 7/2). Bu maddeden anlaşılacağı üzere ceza hukuku alanında kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda failin lehine olan

⁵⁴⁶ Y HGK, 09.03.1988, 1987/2-800, 1998/232, www.kazanci.com, 12.05.2012.

⁵⁴⁷ Gözler, Hukuka Giriş, s.256 vd.

⁵⁴⁸ Y İBK, 22.05.1946, 26/9, RG. 23.07.1946, S.6366.

⁵⁴⁹ Baysal, s.501.

⁵⁵⁰ RG. 12.10.2004, S.25611.

kanunun geçmişe uygulanması ilkesi geçerlidir. Bu ilke aynı zamanda anayasal bir hükümdür. Nitekim 1982 Anayasasının 38. maddesine göre; kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez (m. 38/1).

Mevzuatımızda kanunların geriye yürüyüp yürümeyeceği konusunda genel bir düzenleme bulunmadığını yukarıda belirtmiştik. Ancak Ceza Kanunundaki hükümlerden hareketle hukukumuzda bu konunun ceza hukuku alanı ile sınırlı olmak üzere düzenlendiğini söylemek mümkündür.

Diğer bir istisna muhakeme hukukuna ilişkindir. Zira muhakeme hukuku bakımından derhal uygulanırlık ilkesi geçerlidir. Her muhakeme işlemi, işlem tarihinde yürürlükte olan kanuna göre yapılır. Devam eden bir muhakeme esnasında yeni bir muhakeme kanunu çıkması hâlinde yargılamanın devam eden kısmı yeni kanuna göre yapılır. Diğer bir ifadeyle önceden başlayan ancak tamamlanmamış olan muhakeme işlemlerine yeni kanun derhal uygulanır. Tamamlanmış işlemler ise geçerliliklerini korur ve bu işlemler yeni kanuna göre tekrarlanmaz.⁵⁵¹

Ayrıca tarafların iradelerine bağlı olmayan konuları düzenleyen kanunların da geçmişe yürütmesi söz konusudur. Bunun örneğini zamanaşımı kurumuna ilişkin düzenlemelerde görürüz. Eski tarihli kanun döneminde yapılmış ve yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da varlığını devam ettiren bir işleme eski kanunun öngördüğü zamanaşımı süreleri değil, yeni kanunun zamanaşımına ilişkin süre ve hükümleri uygulanır. Buna karşılık eski kanun zamanında sonuçlanmış işlemler kazanılmış hak sayılacağından eski kanuna tabidir.⁵⁵²

bb) Sosyal güvenlik kanunlarının zaman bakımından uygulanması

Doğum borçlanması hakkının yürürlük tarihinden önce gerçekleşen doğum olaylarına uygulanıp uygulanmayacağı sorununun çözümünde

⁵⁵¹ Gözler, Hukuka Giriş, s.253 vd.

⁵⁵² Esener, s.248.

Yargıtay'ın sosyal güvenlik kanunlarının zaman bakımından uygulanması konusundaki içtihatlarına değinmek gerekir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde Yüksek Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıklardan biri 506 sayılı Kanunla tanınan bir hakkın koşullarında lehe değışiklik yapılması ile ilgilidir.

506 sayılı Kanunun 24. maddesine göre, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının ana ve babasına gelir bağlanabilmesi için, ölüm tarihinde eş ve çocuklarına bağlanması gereken gelir toplamının, sigortalının saptanan gelirinin % 70'inden aşağı bulunması temel koşulu yanında, anne ve babanın geçimlerinin sağlığında sigortalı tarafından sağlanmış olması koşulu aranmakta iken; 6.8.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Kanunla yapılan değışiklik sonucunda, sigortalının sağlığında anne ve babasının geçimini sağlamış olması koşulu kaldırılmış ve onun yerine, anne ve babanın sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi şekilde çalışmıyor veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere, buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almıyor olmaları koşulu getirilmiştir. Bunun üzerine, söz konusu değışikliğin yürürlüğe girmesinden önce ölen sigortalıların anne babalarına gelir bağlanması konusunda bu değışikliğin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlıkta hak sahipleri ölüm geliri alabilmek için söz konusu değışiklikten önce dava açmışlardır. Yerel mahkeme kanun değışikliğinin olaya uygulanamayacağını ileri sürmüş, ancak özel daire lehe yapılan kanun değışikliğinin davada göz önünde bulundurulması gerektiğinden bahisle kararı bozmuş, yerel mahkeme kararında direnmiştir. HGK ölüm geliri talebinde bulunan anne babaların lehe düzenlemeden yararlanamayacaklarına karar vermiştir. HGK' ya göre 506 sayılı Kanunun 24. maddesinde 4958 sayılı Kanun ile yapılan değışikliğin geçmişe etkili olacağına dair, anılan Kanunda bir hüküm bulunmamakta ve kanunların geriye yürümeyeceğı kuralının istisnalarından herhangi birisi de söz konusu değildir. Ölüm olayı, kanunun anılan hükmündeki değışiklikten daha önce gerçekleştiğine ve açıklanan durum karşısında değışik hüküm

geçmişe etkili olmayacağına (geriye yürümeyeceğine) göre değişik hükmün uygulanmasına hukuken olanak yoktur. Dolayısıyla, uyuşmazlık, 24. maddenin ölüm tarihinde yürürlükte bulunan, değişiklikten önceki hükmü çerçevesinde değerlendirilip bir çözüme bağlanmalıdır. HGK ayrıca kanun değişikliğinin gerçekleştiği tarihte eldeki davanın derdest bulunmasını da sonuca etkili görmemiştir.⁵⁵³

HGK'nın bu görüşü öğretide eleştirilmiştir. Öğretiye göre burada dikkat edilmesi gereken nokta uyuşmazlığın kesinleşmiş olup olmadığıdır. Uyuşmazlık kesin hükme bağlanmışsa değişikliğin uygulanması mümkün değildir. Ancak henüz karara bağlanmayan, yani derdest olan olaylarda sosyal güvenlikle ilgili kuralların derhal uygulanması gerekir. Eğer kanun saklı tutmuşsa değişiklik geriye yürütülmeyebilir. Ama saklı tutulmamışsa değişikliğin derdest davalarda uygulanması gerekir.⁵⁵⁴

Yargıtay daha sonraki tarihli kararlarında görüşünü değiştirmiştir. HGK 14.06.2006 tarihli bir kararında tehlikeye ve yoksulluğa düşen birey için asgari bir güvence sağlamak amacını güden sosyal güvenliğe ilişkin kuralların niteliği dikkate alınarak tamamlanmamış hukuki durumlara sigortalı lehine olan kuralın uygulanacağına hükmetmiştir.⁵⁵⁵

Öğretide uyuşmazlığın olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan mevzuata göre çözülmesi kuralına sıkı sıkıya bağlı kalınması hâlinde hukuka uygun ancak adil olmayan birtakım sonuçların ortaya çıkmasının kaçınılmaz olması belirtilerek varılan sonucun en azından adil olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte dava konusu olayda mütevaffa sigortalının ailesine gelir bağlandığında bu gelirin rücu esas bir durumuna geleceği ve bu sebeple işverenin kazanılmış haklarını etkileyeceği de vurgulanmıştır.⁵⁵⁶ Bu değerlendirmede de haklılık payı bulunduğu ifade edilmektedir.⁵⁵⁷

⁵⁵³ Y HGK, 13.10.2004, 10-528/533, Özkaraca, s.514.

⁵⁵⁴ Okur, Değerlendirme 2004, s.230.

⁵⁵⁵ Y HGK, 14.6.2006, 10-367/386, www.kazanci.com, 25.02.2012. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 11.11.2008, 2007/13916 , 2008/14584 ; Y 10. HD, 12.11.2009, 7618/17275, www.kazanci.com, 25.02.2012.

⁵⁵⁶ Ekmekçi, Değerlendirme 2006, s. 296 vd.

⁵⁵⁷ Uşan, 5510 Sayılı Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcı, s.245.

Öğretideki bir görüş, 5510 sayılı Kanunun geçmişe uygulanıp uygulanmaması konusunda sigortalı lehine yorum ilkesine başvurulmasının doğru olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, sigortalı lehine yorum ilkesine başvurulabilmesi için yorum yapılmasını gerektiren bir konu olmalıdır. 5510 sayılı Kanunun ve 5510 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırdığı kanunların uygulanmasında ise yorum gerektiren bir husus bulunmamaktadır. Bu nedenle sigortalı lehine yorum ilkesine başvurulamaz.⁵⁵⁸

Yüksek Mahkeme ise sosyal güvenlik hukukunda sigortalının lehine yorum ilkesine başvurulabileceğini birçok kararında kabul etmiştir. Yine Yargıtay'ın sigortalıların lehine olan düzenlemelerin geçmişe uygulanmasını kabul ettiği kararlarından biri 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu⁵⁵⁹'na göre sigortalı sayılabilmek için aranan koşullarda yapılan değişikliklere ilişkindir. 2926 sayılı Kanunun 2. maddesinde yer alan “Kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın tarımsal faaliyette bulunan kimselerden, 22 yaşını doldurmuş aile reisi kadınlar bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar” hükmü 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4956 sayılı Kanunun 48. maddesi ile değişikliğe uğramış ve aile reisi olma koşulu yasa metninden çıkarılmıştır.⁵⁶⁰ Yargıtay'a göre sosyal güvenlik hakkı kamu düzeni ile ilgili olup sigortalılar lehine düzenlenen bu yeni kuralın eski olaylara da uygulanması gereklidir. Dolayısıyla yeni düzenlemeye göre aile reisi olma şartı yürürlükten kalktığından ve sigortalının lehine olan bu yeni şeklin eski olaylara da uygulanması gerektiğinden değişiklik öncesi döneme ait sigortalılığının aile reisi olunmadığı gerekçesiyle sigortalılık süresinden sayılmaması Sosyal Güvenlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.47.

⁵⁵⁹ RG. 20.10.1983, S.18197.

⁵⁶⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 17.4.2007 tarih ve 2003/81 Esas, 2007/50 Karar nolu kararı ile 2926 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “...aile reisi...” ibaresinin Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğuna ve bu nedenle iptaline karar verilmiştir. Karar metni için bkz. RG. 9.11.2007, S.26695.

⁵⁶¹ Y HGK, 18.05.2011, 10-230/319 ,
http://www.kararara.com/yargitay/yrqty_2011/yrqtyk14634.htm, 21.10.2011.

Kanunların geçmişe uygulanmaması kuralını, kuralın istisnalarını ve sosyal güvenlik kanunları bağlamında Yargıtay'ın konuya bakışını incelemiş bulunuyoruz. Mevcut açıklamalar üzerine Yargıtay'ın doğum borçlanması hakkına ilişkin düzenlemenin geriye yürüyeceğini kabul ettiği kararının değerlendirmesi yapılabilir.

cc) Doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemenin geçmişe etkili olması

Yargıtay'ın doğum borçlanması hakkını düzenleyen hükmün geriye yürüyeceğini kabul ettiği kararı isabetli bulan bir öğreti görüşüne göre, kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesi kazanılmış haklara saygı ilkesine dayanmaktadır. Sigortalı kadınların doğum borçlanmasına olanak sağlayan düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen doğumlar sebebiyle borçlanma yapmalarına cevaz verilmesi hâlinde kazanılmış hak ihlâli söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple de kararda varılan sonuç isabetlidir.⁵⁶² Yine kanunların geçmişe dönük uygulanabilmesi konusunda olayın vuku bulduğu dönemdeki kanunu dikkate almak biçimindeki bir uygulamanın da her durumda doğru bir yaklaşım olmayacağı, kanunla getirilmiş hususların kazanılmış haklara ve genel ahlâka dokunmadığı sürece kamu düzeni gerektirdiği ölçüde geçmişte ortaya çıkmış ancak tamamlanmamış olaylara uygulanması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁶³

Kararı isabetli bulan bir diğer görüşe göre de; Anayasamıza göre yasama, yürütme ve yargı erkleri birbiri yerine geçerek karar veremez. Mahkemeler de bir yargı organı olarak bu kural ile bağlıdır. Ancak mahkemeler kimi zaman kişilerin hak kayıplarını önlemek ve adaleti temin etmek amacıyla kanunları yorumlarken genişletici yorum yöntemine başvurabilirler. Yargıtay'ın bu karardaki yorumu da bu niteliktedir. Kanunların yürürlük tarihinden sonra hüküm ifade edeceği kuralını hakların uygulanmasının yürürlük tarihinden sonra başlayacağı biçiminde yorumlamak gerekir. Bu yorum bizi sigortalı kadınların düzenlemenin yürürlüğe girdiği

⁵⁶² Ekmekçi, Değerlendirme 2009, s.372; Özkaraca, s.516.

⁵⁶³ Uşan, 5510 Sayılı Kanunun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcı, s.246.

tarihten önce gerçekleşen doğumlar sebebiyle borçlanma hakkına sahip olduğu sonucuna götürür. Kanunun gerekçesine bakıldığında da kanunkoyucunun bu hakkı herkese tanıdığı görülür. Zira kanunkoyucu bu hakkı belirli bir tarihten sonra uygulanacak bir hak olarak düzenlemiş değildir. Bu hakkın sadece kanunun yürürlük tarihinden sonra doğum yapan kadınlara tanındığı biçiminde bir yorum daraltıcı bir yorum olur ki bu, kanunkoyucunun amacına aykırıdır.

Burada yargının sınırları aşan geniş yoruma dayalı bir karar aldığı ileri sürülebilir. Ancak kanunun gerekçesinde kadın işçilere doğum borçlanması hakkının getirildiği açıkça belirtilmiştir. Kanunda bu haktan ancak kanunun yürürlük tarihinden sonra doğum yapmış kadın sigortalıların yararlanacağına ilişkin bir düzenleme de yoktur. Bu sebeple söz konusu haktan yürürlük tarihi öncesi doğum yapmış kadın sigortalıların da yararlanabileceğini kabul etmek kanunkoyucunun amacına ve hukuka uygundur. Kanunun yürürlük tarihi borçlanma başvurularının yapılacağı zamanı tespit etmek ve hakkın kullanılması bakımından önem taşımaktadır. Öte yandan böyle bir uygulama sosyal güvenlik hakkının niteliğine de uygundur. Sosyal güvenlik hakkı ekonomik ve sosyal nitelikli bir haktır. Temel bir insan hakları olarak tüm insan hakları belgelerinde ifadesini bulmuştur. Sosyal güvenlik hakkının bu niteliği, ayrıca devletin insan haklarına saygılı bir sosyal hukuk devleti olması doğum borçlanması hakkına dair düzenlemelerle ilgili olarak yargı organlarının geniş bir yorum yaparak kanunun yürürlük tarihinden önceki doğumları da kanun kapsamına almasına meşruiyet kazandırır.⁵⁶⁴

Öğretide 5510 sayılı Kanunda kanunun yürürlük tarihinden önce doğum yapmış olanların da doğum borçlanması yapabileceklerine ilişkin pozitif bir dayanak olduğu belirtilmektedir. Şöyle ki; geçici 7. maddenin 4. fıkrasında “Aylıkların hesabında 41 inci maddeye ... göre yapılan borçlanmaların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki sürelerle ait kazançları, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre değerlendirilir. Ancak, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a)

⁵⁶⁴ Arıcı, Doğum Borçlanması, s.165 vd.

bendi kapsamında bulunan sigortalılar için bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki dönemlere ait sürelerin bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanması halinde de 41 inci madde ... hükümleri uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde açık surette ve borçlanma türleri arasında ayırım yapılmaksızın 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önceki dönemlere ait sürelerin bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanılmasından söz edildiğine göre Kanunun yürürlük tarihinden önceki doğumlara ilişkin sürenin de borçlanılabilmesi mümkündür.⁵⁶⁵

Doğum ya da analık izni süreleri kanun gereği gelir ya da ücret elde edilemeden ve dolayısıyla prim ödenmeden geçirilen sürelerdir. Kanunkoyucu sosyal düşüncelerle çıkarlar dengesini ve adalet duygularını da gözетerek bu sürelerin sonradan prim ödenerek sigortalılıkta değerlendirilmesini öngörmüştür. Söz konusu düzenleme ile sigortalıların, hayatının belli bir döneminde gerçekleşen gelir kaybı bir ölçüde telafi edilmek istenmiştir. Kanunkoyucunun sosyal düşüncelerden hareketle zayıf olanı koruma arzusu ile getirdiği bu olanaktan sadece düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğum yapan kadınların yararlanması, yürürlük tarihinden önce doğum yapan kadınların ise yararlanamaması sosyal devlet ilkesine de aykırı düşer. Bu nedenle Yargıtay kararına ve kararı isabetli bulan öğreti görüşüne biz de katılıyoruz.⁵⁶⁶

Askerlik borçlanmasında da buna benzer bir durum söz konusu olmuştur. 506 sayılı Kanun kapsamına girenlere borçlanma hakkı 06.02.1973 tarih ve 1655⁵⁶⁷ sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanunun 60. maddesine eklenen bir fıkra ile tanınmıştır. Ancak 1655 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce yerine getirilen askerlik hizmetlerine ilişkin borçlanma talepleri Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.⁵⁶⁸ Buna paralel olarak doğum borçlanmasında da düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen doğumlara yönelik borçlanma taleplerinin kabul edilebilirliğine hükmedilmiştir.

⁵⁶⁵ Ekmekçi, Değerlendirme 2009, s.371 vd.; Özkaraca, s.517.

⁵⁶⁶ Akın, Değerlendirme 2010, s.423; Özkaraca, s.512 vd., Tuncay, Karar İncelemesi, s.1022.

⁵⁶⁷ RG. 11.2.1973, S.14445.

⁵⁶⁸ Özkaraca, s.516.

41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin en son 6552 sayılı Kanunun 43. maddesi ile değiştirildiğini belirtmiş idik. 6552 sayılı Kanunun 145. maddesi uyarınca 43. maddesi kanunun yayım tarihi olan 11.09.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Borçlanma hakkının kapsamını genişleten ve borçlanılabilecek doğum sayısını artıran 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin, Yargıtay'ın doğum borçlanması hakkını düzenleyen hükmün geriye yürüyeceği görüşü ve sosyal güvenlik hukukunun niteliği gereği kadın sigortalıların sosyal güvenliklerinin sağlanması adına borçlanılabilecek doğum sayısının üç olması dikkate alınarak maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen doğumlar hakkında uygulanması ve öncesinde kapsama alınmadıkları için borçlanma yapamayan sigortalı kadınların yeni düzenleme gereği geçmişteki doğumları için borçlanma yapabilmeleri gerekmektedir.

c) Doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranmaması

Doğum borçlanması yapabilmek için doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranıp aranmadığı hususu da uygulamada tartışılmıştır. Bu tartışmanın sebebi ise yürürlükten kaldırılan 2008/111 sayılı genelgede sigortalı kadının iki yıllık süreyi borçlanabilmesi için getirilen şartlardır. Genelgeye göre söz konusu düzenleme ile doğum nedeniyle çalıştığı işinden ayrılmak zorunda kalan kadın sigortalılara doğumdan sonra sigortasız geçirdikleri belli süreleri borçlanarak hizmet olarak değerlendirilme imkânı sağlanmıştır. Genelgeden anlaşılabileceği üzere kadın sigortalının borçlanma yapabilmesi için öncelikle doğum nedeniyle işini bırakmak zorunda kalmış olması gerekir.⁵⁶⁹ Yine genelgeye göre sigortalı kadının doğum nedeniyle çalışmadığı iki yıllık süreyi borçlanabilmesi için; sigortalı kadının doğumdan önce çalışmaya başlayarak sigortalılık şartını yerine getirmesi, doğumun çalıştığı işinden ayrıldıktan sonra üçyüz gün içinde gerçekleşmesi, doğumdan sonra adına prim ödenmemesi ve borçlanacağı sürede çocuğunun yaşaması gerekmektedir.

⁵⁶⁹ Konuya ilişkin tartışma hakkında bkz. Özer, s.1143 vd.

Kanunda doğum borçlanması yapabilmek için aktif sigortalı olarak çalışırken doğum nedeniyle işten ayrılmak gerektiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanunda öngörülme-yen ve doğum borçlanması olanağını kısıtlayıcı nitelikteki bu koşulun genelge ile getirilmiş olması da haklı olarak öğretide eleştirilere neden olmuştur.⁵⁷⁰ Hatta bir olayda Kurum işinden ayrıldıktan üçyüz gün geçtikten sonra meydana gelen doğum olayından sonraki izin süresinin borçlanması talebini reddetmiştir. Kurum kararına karşı açılan davada ilk derece mahkemesi üçyüz gün koşulunun kanunun düzenlemesine aykırı olduğunu belirtmiş ve kanunda olmayan kısıtlayıcı bir düzenlemenin genelge ile getirilerek yasanın kapsamının daraltılmasını kanun devleti ilkesi ve sosyal devlet ilkesine aykırı bularak davayı kabul etmiştir. Mahkemenin bu kararı Yargıtayca da onanmıştır.⁵⁷¹ Öte yandan bu husus Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen⁵⁷² daha önceki tarihli kararında ele alınmıştır. Yargıtay kararında şu ifadeler yer vermiştir:

“...Doğuma dayalı borçlanma hakkından yararlanabilmek için doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranıp aranmayacağı hususunda ise, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, bu haktan yararlanabilmesi için yeterli sayılmalıdır. Kadının fiziksel yapısı, doğurganlık işlevi, aile yükümlülükleri ile çalışma yaşamındaki konumu yanında, doğum borçlanmasıyla amaçlanan sonucun tam olarak elde edilebilmesi için, bu tip borçlanmalarda aranan doğum öncesi sigortalılık, herhangi bir süre sınırına tabi tutulmamalıdır. Konuyla ilgili olarak 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapan 5754 sayılı Kanuna ilişkin TBMM alt komisyon raporunda bu değişiklik hakkında, (Ücretsiz doğum ya da analık izin sürelerinin de borçlanılacak sürelerden sayıldığı, bu sürelerde kadın çalışanların doğum ve çocuk bakımı gibi özel bir durum nedeniyle izin kullandığı, bunun sonucunda doğum yapan kadının sosyal güvenlik alanındaki bir hakkı kullanmasından dolayı emeklilikle ilgili sürelerini

⁵⁷⁰ Özer, s.1143 vd.; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.330, dn. 2.

⁵⁷¹ Y 21. HD, 27.5.2010, 2009/11018, 2010/6034, Legal Hukuk Dergisi, S.96, Y.8, Aralık 2010, s.4459. Kararı isabetli bulan öğreti görüşü için bkz. Akın, Değerlendirme 2010, s.432.

⁵⁷² Y 10. HD, 25.02.2010, 2009/8312 , 2010/2516, Legal, C.7, S.25, Y.2010, s.383-387. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 17.01.2013, 2012/17329., 2013/287 ; Y 10. HD, 19.02.2013, 2012/3835 , 2013/2657 , Uyar Hâkim Portalı, 11.09.2013.

tamamlamak için ortaya çıkan bir maliyete katlanmak zorunda kalacağı, oysa çocuk bakımının aynı zamanda toplumsal olarak devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu...) görüşlerine yer verilmiştir. Bu yaklaşım, cinsiyeti sebebiyle sosyal güvenlik şemsiyesinde farklı muamele görmesi gereken ve başta yaşlılık aylığı olmak üzere çeşitli sosyal güvenlik hakları yönünden de bu şekilde değerlendirilen kadınlar için karşı cinsle eşitliği sağlayıcı bir bakış açısı getirecektir. Böylelikle, prim yatırma imkanı bulunamadığı halde yasa koyucunun çeşitli saiklerle sigortalılık imkanı sunmak ve prim süresine eklemek istediği bu gibi dönemlerin telafisine yönelik getirilen borçlanma müessesesinin amacı da gerçekleşmiş olacaktır. Aksine bir yorum, kanunda bu yönde bir sınırlamanın olmadığı da gözetildiğinde, sosyal güvenlik hakkına aykırılık oluşturacaktır. Hukuk Genel Kurulunun 27.4.2006 gün ve 10-367/386 sayılı kararında da vurgulandığı üzere sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti tanımı içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan birisidir. Sosyal güvenlik alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde, sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olması zorunludur. Sosyal güvenlik, insanlığın en derin gereksiniminin bir sonucudur. Bu gereksinim, bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlike oluşturan olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür. Tehlikeye ve yoksulluğa düşen birey için asgari bir güvence sağlamak, sosyal güvenliğin varoluş koşulu, diğer bir ifadeyle, olmazsa olmazıdır. Önemli olan yön, sosyal güvenlik kavramına, işlevsel olarak temel bir insanlık hakkı görünümü yaratmaktır..."

2010/106 sayılı Genelgede de Yargıtay kararına uygun olarak doğumun kadının çalıştığı işinden ayrıldıktan sonra üçyüz gün içinde gerçekleşmesi şartı aranmayacağı açıkça belirtilmiştir (2010/106 Genelge, 2.1). 2008/111 sayılı genelgede Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olup hizmet akdine tabi çalışmakta iken doğum nedeniyle işinden ayrılan kadın sigortalılara doğumdan sonra geçen iki yıllık süreyi borçlanma imkânı sağlandığından isteğe bağlı sigortalı iken doğum yapan kadın sigortalıların söz konusu süreyi borçlanamayacakları belirtilmişti. 2010/106 sayılı genelgede ise bu ifade kaldırılmıştır. Bu sebeple doğum

sırasında aktif sigortalı olma şartı aranmamalıdır. Doğum sırasında isteğe bağlı sigortalı da olunabilir.⁵⁷³

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi döneme ilişkin olarak Yargıtay'ın bu konudaki değerlendirmesi öğretide isabetli bulunmaktadır. Kanunda 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 talepte bulunulan süreleri... kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları... şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır." hükmünden anlaşılacağı üzere kanunda doğum borçlanması yapabilmek için aktif sigortalı olarak çalışırken doğum nedeniyle işten ayrılmak gerektiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Burada geçen "*4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalı kadın*" ifadesi ile kastedilen kadının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında tescil edilmiş olmasıdır. Sigortalı deyiminin, 3. maddenin 6. fıkrasında, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi şeklinde tanımlanan sigortalı anlamında anlaşılmaması gerekir.⁵⁷⁴ Yargıtay, açıkça doğum tarihinde aktif sigortalı olma zorunluluğundan bahsetmeyen madde hükmünü yorumlarken sigortalı lehine olan yorum tarzını benimsemiş ve kararında sosyal güvenliğin bireyi koruyucu niteliğine vurgu yaparak isabetli bir sonuca varmıştır.⁵⁷⁵

Sonuç olarak sigortalı kadının doğum nedeniyle çalışmadığı iki yıllık süreyi borçlanabilmesi için doğum sırasında aktif sigortalı olması gerekmeyip, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması gerekli ve yeterlidir.

⁵⁷³ Tuncay, Karar İncelemesi, s.1022.

⁵⁷⁴ Özkaraca, s.519.

⁵⁷⁵ Ekmekçi, Değerlendirme 2009, s.372 vd.

d) Borçlanma talep tarihinde sigortalı olma şartının aranmaması

Yargıtay kararında ele alınan bir diğer husus da doğuma dayalı borçlanma talep tarihinde sigortalı olmanın gerekip gerekmeyeceğidir.

Yüksek Mahkemeye göre; kanunkoyucunun bahis konusu düzenlemede, doğuma dayalı borçlanma hakkını verdiği kişinin borçlanma talep tarihinde sigortalı olmasını gerekli gören bir ifadeye yer vermemesi ve bu düzenlemeye göre sigortalı olanların yanında, hak sahiplerinin de, yazılı talepte bulunmaları halinde borçlanabilecekleri dikkate alındığında, böyle bir şartın var olmadığı belirgindir. Dolayısıyla doğum borçlanması talebinde bulunan kadının 3. maddenin 6. fıkrası anlamında aktif sigortalı olması gerekmemektedir. Nitekim Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ'in sigortalılık şartı başlıklı 6 ıncı maddesinde “Hizmet borçlanmalarında, 5510 sayılı Kanun veya mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre tescil edilmiş olmak yeterli olup, sigortalının kendisi tarafından yapılan başvurularda borçlanma talep tarihinde, hak sahiplerince yapılan başvurularda ise sigortalının ölüm tarihinde fiilen sigortalı olma şartı aranmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Tebliğin bu hükmü Yargıtay kararı ile uyumludur. Bu durumda kanunda böyle bir şart aranmadığı ve borçlanma talebi herhangi bir süreye bağlanmadığı için sigortalı kadının talep tarihinde aktif veya pasif sigortalı olmasının bir önemi yoktur. Hatta sigortalı kadın işten ayrıldıktan sonra isteğe bağlı sigortalı olduğu tarihte de borçlanma talebinde bulunabilir.⁵⁷⁶

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra en fazla iki yıllık süreyi borçlanabilmesi için doğum tarihinde ve borçlanma talep tarihinde fiilen çalışması gerekmeyp, 5510 sayılı Kanun veya mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre tescil edilmiş olması yeterlidir.

⁵⁷⁶ Tuncay, Karar İncelemesi, s.1022; Uşan, 5510 Sayılı Kanunun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcı, s.249.

e) Sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumlar

Açıklanması gereken bir diğer nokta sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumlar sebebiyle doğum borçlanması yapıp yapılamayacağıdır. Bu konu 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi döneme ilişkin olarak Yargıtay'ın 21.09.2010 tarihli kararında⁵⁷⁷ irdelenmiştir.

Karara konu somut olayda ilk kez 506 sayılı Kanun kapsamında 01.03.1990 tarihinde zorunlu sigortalı olarak tescil edilen davacı 22.11.1975 ve 14.05.1979 tarihlerinde gerçekleşen doğumlarına ilişkin iki yıllık süreleri borçlanmak istemiştir. Yargıtay sigortalı olarak tescilden önce gerçekleşen doğumlar sebebiyle borçlanma yapılamayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay'a göre, 5510 sayılı Kanunun 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin ikinci kısmındaki borçlanma imkânı doğrudan ve sadece madde 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. Sigortalılık başlangıcı öncesinde gerçekleşen doğumlar nedeniyle doğum borçlanması yapılamaz. O hâlde diyebiliriz ki söz konusu borçlanma hakkından yararlanabilmek, doğumdan önce sigortalı olmayı gerektirir. Borçlanma işlemine esas alınacak doğum, sigortalılık tescil tarihinden sonra gerçekleşmelidir. Sigortalılık tescili 506 sayılı Kanun kapsamında olabileceği gibi diğer sigorta kanunları kapsamında da olabilir.⁵⁷⁸

Sigortalılık tescilinden önce yerine getirilen askerlik hizmetinin borçlanılabilmesi mümkün iken sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumlar nedeniyle borçlanma yapmak mümkün değildir. Öğretideki bir görüşe göre; bunun nedeni askerlik borçlanması imkânının tüm sigortalılara tanınmasına rağmen doğum nedeniyle borçlanma yapma imkanının açıkça

⁵⁷⁷ Y 10. HD, 21.09.2010, 14527/12003, YKD, C.37, S.1, Ocak 2011, s.69-71. Aynı yönde Y 10. HD, 05.04.2010, 2009/17858 , 2010/4907 , www.kazanci.com, 13.11.2011; Y HGK, 18.05.2011, 10-311 /322, Y 10. HD, 17.01.2013, 2012/17329, 2013/287 ; UYAP Hâkim Portalı, 11.09.2013.

⁵⁷⁸ Y 10. HD, 05.07.2013, 6581/15418, Uyp Hâkim Portalı, 11.09.2013.

ve sadece madde 4/1,a kapsamında sigortalı olan kadınlara tanınmış olmasıdır. Borçlanma yapabilmek için kadının doğumdan önce madde 4/1,a kapsamında sigortalı olması gerekir.⁵⁷⁹ Borçlanma talep tarihinde madde 4/1,a kapsamında tescil edilmiş olmanın yeterli sayılması, doğum öncesi sigortalılık ön şartının aranmaması durumunda, kanunkoyucunun bu imkânı sadece madde 4/1,a kapsamında sigortalı olan kadınlara tanımış olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Ayrıca böyle bir durumda doğum sırasında madde 4/1, a kapsamında sigortalı olmamakla birlikte sırf doğum borçlanması yapabilmek amacıyla talep tarihinden önce madde 4/1,a anlamında sigortalılık tescili yapılarak hüküm dolandırılabilir ve borçlanma yolu tüm sigortalılara açılmış olur. Öte yandan bu görüşe göre olması gereken hukuk bakımından doğum borçlanması yapma hakkını tüm sigortalılara tanıyacak ve böylece tescilden önce gerçekleşen doğumlar nedeniyle de borçlanma yapmayı mümkün kılacak yasal düzenlemelerin yapılması gerekir.⁵⁸⁰

Konuya ilişkin Hukuk Genel Kurulu kararına karşı oy yazısında yer alan görüşe göre; borçlanabilecek kişinin sigortalı olması gerektiğinden sözedilmesi, hiçbir zaman önceden sigortalı olarak tescil edilmiş olmanın gerektiği anlamına gelmez. Sigortalı sözcüğü borçlanacak kişinin madde 4/1,a sigortalısı olması gerektiğini ifade eder. Zira iki yıllık süreye ilişkin borçlanma hakkı sadece madde 4/1,a sigortalılarına tanınmış bir haktır. Madde 4/1,a kapsamında sigortalılık tescilinin doğumdan önce yapılması gerekmez. Kanunkoyucunun önceden doğum yapıp da sonradan sigortaya tescil edilenlere verdiği borçlanma hakkını, açık bir yasal engel bulunmadığı hâlde engellemek sosyal güvenlik ve adalet ilkelerine açıkça aykırıdır. Ayrıca 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin (b) bendinde askerlik süresi ile ilgili borçlanma hakkı uygulamasında önceden sigortalı olarak tescili aramamak, (a) bendindeki doğum borçlanmasında ise önceden sigortalı olarak tescil edilmiş olmayı aramak erkek ve kadın sigortalılar arasında bir ayrımcılıktır.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ Aynı yönde bkz. Akın, Değerlendirme 2010, s.426 vd.

⁵⁸⁰ Özkaraca, s.523 vd. Ayrıca bkz. Y HGK, 18.05.2011,10-311/322, UYAP Hâkim Portalı, 11.09.2013.

⁵⁸¹ Y HGK, 18.05.2011, 10-311/322, UYAP Hâkim Portalı, 11.09.2013.

Karşı oyu isabetli bulan öğreti görüşüne göre de; yeteri kadar açık olmayan doğum borçlanması hükmü yorumlanırken sosyal güvenlik hakkının niteliği dikkate alınmalıdır. Kişilik ve yaşam hakkıyla sıkı sıkıya bağlı olan sosyal güvenlik hakkının sağlanabilmesi için tescilden önceki doğumların da borçlanılabilmesi mümkün olmalıdır. Yine kanun metninde yer alan “...hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmama...” ifadesinden anlaşılması gereken, ister tescilden önceki dönemde, ister tescilden sonraki dönemde, doğumdan sonraki sürelerin borçlanılabilmesi için borçlanılabilecek sürede hizmet akdine tabi olarak çalışılmamış olmasıdır. Zira çalışılan süreler için prim bildirilmiş olunacağından borçlanma yapılamayacaktır. Söz konusu ifadenin anlamının doğum öncesi sigortalılık tescilinin yapılması gerektiği şeklinde daraltılmaması gerekir.⁵⁸²

Yargıtay, içtihadında 41. maddenin 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, borçlanma imkânlarının tümüne değil, borçlanılacak sürelerden sigortalılık öncesine ait olan sürelerle ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle madde 4/1,a kapsamında çalışma ve hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmamanın ön şart olarak arandığı doğum borçlanmasına uygulanamayacağına hükmetmiştir.

Kararı isabetli bulan öğreti görüşüne göre de; söz konusu hüküm borçlanma imkânlarının tümüne değil, sigortalılık öncesine ilişkin olanlarına yöneliktir ve bu nedenle doğum borçlanmasında uygulanamaz.⁵⁸³

Öğretideki bir diğer görüşe göre ise; doğum borçlanması hükmünün tescilden önce gerçekleşen doğumlar nedeniyle çalışılmayan sürelerin de borçlanılmasını kapsayacak şekilde yorumlanmasını, böylece sigortalılık başlangıcının geriye götürülmesine ilişkin düzenlemenin tescilden önceki

⁵⁸² Ocak, Karar Tahlili, s.1502 vd.

⁵⁸³ Akın, Değerlendirme 2010, s.428 vd.

doğumların borçlanılmasında da uygulanması gerektiğini, bunun sosyal güvenlik hakkının niteliğine uygun olduğunu savunmaktadır.⁵⁸⁴

Kararı isabetli bulmayan öğretideki bir görüşe göre de; doğum borçlanmasının askerlik borçlanması ile paralel düşünülmesi gerekir. Yüksek mahkemenin kararında doğum borçlanması yapan kadınlar ile askerlik borçlanması yapan erkek sigortalılar arasında kadınlar aleyhine açık kanun hükmüne rağmen ayırım yapılmıştır. Sigorta başlangıcından önceki askerlik sürelerinin borçlanılıp sigortalılık başlangıcının borçlanma süresi kadar geriye götürülmesi uygulaması doğum borçlanmasında da uygulanmalıdır. Kanunun 41. maddenin 4. fıkrasında yer alan açık hükme rağmen annelere tescil öncesi doğuma ilişkin borçlanma yapma hakkının verilmemesi yerinde değildir.⁵⁸⁵

III. ASKERLİK BORÇLANMASI

A. Genel Olarak

Askerlik, her sağlıklı Türk erkeğinin içinde yaşadığı topluma karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bir hizmettir.⁵⁸⁶ Ülkemizde askerlik hizmeti zorunlu hizmet niteliğindedir.⁵⁸⁷ Askerlik hizmeti ilk olarak Anayasamızda ifadesini bulmuştur. 1982 Anayasasının “Vatan hizmeti “başlıklı 72. maddesine göre; vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. 1111 sayılı Askerlik Kanunu⁵⁸⁸ ’na göre de; Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur (m. 1).

Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak kırkbir yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer (1111 sayılı Kanun m. 2/1). Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır (1111 sayılı Kanun m. 3/1). Yoklama devri, askerlik çağının başlangıcından kıtaya sevk olunana

⁵⁸⁴ Ocak, Karar Tahlili, s.1511 vd.

⁵⁸⁵ Şakar, Sosyal Sigortalar 2011, s.337.

⁵⁸⁶ Yürekli, Askerlik Kavramı, s.516.

⁵⁸⁷ Aslanköylü, s.1171.

⁵⁸⁸ RG. 12-17.7.1927, S.631-635.

kadar geçen süredir (m. 4/1). Muvazzaflık dönemi askerlik şubelerince sevk tarihinden itibaren terhis tarihine kadar geçen süreyi ifade eder.⁵⁸⁹ Muvazzaflık devrinin hitamından askerlik çağının nihayetine kadar olan kısım yedek devridir (m. 7/1). Yedek erbaş ve erler; olağanüstü haller ile sıkıyönetim veya savaş, seferberlik, asayiş ve eğitim ve manevra için sınıf ihtiyacına göre tamamen veya kısmen çağırılabilirler (m. 58/1). Ancak 1111 sayılı Kanunun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiç bir fert askerlik çağından çıkarılamaz (m. 5/4).

Kişiler askerlik dönemlerinde askerlik görevinin yerine getirilmesi amacıyla kısa veya uzun süreli olarak çalışma hayatından ayrılmak durumundadırlar. Bu dönemde işverenle olan iş ilişkileri ve bu döneme ait sosyal güvenlik hakları hukukumuzda özel olarak düzenlenmiştir.⁵⁹⁰ Askerlik hizmetinin toplumumuzda kutsal sayılan bir vatan borcu olarak kabul edilmesi bu düzenlemelerin yapılmasının sebeplerinden biridir.

B. İş Hukukunda Askerlik Hizmeti

Zorunlu kanunî ödevlerin yerine getirilmesi, bu ödevleri yerine getirenlerin iş görme edimlerini ifa etmeleri bakımından kanunî bir maddi ifa imkânsızlığı oluşturur. Kanunî ödevin geçici olması ve iş sözleşmesinde ifa zamanının esaslı olmaması koşuluyla iş görme ediminin bu nedenle işverene sunulamadığı dönemde iş sözleşmesi kuramsal olarak askıya alınır. Yukarıda ifade edildiği üzere askerlik ödevi de zorunlu bir kanunî ödevdir ve askerlik hizmetinin yerine getirildiği dönem süresince iş sözleşmesi askıya alınır.⁵⁹¹

Askerlik yükümlülüğünün iş hukuku bağlamında doğurduğu hüküm ve sonuçlar, 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Adı geçen

⁵⁸⁹ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.5.

⁵⁹⁰ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.4.

⁵⁹¹ Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s.116.

kanunların kapsamına girmeyen kişiler hakkında da Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur.⁵⁹²

4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır. İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü geçemez.

Söz konusu düzenlemeye göre muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan işçinin iş sözleşmesi iki ay süreyle askıya alınır. İki aylık sürenin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır (İK m. 31/1). Ancak işverenin sözleşmeyi feshetmek istememesi durumunda iş sözleşmesinin askıda kalmasına yönelik sözleşme yapılabilir. Askı durumunun ortaya çıkabilmesi için işçinin işyerinde en az bir yıl çalışmış olması zorunludur. Bu koşulu sağlayan işçinin iki aylık askı süresine o işte geçirdiği her bir fazla yıl için iki gün eklenir. Ancak bu şekilde kıdeme göre artan askı süresi doksan günü geçemez. İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde, yani askı süresi içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır (İK m. 31/3). İş sözleşmesi belirli süreli ise ve sözleşmenin süresi askı süresi içinde bitiyorsa sözleşme kendiliğinden sona bulur.⁵⁹³

Kanunda öngörülen askı durumunda işçi talim, manevra veya ihtiyat askerlik gibi bir nedenle geçici olarak askere alınmaktadır. Buna karşılık uzun dönemi kapsayan muvazzaf askerlik ödevi geçici nitelikte sayılmayacağından iş akdinin askıya alınması sonucunu doğurmaz. Muvazzaf askerlik hizmetine giden işçiler iş akitlerini feshederek işten ayrılırlar ve bu dönemde sözleşmeleri askıda kalmaz.⁵⁹⁴ İşçinin muvazzaf askerlik dolayısıyla iş akdini

⁵⁹² Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.5.

⁵⁹³ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.9.

⁵⁹⁴ Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s.116; Süzek, İş Hukuku, s.446.

feshetmesi kıdem tazminatına hak kazandıran bir durumdur (1475 sayılı Kanun, m. 14/1,3). Bununla birlikte işçinin muvazzaf askerliği nedeniyle iş aklının işverence feshedilmesi halinde de kıdem tazminatı hakkı doğar. Zira bu fesih 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/2. Maddesinin dışında kalan bir fesihtir ve işçi kıdem tazminatına hak kazanır.⁵⁹⁵ Muvazzaf askerlik ödevi dışında başka bir nedenle silah altına alınan işçinin sözleşmesi askıya alındığından başka bir deyimle feshedilmemiş olduğundan kıdem tazminatının ödenmesi söz konusu olmaz. Ancak yasada belirtilen askı süresinin geçmesi halinde sözleşme işveren tarafından feshedilmiş sayılacağından (İK m. 31/1) bu durumda işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

Askere giden gazetecilerin durumu ise Basın İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre; talim veya manevra dolayısıyla silah altına alınan gazeteci bu müddet zarfında ücret hakkını muhafaza eder. Ancak, yedeksubay olarak veya sair suretlerle askeri hizmet karşılığı aylık alan gazetecinin almakta bulunduğu bu aylık kendi işinden aldığı ücretten az ise, işveren, gazeteciye yalnız aradaki farkı ödemekle mükelleftir (m. 16/1).

Kısmi veya umumi seferberlik dolayısıyla silah altına alınan gazeteci hakkında üç ay için bu maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanır (m. 16/2).

İlk muvazzaf askerlik hizmeti için silah altına alınan gazeteciye normal askerlik müddetince son aldığı ücret yarı nispetinde ödenir (m. 16/3).

İşverenle gazeteci arasındaki iş aklının muayyen bir müddet için akdedilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, gazetecinin talim veya manevra nedeniyle silah altına alınması halinde silah altında bulunduğu müddetçe iş akdi, işveren tarafından feshedilemez. Gazeteci bu maddenin ikinci veya üçüncü fıkrasında gösterilen haller dolayısıyla silah altına alındığı takdirde, gazetecinin durumu bu fıkralardan hangisine temas etmekte ise, işveren iş aklını ancak o fıkroda gösterilmiş bulunan süre geçtikten sonra feshedilir. Bu gibi hallerde de gazeteci ile işveren arasındaki iş aklının muayyen bir müddet için akdedilmiş olup olmadığına bakılmaz (m. 16/4). Gazeteci ile işveren

⁵⁹⁵ Y 9. HD, 16.11.2009, 2008/11321, 2009/31913 , Çil, s.677-678.

arasındaki mukavele esasen muayyen bir süreyi ihtiva edip de bu süre gazetecinin silah altında bulunduğu sırada kendiliğinden bitiyorsa işveren mukavelenin bu suretle sona ermesinden itibaren bu maddede yazılı olan ücretleri gazeteciye ödemekle mükellef tutulamaz (m. 16/5).

Bu maddede yazılı bulunan hükümler işveren tarafından gazeteciye askerlik halinde ücret verilmesi hakkında daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan mukavele, teamül veya örfü adetten doğan haklara hâlel getirmez (m. 16/6).

Basın İş Kanununa göre de talim ve manevra nedeniyle silah altına alınan gazetecilerin iş sözleşmesi bu süre boyunca askıya alınır. Kısmi veya umumi seferberlik durumunda ise işveren üç ay boyunca iş akdini feshedemez. Bu süre geçtikten sonra iş akdini fesih hakkı doğar. Basın İş Kanunu'ndaki düzenleme iki açıdan İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farklıdır. İlk olarak, gazeteci işçinin iş akdi muvazzaf askerlik döneminde de askıya alınır. İkinci olarak, sözleşmesi askıya alınan gazeteciler kanunda belirtilen şekillerde ücret hakkını korurlar.⁵⁹⁶

Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinde bu Kanuna tabi gemi adamlarının iş akitlerinin muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla feshedilmesi halinde gemi adamlarına kıdem tazminatının ödeneceği öngörülmekle beraber talim, manevra veya muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmelerinin askıya alınmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Öğretideki bir görüşe göre bu durumda muvazzaf askerlikte iş sözleşmesi askıya alınmayacaktır, zira muvazzaf askerliğin uzun süreli olması iş sözleşmesinin askıya alınmasında geçicilik koşulunu sağlamamaktadır. Ancak talim, manevra gibi daha kısa süreli askere alınma durumlarında iş aktinin makul bir süre için askıya alınması mümkündür. Söz konusu sürenin tespitinde İş Kanununun 31. Maddesi kıyasen uygulanabilir.⁵⁹⁷

Öte yandan bu durumda genel kanun niteliğindeki Borçlar Kanununun 328. maddesi de uygulanabilir. Söz konusu maddeye göre; uzun müddet için

⁵⁹⁶ Kılıçoğlu-Şenocak, s.1184.

⁵⁹⁷ Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s.118.

yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 409. maddesine göre de; uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.

Askerlik hizmetinin söz konusu düzenleme kapsamında kusursuz imkânsızlık hâli sayılabilmesi için işçinin askerlik nedeniyle işini kısa bir süre ifa edemiyor olması gerekir. Bu da ihtiyat askerliğinde söz konusu olur. Muvazzaf askerlik hizmeti ise kısa süreli olarak kabul edilmediğinden 328. madde (6098 sayılı Kanun 409. madde) uygulama alanı bulamayacaktır.⁵⁹⁸

Öğretide muvazzaf askerlik durumunda Borçlar Kanununun 344. maddesinin uygulanabileceği belirtilmektedir. 344. maddeye göre; iyiniyet kuralları bağlamında işçinin muvazzaf askerlik nedeniyle iş görme borcunu yerine getirememesi haklı sebep olarak kabul edilebilir.⁵⁹⁹ Bu durumda iş sözleşmesi ihbar gerekmez her zaman feshedilebilir. Taraflar sözleşmeyi feshetmek istemezse sözleşme askıya alınmış olur.⁶⁰⁰ 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre de; taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır (m. 435/1,2).

⁵⁹⁸ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.6.

⁵⁹⁹ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.7.

⁶⁰⁰ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.7; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.380.

C. Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Hizmeti

1. 5510 Sayılı Kanuna Göre Askerlik Hizmetini Yerine Getirenlerin Sigortalılığı

5510 sayılı Kanuna göre; askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay okulu öğrencileri bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında 4 üncü ve 5 inci maddelere göre sigortalı sayılmazlar (m. 6/1,d).

Söz konusu düzenleme için sigortalı sayılmayı gerektirmeyecek çalışmanın niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtay'a göre askerlik hizmetini yapmakta olan yükümlülerin sigortalı sayılmayacaklarına ilişkin düzenleme askeri kuruluşlardaki çalışmalara yöneliktir ve bu düzenlemenin uygulama alanı bu çalışma ile sınırlıdır. Çünkü askeri kuruluşlardaki berber, marangoz, motor onarımcısı, garson vb. hizmetlerde çalıştırılanların bu çalışmaları, sigortalılık niteliğini kazanmanın önkoşulu olan hizmet sözleşmesine değil, kamu hukukundan doğan askerlik yükümlülüğüne dayanmaktadır.⁶⁰¹

Kanun muvazzaf ya da ihtiyat askerliği şeklinde bir ayırım yapmadığı için askerlik hizmetini yapmakta olan tüm yükümlüler sigortalı sayılmayacaktır.⁶⁰² Askeri nitelikteki resmi işyerlerinde hizmet akdine dayalı olarak çalışanlar ise sigortalı sayılırlar (SSGSSK, m. 4/1,a).

Askerlik hizmetini ifa edenlerin iş sözleşmesi ile çalışmadıkları için sigortalı sayılmamaları kuralına 1111 sayılı Askerlik Kanununa ek olarak çıkarılan 6794 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılması hakkındaki 33 sayılı Kanun hükümlerine göre çalıştırılan askerler bakımından bir istisna getirilmiştir. 33 sayılı Kanuna göre; bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce askere çağırılmış olup da altı aylık eğitimi takiben Ereğli Kömür İşletmeleri, Devlet Linyit İşletmeleri ve Devlete ait öteki maden ocaklarında çalışanlar

⁶⁰¹ Y 9. HD, 3.5.1979, 1474/3970 , Yürekli, Askerlik Kavramı, s.517. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 17.11.1983, 4296/5380, YKD, S.10, C.9, Ekim 1983, s.1494. Aynı yöndeki öğreti görüşü için bkz. Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, s.125.

⁶⁰² Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.15.

hakkında 6794 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir. Yani bu kişiler söz konusu yerlerdeki çalışmalarından dolayı sigortalı sayılmaktadırlar.⁶⁰³

Askerlik hizmetini ifa edenlerin askerlik süresince sigortalı sayılmamaları kuralına bir diğer istisna Basın İş Kanunu kapsamında çalışan gazetecilerdir. 5953 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca iş sözleşmesi ile çalışmakta iken askerlik yükümünü yerine getirmek için işyerinden ayrılan diğer işçilerden farklı olarak gazetecilerin askerde iken iş sözleşmeleri sona ermemekte ve ücretlerinin ödenmesine devam edilmektedir. Dolayısıyla askerlik görevlerini ifa ettikleri sürece işvereni tarafından gazeteci adına ücretten prim kesilmektedir. Ödenen primin, ilgilinin, askerlik süresince sigortalı sayılmasına olanak verip vermeyeceği yargı kararlarında ele alınmış ve Danıştay'ın 05.07.1982 tarihli kararında⁶⁰⁴ 5953 sayılı Kanun uyarınca basın mesleğinde çalışanların askerlik görevlerin ifa ettikleri sürece işvereni tarafından ödenen primlerin geçerli sayılacağına hükmedilmiştir. Kararda belirtildiği üzere; 506 sayılı Kanunun 3. maddesinde (şimdi SSGSSK, m. 6/1,d) askerlik hizmetlerini yapmakta olan yükümlülerin sigortalı sayılmayacakları düzenlenmiştir. Bu tür bir düzenlemenin getirilmesinin nedeni bazı kimseleri sigortalı olma hakkından yoksun bırakmak değil, bir takım eylemli olanaksızlıklar ya da zorunluluklar nedeniyle sigortalı olma ve prim ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktır. Askerlik yükümlülüğünü yapmakta olan kimse de olağan koşullarda ücret alamayacağı için, adı geçen kişiler yönünden zorunlu sigortalılığın yükümlülükleri ortadan kaldırılmak istenmiştir. Askere giden gazetecilere 16. madde gereği ücret ödenmeye devam edileceği için bu kişiler adına sigorta primi ödenmesinin ve bu sürenin sigortalılıktan sayılmasının, 506 sayılı Kanunun 3. maddesinin amacı ve niteliği gözönünde bulundurulduğunda kanuna aykırı bir yönü yoktur. 3. madde hükmünü, yükümlülüğü kaldırıcı değil, hak kaybettirici bir esas olarak

⁶⁰³ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.15; Yürekli, Askerlik Kavramı, s.518.

⁶⁰⁴ D 1.D., 05.07.1982, 134 /143 , www.danistay.gov.tr, 14.03.2012.

yorumlamak sosyal güvenlik kanunlarının amacına ve sosyal devlet anlayışına da uygun düşmez.⁶⁰⁵

2. Askerlerin İzinli Bulundukları Sürelerde Çalışmaları

Askerlik hizmetini yapmakta olan kişilerin izin veya hava değişimi gibi nedenlerle birliklerinden ayrı bulundukları sürede herhangi bir işverenin işyerinde çalışmaları hâlinde sigortalı sayılıp sayılmayacakları uygulamada tartışmalara neden olmuştur. 5510 sayılı Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde yer alan belli nitelikteki asker kişilerin sigortalı sayılmayacaklarına ilişkin kuralın, adı geçen kişilerin izinli bulunan dönemde çalışmaları hâlinde sigortalı sayılabileceklerine dair bir istinasının olup olmadığı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Bu konu öğreti görüşlerinde ve yargı kararlarında ele alınmış ve farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Öğretideki bir görüşe göre; askerlik yapmakta iken izinli olması veya herhangi bir sebep ile kıtasından geçici olarak ayrı bulunan kimse bir işyerinde çalışsa dahi sigortalı sayılamaz.⁶⁰⁶

Öğretideki bir diğer görüşe göre 1111 sayılı Kanunun 78. maddesi uyarınca muvazzaf askerliğini yapmakta olanlara hava değişimi gibi sağlıkla ilgili izinlerin üç ayı, normal izinlerin ise her yıl içinde bir ayı veya Bakanlar Kurulu'nca verilecek genel mahiyetteki izin süreleri muvazzaf askerlik hizmetinden sayılmaktadır. Kıtasından geçici olarak ayrı kalan askerlerin muvazzaf askerlik hizmetinden sayılması gereken bir süre ile çakışan süre zarfında çalışması halinde sigortalı sayılmayı gerektirecek bir durum mevcut değildir. Ancak muvazzaf askerlik hizmetinden sayılması gereken süreyi aşan zaman dilimindeki çalışması nedeniyle sigortalı kapsamında kabul edilebilir.⁶⁰⁷

Yargıtay bu konuya ilişkin 10.6.1983 tarihli kararında asker yükümlülerinin sigortalı sayılmayacaklarına ilişkin 506 sayılı Kanunun madde

⁶⁰⁵ Askerlik hizmetini ifa eden gazetecilerin askerlik süresince sigortalı sayılmayacakları görüşü için bkz. Yürekli, Askerlik Kavramı, s.521.

⁶⁰⁶ Cuhruk-Çolakoğlu-Bükey, s.55.

⁶⁰⁷ Can, s.32 vd.

3/1,E bendinde öngörülen ayrıcalığın, yükümlülerin askeri kuruluşlardaki çalışmalarının kamu hukukunun askerlik yükümüne dayanmış olmasından ötürü olduğunu, adı geçen kişiler işyerindeki diğer sigortalı işçilerle birlikte aynı sigorta olaylarının tehdi altında oldukları için aynı yasal korumadan istifade etmelerinin yani sigortalı sayılmalarının kanun koyucunun maksadına uygun düştüğünü kabul etmiştir.⁶⁰⁸ Öğretideki bir görüş de Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarını isabetli bulmaktadır.⁶⁰⁹

Yargıtay 26.11.1998 tarihli kararında terhis tarihinden önce izinli olarak kıtasından ayrıldığı dönemde fiilen çalışılmış olması hâlinde bu çalışmanın sigortalı hizmet olarak tespitin mümkün olduğuna dair ifadeler kullanmıştır.⁶¹⁰

Yargıtay 4.6.1992 tarihli kararında ise askerlik hizmetini yapmakta bulunan ve 33 sayılı Kanun hükümlerine göre çalışıp da sigortalı kapsamında kabul edilen kişilerden olmayan yükümlünün izinli bulunduğu dönemdeki hizmetlerinin sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesine imkân bulunmadığı yönünde karar vermiştir.⁶¹¹

Yine 21.6.1999 tarihli bir kararında askerlik hizmetini yapmakta olan yükümlünün raporlu olduğu dönemde gerçekleştirdiği hizmetinin tespitine ilişkin bir davada rapor süresinin dahi askerlikten sayılıyor olması ve 506 sayılı Kanunun 3-E maddesi (şimdi SSGSSK, m. 6)'ndeki asker kişilerin sigortalı sayılmayacağına ilişkin düzenlemeden hareketle silah altındaki kişinin raporlu olunan dönemdeki kuruma bildirilmiş çalışmalarının sigortalı hizmet olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.⁶¹²

⁶⁰⁸ Y 10. HD, 10.6.1983, 2859/3124, YKD, C.9, S.10, Ekim 1983, s.1494-1495. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 17.11.1983, 4296/5830, YKD, C.10, S.2, Şubat 1984, s.250-251; Çakmak, s.1387 vd.; 4. HD, 7.4.1959, 6530/3028, Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.163 vd., dn.165. Son karar 506 sayılı Kanunun (şimdi 5510 sayılı Kanun) yürürlüğe girmesinden önceki döneme ilişkin olmakla beraber içerdiği gerekçeler bakımından bugün de geçerliliğini korumaktadır. Bkz. Yürekli, Askerlik Kavramı, s.519, dn. 16. Y 21. HD, 04.11.2002, 8359/9068, Güzel, Değerlendirme 2002, s.283 vd.

⁶⁰⁹ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.16 vd.; Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, s.126; Güzel, Değerlendirme 2002, s.283 vd.; Yürekli, Askerlik Kavramı, s.520 vd.

⁶¹⁰ Y 10. HD, 26.11.1998, 8398/8408, Kılıçoğlu, s.141 vd.

⁶¹¹ Y 10. HD, 4.6.1992, 356/6376, Çimento İşveren, C.6, S.6, Kasım 1992, s.48.

⁶¹² Y 10. HD, 21.6.1999, 4331/4461, Kılıçoğlu, s.137 vd.

Yargıtay 11.05.2009 tarihli kararında ise konuya olumlu yaklaşmıştır. Kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

“...506 sayılı Kanunun 2. maddesinde, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların sigortalı sayılacağı belirtilmiştir. Anılan Kanun kapsamında sigortalı sayılmanın koşulları; hizmet akdine göre çalışma, sözleşmede öngörülen edimin (hizmetin) işverene ait iş yerinde veya iş yerinden sayılan yerlerde görülmesi, kanunda açıkça belirtilen sigortalı sayılmayacak kişilerden olunmamasıdır. Bu yönde, anılan Kanunun Sigortalı Sayılmayanlar başlığını taşıyan 3. maddesinin 1-E bendine göre, askerlik hizmetlerini yapmakta olan yükümlülerin 506 sayılı Kanun uygulamasında sigortalı sayılmayacakları öngörülmüştür. Bu düzenleme; bir kamu hizmeti olan askerliği yapmakta olan kişilerin, askerlik yükümü nedeniyle yaptığı çalışmaları kapsamakta olup; Kanunun, sigortalı niteliğini kazanmak için hizmet akdine göre çalışmayı öngören esasının zorunlu bir sonucu olarak sigortalı olarak kabul edilmemenin nedeni, askeri kuruluşlarda geçen ve askerlik yükümüne dayanan çalışmalarda hizmet akdinin söz konusu olmamasıdır. Ancak, askerlik hizmetinden izinli olunan dönemlerde hizmet akdine dayalı olarak bir veya birkaç işverenin işyerinde geçen çalışmalar yönünden ise, anılan madde; sigortalı olunması için engel bir hüküm içermeyip, sırf askerlik yükümlüsü bulundukları için çalışanları sigortalı saymamak gibi bir durum yaratmamaktadır. Kaldı ki, bu yolda bir düzenlemeyi haklı kılacak bir neden yoktur. Zira, bu çalışanların, aynı sigorta olaylarının tehdidinde oldukları işyerindeki diğer sigortalıların sahip oldukları yasal korunmadan yararlandırılarak sigortalı olarak kabul edilmeleri, kanun koyucunun amacına uygun düşer.”⁶¹³

Kanımızca izinli bulunduğu dönemde herhangi bir işte çalışan asker kişinin bu dönem için sigortalı kabul edileceğine yönelik Yargıtay kararları ve öğreti görüşü⁶¹⁴ isabetlidir. Her şeyden önce 1982 Anayasası'na göre herkes çalışma hakkına ve dilediği alanda çalışma hürriyetine sahiptir (m. 48/1, 49/1). Temel hak ve hürriyetler de özlerine dokunulmaksızın yalnızca

⁶¹³ Y 10. HD, 11.05.2009, 2008/2182, 2009/8588 , Legal, C.6, S.23, Y.2009, s.1251-1252.

⁶¹⁴ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.16 vd.; Yürekli, Askerlik Kavramı, s.520 vd.

Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir (m. 13/1). 1111 sayılı Askerlik Kanunu ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu⁶¹⁵nda yükümlünün, askerden izinli olarak geldiğı dönemde çalışmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. 5510 sayılı Kanuna göre askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay okulu öğrencileri bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında 4 üncü ve 5 inci maddelere göre sigortalı sayılmazlar (m. 6/1,d). Ancak bu düzenleme askerlik hizmetinin yerine getirildiğı askeri kuruluşlardaki çalışmalara yöneliktir ve bu çalışma ile sınırlıdır.

Hukukumuzda kural, sigortalı olmak; istisna, sigorta kapsamı dışında kalmaktır. Kişiyi sosyal güvenlik alanının dışına itecek bir istisnanın kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Bu tür bir istisna yargı kararı ile getirilemez. Bu konuda kanunî bir sınırlama bulunmadığına göre askerlik hizmetini ifa ile yükümlü olan kişiler izin veya hava değişimi süreleri içinde, ki bu süreler içinde askerlik yükümlülüğünün bir tür askıda kalma durumu söz konusudur⁶¹⁶, çalışma hakkına sahiptir. Terhis niteliğindeki izin hukuksal nitelikte olmasa dahi fiili olarak kamusal ilişkiyi sona erdirir. Askerlik statüsünün izin ile fiilen sona erdiği dönemde gerçekleştirilen fiili çalışma olgusunun dikkate alınması gerekir.

Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalı sayılırlar (SSGSSK, m. 4/1,a). 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında hizmet akdine tabi sigortalı sayılanlar için sigortalılık çalışmaya başladıkları tarihten itibaren başlar (SSGSSK, m. 7/1). Söz konusu düzenleme gereğince sigortalılığın oluşumu yönünden aslolan çalışma olgusunun varlığıdır. Eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan söz edilemez.⁶¹⁷ Bu durumda sigorta hak ve yükümlülüklerinin başlama tarihi hizmet akdinin yapıldığı tarih değil, fiilen işe başlama

⁶¹⁵ RG. 10.01.1961, S.10703.

⁶¹⁶ Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, s.126.

⁶¹⁷ Y HGK, 30.5.2007, 21-306/320, <http://www.isvesosyalguvenlik.com/yargi/ygk25.htm>, 15.10.2011.

tarihidir.⁶¹⁸ Kanunun 7. maddesine göre sigortalılık Kanunda öngörülen biçimde çalışmaya başlama ile kendiliğinden başlar. Sigortalı olmak için olumlu ya da olumsuz herhangi bir irade beyanına gerek olmadığı gibi hâkim kararına veya Kurum işlemine de gerek yoktur. İşçinin işveren tarafından Kuruma bildirilmesi (SSGSSK, m. 8/1) ve Kuruma sigortalı olarak tescil edilmesi, işçinin sigortalı olması açısından kurucu bir etkiye sahip değildir. Bir diğer ifade ile kişilerin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının bu statünün oluşumundaki rolü, yenilik doğurucu ve iradi bir durum değil, kanun gereği kendiliğinden oluşan statüyü belirlemekten ibarettir. Sonuç olarak sigortalı olmak, kamu düzenine ilişkin, kişiye bağlı, vazgeçilemez ve kaçınılamaz hak ve yükümlülük doğuran bir hukuksal statü meydana getirmektedir.⁶¹⁹

Ayrıca kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. 5510 sayılı Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir (SSGSSK, m. 92/1). Bu sebeple sigortalı olmak yalnızca bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Sigortalı olup olmama konusunda kişinin iradesi rol oynamaz, kişi istemese dahi kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden sigortalı olur.⁶²⁰

5510 sayılı Kanunun 7. ve 92. maddesindeki açık düzenlemeler gereği, izinli olması veya herhangi bir sebep ile kıtasından geçici olarak ayrı bulunan asker yükümlüsü kişi de çalışmaya başladığı andan itibaren kendiliğinden sigortalı sayılır, sigorta hak ve yükümlülükleri başlar. Eylemli çalışma olgusunun varlığı karşısında söz konusu kişinin sırf asker olmasından ötürü sigortalı sayılamayacağının kabulü kanunun amacı ile bağdaşmaz. Bir iş sözleşmesi ile çalışan işçi çalıştığı işyerinde hangi riskler ile karşı karşıya kalıyorsa izinli olduğu süre içinde o işyerinde çalışan asker yükümlüsü de aynı risklerle karşı karşıya kalmaktadır. Sigortalı sayılmanın

⁶¹⁸ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.144 vd.

⁶¹⁹ Y HGK, 17.12.2008, 10-735/744, <http://www.isvesosyalguvenlik.com/yargi/ygk25.htm> 15.10.2011.

⁶²⁰ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.143.

unsurlarına sahip asker yükümlüsünün de diğer işçiler gibi sosyal risklere karşı kanunî düzenlemeler gereği korunması, bir diğer ifade ile sigortalı sayılması gerekmektedir.

D. Askerlik Borçlanması

1. Kavram

Askerlik hizmeti kamu hukuku çerçevesinde yerine getirilen bir görevdir. Askerlik görevinin fiilen yerine getirildiği dönemlerde sosyal güvenlik kapsamında başka bir çalışma ilişkisinin devam etmesi mümkün değildir.⁶²¹ Yukarıda bahsedildiği üzere er ve erbaş olanlar ile yedek subay öğrencileri sigortalı olmanın şartlarından biri olan iş ilişkisinin iş sözleşmesine dayanması gerektiği şartını gerçekleştiremedikleri içindir ki sigortalı sayılmamaktadırlar. 5510 sayılı Kanuna göre; askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay okulu öğrencileri bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında 4 üncü ve 5 inci maddelere göre sigortalı sayılmazlar (m. 6/1,d). Hâl böyle olmakla beraber iş sözleşmesinin askerlik nedeniyle askıya alındığı durumlarda iş sözleşmesi ayakta kaldığı için bütün sigorta kolları bakımından çalışma ve sosyal sigorta ilişkisi varlığını koruyacaktır.⁶²²

İşçinin ücretinin ödendiği sürede prim de ödeneceği için borçlanmaya ihtiyaç kalmayacaktır. Nitekim askerlik görevini ifa eden gazeteciler askerlik süresince sigortalı sayıldıkları için gazetecilerin askerlik borçlanması yapmalarına gerek yoktur (Basın İş Kanunu, m. 16). Ancak diğer asker kişilere ücret ödenmeyen süreler için borçlanma işlemi yapma ihtiyacı doğacaktır. Sigortalılar er veya erbaş veya yede subay olarak silah altına alındıkları takdirde, er ve erbaşlara silah altında kaldıkları sürece, yedek subay adaylarına ise yedek subay okulunda geçen dönem boyunca herhangi bir ücret ödenmemektedir. Bu kişilere her ay verilen belli miktardaki harçlık ise ücret yerine geçmemektedir.⁶²³ İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi

⁶²¹ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.190.

⁶²² Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s.119 vd.

⁶²³ Aslanköylü, s.1171.

için beklenilmesi gereken süre içinde (altmış-doksan gün) işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır (İK m. 31/3). Sosyal güvenlik hukukumuzda da prim kesilmeyen bu dönemlerini sosyal güvenlikleri bakımından değerlendiremeyen asker kişilere askerlik sürelerini borçlanma imkânı getirilmiştir.

Askerlik borçlanması kavramı, askerlik yükümlülüğü nedeniyle sigortalılık süresinden önce veya sigortalılık süresi içinde geçen günlerin, prim ödenmesi yoluyla sigorta hakları yönünden değerlendirilmesi şeklinde tanımlanabilir.⁶²⁴ İnceleme konusu düzenleme ile hukukumuzda uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlarda sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının önem taşıması⁶²⁵ karşısında askerlikte geçen ve bu nedenle kişiyi sigortalı olarak çalışmaktan alıkoyan sürelerin sigortalılık süresi olarak sayılması suretiyle sosyal güvenliklerinin sağlanması amaçlanmaktadır.⁶²⁶

2. Tarihsel Gelişim

Askerlik borçlanması, sosyal güvenlik sistemimize ilk olarak 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 31. maddesine 23.2.1965 tarih ve 545 sayılı Kanun⁶²⁷ ile eklenen bir fıkra ile girmiştir. Söz konusu fıkra “Er olarak silah altına alınan iştirakçilerin, eksik aylık veya ücret almak suretiyle geçen müddetleri, bu aylık veya ücretlerinin tamamı üzerinden kesenek ve karşılıkları alınmak suretiyle fiili hizmet müddeti sayılır.” hükmüne yer verildi. Daha sonra 1623 sayılı Kanun⁶²⁸ ile yedek subay okullarındaki sürelerin de borçlanılabileceği kabul edildi (Ek m. 8/c).

5434 sayılı Kanuna tabi kişilere borçlanma imkânı tanınmasına karşılık 506 sayılı Kanun kapsamına giren sigortalıların böyle bir imkândan yararlanamaması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmuştur. Eşitsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla 506 sayılı Kanun kapsamına girenlere 06.02.1973 tarih

⁶²⁴ Yürekli, Askerlik Kavramı, s.521 vd.

⁶²⁵ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.17.

⁶²⁶ Y 10. HD, 13.6.1991, 2889/6195, Aslanköylü, s.1182-1183; Çakmak, s.1404 vd.

⁶²⁷ RG. 5.3.1965, S.11945.

⁶²⁸ 5434 sayılı T. C. Emekli Sandığı Kanununa 23/2/1965 gün ve 545 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile Eklenen Ek Maddenin 1 inci Fıkrasının Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG. 28.09.1972, S.14320.

ve 1655⁶²⁹ sayılı Kanun ile askerlik borçlanması müessesesi getirildi. 1655 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanunun 60. Maddesine eklenen “D” fıkrası şöyleydi: “Sigortalıların er olarak silah altında geçen süreleri istemleri halinde ve günün asgari ücret tutan üzerinden hesaplanacak primlerini ödemeleri şartıyla prim ödeme gün sayılarına eklenir.” Daha sonra 60. madde 2167 sayılı Kanunun⁶³⁰ geçici 5. maddesi ile değiştirildi ve yedek subay okulunda geçen sürelerin de borçlanması kabul edildi.

Söz konusu düzenlemenin ilk şeklinde sigortalıların sadece er olarak silah altında geçen süreleri borçlanabilmeleri mümkündü ve borçlanılan süre prim ödeme gün sayısına ekleniyordu. 2167 sayılı Kanunun geçici 5. maddesi ile yedek subay okulunda geçen sürelerin de borçlanması esası kabul edilmiştir. Daha sonra 06.03.1981 tarih ve 2422 sayılı Kanun⁶³¹ ile 506 maddenin (D) fıkrası, (F) fıkrası şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile borçlanılan sürenin prim ödeme gün sayısına katılması esassından vazgeçilerek borçlanılan sürenin sigortalı hizmetten sayılması esası getirilmiştir. Böylece 5434 sayılı Kanun ile paralellik sağlanmıştır. Ayrıca borçlanma talebinde bulunduktan sonra ölen sigortalının hak sahiplerine sigortalının kalan borçlarını iki yıllık süre içinde ödeme imkânı da sağlanmıştır. Bunların yanında bu haktan isteğe bağlı sigortalılar ile topluluk sigortasına bağlı sigortalıların da yararlanabilmesi öngörülmüştür.

29.04.1986 tarih ve 3279 sayılı Kanun⁶³² ile askerlik borçlanması yapabilecek kişiler “ *bu kanuna göre sigortalı olarak tescil edilmiş olan*” biçiminde ifade edilirken talep tarihinde tescil edilmiş olmanın yeterli olacağı da açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Kanunla kurulmuş bulunan diğer sosyal güvenlik kuruluşları mevzuatına göre sigortalı veya iştirakçi olanlar hakkında 506 sayılı kanunun 60/F maddesinin uygulanmayacağı öngörülerek 1479 ve 5434 sayılı Kanun kapsamında olanların kendi kanunlarına göre borçlanma yapabilecekleri belirtilmiştir. Borçlanma talebinde bulunduktan sonra ölen

⁶²⁹ RG. 11.2.1973, S.14445.

⁶³⁰ 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Madde ve Fıkralarının Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG. 11.07.1978, S. 16343.

⁶³¹ RG. 08.03.1981, S.17273.

⁶³² RG. 06.05.1986, S.19099

sigortalının kalan borçlarının hak sahiplerince ödenebilmesi imkânı genişletilmiş ve hak sahiplerine sigortalı borçlanma talebinde bulunmadan ölmüş olsa dahi borçlanabilme hakkı tanınmıştır.⁶³³

506 sayılı Kanunun 60/F maddesinde değişiklik yapan bir diğer düzenleme 04.10.2000 tarihli 616 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'dir.⁶³⁴ Söz konusu değişiklikten önce sigortalılar askerlikte geçen sürelerinin ancak tamamını, borçlanma bedelini iki yıl içinde ödemek koşuluyla borçlanabilmekteydiler. Sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki sürelerin borçlanması halinde borçlanılan süre prim ödeme gün sayısına eklenmekle birlikte sigortalılık başlangıç tarihi borçlanılan süre kadar geriye götürülmekteydi. 616 sayılı KHK ile askerlik borçlanmasında kısmi borçlanma kabul edilmiş ve ödeme süresi üç ay olarak öngörülmüştür. Ancak kararnamenin 59. maddesinde *“(F) fıkrasının birinci bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir”* denilmesi gerekirken *“(F) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.”* ibarelerine yer verilmiştir. Kurum, lafzi yorumdan hareketle (F) fıkrasının 2., 3. ve 4. bentlerinin de yürürlükten kaldırıldığı sonucuna varmıştır. İlgili genelgede borçlanılan askerlik süresinin karşılığı olan gün sayısının prim ödeme gün sayısına ilave edileceği, ancak sigortalılık süresini etkilemeyeceği öngörülmüştür.⁶³⁵ Öğretide Kurum uygulamasının mevzuata aykırı olduğu ifade edilmiştir.⁶³⁶ Söz konusu kanun hükmünde kararname Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁶³⁷ İptal kararının yürürlüğe girdiği 10.11.2001 tarihinden itibaren askerlik borçlanmasında kanun boşluğu oluşmuştur.⁶³⁸ Sonrasında 4958 sayılı Kanun ile konu yeniden düzenlenmiştir.

⁶³³ Okur, Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?, s.5. 3279 sayılı Kanundan önceki dönemde hak sahiplerinin askerlik borçlanması talep edip edemeyecekleri konusu tartışma konusu olmuştur. Yargıtay bu dönemde hak sahiplerinin de askerlik borçlanmasından yararlanabileceklerine karar vermiştir. Y İBK, 15.4.1985, 1984/4 , 1985/3, Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.20, dn. 74.

⁶³⁴ RG. 04.10.2000, S.24190 Mükerrer.

⁶³⁵ 13.11.2000 tarih ve 12-105 sayılı Ek Genelge; Güzel-Özkaraca, s.460; Okur, Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?, s.6 vd.

⁶³⁶ 616 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen değişikliklerin değerlendirilmesi hakkında bkz. Okur, Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?, s.6 vd.

⁶³⁷ AYM 31.10.2000, 65/38; RG. 10.11.2000, S.24226.

⁶³⁸ Güzel-Özkaraca, s.460.

Madde son şeklini 29.07.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanun ile almıştır. Maddenin son şekli şu şekildedir:

“ (Değişik : 29.07.2003 - 4958 / 34 md. Y.T. 06.08.2003) Bu kanuna göre sigortalı olarak tescil edilmiş bulunanların, er olarak silah altında veya Yedek Subay Okulunda geçen sürelerinin tamamını veya bir kısmını, kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları halinde ve bu Kanunun 78 inci maddesi ile belirlenen prime esas kazancın alt sınırının talep tarihindeki tutarı üzerinden hesaplanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerini tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılır, altı ay içinde primi ödenmeyen borçlanma süreleri hizmetten sayılmaz.

Ancak Kanunla kurulmuş bulunan diğer sosyal güvenlik kuruluşları mevzuatına göre sigortalı veya iştirakçi olanlar hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”

Yeni düzenleme ile borçlanılan askerlik süresinin karşılığı olan gün sayısının prim ödeme gün sayısına eklenmesi ve sigortalılık başlangıç tarihinin borçlanılan süre kadar geriye götürüleceği öngörülmüştür. Yine kısmi borçlanmaya imkân tanınmış ve ödeme süresi altı ay olarak belirlenmiştir.

1479 sayılı Kanuna tabi sigortalılara da 14.03.1985 tarih ve 3165 sayılı Kanun⁶³⁹ ile eklenen ek madde ile askerlikte er olarak geçen hizmet süreleri ile yedek subay okulunda geçen sürelerinin tamamını borçlanabilme imkânı tanınmıştır (Ek m. 9). Şöyle ki;

“ 1479 sayılı Kanun ve aynı Kanunda değişiklik yapan kanunlara göre sigortalı olanlar, askerlikte er olarak geçen hizmet süreleri ile yedek subay okulunda geçen sürelerinin tamamını borçlanabilirler. Ölümü halinde sigortalı olanların hak sahipleri de borçlanma talebinde bulunabilirler.

Borçlanma primleri sigortalının talep tarihinde bulunduğu basamak üzerinden yürürlükteki prim tutarlarına göre hesaplanır.

Borçlandırılan sürenin karşılığı sigortalının prim ödeme süresine katılır.

⁶³⁹ RG. 22.03.1985, S.18702.

Bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde sigortalılığın başlangıç tarihi borçlandırılan süre kadar geriye götürülür.

Hesaplanan borçlanma tutarları tebliğ tarihinden itibaren iki yıl içerisinde ödenir. Belirtilen süre içerisinde borçların tamamen ödenmemesi halinde borçlanma talepleri geçersiz sayılır.”

Söz konusu düzenlemeler 5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır (SSGSSK, m. 106).

5510 sayılı Kanunun 41. maddesine göre; bu Kanuna göre sigortalı sayılanların; er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreleri borçlandırılabilir (m. 41/1,b).

Belirtmek gerekir ki 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar askere alınmaları hâlinde sigortalılıkları sona ermediğinden bu sigortalılıkları devam ettiği sürece 41. maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre er veya erbaş olarak silah altında veya yedek subay okulunda geçen sürelerin borçlandırılmasında zorunlu sigortalılıkları devam edenler dışındakiler borçlanma yapabilecektir.

3. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

a) Sigortalı olarak tescil edilmiş olmak

5510 sayılı Kanunun 41. maddesi gereğince 5510 sayılı Kanuna göre sigortalı olanlar askerlik borçlanmasından yararlanabilirler. Buna göre askerlik borçlanması talebinde bulunmak için sigortalının talep tarihinde sigortalı olarak tescil edilmiş olması yeterli olup aktif sigortalı olması gerekmemektedir. İsteğe bağlı sigortalılar da askerlik borçlanması yapabilirler.⁶⁴⁰

2010/106 sayılı genelgeye göre; 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalıların 41. maddeye göre yapacakları borçlanma taleplerinde de tescil edilmiş olma şartı dışında

⁶⁴⁰ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.18 vd.

herhangi bir şart aranmayacaktır. Bu nedenle, 1/10/2008 tarihinden önce 1479 ve 2926 sayılı Kanunlar gereğince aktif sigortalı olmamaları nedeniyle askerlik borçlanma talepleri reddedilen sigortalı ve hak sahiplerinin 1/10/2008 tarihinden sonra yeniden müracaatları halinde borçlanma işlemleri aktif sigortalı olma şartı aranmaksızın sonuçlandırılacaktır.

b) Sigortalının askerlik görevini yerine getirmesi

Askerlik borçlanması yapılabilmesi için sigortalının askerlik görevini sigortalı olmadan önce veya sigortalı olduktan sonra yerine getirmiş olması veya yerine getirmiş sayılması gerekir.⁶⁴¹

Kanun, askerlik görevini yerine getiren sigortalıların borçlanabilecekleri süreleri, er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreler olarak belirlemiştir.

1111 sayılı Kanuna göre askerlik yapmakla yükümlü olanlar askerlik hizmetini bu Kanun hükümlerine göre erbaş veya er olarak yerine getirirler (m. 10/1.3). Borçlanma hakkının kullanılması açısından askerlik görevinin muvazzaf veya ihtiyat olarak yapılmış olması arasında fark olmayıp her iki şekilde de yapılan askerlik hizmeti borçlanılabilir.⁶⁴²

Erbaş ve erler için muvazzaflık hizmeti süresi, Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında on sekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce onbeş aya ve bilahare oniki aya kadar indirilmesine, Silahlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Bakanlar Kurulunca karar verilebilir (1111 sayılı Kanun, m. 5/1). 1076 sayılı Kanun hükmüne tabi yükümlülerden; bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayı olmadıkları için erbaş - er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tabi olup, yedek subay adayı olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır (m. 5/2). Bu hizmetler askerlik şubesinden sevk tarihinden başlar. Belirtilen sürelerden fazla askerlik yapanların fazla hizmetleri, askerlik çağının sonundan iki kat olarak düşülür (m. 5/3).

⁶⁴¹ Yürekli, Askerlik Kavramı, s.525.

⁶⁴² Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.190; Yürekli, Askerlik Kavramı, s.525.

Askerlik görevini ihtiyat olarak yapacak olan kişiler açısından olağanüstü hâl, sıkıyönetim, savaş, seferberlik, asayiş ve eğitim ve manevrada geçen süreler borçlanılabilecek sürelerdir (1111 sayılı Kanun m. 58/1). Olağanüstü haller ile sıkıyönetim veya savaş, seferberlik, asayiş ve eğitim ve manevra için sınıf ihtiyacına göre çağırılan yedek erbaş ve erlerden eğitim veya manevra için çağırılmış olanların eğitim ve manevra süresi birbuçuk ayı geçemez. Olağanüstü hallerde bu süre Bakanlar Kurulu Kararı ile lüzumu kadar uzatılabilir (m. 58/2). Hiç silah altına alınmamış olanlar dört ay süre ile, silah altına alınmış olup da dört aydan eksik eğitim görmüş bulunanlar ise gerektiğinde bu süreyi tamamlamak üzere askere alınırlar (m. 58/3).

1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu⁶⁴³na göre yedek subay adayı yükümlülerin askerlik hizmetleri eğitim - öğretim için askerlik şubelerinden sevkleri ile başlar (m. 3/e). Yedek subayların hizmet süreleri onsekiz aydır. Bu sürenin altı ayı yedek subay yetiştirilmekle oniki ayı da subay olarak atandıkları kıt'a ve kurumlarda geçer. Yedek subay yetiştirme süresi Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulunca uzatılabilir ve kısaltılabilir (m 3/f).

Sigortalılar er veya erbaş olarak geçirdikleri sürenin tamamını borçlanabilirken, askerlik hizmetini yedek subay olarak yapmaları hâlinde sadece yedek subay okulunda geçen süreleri borçlanabilirler. Bunun nedeni yedek subay olarak askerlik yapanların sigortalı kapsamında olmalarıdır (SSGSSK, m. 4).

Askerlik süresinin borçlanılabilmesi için bu hizmetin fiilen yapılmış olması asıldır. Ancak askerlik hizmetini yapmış sayılan kişiler de borçlanma yapabilir. Askerlik hizmetini yapmış sayılmaları dolayısıyla borçlanma yapabilecek olan ilk grup 20-21 Mayıs 1963 olaylarına katılmaları nedeniyle Harb Okulu'ndan ihrac edilen öğrencilerdir. Adı geçen öğrenciler hakkında 1968 yılında kabul edilen 1000 sayılı Kanunun⁶⁴⁴ 1. maddesine göre; 20-21 Mayıs 1963 olayları sebebiyle Harb Okulu ile ilişkisi kesilen öğrenciler,

⁶⁴³ RG. 09.07.1927, S.628.

⁶⁴⁴ RG. 10.2.1968, S.12823.

muvazzaf askerlik hizmetini yapmış sayılırlar. Bu öğrenciler harb okulunda geçen öğrencilik sürelerini borçlanabilirler. Burada dikkat edilmesi gereken nokta adı geçen öğrencilerin muaf tutuldukları askerlik sürelerini borçlanamayıp öğrencilik sürelerini borçlanabilmeleridir. Zira Yargıtay'a göre askerlik süresinin borçlanılabileceğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur ve de 506 sayılı Kanunda silah altında geçen sürenin borçlanılabileceği hükme bağlanmıştır. Muaf tutuldukları muvazzaf askerlik süresi de silah altında geçmediğinden borçlanılamaz.⁶⁴⁵

İkinci grup, 1803 sayılı Cumhuriyet'in 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun⁶⁴⁶ kapsamına giren kişilerdir. 1803 sayılı Af Kanununun 15 inci maddesinin (b) fıkrası uyarınca her derecedeki askeri okullarda diğer öğrenim kurumlarında Milli Savunma Bakanlığı adına ve hesabına öğrenim yapan askeri öğrencilerden, 07/02/1974 tarihine kadar gerek disiplinsizlik ve gerekse başka nedenlerle Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilenlerin (kendi isteği ile ayrılanlar hariç) okulda geçen süreleri askerliklerine sayılır ve muvazzaf askerlik hizmetinden affedilir. Bu maddeden yararlanan öğrenciler de sigortalı olmaları halinde borçlanma talebinde bulunabilirler. Ancak askeri okullardan ayrılan bu öğrenciler hak ve adalet kurallarının bir gereği olarak bu okullarda geçen sürelerin tamamını değil, tesbiti istenen dönemde silah altında bulunan emsallerinin er olarak geçirdikleri muvazzaf askerlik süresi kadar olan kısmını borçlanabilirler.⁶⁴⁷

Öğretide bahsi geçen karar değerlendirilmiştir. Kararı isabetli bulmayan görüş düzenlemelerin amacından hareket etmiştir. Askerlik borçlanmasında amaç, çalışma çağındaki kişilerin askerlik nedeniyle sosyal sigortalardan mahrum kaldığı sürenin değerlendirilmesidir. Af Kanununun amacı ise kurumlarından uzaklaştırılan öğrencilerin eğitim süreleri nedeniyle muvazzaf askerlik hizmetinden muaf tutulmalarıdır. Askerlik borçlanması çalışma çağında, Af Kanunu eğitim çağında olanları kapsamına almaktadır. Muvazzaf askerlik hizmetini yapanların silah altında bulundukları süre, ancak

⁶⁴⁵ Y 10. HD, 4.6.1991, 4295/5777; Aslanköylü, s.1185 vd.

⁶⁴⁶ RG. 15.5.1974, S.1803.

⁶⁴⁷ Y 10. HD, 13.6.1991, 2889/6195, YKD, C. 17, S.9, Eylül 1991, s.1347-1349.

borçlanmayla telafi edilebilir. Kurumlarından çıkarılan öğrenciler ise ayrıca askerlik yapmayacakları için onlar yaşıtları silah altında iken herhangi bir işte çalışabilecek ve sigortalı olabilecektir. Dolayısıyla borçlanma ile telafisi gereken bir süreleri bulunmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın askeri okullardan ayrılan öğrencilerin borçlanma istemini emsallerinin süresi kadar kabul eden kararı dahi askerlik borçlanması düzenlemesinin amacıyla bağdaşmamaktadır.⁶⁴⁸

c) Hava değişiminde geçen sürelerin borçlanması

Askerlik borçlanmasında borçlanılabilecek süre, askerin sevk ve terhis günleri arasındaki tüm süredir.⁶⁴⁹ Yargıtay sosyal güvenliğe hâkim “sigortalı lehine yorum ilkesi” uyarınca, sigortalı ya da hak sahiplerinin, askerliğin başlangıcından terhise kadar geçen tüm fiili sürenin borçlanılabileceğini kabul etmiştir.⁶⁵⁰ Fiilen yapılan askerliğe ilişkin sürenin borçlanması esas olmakla birlikte sigortalının sevk ve terhis tarihleri arasında hava değişiminde geçirdiği sürelerin de borçlanılabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.

Yargıtay hava değişiminde geçen sürelerin borçlanılabileceğine dair kararlarında hava değişiminde geçen sürenin er olarak silah altında geçen süreye dahil edilip edilemeyeceği konusunu ele almıştır. Nitekim borçlanılabilecek süreler er veya erbaş olarak silâh altında geçen sürelerdir (m. 41/1,b). Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında kanun hükmünün konuluş amacına uygun bir yorum yapmak gerektiğini belirttikten sonra kanunun amacını askerlik nedeniyle çalışamayan sürelerin borçlanılmak suretiyle uzun vadeli sigorta kollarında değerlendirilmesi olarak tespit etmiştir. Karara göre hastalığı nedeniyle hava değişimi alan sigortalı bir işte çalışamayacaktır. Öte yandan hava değişimi süresinde sigortalının askerlikle ilişkisi kesilmemiş olduğuna göre hava değişiminde geçen süreler er olarak silah altında geçen süre olarak kabul edilmeli ve borçlanması mümkün olmalıdır.

⁶⁴⁸ Sözer, Değerlendirme 1991, s.170 vd.

⁶⁴⁹ Kılıçoğlu, s.127.

⁶⁵⁰ Y 10. HD, 06.05.2013, 6350/9255, UYAP Hâkim Portalı, 12.09.2013.

Kararda belirtildiği üzere er olarak silah altında geçen süreler ibaresinin sigortalı lehine olmak üzere geniş yorumlanması suretiyle bu sonuca ulaşılmıştır.⁶⁵¹ Yargıtay bahsi geçen kararında borçlanılabilecek hava değişimi süresi konusunda süre ayrımı yapmamıştır. Zira Yüksek Mahkemeye göre kanun metninde askerlikten sayılan sürelerin borçlanılabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığına göre askerlikten sayılmayan, ancak sigortalının bir işte hastalık nedeniyle çalışma olanağı bulunmayan hava değişimi süresinin borçlanması yasaklanmamıştır.

Ancak Yargıtay'ın hava değişimi süresinin borçlanılamayacağı yönünde bir kararı da mevcuttur. Yargıtay, 5434 sayılı Kanunun ek 8. maddesinde yer alan “muvazzaf ve ihtiyat askerlik hizmetlerinden hastalık ve cezai sebeple uzayan süreler için borçlanma yapılamaz” hükmü karşısında kanunkoyucunun hava değişimi süresinin borçlanılmasını amaçlamadığını ifade ederek hava değişimi süresinin borçlanması talebini kabul eden yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁶⁵²

Öğretideki bir görüş Yargıtay'ın hava değişimi süresinin borçlanılabileceğine ilişkin içtihadını isabetli bulmamaktadır. Bu görüşe göre; karara ekli karşı oy yazısında belirtildiği üzere 506 sayılı Kanunun 60/F maddesi ile askerlikte geçen ve zorunlu biçimde sigortalı olarak çalışılmayan sürelerin sigortalı hizmet biçiminde değerlendirilmektedir. Hava değişimi alan er bu süreyi evinde geçirmektedir ve herhangi bir işte çalışması mümkündür. Dolayısıyla bu süre fiilen silah altında geçirilmiş süre niteliğinde kabul edilemez. Bu sebeple 1111 sayılı Kanunda sadece üç aylık sürenin askerlikten sayılacağına dair hüküm yer almaktadır. Yargıtay görüşü doğrultusunda tüm hava değişimi süresinin borçlanılmasının mümkün olması kanunkoyucunun amacına aykırıdır. Zira kanunkoyucu askerlik süresinden daha uzun bir sürenin borçlanılmasını amaçlamamıştır.⁶⁵³ Askerlikten

⁶⁵¹ Y 10. HD, 11.4.1988, 2165/2355, Çakmak, 1398 vd.; Kılıçoğlu, s.131 vd.

⁶⁵² Y 10. HD, 24.12.1998, 8795/9290, Kılıçoğlu, s.138 vd.

⁶⁵³ Yürekli, Askerlik Kavramı, s.527.

sayılmayan süre içinde kişinin silah altında bulunduğunun kabulü mümkün olmadığından bu süre borçlanmaya esas alınamaz.⁶⁵⁴

1111 sayılı Askerlik Kanununun 78. maddesine göre hava değişimi süresinin üç aya kadar (dahil) olan kısmı muvazzaf hizmetlerinden sayılır. Yüksek mahkeme de daha sonraki tarihli kararlarında hava değişimi süresinin üç ayının askerlikten sayılması hükmü karşısında üç aylık sürenin borçlanılabileceğine hükmetmiştir. Buna göre askerlik borçlanmasından yararlanmanın koşullarından biri askerlik yapma olgusunun gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak 1111 sayılı Kanununun 78. maddesi de göz önünde tutulduğunda sigortalıların fiilen silah altında geçmese bile hava değişimi aldıkları sürelerden üç ayının muvazzaf askerlikten sayılması nedeniyle bu sürenin de askerlik süresi olarak kabulü gerekir ve borçlanması mümkündür.⁶⁵⁵

d) Bedelli askerlik süresinin borçlanması

Askerlik borçlanmasında yargı kararlarına konu olan uyuşmazlıklardan biri bedelli askerlik süresinin borçlanılmasının mümkün olup olmadığıdır. Yargıtay askerliklerini bedelli olarak yapanların eylemli olarak askerlik yapmamış olmaları sebebiyle bedelli askerlik sürelerini borçlanabilmelerinin mümkün olmadığına karar vermiştir.⁶⁵⁶ Bedelli askerlik süresine ilişkin karar yurt dışında bedelli askerlik yapan sigortalıların borçlanma işlemlerine ilişkin olarak verilmiştir. Ancak bu konudaki karar Türkiye'de bedelli askerlik yapan sigortalılar için de geçerlidir.

Askerlik borçlanması kurumunda amaç fiilen askerlik yapıyor olması sebebiyle çalışma imkânı olmayan sigortalıya borçlanma yoluyla askerlik süresini sosyal güvenlik açısından değerlendirmesini sağlamaktır. Oysaki bedelli askerlik süresinde kişi fiilen askerde olmadığı için çalışabilir durumdadır. Bu sebeple çalışmaması dolayısıyla borçlanılabilecek söz konusu değildir. Aksi halde bedelli askerlik süresi döneminde gerçekleştirilen

⁶⁵⁴ Aslanköylü, s.1173.

⁶⁵⁵ Y 10. HD, 17.10.2000, 6463/6350; Aslanköylü s.1183 vd.; Kılıçoğlu, s.136 vd.

⁶⁵⁶ Y 10. HD, 3.3.1988, 1112/1174, YKD, C.14, S.6, Haziran 1988, s.795-796; Aslanköylü, s.1186; Çakmak, s.1398.

Çalışma süresi iki kez değerlendirilmiş olur ki bu da kanunun amacı ile bağdaşmaz.⁶⁵⁷ Ancak bedelli askerlik hizmetinde zorunlu eğitim aşaması söz konusu ise bu durumda sigortalının çalışması mümkün olmadığı için bu sürenin borçlanılabilmesi mümkün olmalıdır.⁶⁵⁸

e) Kamu kurumlarında görev şeklinde yerine getirilen askerlik süresinin borçlanması

Askerlik hizmeti 1111 sayılı Kanun gereğince kamu kurumlarında görev şeklinde yerine getirilerek geçirilmişse temel askerlik eğitim süresi borçlanılabilir. Kamu kurumlarında çalışılarak geçirilen sürelerin borçlanılabilmesi için bu sürenin sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmaksızın geçirilmiş olması gerekir.⁶⁵⁹

f) Firar süresi

Er ve erbaşlar silah altında geçen sürelerini, yedek subay okulu öğrencileri de okulda geçen süreleri borçlanabilecekleri için adı geçen kişilerin firar etmeleri hâlinde firar süresini borçlanabilmeleri mümkün değildir. Zira firar süresi askerlikten sayılmaz. Ayrıca vatani görevden kaanlara borçlanma hakkı tanınması da onları ödüllendirmek anlamına gelir.⁶⁶⁰

g) Yurt dışında çalışan kişilerin askerlik borçlanması

Yurt dışında çalışan işçilerimizin sosyal güvenliklerinin sağlanması ve yurt dışındaki çalışma sürelerinin Türkiye'de sigortalılık süresinden sayılması amacıyla çeşitli ülkelerle sosyal güvenlik sözleşmeleri yapılmaktadır. Böylece yurt dışında çalışan işçilerin çalışmaları sigortalılık niteliği bakımından yurt içinde geçen çalışmalarla eş değerde olmaktadır⁶⁶¹ ve söz konusu kişiler 5510 sayılı Kanun anlamında sigortalı sıfatına sahip olmaktadırlar. Bu

⁶⁵⁷ Yürekli, Askerlik Kavramı, s.527 vd.

⁶⁵⁸ Yürekli, Askerlik Kavramı, s.533.

⁶⁵⁹ Yürekli, Askerlik Kavramı, s.528.

⁶⁶⁰ Aslanköylü, s.1173.

⁶⁶¹ Yürekli, Askerlik Kavramı, s.532.

durumda sosyal güvenlik sözleşmesi yapılan ülkelerde çalışan Türk işçileri ve ölümleri halinde hak sahipleri askerlik borçlanması yapabilirler. Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmamış ülkelerde çalışan sigortalıların askerlik süresini borçlanma hakları mevcut olduğu gibi, yurt dışında çalışmakta iken ölen sigortalıların hak sahipleri de borçlanma hakkına sahiptir.⁶⁶²

Burada dikkat edilecek konu yurt dışında çalışan işçilerin askerlik hizmetini bedelli olarak yapmaları halinde bu sürenin borçlanılıp borçlanılmayacağıdır. Konu ile ilgili olarak Bağ-Kur Kanunu açısından gündeme gelen bir olayda Yargıtay, askerlik borçlanmasına ilişkin düzenlemenin amacının askerlikte geçen ve bu nedenle eylemli olarak kişiyi sigortalı hizmetten alıkoyan bu sürelerin sosyal güvenlik açısından değerlendirilmesi olmasından ötürü eylemli bulunmayan bedelli askerlik süresinin borçlanılamayacağına hükmetmiştir.⁶⁶³

h) Göçmen vatandaşların askerlik borçlanması

Yurt dışında askerliğini yaptıktan sonra Türkiye'ye göçmen olarak gelen ve Türk vatandaşlığına alınan kimselerin yurt dışında geçen askerlik sürelerini Türkiye'de borçlanıp borçlanamayacakları uygulamada sorunlara yol açmıştır. Sosyal Sigortalar Kurumu başlangıçta göçmen işçilerin borçlanma taleplerini askerliklerini yabancı ülke vatandaşlığı altında ve yabancı ülke ordusunda yaptıkları gerekçesiyle reddetmiştir. Kurumun bu tutumu uyuşmazlığı yargıya taşımıştır. Yargıtay'ın göçmen işçilerin yurt dışındaki askerlik sürelerini borçlanabileceklerine hükmetmesi karşısında Kurum da görüş değiştirerek borçlanma taleplerini kabul etmeye başlamış ve konuyla ilgili genelgeler de yargı kararlarına paralel biçimde düzenlenmiştir.⁶⁶⁴

⁶⁶² Y 10. HD, 7.5.1985, 2060/2899, Aslanköylü, s.1186 vd.; Çakmak, s.1392 vd. <http://www.kararevi.com/karars/85857>, 11.11.2013.

⁶⁶³ Y 10. HD, 3.3.1988, 1112/1174, YKD, C.14, S.6, Haziran 1988, s.795-796. Aynı kararın incelemesi için bkz. Okur, Göçmen Vatandaşların Askerlik Borçlanması, s.84 vd.; Yürekli, Askerlik Kavramı, s.533.

⁶⁶⁴ 30.11.1987 tarihli 12 -3 Ek Genelge.

Yargıtay muhacir olarak gelip Türk vatandaşlığına alınanların yurt dışındaki askerliklerini borçlanabileceklerini kabul etmektedir.⁶⁶⁵ Yüksek Mahkeme Bulgaristan'daki askerlik süresinin borçlanma talebinin reddi üzerine açılan bir davada, mahkemenin talebi reddeden kararını bozmuştur. Yargıtay 10.Hukuk Dairesi anılan kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

“Davacı Türk vatandaşı bulunduğu göre vatandaşlara tanınan tüm sosyal sigorta haklarından ve bu arada askerlik borçlanmasından yararlandırılması doğal karşılanmalıdır. Anılan 60'ncı maddenin F fıkrası (şimdi m. 41/I-b) amacına uygun biçimde yorumlandığında, muhacir olarak gelip Türk vatandaşlığına alınanların geldikleri ülkedeki askerlik hizmetlerinin kabul edilerek yeniden askerlik yaptırılmaması⁶⁶⁶ olgusu da göz önünde tutulduğunda yurt dışındaki askerlik sürelerini borçlanabilecekleri sonucuna varmak gerekir. Ters bir düşüncenin kabulünün ise aynı ülkenin vatandaşları arasında eşitsizliğe neden olacağı açıktır. Mültecilerin hukuki durumuna ait sözleşmenin onaylanması hakkında 29.8.1961 tarih ve 359 sayılı Yasanın 23 üncü maddesi vatandaşlara yapılan sosyal yardımların mültecilere de yapılacağını, 24 üncü maddesi, İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunundan doğan birçok hakların kendilerine verileceğini hükme bağlamaktadır. Anılan sözleşmede askerlik borçlanması ile ilgili açık bir hüküm yoksa da askerlikte geçen sürenin borçlanması hakkının Sosyal Güvenlik haklarından bulunduğu tartışmasızdır. Mültecilere tanınan hakların Türk vatandaşlığını kazanmış Türk asıllı muhacirlere tanınmamasının hukuk mantığı ile açıklanması mümkün değildir. Bu nedenlerle, mahkemenin anılan 60. maddenin F fıkrasını aksine yorumlayarak davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”⁶⁶⁷

5510 sayılı Kanundaki askerlik borçlanması düzenlemesi tüm sigortalılar için düzenlenmiştir. Ancak 5510 sayılı Kanun öncesinde askerlik

⁶⁶⁵ Y 10. HD, 28.12.1982, 5371/6029, Aslanköylü, s.1187 vd.; Çakmak, s.1381 vd.

⁶⁶⁶ “Eski memleketlerinde askerlik ettiklerini veya bunun yerine bedel verdiklerini tevsik edenler tekrar muvazzaf hizmete tabi tutulmayıp yaşitları yerli erbaş ve er ile yedeğe geçirilirler.” (5543 sayılı İskan Kanunu m. 37, 1111 sayılı Askerlik Kanunu m. 2; mülga 2510 sayılı İskan Kanunu, m. 38).

⁶⁶⁷ Y 10. HD, 19.11.1985, 6086/6359, Çakmak, s.1395 vd. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 28.12.1982, 5371/6099; Y 10 HD, 27.1.1987, 211/260, Okur, Göçmen Vatandaşların Askerlik Borçlanması, s.80.

borçlanması yukarıda da ifade edildiği üzere üç farklı kanunda düzenlenmişti. Muhacirlerin 506 sayılı Kanundaki düzenlemeden yararlanabileceğine ilişkin yargı kararları yukarıda belirtildi. Ayrıca bu konu geçmiş dönemlerde kamu görevlileri ve bağımsız çalışanlar için de tartışma konusu olmuştur. Günümüzde de tüm sigortalılar açısından durumun değerlendirilebilmesi için geçmiş dönemlerde Emekli Sandığı Kanunu ve Bağ-Kur Kanunu bağlamında da muhacirlerin durumuna bakılması gerekmektedir.

Emekli Sandığı başlangıçta yurt dışında yapılan askerliğe ilişkin sürelerin borçlanılmasını askerliğin Türk vatandaşı olarak Türk ordusunda yapılmamış olması sebebiyle kabul etmemiştir. Danıştay ise Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle Türk vatandaşlığına alınıp T.C. Emekli Sandığına iştirakçi olan kimselerin Türk vatandaşlığına kabullerinden önce geçmiş ve borçlanma hükümleri kapsamında bulunan askerlik hizmeti sürelerinin borçlanılabileceğine hükmetmiştir.⁶⁶⁸ Danıştay'a göre; borçlanmaya ilişkin düzenlemelerde askerlik hizmetinin Türk vatandaşlığında geçmiş olması şartı aranmadığı ve Türk uyruğunda bulunma koşulunun sadece iştirakçiliğin bir şartı olarak öngörülmesinden dolayı yurt dışındaki askerlik süresinin borçlandırılmaması kanuna aykırı olduğu gibi hak ve nesafet kuralları ile de bağdaşmaz. Emekli Sandığı ise bu içtihada rağmen uygulamasını değiştirmemiş ve muhacirlerin borçlanma taleplerini reddetmiştir. Konu nihayet Ankara 6. İdare Mahkemesinin 11.10.1991 tarihli kararı⁶⁶⁹ ile olumlu sonuçlanmıştır. Mahkeme bu kararında Türk vatandaşlığına alınan kimsenin askerlik borçlanmasından yararlandırılmasını eşitlik ilkesinin bir gereği olarak kabul etmiş olup söz konusu kişilere tekrar askerlik yaptırılmamasını da göz önünde tutarak yurt dışındaki askerlik süresinin borçlanılabileceğine hükmetmiştir.

Bağ-Kur Kanunu kapsamında askerlik süresini borçlanmak isteyen muhacirlerin talepleri de başlangıçta Bağ-Kur tarafından askerliğin yurt

⁶⁶⁸ D İBK, 29.12.1983, 3 /12, RG. 17.05.1984, S.18404, s.14-17.

⁶⁶⁹ Ankara 6. İdare Mahkemesi, 11.10.1991, 1988/532, 1991/1606 , Okur, Göçmen Vatandaşların Askerlik Borçlanması, s.82 vd.

dışında yapılmış olması nedeniyle reddedilmiştir.⁶⁷⁰ Konu Yargıtay'ın bedelli askerlik süresinin borçlanılmasını kabul etmeyen 3.3.1988 tarihli kararında⁶⁷¹ ifadesini bulmuştur. Yargıtay bu kararında sonradan Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin yurt dışında geçen askerlik sürelerinin borçlanılmasının mümkün olduğu yolundaki hukuki ilkedden bahsetmek suretiyle Bağ-Kur Kanunu açısından da askerlik süresinin borçlanılabileceğini belirtmiştir.

Yürürlükte bulunan 2008/111 sayılı Genelgeye göre; Türk vatandaşlığına alınanlardan vatandaşlığa alındıkları tarihte 22 yaşını doldurmuş olanlardan geldikleri ülkelerde yaptıkları askerlik sürelerini belgeleyenler belgede kayıtlı süreyi, belgede kayıtlı sürenin olmaması veya Türkiye'deki emsallerinin yaptığı askerlik süresinden fazla olması hallerinde emsalleri kadar borçlandırılacaklardır.

Göçmen olarak ülkemize gelen ve Türk vatandaşlığına alınan sigortalıların yurt dışında yaptığı askerlik hizmetine ilişkin süreyi borçlanmaları konusunda tartışma konusu olan husus borçlanma hakkından yararlanabilmek için askerlik hizmetinin Türkiye'de yapılmış olması şartının aranıp aranmayacağıdır. 5510 sayılı Kanunun 41. Maddesinin 1. Fıkrasının (b) bendinde (506 sayılı Kanun m. 60/F, 5434 sayılı Kanun m. 8, 1479 sayılı Kanun ek m. 9) askerlik hizmetinin Türkiye'de yapılmış olması şartı aranmamaktadır. Esas olan askerlik hizmetinin yerine getirilmiş olmasıdır. Yurt dışında askerlik hizmetini yapan muhacirlerin bu hizmetleri kabul edilmekte olup Türkiye'de tekrar askerlik hizmetini yapmaları da gerekmemektedir. Eski memleketlerinde askerlik ettiklerini veya bunun yerine bedel verdiklerini tevsik edenler tekrar muvazzaf hizmete tabi tutulmayıp yaşlıları yerli erbaş ve er ile yedeğe geçirilirler (m. 2/9). Ayrıca bu husus 2510 sayılı İskan Kanunu'nun⁶⁷² 38/F maddesinde de yer almıştır. Buna göre; eski memleketlerinde askerlik ettikleri veya bunun yerine bedel verdiklerini tevsik edenler tekrar muvazzaf hizmete tabi tutulmayıp yaşlıları yerli efradıyla ihtiyata geçirilirler. Öte yandan Yargıtay kararında da belirtilen

⁶⁷⁰ Okur, Göçmen Vatandaşların Askerlik Borçlanması, s.84.

⁶⁷¹ Y 10. HD, 3.3.1988, 1112/5174, YKD, C.14, S.6, Haziran 1988, s.795-796.

⁶⁷² RG. 21.6.1934, S.2733

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme gereğince de muhacirlerin sosyal güvenlik mevzuatında yer alan haklardan faydalanması gerekmektedir.

Askerliğini yurt dışında yapmış olan Türk vatandaşı bir kimsenin vatandaşlara tanınan haklardan sırf askerliğini Türkiye dışında bir ülkede yapmış olması sebebiyle askerlik süresini sosyal güvenlik hakları bağlamında değerlendirme imkânından yoksun olmaları uluslar arası anlaşmalara aykırı olduğu gibi vatandaşlar arasında eşitsizliğe de neden olur. Bu sebeplerle askerlik hizmetini yurt dışında yerine getirmiş olan Türk vatandaşlarının askerlik borçlanması imkânından yararlandırılması gerektiği görüşü eşitlik ilkesi ve hak ve nesafet kurallarının gereğinin yerine getirilmesinden bahisle bizce de isabetlidir.

4. Askerlik Borçlanmasının Kıdem Tazminatı ile İlişkisi

Kıdem tazminatı, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilen asgari bir çalışma süresini dolduran işçinin iş akdinin yine yasada sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işçiye (veya mirasçılara) kıdemi ve ücreti dikkate alınarak işverence yapılması gereken bir miktar ödemedir. Kıdem tazminatı iş akdinin sona erdiği her durumda değil, kanunda öngörülen hallerde belirli bir kıdeme sahip olan işçilere kıdemleri oranında ve son ücretleri göz önünde tutularak ödenir.⁶⁷³

Hukukumuzda kıdem tazminatı 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesine göre; 25.8.1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme gereğince de kıdem tazminatı hakkında 1475 sayılı İş Kanunu uygulanmaktadır.

Kıdem tazminatının ödenmesinde işçinin kıdem süresi esas alındığı için bu sürenin hesaplanması gerekir. Kıdem süresinin ne şekilde hesaplanacağı 14. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına

⁶⁷³ Süzek, İş Hukuku, s.679.

bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır (m. 14/2).

Kıdem tazminatının hesabında hizmet sürelerinin birleştirilebilmesi için işçinin fasılalı da olsa aynı işverenin emir ve otoritesi altında çalışması ya da işverenler değişse dahi aynı işyerinde çalışmasını sürdürmesi gerekir. Buna göre hukukumuzda hem işverenin hem işyerinin değiştiği hallerde, kural olarak, kıdem sürelerinin birleştirilmesi mümkün değildir. Ancak değişik kamu kuruluşları işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi imkânı ile bu kurala bir istisna getirilmiştir.⁶⁷⁴ Şöyle ki 14. maddeye göre; T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir. Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz (m. 14/4,5).

Söz konusu istisna hüküm askerlik borçlanması kıdem tazminatı ile ilişkisi bağlamında önem arz etmektedir. Nitekim Yargıtay içtihadı doğrultusunda, kamu kuruluşunda iş akdi ile çalışıp yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanmak sebebiyle iş akdinin feshi hâlinde kıdem süresine askerlik borçlanmasına esas süre de eklenerek kıdem tazminatı ödenmektedir.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ Süzek, İş Hukuku, s.705.

⁶⁷⁵ Günay, Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi, s.108.

Borçlanılan askerlik sürelerini “*aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet süreleri*” içerisinde değerlendiren ⁶⁷⁶ Yargıtay, 506 ve 5434 sayılı Kanunlara istinaden borçlanılan askerlik sürelerinin aylık ve ikramiye bakımından değerlendirilmesine olanak veren maddelerini de göz önünde bulundurarak hizmetlerin birleştirilmesi suretiyle 506 sayılı Kanuna göre yaşlılık aylığı almaya hak kazanan işçinin kıdem süresinin hesabında 14. maddenin 4. fıkrasında belirtilen tüm koşulların gerçekleşmesi durumunda borçlanılan askerlik süresinin de dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir.

5434 sayılı Kanunun 89. maddesine göre emekli, adi malûllük veya vazife malûllüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan; asker, sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için, aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir. Er olarak silah altına alınan iştirakçilerin eksik aylık veya ücret almak suretiyle geçen müddetleri bu aylık veya ücretlerinin tamamı üzerinden kesenek ve karşılıkları alınmak suretiyle, fiili hizmet müddeti sayılır (m. 31/8). Muvazzaf ve ihtiyat askerlikte er olarak geçen süreleri ve 1/1/1950 tarihinden sonra yedek subay okulunda öğrenci olarak geçen süreleri borçlandırılmak suretiyle fiili hizmet sürelerine eklenir (ek madde 8/1). Söz konusu düzenlemelerin birlikte yorumlanmasından çıkan sonuç; 5434 sayılı Kanuna tabi memurun borçlandığı askerlik süresinin emekli ikramiyesinde göz önünde bulundurulduğudur. Yargıtay bu sonuçtan hareketle kamu kuruluşlarından emekli olmak suretiyle ayrılan işçinin de borçlandığı askerlik süresinin kıdem tazminatında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak bunun için kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekir.

⁶⁷⁶ Y 9. HD, 3.6.1991, 1786/9198, Günay, Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi, s.116, dn. 31.

a) Askerlik borçlanması bağlamında madde 14/4'ün uygulanma şartları

aa) Hizmet sürelerinin kamu kuruluşlarında geçmiş olması

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/4. maddesi, hizmetlerin kıdem tazminatına esas olmak üzere birleştirilmesini T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetler için öngörmüştür. Bir diğer ifade ile birleştirilecek hizmet sürelerinin kamu kuruluşlarında geçirilmiş olması gerekir. Kanunda belirtilen nitelikte bulunmayan kamu kuruluşu veya özel sektör işverenlerine ait işyerlerinde geçmiş çalışmaların birleştirilebilmesi mümkün değildir.⁶⁷⁷ Kamu kuruluşları deyimi de genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar (m. 14/7).

Askerlik süresinin kıdem tazminatına esas alınabilmesi için de işçinin son çalıştığı işyerinin kamu kuruluşu niteliğinde olması gerekir. Yargıtay işçinin emekli olduğu son işyerinin özel kuruluşa ait olması halinde borçlanılan askerlik süresini kıdem tazminatına esas süreden saymamaktadır.⁶⁷⁸ Dolayısıyla işçinin hizmetlerinin birleştirilebilmesi için tüm hizmetlerinin kanunda belirtilen kamu kuruluşlarında geçmiş olması zorunlu olup, anılan nitelikte bulunmayan kamu kuruluşlarında veya özel sektör işverenlerine ait işyerlerinde geçmiş çalışmaların sözleşme ile öngörülse bile birleştirilmesi mümkün değildir.⁶⁷⁹ Hatta Yargıtay kamu kuruluşu niteliği değiştirilen bir işyerinde daha önce memur ve sözleşmeli personel statüsünde geçen hizmetlerin de birleştirilemeyeceği görüşündedir.⁶⁸⁰ Buna göre malullük, yaşlılık aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla iş akdi sona eren işçi özel kesim işyerinde çalışıyor ise askerlik borçlanması kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacak, ancak işçi kamu kesiminde

⁶⁷⁷ Y 9. HD, 17.10.1996, 7836/18996, Topaloğlu-Camkurt, s.73, dn. 177.

⁶⁷⁸ Y 9. HD, 9.3.1989, 12571/2176, YKD, C.15, S.10, Ekim 1989, s. 1415. Aynı yönde bkz. Y 9. HD, 07.02.1991, 1294/1374, Topaloğlu-Camkurt, s.72, dn. 174.

⁶⁷⁹ Y 9. HD, 07.10.1996, 7836 /18996 , Topaloğlu, s.73, dn. 177.

⁶⁸⁰ Y 9. HD, 28.11.1991, 10506/ 15038, Topaloğlu-Camkurt, s.73, dn. 177.

alışıyor ise bu süreler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınacaktır. Yargıtay'ın kamu ve özel kesim işçileri arasında yerinde olmayan bir ayırım yaptığı öğretide savunulmaktadır.⁶⁸¹ Fakat Yargıtay'ın geçmişte kamu kuruluşu ve özel kuruluş işçileri arasında ayırım yapılmaksızın askerlik borçlanma süresinin kıdem süresinden sayılacağına dair kararları da vardır.⁶⁸²

bb) iş akdinin yaşlılık veya malûllük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla feshedilmiş bulunması

Kamu kuruluşlarında geçen çalışmaların kıdem tazminatının belirlenmesine esas hizmet süresi yönünden birleştirilebilmesi için, hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi gerekmektedir. Ancak bu durum kıdem tazminatına hak kazandıran tüm durumlarda söz konusu olmaz. 14/4. Maddeye göre; değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin kıdem tazminatı hesabında birleştirilmesi, hizmet akdinin yaşlılık veya malûllük ya da toptan ödemeye hak kazanılması suretiyle feshi hali ile sınırlıdır. 1475 sayılı iş Kanununun 14/4. maddesi uyarınca, borçlanılan askerlik hizmetinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınabilmesi için de iş akdinin, yaşlılık veya malûllük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla feshedilmiş bulunması gerekir. Bir diğer ifade ile işçinin yaşlılık veya malûllük ya da toptan ödemeye hak kazanması sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi dışında hizmet akdinin işveren tarafından kıdem tazminatına hak kazandıran diğer sebeplerden biriyle sona erdirilmesi halinde borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamaz.⁶⁸³

Yargıtay işçinin emeklilik süresinin dolması nedeniyle yaşlılık aylığı almaya hak kazandığı belirtilerek ihbar neline ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin kamu işvereni tarafından feshedilmesi halinde işçinin borçlandığı askerlik süresinin kıdem süresine dahil edileceğini kabul

⁶⁸¹ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.11.

⁶⁸² Y 9. HD, 26.1.1984, 1983/9965 , 1984/500, Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.11, dn. 30.

⁶⁸³ Y 9. HD, 14.9.1993, 12642/13372; Y 9. HD, 26.10.1993, 14550/15278; Y 9. HD, 7.12.1993, 7946/18115, Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.11, dn. 28.

etmiştir.⁶⁸⁴ Ancak daha sonra görüş değişikliğine gidilerek bu durumda borçlanılan askerlik süresinin kıdem süresine dahil edilemeyeceği kabul edilmiştir.⁶⁸⁵ Çünkü yaşlılık veya malullük ya da toptan ödemeye hak kazanan işçinin kamu kuruluşunca işten çıkarılmasından sonra işçinin askerlik borçlanmasının kıdem süresine dahil edilmesi bağlamında sosyal güvenlikle ilgili bir talepte bulunması mümkün değildir. Ayrıca fesih hakkı bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması olup karşı tarafa, yani işçiye ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Daha sonra işçinin yaşlılık aylığı talebinde bulunması fesih hakkında 14/4 madde hükmünün uygulanmasını gerektirmez.

cc) Son kamu kuruluşundaki çalışmanın işçi statüsünde geçmiş olması

Kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilebilmesi için son kamu kuruluşundaki çalışmanın işçi statüsünde geçmiş olması gerekir. Bununla beraber daha önce değişik kamu kuruluşlarında memurlukta geçirilen sürelerin kıdem hesabında dikkate alınıp alınmayacağı yönünde öğretide değişik görüşler⁶⁸⁶ söz konusudur. Öğretideki bir görüşe göre, 14/4. madde uyarınca kıdem tazminatına esas alınacak süreler daha önceki kamu kuruluşlarında işçi olarak geçirilen sürelerdir. Bir diğer görüşe göre ise daha önce memur olarak geçirilen sürelerin de kıdeme dâhil edilmesi gerekir. Zira 14/4. maddede “T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa...tabi olarak...geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi” nden söz edilmektedir. Hükümde herhangi bir ayrıma yer verilmeksizin tüm hizmet sürelerinin toplamından bahsedilmektedir. Ayrıca işçi lehine yorum ilkesi de gereği yapılan yorum da bizi bu sonuca ulaştırır.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ Y 9. HD, 19.10.1992, 9012/11484, Günay, Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi, s.118, dn 42; Y 9. HD, 26.1.1993, 1992/12086 , 1993/962 K., Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.11, dn. 27.

⁶⁸⁵ Y 9. HD, 1.7.1993, 9835/11438, Günay, Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi, s.119, dn. 43.

⁶⁸⁶ Süzek, İş Hukuku, dipnot 78’de belirtilen yazarlar, s.707, dn. 78.

⁶⁸⁷ Süzek, İş Hukuku, s.707.

Yargıtay önceleri memurlukta geçen sürelerin birleştirilemeyeceğini kabul etmiş iken ⁶⁸⁸ daha sonraki tarihli kararlarında T.C. Emekli Sandığı'na emeklilik ikramiyesi ödenmemiş olmak kaydıyla ⁶⁸⁹ memur veya sözleşmeli personel olarak geçen sürelerin de birleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. ⁶⁹⁰

dd) Önceki hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermiş olması

Önceki hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde (14/1. maddede öngörülen hâller) sona ermiş olması gerekmektedir. Nitekim 14/5. maddede işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, önceki hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erip ermediği araştırılmalıdır. ⁶⁹¹

Yargıtay borçlanılan askerlik hizmetinin iş ilişkisi kurulmadan önce yapılması hâlinde bu dönemde taraflar arasında kıdem tazminatı hakkını doğuracak hizmet ilişkisi var olmadığından borçlanılan sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağına hükmetmiştir. ⁶⁹² Ancak daha sonra askerlik hizmetinin iş ilişkisinin kurulmasından önce veya sonra yapılmış olmasına bakılmaksızın borçlanılan askerlik sürelerinin kıdem tazminatında dikkate alınacağına karar vermiştir. ⁶⁹³ O hâlde borçlanılan askerlik süresi, iş sözleşmesinden önceki süre içinde olsa da kıdem tazminatının hesabında dikkate alınır. ⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ Y 9.HD, .01.02.1977, 288/2106, Akan, s.45, dn. 45.

⁶⁸⁹ Y 9. HD, 8.4.2003, 21830/594, Süzek, İş Hukuku, s.707, dn. 81.

⁶⁹⁰ Y 9. HD, 1.2.1983, 9941/527, YKD, C.9, S.6, Haziran 1983, s.852.

⁶⁹¹ Y 9. HD, 06.10.2003, 13019 /16252, www.kazanci.com, 12.12.2011.

⁶⁹² Y 9. HD, 26.6.1984, 5726/7112, Uşan, Kıdem Tazminatı, s.255, dn. 23; Y 9. HD, 26.6.1984, 5722/7108, Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.11, dn. 31.

⁶⁹³ Y 9. HD, 23.11.1984, 10089/10237, Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.12, dn. 33 .

⁶⁹⁴ Y HGK, 29.1.1986, 1985/9-277, 1986/62, Uşan, Kıdem Tazminatı, s.256, dn. 24.

ee) Öğretideki görüşler

Yargıtay 14/4. maddede belirtilen tüm şartların gerçekleşmesi hâlinde değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin yanında işçinin borçlandığı muvazzaf askerlik süresinin de kıdeme dahil olacağını kabul etmektedir. Bir diğer ifade ile işçinin muvazzaf askerlik döneminde kamu kuruluşu ile arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamasına karşı sigortalılık süresinden saydırmak amacıyla borçlandığı bu süre kamu kuruluşunda çalışmış gibi kıdem hesabında dikkate alınacaktır.⁶⁹⁵

Yargıtay'ın bu içtihadı öğretide eleştirilmektedir.⁶⁹⁶ Öğretiye göre askerlik borçlanması ve kıdem tazminatı birbirinden farklı kurumlardır. Muvazzaf askerlik süresinin borçlanması sadece sosyal güvenlik hukuku açısından hukuki sonuç doğurur. Bu sürelerin kıdem süresine dâhil edilmesi 14. maddeye aykırı olduğu gibi askerlik borçlanmasına ilişkin kanuni düzenlemenin amacını da aşmaktadır. 14. maddenin uygulanabilmesi için kamu kuruluşlarında hizmet sürelerini geçirmiş olmak bir diğer deyişle çalışmış olmak koşulu aranır. Oysaki borçlanılan dönemde taraflar arasında kıdem tazminatı hakkını doğuracak hizmet ilişkisinden söz edilemez. Bu süre içinde işveren işçiyi istihdam etmemiş, ondan faydalanmamış, işçi de işveren için bir değer üretmemiştir. Bu sebeple askerlik borçlanmasının kıdem tazminatının hesabında dikkate alınması ve işverenin askerlik süresi içinde işçiyi çalıştırmış ve onun emeğinden faydalanmış gibi sorumlu tutulması mümkün değildir. Ayrıca iş akdinin hukuken devam ettiği askı sürelerini işçinin kıdeminden saymayan Yargıtay'ın iş ilişkisinin devamının bile söz konusu olmadığı borçlanılan muvazzaf askerlik dönemini kıdem tazminatında dikkate alması çelişki niteliği taşımaktadır.⁶⁹⁷ Askerlik borçlanmasının kıdem tazminatı açısından dikkate alınmaması gerektiği Yargıtay kararlarında yer alan karşı oy yazılarında da belirtilmektedir.⁶⁹⁸

⁶⁹⁵ Süzek, İş Hukuku, s.708 vd.

⁶⁹⁶ Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.12; Uşan, Kıdem Tazminatı, s.252 vd.

⁶⁹⁷ Süzek, İş Hukuku, s.709.

⁶⁹⁸ Y 9. HD, 12.03.1996, 1995/31134, 1996/5263, Uşan, Kıdem Tazminatı, s.253, dn. 17.

Anayasanın eşitlik ilkesi nazara alındığında 5434 sayılı Kanuna tabi memurun 5434 sayılı Kanuna göre borçlandığı askerlik süresinin emekli ikramiyesinde göz önüne alınmasına karşılık kamu kuruluşlarından emekli olmak amacıyla ayrılan işçinin de 506 sayılı Kanuna göre borçlandığı askerlik süresinin kıdem tazminatında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak kıdem tazminatı ve emekli ikramiyesi kurumlarının nitelik itibariyle birbirinden farklı olması sebebiyle bu görüşe katılmak zordur. Kıdem tazminatı emeklilik ikramiyesi değildir. Dolayısıyla birbirinden farklı olan iki kurumun hüküm ve sonuçları itibariyle birlikte değerlendirilmesi mümkün değildir.⁶⁹⁹

Diğer yandan Yargıtay'ın askerlik hizmetini “aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet” niteliğinde kabul ettiği görüşüne de katılmak zordur. Çünkü askerlik süresi içerisinde kamu kuruluşunda geçen bir hizmet süresinden söz edilemez. Bu dönemde işveren kamu kuruluşu ve işçi arasında iş ilişkisi yoktur. İş ilişkisi söz konusu olmadığı içindir ki primi ödenmeyen bu sürenin borçlanılmak suretiyle sigortalılık hizmet süresinden sayılması imkânı getirilmiştir. İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dâhilinde verilen toplu paraya “kıdem tazminatı” denilmektedir.⁷⁰⁰ Bu tanımdan anlaşılacağı üzere kıdem tazminatı işçinin işverene sunduğu hizmeti karşılığında ödenen bir miktar paradır. Askerlik süresinde işçinin işverene sunduğu bir hizmeti olmadığı için Yargıtay'ın içtihadını isabetli bulmayan öğretiy görüşüne biz de katılıyoruz.

b) Hak sahipleri açısından borçlanılan askerlik süresinin kıdem hesabında dikkate alınması

Yargı kararlarına konu olan bir diğer husus hak sahipleri açısından borçlanılan askerlik süresinin kıdem hesabında dikkate alınıp alınamayacağıdır.

⁶⁹⁹ Günay, Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi, s.116.

⁷⁰⁰ Y HGK, 25.11.2009, 9-469/570, www.kazanci.com, 12.12.2011.

5510 sayılı Kanuna göre hak sahipleri askerlik borçlanması talebinde bulunabilirler. Yargıtay ilk zamanlarda hak sahipleri açısından işçinin borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmasının mümkün olmadığı yönünde kararlar vermiştir. Yargıtay'a göre borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınabilmesi için iş akdinin yaşlılık, malullük aylığı veya toptan ödemeye hak kazanılması sebebiyle feshedilmiş olması gerekir. 14/4. maddede ölüm hâli öngörülmüş değildir. Bu durumda ölüm sebebiyle iş sözleşmesi sona eren işçinin kıdem tazminatı hesabında askerlik borçlanması dikkate alınmaz. Yargıtay burada askerlik borçlanmasının işçinin sağlığında bizzat işçinin kendisi tarafından yapılmasını aramıştır. Bir diğer ifade ile borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatında dikkate alınabilmesi için işçinin iş ilişkisi devam ederken askerlik borçlanmasını yapmış olması gerekir. Sigortalı ölmenden önce uygun süre içerisinde, olanaksızlık durumu bulunmamak koşuluyla, askerlik sürelerini borçlanmak için Kuruma başvurmamışsa hak sahiplerinin askerlik borçlanmasından yararlanmalarına imkân yoktur.⁷⁰¹

Hak sahiplerinin ölen işçinin borçlanılan askerlik süresi için kıdem tazminatı isteyememesi 9.6 2004 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına⁷⁰² kadar devam etmiştir. Karara konu olayda 1969-1970 yılları arasında askerlik hizmetini yapan işçi askerlikte geçen bu süreyi borçlanarak, borçlanma tutarını 28.12.1989 tarihinde Kuruma ödemiştir. 24.5.1996 tarihi itibarıyla yaşlılık aylığına hak kazanan işçinin kamu kuruluşunda 1971 yılında başlayan çalışması 4.3.1999 tarihinde ölümüyle sona ermiştir. İşçinin yaşlılık aylığına hak kazanmasına karşın bu hakkını kullanamadan ölmesi üzerine mirasçılara işverence kıdem tazminatı ödemesi yapılırken borçlanılan askerlik süresi kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmamıştır. Bunun üzerine mirasçılar tarafından borçlanılan süreye ilişkin fark kıdem tazminatı alacağının hüküm altına alınması amacıyla dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi davayı kabul etmiştir. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi dairesinin kararlılık kazanan içtihatları paralelinde kararı bozmuştur. Yerel Mahkemenin;

⁷⁰¹ Y HGK, 9.11.1983, 232/1152 <http://www.kararara.com/yargitay/ibk/k4846.htm>, 10.12.2011.

⁷⁰² Y HGK, 9.6.2004, 9-339/357, Uşan, Kıdem Tazminatı, s.235 vd.

murisin yaşlılık aylığına hak kazanmış olması, askerlikte geçen ve borçlanılan sürenin kıdem tazminatı hesabına dahil edilebilmesi için “hak kazanma” olgusunun gerçekleşmesinin yeterli olacağı gerekçesi ile önceki kararında direnmesi üzerine uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'na göre; işçinin 14. maddenin birinci bendinin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. İşçinin ölümü halinde bu şart aranmayacaktır (m. 14/3). Anılan madde, yaşlılık aylığına “hak kazanma” olgusundan söz etmektedir. İşçinin ölümü halinde sosyal güvenlik kuruluşuna başvurma şartının aranmayacağı yönündeki yasal düzenlemeler karşısında, ölüm halinde aranacak koşul; “hak kazanma” olgusudur. Bu olgunun mirasçılar yönünden gerçekleşmesi hâlinde borçlanılmak suretiyle sigortalı hizmet statüsü niteliği kazanan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekecektir.

Sayıştay 5. Dairesi de ölüm halinde borçlanılan askerlik süresinin değerlendirilmesinin tabii olup, ilgilinin mirasçılarına borçlanılan askerlik süresi dikkate alınarak kıdem tazminatı ödenmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmadığına karar vermiştir.⁷⁰³ Daireye göre 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde ölüm nedeni kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek hâller arasında sayılmış olup, aynı maddede; “İşçinin ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı kanuni mirasçılarına ödenir.” hükmüne yer verilmiştir. Diğer yandan; 19.06.1986 tarih ve 4577/1 sayılı Sayıştay Genel Kurul Kararında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçinin 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ya da 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerine göre borçlanılmış olmak kaydıyla er olarak askerlikte veya yedek subay okulunda geçen sürelerin 1475 sayılı İş

⁷⁰³ Sayıştay 5. Daire Kararı, 12.10.2000, Karar No: 9909, <http://www.sayistay.gov.tr/karar/karararamasonuc.asp?id=493>, 23.10.2011.

Kanunu'nun değişik 14. maddesi uyarınca ödenecek kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınması gerekeceğine karar verilmiştir.⁷⁰⁴

Borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınabilmesini mümkün görmeyen öğreti görüşü Yargıtay'ın bu içtihadını da isabetli bulmamaktadır. Çünkü kamu kurum ve kuruluşlarında geçen sürelerin kıdem tazminatı açısından değerlendirilebilmesi için sözleşmenin işçi tarafından yaşlılık, malullük ya da toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi gerekir. Ölüm hâlinde mirasçılar birleştirme talebinde bulunamaz. Ayrıca askerlik borçlanması kıdem tazminatı alma hakkı vermez. Sigortalılık borçlanması ile kıdem tazminatı farklı müesseselerdir. Askerlik borçlanmasının mirasçıların alacakları kıdem tazminatında dikkate alınması bu anlamda mümkün değildir.⁷⁰⁵

IV. PERSONEL MEVZUATINA GÖRE AYLIKSIZ İZİN SÜRELERİNİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

1982 Anayasası'na göre; dinlenmek, çalışanların hakkıdır (m. 50/3). Madde metninde geçen “*çalışanlar*” ibaresi 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanları, yani kamu görevlilerini de kapsar. Yine Anayasaya göre; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır (m. 128/2).

5510 sayılı Kanun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların sahip olduğu aylıksız izin süreleri esas olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte ilgili özel kanunlarda da aylıksız izin sürelerine yer verilmiştir.

⁷⁰⁴ Sayıştay Genel Kurul Kararı, 19.06.1986, Karar No: 4577-1, <http://www.sayistay.gov.tr/karar/SGKK/Sgkk3.asp?GKID=40364>, 23.10.2011.

⁷⁰⁵ Uşan, Kıdem Tazminatı, s.235 vd.

B. Aylıksız İzin Süreleri

1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Düzenlenen Aylıksız İzin Süreleri

Anayasa hükümleri gereğince 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “İzin” başlıklı 23. maddesinde devlet memurlarının, bu kanunda gösterilen süre ve şartlarla izin hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.

Dinlenmenin sağlığı korumanın koşullarından biri olduğu, ayrıca, dinlenen memurun çalışmaktan doğan yorgunluğu ve yıpranmayı gidermiş olmaktan dolayı iş hayatında daha verimli olacağı kuşkusuzdur.⁷⁰⁶ Bununla birlikte izin hakkı dinlenme hakkından daha kapsamlıdır. Bu açıdan 657 sayılı Kanun memurlara yıllık izin (m. 102-103), mazeret izni (m. 104), sağlık izni (m. 103/3), hastalık ve refakat izni (m. 105) ve aylıksız izin (m. 108) hakkı tanımıştır.⁷⁰⁷

657 sayılı Kanun kapsamında memurlara verilen aylıksız izin süreleri kanunun 108. maddesinde⁷⁰⁸ düzenlenmiştir. Memurlara verilecek ilk aylıksız izin hakkı, 105 inci maddenin son fıkrası uyarınca verilen iznin⁷⁰⁹ bitiminden itibaren, sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, istekleri üzerine onsekiz aya kadar verilen aylıksız izindir (m. 108/A).

108. maddenin (B) bendine göre; doğum yapan memura, 104 üncü madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin bitiminden; eşi doğum yapan memura ise, doğum tarihinden itibaren istekleri üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir.

⁷⁰⁶ D 1.D., 07.06.1982, 119 /121, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/KararNoKararC.jsp>, 28.10.2011.

⁷⁰⁷ İzin hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s.577 vd.; Giritli-Bilgen-Akgüner, s.647 vd.; Gözler, İdare Hukuku, s.741 vd.; Gözübüyük-Tan, s.1005 vd.; Yayla, s.299 vd.

⁷⁰⁸ Yeniden düzenlenen madde: 25/02/2011 tarihli Mükerrer Resmi Gazete – 6111/108. madde.

⁷⁰⁹ Ayrıca, memurun bakmakla yükümlü olduğu veya memur refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hâllerinde, bu hâllerin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, aylık ve özlük hakları korunarak, üç aya kadar izin verilir. Gerektiğinde bu süre bir katına kadar uzatılır (m. 105/son). Refakatin yalnızca hastanede değil, evde de hastaya refakati kapsadığı, bu nedenle eşinin evde refakatçiye ihtiyacı olduğunu raporla belgeleyen memura aylıksız izin verilmesi gerektiği hakkında bkz. D 5. D., 13.04.1988, 1987/2265, 1988/1282, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/KelimeArama.jsp>, 29.10.2011.

108. maddenin (C) bendine göre, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, çocuğun ana ve babasının rızasının kesinleştiği tarihten veya vesayet dairelerinin izin verme tarihinden itibaren, istekleri üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir. Evlat edinen her iki eşin memur olması durumunda bu süre, eşlerin talebi üzerine yirmidört aylık süreyi geçmeyecek şekilde, birbirini izleyen iki bölüm hâlinde eşlere kullandırılabilir.

108. maddenin (D) bendine göre; özel burs sağlayan ve bu burstan istifade etmesi için kendilerine aylıksız izin verilenler de dâhil olmak üzere burslu olarak ya da bütçe imkânlarıyla yetiştirilmek üzere yurtdışına gönderilen veya sürekli görevle yurtiçine ya da yurtdışına atanan veya en az altı ay süreyle yurtdışında geçici olarak görevlendirilen memurlar veya diğer personel kanunlarına tâbi olanlar ile yurtdışına kamu kurumlarınca gönderilmiş olan öğrencilerin memur olan eşleri ile 77 nci maddeye göre izin verilenlerin memur olan eşlerine görev veya öğrenim süresi içinde aylıksız izin verilebilir.

Söz konusu 77. maddeye göre; yabancı memleketlerin resmî kurumları veya uluslararası kuruluşlarda kurumlarının muvafakati ile görev alacak memurlara, ilgili Bakanın onayı ile (her üç yılda bir Bakan onayı yenilenmek kaydıyla) memuriyeti süresince yabancı memleketlerin resmî kurumlarında on yıla, uluslararası kuruluşlarda yirmibir yıla kadar aylıksız izin verilebilir (m. 77/1).

Yine 78. maddeye göre; mesleklerine ait öğrenimini bitirerek Devlet memurluğuna alınmış ve asli memur olarak atanmış olanlardan mesleklerine ait hizmetlerde yetiştirilmek, eğitilmek, bilgilerini artırmak veya staj yapmak üzere dış memleketlere:

a) Kurumlarınca açılacak seçme veya yarışma sınavlarında başarı gösterenlere,

b) Dış burslara dayanılarak gönderilenlere, iki yıla kadar ayrılma müsaadesi verilebilir.

Gerekirse bu süre en çok bir kat uzatılabilir.

Bilgilerini artırmak için yabancı memlekete gönderilmiş olup şahsen özel burs sağlayanlardan uygun görülenlere bu burstan istifade etmesi için kurumlarınca maaşsız izin verilebilir (m. 79/1). Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilecek Devlet Memurları Hakkında Yönetmelik⁷¹⁰ uyarınca, şahsen özel burs, memurun şahsi girişimleri sonucunda;

a)Yükseköğretim Kurulunca yabancı memleketlerin uygun görülen üniversite, yüksekokul, enstitü, eğitim merkezleri ve diğer öğretim kuruluşlarından veya Başbakanlıkça uygun görülen yurt dışındaki dernek, vakıf veya meslek teşekkülü niteliğindeki kuruluşlardan,

b)Uluslararası resmi kuruluşlardan,

bu Yönetmeliğin amacına göre temin ettiği burslardır (Ek m. 1/1).

Şahsen özel burs sağlayan memurlara iki yıla kadar aylıksız izin verilebilir. Gerekirse bu süre bir katına kadar artırılabilir (Ek m. 1/2).

108. maddenin (E) bendine göre; memura, yıllık izinde esas alınan süreler itibarıyla beş hizmet yılını tamamlamış olması ve isteği hâlinde memuriyeti boyunca ve en fazla iki defada kullanılmak üzere, toplam bir yıla kadar aylıksız izin verilebilir. Ancak, sıkıyönetim, olağanüstü hâl veya genel hayata müessir afet hâli ilan edilen bölgelere 72 nci madde gereğince belli bir süre görev yapmak üzere zorunlu olarak sürekli görevle atananlar hakkında bu bölgelerdeki görev süreleri içinde bu fıkra hükmü uygulanmaz.

108. maddenin (G) bendine göre de; muvazzaf askerliğe ayrılan memurlar askerlik süresince görev yeri saklı kalarak aylıksız izinli sayılır.

2. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Aylıksız İzin Süreleri

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu⁷¹¹ uyarınca sendika veya konfederasyonu ilk genel kurula kadar sevk ve idare edecek yönetim kurulu üyeleri, genel kurulda yönetim kuruluna seçilenler ile sendika şube

⁷¹⁰ RG. 1.2.1974, S.14786.

⁷¹¹ RG. 12.7.2001, S.24460.

yönetim kurulu üyeleri seçildikleri tarihten itibaren durumlarını en geç otuz gün içinde kurumlarına yazılı olarak bildirirler. Söz konusu yöneticiler seçildikleri tarihten itibaren otuz gün içerisinde sendika tüzüğünde belirtilen hükümlere göre, ayrıca yazılı talepte bulunmaları halinde bu görevleri süresince aylıksız izine ayrılırlar (m. 18/4). Buradaki aylıksız izin süresi de borçlanılabilir. Nitekim birinci fıkranın (c) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler, birinci fıkranın (c) bendi kapsamında iken, bu kapsamdaki kişilerin kurduğu sendikalar ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenlerden aylıksız izne ayrılanlar hakkında da uygulanır (m. 4/4,c). Öte yandan aylıksız izine ayrılan yöneticilerin bu süreleri, emekli kesenekleri ve karşılıklarının yöneticisi oldukları sendikaları tarafından her ay Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına ödenmesini kabul etmeleri koşuluyla kazanılmış hak aylığı ile emeklilik hizmetine sayılır. Bu imkânın yanında ayrıca kendileri veya hak sahiplerince de 5510 sayılı Kanun hükümlerince borçlanma da yapılabilir (m. 18/7).

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu⁷¹²'na göre, Yükseköğretim Kurulu'nun organlarından biri olan Yürütme Kurulu'nda görev alan kamu personelinin her türlü özlük hakları saklı kalır ve aylıksız izinli sayılırlar (m. 6/d).

Öğretim elemanlarının kurumlarından yolluk almaksızın yurt içinde ve dışında kongre, konferans, seminer ve benzeri bilimsel toplantılarla, bilim ve meslekleri ile ilgili diğer toplantılara katılmalarına, araştırma ve inceleme gezileri yapmalarına, araştırma ve incelemenin gerektirdiği yerde bulunmalarına, bir haftaya kadar dekan, enstitü ve yüksek okul müdürleri, onbeş güne kadar rektörler izin verebilirler. Öğretim elemanları birinci fıkrada ve bu Kanunun 33 üncü maddesinde sayılan yurt dışına gönderilme halleri dışında mesleklerine ait hizmetlerde yetiştirilmek, eğitilmek, bilgilerini artırmak veya staj yapmak için Yükseköğretim Kurulunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca üniversiteler itibariyle bir yılı geçmeyecek şekilde her yıl belirlenecek kontenjan ve süreler dahilinde yurt dışına gönderilebilecekleri

⁷¹² RG. 16.11.1981, S.17506.

gibi aynı amaçlarla dış burslara dayanılarak da gönderilebilirler. Öğretim elemanlarından kendilerine yurt dışı kuruluşlarınca burs veya ücret sağlananlar, görev yapacakları sürece Yükseköğretim Kurulunun belirleyeceği esaslara göre üniversite yönetim kurulunun kararı ile aylıklı veya aylıksız izinli de sayılabilirler (2547 sayılı Kanun, m. 39).

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanlara aylıksız izin hakkı tanıyan bir diğer kanun 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu⁷¹³'dur. Kanunun 126. maddesi gereğince subay ve astsubaylara, bakmaya mecbur olduğu veya refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya önemli bir hastalığa tutulmuş olması hallerinde, bu hallerin raporla belgelendirilmesi şartıyla, istekleri üzerine en çok üç aya kadar aylıksız izin verilebilir. Bu süre aynı şartlarla bir katına kadar uzatılabilir. Aylıksız izin süresi mecburi hizmet süresinden sayılmaz.

Adı geçen kanunun 10.05.2006 tarih ve 5499 sayılı Kanunun. 1. maddesi ile değişik 128. maddesinin (d) bendine göre; bayan subay ve astsubay personele doğum yapmasından önce sekiz hafta ve doğum yaptığı tarihten itibaren sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta süre ile aylıklı izin verilir. Çoğul gebelik hâlinde, doğum öncesi sekiz haftalık izin süresine iki hafta süre eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesinden, sağlık durumunun uygun olduğu doktor raporu ile belgelenen personel, isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar iş yerinde çalışabilir. Bu durumda personelin isteği halinde doğum öncesinde çalıştığı süreler, doğum sonrası izin süresinin bitim tarihinden itibaren aylıklı izin süresine eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi nedeniyle personelin doğum öncesi sekiz haftalık izninden kullanılamayan süreleri, doğum sonrası sürelerle eklenir. Ayrıca doğum yapan personele aylıklı izinlerinin bitiminden itibaren istekleri üzerine ve evlat edinen bayan personele en fazla üç yaşında bir çocuğun evlat edinilmesi halinde çocuğun ana ve babasının rızasının kesinleştiği tarihten

⁷¹³ RG. 10.08.1967, S.12670.

veya vesayet dairelerinin izin verme tarihinden itibaren isteği üzerine altı aya kadar aylıksız izin verilir.⁷¹⁴

Yine adı geçen kanuna göre bursla gidenler de dahil, yetiştirilmek üzere veya sürekli görevle yurt dışına gönderilen personel kanunlarına tabi kamu personelinin; Türk Silahlı Kuvvetlerinde subay, astsubay veya Devlet memuru olarak görevli eşlerine, hizmet safahatları süresince her defasında bir yıldan az olmamak üzere en çok dört yıla kadar aylıksız izin verilebilir (Ek m. 20).

C. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

5510 sayılı Kanuna göre borçlanılabilecek sürelerden biri; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalıların personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleridir (m. 41/1,c).

657 sayılı Kanuna göre, yıllık izin ve mazeret izinleri sırasında malî haklar ile sosyal yardımlara dokunulmaz (m. 104/E). Hastalık ve refakat izninde de memurun aylık ve özlük hakları korunmaktadır (m. 105/1,7).

Memurlara 1982 Anayasası (m. 55/2) ve kanunlarla tanınan en önemli parasal hak aylık (maaş) tır. 657 sayılı Kanuna göre, aylık; bu Kanuna tabi kurumlarda görevlendirilen memurlara hizmetlerinin karşılığında, kadroya dayanılarak ay itibarıyla ödenen parayı ifade eder. 657 sayılı Kanun da devlet memuruna yaptığı kamu hizmetinin karşılığı olarak her ay ödenen paranın⁷¹⁵, yani aylığının yukarıda bahsedilen izin sürelerinde ödeneceğini belirterek aylık hakkını muhafaza etmiştir. Özlük haklarının saklı tutulduğu izin süreleri⁷¹⁶ hizmet süresinden sayılır.⁷¹⁷ Aylıksız izin durumunda ise memurlar en temel haklarından biri olan aylık hakkından yoksun kalmaktadırlar. Aylık ödenmemesi sebebiyle aylık keseneğinin söz konusu olmadığı ve hizmetten sayılamayan bu sürelerin değerlendirilebilmesi amacıyla da bu sürelerle ilişkin

⁷¹⁴ Bahsi geçen aylıksız izin süresinin 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin a bendinde yer alan “kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izin süreleri” kapsamında borçlanılması da mümkündür.

⁷¹⁵ D 5. D., 24.11.1975, 1971/18168, 1975/7599, Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s.581, dn. 95.

⁷¹⁶ Günday, s.609.

⁷¹⁷ Gözler, İdare Hukuku, s.742.

primin ödenmesi suretiyle borçlanılabilmesi imkânı kabul edilmiştir. Şöyle ki; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin 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 (5510 sayılı Kanun, m. 41/1).

Söz konusu borçlanma hakkından tüm sigortalılar değil, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar faydalanabilir. Haklarında birinci fıkranın (c) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin uygulanabileceği öngörülen kişiler de bu haktan faydalanabilir (5510 sayılı Kanun, m. 4/4,1.c).

Belirtmek gerekir ki 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde 5434 sayılı Kanunda aylıksız izin sürelerinin değerlendirilmesi imkânı öngörülmüştür. Adı geçen kanunun 6/7/1995 tarihli 562 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16. maddesi ile ek, 25/6/2003 tarihli 4905 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 72. maddesine göre; personel mevzuatına göre aylıksız izinli sayılanlardan aylıksız izinli olarak geçen sürelere ilişkin kesenek ve karşılıklarını istekleri halinde her ay veya 102 nci maddede yazılı süreler içinde başvurmaları ve başvuru tarihindeki katsayılar ve emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait diğer unsurlar ile kesenek ve karşılık oranları esas alınmak suretiyle hesaplanacak kesenek ve karşılıklarını aynı süreler içinde defaten ödemeleri halinde aylıksız geçen izin süreleri emeklilik yönünden eski derecelerinde değerlendirilir.

Öğretideki bir görüşe göre; Kanunun 41. maddesindeki bu düzenleme isabetli olmakla beraber kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olan kamu personeline personel mevzuatına göre aylıksız izin sürelerini borçlanabilme olanağı tanınırken, diğer bağımlı çalışan grubu oluşturan işçilere, iş sözleşmelerinin askıya alındığı durumlarda ücret

almadıkları için malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi kesilmeyen süreleri borçlanma olanağı tanınmamış olması, her ikisi de bağımlı çalışan işçiler ve memurlar arasında eşitsizlik yaratır. İşçilere de iş sözleşmelerinin askıda kaldığı dönemleri borçlanma olanağı tanınmalıdır.⁷¹⁸

V. DOKTORA VE TIPTA UZMANLIK SÜRELERİNİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

Doktora ve tıpta uzmanlık müesseseleri 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu⁷¹⁹ ve Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği⁷²⁰nde düzenlenmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesine göre lisans üstü eğitim-öğretim; yüksek lisans, doktora, tıpta uzmanlık ve sanatta yeterlik eğitimi kapsar ve yüksek lisans, doktora, tıpta uzmanlık ve sanatta yeterlik eğitimi kademelerine ayrılır (m. 3/t) . 5510 sayılı Kanunda söz konusu eğitim kademelerinden doktora ve tıpta uzmanlık açısından sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirilen normal doktora veya uzmanlık öğrenim sürelerinin borçlanılabileceği öngörülmüştür (m. 41/1,d).

Doktora, lisansa dayalı en az altı veya yüksek lisans veya eczacılık veya fen fakültesi mezunlarınca Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre bir laboratuvar dalında kazanılan uzmanlığa dayalı en az dört yarı yıllık programı kapsayan ve orijinal bir araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir (m. 3/t,2). Doktora programının amacı, öğrenciye bağımsız araştırma yapma bilimsel olayları geniş ve derin bir bakış açısı ile irdeleyerek yorum yapma ve yeni sentezlere ulaşmak için gerekli adımları belirleme yeteneği kazandırmaktır (Yönetmelik m. 18/a). Doktora programını tamamlama süresi

⁷¹⁸ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.189.

⁷¹⁹ RG. 06.11.1981, S.17506.

⁷²⁰ RG. 01.07.1996, S.22683.

yüksek lisans derecesi ile kabul edilenler için sekiz yarıyıl, lisans derecesi ile kabul edilenler için on yarıyıldır (Yönetmelik m. 19/a). Doktora programı için gerekli kredili dersleri başarıyla tamamlamanın azami süresi yüksek lisans derecesi ile kabul edilenler için dört yarıyıl, lisans derecesi ile kabul edilenler için altı yarıyıldır (Yönetmelik m. 19/b).

Tıpta uzmanlık, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre yürütülen ve tıp doktorlarına belirli alanlarda özel yetenek ve yetki sağlamayı amaçlayan bir yükseköğretimdir (2547 sayılı Kanun, m. 3/t,3). Tıpta uzmanlık eğitim süreleri 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁷²¹'da düzenlenmiştir. Adı geçen kanunun 6225 sayılı Kanunun 10. maddesi ile eklenen ek 14. maddesinde bahsi geçen EK-1 ve EK-2 sayılı çizelgelerde 6225 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 26.4 2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere uygulanacak eğitim süreleri gösterilmiştir.⁷²²

B. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

5510 sayılı Kanunda sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirilen normal doktora veya uzmanlık öğrenim sürelerinin borçlanılabileceği öngörülmüştür. (m. 41/1,d).

Hukukumuzda 5434 sayılı Kanunun ek 31. maddesinde emekliliğe tabi olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirilen normal doktora veya uzmanlık öğrenim sürelerinin borçlanılabileceği öngörülmüştü (Ek m. 31/1,a).

Borçlanılacak doktora veya tıpta uzmanlık sürelerinin yurt içinde veya yurtdışında geçirilmiş olması fark etmemektedir. Yurt içinde veya yurt dışında geçirilen normal doktora veya tıpta uzmanlık öğrenim sürelerinin borçlanması mümkündür.

⁷²¹ RG. 14.4.1928, S.863.

⁷²² Bkz.

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=20:tababet-ve-abati-sanatlarinin-tarzi-rasina-da-kanun-1219&catid=1:yasa&Itemid=28, 09.11.2013.

Kanunda açıkça doktora veya tıpta uzmanlık öğrenim sürelerinin borçlanılabileceği öngörüldüğü için yüksek lisansta geçen süreler borçlanılamaz.⁷²³

Yine kanunda açıkça normal doktora veya uzmanlık öğrenim sürelerinin borçlanılabileceği öngörüldüğü için uzatma süreleri borçlanılamaz.

Söz konusu hükme göre borçlanmak için sigortalının daha sonra hangi kapsamda sigortalı olduğunun bir önemi yoktur. Borçlananın, doktora öğrenimi ya da uzmanlık öğrenimi sırasında sigortalı olmaması gerekli ve yeterlidir.⁷²⁴

VI. AVUKATLIK STAJ SÜRESİNİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

Türk Hukukunda avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun⁷²⁵ ikinci kısmında düzenlenen avukatlık mesleğine kabul koşullarının yerine getirilmesi gerekir. Kabul koşullarından birisi avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmaktır (m. 3/c).

Avukatlık stajı, hukuk öğrenimi ile elde edilen genel hukuk bilgilerinin uygulamada ortaya çıkacak hukuki sorunlara uygulanması, meslek ilke ve kurallarının öğrenilmesi için lisans düzeyindeki hukuk öğreniminden sonra belli bir süreyi kapsayan meslek öncesi eğitim şeklinde tanımlanabilir.⁷²⁶

Avukatlık stajının yapılma usul ve esasları Avukatlık Kanunu'nun dördüncü kısmında "staj" başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca Türkiye Barolar Birliğince Avukatlık Staj Yönetmeliği⁷²⁷ çıkarılmıştır.

⁷²³ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.489.

⁷²⁴ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.594 vd.

⁷²⁵ RG. 07.04.1969, S.13168.

⁷²⁶ Güner, s.167 vd.

⁷²⁷ RG. 19.12.2001, S.24615.

B. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Avukat Stajyerlerinin Ücret Karşılığında Çalışması ve Sigortalılığı Sorunu

Avukatlık Kanunu'nun 16. maddesine göre; 3 üncü maddenin (a), (b) ve (f) bentlerinde yazılı koşulları taşıyanlardan, stajyer olarak sürekli staj yapmalarına engel işleri ve 5 inci maddede yazılı engelleri bulunmayanlar, staj yapacakları yer barosuna bir dilekçe ile başvururlar. 16 ncı maddenin atıf yaptığı 3 üncü maddenin (f) bendinde avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için bu kanuna göre avukatlığa engel bir hâlin olmaması gerektiği düzenlenmiştir. Atıf yapılan Avukatlığa Kabulde Engeller başlıklı 5 inci maddenin (d) bendinde avukatlık mesleğiyle birleşmeyen bir işle uğraşmak avukatlık mesleğine kabul isteminin red sebeplerinden biri olarak öngörülmüştür.

Söz konusu hükümler uyarınca, bir avukatın baro levhasına yazılabilmesi için; avukatlık stajını usulüne uygun şekilde tamamlaması, Avukatlık Kanununda belirtilen avukatlığa kabule engel bir hâlinin bulunmaması ve avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşmaması gerekmektedir.

Bir hizmet sözleşmesiyle olsun veya olmasın aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler ile bir başkasının emrinde ve hizmetinde çalışmanın avukatlık mesleğinin bağımsızlık niteliğine aykırı olacağı düşüncesiyle avukatların mesleğe kabul edilebilmeleri için avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşmaması gerekmektedir. Avukatlıkla birleşemeyen işler kanunun 11. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez.⁷²⁸

Söz konusu düzenlemeler birlikte incelendiğinde anlaşılmaktadır ki Avukatlık Kanununda avukatlık mesleğine kabulde aranan koşullar avukatlık stajına kabulde de aranmaktadır. Yine avukatlık mesleğine kabule engel olan

⁷²⁸ Avukatlıkla birleşebilen işler 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Güner, s.169 vd.

hâller avukatlık stajına kabule de engel oluşturmaktadır. Bu nedenle stajyer adayların başvurularının baro tarafından kabul edilebilmesi için adayın avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşmaması gerekir. Adayların da staj başvurusunda bulunurken avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşmadıklarını gösteren imzalı bildiri kağıdını başvuru dilekçelerine eklemeleri gerekmektedir (AK m. 17/1, 2, Yönetmelik m. 4/1,d) ⁷²⁹

Avukat stajyerlerinin staj başvurusunun kabul edilebilmesi için aranan avukatlıkla birleşemeyen bir işle uğraşmaması şartı avukatlık staj süresi için de geçerlidir.⁷³⁰ Avukatlık Kanunu gereği mesleğe kabulün şartlarından biri avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşmamaktır (m. 5/1,a). Dolayısıyla staj süresince avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşılması gerekir.

Uygulamada özel hukuk tüzel kişileri yanında hukuk danışmanı olarak veya bir avukat yanında ücret karşılığında çalışmanın avukat stajyerliği ile birleşip birleşmediği yargı kararlarında tartışılmıştır.

Danıştay'ın 19.9.1997 tarihli kararına konu olayda bir şirkette hukuk danışmanı olarak çalışan stajyerin baro stajyer listesine yazılma talebi baro yönetim kurulunca reddilmiştir. Kurulun red kararına karşı Türkiye Barolar Birliği'ne yapılan itirazın da reddedilmesi ve Türkiye Barolar Birliği'nin red kararının Adalet Bakanlığınca onaylanması üzerine işlemin iptali için dava açılmıştır. Danıştay Sekizinci Dairesi, Avukatlık Yasasının uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin 24 üncü maddesinde Avukatlık Yasasının 11. maddesindeki yasaklamanın avukat stajyerleri hakkında da uygulanacağı, aynı yasanın 12. maddesinin (b) bendindeki öğretim görevinin, stajla birleşebilmesi için ayrıca idari bir görevin yüklenilmemiş olması şartının yer

⁷²⁹ “Baro başkanı, istemin ilanından önce, baroya bağlı avukatlardan birini adayın gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığını ve avukatlıkla birleşmeyen bir işle uğraşıp uğraşmadığını araştırarak bir rapor düzenlemek üzere görevlendirir.” (m. 19/1) .

⁷³⁰ Güner, s.206 vd. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, avukat stajyeri olabilmek için avukatlıkla birleşmeyen bir işte çalışmamanın esas olduğunu, hangi nam altında olursa olsun staj yapan bir şahsın adı hukuk müşaviri de olsa aylık, ücret v.s. ödemeler karşılığında çalışıyor olmasının stajyer olmasını engelleyeceği, bir kamu kurumunda hukuk müşaviri olan kişinin kesintisiz yapılması gereken stajı da yapmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Karar, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 16.07.2003 gün ve 14063 sayılı kararı ile onaylanmıştır. Güner, s.180, dn. 27; s.207, dn. 78.

aldığı, avukatlık stajının amacının ileride avukat olacak kişinin meslek bilgisini artırmak için mahkeme ve adalet dairelerinde yapılan uygulamalı öğrenme döneminde en iyi şekilde avukatlığa hazırlama olduğu, bunun sağlanabilmesi için Avukatlık Yasasının 11. maddesindeki yasaklamanın avukatlık stajyerleri hakkında da uygulanmasının öngörüldüğü, aynı yasanın 12. maddesinde belirtilen istisnalardan faydalanabilmek için öncelikle avukatlık stajının bitirilerek avukatlık hakkının kazanılmış olmasının gerektiği, bu durumda şirket hukuk danışmanlığı yaptığını beyan eden davacının Avukatlık Yasasının 11. maddesi uyarınca baro stajyer listesine yazılmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Karar İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca da onaylanmıştır.⁷³¹

Kararda dikkat çeken husus, Kanunun 12. maddesinde sayılan istisnaların ancak avukatlar için söz konusu olabileceğine hükmedilmiş olmasıdır. Avukat stajyerleri avukatlıkla birleşemeyen işlerde çalışamayacakları gibi avukatlıkla birleşebilen işlerde de çalışamazlar.

Bir diğer kararda stajyerin avukat yanında staj yaptığı dönemde avukat yanındaki çalışmasından ötürü sigorta kaydı yapılmıştır. Davacının avukatlık staj bitim belgesi verilmesi ve baro levhasına yazılması isteminin stajıyla çelişecek şekilde sigortalı olarak çalıştığından bahisle baro tarafından reddedilmesi üzerine Türkiye Barolar Birliği'ne itiraz edilmiştir. Türkiye Barolar Birliği ise ilgilinin sigorta kaydının avukatlık stajını yanında yaptığı avukat tarafından yaptırılmasının Avukatlık Kanununun 12. maddesi uyarınca bir avukat yanında ücret karşılığında avukatlık yapmak niteliğinde olduğu ve avukatlıkla birleşebilen işler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek itirazın kabulüne, baro kararının kaldırılmasına ve ilgilinin Baro levhasına yazılmasına karar vermiştir. Karar Adalet Bakanlığınca da onaylanmıştır. Türkiye Barolar Birliği'nin baro kararını kaldırma kararının ve bakanlığın da kararı onaylama işleminin iptali amacıyla açılan davada ilk derece idare mahkemesi avukat stajyerinin sigortalı olması nedeniyle adliye stajını aksattığı yönünde herhangi bir bilgi veya tespitin bulunmadığı;

⁷³¹ D 8. D., 20.12.1995,1994/5709, 1995/4551 , D İDDGK, 19.9.1997, 1996/194, 1997/430 , www.kazanci.com, 25.02.2012.

avukatlık stajı sırasında yanında staj yaptığı avukat tarafından sigorta kaydının yaptırılmasının avukatlık stajı ile bağdaşmayan bir yönünün bulunmadığı ve stajın geçersiz sayılmasını gerektiren bir unsur olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine konu 8. Dairece ele alınmıştır. Daire bozma kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 9. maddesinde; avukatlık mesleğine kabul edilen adaya, ilgili baro tarafından bir ruhsatname verileceği; 3. maddesinin (f) bendinde; avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için; bu Yasaya göre avukatlığa engel bir halin bulunmaması gerektiği; 5. maddenin (d) bendinde; avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşanların mesleğe kabul isteminin reddedileceği; 11. maddesinde de; (kural olarak) aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnafılık veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü işin avukatlıkla birleşmeyeceği hükmüne yer verilmiş olup; Avukatlıkla birleşebilen istisnai işleri düzenleyen 12. maddede de, avukatlıkla birleşebilecek işler tek tek sayılmıştır.

Yine aynı Yasanın 23. maddesinde ve Avukatlık Staj Yönetmeliği’nin 13. maddesinde, avukatlık stajının kesintisiz olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca, bir avukatın baro levhasına yazılabilmesi için; avukatlık stajını usulüne uygun şekilde tamamlaması, Avukatlık Yasasında belirtilen avukatlığa kabule engel bir halinin bulunmaması ve avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşmaması gerekmektedir.

Bu itibarla ... staj döneminde sigortalı olarak bir ücret karşılığında çalışmanın avukatlığa engel olması nedeniyle, ilgilinin avukatlık stajını yeniden ve kesintisiz olarak yapması gerektiği kuşkusuzdur.”⁷³²

⁷³² D 8.D., 7.5.2010, 2009/10443 , 2010/2327., www.kazanci.com, 25.02.2012. Aynı yönde bkz. D 8. D., 9.7.2008, 1164/4989, www.kazanci.com, 25.02.2012.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda “Avukatlık stajını açıkta iken yapanlara iki, memuriyette iken yapanlara bir kademe ilerlemesi uygulanır.” hükmü yer almaktadır (m. 36/2,1). Bu düzenlemeden memur olarak çalışan kişinin memuriyeti sırasında avukatlık stajını yapmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşılabiliirse de Danıştay aksi yönde karar vermiştir. Yüksek Mahkeme zabıt katibi olarak görev yapan kişinin avukatlık stajını yapıp yapamayacağına ilişkin uyuşmazlıkta, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5. maddesinin (d) bendi ve 11. maddesi gereği aylık ücret karşılığı yaptığı görevinin yanında avukatlık stajını yapmasının hukuken olanaklı bulunmadığına hükmetmiştir.⁷³³

C. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

Avukat stajyerleri Avukatlık Kanunu ve ilgili yönetmelikte yer alan hükümler ve yargı kararları uyarınca staj süresince aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen bir işte çalışmadıkları veya bir hizmete giremedikleri için bu süre zarfında adlarına sigorta primi de kesilmemektedir. Dolayısıyla avukatlık staj süresi bu şekilde sosyal güvenlik hukuku bağlamında değerlendirilememektedir. Avukat staj süresinin sosyal güvenlik açısından değerlendirilebilmesi amacıyla 5510 sayılı Kanunda sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj sürelerini borçlanabilecekleri kabul edilmiştir (m. 41/1,e).

Çalışma ilişkisi türüne bakılmaksızın bütün çalışanlar açısından avukatlık staj süresinin borçlanması 5510 sayılı Kanun ile getirilen yeni bir düzenlemedir.⁷³⁴ 5510 sayılı Kanundan önce Emekli Sandığı Kanunu kapsamında çalışanlara ek 31. maddenin (b) bendi uyarınca avukatlık stajını açıkta iken yapanların normal staj sürelerini borçlanabilme imkânı tanınmıştı. Diğer çalışan kişilere borçlanma imkânının tanınmaması ise eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktaydı. Çalışan sınıflar arasında yaratılan bu eşitsizlik 5510 sayılı Kanundaki düzenleme ile giderilmiş oldu.

⁷³³ D 8.D., 22.9.2008, 1165/5407, www.kazanci.com, 25.02.2012.

⁷³⁴ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.188; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.252.

Avukatlık Kanunu'na göre avukatlık stajı bir yıldır (m. 15/1). Ayrıca gerekli görülürse staj süresi altı aya kadar uzatılabilir (m. 25/1). Ancak 41. maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre borçlanılabilecek süre normal staj süresidir. Dolayısıyla bir yıllık normal staj süresi borçlanılabilirken, uzatma süresi borçlanılamaz.⁷³⁵

Borçlanma yapılabilmesi için staj süresinin tamamlanması gerekmektedir. Ancak, 29.09.1987 tarihinden önce avukatlık stajını tamamlamadan hâkim adaylığına başlayanların mahkemeler nezdinde geçen staj sürelerinin hakim adaylığından sayılıp sayılmadığı, sayılmış ise ne kadarının sayıldığı Adalet Bakanlığından sorulacak ve alınacak cevaba göre borçlanma işlemi sonuçlandırılacaktır. 29.09.1987 tarihinden sonra avukatlık stajını tamamlamadan hakim adaylığına başlayanların ise bu süreleri hakimlik adaylığından değil, meslekte geçmiş sayıldığından, bu süreler borçlandırılmayacaktır (2008/111 sayılı Genelge, I.B.e)

5510 sayılı Kanunun 60. maddesine 6111 sayılı Kanunun 34. maddesi ile eklenen son fıkraya göre, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca avukatlık stajı yapmakta olanlardan bu Kanuna göre genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar staj süresi ile sınırlı olmak üzere genel sağlık sigortalısı sayılır. Bu şekilde genel sağlık sigortalısı sayılanların genel sağlık sigortası primleri Kanunun 82 nci maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının % 6'sıdır. Bu primler Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenir (m. 60/8).

Söz konusu düzenlemede avukat stajyerleri genel sağlık sigortası kapsamına alınmış ve sigorta primlerinin de Türkiye Barolar Birliğince ödeneceği öngörülmüştür. Böylece avukat stajyerlerinin kısmen de olsa sosyal güvenlikleri sağlanmıştır.⁷³⁶

Söz konusu düzenleme ile bağlantılı olarak avukat staj süresinin borçlanılmasında değinmek istediğimiz husus borçlanma bedelinin miktarıdır.

⁷³⁵ Güzel-Okur-Canıklıoğlu, s.489.

⁷³⁶ Güner, s.185.

41. maddeye göre borçlanma bedelinin hesabında esas alınacak prim tutarı sigortalıların kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazançlarının % 32'sidir. % 32'lik prim oranı kısa vadeli sigorta kolları, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortasına ilişkin prim oranlarının toplamından ibarettir. Bir diğer ifadeyle borçlanan uzun vadeli sigorta kollarından yararlanabilmek amacıyla tüm sigorta kolları primini ödemek durumundadır. Nimet - külfet esası bağlamında konuya bakıldığında ödenen bedelin ve karşılığında sağlanan sosyal güvenlik haklarının dengeli olmadığı söylenebilir. Avukat stajyerleri açısından ise durum bir kat daha sigortalıların aleyhinedir. Zira staj süresi boyunca genel sağlık sigortası kapsamından olan stajyerin primi Türkiye Barolar Birliğince ödenecektir. Öte yandan staj süresinin borçlanması istenildiği takdirde bir kez daha genel sağlık sigorta priminin ödenmesi gerekecektir. Dolayısıyla avukat staj süresinin borçlanılmasında genel sağlık sigortası bakımından mükerrer ödeme söz konusu olacaktır. Bu durumun da hukuk ilkeleri ile bağdaşmadığı açıktır.

VII. TUTUKLULUK VE GÖZALTINDA GEÇEN SÜRELERİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

Ceza muhakemesinin yapılabilmesi ve yargılama sonunda verilecek hükmün infaz edilebilmesi amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisine haiz olan yetkili makamlarca gecikmesinde tehlike olan hallerde geçici olarak başvuru ve hükümden önce birtakım temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren tedbirlere koruma tedbirleri denir.⁷³⁷

Hukukumuzda gözaltına alma, gözlem altına alma, tutuklama, zorla getirme, arama, el koyma, beden muayenesi, iletişimin dinlenmesi ve tespiti, fizik kimliğinin tespiti gibi birçok koruma tedbiri uygulanmaktadır.⁷³⁸ Koruma

⁷³⁷ Centel-Zafer, s.325 vd.; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.378 vd.

⁷³⁸ Koruma tedbirleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.86 vd.

tedbirlerinin en temel özelliklerinden birisi uygulanan tedbirin kesin hükümden önce bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturmalarıdır. Müdahale edilen temel hak ve özgürlükler kişi özgürlüğü, beden bütünlüğü, özel yaşam ve konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, haberleşme özgürlüğü şeklinde sayılabilir.⁷³⁹ Doğrudan doğruya kişi özgürlüğünü sınırlayan en tipik koruma tedbirleri tutuklama ve gözaltına almaktır. Tutuklanan veya gözaltına alınan kişi bu süreler zarfında serbest bırakılmamakta ve bu nedenle de dışarıdaki hayatı sekteye uğramaktadır.

İş sözleşmesi tarafları işveren ve işçi arasında sürekli bir ilişki kurar ve bu ilişkide işçinin kişiliği önem taşır. İşçinin kişiliğinde yaşanan hâller iş ilişkisinin devamı üzerinde etkilidir. Bu hâllerden biri işçinin sözleşmesi devam ederken bir suç işlediği şüphesiyle gözaltına alınması veya tutuklanmasıdır ki bu durum gözaltına alınma veya tutuklanma nedeniyle işe devam edemeyen işçinin iş ilişkisinde kısa ya da uzun süreli kesintiler yaşanmasına neden olabilir.⁷⁴⁰ Zira gözaltına alınan veya tutuklanan işçi iş görme borcunu ifa edememektedir. Bu sebeple tutukluluk veya gözaltı iş sözleşmesinin askıya alınmasını gerektiren durumlardır.

4857 sayılı İş Kanununa göre; işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması nedeniyle devamsızlığının kanunda öngörülen bildirim süresini⁷⁴¹ aşması hâlinde işveren haklı nedenle derhal fesih hakkına sahiptir (m. 25/4).⁷⁴² Bildirim sürelerinin sözleşme hükmü ile arttırılmış olması hâlinde, 4857 sayılı İş Kanununun 25/4. maddesi uygulaması yönünden arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin derhal fesih hakkı ancak, tutukluluk süresinin arttırılmış ihbar önellerini

⁷³⁹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.381 vd.

⁷⁴⁰ Akyiğit, s.53.

⁷⁴¹ İş sözleşmeleri;

a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra,

Feshedilmiş sayılır (m. 17/2).

⁷⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyiğit, İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme, s.53-62.

aşması hâlinde ortaya çıkar.⁷⁴³ Fesih hakkının kullanılabilmesi için geçmesi beklenen bildirim süresince iş sözleşmesi askıda kalır.⁷⁴⁴

Kanunlarımızda gözaltı veya tutukluluk nedeniyle sözleşmenin askıya alındığı dönemde işçinin ücretinin ödeneceğine ilişkin açık bir düzenleme olmadığı için, kural olarak, tutukluluk ve gözaltı döneminde işçiye ücret ödenmez. Yargıtay ücretin çalışmanın karşılığı olduğu ve 4857 sayılı İş Kanununun 40. maddesinde, işçinin 25/4. madde kapsamında çalışılmayan gözaltı veya tutukluluk süreleri zarfında ücret ödenmesine dair bir kurala yer verilmediği için işçinin söz konusu süreler için ücret talep hakkının olmadığına hükmetmiştir.⁷⁴⁵ Dolayısıyla gözaltı veya tutukluluk sürelerinde işçi adına sigorta primi de kesilmemektedir. Ücret ödenmeyen bu dönemin telafi edilmesini sağlayabilmek amacıyla da 5510 sayılı Kanunda sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen sürelerini borçlanabilecekleri kabul edilmiştir (m. 41/1,f).

B. Tutukluluk ve Gözaltında Geçen Sürelerin Borçlanması

1. Borçlanılabilecek Süreler

41. maddeye göre borçlanılabilecek süreler, tutukluluk veya gözaltında geçen sürelerdir. Madde metninde geçen “*tutukluluk veya gözaltı*” kavramları teknik anlamda kullanılmıştır. Bir diğer ifadeyle söz konusu kavramlar ceza muhakemesi hukuku bağlamında tanımlanmalıdır. Kanun sadece tutukluluk ve gözaltı sürelerini borçlanma kapsamına aldığı için adli kontrol veya gözlem altı gibi diğer koruma tedbirlerinde geçen sürelerin borçlanması mümkün değildir. Esasen buna gerek de yoktur. Örneğin adli kontrolde kişi özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılmadan denetim ve gözetim altında tutulmaktadır.⁷⁴⁶ Bu sebeple hakkında adli kontrol kararı verilen kişinin iş

⁷⁴³ Y 9. HD, 02.05.2011, 2009/12385 , 2011/12782 , Legal, C.8, S.31, Y.2011, s.1095-1097.

⁷⁴⁴ Süzek, İş Hukuku, s.447.

⁷⁴⁵ Y 9. HD, 01.12.1997, 16129/19955, Yürekli, İşçinin Gözaltına Alınması Veya Tutuklanması, s.602. Aynı yönde Y 9. HD, 02.05.2011, 2009/12385., 2011/12782 , Legal, C.8, S.31, Y.2011, s.1095-1097.

⁷⁴⁶ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.421.

hayatına devam etmesine ve buna bağılı olarak ücrete hak kazanıp primlerinin ödenmesine hukuken bir engel yoktur.

a) Tutukluluk süresi

Suçlu olduğı kesin hükümle sabit olmayan, ancak suç işlediğı yönünde kuvvetli şüpheli bulunan şüpheli veya sanığın kişi özgürlüğünün hükümden önce hâkim kararıyla geçici olarak sınırlandırılarak tutukevi adı verilen yere konmasına “tutuklama” denir.⁷⁴⁷

1982 Anayasası'na göre; suçluluğı hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğler hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir (m. 19/3).

5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu*'nun ⁷⁴⁸ 100. maddesine göre; kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez (m. 100/1). Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı söz konusu ise veya şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme veya tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunacağı hususlarında kuvvetli şüpheli oluşturuyorsa tutuklama nedeni var sayılabilir (m. 100/2).⁷⁴⁹

Tutuklulukta geçecek süreler *Ceza Muhakemesi Kanunu*'nun 102. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler bakımından farklı süreler öngörülmüştür.⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ Centel-Zafer, s.349; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.398.

⁷⁴⁸ RG. 17.12.2004, S.25673.

⁷⁴⁹ Tutuklamanın şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Centel-Zafer, s.349 vd.; Erem, s.412 vd.

⁷⁵⁰ “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.” (5235 sayılı Kanun, m. 12)

Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir (m. 102/1). Bu hükmün kapsamında aynı işle ilgili soruşturmada tutuklu geçen süre de dâhil olmak üzere azami tutuklama süresi uzatma dâhil toplam bir yıl altı aydır.⁷⁵¹ Tutuklama süresi bir yıl altı ayı geçemez.⁷⁵²

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez (m. 102/2). Bu hükme göre tutukluluk süresi iki yıllık temel süre ve en fazla üç yıl olarak hükmedilebilen uzatma süresi de dâhil olmak üzere beş yıldan fazla olamaz. Bir diğer ifadeyle ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde toplam tutukluluk süresi en fazla beş yıldır.⁷⁵³

250. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar⁷⁵⁴ bakımından, Kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır (Mülga m. 252/2). Bu suçlar açısından atıf yapılan madde 102. maddedir. Bu durumda normal süre dört yıl, uzatma süresi altı yıl olmaktadır.⁷⁵⁵ Ancak 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁷⁵⁶’un 12. maddesine göre, Ceza Muhakemesi Kanununun 102 nci maddesi, aynı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yazılı suçlar ile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, 31 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 31 Aralık 2010 tarihine kadar 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 110 uncu maddesinin uygulanmasına devam olunmuştur (m. 12/1).

⁷⁵¹ Feyzioğlu-Ergün, s.43; Taşdemir-Özkeper, s.400.

⁷⁵² Y CGK, 26.05.2009, 9-73/129, Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.411, dn. 119.

⁷⁵³ Centel-Zafer, s.361; Kunter-Yenisay-Nuhoğlu, s.205; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.411; Taşdemir-Özkeper, s.400; Yurtcan, s.294. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda tutukluluk süresinin uzatma süresi de dahil en fazla üç yıl olabileceği yönünde bkz. Soyaslan, s.314.

⁷⁵⁴ Türk Ceza Kanununda yer alan İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci Maddeler hariç).

⁷⁵⁵ Feyzioğlu-Ergün, s.44.

⁷⁵⁶ RG. 31.03.2005, 25772 Mükerrer.

31 Aralık 2010 tarihinden sonra 250. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde gösterilen suçlarda tutukluluk süresi *Ceza Muhakemesi Kanununa* göre belirlenmektedir. Adı geçen kanun söz konusu suçlar açısından ağır ceza mahkemesinin görevine giren diğer suçlardan farklı olarak daha uzun tutukluluk süresi öngörmüştür. Kanunun 252. maddesinin ikinci fıkrasına gereğince 250. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki suçlar için azami tutukluluk süresi uzatma süresi de dâhil en fazla on yıl olabilir.⁷⁵⁷

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250, 251 ve 252. maddeleri 6352 sayılı Kanunun⁷⁵⁸ 105. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olmakla beraber yürürlükte olduğu döneme ilişkin yapılan işlemlere konu tutukluluk veya gözaltında geçen süreler borçlanılabilir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu⁷⁵⁹na göre; Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır (Mülga m. 10/4)⁷⁶⁰.

3713 sayılı Kanunun 10. maddesi 6526 sayılı Kanunun⁷⁶¹ 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olmakla beraber yürürlükte olduğu döneme ilişkin yapılan işlemlere konu tutukluluk veya gözaltında geçen süreler borçlanılabilir.

Kanundaki azami sürelerin dolmasıyla birlikte, tutukluluk hâli kendiliğinden son bulur.⁷⁶²

b) Gözaltı süresi

⁷⁵⁷ Centel-Zafer, s.361, Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.411.

⁷⁵⁸ Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, RG. 05.07.2012, S.28344.

⁷⁵⁹ RG. 12.04.1991, 20843 Mükerrer.

⁷⁶⁰ Bu fıkra, Anayasa Mahkemesinin 4.7.2013 tarihli ve 2012/100 Esas, 2013/84 Karar sayılı kararıyla iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazetede yayımlandığı 2.8.2013 tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

⁷⁶¹ Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 06.03.2014, S. 28933 Mükerrer.

⁷⁶² Feyzioğlu-Ergün, s.55.

Gözaltına alma, yakalanan kişinin soruşturmanın tamamlanması amacıyla kanunda öngörülen süre ile sınırlı olarak hâkim önüne çıkarılincaya veya serbest bırakılincaya kadar savcının emriyle kişi özgürlüğünün geçici olarak ortadan kaldırılmasıdır.⁷⁶³

Ceza Muhakemesi Kanununa göre; 90. madde uyarınca yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir (m. 91/1).

Kişinin *Ceza Muhakemesi Kanununun* 90. maddesi uyarınca yakalanması onun gözaltına alınacağı anlamına gelmez. Bu, ancak savcının yazılı veya sözlü emriyle mümkündür. Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suç işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığına bağlıdır (m. 91/2).

Gözaltı süresinin ne kadar olduğu Anayasada ve kanunlarda düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'na göre; yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir (m. 19/5).

Ceza Muhakemesi Kanununa göre, gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez (m. 91/1).⁷⁶⁴ Yakalanan kişi yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç yakalama anından itibaren en fazla 24 saat gözaltında tutulabilir.

⁷⁶³ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.393.

⁷⁶⁴ Anayasa'da gözaltı süresi tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat iken *Ceza Muhakemesi Kanununda* bu süre yirmidört saat olarak öngörülmüştür. *Ceza Muhakemesi Kanununda* Anayasa'dan farklı bir sürenin öngörülmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır. Zira Anayasa'da öngörülen kırksekiz saatlik süre gözaltı süresine ilişkin üst sınırı göstermektedir. Kanunkoyucunun daha kısa bir gözaltı süresi belirlemesi mümkündür. Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s.395, dn. 65.

Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre de oniki saatten fazla olamaz (m. 91/1).

Madde metninde yakalanan kişinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için geçen süre yirmidört saatlik gözaltı süresinden hariç tutulmuştur. 5510 sayılı Kanuna göre borçlanılabilecek süre gözaltında geçen sürelerdir. Gözaltı süresinin yol süresiyle birlikte en fazla otuzaltı saate kadar uzayabileceğinin kabulü⁷⁶⁵ durumunda otuzaltı saatlik sürenin borçlanılabilmesi mümkündür. Bizce de kanundaki “gözaltında geçen süreler” ibaresi yakalanan kişinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için yolda geçen süreyi de kapsar. Nitekim burada gözaltı süresi neticede yol süresi kadar uzamaktadır.⁷⁶⁶ Bu tarz bir uygulama kanunun amacına da uygundur. Kanunda amaçlanan suçsuz olduğu halde gözaltına alınan kişiyi sosyal güvenlik hukuku bağlamında korumaktır. Esas olan kişinin kişi özgürlüğünden yoksun olduğu sürece iş hayatından iradesi dışında uzaklaşmasıdır ki yolda geçen sürede de bu durum söz konusudur ve borçlanılabilir.

Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir (m. 91/3).⁷⁶⁷ Bu durumda toplu suçlarda gözaltı süresi yazılı emirle birer gün uzatılmak koşuluyla toplam dört gündür. Bir diğer ifadeyle gözaltı süresi toplu suçlarda yakalama anından itibaren hiçbir şekilde dört günü geçemez.⁷⁶⁸

250 nci madde kapsamına giren suçlarda, yakalananlar için 91 inci maddenin birinci fıkrasındaki yirmidört saatlik süre kırksekiz saat olarak uygulanır (m. 251/5). Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hâl ilân edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında 91 inci maddenin üçüncü

⁷⁶⁵ Centel-Zafer, s.339.

⁷⁶⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.135.

⁷⁶⁷ Toplu suç, aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç ifade eder (CMK m. 2/1,k).

⁷⁶⁸ Taşdemir-Özkepir, s.374.

fıkrasında dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir (m. 251/5).

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250, 251 ve 252. maddeleri 6352 sayılı Kanunun⁷⁶⁹ 105. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olmakla beraber yürürlükte olduğu döneme ilişkin yapılan işlemlere konu tutukluluk veya gözaltında geçen süreler borçlanılabilir.

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'na⁷⁷⁰ göre; Sıkıyönetim komutanı bu Kanunda yazılı suçlardan sanık kişileri sıkıyönetim komutanlığı nezdindeki askeri mahkemeye sevk ve tutuklanmaları gerekip gerekmediği hakkında bir karar alınıncaya kadar gözetim altında tutabilir. Bu süre 15 günden fazla olamaz. Ancak, delillerin araştırılıp tespitinin uzun süre alması sebebiyle sanıkların 15 gün içinde hakim önüne çıkarılmalarına imkan bulunmaması halinde sanıklar soruşturmanın bitiminde ve herhalde 30 gün içinde yetkili hakim önüne çıkarılırlar. Gözetim altında bulunanlar ilk 15 gün sonunda hakim önüne çıkarılamadıkları takdirde sıkıyönetim komutanı bu kişilerin durumunu bu süre sonunda inceler ve hakim önüne çıkarılıp çıkarılmamaları konusunda karar verir. Aynı kişi için aynı suç isnadı sebebiyle yeni deliller çıkması gibi haklı bir sebep yok iken bu yetki bir defadan fazla kullanılamaz. (m. 15/5).

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda⁷⁷¹ polise belli durumlarda yakalama yetkisi verilmiştir (m. 13/1). Yakalanan kişilerden suç işlediği şüphesi altında olanlar adli mercilere sevk edilir (m. 13/7). Madde metninde sadece “adli mercilere sevk”ten bahsedildiği ve ayrı bir gözaltı süresi gösterilmediği için adli yakalamalar bakımından gözaltı süresi için *Ceza Muhakemesi Kanununun* 91 inci maddesi uygulanır.⁷⁷²

Yine adı geçen kanuna göre polis tarafından durdurulan kişilerin kimlik belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe

⁷⁶⁹ Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, RG. 05.07.2012, S.28344.

⁷⁷⁰ RG. 15.5.1971, S.13837.

⁷⁷¹ RG. 14.07.1934, S.2751.

⁷⁷² Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.138.

aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliğinin belirlenememesi halinde kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usûlü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır (m. 4/A-9).

2. Borçlanma Hakkına Sahip Olan Kişiler

41. maddenin (f) bendinde düzenlenen borçlanma hakkından yararlanabilecek olanlar sigortalı iken herhangi bir suçtan dolayı tutuklanan veya gözaltına alınan kişilerdir. Dolayısıyla sigortalılık tescilinden önce tutuklulukta veya gözaltında geçen sürelerin borçlanılabilmesi mümkün değildir.

Borçlanma hakkına sahip olan kişiler madde metninde “Bu kanuna göre sigortalı sayılanlar” şeklinde ifade edilmiştir. 5510 sayılı Kanuna göre sigortalı olanlar da 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bendi göre sigortalı olanlardır. Bunlar sırasıyla işçiler, bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileri şeklinde ifade edilebilir ve adı geçen kişiler 41. maddenin 1. fıkrasının (f) bendi kapsamında borçlanma yapabilirler.

İnceleme konusu borçlanma hakkına ilişkin olarak vurgulamak istediğimiz nokta borçlanılacak sürelerin hangi sigortalılık kapsamında geçtiğidir. Borçlanılacak süreler kişinin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı iken tutuklulukta veya gözaltında geçirdiği sürelerdir. Sigortalının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) veya (c) bendi kapsamında sigortalı iken tutuklulukta veya gözaltında geçirdiği süreler 41. maddenin 1. fıkrasının (f) bendi uyarınca borçlanılabilecek bir süre değildir. Bir diğer ifadeyle kişi tutuklandığı veya gözaltına alındığı sırada bağımsız çalışan veya kamu görevlisi sıfatına haiz ise prim ödemesi hususunda doğacak hukuki sonuçlar farklıdır. Zira yukarıda açıklandığı üzere işçinin tutuklanması veya gözaltına alınması halinde iş sözleşmesi kanunda öngörülen süreler zarfında askıya alınmakta ve işçi ücrete hak kazanamamaktadır. Bu nedenle adına prim de kesilmemektedir. 4 üncü

maddenin birinci fıkrasının (b) bendi anlamında sigortalı olan kişiler çalışmalarının niteliği gereği ücret almaları söz konusu olmadığı için tutukluluk veya gözaltında geçen sürelerle ilişkin primleri ödeyebilirler. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi anlamında sigortalı olup da Kanunları gereğince görevden uzaklaştırılanlar, tutuklananlar veya görevine son verilenlerin bu sürelerle ilişkin sigortalılıkları ve primleri ise özel olarak düzenlenmiştir.

Tutuklanan veya gözaltına alınan memurların durumu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 141. maddesinin birinci fıkrasına göre, görevden uzaklaştırılan ve görevi ile ilgili olsun veya olmasın herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınan memurlara bu süre içinde aylıklarının üçte ikisi ödenir. Haklarındaki görevden uzaklaştırma tedbiri kaldırılıp görevlerine tekrar başlatılanlara aylıklarının kesilmiş olan üçte biri ödenir (m. 141/2).

5510 sayılı Kanunun 45. maddesine göre de; bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olan sigortalılardan görevden uzaklaştırılan, görevi ile ilgili olsun veya olmasın herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan, kanunları gereğince eksik aylığa müstahak bulunanların prime esas kazançlarının yarısı; kanunlarına göre bu müddetler için sonradan görevlerine iade edilerek tam aylığa hak kazananların ise prime esas kazançlarının tamamı üzerinden prim alınır. Prime esas kazançların yarısı üzerinden prim alınanların prim ödeme gün sayısı bu sürelerin yarısı olarak hesap edilir (m. 45/1).

Görevine son verilenlerden yargı kararı ile görevlerine iade edilenlerin primleri, göreve son verildiği tarihten görevine başladığı tarihe kadar kendi kadrosunun veya emsali kadronun prime esas kazancına göre hesaplanır. Bu durumdakilerin primlerine ait sigortalı ve işveren hisselerinin gecikme cezası ve gecikme zamları kurumlarınca ödenir ve bu süreler sigortalılık süresinden sayılır (m. 45/2).

Söz konusu düzenleme gereğince tutuklandığı veya gözaltına alındığı tarihte 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olan

kişilerin daha sonra göreve iade edilmesi hâlinde, bu sürelerle ait primler alındığı için tutukluluk veya gözaltında geçen süreleri 41. maddenin 1. fıkrasının (f) bendi uyarınca borçlanmaları gerekmeyecektir. Dolayısıyla söz konusu borçlanma hükmü sadece 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendi bentleri kapsamında sigortalı olanlar için geçerlidir.⁷⁷³

Borçlanma talep tarihinde 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bendi bentleri kapsamında sigortalı olanların bu kapsamdaki sigortalılıklarından önce 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılıkları ve bu döneme ilişkin tutukluluk veya gözaltı süreleri varsa borçlanma yapmaları mümkündür. Bu durumda borçlanılan süreler, uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından; borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.

Borçlanma hakkına sahip olan sigortalıların hak sahipleri de söz konusu borçlanma imkânından yararlanabilir (m. 41/1).

3. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

Daha önceki kanunlarda olmayıp 5510 sayılı Kanunla getirilen, sigortalıların lehine olan söz konusu borçlanma hakkı, sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve uygulamayı engelleyen bir düzenlemenin olmaması nedeniyle 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce tutuklulukta veya gözaltında geçen süreler için de uygulanabilir.⁷⁷⁴

Tutuklulukta veya gözaltında geçen sürelerinin borçlanılabilmesi için öncesinde sigortalılık tescilinin yapılmış olması yeterlidir. Tutuklanma veya gözaltına alınma tarihinde ayrıca aktif sigortalı olunması gerekli değildir.⁷⁷⁵

Kanun söz konusu sürelerin borçlanılabilmesi için sigortalının herhangi bir suçtan dolayı tutuklanması veya gözaltına alınmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla sigortalının hakkında gözaltına alma veya tutuklanma kararı

⁷⁷³ Güzel-Okur-Caniklioglu, 2012, s.595.

⁷⁷⁴ Y 10. HD, 18.03.2013, 359/5041, Uyap Hakim Portalı, 10.09.2013.

⁷⁷⁵ Y 10. HD, 18.03.2013, 359/5041., Uyap Hakim Portalı, 10.09.2013.

verilmesine neden olan suçun niteliği ve nerede düzenlendiği önemli değildir. Kişi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlardan ötürü tutuklanmış veya gözaltına alınmış olabileceği gibi özel ceza yasalarında düzenlenen suçlar nedeniyle de tutuklanmış veya gözaltına alınmış olabilir.⁷⁷⁶

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tutuklama kararı veya gözaltına alma kararı vermeye yetkili makamlar belirtilmiştir. Diğer taraftan sigortalı yabancı bir mahkeme kararı veya uluslar arası bir mahkeme kararıyla da tutuklanmış olabilir. Borçlanma hakkının kullanılması bakımından tutuklama kararı veya gözaltına alma kararının hangi yetkili makam tarafından verildiğinin önemi yoktur.⁷⁷⁷ Esas olan sigortalının tutukluluk veya gözaltında belli bir süre geçirmiş olmasıdır.

Tutukluluk veya gözaltında geçen sürelerin borçlanılabilmesi için sigortalının tutuklanmasına veya gözaltına alınmasına neden olan suça ilişkin yapılan ceza yargılaması sonucunda hakkında beraat hükmü verilmiş olması gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesinin 2. fıkrasına göre şu hallerde kişi hakkında beraat kararı verilir :

- a)Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
- b)Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
- c)Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
- d)Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
- e)Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması.

Hukukumuzda göre ceza yargılaması sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı olmak üzere altı çeşit hüküm verilebilir (CMK m. 223). Kanunda tutukluluk ve gözaltında geçen sürelerin borçlanılabilmesi

⁷⁷⁶ Akyiğit, s.56 vd.

⁷⁷⁷ Akyiğit, s.56 vd.

için açıkça beraat kararı arandığı için yargılamanın sonunda diğer hüküm çeşitlerinden birinin verilmesi hâlinde borçlanma mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte tutuklu olarak yargılandığı ve mahkum olduğu ceza davası kararının temyizi safhasında vefat etmesi nedeniyle mahkumiyet kararı kesinleşmeyen ve bu durumda hakkında açılan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilen sigortalılar açısından Yargıtay dikkat çekici bir karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre; bu durumda sanık için suçsuzluk karinesi geçerlidir. Sanık haklarından birisi olan suçsuzluk karinesi, bir suçtan dolayı kovuşturulan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu olarak kabul edilmemesini ifade eder. Bu durumda sanığın suçsuzluk hâlinin hukuki nitelik olarak, sosyal güvenlik ilkeleri ışığında 5510 sayılı Kanunun 41. maddenin 1. fıkrasının (f) bendi belirtilen "beraat" hükmünde değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla tutuklu kalınılan sürelerin borçlanması da mümkündür. Aksinin kabulü idari ve adli olarak suçsuzluk karinesinin ihlali anlamına gelir.⁷⁷⁸

Yargıtay'a göre; tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilmeye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmün tutuklu hâle gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira, hakkında mahkumiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkumiyet hükmü olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır.⁷⁷⁹

Yargıtay'ın bu içtihadı bağlamında tutukluluğa ilişkin azami sürelerin temyiz incelemesi nedeniyle aşılması hâlinde azami süreyi aşan tutukluluk sürelerinin borçlanılıp borçlanılamayacağı tartışılmalıdır. Kanaatimizce borçlanma hukuku açısından tutuklama ve buna ilişkin uzatma sürelerine ilk

⁷⁷⁸ Y 10. HD, 18.03.2013, 359/5041., Uyap Hakim Portalı, 10.09.2013.

⁷⁷⁹ Y CGK, 12.04.2011, 1-51/42, Uyap Hakim Portalı, 11.09.2013.

derece mahkemesi ile Yargıtay'da geçecek süreler dahil edilmelidir. Sosyal güvenliğin kamusal niteliği, borçlanma kurumunun amacı ve temyiz aşamasında sanık hakkında suçsuzluk karinesinin varlığını koruyor olması karşısında söz konusu sürelerin borçlanılabilmesi mümkün olmalıdır.

Tutukluluk ve gözaltında geçen sürelerin borçlanılabilmesi için sigortalı hakkında tutuklama veya gözaltına alma kararının verilmesi gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Tutuklama veya gözaltına alma kararının infaz edilmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle fiilen tutukluluk veya gözaltında geçen süreler borçlanılabilir. Kişinin kararın alınmasından sonra kaçması veya yokluğunda yapılan yargılamada hakkında gıyabi tutuklama kararı verilmiş olması⁷⁸⁰ hâlinde borçlanma hakkından söz edilemez.

Sigortalıların tutuklandıkları veya gözaltına alındıkları zamanın yasal veya sözleşmesel olarak iş görme borcu altında olmadığı bir döneme denk gelmesi mümkündür. Örneğin kişi iş sözleşmesinin askıda olduğu grev veya lokavt döneminde tutuklanabilir veya gözaltına alınabilir. Sigortalıların borçlanabilecekleri sürelerden biri de aşağıda açıklanacağı üzere grev ve lokavtta geçen sürelerdir. Böyle bir hâlde ortada 5510 sayılı Kanun kapsamında borçlanmaya konu yapılabilecek iki durum söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce borçlanılacak sürelerin bu şekilde birleşmesi durumunda uzun olan sürenin borçlanması ile yetinilmelidir. Her iki durum için de ayrı ayrı borçlanma yapılamaz. Aksi hâlde süreler açısından mükerrer değerlendirme söz konusu olur. Ancak sürelerin kısmen birleşmesi ve bir duruma ilişkin sürenin bitmesi hâlinde diğer duruma ilişkin kalan süre de borçlanılabilir. Grev veya lokavtın sona ermesine rağmen tutukluluk veya gözaltı hâlinin devam etmesinde durum böyledir.

VIII. GREV VE LOKAVT SÜRELERİNİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

Grev ve lokavt durumunda işçinin hizmet borcu ve bunun karşılığı olan işverenin ücret ödeme borcu grev ve lokavt süresince askıda kalmakta,

⁷⁸⁰ Akyiğit, s.57.

grev ve lokavtın bitiminde ise iş sözleşmesi bütün hükümleri ile devam etmektedir. Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ödenmez.⁷⁸¹ Ücret ödenmeyen bu dönem için prim de kesilmemesi sebebiyle grev ve lokavtta geçen süreler sosyal güvenlikte değerlendirilemez.

Grev ve lokavt sürelerinin borçlanılabilmesi imkânının getirilmesinden önce grev ve lokavt süresince sigortalının kazancından söz edilemeyeceği için söz konusu süreler malulluk, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim ödeme gün sayısına dahil edilmemekteydi.⁷⁸² Grevde geçen süreler sigortalılara prim ödeme gün sayısı olarak yansımadığı için işçiler mağdur olmaktaydı.⁷⁸³ Nitekim söz konusu işçiler uzun vadeli sigorta yardımlarından yararlanabilmek için emsallerine nazaran grevde geçen süre kadar daha fazla çalışmak durumunda kalmaktaydılar.⁷⁸⁴ Sigortalı işçinin Anayasal hakkı olan grev hakkını kullanırken aynı zamanda bir diğer Anayasal hakkı olan sosyal güvenlik hakkından mahrum kalması sosyal hukuk devletinde kabul edilemeyecek bir uygulamadır. Söz konusu mağduriyeti ortadan kaldırabilmek amacıyla prim ödenmeyen grev ve lokavt sürelerinin borçlanılabilmesi kabul edilmiştir.

Grev ve lokavt sürelerinin borçlanılarak sigortalılık süresinden sayılması sigortalıların ve sendikaların grev ve lokavtla ilgili kararlarını almakta ve uygulamakta daha rahat hareket etmelerini sağlayacak ve sigortalıların bu süreleri borçlanabildiği ölçüde emeklilik haklarına ulaşması kolaylaşacaktır.⁷⁸⁵ Yine borçlanma hakkı sigortalının bir başka kanunla verilen hakkı kullanması dolayısıyla kayba uğramasını engelleyecektir.⁷⁸⁶ Dolayısıyla borçlanma hakkı grev veya lokavt süresince ücret alamayan işçilerin sosyal güvenlik haklarının korunması bakımından isabetli olmuştur.⁷⁸⁷

⁷⁸¹ Sur, Grev Kavramı, s.109.

⁷⁸² Sözer-Saraç, 4958 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişiklikler, s.52.

⁷⁸³ Vural, s.13.

⁷⁸⁴ Tozan, s.210.

⁷⁸⁵ Alper, 4958 sayılı Kanun ve Getirdikleri, s.13.

⁷⁸⁶ Ayan, s.167.

⁷⁸⁷ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.230; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.332; Tozan, s.210.

4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu⁷⁸⁸'nin 34. maddesinin 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (F) bendinde yaptığı değişiklik ile ilk kez sigortalılara 06.08.2003 tarihinden geçerli olmak üzere⁷⁸⁹ grev ve lokavtta geçen sürelerini borçlanabilme imkânı tanınmıştır. (506 sayılı Kanun, m. 60/F).⁷⁹⁰ Buna göre; sigortalıların grev ve lokavtta geçen süreleri, grev ve lokavtın sona ermesinden itibaren altı ay içinde kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları halinde ve bu Kanunun 78 inci maddesi ile belirlenen prime esas kazancın alt ve üst sınırları arasında olmak suretiyle, talep tarihindeki tutarı üzerinden hesaplanacak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde ödemeleri şartıyla borçlandırılır. Borçlandırılan sürenin karşılığı olan gün sayısı sigortalının prim ödeme gün sayısına katılır. Bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür.

5510 sayılı Kanun da grev ve lokavt sürelerinin borçlanılabilmesi imkânını kabul etmiştir (5510 sayılı Kanun, m. 41/g). 5510 sayılı Kanuna göre; bu Kanuna göre sigortalı sayılanların grev ve lokavtta geçen 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 (m. 41/g).

İş sözleşmesinin askıya alındığı ve borçlanmaya konu grev ve lokavt süreleri; kanunî grev ve kanunî lokavt süreleridir. Kanundışı grev ve lokavt süreleri için hizmet borçlanması yapılamaz.⁷⁹¹ Kanundışı grevde geçen sürelerin borçlanması grev hakkını kanuna uygun olarak kullanmayan işçilerin ödüllendirilmesi anlamına gelir ki bu da hem borçlanma kurumunun

⁷⁸⁸ RG. 06.08.2003, S.25191.

⁷⁸⁹ Vural, s.13.

⁷⁹⁰ Alper, 4958 sayılı Kanun ve Getirdikleri, s.13; Sözer-Saraç, 4958 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişiklikler, s.52; Tuncay, 4958 Sayılı Kanun, s.106.

⁷⁹¹ Tozan, s.210; Tuncay, 4958 Sayılı Kanun, s.106; Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s.556; Vural, s.14.

hem de kanundışı grevi düzenleyen kanun hükümlerinin amacına aykırı düşer. Kanundışı lokavtta geçen sürelerin ise borçlanılmasına gerek yoktur. Zira kanundışı lokavt süresince iş sözleşmesinden doğan haklar işçiye ödeneceği için işçi ücrete hak kazanır.⁷⁹²

Kanundışı grev ve lokavt süreleri için hizmet borçlanması yapılamayacağından öncelikle grev ve lokavtın tanımlanması ve kanuna uygunluk koşullarının tespit edilmesi gerekir.

B. Grev Kavramı

Genel olarak çoğulcu demokrasilerde tanınan⁷⁹³ grev hakkı uluslararası belgelerde, ülke anayasaları ve yasalarında ifadesini bulmaktadır.

Grevin güvenceye alındığı ilk bağlayıcı uluslararası belge 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı⁷⁹⁴’dır. Daha sonra kabul edilen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda da toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve işverenlerin, daha önce yapılan toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülüklerle bağlı olmak koşuluyla grev hakkı dahil, toplu eylem hakkının tanınacağı belirtilmek suretiyle grev hakkına yer verilmiştir (m. 6/4). 1996 tarihli Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁷⁹⁵’nde de grev hakkına yer verilmiştir. Adı geçen sözleşmeye göre taraf devletler kullanıma şartları her bir ülkenin yasalarıyla düzenlenmiş olan grev hakkını tanımayı taahhüt ederler (m. 8/1,d). Uluslararası Çalışma Örgütü’nün hiçbir sözleşmesinde grev hakkı açıkça tanınmamakla birlikte Sendika Özgürlüğüne ilişkin 87 sayılı sözleşmede sendikaların faaliyetleri içinde grev hakkının da zorunlu olarak yer aldığı kabul edilmektedir.⁷⁹⁶

⁷⁹² Sur, Toplu İlişkiler, s.484.

⁷⁹³ Sur, Toplu İlişkiler s.392.

⁷⁹⁴ Türkiye ilk şartı 1989 tarihinde, Gözden Geçirilmiş Şartı ise sendika ve grev hakkına ilişkin 5 .ve 6. maddelerini dışlayarak 2007’de onaylamıştır. RG. 9.4.2007, S.26488.

⁷⁹⁵ Türkiye adı geçen sözleşmeyi 2003 tarihinde imzalamıştır. RG. 11.8.2003, S.22196.

⁷⁹⁶ Sur, Toplu İlişkiler, s.392 vd.

Türk Hukukunda 3008 sayılı İş Kanunu ile yasaklanan grev hakkı 1961 Anayasası ile anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir.⁷⁹⁷ 1963 yılında 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile de yasal düzenlemeye konu olmuştur. 1982 Anayasası da sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında grev hakkını düzenlemiştir. Anayasanın 54. maddesine göre; toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmalarının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir (m. 54/1). Maddenin diğer fıkralarında da grev hakkına ilişkin anayasal sınırlamalara yer verilmiştir. Buna göre,

“Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.

(Üçüncü fıkra mülga: 7/5/2010-5982/7 md.)

Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir.

Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Yüksek Hakem Kurulunun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.

(Yedinci fıkra mülga: 7/5/2010-5982/7 md.)

Greve katılmayanların işyerinde çalışmaları, greve katılanlar tarafından hiç bir şekilde engellenemez.”

Grev hakkının kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmalarının usul ve şartları ile kapsam ve istisnalarının kanunla düzenleneceği hükmünden hareketle 1983 tarihinde 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu⁷⁹⁸ çıkarılmıştır. 2822 sayılı Kanun 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş

⁷⁹⁷ Sur, Toplu İlişkiler, s.395.

⁷⁹⁸ RG. 7.5.1983, S.18040.

Sözleşmesi Kanunu⁷⁹⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Adı geçen kanuna göre; işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir (m. 58/1). 2822 sayılı Kanunda da aynı tanım yer almaktaydı (m. 25/1).

1. Tanım

Grev, işçilerin isteklerini elde etmek için hizmet sözleşmesini geçici bir süre için ifa etmeme niyetlerini açıklayan, işi topluca ve bir karara uyarak bırakmalarıdır. Grevde amaç, yeni çalışma şartlarının işverene kabul ettirilmesi konusunda işverenin işçilerle anlaşmaya varmasını sağlamaktır.⁸⁰⁰

Kanundaki tanıma göre; işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denilir (m. 58/1).

Kanun bu tanımlama ile işçilerin işlerini bıraktıkları her durumu grev olarak kabul etmemekte, kanundaki tanıma uyan davranışları grev olarak kabul etmektedir.⁸⁰¹ Kanundaki bu tanımdan hareketle grevin maddî ve manevî olmak üzere iki unsuru vardır⁸⁰² :

a) Maddî unsurlar

aa) İş bırakanların işçi olması

⁷⁹⁹ RG. 07.11.2012, S.28460.

⁸⁰⁰ Yüksel, s.114.

⁸⁰¹ Yüksel, s.114.

⁸⁰² Sur, Toplu İlişkiler s.400.

Hukuki anlamda grev bağımlı çalışanların başvurabileceği bir iş mücadelesi yöntemi olduğu için bağımsız çalışanların grev yapmalarından söz edilemez. Bununla birlikte bağımlı çalışanlar olarak memurlar da hukukumuzda grev hakkına sahip değildir. Şu halde tüm bağımlı çalışanlar değil bir işverenin emir ve talimatı altında iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişiler, yani işçiler grev hakkına sahiptir. Grevin aktif sujesi işçilerdir. İş bırakmanın grev sayılabilmesi için iş bırakanların işçi olması gerekir. Hangi kanun kapsamında olursa olsun işlerini bırakan kimselerin iş sözleşmesine göre çalışmaları gerekli ve yeterlidir.⁸⁰³ Dolayısıyla Sendikalar Kanununda işçi sayılıp da iş sözleşmesi ile çalışmayanlar grev hakkına sahip işçi olarak kabul edilemezler.

İşlerini bırakan işçilerin iş bıraktıkları anda işçi sıfatına sahip olması gerekir. Grevden söz edebilmek için işçi, çalışma yükümlülüğü bulunduğu hâlde çalışmaktan kaçınmış olmalıdır. İşçi sıfatı taşımayan veya bu sıfatı sona ermiş kişilerin çalışmaktan kaçınmaları hâlinde grevden söz edilemez.⁸⁰⁴

bb) İşin topluca bırakılmış olması

Grev, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde bir araç ve toplu iradenin sonucu olarak gerçekleşmesi gereken bir hareket olduğu için iş bırakmanın işçi topluluğu tarafından yapılması gerekir. Grev toplu bir hareket niteliğinde olmakla beraber kanunda grevin varlığı için herhangi bir asgari işçi sayısı öngörülmemiştir. Grev için kesin bir sayı sınırı aramaktan öte işverene karşı baskı oluşturabilecek yeterli sayıya bakılmalıdır. Bu sebeple bir işyerinde grevden söz edebilmek için o işyerindeki tüm işçilerin işlerini bırakmaları zorunlu değildir. Ancak tek bir işçinin işini bırakması da tek başına grev oluşturmaz.⁸⁰⁵ Tek bir işçinin kendi kararıyla iş bırakma veya yavaşlatma

⁸⁰³ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.538 vd.; Yüksel, s.115.

⁸⁰⁴ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.539; Yüksel, s.115.

⁸⁰⁵ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.541; Yüksel, s.115

eylemi bireysel bir harekettir ve disiplinsizlik veya akdin feshi sebebi olarak değerlendirilebilir.⁸⁰⁶

cc) İfa yükümlülüğü olan işin bırakılması

İşçilerin işi bırakmasının grev sayılabilmesi için işçilerin mevzuat, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, mesleki örf adet kuralları ve dürüstlük kuralı gereği işverene karşı ifa ile yükümlü oldukları işi bırakmaları gerekmektedir.⁸⁰⁷ İşçilerin bu çerçevede işgörme borcunu iradi olarak yerine getirmekten kaçınmaları hâlinde grevden bahsedilebilir.⁸⁰⁸

İş bırakmanın grev hakkı dışında başka bir hakka dayandığı durumlarda grevden söz edilemez. İşçinin kabulüne bağlı fazla çalışmanın reddedilmesi, işverenin muvafakatı ile işin bırakılması, hastalık veya imkânsızlık nedeniyle işe gelmeme⁸⁰⁹, çalışmaktan kaçınma hakkının aynı anda birden fazla işçi tarafından kullanılması⁸¹⁰ durumlarında grevden söz edilemez.

dd) İşin tamamen bırakılması

Kanuni grev kavramında işçilerin işi tamamen bırakması unsuru aranmaktadır.⁸¹¹ İşçilerin işi bırakmaksızın işi yavaşlatarak verimi düşürmeleri veya kötü ifada bulunmaları söz konusu olabilir. Bu durumlar hukukumuzda grev olarak kabul edilmemektedir. 2822 sayılı Kanunda işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyidelerinin uygulanacağı öngörülmüştü (m. 25/3). Öte yandan işyerinin bazı bölümlerinde işin bırakılması halinde de grevden söz edilebilir. Bu

⁸⁰⁶ Sur, Toplu İlişkiler s.401.

⁸⁰⁷ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.547; Sur, Grev Kavramı, s.76.

⁸⁰⁸ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.547.

⁸⁰⁹ Sur, Toplu İlişkiler s.403.

⁸¹⁰ Ücret ödenmemesi nedeniyle işin bırakılmasının ödemezlik definden hareketle grev oluşturmayacağı hakkında bkz. Sur, s.403 vd.

⁸¹¹ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.547; Sur, Grev Kavramı, s.49.

noktada işyerinin faaliyetinin önemli ölçüde aksaması hususu değerlendirilecektir.⁸¹²

İşçilerin işyerine gelmeyerek çalışmamaları veya çalışmayı bırakarak işyerini terk etmeleri durumunda işin bırakılması unsuru gerçekleşmiş olur. İşlerini bırakan işçiler işyerini terk edebilecekleri gibi işyerini terk etmemiş de olabilirler. Ancak kanunda greve katılan işçiler ile lokavta maruz kalan işçilerin işyerinden ayrılmak zorunda oldukları öngörülmüştür (m. 64/1).

b) Manevî unsurlar

aa) Toplu karar

Grevi karakterize eden unsurlardan biri, işçilerin grev yapma konusunda kendi aralarında anlaşarak veya bu konuda alınmış bir kuruluş kararına uyarak işi bırakmalarıdır.⁸¹³ Kanunda da belirtildiği üzere bir grevden söz edebilmek için işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmaları gerekmektedir.

İşçilerin işi bırakma konusunda anlaşmalarının herhangi bir şekil şartı yoktur. İşin bırakılmasından önce veya eylemle aynı anda anlaşmaya varılabilir. İşçilerin sendikalı veya sendikasız olması, yaşları, cinsiyetleri anlaşma bakımından önem arz etmez. Yeter ki anlaşma grevin işyerinde işi durdurmak veya önemli ölçüde aksatmak biçimindeki amacına yönelik olsun. Grevin amacının gerçekleştirilebilmesi için işçilerin aynı işyerinde çalışan işçiler olması gerekir. İşçilerin çalışmadıkları, herhangi bir ilgilerinin olmadığı işyerinde işi durdurmak veya önemli ölçüde aksatmak üzere anlaşmaları bir anlam taşımayacaktır.⁸¹⁴ Kararın işçiler arasında alınmış olmasında bu karara katılanlar bakımından asgari bir sayı veya oran aranmamaktadır. Ancak bireysel kararlar alınan işi bırakma kararının tek başına grev oluşturmayacağını yukarıda belirtmiştik. Ancak öğretide, özde kolektif nitelik

⁸¹² Yüksel, s.116.

⁸¹³ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.555 vd.

⁸¹⁴ Yüksel, s.118.

taşıdığı için alınan bir sendika kararı üzerine işyerinde tek işçinin işini bırakmasının da grev teşkil etmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸¹⁵

Grev kararı genellikle bir örgüt tarafından alınır. Grevin oluşabilmesi için örgüt tipleri arasında ayırım yapılmamakla beraber grevin yasal olabilmesi için yetkili sendika tarafından kararlaştırılmış olması gerekir.⁸¹⁶ Kuruluş kararı sonucunda greve katılan işçinin kuruluş üyesi olması gerekmez.⁸¹⁷

bb) Amaç unsuru

Bir işyerinde toplu olarak işin bırakılması her zaman grev oluşturmaz. Hukukî olarak grevin varlığından söz edebilmek için işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşmış olmaları veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmaları gerekmektedir.

İşyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacı grevi diğer toplu hareketlerden ayırır. Böyle bir amaç olmaksızın işi bırakan işçiler grev yapmış olmazlar. İşyerindeki faaliyetin durmasını veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksamasını sağlayabilecek sayıda işçinin olmamasının grevin oluşumunu etkilemeyeceği savunulmaktadır.⁸¹⁸

2. Kanuni Grev

Borçlanmaya konu grevin kanuni nitelikte olması gerekir. 6356 sayılı Kanuna göre; toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir (m. 58/2). Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır (m. 58/3).

⁸¹⁵ Sur, Toplu İlişkiler, s.406. Aksi görüş için bkz. Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.556 vd.

⁸¹⁶ Sur, Toplu İlişkiler, s.412.

⁸¹⁷ Yüksel, s.118.

⁸¹⁸ Sur, Toplu İlişkiler, s.407; Yüksel, s.117.

Kanunî grev, kanunun koruma altına aldığı grev türüdür. Grev, kanuna uygun olarak başladığı ve devam ettiği sürece grev kararını alan ve uygulayan sendika ile greve katılan işçiler mevzuatta öngörülen güvencelerden yararlanabilirler. Uygulamaya konulan bir grevin kanuni nitelikte olup olmadığının tespit edilebilmesi için öncelikle kanuni grev için aranan koşullara bakılması gerekir. Çünkü kanundışı grev, kural olarak, kanuni bir grevde olması gereken unsurlardan birinin veya birkaçının yokluğu durumunda ortaya çıkar.⁸¹⁹

Grevin kanuna uygun olabilmesinin koşullarını şu şekilde sınıflandırmak mümkündür:

a) Grevin amacı

Hukukumuzda sadece meslekî amaçlı grevlere izin verilmiştir. Grevde amaç, işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını korumak ve düzeltmektir. Ancak toplu iş sözleşmesinin yapılması sürecinde uyuşmazlık çıkması hâlinde greve gidilebilir. İşçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını ilgilendirse dahi toplu iş sözleşmesi süreci dışında yapılan hiçbir grev yasal değildir.⁸²⁰

b) Grev yasakları

6356 sayılı Kanuna göre; can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; bankacılık hizmetlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde ve hastanelerde grev yapılamaz (m. 62/1).

Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grevi yasaklayabilir. Yasağın

⁸¹⁹ Berksun-Eşmelioğlu, s.435 vd.

⁸²⁰ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.608 vd.; Sur, Toplu İlişkiler, s.409.

kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev uygulamasına devam edilir (m. 62/2).

Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev yapılamaz (m. 62/3).

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu⁸²¹'nin 3. maddesi uyarınca grev, lokavt yetkilerinin kullanılması sürekli olarak Sıkıyönetim komutanınca durdurulabilir veya izne bağlanabilir (m. 3/1,f).

c) Usul şartları

Grev kararının alınması ve başlamasına ilişkin süreç 6356 sayılı Kanunda düzenlenmiştir (m. 61). Kanuni bir grevden söz edebilmek için Kanundaki usule uyulmalıdır.

C. Lokavt Kavramı

Lokavt, bir veya birden fazla işveren tarafından bir iş mücadelesi amacına ulaşmak için işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasıdır. Kanunumuzda lokavt hak olarak kabul edilmemiştir. Grev kararının alınıp karşı tarafa tebliğ edilmesinden sonra lokavta gidilebilir. Dolayısıyla hukukumuzda saldırı lokavtının aksine savunma lokavtına izin verilmiştir.⁸²²

1. Tanım

6356 sayılı Kanunun 59/1. maddesine göre, işyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denir.

Kanundaki tanımdan hareketle lokavtın unsurları şu şekildedir.

a) Lokavt kararı

⁸²¹ RG. 15.5.1971, S.13837.

⁸²² Berksun-Eşmelioğlu, s.444 vd., Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.668.

Lokavt kararının işverenin bizzat kendisi veya işveren vekili ya da sendika tarafından alınması gerekir.⁸²³ İşyerinin kapatılmasının zorlayıcı nedenlere değil, işverenin gerçek ve serbest iradesine dayanması gerekir. Aksi halde lokavttan söz edilemez.⁸²⁴

b) İşçilerin topluca işten uzaklaştırılmaları

Lokavttan söz edebilmek için işçilerin işyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda topluca uzaklaştırılmaları gerekir.⁸²⁵ Sadece bir kısım işçilerin uzaklaştırılarak, sürekli olarak görülecek işler hariç diğer işçilerin çalıştırılmaya devam edilmesi halinde lokavt gerçekleşmiş olmaz.⁸²⁶

c) İşten uzaklaştırmanın başka bir hakka dayanmaması

İşverenin kanuni bir hakkını kullanması sonucu işçileri işten uzaklaştırması toplu nitelikte de olsa lokavt sayılamaz.⁸²⁷

6356 sayılı Kanunun 64/1. maddesine göre, işveren greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbesttir. Kanun işverene greve katılmak istemeyen işçileri çalıştırıp çalıştırmamak yetkisini verdiği için işçileri çalıştırmama yoluna giden işveren işyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olsa bile işverenin davranışı lokavt olarak nitelendirilemez. Yine işveren, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak suretiyle iş akitlerini bildirim surelerine uymak suretiyle feshedebilir (4857 sayılı Kanun, m. 18/1). İşverenin kanundaki bildirim sürelerine ve kanunî usule uyarak birden çok işçinin sözleşmesini feshederek işçileri topluca işten çıkarılması durumunda kanuni bir hakkın kullanımı söz konusu olduğu için işverenin davranışı lokavt oluşturmaz.⁸²⁸

2. Kanuni Lokavt

⁸²³ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.669; Sur, Toplu İlişkiler, s.476 vd.

⁸²⁴ Sur, Toplu İlişkiler, s.476 vd.

⁸²⁵ Berksun-Eşmelioğlu, s.446; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.669.

⁸²⁶ Sur, Toplu İlişkiler, s.477.

⁸²⁷ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.669.

⁸²⁸ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.669.

Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması hâlinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavta kanuni lokavt denir (m. 59/2). Kanuni lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan lokavt kanun dışıdır (m. 59/3).

Lokavtın kanuna uygun olmasının koşulları şu şekildedir:

a) Lokavtın amacı ve zamanı

Kanuni bir lokavt kararından bahsedebilmek için lokavt kararının öncesinde kanuni bir grev kararının alınmış olması gerekir.⁸²⁹ Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altmış gün içinde lokavt kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya koyabilir (m. 60/2).

b) Lokavt yasakları, ertelenmesi ve kötüye kullanılması

Lokavt yasakları ve ertelenmesi konusu grev ile müşterek hükümlerle düzenlenmiştir (m. 62). Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir (m. 63/1).

D. Grev ve Lokavt Kararının Alınması, Tevdii, Tebliğ ve İlanı

Grev kararı, 50 nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir. Bu süre içerisinde, grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi hâlinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer (m. 60/1).

Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altmış gün

⁸²⁹ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.671.

içinde lokavt kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya koyabilir (m. 60/2).

Grev ve lokavt kararları, kararı alan tarafça işyeri veya işyerlerinde derhâl ilan edilir (m. 60/3).

Bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı veya lokavt düşer. Süresi içinde grev kararı uygulamaya konulmamışsa ve alınmış bir lokavt kararı da yoksa veya lokavt da süresi içinde uygulamaya konulmamışsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (m. 60/4).

Grev ve lokavt kararlarının uygulanacağı tarih, kararı alan tarafça karşı tarafa tebliğ edilmek üzere notere ve bir örneği de görevli makama tevdi edilir. Uygulama tarihi, kararı alan tarafça ayrıca işyeri veya işyerlerinde derhâl ilan edilir (m. 60/5).

Grup toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda grev kararı, uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir(m. 60/6).

E. Grev ve Lokavtın Başlaması

Grev kararı, 50 nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir (m. 60/1).

Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altmış gün içinde lokavt kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya koyabilir (m. 60/2).

F. Grev ve Lokavtın İş Sözleşmelerine Etkisi

Grevin iş sözleşmelerine etkisi 6356 sayılı Kanunun 66. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; Kanuni bir grev kararının alınmasına katılma, teşvik etme, greve katılma veya greve katılmaya teşvik etme nedeniyle bir işçinin iş sözleşmesi feshedilemez (m. 66/2).

Kanuni greve katılan, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip de grev nedeniyle çalıştırılmayan ve kanuni lokavta maruz kalan işçilerin iş sözleşmeleri grev ve lokavt süresince askıda kalır (m. 67/1).

Kanuni greve katılan işçinin akdî yükümlülüklerine aykırı bir davranışı, disiplinsizliği, devamsızlığı söz konusu olmadığı, aksine bir hakkın kullanımı söz

grev durumunda iş sözleşmesinden doğan borçların tümü değil, işçinin iş görme borcu, işverenin de ücret ödeme borcu askıda kalır.⁸³⁰ Aynı durum lokavt için de geçerlidir. Dolayısıyla lokavt durumunda da iş sözleşmesi askıya alınacak, işveren işçilere iş vermeyecek ve ücret ödemeyecektir.⁸³¹

Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz (m. 67/3).

Grev ve lokavt süresince işçiler, sigorta yardımlarından 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun ilgili hükümlerine göre yararlanır (m. 66/3).

G. Grev ve Lokavtta Geçen Sürelerin Borçlanması

Grev ve lokavt süresince çalışmayan veya çalıştırılmayan işçiler iş sözleşmesi askıya alındığı için ücrete hak kazanamazlar.⁸³² Çünkü ücret çalışmanın karşılığıdır ve grev ve lokavt sırasında işçinin çalışması söz konusu değildir.⁸³³ Grev ve lokavt süresince ücret ödenmediği için ücret kesintileri gerçekleştirilmez. Bir diğer ifadeyle ücret ödenmediği sürece işverenin sigorta primlerini ödeme yükümlülüğü bulunmadığından sigortalı işçilerin bu döneme ilişkin primleri de ödenmemektedir.⁸³⁴ Primi ödemedi

⁸³⁰ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.694. Grev süresince devam eden borçlar için bkz. Berksun-Eşmelioğlu, s.608 vd.; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.694 vd.; Sur, Toplu İlişkiler, s.449 vd.

⁸³¹ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.704.

⁸³² Berksun-Eşmelioğlu, s.610; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.696.

⁸³³ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.696.

⁸³⁴ Başterzi, Fatma, s.230; Sur, Toplu İlişkiler, s.449; Tozan, s.210; Vural, s.13

geçirilen bu sürelerin de 5510 sayılı Kanun kapsamında borçlanılarak değerlendirilmesi mümkündür.

İş sözleşmesinin askıya alındığı ve borçlanmaya konu grev ve lokavt süreleri; kanuni grev ve kanuni lokavt süreleridir. Kanundışı grev ve lokavt süreleri için hizmet borçlanması yapılamaz.⁸³⁵

Grev ve lokavt durumunda borçlanılabilecek süreler grev ve lokavtın başlama ve bitiş tarihleri arasında geçen süredir. Ayrıca grev ve lokavt uygulaması devam ederken sigortalının ölmesi hâlinde hak sahipleri grev ve lokavt tarihinden itibaren ölüm tarihine kadar geçen süreyi borçlanabilirler.⁸³⁶

Grev ve lokavt kararı karşı tarafa tebliğinden itibaren altmış gün içinde ve karşı tarafa noter aracılığı ile altı işgünü önce bildirilecek tarihte uygulamaya konabilir (m. 60/1). Bildirilen bu tarih grev ve lokavtın başlangıç tarihidir. Grev ve lokavtın sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi halinde de grev ve lokavtın bitiş tarihi tespit edilir. Grev veya lokavtın sona ermesinin en doğal yolu grev veya lokavta karar vermiş olanların grev veya lokavtı kaldırma kararını almalarıdır.

Bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı veya lokavt düşer. Süresi içinde grev kararı uygulamaya konulmamışsa ve alınmış bir lokavt kararı da yoksa veya lokavt da süresi içinde uygulamaya konulmamışsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (m. 60/4).

Kanuni bir grev veya lokavtı sona erdirme kararı, kararı alan tarafça ertesi iş günü sonuna kadar yazı ile karşı tarafa ve görevli makama bildirilir (m. 75/1). Grevin veya lokavtın sona erdiği, görevli makam tarafından işyerinde ilan edilir. Kanuni grev ve lokavt, ilanın yapılması ile sona erer (m. 75/2). Grevin uygulanmasına son verilmesi lokavtın, lokavtın uygulanmasına son verilmesi grevin kaldırılmasını gerektirmez (m. 75/3). Grevi uygulayan işçi sendikasının herhangi bir nedenle kapatılması, feshedilmesi veya infisah etmesi hâllerinde grev ve alınmış bir karar varsa lokavt kendiliğinden sona erer ve yetki belgesi hükümsüz olur (m. 75/4). Bu durumda grevin bitiş tarihi

⁸³⁵ Tozan, s.210; Tuncay, 4958 Sayılı Kanun, s.106; Vural, s.14.

⁸³⁶ Tozan, s.211.

birinci fıkradan farklı olarak ilan tarihi değil, işçi sendikasının kapatılma, feshedilme veya infisah tarihi veya faaliyetinin durdurulduğu tarihtir. Lokavtı uygulayan işveren sendikasının herhangi bir nedenle kapatılması, feshedilmesi veya infisah etmesi hâllerinde lokavt kendiliğinden sona erer (m. 75/5). Grevi uygulayan sendikanın, yetki tespiti için başvurduğu tarihte işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti hâlinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği ikinci fıkradaki usule göre ilan edilir (m. 75/6). Bu durumda da grevin bitiş tarihi mahkemece belirlenecek olan tarihtir.

Taraflar toplu iş sözleşmesi akdeder veya anlaşarak hakeme gitmeyi kararlaştırırsa (m. 58/2) grevin ayrı bir karar alınmaksızın kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir. Akit veya karar tarihi de grevin bitiş tarihi olmaktadır.

IX. FAHRİ ASİSTANLIKTAKİ GEÇEN SÜRELERİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi ile hekimlere, fahri asistanlıkta geçen sürelerini borçlanma imkânı getirilmiştir.

Fahri asistanlık yabancı uyruklu kişilerin Türkiye'de asistan olabilmelerini ifade eder. Fahri asistanlık kurumu 19 Haziran 2002 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Tıpta Uzmanlık Tüzüğü⁸³⁷ 'nde düzenlenmiştir. Tüzüğün 19. maddesine göre, yabancı uyruklular; maddede öngörülen şartları sağlamaları halinde aylıksız olarak asistanlığa kabul edilirler (m. 19/1). 34. maddede de Türkiye'de yabancı uyruklu olarak uzmanlık eğitimi görmekte iken asistanlık süresi içinde Türk uyruğuna geçenler, kadrosuz ve aylıksız olarak asistanlığa devam ederler (m. 34/1). Ayrıca asistanların, uzmanlık eğitiminin gerektirdiği öğrenim, eğitim, araştırma ve uygulama çalışmaları dışında, kamu veya özel kurum ve

⁸³⁷ RG. 19.6.2002, S.24790.

kuruluşlarda aylıklı veya aylıksız hiçbir görev alamazlar, muayenehane açamazlar, eğitim gördükleri uzmanlık dalının uygulamasından sayılamayacak işlerde görevlendirilemeyecekleri de öngörülmüştür (m. 20/1).

Tıpta Uzmanlık Tüzüğü, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük⁸³⁸ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Birçok üniversitede kadro bulunmamakla birlikte uygulamada doktorların fahri olarak asistanlık yaptıkları görülmektedir.⁸³⁹

B. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

Yukarıda bahsi geçen düzenlemeler uyarınca asistanlar, asistanlık süresi boyunca aylık almaksızın görev alırlar ve adlarına prim kesilemediği için sosyal güvenceden yoksun kalmaktadırlar. 5510 sayılı Kanun ile de söz konusu dönemin telafi edilebilmesi amacıyla fahri asistanlıkta geçen sürelerin borçlanması öngörülmüştür.

Fahri asistanlar ile ilgili olarak yargıya intikal eden uyuşmazlık Türk soylu yabancılara sosyal güvenlik hukukuna ilişkin mevzuata tabi olmaları karşısında fahri asistanlıkta geçen sürelerinin hizmet tespitine mi yoksa hizmet borçlanmasına mı konu edileceğidir.

Yargıtay'ın 22.01.2001 tarihli kararına konu olayda, Kıbrıs uyruklu davacı 1979-1983 tarihleri arasında fahri asistan olarak çalıştığı sürelerin tespiti talebinde bulunmuştur. Davada öncelikle olaydaki çalışma ilişkisinin hukukî niteliği tespit edilmiştir. Yargıtay'a göre; davacı ile davalı işveren arasındaki çalışma ilişkisinde, hizmet akdinin yasal koşullarından bulunan “zaman” ve “bağımlılık” unsurları mevcuttur ve davacının hastanede fahri asistan olarak çalışması bir başka ifade ile ücret almaması, çalışma ilişkisinin hizmet akdi niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Davacının hastane işyerinde fahri asistan olarak geçen çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayanmış olması nedeniyle de ücret ödenmese dahi davacı 506 sayılı Kanunun 2. maddesi kapsamında sigortalı (506 Sayılı Kanunun 3/II-A maddesi hükmü saklı

⁸³⁸ RG. 31.12.2009, S. 27449, 7. Mükerrer.

⁸³⁹ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.252.

tutularak) niteliğine sahiptir. Nitekim 506 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmüne göre bir hizmet akdine dayanılarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar. Yine 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunun 5. maddesi hükmünde, “bu kanun kapsamına girenlerin çalıştıkları kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde uygulanan personel sosyal güvenliğine ilişkin mevzuat hükümlerine tabi olacakları” öngörüldüğünden davacının Türk soylu yabancı sıfatıyla anılan kanun kapsamında bulunması hâlinde yasanın yürürlüğe girdiği 29.9.1981 tarihinden itibaren 506 sayılı Kanuna tabi sigortalı kabul edilerek tesbit istemi sonuçlandırılmalıdır.⁸⁴⁰

Yargıtay kararı doğrultusunda fahri asistan olarak çalışan kişi 506 sayılı Kanuna (şimdi 5510 sayılı Kanun) tabi sigortalı olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla fahri asistanlıkta geçen süreleri hizmet tespitine konu edilecektir. Bu durumda ise fahri asistanlıkta geçen sürelerin 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi kapsamında borçlanılıp borçlanılamayacağı tartışma konusu olacaktır.

Kanımızca fahri asistanların çalışmaları, Yargıtay kararında ifade edildiği üzere hizmet akdine dayanmaktadır. Böyle bir durumda diğer şartlarında oluşması koşuluyla hizmet tespiti davası açmak mümkündür.

X. SEÇİM KANUNLARI GEREĞİNCE GÖREVDEN İSTİFA EDİLMESİ HÂLİNDE AÇIKTA GEÇEN SÜRELERİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

5510 sayılı Kanunda, seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına

⁸⁴⁰ Y 10. HD, 22.01.2001, 2000/8477 , 2001/39 , www.corpus.com.tr, 23.02.2012. Aynı yönde bkz. Y 10. HD, 22.01.2001, 1999/3613 , 2001/37 ; Y 10. HD, 22.01.2001, 1999/3615 , 2001/38, www.corpus.com.tr, 23.02.2012.

kadar açıkta geçirdikleri süreleri borçlanabilecekleri öngörülmüştür. (m. 41/1,1).

İnceleme konusu borçlanma imkânı 5510 sayılı Kanun öncesinde 5434 sayılı Kanunda düzenlenmişti. Adı geçen Kanunun geçici 147. maddesinde “Seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edip de seçilenlerden emekliliklerini devam ettirenler ile seçilemeyenlerden yeniden Sandığın iştirakçisi olanlar, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden aybaşına kadar açıkta geçirdikleri süreleri için, istekler üzerine, 5434 sayılı Kanundaki esas ve oranlara göre borçlandırılırlar.” hükmü yer almaktaydı. Madde; 5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır (5510 sayılı Kanun m. 106/8).

Seçim kanunları gereğince seçime katılabilmek amacıyla görevlerinden istifa etmeleri gereken sigortalılar 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar, bir diğer ifade ile kamu görevlileridir.

B. Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

1982 Anayasası'nın 67. maddesinde; vatandaşların, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahip oldukları (m. 67/1) ve bu hakların kullanılmasının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir (m. 67/4). Seçme ve seçilme hakkının kullanılması ile ilgili usul ve esaslar da başta 1982 Anayasası olmak üzere, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Kamu hizmeti ifa eden kamu görevlileri de Anayasa hükmü gereğince milletvekili veya mahalli idare üyesi seçilme hakkına sahiptir. Ancak mevzuatımızda kamu görevlilerinin görev ve yetkilerinin niteliğinden hareketle

bazı kamu görevlilerinin seçimlere katılmadan önce görevlerinden çekilmeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Milletvekili ve mahalli idare seçimlerine katılan kamu görevlilerinin seçimden belli bir süre önce görevlerinden çekilmelerinin öngörülmesindeki amaç, kamu görevlilerinin kamu görevlisi statüsünden yararlanmaları, diğer adaylar karşısında avantajlı konuma gelmeleri, seçmenler üzerinde kendi yararlarına bir durum sağlamaları, sahip oldukları yetkileri kişisel çıkarları yönünde kullanmalarının önlenmek istenmesidir.⁸⁴¹

1. Milletvekili Seçimlerinde Adaylık

Milletvekili seçimlerinde kamu görevlilerinin adaylığına ilişkin olarak 1982 Anayasası'nda özel hüküm mevcuttur. Nitekim 1982 Anayasası'nın milletvekili seçilme yeterliliğini ve kamu görevlilerinin milletvekili seçimlerinde adaylık şartlarını düzenleyen 76. maddesinde, hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensuplarının, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamayacakları ve milletvekili seçilemeyecekleri öngörülmüştür (m. 76/3).

Anayasa, milletvekili seçimlerinde aday olabilmesi için görevden çekilme kuralını tüm kamu görevlileri için değil, maddede sayılan kamu görevlileri için öngörmüştür.

Milletvekili seçimlerinde uygulanacak usul ve esaslar 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu⁸⁴²'nda düzenlenmiştir. Milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin şartlar kanunun 10, 11, 17 ve 18. maddelerinde düzenlemiştir. 17. ve 18. maddeler seçimlerde aday olabilmek için görevden ayrılmaya ilişkindir. 17. maddede seçim kurullarında görevli hakimlerin

⁸⁴¹ YSK, Karar No:1987/658, 18.11.1987, Kaya, s.33, dn. 1. Ayrıca bkz. Döner, s.740.

⁸⁴² R.G. 13.6.1983, S.18076.

seçimlerde adaylığı düzenlenirken, 18. maddede de diğer kamu görevlilerinin durumu düzenlenmiştir.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 5980 sayılı Kanunla değişik "Adaylık için Görevden ekilmesi Gerekenler Başlıklı" 18. maddesine göre; hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yüksek ğretim kurumlarındaki ğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu, Radyo ve Televizyon st Kurulu yeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, aday olmak isteyen belediye başkanları ve subaylar ile astsubaylar, aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ile yönetim kurulu başkan ve yeleri ile belediye meclisi yeleri, il genel meclisi yeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile st birliklerin ve bunların st kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlar genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler.

Yine kanunun 17. maddesine göre; Yüksek Seçim Kurulu ve il seçim kurulu başkan ve yeleri ile ile seçim kurulu başkanları, bu görevlerinden ancak adaylıklarını koymaları halinde çekilebilirler. Adaylığı tercih edenler, bu tercih haklarını genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce, seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde kullanabilirler (m. 17/1).

Anayasanın 76. maddesinde, kamu görevlilerinin "görevlerinden çekilmedikçe" aday olamayacakları ve milletvekili seçilemeyecekleri, Milletvekili Seçimi Kanununun 18. maddesinde ise, kamu görevlilerinin "görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça" milletvekilliğine adaylıklarını koyamayacakları ve aday gsterilemeyecekleri belirtilmektedir. Yüksek

Seçim Kurulu kararlarında⁸⁴³ ve ğretide⁸⁴⁴ “ekilme” ve “ayrılma” ibarelerinin kamu personel hukukundaki kamu örevlisinin kamu örevliliği statüsünü sona erdiren istifa ve emeklilik durumunu kapsadığı ifade edilmektedir. Başka bir anlatımla, istifa veya emeklilik suretiyle ayrılma arasında fark aranmadan, “örevden ayrılma” biçiminde kapsayıcı bir ifade kullanılmıştır. Bu durumda bir kamu örevlisinin milletvekilli adayı veya mahalli idareler seçimlerinde adaylık gerektiren örevlere aday olabilmesi için süresinde istifa etmesi⁸⁴⁵ veya emekliliğini talep etmesi gerekmektedir.⁸⁴⁶

⁸⁴³ YSK, Karar No: 2008/276, 15.11.2008, Döner, s.763;
<http://www.ysk.gov.tr/ysk/KararArsivi.html>, 03.02.2012. Aynı yönde bir başka karar için bkz.
YSK, Karar No:2011/141, 04.03.2011, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/KararArsivi.html>, 03.02.2012.

⁸⁴⁴ Döner, s.767; Kaya, s.36.

⁸⁴⁵ Ateş, s.390.

⁸⁴⁶ Döner, s.767; Kaya, s.36.

2. Mahallî İdare Seçimlerinde Adaylık

1982 Anayasası'nda mahallî idare (yerel yönetim) seçimlerinde kamu görevlilerinin adaylığına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Mahallî idarelerin kuruluşunun düzenlendiği 127. maddede mahallî idarelerin seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu belirtilmiş (m. 127/1) olup mahallî idare kadrolarına seçilecek kişilerin seçilme yeterliliği konusunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiş ve bu konuda milletvekili seçilme yeterliliğine de atıfta bulunulmamıştır. Bu durumda, seçilme yeterliliğine ve dolayısıyla kamu görevlilerinin seçimlerde adaylığına ilişkin şartların kanunla belirlenmesi gerekmektedir.⁸⁴⁷

Mahallî idare seçimlerinde uygulanacak usul ve esaslar 2972 sayılı Mahallî İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun⁸⁴⁸'un seçilme yeterliliğine ilişkin 9, 17 ve 31. maddelerinde düzenlemiştir. 2972 sayılı Kanunun 17. maddesinde, mahallî idare seçimlerinde aday olabilmek için istifa etmek zorunda olmayanlar belirtilmiştir. Buna göre, milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarlar mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda değildirler.

Kanunda milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarların mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmeleri veya aday gösterilebilmeleri için görevlerinden istifa etmek zorunda olmadıkları belirtilmiş, ancak kamu görevlileri, siyasi parti yöneticileri ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının adaylığı konusunda bir hükme yer verilmemiştir.

Öğretide, Kanunun 36. maddesinde “Bu Kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun ve... ek ve değişikliklerinin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır” demek suretiyle Milletvekili Seçimi Kanununa atıfta bulunulmuş olduğundan

⁸⁴⁷ Döner, s.759.

⁸⁴⁸ RG. 18.1.1984, S.18285.

kanundaki boşluğun 36. maddedeki atıf doğrultusunda Milletvekili Seçimi Kanununun ilgili maddelerine göre doldurulması gerektiği savunulmaktadır.⁸⁴⁹

Yüksek Seçim Kurulu'na göre de; kamu görevlilerinin, siyasi parti yöneticileri ile Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının adaylığı konusunda 2972 sayılı Kanunun 36. maddesi ile atıf yapılan 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 18 ve 19. maddelerinin uygulanması gerekmektedir.⁸⁵⁰

2972 sayılı Kanunun 31. maddesi gereğince, köy muhtarlığı ve köy ihtiyar meclisi üyeliği, mahalle muhtarlığı ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliği seçimlerinde adaylık usulü bulunmamaktadır. Yüksek Seçim Kurulu'na göre; 2972 sayılı Kanunda muhtar, ihtiyar heyeti ve ihtiyar meclisi üyeliği seçiminde adaylık öngörülmediğinden muhtarlığa ve üyeliğe seçilenin seçimden önce çalıştığı kamu kuruluşundaki görevinden istifa etmiş olması gerekmez.⁸⁵¹

3. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

Yukarıda açıklandığı üzere Anayasada ve kanuni düzenlemelerde belirtilen kamu görevlilerinin milletvekili seçimlerinde aday olabilmeleri için görevlerinden istifa etmeleri gerekmektedir. İstifa ile birlikte kamu görevlilerinin görevleriyle hukuki irtibatı kesilir.⁸⁵² Dolayısıyla istifa eden kamu görevlileri maaşlarına hak kazanamamakta ve adaylıkları süresince gelir kaybına uğramaktadırlar. Bu durum da kişilerin sosyal güvenliklerinin seçim dönemi itibarıyla kesintiye uğraması anlamına gelmektedir. Sosyal güvenlik açısından değerlendirilemeyen sürelerin telafisi amacıyla seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreleri borçlanabilmeleri imkânı getirilmiştir. Böylece seçilme hakkının

⁸⁴⁹ Döner, s.763.

⁸⁵⁰ YSK, Karar No:2008/276, 15.11.2008, Döner, s.763. Kanundaki boşluğun 1994 ve 1999 yıllarında yapılan mahalli idare seçimlerinde yasama organı tarafından doldurulduğu konusunda bkz. Kaya, s.39 vd.

⁸⁵¹ YSK, Karar No:1990/36, 10.2.1990, Kaya, s.38, dn. 16 .

⁸⁵² Kaya, s.47.

kullanılmasının teşviki sağlanarak sigortalılık hakkı bakımından ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.⁸⁵³

Borçlanma hakkı, 41. maddenin birinci fıkrasının (ı) bendinde ifade edildiği üzere seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa ederek seçime aday olan kamu görevlilerince veya ölümü hâlinde hak sahiplerince kullanılabilir.

5510 sayılı Kanuna göre, 41. maddenin birinci fıkrasının (ı) bendi kapsamında görevden istifa edilen tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirilen süreler borçlanılabilir. Dolayısıyla milletvekili ve mahalli idare seçimlerine girip de aday gösterilenler istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreyi borçlanabilirler.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun⁸⁵⁴'a göre; yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile Subay ve Astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler (Ek m. 7).

Söz konusu hükümde, seçime katılmak için görevlerinden ayrılanların öngörülen sürede müracaat etmeleri halinde göreve dönebilecekleri hükme bağlanmış ancak bu durumdakilerin ne kadar süre içinde göreve başlatılacakları konusunda açık bir düzenleme getirilmemiştir. Danıştay, ilgililerin eski görevlerine dönmek için yaptığı başvuruyu takiben idarece kadronun dolu ya da boş olması, ilgilinin atama şekli gibi hususlar göz önüne alınarak bir atama kararname taslağı hazırlanması ve onaya sunulması, müşterek kararname ile atanacak bir görev ise kararname taslağının ilgili bakanlıkça Başbakanlık ve Cumhurbaşkanlığına sunulması gibi idari

⁸⁵³ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.490 vd.

⁸⁵⁴ RG. 2.5.1961, S. 10796.

prosedürün tamamlanması bir başka anlatımla atama işleminin tekemmül ettirilmesi gerekliliği karşısında idare ya da idarelere atama konusunda makul bir sürenin tanınması gerektiğine karar vermiştir.⁸⁵⁵ Bununla birlikte 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen altmış günlük dava açma süresinin bu konuda makul bir süre olarak kabulü hakkaniyete uygun bulunmuştur.⁸⁵⁶

Görevlerinden istifa eden kamu görevlileri adaylığı veya seçimi kaybetmeleri nedeniyle göreve dönme talebinde bulunabilirler. Bu durumda idarece istifa eden kamu görevlisinin makul süre içinde göreve iade edilmiş olması halinde parasal ve özlük haklarının ödenmesi mümkün değildir.⁸⁵⁷ Milletvekili genel seçimlerine katılmak için görevinden istifa eden, milletvekili adayı olamaması nedeniyle önceki görevine iadesi talebinde bulunup da görevine atanan kamu görevlisine mali hakları idareye başvuru tarihinden itibaren değil görevine başlama tarihinden itibaren verilir.⁸⁵⁸ Görevine makul sürenin geçmesinden sonra atanmışsa idareye başvuru tarihini izleyen altmış günlük dava açma süresinin bitiminden itibaren parasal ve özlük hakları ödenir.⁸⁵⁹

Kamu görevlisine maaşı ve özlük hakları göreve başlama tarihinden itibaren verilip göreve başlamadan önce sigortalılık açısından değerlendirilemeyen süre söz konusu olsa da 5510 sayılı Kanundaki açık hüküm karşısında bu kamu görevlisi ancak istifa ettiği tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdiği süreyi borçlanabilir. Göreve başlama tarihi seçimin yapıldığı tarihten sonraki bir tarih olanlar açısından iki zaman dilimi arasında kalan süre borçlanma konusu yapılamayacak ve değerlendirilemeyecektir.

Göreve başlama tarihi, seçimin yapıldığı tarihten önceki bir tarih olanlar da istifa ettikleri tarih ile göreve başladıkları tarih arasında geçen

⁸⁵⁵ D İDDGK, 7.5.1999, 1997/726 , 1999/525 , DD, Y.30, S.102, 2000, s.93-96. Aynı yönde bkz. D 12 .D, 27.2.2001, 1999/1057, 2001/678 , DKD, Y.1, S.1, 2003, s.491-493.

⁸⁵⁶ D İDDGK, 19.2.2004, 2001/841 , 2004/175 , DKD, Y.2, S.5, 2004, s. 79-81; D 5. D, 12.10.1988, 494 /2216 , DD, Y.19, S.74-75, 1989, s.256-259.

⁸⁵⁷ D 12.D, 27.2.2001, 1999/1057 , 2001/678 DKD, Y.1, S.1, 2003, s.491-493.

⁸⁵⁸ D İDDGK, 7.5.1999, 1997/726 , 1999/525 , DD, Y.30, S.102, 2000, s.93-96.

⁸⁵⁹ D İDDGK, 19.2.2004, 2001/841 , 2004/175 , DKD, Y.2, S.5, 2004, s. 79-81.

süreyi borçlanabilirler. Bu durum da adaylıklarını kayb ettikleri için görevlerine dönen kamu görevlileri açısından söz konusu olabilir.

XI. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞILAN AYLARA AİT EKSİK SÜRELERİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

Yirminci yüzyılın son çeyreğinden itibaren ortaya çıkan ekonomik ve teknolojik gelişmeler çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bunun çalışma hayatı üzerindeki en önemli etkisi esnek çalışma modellerinin ortaya çıkmasıdır. Esneklikten anlaşılması gereken çalışma sürelerinin duruma ve şartlara göre değiştirilebilir olmalarıdır. Bu kapsamda en fazla yaygınlık kazanan ve atipik iş sözleşmelerinin en karakteristik modellerinden birisi kısmi süreli çalışmadır.⁸⁶⁰ Dolayısıyla kısmi süreli çalışma, çalışma süresinin esnekleştirilmesidir.⁸⁶¹ Kısmi süreli çalışma halinde kısmi süreli iş sözleşmeleri söz konusu olmaktadır. Bunun sosyal güvenlik hukukuna yansması ise kısmi süreli çalışmalarda ücretin kısmi süreli çalışma süresince ödenmesinden ötürü ücret ödenmeyen günlerin ve buna paralel olarak prim yatırılmayan günlerin var olmasıdır. Prim yatırılmayan günlerin telafi edilebilmesi amacıyla da borçlanma imkânı getirilmiştir.

5510 sayılı Kanunun 41. maddesine 6111 sayılı Kanunun 30. maddesi ile eklenen fıkraya göre; bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalış tıkları aylara ait eksik süreleri borçlanılabilir (m. 41/1,i).

⁸⁶⁰ Astarlı, s.272; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s.74.

⁸⁶¹ Aksi görüş için bkz. Astarlı, s.272 vd.

B. Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi

1. Tanımı

Süreklilik arz eden iş ilişkisinde işçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği çalışma (hizmet) ediminin belirli veya belirsiz bir sürede ifası zorunludur. Ancak bu zorunlulukta, belirli bir asgari süre çalışma veya normal çalışma süresinin tamamının çalışmaya ayrılması gerekli değildir.⁸⁶² Çalışmanın tam süre ile yapılmaması iş sözleşmesinin varlığını ortadan kaldırmaz. Bu çalışma türünde de düzenli ve süreklilik arz eden bir çalışma söz konusudur.

Çalışma sürelerindeki farklılıktan hareketle iş sözleşmeleri tam ve kısmi süreli iş sözleşmeleri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Tam süreli iş sözleşmesi, işyerindeki haftalık ve günlük çalışma sürelerine uygun olarak tam çalışma esasına göre kurulan akitlerdir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ise, tam süreli iş sözleşmesinde olanın aksine haftanın tamamında değil, belirli günlerinde tam gün veya haftanın her günü belirli bir süre veya haftada bir ya da birkaç gün içinde belirli bir süre çalışmanın kararlaştırıldığı sözleşmelerdir.⁸⁶³

4857 sayılı İş Kanunu'nda da iş sözleşmesi türlerinin alt ayrımlarından biri olarak kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesi ayrımı düzenlenmiş ve kısmi süreli iş sözleşmesi ilk kez yasal olarak mevzuatımızda yerini almıştır (m. 13).

Kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasına göre, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.

4857 sayılı Kanun öncesi öğretide kısmi süreli çalışmanın temel ögesi, normal iş süresinden daha kısa süreye tabi olan çalışma olarak belirlenmiştir. Normal iş süresi de işin organizasyonu bakımından genel uygulama niteliği

⁸⁶² Aktay-Arıcı-Kaplan/Senyen, s.88 vd.

⁸⁶³ Aktay-Arıcı-Kaplan/Senyen, s.89.

taşıyan süredir. Bu süre kanuni iş süresi olabileceği gibi akdî olarak kanunî sürenin altında tespit edilmiş bir süre de olabilir.⁸⁶⁴

Kısmi süreli çalışmanın ayırt edici yönü o işyerindeki normal çalışma süresinden daha kısa bir süre için yapılan çalışma olmasıdır. Bununla birlikte kısmi süreli çalışma, iradi olarak yapılmakta ve düzenli bir biçimde devam etmektedir.⁸⁶⁵ Bir diğer ifadeyle arızı bir çalışma olmayıp normalden önemli ölçüde daha az kararlaştırılan çalışma süresi bütün iş ilişkisi boyunca geçerli olmak üzere düzenli ve sürekli bir şekilde uygulanmaktadır.⁸⁶⁶

Kanun kısmi süreli iş sözleşmesini tanımlarken tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçinin haftalık çalışma süresini esas almıştır.⁸⁶⁷ Kısmi süreli iş sözleşmesinin tam süreli iş sözleşmesinden ayrılmasında ölçüt, işçinin haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçinin haftalık çalışma süresinden önemli ölçüde daha az olmasıdır. Kanun ölçüt olarak önemli ölçüde az olmasını belirlemekle beraber bundan ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklık içermemektedir. Ancak, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin⁸⁶⁸ 6. maddesinde bu ölçüt madde gerekçesi⁸⁶⁹ göz önünde tutularak somutlaştırılmıştır. Buna göre; işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır. Bu hâlde işçinin haftalık çalışma süresinin, işyerindeki tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçinin haftalık çalışma süresinin üçte ikisi veya daha azı bir süre olarak belirlenmesi durumunda, kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edilebilecektir.⁸⁷⁰

4857 sayılı Kanunda çalışma süresi hafta esas alınarak belirlenmiştir. Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir (m. 63/1).

⁸⁶⁴ Mollamahmutoğlu, s.339.

⁸⁶⁵ Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri , s.480.

⁸⁶⁶ Mollamahmutoğlu, s.342.

⁸⁶⁷ Mollamahmutoğlu, s.340.

⁸⁶⁸ RG. 06.04.2004, S.25425.

⁸⁶⁹ “Örneğin işyerinde uygulanan tam süreli iş sözleşmesi için haftalık çalışma süresi 40 saat ise, kısmi süreli çalışma için 2,3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az olan otuz saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçi, kısmi süreli sözleşmeye göre istihdam edilen kimse olarak kabul edilecektir.” 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, s.92 vd.

⁸⁷⁰ Karaman, s. 273. Kısmi süreli iş sözleşmesinin türleri için bkz. Aktay-Arıci-Kaplan/Senyen, s.91 vd.; Meriç s.1557 vd.; Mollamahmutoğlu, s.343 vd.

Haftalık çalışma süresi, işçinin haftada en fazla kırkbeş saat olarak belirlenen çalışma süresidir. Ancak taraflar haftalık çalışma süresinin altında bir çalışma süresi belirleyebilirler. O hâlde taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe haftalık çalışma süresi azami kırkbeş saattir (m. 63/1).⁸⁷¹ Bu hâlde işyerinde kırkbeş saat tam süreli çalışma yapılıyorsa otuz saatin altındaki çalışmalar kısmi sürelidir.⁸⁷²

Haftalık çalışma süresi esas alınacak emsal işçi de yine kanunda tanımlanmıştır. Buna göre; emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır (m. 13/3).

2. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanların Ücret ve Prim Ödemeleri

13. maddenin 2. fıkrasına göre, kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir. Bu hüküm gereğince kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin ücreti tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin ücretine oranlanarak belirlenir.⁸⁷³

Kısmi süreli hizmet sözleşmelerinde; işçinin alacağı ücretin şekli ve miktarı taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Asgari ücret, işçilere normal çalışma süresi karşılığı ödenmesi gereken en az ücrettir. İşverenden kısmi süreli çalışan işçiye, asgari ücretin tamamının ödenmesi istenemez ise de işçiye belirli bir süre için ödenecek ücret aynı süre için hesaplanacak asgari ücretin altına da düşemez. Örneğin, asgari ücret üzerinden tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin haftalık çalışma süresinin kırkbeş saat olduğu bir işyerinde otuz saat süreyle kısmi olarak çalışan işçinin ücreti asgari ücretin üçte ikisidir.⁸⁷⁴

⁸⁷¹ Mollamahmutoğlu, s.862.

⁸⁷² Süzek, İş Hukuku, s.243.

⁸⁷³ Mollamahmutoğlu, s.470 vd.

⁸⁷⁴ Y HGK, 12.3.2003, 21-143/159, www.kazanci.com, 14.01.2012.

İş Kanununa İlişkin *Fazla Çalışma* ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği⁸⁷⁵'nin 8. maddesine göre; kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma⁸⁷⁶ yaptırılamaz (m. 8/1,d; 2). Ancak bu hükme rağmen kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptırılır ise işçiler 4857 sayılı Kanunun 41. maddesindeki koşulların varlığı hâlinde fazla çalışmanın karşılığında ücrete hak kazanırlar.⁸⁷⁷

5510 sayılı Kanunun “Prime esas kazançlar” başlıklı 80. maddesine göre; primlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç, sigortalının, bir ay için prime esas tutulan kazancının otuzda biridir. Ancak günlük kazancın hesabına esas tutulan ay içindeki bazı günlerde çalışmamış ve çalışmadığı günler için ücret almamış sigortalının günlük kazancı, o ay için prime esas tutulan kazancının ücret aldığı gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır (m. 80/1,g). Sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını gösterir. Ancak, işveren ve sigortalı arasında kısmî süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilir (m. 80/1,h).

Buna göre; saat ücretli kısmi süreli çalışan personelin aylık sigortalılık süresi;

$$\text{Aylık çalışma gün sayısı} = \text{Ay içinde çalışma saati} / 7,5$$

⁸⁷⁵ RG. 06.04.2004, S.25425.

⁸⁷⁶ Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, s.159 vd.; Sözek, İş Hukuku, s.747 vd.

⁸⁷⁷ Astarlı, s.207; Caniklioğlu, Çalışma Süreleri, s.180; Günay, Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, s.77; Karacan, s.179

şeklinde hesaplanacaktır. Bu tarzda yapılacak hesaplamalarda 7,5 saatin altındaki çalışmalar bir güne tamamlanır.⁸⁷⁸

C. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

İş görme, ücret ve bağımlılık öğelerinden oluşan iş (hizmet) sözleşmesinin türlerini belirlemede iş süresi/çalışma süresi önem taşır. Ancak günün tüm iş saatinde sürekli çalışmanın gerçekleşmemesi iş sözleşmesinin varlığını ortadan kaldırmaz. Bu nedenlerle kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar da sigortalı olma koşullarını sağlamaktadırlar.⁸⁷⁹

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların primleri tam süreli iş sözleşmesi ile çalışanlarda olduğunun aksine tam olarak ödenememekte ve primi ödenmeyen süreleri bulunmaktadır. Dolayısıyla kısmi süreli çalışanların, yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli prim ödeme gün sayısını tamamlamaları oldukça zordur.⁸⁸⁰ Bu durumu dikkate alan kanunkoyucu söz konusu kişilerin sosyal güvenliklerini sağlayabilmek amacıyla 5510 sayılı Kanunda eksik sürelerin tamamlanmasını sağlamak üzere özel düzenlemelere yer vermiştir. Bu düzenlemelerden ilki sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmayanların isteğe bağlı sigortalı olabileceklerine ilişkindir.

İsteğe bağlı sigortalı olabilmenin koşullarından biri 5510 sayılı Kanuna tabi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamaktır (m. 50/2,a). Dolayısıyla 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) veya (c) bentlerinden herhangi biri kapsamında sigortalı olan bir kişi isteğe bağlı sigortalı olamaz. Bu kural zorunlu sigortalılığın asıl, isteğe bağlı sigortalılığın ikincil olmasının bir sonucudur. Bununla birlikte isteğe bağlı sigortalı olmak için zorunlu sigortalı olunmaması gerektiği kuralına kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bakımından bir istisna getirilmiştir.

⁸⁷⁸ Koç-Görücü, s.160.

⁸⁷⁹ Y 10. HD, 8.6.1995, 5048/5358, www.kazanci.com, 14.01.2012.

⁸⁸⁰ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.174.

Tam süreli çalışmayıp kısmi süreli çalışanlar zorunlu sigortalı olmakla birlikte ay içinde primi ödenmeyen günleri söz konusu olduğundan talep etmeleri halinde isteğe bağlı sigortalı olabilirler.⁸⁸¹ 51. maddenin 3. fıkrasına göre de; ay içerisinde 30 günden az çalışan veya 80 inci madde uyarınca prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin 4857 sayılı Kanuna göre belirlenen günlük normal çalışma saatine bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalıların aynı ay içerisinde isteğe bağlı sigortaya prim ödemeleri halinde, primi ödenen süreler zorunlu sigortalılığa ilişkin prim ödeme gün sayısına otuz günü geçmemek üzere eklenir ve eklenen bu süreler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilir (m. 51/3).

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar her ne kadar isteğe bağlı sigortalı olarak ay içerisindeki eksik günlerini tamamlama olanağına sahip olsalar da isteğe bağlı sigortalılık ileriye doğru etki yarattığı için geçmiş sürelerin isteğe bağlı sigorta yoluyla tamamlanması mümkün değildir. Geçmiş sürelerin de sigortalılık kapsamında değerlendirilebilmesi için 6111 sayılı Kanunun⁸⁸² 30. maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 41. maddesine eklenen fıkra ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara eksik günlerini borçlanma hakkı tanınmıştır.⁸⁸³ Buna göre, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreleri borçlanılmak suretiyle sigortalılık süresinin hesabında değerlendirilir (m. 41/1,i).

Yeni getirilen borçlanma hakkından 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar yararlanabilir.

Kısmi süreli çalışılan aylara ait eksik sürelerin borçlanılmasına ilişkin olarak özel bir yürürlük tarihi öngörülmemiştir. Buna göre; 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalılar, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreleri söz konusu bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere borçlanabilirler.

⁸⁸¹ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.174.

⁸⁸² RG. 25.02.2011, S.27857, 1. Mükerrer.

⁸⁸³ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.597 vd.

6111 sayılı Kanunun 30. maddesinin kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği öngörüldüğünden (m. 215/1,j) ve adı geçen kanun 25.02.2011 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girdiğinden 41. maddenin birinci fıkrasının (i) bendi, 25.02.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla söz konusu borçlanma hakkında esas alınacak tarih 25.02.2011’dir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalılar 25.02.2011 tarihinden itibaren kısmi süreli çalışma olarak geçen süreleri borçlanabilirler. Bu tarihten önceki sürelere ilişkin olarak borçlanma yapılamaz.

XII. YURT DIŞINDA RESMÎ ÖĞRENCİ OLARAK GEÇEN ÖĞRENİM SÜRELERİNİN BORÇLANILMASI

A. Genel Olarak

6353 sayılı Kanunun 37. maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 41. maddesine eklenen (j) bendi ile yeni bir borçlanma imkânı getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; sigortalı olmaksızın, 8/4/1929 tarihli ve 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanuna⁸⁸⁴ göre yurt dışına gönderilen ve öğrenimini başarıyla tamamlayarak yurda dönenlerden yükümlü bulunduğu mecburi hizmet süresini tamamlamış olanların, yurt dışında resmî öğrenci olarak geçirmiş oldukları öğrenim sürelerinin 18 yaşının tamamlanmasından sonraki döneme ait olan kısmının borçlanılabilmesi mümkündür.

Adı geçen Kanun uyarınca yurt dışında öğrenim görmek isteyen öğrenciler öğrenimlerini tamamladıktan sonra yurda dönerek mecburi hizmette bulunmak kaydıyla burslu olarak yurtdışına gönderilmektedir. Mecburi hizmet karşılığı yurt dışına gönderilenler öğrenim sürelerinin bitiminde mecburi hizmette bulunmayı taahhüt ederler.

Yurt dışına gönderilen öğrenciler öğrenim süresi boyunca kanunda öngörülen şartlarda burs almakla beraber sigortalı kabul edilmediklerinden öğrenim süresince adlarına ücret ödenmemekte ve prim de kesilmemektedir.

⁸⁸⁴ RG. 16.4.1929, S. 1169.

Yurt dışında sigortalı olmaksızın geçen öğrenim sürelerinin sosyal güvenlikte değerlendirilebilmesi amacıyla da söz konusu sürelerin borçlanılabileceği öngörülmüştür.

B. Borçlanmaya İlişkin Esaslar

41. maddenin birinci fıkrasının (j) bendi kapsamında borçlanma hakkına sahip olan kişi, 1416 sayılı Kanun uyarınca yurt dışına resmî burslu statüde lisans ve lisansüstü seviyesinde öğrenim görmek amacıyla gönderilen resmi burslu öğrencilerdir. 1416 sayılı Kanun ve Buna Bağlı Yönetmelik Uyarınca Yurtdışında Lisans ve Lisansüstü Öğrenim Yapan Öğrencilere Yapılacak Ödemelere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'e göre; resmî burslu öğrenci; Millî Eğitim Bakanlığınca zorunlu hizmet karşılığında yurt dışına lisans ve lisansüstü düzeyinde öğrenime gönderilen ve masrafları Bakanlık veya ilgili kurumlarca karşılanan öğrenciyi ifade eder (m. 4/1,ğ).

Söz konusu kişilerin borçlanma yapabilmesi için yurt dışında öğrenimlerini başarıyla tamamlayarak yurda dönüp yükümlü bulundukları mecburi hizmet süresini tamamlamış olmaları gerekmektedir.

Tebliğe göre; yurt dışı öğrenimde mecburi hizmet süresi; yurt dışı aylık burs veya öğrenim ücreti veya sağlık gideri verilen ayların iki katı olarak hesaplanır (m. 11/2).

Mecburi hizmet süresini tamamlamış olanlar, yurt dışında resmî öğrenci olarak geçirmiş oldukları öğrenim sürelerinin 18 yaşının tamamlanmasından sonraki döneme ait olan kısmı borçlanabilirler. Buna göre; 18 yaşının tamamlanmasından önceki döneme ait olan kısım için borçlanma yapılamaz.

Belirtmek gerekir ki, 1416 sayılı Kanunun 5535 sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklenen geçici 1. maddesinde yurt dışında geçen öğrenim sürelerinin borçlanılabileceği öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemeye göre; bu Kanun kapsamında yurt dışına gönderilen öğrenciler, yurt dışında resmî öğrenci olarak geçirmiş oldukları öğrenim sürelerinin 18 yaşının tamamlanmasından sonraki döneme ait olan

kısmını, halen tâbi oldukları sosyal güvenlik kurumuna bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde müracaat etmeleri ve müracaat tarihi itibarıyla bulundukları görev ile derece ve kademe ya da basamak ya da prime esas kazanç tutarı üzerinden bu süreye ilişkin olarak hesaplanacak prim, kesenek, kurum karşılığı gibi toplam yükümlülük tutarını müracaatın kabul tarihinden itibaren oniki ayda eşit taksitler halinde ödemek suretiyle borçlanabilirler. Taksit ödeme dönemi sonunda borcunun tamamını ödemiş olduğu tespit olunanların borçlanmış oldukları bu süreler, emekliliğe tâbi toplam hizmet süresinin hesabında ve sigortalılık ya da iştirakçiliğin başlangıç tarihinin tespitinde dikkate alınır. Aylık taksitlerini zamanında ödemeyenlerin önceki aylara ilişkin olarak ödemiş oldukları tutarlar, süresi geçen son taksit tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgililere iade olunur. Başvuru tarihi itibarıyla herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi olmayanlardan, daha önce herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi çalışması olanlar en son tâbi oldukları sosyal güvenlik kurumuna, daha önce herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi çalışması olmayanlar ise Sosyal Güvenlik Kurumuna (Bağ-Kur Genel Müdürlüğüne) müracaatta bulunurlar ve bunların borçlanacakları süreye ilişkin olarak ödeyecekleri toplam tutar, 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen günlük tutar esas alınarak tespit olunur.

Her ne kadar 1416 sayılı Kanunda yurt dışında resmî öğrenci olarak geçen öğrenim sürelerinin borçlanılmasına ilişkin hüküm bulunmakta ise de 6353 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde yapılan düzenleme karşısında söz konusu borçlanma durumunda 5510 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Sosyal güvenlik hukukunun niteliği gereği, 1416 sayılı Kanun geçici 1. maddede öngörülen süreler nedeniyle borçlanma hakkını kaybetmiş kişiler, 5510 sayılı Kanun kapsamında yeniden borçlanma hakkına sahiptir.

5510 sayılı kanunda bahsi geçen borçlanma konusuna ilişkin olarak, bu hükmün yürürlüğe girmesinden önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmaya başlamış olup geçici 4. madde kapsamında çalışmaya devam edenler hakkında geçici bir maddeye de yer verilmiştir. Geçici 43. maddeye göre; 1416 sayılı Kanuna göre yurt dışına gönderilen ve öğrenimini başarıyla tamamlayarak yurda dönenlerden yükümlü bulunduğu mecburi hizmet süresini tamamlamış olanlardan, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmaya başlamış olup geçici 4 üncü madde kapsamında çalışmaya devam edenler; yurt dışında resmî öğrenci olarak geçirmiş oldukları öğrenim sürelerinin 18 yaşının tamamlanmasından sonraki döneme ait olan kısmının tamamını veya bir bölümünü, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde veya mecburi hizmetlerini tamamlayacakları tarihten itibaren üç ay içinde müracaat etmeleri ve müracaatın kabul edildiği ay itibarıyla geçerli olan emekli keseneğine esas kazanç tutarı üzerinden ve borçlanacakları süreye ilişkin olarak hesaplanacak kesenek ve kurum karşılığı toplamından oluşan yükümlülük tutarının tamamını peşin olarak veya müracaatın kabul tarihinden itibaren oniki ayda eşit taksitler halinde ödemek suretiyle borçlanabilirler. Borcunu taksitler halinde ödeyecek olanların borçlanma işlemi sırasında hesaplanan aylık taksit tutarı, borcun ödendiği tarihteki prime esas asgarî kazanca oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgarî kazancı ile çarpılır ve bulunan tutar, ilgili ayın taksit tutarı kabul edilir.

Borcunun tamamını peşin ödeyenler ile taksit ödeme dönemi sonunda borcunun tamamını ödemiş olduğu tespit olunanların borçlanmış oldukları süreler, fiili hizmet süresinin hesabında ve iştirakçiliğin başlangıç tarihinin tespitinde dikkate alınır. Aylık taksitlerini zamanında ödemeyenlerin önceki aylara ilişkin olarak ödemiş oldukları tutarlar, süresi geçen son taksit tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgililere iade olunur. Bu maddeye göre yapılacak borçlanma işlemlerine ilişkin olarak birinci ve ikinci fıkrada düzenlenmemiş olan hususlar hakkında mülga hükümleri dahil 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

XIII. HİZMET BORÇLANMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

A. Borçlanma Hakkına Sahip Olan Kişiler

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrasında, 5510 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların kendileri veya sigortalıların ölümü hâlinde hak sahiplerinin borçlanma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.

2008/111 sayılı Genelgede, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı sayılanlar ile 2008 yılı Ekim ayı başından sonra ilk defa Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar, 5510 sayılı Kanunun 5. maddesi gereğince haklarında bazı sigorta kolları uygulananlar, isteğe bağlı sigortalılar, 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılar ile bunların hak sahipleri, 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi hükümleri gereğince borçlanma kapsamında olan sürelerinin tamamını veya bir kısmını borçlanabilecekleri belirtilmiştir (2008/111 sayılı Genelge, I.A).

5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı sayılanlar ile 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar, 5510 sayılı Kanunun 5. maddesi gereğince haklarında bazı sigorta kolları uygulananlar, isteğe bağlı sigortalılar, 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılar ve bunların hak sahipleri 41. madde hükümleri gereğince borçlanma yapabilirler.⁸⁸⁵

Sigortalılara ek olarak hak sahiplerine de borçlanma yapma hakkı tanınması ile hak sahiplerinin sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının tamamlanması şartıyla yapılan sigortalılık yardımlarına kavuşabilmeleri kolaylaştırılmıştır.⁸⁸⁶

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanuna tabi hizmetleri olanlar ile ara vermeksizin 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalılığı devam

⁸⁸⁵ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.329.

⁸⁸⁶ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.253.

edenler ve bunların hak sahiplerince yapılan borçlanma taleplerinde 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.⁸⁸⁷

Borçlanmadan yararlanacak kişinin zorunlu veya isteğe bağlı sigortalı olması fark etmez. Her iki tür sigortalı da borçlanma hakkına sahiptir.⁸⁸⁸

Hizmet borçlanmalarında 5510 sayılı Kanun ve mülga sosyal güvenlik kanunlarına tescil edilmiş olmak yeterlidir. Madde metninde “Bu Kanuna göre sigortalı sayılanlar” ibaresine yer verilip “çalışan” ibaresi esas alınmadığından borçlanma için talepte bulunan kişinin sigortalı olması yeterlidir. Bir diğer ifadeyle talep sırasında eylemli olarak çalışıyor olmak gerekmez. Dolayısıyla sigortalının kendisi tarafından yapılan başvurularda borçlanma talep tarihinde, hak sahiplerince yapılan başvurularda ise sigortalının ölüm tarihinde fiilen sigortalı olma şart aranmaz.⁸⁸⁹

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği⁸⁹⁰’nin 66. maddesine göre de, 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 (m. 66/1).

506 sayılı Kanun döneminde tartışmalı olan konu, askerlik borçlanması talebinde bulunan kişinin borçlanmanın talep edildiği tarihte SSK'ya tabi bir işte çalışır durumda olmasının gerekip gerekmediğidir. 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (F) fıkrasının son şeklinde sigortalı olarak tescil edilmiş bulunan kişilerin askerlik borçlanması yapabileceği düzenlenmişti. Metnin ilk şeklinde ise “kuruma tescil edilmiş olmak” deyimine yer verilmemişti. Metnin ilk şeklinde yer alan “*bu kanuna tabi olarak çalışan veya isteğe bağlı sigortaya yahut topluluk sigortasına prim ödemekte olan sigortalılar*” deyimi Yargıtay’da değişik yorumlara ve çelişkili kararlara yol açmıştı.

⁸⁸⁷ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.329.

⁸⁸⁸ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.492.

⁸⁸⁹ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.492; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.329.

⁸⁹⁰ RG. 12.5.2010, S.27579.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kimi kararlarında askerlik borçlanması talebinde bulunan kişinin askerlik borçlanması yapabilmesi için SSK uyarınca çalışan kişi olması gerektiği yönünde karar verirken,⁸⁹¹ kimi kararlarında da “sigortalı” sözcüğünün eskiden çalışmış olup da, halen çalışmayan sigortalıları da kapsadığını, bu nedenle eskiden çalışmış olup da talepte bulunduğu tarihte çalışmayan sigortalının dahi askerlik süresini borçlanabileceğini kabul etmiştir.⁸⁹² Hukuk Genel Kurulu ise askerlik borçlanması talebinde bulunan kişinin 506 sayılı Kanun anlamında çalışan kimse olmadığı veya sigortalı niteliğini yitirmiş olduğu takdirde askerlikte geçen süreler için borçlanma talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir.⁸⁹³

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu arasındaki bu görüş farklılığı 15.4.1985 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile ortadan kaldırılmıştır.⁸⁹⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, Hukuk Genel Kurulu'nun kararına paralel olarak maddedeki “çalışan” sözcüğünün “halen çalışanlar”ı ifade ettiğini kabul ederek, borçlanma istek tarihinde sigortalı olarak çalışmayan kişinin askerlik borçlanması talebinde bulunamayacağına karar vermiştir. Ayrıca kararda istek tarihinde sigortalı olarak çalışmayan kişilerin ölümleri halinde hak sahiplerinin de askerlik borçlanmasından yararlanamayacakları belirtilmiştir. Bununla birlikte aynı kararda sigortalının askerlikte geçen sürelerini borçlanmak için Kuruma başvurmadan önce ve sigortalı işte çalışırken ölmesi halinde hak sahiplerinin askerlik borçlanmasından yararlanabileceklerine hükmedilmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, sosyal güvenlik sözleşmesi yapılsın yapılmasın yurt dışında çalışan sigortalıların askerlik süresini borçlanma hakları mevcut olduğu gibi, çalışmakta iken ölen sigortalıların hak sahiplerinin de borçlanma hakkına sahip olduklarına hükmetmiştir.⁸⁹⁵

⁸⁹¹ Y 10. HD, 24.11.1983, 999/59918, Y 10. HD, 12.12.1983, 6191/6342, Yürekli, Askerlik Kavramı, s.523, dn. 29.

⁸⁹² Y 10. HD, 24.11.1983, 1450/5995; Y 10. HD, 24.11.1983, 3145/6007, YHD, C.8, S.6, Haziran 1985, s.898-899, Y 10. HD, 22.4.1985, 2097/2565, YHD, C.8, S.8, Ağustos 1985, s.1137.

⁸⁹³ Y HGK, 9.11.1983, 10-232/1152, Çakmak, s.1384 vd.

⁸⁹⁴ Y İBK, 15.4.1985, 1984/4, 1985/3, RG. 12.6.1985, S.18782.

⁸⁹⁵ Y 10. HD, 07.05.1985, 1984/2060, 1985/2899, Aslanköylü, s.1186 vd.; <http://www.kararevi.com/karars/85857>, 11.11.2013.

Daha sonra 3279 sayılı Kanun ile 60. maddenin (F) bendindeki “*çalışan*” terimi “*sigortalı olarak tescil edilmiş olan*” şeklinde değiştirilmiştir. Kanunkoyucu bu değişiklik ile Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararındaki görüşünden ayrılmıştır. Yargıtay da değişiklik sonrası verdiği kararlarında askerlik borçlanması talebinin kabulü için sigortalının borçlanma talebinden önce sigortaya tescil edilmiş olmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir.⁸⁹⁶

1479 sayılı Kanunda Bağ-Kur sigortalılarının askerlik borçlanması yapabilmeleri için SSK'daki düzenlemeden farklı olarak, talep tarihinde 1479 sayılı ya da 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanununa göre sigortalı olmaları gerekmektedir (Ek m. 9/1). Yine 5434 sayılı Kanunda Emekli Sandığı iştirakçilerinin askerlik borçlanmasında bulunabilmesi için talepte bulundukları sırada Emekli Sandığına tabi olmaları gerekmektedir (Ek m. 31).

506 sayılı Kanunda yer alan grev ve lokavt borçlanmasına ilişkin olarak da Sosyal Sigortalar Kurumu'nun 8.8.2003 tarih ve 12-126 sayılı Ek Genelgesinde grev ve lokavt sürelerinin borçlanılabilmesi için borçlanma talep tarihinde ve borcun ödeneceği tarihte sigortalının SSK'ya tabi olma şartının aranmayacağı, diğer sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmanın da borçlanma hakkından yararlanmaya engel olmayacağı belirtilmişti. 506 sayılı Kanun dönemi için söz konusu borçlanma hakkında sigortalılık açısından herhangi bir sınırlandırma getirilmemesi doğaldır. Çünkü grev ve lokavt hakkı ancak iş sözleşmesi ile çalışan işçilere tanındığı için bu işçiler başka bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışmaya başlasalar dahi SSK'ya göre borçlanmaları gerekmektedir.⁸⁹⁷ Bu dönem için de borçlanılmak istenen ve hizmet akdinin askıda bulunduğu grev ve lokavt süresi içinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi zorunlu sigortalılıkta geçen çalışmalara ait sürelerin borçlanması mümkün değildi.⁸⁹⁸

⁸⁹⁶ Y 10. HD, 28.9.1987, 4365/4644, Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.18 vd., dn. 62; Y 10. HD, 30.10.1988, 6103/6124, Yürekli, Askerlik Kavramı, s.524, dn. 33.

⁸⁹⁷ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.231.

⁸⁹⁸ Vural, s.13.

B. Borçlanma Başvurusunda Bulunma

Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda hizmet borçlanması iradeye bağlı bir işlemdir. Nitekim 5510 sayılı Kanunun 41. maddesine göre; maddede belirtilen sürelerin borçlanılabilmesi için sigortalıların kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları gerekmektedir (m. 41/1). Borçlanma talebi olmaksızın Kurumun kendiliğinden sigortalı ya da hak sahiplerini borçlandırması mümkün değildir.⁸⁹⁹

Hizmet borçlanmasına ilişkin talepler, örneği Kurumca hazırlanan hizmet borçlanması başvuru belgesi veya borçlanma isteğini belirtir dilekçe ile Kuruma yapılır (SSİY m. 66/1).

Hizmet borçlanması yapmak için;

a)İlk defa 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi çalışmaya başlayan sigortalılar, 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılar ile mülga 506, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara tabi olan sigortalılar ve hak sahipleri sosyal güvenlik il/merkez müdürlüklerine müracaat edeceklerdir.

b)5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayan, 5434 sayılı Kanuna tabi iştirakçi iken, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmış olup, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayan sigortalılar ile hak sahipleri,

c)5510 sayılı Kanunun 46 ve geçici 4 üncü maddelerine göre yapılacak borçlanmalar için 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olan sigortalılar,

⁸⁹⁹ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.492.

bağlı bulundukları kamu idareleri aracılığı ile Kurumca örneği hazırlanan borçlanma belgesi ile Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü Sigortalı Tescil ve Hizmet Daire Başkanlığına, müracaat edeceklerdir (Tebliğ, IV).

Borçlanma yapılabilmesi için Kuruma yazılı başvuru yapılması gerekmektedir.

Yazılı başvuru şartı, 1479 sayılı Kanunun geçici 18. maddesiyle getirilen borçlanma hakkına ilişkin olarak Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Söz konusu hüküm ile 1479 sayılı Kanuna göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 04.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri 04.10.2000 tarihinden itibaren başlayacağı, ancak, bu Kanuna göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanların sigortalılıkları, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde Kuruma yazılı olarak başvurmaları ve 20.04.1982 – 04.10.2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve belgelenen bu sürelerle ilişkin olarak 49. ve ek 15. maddelere göre hesaplanacak prim borçlarının tamamını, tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, ödeme tarihinde bulundukları gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarı üzerinden ödemek kaydıyla bu sürelerin sigortalılık süresi olarak değerlendirileceği öngörülmüştür.

Uygulamada tartışmalara neden olan husus, maddede öngörülen Kuruma yazılı başvuru koşulunun niteliği konusundadır. Yargıtay, yazılı başvuru şartının şekil şartı olmadığına, sigortalının 04.10.2000 tarihi öncesine ilişkin vergiye kayıtlı olduğu süreyi, kanunda belirtilen altı aylık sürede borçlanma iradesini ortaya koyacak şekilde Kuruma başvurması veya borçlanmaya ilişkin primi ödemesinin yeterli olduğuna hükmetmiştir. Altı aylık sürenin geçmesinden sonra ise 04.10.2000 tarihi öncesine ilişkin sürenin borçlanması mümkün değildir.⁹⁰⁰

5510 sayılı Kanunda borçlanma talebinde bulunabilme herhangi bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Sigortalının kendisi veya hak sahipleri her

⁹⁰⁰ Y 10. HD, 12.7.2010, 2008/5302 , 2010/10724. Karar ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Akın, Değerlendirme 2010, s.588 vd.

zaman borçlanma talebinde bulunabilirler.⁹⁰¹ Her zaman borçlanma talebinde bulunabilmesi isabetli bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir.⁹⁰²

Kanunda borçlanma yapabilmek için belli bir başvuru süresinin öngörülmesi hâlinde Kurum hangi tarihe kadar borçlanma talepleriyle karşılanacağını bilir ve gelir-gider hesaplarını buna göre yapabilir. Ancak başvurunun süreyle sınırlandırılması sigortalıların aleyhinedir. Nitekim önceki borçlanma kanunlarında başvuru süresi öngörülen durumlarda süreyi kaçıran sigortalılar borçlanma hakkından yoksun kalmaktaydı. Bu durum da bireylerin sosyal güvenlik yardımlarına ulaşmalarına engel oluyordu. Süreyi kaçıranlara zaman zaman yeniden başvuru süresi tanıyan düzenlemeler yapılmış olsa da bu, sorunu çözmeye yetmiyordu. Bu nedenle 5510 Kanunda borçlanma talebinde bulunabilmenin herhangi bir süre ile sınırlandırılmamış olmasını isabetli bulan öğreti görüşüne biz de katılıyoruz. 5510 sayılı Kanunda başvuru süresinin olmamasından Kurumun zarar görmesini engellemek amacıyla, borçlanma bedelinin başvuru tarihi esas alınarak belirleneceği düzenlenmiştir.

Askerlik borçlanmasına ilişkin olarak 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (F) bendinde borçlanma talebinin ne zaman yapılabileceği konusunda bir açıklık yoktu. Yargıtay her zaman askerlik borçlanması yapılabileceğine karar vermişti.⁹⁰³ Bağ-Kur Kanunu uyarınca sigortalıların herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın Kuruma askerlik borçlanması talebinde bulunabilmesi mümkündü. Sosyal Sigortalar Kanunu ve Bağ-Kur Kanunu'ndaki düzenlemelerden farklı olarak, 5434 sayılı Kanun uyarınca yapılacak askerlik borçlanmasında talepte bulunma süresi öngörülmüştü. Şöyle ki borçlanma talebinin, iştirakçi olunulan sürenin herhangi bir zamanında, ancak isteğe bağlı emekli olacaklar bakımından emeklilik talep tarihinden en az altı ay önce Kuruma bildirilmesi gerekirdi (5434 sayılı Kanun m. 102/2, a). Ayrıca Kurumlarınca re'sen, yaş haddi veya malullük sebepleri ile emekliye sevk edilenlerle ölenlerin, görevleri ile ilişkilerinin kesildiği

⁹⁰¹ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.254.

⁹⁰² Tuncay-Ekmekçi, s.118.

⁹⁰³ Y 10. HD, 20.2.1986, 523/860, Aslanköylü, s.1186.

tarihten itibaren altı ay içinde borçlanma talebinde bulunmaları gerektiği öngörülmüştü (5434 sayılı Kanun m. 102/2, b).

Belirtmek gerekir ki; askerlik borçlanması konusunda 5510 sayılı Kanun öncesinde Yargıtayca verilen kararda, hak sahiplerinin her zaman borçlanma yapabileceği kabul edilmekle birlikte, hak sahiplerinin haklarına ilişkin olarak kanunda öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresi geçirildikten sonra askerlik borçlanması tamamlanarak aylık istenirse, aylığın, istek tarihini izleyen aybaşından başlayarak bağlanacağı belirtilmiştir.⁹⁰⁴

Hak sahiplerine tanınan gelir ve aylıklar zamanaşımına tabi olduğu için, gelir ve aylıkların hak düşürücü süre nedeniyle düşmesi söz konusu değildir. Ancak zamanaşımı süresinin geçmesi nedeniyle hakları zamanaşımına uğrayanlar bu hakları geçmişe dönük isteyemeyecekler, fakat ileriye yönelik olarak talep edebileceklerdir. Bu nedenle de gelir ve aylılar istek halinde istek tarihini takip eden aybaşından itibaren ödenecektir.⁹⁰⁵ Aynı esaslar 5510 sayılı Kanun uyarınca yapılacak borçlanma için de geçerlidir.

506 sayılı Kanunda grev ve lokavt sürelerinin borçlanılabilmesi sigortalıların veya hak sahiplerinin grev ve lokavtın sona ermesinden itibaren altı ay içinde yazılı talepte bulunmaları hâlinde mümkündür. Söz konusu altı ay içinde sigortalı veya hak sahiplerince başvurulmaması hâlinde borçlanma hakkı düşmekteydi.⁹⁰⁶ Grev ve lokavt süresince ücrete hak kazanamayan ve çalışması yasak olan işçinin (2822 sayılı Kanun m. 43/3) grev ve lokavtın bitiminden hemen süre belli bir süre içinde borçlanma talebinde bulunmaya mecbur bırakılması hakkaniyete uygun bulunmamaktaydı.⁹⁰⁷ 5510 sayılı Kanunda borçlanma başvurusu için öngörülen altı aylık süreye yer verilmemiştir. Buna göre, grev ve lokavtta geçen süreler her zaman borçlanılabilecektir.⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ Y 10. HD, 25.5.1987, 3099/3136, Okur, Değerlendirme 1987, s.328 vd.

⁹⁰⁵ Okur, Değerlendirme 1987, s.329.

⁹⁰⁶ Tozan, s.211.

⁹⁰⁷ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.232.

⁹⁰⁸ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.231.

C. Borçlanılacak Sürelerin Belgelenmesi

Borçlanma sürelerinin ne şekilde belgeleneceğini belirlemeye Kurum yetkilidir (m. 41/2).

Borçlanılacak sürelerin hangi belgelerle belgeleneceği Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Borçlanma sürelerinin belgelendirilmesi, hizmet borçlanma başvuru belgesindeki ilgili bölümün yönetmelikte belirtilen işveren, kurum ve kuruluşlarının onayı ile gerçekleşir. Gerektiğinde usulüne göre düzenlenmiş ayrı bir belgenin de Kuruma ibrazı istenebilir (m. 66/8).

Borçlanılacak sürelerin belgelenmesinde onay işlemini gerçekleştirecek işveren, kurum ve kuruluşlar şu şekilde gösterilmiştir:

Borçlanma başvuru belgeleri;

a) Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerinin borçlanma talebinde bulunulması hâlinde, sigortalının bu sürelerde tabi olduğu işyerince,

b) Er veya erbaş olarak silah altında veya yedek subay okulunda geçen sürelerin borçlandırılması talebinde bulunulması hâlinde, askerlik şubelerince veya kuvvet komutanlıklarınca,

c) Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin sürelerinin borçlandırılması talebinde bulunulması hâlinde, ilgili işverenlerince,

ç) Sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirdikleri normal doktora veya uzmanlık öğrenim sürelerinin borçlandırılması hâlinde, ilgili hastane veya öğrenim kurumlarınca,

d) Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj sürelerinin borçlandırılması hâlinde, ilgili baro başkanlıklarınca,

e) Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında geçen süreler hariç, sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan, bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya

gözü altında geçen primi ödenmemiş sürelerin borçlandırılması hâlinde, Cumhuriyet Savcılığınca,

f)Grev ve lokavtta geçen süreler Bakanlık Bölge Müdürlüğünce,

g)Hekimlerin fahri asistanlıkta geçen sürelerinin borçlandırılması hâlinde, ilgili kurumca,

ğ)Seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden aybaşına kadar açıkta geçirdikleri sürelerinin borçlandırılması hâlinde, ilgili kamu idarelerince

onaylanır (SSİY m. 66/9).

Onaysız belgeler borçlanma işlemlerinde esas alınmaz.⁹⁰⁹ Ancak askerlik süresine ilişkin kayıtların ilgili resmi mercilerde bulunmaması sigortalı aleyhine delil olarak kabul edilemez. Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında askerlik yapıldığına ilişkin tanık anlatımları ve askerlik yapıldığı iddia edilen döneme ait tapu senedinde sigortalının er kıyafeti ile çekilmiş resimleri doğrultusunda askerlik hizmetinin yapılmış olduğunun kanıtlandığını kabul etmiştir. Bu durumda borçlanmaya konu olan askerlik süresi emsallerine göre belirlenir.⁹¹⁰

Adı geçen belgelerden elektronik ortamda alınanlar Kurumca istenmez (SSİY m. 66/9).

D. Borçlanma Bedelinin Ödenmesi

Borçlanma işlemlerinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için kanunda öngörülen şekilde hesaplanan primlerin ödenmesi gerekmektedir. Yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarından biri olan hizmet koşulunun yerine getirilmesinde borçlanma işlemleri de dâhil olmak üzere hizmetlerin birleştirilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda prim ödeme şartının gerçekleşebilmesi için borçlanma bedeli ödenmelidir. Çünkü hizmet birleştirmelerinde borçlanma prim ödeme demek değildir. Borçlanma suretiyle hizmetlerini birleştirmiş olan sigortalıların yaşlılık aylığından yararlanabilmesi

⁹⁰⁹ Vural, s.14.

⁹¹⁰ Y 10. HD, 24.02.1998, 1092/1170, Kılıçoğlu, s.135 vd.

için primlerini tam ödeme yükümünden kurtulduklarına gösteren bir hüküm kanunlarımızda yer almamaktadır. Aksinin kabulü primlerini tam ödeyenler ile eksik ödeyen veya hiç ödemeyenler arasında anayasal eşitlik ilkesine aykırı bir duruma sebebiyet verir.

41. maddeye göre; sigortalıların kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulundukları tarihte 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 halinde borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır (m. 41/1).

Borçlandırılan hizmet süresinin malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları yönünden değerlendirilebilmesi için hizmet borçlanması nedeniyle tahakkuk ettirilen prim borcu tutarının ilgilisi tarafından süresi içinde ödenmiş olması gerekmektedir.⁹¹¹

5510 sayılı Kanuna göre, borçlanma yapan sigortalının veya hak sahiplerinin borçlanma bedelini kendileri ödemeleri gerekir. Oysaki Emekli Sandığı iştirakçilerinin askerlik borçlanması ödemeleri, her aya düşen borçlanma miktarının bağlı bulundukları kurumca kesenek tutarları ile birlikte aylıkları üzerinden kesilip Emekli Sandığı'na gönderilmesi ile gerçekleşiyordu. Yine Emekli Sandığı iştirakçilerinin askerlik borçlanmasında ise, borçlanma tutarının iştirakçilere emekli aylığı bağlandıktan sonra emekli aylıkları üzerinden kesilmesine imkân tanınmıştı (Ek m.8). Emekli Sandığı iştirakçilerinin borçlanma bedelini ödemeye devam ederken emekliye ayrılabilmesi mümkündü. 5510 sayılı Kanuna göre; borçlanma bedeli ödenmedikçe borçlandırılan süreler sigortalılıkta değerlendirilemeyecektir.

Öğretide sigortalıların veya ölümü hâlinde hak sahiplerinin borçlanmak istenilen askerlik süresine ilişkin yaşlılık, malûllük ve ölüm sigortaları primlerinin hem işçiye hem işverene düşen payını ödemek zorunda olmaları askerlik hizmetinin bir kamu yükümlülüğü olması nedeniyle eleştirilmekte ve adil bulunmamaktadır. Askerlik borçlanmasında borçlanma primlerinin

⁹¹¹ Ernam, s.271.

tümünün sigortalının kendisi tarafından ödenmesi ILO'nun 43 ve 68 sayılı tavsiye kararlarına aykırıdır. Adı geçen tavsiye kararlarında sigortalının askerlik dönemine ilişkin primlerinin Devletçe üstlenilmesi öngörülmektedir. Bu nedenle askerlik süresine ilişkin sigorta primlerinin işverene düşen payının Devletçe ödenmesi gerekir.⁹¹²

Yine öğretilerdeki bir görüşe göre; genç nüfusa ihtiyaç duyulan ülkemizde borçlanmada çocuk bakım süresine ilişkin primlerin Devlet tarafından karşılanması gerekir.⁹¹³

1. Borçlanma Miktarının Tespiti

Borçlanma tutarı; sigortalıların veya hak sahiplerinin, 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 hesaplanır (m. 41/1).

Söz konusu düzenlemeye göre borçlanma tutarı; başvuru tarihinde geçerli olan günlük prime esas kazancın 5510 sayılı Kanunun 82 nci maddesinde belirtilen alt ve üst sınırları arasında kalmak kaydıyla başvuru sahibince seçilen kazancın yüzde 32'sinin borçlanmak istenilen gün sayısı ile çarpımı kadardır.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik sürelerin borçlanılmasında söz konusu sürelerle ilişkin genel sağlık sigortası primlerinin ödenmiş olması halinde, genel sağlık sigortası primi ödenmiş bu sürelerle ilişkin borçlanma tutarı % 20 oranı üzerinden hesaplanır (m. 41/1). Örneğin, madde 5/1,g bendi kapsamında sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelere gönderilen sigortalılardan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bu dönemde genel sağlık sigortası primini de ödemiş olacakları için bu

⁹¹² Baybora, Askerlik Yükümlülüğü, s.20; Yürekli, s.528.

⁹¹³ Ocak, Karar Tahlili, s.1509.

dönemdeki eksik günlerini borçlandıklarında ayrıca genel sağlık sigortası primi ödemeyeceklerdir.⁹¹⁴

Belirtmek gerekir ki sigortalılar veya hak sahipleri borçlanılabilecek sürelerin istedikleri kadarını borçlanabilirler. Önceleri borçlanmayı öngören kimi düzenlemelerde borçlanılacak süre sınırlandırılmıştı. Örneğin, 1238 sayılı Kanunda sigorta kapsamı dışında geçen sürenin ancak onbeş yıllık kısmının borçlanılabileceği öngörülmüştü. Bu tarz bir düzenleme sosyal güvenlik hakkının sağlanması açısından yerinde bir düzenleme değildir. Nitekim borçlanmanın amacı sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarını sağlamaya yardımcı olmaktır. Kişi, aylığa hak kazanabilmek için istediği kadar borçlanma yapabilmelidir. Mevcut düzenlemelerde sigorta kapsamı dışında geçen sürenin tamamının veya bir kısmının borçlanılabilecek olması yerindedir.

Borçlanma miktarının tespitine ilişkin düzenleme primlerin gerçek kazanç üzerinden hesaplanabilmesine olanak sağladığı için isabetli bulunmaktadır.⁹¹⁵

506 sayılı Kanunun 60. maddesinin (F) bendinin 1. fıkrasına göre, askerlik borçlanmasına esas alınacak kazanç, talep tarihindeki prime esas asgari kazançtır. Söz konusu döneme ilişkin olarak öğretideki bir görüşe göre; borçlanma sırasında SSK'nın kapsamında sigortalı olanlar ile sadece sigortalı olarak tescil edilmiş olup, halen sigortalı olmayanların borçlanacakları prime esas kazançlarının ayrı ayrı belirlenmesi daha isabetlidir. Çünkü çalışanların prime esas kazançları bilinmektedir. Borçlanma talep ettikleri tarihte SSK'ya tabi olarak çalışanların, grev ve lokavt sürelerinin borçlanılmasında olduğu gibi, prime esas kazanç alt ve üst sınırları arasında kalmak koşuluyla belirleyecekleri bir kazanç rakamı üzerinden borçlanma yapmalarına olanak tanınması gerekir.⁹¹⁶ 5510 sayılı Kanunda talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük

⁹¹⁴ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.600.

⁹¹⁵ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.232.

⁹¹⁶ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.196.

kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, borçlanma yapan sigortalı veya hak sahiplerince belirlenecek günlük kazanç rakamı esas alınmaktadır.

506 sayılı Kanunda grev ve lokavt borçlanmasına ilişkin düzenlemede borçlanma miktarının konusu prim, başvuru tarihindeki prime esas kazancın alt ve üst sınırı arasında kalmak kaydıyla sigortalının veya hak sahiplerinin talep edecekleri kazanç üzerinden hesaplanıyordu. Borçlanmaya ilişkin günlük prim tutarı da ilgilice belirlenen kazancın % 20'si idi.⁹¹⁷

506 sayılı Kanun döneminde elde edilen menfaate uygun olarak sadece malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödenmesi öngörülmüştü. 5510 sayılı Kanunda ise borçlanma hâlinde ödenmesi gereken prim sadece malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ile sınırlı değildir. 5510 sayılı Kanunda malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primlerinin yanına genel sağlık sigortası primleri de eklenmiş⁹¹⁸ ve prim oranı % 32 olmuştur. Öğretide geçmişte kalan bir süre için genel sağlık sigortası primi ödemenin sosyal sigortalara egemen olan nimet-külfet (karşılıklılık esası) ilkesine uygun olmadığı savunulmaktadır.⁹¹⁹

Öte yandan borçlanma yapan sigortalı veya hak sahipleri, borçlandıkları malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primlerinin işveren payına düşen kısmı da dahil tamamını ödemekle yükümlüdür. Aynı durum Emekli Sandığı iştirakçileri, SSK ve Bağ-Kur Kanununa tabi sigortalılarca yapılan borçlanma için de söz konusu idi.

2. Borç Miktarının Tebliği ve Ödenmesi

Borçlanılan sürelerin sigortalılık süresi olarak değerlendirilebilmesi için Kuruma borçlanma başvurusunda bulunduktan sonra borçlanılan primin hak düşürücü süre niteliğindeki yasal süre içerisinde Kuruma ödenmesi gerekmektedir.⁹²⁰ 5510 sayılı Kanuna göre bu süre bir aydır. Bir aylık süre borcun tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlar (m. 41/1). Tahakkuk ettirilen

⁹¹⁷ Tozan, s.211 vd.

⁹¹⁸ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.231.

⁹¹⁹ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.600.

⁹²⁰ Y HGK, 30.03.2005, 10-138/221, www.kazanci.com. 13.01.2012.

borç tutarı, ilgiliye iadeli taahhütlü olarak tebliğ edilir. PTT alındısının ilgiliye teslim edildiği tarih borcun tebliğ tarihidir (SSİY m. 66/2).

1479 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinde, isteğe bağlı sigortalıların yaptıkları borçlanmada borçlanma tutarının sigortalılığın başlangıç tarihinden itibaren iki yıl içinde ödenmesi öngörülmüştü. Ödeme süresinin başlangıcının hatalı bir düzenleme olduğu ifade ediliyordu. Yargıtay da sürenin başlangıcını kanundaki açık hükme rağmen, borçlanma tutarının yöntemince hesaplanıp ilgiliye bildirildiği tarihten itibaren başlaması gerektiğine hükmetmişti.⁹²¹ 5510 sayılı Kanunda isabetli olarak, ödeme süresinin borcun ilgiliye tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmüştür.

Öğretide bir aylık ödeme süresi kısa bulunmakta⁹²² ve ödeme süresinin bir ay şeklinde kısa tutulmasının borçlanma hakkını kısıtladığı belirtilmektedir.⁹²³

Ödeme süresi, Kurumun bedeli tahsil edip aylık bağlayacağı süreyi tam olarak hesaplayabilmesi ve buna göre ileri mali planlarını yapabilecek olması açısından yerindedir. Ancak sürenin kısa tutulması uygulamada sıkıntılara yol açmaktadır. Ödeme süresinin öngörülmesi gerekmele birlikte bu süre makul bir süre olmalıdır.

Ödeme defaten veya taksitler hâlinde yapılabilir. Önemli olan tüm bedelin bir ay içinde ödenmiş olmasıdır.⁹²⁴ Ayrıca kısmi ödeme yapılması da mümkündür. Bu durumda bir ay içinde ödenen tutara isabet eden süre sigortalılık haklarında hizmetten sayılır (SSİY m. 66/2).⁹²⁵

Sigortalının ölümü halinde borçlanılacak sürelerin tamamı hak sahiplerince borçlanılabileceği gibi kısmi borçlanmada yapılabilir.⁹²⁶ Borcu

⁹²¹ Y 10. HD, 04.10.1993, 7172/10346, Şakar, Değerlendirme 1993, s.183 vd.

⁹²² Tuncay-Ekmekçi, s.118; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.253.

⁹²³ Tuncay-Ekmekçi, s.118.

⁹²⁴ Tuncay-Ekmekçi, s.118.

⁹²⁵ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.333.

⁹²⁶ Grev ve lokavtta geçen sürelerin tamamının veya bir kısmının borçlanılabileceği hakkında bkz. Güzel-Özkaraca, s.462; Vural, s.13; Tozan, s.212.

ödemeden ölen sigortalı yerine, hak sahipleri de ödemeye devam edebilirler. Aylığın başlangıcı için ölüm tarihi esas alınır.⁹²⁷

Bir ay içinde ödenmeyen borçlanmalar için yeni başvuru şartı aranır (m. 41/2). Buna göre; bir ay içinde borcun ödenmemesi borçlanma hakkını ortadan kaldırmaz, sadece yeniden talepte bulunma zorunluluğu doğurur.⁹²⁸ Kısmi ödeme yapanların kalan sürelerinin borçlandırılması için de yeni başvuru şartı aranır (SSİY m. 66/2).

5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesine göre yapılan borçlanmalarda aylık bağlanmamış olması şartıyla borçlanma tutarının tamamı sigortalının talebi halinde bir defaya mahsus olmak üzere iade edilir (SSİY m.66/11)

506 sayılı Kanunda askerlik borçlanmasına ilişkin düzenlemede ödeme süresi borcun sigortalıya veya hak sahiplerine tebliğ tarihinden itibaren altı ay olarak öngörülmüştü. SSK'ya tabi sigortalılar gibi Bağ-Kur sigortalıları da borçlandıkları primlerin karşılığını altı ay içerisinde ödemekle yükümlü idi. Emekli Sandığı Kanunu'nda ise, borçlanma tutarının ödenmesi için belirli bir süre öngörülmemişti. 5510 sayılı Kanunda ise tüm sigortalılar için ödeme süresi öngörülmüştür.

Yine grev ve lokavt borçlanmasına ilişkin düzenlemede de ödeme süresi borcun sigortalıya veya hak sahiplerine tebliğ tarihinden itibaren altı ay olarak öngörülmüştü. Borcun altı ay içinde ödenmemesi hâlinde borçlanma hakkı düşmekte idi. Böyle bir durumda yeniden başvuru hakkı da söz konusu değildi.⁹²⁹

⁹²⁷ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.601.

⁹²⁸ Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012, s.601.

⁹²⁹ Tozan, s.212.

XIV. HİZMET BORÇLANMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Borçlanılan Sürelerin Değerlendirilmesi ve Sigortalılığın Başlangıcı

Hizmet borçlanması kurumu, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını etkileyen kurumlardan biridir. Borçlanılan süreler uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından dikkate alınır.⁹³⁰

Hukukumuzda uzun vadeli sigorta kollarında sigortalının malûllük veya yaşlılık sigortasından, hak sahiplerinin ölüm sigortası yardımlarından yararlanabilmeleri için sigortalıların belirli bir süre sigortalı bulunması gerekmektedir. Sigortalının belli bir süreden beri sigortalı bulunması hususu da sigortalılık süresi kavramı ile ifade edilmektedir. Sigortalının belirli bir süre sigortalı olup olmadığının tespiti de sigortalılık süresinin tespiti anlamına gelmektedir.

5510 sayılı Kanunun “Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresi” başlıklı 38. maddesinde malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur.⁹³¹ Buna göre; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının, mülga 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanununa, mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Hakkında Kanuna, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi

⁹³⁰ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.254.

⁹³¹ Güzel-Okur-Caniklioğlu, s.157.

kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır.

Yürürlükten kaldırılan kanunlara tabi çalışmaların yeni kanunda dikkate alınmasının sebebi 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olarak çalışanların süreye ilişkin haklarının korunmak istenmesidir.

Aylık bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süreleri, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen süredir. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından sigortalılık süresi; sigortalılığın başlangıç tarihi ile 48 inci maddeye göre yetkili makamdan emekliye sevk onayının alınarak görevi ile ilişkisinin kesildiği ayın son günü arasında geçen süredir (m. 38/3).

Yargıtay'ın 506 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararına göre, 506 sayılı Kanunun 108. maddesi (şimdi 5510 sayılı Kanun m. 38) gereğince sosyal sigorta kanunlarına bağlı olarak ilk defa çalışma tarihiyle tahsis yapılmak için yazılı istekte bulunduğu tarih arasında geçen süre tamamen çalışarak geçirilsin geçirilmesin sigortalılık süresinden sayılır. Boşta geçirilen süreler de bu süreye dâhildir.⁹³² Bu durumda sigortalılık süresinin tamamında bilfiil çalışmış olmak gerekmez.⁹³³

Prim ödeme gün sayısı, sigortalının kanunda belirtilen sigorta kollarından yardım alabilmesi için prim ödeyerek geçirmesi gereken süredir.⁹³⁴ Sigortalı adına bildirilen prim gün sayısı sigortalının aktif olarak ne kadar bir süre sistemde kalması gerektiğini ifade eder.⁹³⁵

⁹³² Y 10. HD, 17.11.1983, 4296/5380, <http://www.kararevi.com/karars/441083>, 15.10.2013. Karara ekli karşı oy yazısında, bir kişinin sigortalılık niteliğini yitirmiş olduğu dönemde geçirdiği sürelerin sigortalılık süresinden sayılmaması gerektiği belirtilmiştir. Zira, sosyal düşüncelerle yasanın belirlediği bazı durumlarda bazı sigorta yardımlarının ayrık bir durum olarak sürdürülmesi hali bir yana bırakılacak olunursa, hizmet akdi ve ona ilişkin çalışma olgusunun ortadan kalkması ile sigortalılık niteliği de yitirilmiş olunur.

⁹³³ Güzel-Okur-Caniklioglu, s.159.

⁹³⁴ Özer, s1137.

⁹³⁵ Başterzi, Yaşlılık Aylığı, s.2217.

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasına göre; bu Kanuna göre sigortalı sayılanların kanunda sayılan durumlara ilişkin 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. Primi ödenmeyen borçlanma süreleri hizmetten sayılmaz (m. 41/2).

Maddenin 1. fıkrasında borçlanma işleminin temel kuralı belirtilmektedir. Borçlanılabilecek sürelere ilişkin primlerin ödenmesi halinde borçlanılan süreler sigortalılıktan sayılır. Bir diğer ifade ile ikinci fıkradaki hükümden hareketle primi ödenen borçlanma süreleri hizmetten sayılır. Kanunkoyucu 1. fıkra da “*sigortalılık*” kavramını kullanmış iken ikinci fıkra da “*hizmet*” kavramını kullanmıştır.

Söz konusu düzenlemelerin yorumlanması sonucunda şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür:

Borçlanılmak suretiyle primi ödenen sürelerin hizmetten sayılması, borçlanılan sürelerin sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi ve bu yolla sigortalılık süresine eklenmesi anlamına gelmektedir.⁹³⁶ Ayrıca borçlanılan sürelerin hizmet olarak değerlendirilmesi borçlanılan sürelerin sigortalının prim ödeme gün sayısına eklenmesini de içerir.⁹³⁷

Borçlanmanın sigortalılık süresine etkisi 41. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre; bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür.

Söz konusu düzenleme tebliğde “5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca borçlandırılan süre, bu Kanunun 38 inci maddesine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girilen tarihten

⁹³⁶ Okur, Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?, s.7.

⁹³⁷ Özer, s.1154.

önceki süre ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür.” hükmü ile açıklanmıştır.

Sigortalılık süresinin başlangıcının ne şekilde belirleneceği 5510 sayılı Kanunun “Sigortalılığın başlangıcı” başlıklı 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

Sigorta hak ve yükümlülükleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;

a) (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî eğitime veya (...) ⁹³⁸ staja başladıkları tarihten,

b)(Değişik: 17/4/2008-5754/5 md.) (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, gelir vergisi mükellefi olanlar ile şahıs şirketlerinden kolektif, adi komandit şirketlerin komandite ve komanditer ortakları ve donatma iştiraki ortaklarının vergi mükellefiyetlerinin başladıkları tarihten; sermaye şirketlerinden limited şirket ortakları ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortaklarının, şirketin ticaret sicil memurluklarınca tescil edildikleri tarihten; anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının yönetim kuruluna seçildikleri tarihten; gelir vergisinden muaf olanların ise esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı oldukları tarihten; tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar için tarımsal faaliyetlerinin kanunla kurulu ilgili meslek kuruluşlarınca veya kendilerince, bir yıl içinde bildirilmesi halinde kaydedildiği tarihten, bu süre içinde bildirilmemesi halinde ise bildirim Kuruma yapıldığı tarihten; köy ve mahalle muhtarları için seçildikleri tarihten; 4 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilenler için ise lisans belgesine istinaden fiilen çalışmaya başladıkları tarihten,

c)(Değişik: 17/4/2008-5754/5 md.) (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, göreve başladıkları veya bu Kanunun 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (d) ve (e) bentleri kapsamındaki okullarda öğrenime başladıkları tarihten,

itibaren başlar.

⁹³⁸ 13.2.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 26 ncı maddesiyle, bu bentte yer alan “zorunlu” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

41. maddenin 3. fıkrasında belirtilen düzenleme tüm borçlanma türlerini kapsayacak şekilde kaleme alınmış olup genel niteliktedir. Söz konusu düzenleme sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki döneme denk gelen sürelerin borçlanılabilmesinin kanuni dayanağını teşkil etmektedir.⁹³⁹

Ancak 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre ilk defa sigortalı olanların sigortalılık başlangıç tarihinden önceki süreleri, bu Kanunun 41 ve 46 ncı maddeleri, 5434 sayılı Kanunun ek 31 inci maddesi ile 3201 sayılı Kanuna göre borçlandırılmaları halinde, sigortalılığın başlangıç tarihinin geriye götürülmesini ve haklarında bu Kanunun geçici maddelerinin uygulanmasını gerektirmez (geçici m. 7/7).

Kanunkoyucu söz konusu hüküm ile 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar açısından borçlanma hakkının kullanılarak sigortalılık başlangıcının geriye götürülmesi uygulamasına sistemle uyum gereği izin vermemiştir.⁹⁴⁰

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun gereğince iştirakçi olanlardan başvuru tarihinde 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olan sigortalılar ve hak sahipleri hakkında, 5434 sayılı Kanunun borçlanılan sürelerin hizmet olarak değerlendirilmesine ilişkin hükümleri uygulamaya devam edilir.

2008 yılı Ekim ayı başından önce kamu idarelerindeki görevlerinden ayrılanlardan, ayrıldıkları tarihte 5434 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine göre malullük veya emekli aylığı bağlanabilmesi için yeterli hizmet süresi bulunmayan ve görevden ayrıldıktan sonra herhangi bir sigortalılık haline tabi olarak çalışmamış olanların, 2008 yılı Ekim ayı başından önce ölenlerin 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre, yeterli hizmet süresi bulunmadığı için aylık bağlanamamış olan dul ve yetimlerinin borçlanacakları hizmetleri ile birlikte prim ödeme gün sayısı bakımından 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre

⁹³⁹ Özkaraca, s.521.

⁹⁴⁰ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.255.

aylığa hak kazanmaları ve müracaatları halinde, borçlanma işlemleri bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanuna göre hesap edilerek, kendilerine ödemenin yapıldığı tarihi takip eden ay başından itibaren 5434 sayılı Kanun hükümleri uyarınca aylık bağlanır .

Sigortalılık başlangıcının geriye götürülmesine imkân veren düzenlemenin 41. maddenin birinci fıkrasında borçlanılabileceği belirtilen sürelerin tümü açısından uygulanması sürelerin ait olduğu durumların niteliği gereği mümkün değildir. Zira söz konusu düzenleme yalnızca sigortalılık öncesini ilgilendiren bir grup borçlanma imkânına yönelik olup doğrudan sigortalılık öncesine ilişkin borçlanma hâllerinde uygulanması ve dikkate alınması mümkündür.

41. madde hükmünde borçlanacak sürelerin belirtilmesinde “sigortalı olmaksızın” ve “sigortalı iken” ibareleri kullanılmıştır. Borçlanılabilecek hâllerin bazılarında kişi borçlanılabilecek sürelerden önce sigortalı olarak tescil edilmiş olmakta ve sigortalılık süresi 5510 sayılı Kanunun 38. maddesi gereği başlamış olmaktadır. Nitekim sigortalının kanunda sayılan süreleri borçlanabilmesinin şartlarından biri sigortalılığın başlamış olması ve kişinin sigortalı sıfatını kazanmış olmasıdır. Madde hükmünden sigortalı iken geçmesi gereken sürelerde durum bu şekildedir. Söz konusu sürelerin borçlanılmasında da doğal olarak sigortalılık sürelerinin geriye götürülmesi söz konusu değildir.⁹⁴¹ Burada borçlanılabilecek süreler sigortalılık süresinin başlangıcından sonraki döneme rastladığı için borçlanma işleminin etkisi prim ödeme gün sayısını artırmaktan ibarettir.⁹⁴²

Öğretideki bir görüşe göre sigortalı olarak tescilden önceki süreleri borçlanma imkânının sadece 41. maddenin birinci fıkrasında açıkça “sigortalı olmaksızın” ifadesinin kullandığı hâllerde söz konusu olabileceği düşünülebilirse de bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Bu ifadeden kastedilen 5510 sayılı Kanunun 3/6. maddesi anlamında, yani kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi anlamında aktif sigortalı olmamaktır.

⁹⁴¹ Özkaraca, s.521.

⁹⁴² Özkaraca, s.524.

Söz konusu düşüncenin kabulü halinde 41. maddenin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde belirtilen sürelerin ancak sigortalı olarak tescilden önce gerçekleşmesi durumunda borçlanılabileceği sonucuna ulaşılır. Örneğin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edildikten sonra çalışmaya ara vererek doktora yapan bir kişinin doktora eğitiminde geçirdiği süreleri borçlanamayacağı öngörülür ki bu da borçlanma kurumunun niteliğine aykırıdır.⁹⁴³

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk kısmında yer verilen ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerinin borçlanılabilmesi imkânı çalışırken kullanılan ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerine ilişkindir ki bu doğal olarak daha önce sigortalı olmayı gerektirir.⁹⁴⁴

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bendi 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 şartıyla talepte bulunulan sürelerini borçlanmasında, sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumlar sebebiyle borçlanmanın mümkün olup olmadığı yargı kararlarına ve öğreti görüşlerine konu olmuştur.

Yargıtay'a göre bu borçlanma imkânından yararlanabilmek için geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması gerekmektedir.⁹⁴⁵ Borçlanma işlemine esas olacak doğumun sigortalılık tescil tarihinden sonra gerçekleşmesi, bir diğer ifade ile kadının sigortalı iken doğum yapmış olması gerekir. Borçlanma hâlinin sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmesine ilişkin fıkranın 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışma ve hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmamanın ön şart olarak arandığı doğum borçlanmasına uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.⁹⁴⁶ Söz konusu durum maddenin son hâli açısından da geçerlidir.

⁹⁴³ Özkaraca, s.522.

⁹⁴⁴ Y 10. HD, 21.9.2010, 14527/12003, YKD, C.37, S.1, Ocak 2011, s.69-71.

⁹⁴⁵ Y 10. HD, 21.9.2010, 14527/12003, YKD, C.37, S.1, Ocak 2011, s.69-71.

⁹⁴⁶ Y HGK, 18.05.2011, 10-311 /322, Uyap Hâkim Portalı, 11.09.2013.

Öğretideki bir görüşe göre de 41/3. madde hükmünün doğum borçlanması uygulanması mümkün değildir. Çünkü doğum borçlanmasının yapılabilmesi için kadının doğumdan önce sigortalı olması gerekmektedir. Bu nedenle doğum borçlanmasına konu olan süre mutlaka sigortalılık başlangıç tarihinden sonraki bir tarihe rastlayacağı için borçlanılan sürelerin sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmesi mümkün olmayacaktır.⁹⁴⁷

Er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen sürelerin borçlanılmasında ise 41/3. madde hükmü sigortalılığın 38. maddeye göre tespitine engeldir. Zira askerlik hizmeti sigortalılık başlangıç tarihinden önce yerine getirilmiş ise askerlik borçlanması sigortalılık başlangıç tarihini borçlanılan süre kadar geriye götürür.⁹⁴⁸ Ancak sigortalılığın geriye götürülmesi sonucunda başlangıç tarihi onsekiz yaşının doldurulduğu tarihten önceye sarkar ise onsekiz yaşının doldurulduğu tarihten önceki döneme denk gelen süreler prim ödeme gün sayısına eklenir.⁹⁴⁹

Askerlik hizmeti sigortalılık başlangıç tarihinden sonraki bir dönemde yerine getirilmiş ise askerlik borçlanması sigortalılık başlangıç tarihini etkilemez, sadece prim ödeme gün sayısını artırır.⁹⁵⁰ Uygulamada bu durumda borçlanılan askerlik süresinin 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinde öngörülen son yedi yıllık hizmet süresi içinde sayılıp sayılamayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Yargıtay, borçlanılan askerlik hizmetinin son yedi yıllık hizmet süresi içinde sayılmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.⁹⁵¹

Sigortalının askerlik borçlanması dışında sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürebilecek bir borçlanma imkânıyla borçlanmasında askerlik borçlanmasının sigortalılık başlangıç tarihini etkileyebilmesi için ilk yapılan borçlanma sebebiyle geriye gidilerek ulaşılan tarihten önce askerlik hizmetinin yerine getirilmiş olması gerekir. Bu durumda borçlanılan askerlik

⁹⁴⁷ Özer, s.1155.

⁹⁴⁸ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.331.

⁹⁴⁹ Y 10. HD, 20.4.1992, 1991/13725, 1992/4580, Baybora, s.21, dn. 77; Yürekli, s.530 vd.

⁹⁵⁰ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.331 vd.

⁹⁵¹ Y 10. HD, 22.10.1991, 5716/8230, YKD, C.18, S.2, Şubat 1992, s.220-221; Y 10. HD, 29.12.1989, 6344/9650, Yürekli, s.531, dn. 53.

süresi ilk yapılan borçlanma sebebiyle geriye gidilerek ulaşılan tarihten askerlik süresi kadar geri gidilerek sigortalılık başlangıcı bulunur. Yargıtay'ın 13.9.1991 tarihli kararında buna örnek bir olay gerçekleşmiştir. Karara Türkiye'de sigortalı çalışması bulunmayan, sadece askerlik borçlanması ile yurtdışı hizmet borçlanması yapmış sigortalının sigortalılık süresinin tespiti konu edilmiştir.

Sigortalı 30.8.1966-21.1.1984 tarihleri arasında Federal Almanya'da geçen çalışmalarını 3201 sayılı Yasa uyarınca borçlanmıştır. 27.9.1962-28.10.1964 tarihleri arasındaki askerlik hizmetini de 506 sayılı Kanun madde 60/F hükmünce borçlanmıştır. Yargıtay sigortalılık süresini şu şekilde hesaplamıştır: 3201 sayılı Kanun madde 5/son fıkra hükmüne göre; “Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarihtir.” Bu hüküm uygulandığında borcun tamamen ödendiği tarih olan 4.7.1989 gününden, borçlanılan 17 yıl, 22 gün (yurt dışı hizmet borçlanması işlemine konu süre) geriye gidildiğinde, 12.2.1972 tarihine ulaşılmaktadır. Borçlanılan askerlik dönemi bu tarihten önceye rastladığından, 506 sayılı Kanun madde 60/F-3'deki “Bu kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde sigortalılığın başlangıç tarihi borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür.” hükmü gereğince, 2 yıl 1 ay, 1 gün askerlik süresi kadar geriye gidildiğinde, sigortalılık başlangıcı 11.1.1970 olarak belirlenecektir.⁹⁵²

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleri; sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen süreleri; grev ve lokavtta geçen süreleri; seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreleri ve 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile

⁹⁵² Y 10. HD, 13.6.1991, 3846/6199, Aslanköylü, s.1181 vd., Kılıçoğlu, s. 129 vd.

alışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik sürelerin borçlanılması durumlarında 41/3. madde hükmü uygulanamaz. Yani bu durumlarda borçlanılan süreler sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmemekte, sadece prim ödeme gün sayısına ilave edilmektedir. Çünkü sigortalılık başlangıcının geriye götürülebilmesi için borçlanılan sürelerin sigortalılık başlangıç tarihinden önceki bir döneme ait olması gerekir.⁹⁵³ Söz konusu sürelerde ise sigortalılık süresinin başlangıç tarihi borçlanılan sürelerin başlangıç tarihinden öncedir.

Öğretide grev ve lokavt sürelerinin borçlanılmasında borçlanılan sürelerin prim ödeme gün sayısına eklenmesinin yanında sigortalılık başlangıç tarihini de geriye götüreceğine ilişkin görüş mevcuttur.⁹⁵⁴ Ancak öğretime baskın görüş grev ve lokavt durumunda işçinin sigortalılık süresi grev ve lokavttan önce başladığı için borçlanılan sürelerin prim ödeme gün sayısına ekleneyeceğı, ancak sigortalılık başlangıcını borçlanılan süre kadar geriye götüremeyeceğı yönündedir.⁹⁵⁵

Sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirdikleri normal doktora veya uzmanlık öğrenim süreleri, sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj süreleri ile 1416 sayılı Kanun uyarınca yurt dışında resmî öğrenci olarak geçirilen sürelerin borçlanılması durumunda ise 41/3. madde hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk olarak doktora veya tıpta uzmanlık öğrenim süresinin başlangıcı sigortalılık başlangıç tarihinden sonra ise sigortalılığın başlangıç tarihi geriye götürülemez. Ancak ikinci ihtimal olarak söz konusu öğrenim sürelerinin başlangıcı sigortalılık başlangıç tarihinden önce ise sigortalılığın başlangıç tarihi 41/3. Madde hükmü gereğı borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürölür.

Belirtmek gerekir ki sigortalılık başlangıç tarihinin farazi olarak borçlanılan süre kadar geriye götürölmesi 506 sayılı Kanunun geçici 81.

⁹⁵³ Güzel-Özkaraca, s.462.

⁹⁵⁴ Sözer-Saraç, 4958 Sayılı Kanun, s.52.

⁹⁵⁵ Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s.232 vd.; Güzel-Özkaraca, s.462; Tozan, s.212.

maddesine göre emeklilikte geçiş dönemi hükümlerine tabi sigortalılara daha elverişli emeklilik yaşı ve prim ödeme gün sayısı avantajı sağlamaktadır.⁹⁵⁶

5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonraki sürelele ait borçlanmalarda; borçlanılan prime esas gün sayısı borçlanılan ilgili aylara mal edilir. Seçilen prime esas kazanç, borcun ödendiğı tarihteki prime esas asgarî kazanca oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgarî kazancı ile çarpılır. Bulunan tutar, ilgili ayın prime esas kazancı kabul edilir. Ancak hesaplanan prime esas kazanç hiçbir suretle o ayın prime esas azamî kazancını geçemez (m. 41/son). 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalıların 01.10.2008 tarihinden önce borçlandırılan sürelele ilişkin prime esas kazançlarının değerlendirilmesinde de 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi hükümleri uygulanır.⁹⁵⁷

5510 sayılı Kanun ile ölüm aylığı bağlanması şartları değiştirilmiştir. 5510 sayılı Kanunun 32. maddesi ile getirilen yeni düzenlemeye göre, sigortalının ölümünden sonra geride kalan eş ve çocuklara ölüm aylığı bağlanabilmesi için; “En az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş,” olması gerekmektedir.

Madde hükmünde sadece 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, “her türlü borçlanma süreleri hariç” ibaresi vardır. Dolayısıyla 4üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olanların borçlandırılan süreleri 32. maddenin ikinci fıkrasının a bendi gereğince hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanması için aranan en az 5 yıllık sigortalılık süresinin ve toplam 900 gün prim süresinin hesabında dikkate alınmaz.

Söz konusu düzenleme ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanların hak sahiplerinin ölüm aylığına hak

⁹⁵⁶ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.331.

⁹⁵⁷ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.334.

kazanabilmek için eksik olan prim gün sayısını borçlanmak suretiyle tamamlama imkânı kaldırılmış⁹⁵⁸ ve hak sahiplerinin mağdur olmasına sebep olunmuştur. Ayrıca bu düzenleme eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurmaktadır.⁹⁵⁹

5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanların 01.10.2008 tarihinden önceki dönemlere ait sürelerinin 01.10.2008 tarihinden sonra borçlanması hâlinde 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi hükümleri uygulanır. Borçlanılan süreler sigortalıların 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara göre tabi oldukları son basamak üzerinden talebe bakılmaksızın basamak intibakında değerlendirilir, hizmet süresi olarak aylıkların hesabında gün sayısına eklenir, kazanç hesabında dikkate alınmaz⁹⁶⁰

B. Borçlanılan Sürelerin Değerlendirileceği Sigortalılık Hâlleri

Borçlanılan sürelerin uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından hangi sigortalılık hâline göre değerlendirileceği 41. maddenin dördüncü fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

Borçlanılan süreler, uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından;

a)(Değişik: 4/7/2012-6353/37 md.) Birinci fıkranın (a), (b), (d), (e), (f), (g), (h) ve (j) bentleri gereği borçlananlar, borçlandığı tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,

b)(Değişik: 13/2/2011-6111/30 md.) 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.

Bu durumda,

⁹⁵⁸ Ertürk, Uzun Vadeli Sigorta Kolları, s.1058.

⁹⁵⁹ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.334.

⁹⁶⁰ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.335.

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, *borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,*

b) Er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreleri *borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,*

c) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleri *4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre,*

d) Sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirdikleri normal doktora veya uzmanlık öğrenim süreleri *borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,*

e) Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj süreleri *borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,*

f) Sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen süreleri *borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,*

g) Grev ve lokavtta geçen süreleri *borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,*

h) Hekimlerin fahrî asistanlıkta geçen süreleri *borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,*

ı) Seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreleri *4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre*

i)25.02.2011 tarihinden sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreleri *4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine göre*

j)Sigortalı olmaksızın, 8/4/1929 tarihli ve 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanuna göre yurt dışına gönderilen ve öğrenimini başarıyla tamamlayarak yurda dönenlerden yükümlü bulunduğu mecburi hizmet süresini tamamlamış olanların, yurt dışında resmî öğrenci olarak geçirmiş oldukları öğrenim sürelerinin 18 yaşının tamamlanmasından sonraki döneme ait olan kısmı *borçlanılan tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre,*

sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.⁹⁶¹

Sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin borçlanmasında sigortalının sağlığında borçlandığı süre hangi sigortalılık statüsünde değerlendirilecek ise hak sahiplerince borçlanılan süre de aynı statüde değerlendirilecektir.⁹⁶²

Yargıtay, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı iken doğum yapıp doğum süresini 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı iken borçlanan sigortalı kadının borçlanma sürelerini 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul eden Kurum uygulamasından farklı yönde bir içtihat getirerek uygulamanın yönünü değiştirmiştir.⁹⁶³ Nitekim Yargıtay'a göre; sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve 5510 sayılı Kanun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların lehine olan 41. maddenin birinci fıkrasının (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 gerektirdiği gibi, aynı bendin ikinci kısmındaki borçlanma imkânı ise doğrudan ve sadece 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalı kadına tanınmış ve

⁹⁶¹ Karakaş-Çolak, s.163 vd.

⁹⁶² Ocak, Talep Tarihindeki Statü, s.165.

⁹⁶³ Y 10. HD, 28.11.2011, 15064/16202 , Ocak, Doğum Borçlanması, s.131 vd.

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, aynı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olunması gerekmektedir. 5510 sayılı Kanun 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde borçlanma ile kazanılan sürelerin, doğumdan sonraki en fazla iki yıla ait olması, öncesinde aynı Kanunun 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olunması gerektiği şartları gözetildiğinde borçlanma ile kazanılan sürelerin, yine, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında geçmiş sayılması maddenin amacına ve kapsamına uygun olacaktır. Aksi hâlde, tüm sigortalıları kapsayan bir düzenleme niteliğinde olmayan bu hakkın başvuru şartları ile sonuçları birbirinden farklı ve çelişki doğuracak şekilde olacaktır ki bu da çıkarlar dengesi ve adalet duygusuna aykırı olacaktır.⁹⁶⁴

Sonuç olarak 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olan kadına tanınan iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra en fazla iki yıllık süreyi borçlanma hakkı kapsamında borçlanılan sürelerin, borçlanma talep tarihindeki sigortalılık statüsünden bağımsız olarak 5510 sayılı Kanunun madde 4/1,a bendi kapsamında sayılması ve aylık tahsis koşullarının buna göre değerlendirilmesi gerekecektir.

⁹⁶⁴ Aynı yönde bkz. Y 21. HD, 07.05.2013, 2012/3773, 2013/9197, UYAP Hâkim Portalı, 31.05.2014.

XV. DİĞER BORÇLANMA SEÇENEKLERİ

A. Fakülte veya Yüksek Okullarda Kendi Hesabına Okuduktan Sonra Subay, Astsubay, Komiser Yardımcısı ve Polis Memuru Olarak Atananların 46 ncı Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar

Fakülte veya yüksek okullarda kendi hesabına okuduktan sonra subay veya astsubaylığa nasbedilen veya yedek subaylık hizmetini takiben subaylığa geçirilenler ile fakülte ve yüksekokullarda kendi hesabına okuduktan sonra, komiser yardımcısı veya polis memuru olarak atananların başarılı öğrenim süreleri; borçlanmanın yapıldığı tarihte ilgisine göre en az aylık alan teğmenin, astsubay çavuşun veya polis memuru ya da komiser yardımcısının prime esas kazancı üzerinden, bu sürelere ait primler kendilerince ödenerek borçlandırılmak suretiyle hizmetten sayılır. Bu şekilde hesap edilecek borç, tebliğ tarihinden itibaren iki yıl içinde eşit taksitler halinde ödenir (m. 46/2). Fakülte veya yüksek okullarda kendi hesabına okumakta iken Türk Silahlı Kuvvetleri veya Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrencilerin, daha önce kendi hesabına okudukları normal okul süreleri hakkında, ikinci fıkrada düzenlenen borçlanmaya ilişkin usul ve esaslar uygulanır (m. 46/3).

Tebliğde belirtildiği üzere söz konusu düzenlemeden 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar yararlanacaklardır.⁹⁶⁵

5434 sayılı Kanuna tabi iştirakçi iken 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlardan, fakülte veya yüksek okullarda kendi hesabına okuduktan sonra subay veya astsubaylığa nasbedilen veya yedek subaylık hizmetini takiben subaylığa geçirilenlerin, başarılı öğrenim süreleri ile fakülte veya yüksek okullarda kendi hesabına okumakta iken Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına okumaya devam eden

⁹⁶⁵ Karakaş-Çolak, s.167.

öğrencilerin, daha önce kendi hesabına okudukları normal okul sürelerinin borçlandırılmasına ilişkin işlemler 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılır (Tebliğ II, A).

46. maddeye göre yapılan borçlanmalarda borç tutarı, borçlanmanın yapıldığı tarihte ilgisine göre en az aylık alan teğmenin, astsubay çavuşun veya polis memuru ya da komiser yardımcısının prime esas kazancının %32'si üzerinden hesaplanan borç tutarının, tebliğ tarihinden itibaren iki yıl içinde eşit taksitler halinde kendileri tarafından ödenir.

B. 4 üncü Maddenin Birinci Fıkrasının (c) Bendi Kapsamına Alınanların Geçici 4 üncü Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar

5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları uyarınca,

a) 5434 sayılı Kanuna tabi iştirakçi iken, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar ile hak sahipleri,

b) 2008 yılı Ekim ayı başından önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmış olup, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar ile hak sahipleri,

hakkında yapılacak borçlanma işlemleri, 5510 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacaktır. Ayrıca mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri de dikkate alınacaktır (Tebliğ II, B).

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrenciler ile Emniyet Hizmetleri Sınıfında 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışmakta olanların, bahse konu okullarda geçen başarılı eğitim süreleri, istekleri halinde; borçlanma talep

tarihinde ilgisine göre en az aylık alan polis veya komiser yardımcısının emekli keseneğine esas unsurları üzerinden, bu sürelele ait sigortalı ve işveren hissesi priminin tamamı borçlandırılmak suretiyle hizmetten sayılır. Bundan doğacak borç tutarının tamamı borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde kendileri tarafından ödenir. Ayrıca, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce üniversitelerin çeşitli fakülte, yüksek okul veya meslek yüksek okullarında kendi hesabına öğrenim yaptıktan sonra muvazzaf astsubay nasbedilenlerin sözü edilen okullarda geçen başarılı öğrenim süreleri de istekleri halinde; borçlanma talep tarihinde en az aylık alan astsubay çavuşun emekli keseneğine ait unsurlar üzerinden, bu fıkradaki esaslar dâhilinde borçlandırılarak tahsil edilmek suretiyle hizmetten sayılır (geçici m. 4/10).

5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesinin onuncu fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte;

1) Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrencilerden Emniyet Hizmetleri Sınıfında Kanunun 4 üncü maddesinin (c) bendi kapsamında çalışacak olanların,

2) Emniyet Hizmetleri Sınıfında 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışmakta olanların, bahse konu okullarda (Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda) geçen,

başarılı eğitim süreleri istekleri halinde borçlandırılacaktır (Tebliğ II, B).

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce üniversitelerin çeşitli fakülte, yüksek okul veya meslek yüksek okullarında kendi hesabına öğrenim yaptıktan sonra muvazzaf astsubay nasbedilenlerin sözü edilen okullarda geçen başarılı eğitim süreleri istekleri halinde borçlandırılacaktır (Tebliğ II, B).

Geçici 4 üncü maddenin onuncu fıkrasına göre, yapılan borçlanmalarda borçlanma talep tarihinde ilgisine göre en az aylık alan polis veya komiser yardımcısı ile astsubay çavuşun emekli keseneğine esas unsurları üzerinden, borçlanılacak sürelele ait kesenek ve karşılık tutarının

tamamı borcun tebliğ tarihinden itibaren iki yıl içinde kendileri tarafından ödenir.

Personel mevzuatına göre almış oldukları disiplin cezası sonucu 23/4/1999 tarihi ile 14/2/2005 tarihleri arasında memuriyetleri sona erenlerden, 22/6/2006 tarihli ve 5525 sayılı Kanun uyarınca haklarında verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile ortadan kaldırılanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren 30/6/2011 tarihine kadar Kuruma müracaatları halinde, görevlerinden ayrıldıkları tarih ile göreve başladıkları tarih arasındaki prim veya kesenek ödenmemiş süreleri, istekleri halinde, görevlerinden ayrıldıkları derece ve kademelerine prim veya kesenek ödenmemiş veya borçlanmak istedikleri sürenin her üç yılına bir derece ve her yılına bir kademe verilmek ve öğrenim durumları itibarıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesindeki yükselebilecekleri dereceleri geçmemek üzere tespit edilecek derece, kademe ve ek göstergeleri ile emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait tüm unsurların toplamının müracaat tarihinde yürürlükte olan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlar esas alınarak, yine o tarihteki kesenek ve karşılık oranları borçlandırılmak suretiyle hizmetten sayılır. Bundan doğacak borç tutarının tamamı borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren 31/12/2014 tarihine kadar kendileri tarafından eşit taksitlerle veya defaten ödenir (geçici m. 4/17).

Geçici 4 üncü maddenin onyedinci fıkrası ile personel mevzuatına göre almış oldukları disiplin cezası sonucu 23/4/1999 tarihi ile 14/2/2005 tarihleri arasında memuriyetleri sona erenlerden, 22/6/2006 tarihli ve 5525 sayılı Kanun uyarınca haklarında verilmiş olan disiplin cezaları bütün sonuçları ile ortadan kaldırılanlara 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren altı ay içinde Kuruma müracaatları halinde görevlerinden ayrıldıkları tarih ile göreve başladıkları tarih arasındaki prim veya kesenek ödenmemiş süreleri, istekleri halinde borçlanma imkânı tanınmıştır.

Geçici 4 üncü maddesinin onyedinci fıkrasına göre yapılacak borçlanmalar ise, sigortalıların görevlerinden ayrıldıkları derece ve kademelerine prim veya kesenek ödenmemiş veya borçlanmak istedikleri

sürenin her üç yılına bir derece ve her yılına bir kademe verilmek ve öğrenim durumları itibariyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesindeki yükselebilecekleri dereceleri geçmemek üzere tespit edilecek derece, kademe ve ek göstergeleri ile emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait tüm unsurların toplamının müracaat tarihinde yürürlükte olan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlar esas alınarak, yine o tarihteki kesenek ve karşılık oranları borçlandırılmak suretiyle borç tutarının tamamı borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde eşit taksitlerle veya defaten, kendileri tarafından ödenir.

Aylıkların hesabında 41 inci maddeye ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanuna göre yapılan borçlanmaların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki sürelerle ait kazançları, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre değerlendirilir. Ancak, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunan sigortalılar için bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki dönemlere ait sürelerin bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanması halinde de 41 inci madde ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 13/2/2011-6111/48 md.) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilen 1/10/2008 tarihinden önceki yurt dışı borçlanma sürelerine göre tespit edilen basamaklar, 2008 yılı Eylül ayında yürürlükte bulunan gelir tablosunda, 41 inci maddenin beşinci fıkrası hükmüne göre belirlenen prime esas aylık kazanca yakın gelire karşılık gelen basamağı geçemez (geçici m7/4).

Geçici 56. maddenin ikinci fıkrasına göre; geçici 4 üncü maddenin on yedinci fıkrası uyarınca borçlandırılarak borcun tamamını veya bir kısmını ödeyenlerin ödemiş oldukları tutarların iadesini istemeleri hâlinde, geçici 44 üncü madde kapsamında hesaplanan emeklilik keseneği ve kurum karşılığı tutarlarının hâlen çalıştıkları veya kamu görevlisi olarak en son çalışmış oldukları kamu idarelerine bildirilmesini takip eden altı ay içinde Kuruma defaten ödenmesi, bu süre içinde ödenmezse gecikme zammı ile birlikte ödenmesi hâlinde daha önce yatırmış oldukları tutarların kamu idaresince yatırılan kısmı kendilerine faizsiz olarak iade edilir (geçici, m.56.

Geçici 56. maddenin ikinci fıkrasına göre; geçici 4 üncü maddenin on yedinci fıkrası, geçici 44 üncü madde, geçici 51 inci madde ve bu madde kapsamında borçlandırılmak suretiyle hizmet olarak alınan süreler ile söz konusu maddeler kapsamında belirtilen sürelerde diğer sigortalılık statülerine tabi olarak uzun vadeli sigorta kollarına prim ödenen sürelerin tamamı memuriyette geçmiş kabul edilerek kazanılmış hak aylıklarının tespitinde değerlendirilir.”

C. 4 üncü Maddenin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin (1) ve (3) Numaralı Alt Bendi Kapsamında Sigortalı Olanların Geçici 8 inci Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar

5510 sayılı Kanunun geçici 8. maddesi ile 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda yer alan hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlara yönelik borçlanma hakkına benzer bir düzenleme getirilmiştir.

1479 sayılı Kanunda 506 sayılı Kanunun 79. maddesine paralel nitelikte bir düzenleme bulunmadığı için kural olarak, hizmet tespiti davası açılmasının mümkün olmadığını dikkate alan kanunkoyucu, sigortalılık niteliğini taşıdıkları hâlde Kuruma tescil edilmemiş kişilere zaman zaman tescil imkânı tanımış ve ayrıca istek halinde primi ödenmek şartıyla geçmişteki çalışmaların değerlendirilmesini sağlamıştır.

İlk olarak 2654 sayılı Kanun ile 1972 - 1982 yılları arasındaki vergiye kayıtlı süreler için borçlanma imkânı getirilmiş (ek geçici 13. madde) ve daha sonra çıkarılan 3165 sayılı Kanun ile 2654 sayılı Kanunda öngörülen başvuru süresi uzatılmıştır. Daha sonra bu kapsamda 619 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 1. maddesi ile kayıt ve tescilsiz sigortalılara 04.10.2000 tarihinden itibaren yeniden tescil imkânı getirilmiş, ancak söz konusu Kararname Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Son olarak 02.08.2003 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4956 sayılı Kanun'un 47. maddesi ile 1479 sayılı Kanuna eklenen geçici 18. maddede ; “Bu Kanuna göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 04.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak

ve mükellefiyetleri 04.10.2000 tarihinden itibaren başlar. Ancak, bu Kanuna göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanların sigortalılıkları, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde Kuruma yazılı olarak başvurmaları ve 20.04.1982 - 04.10.2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve belgelenen bu sürelerle ilişkin olarak 49 uncu ve ek 15 inci maddelere göre hesaplanacak prim borçlarının tamamını, tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, ödeme tarihinde bulundukları gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarı üzerinden ödemek kaydıyla bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Söz konusu düzenleme ile, tescilin belirtilen tarihlerden sonra yapılmasına karşın, kanunda tanınan süreler içinde, daha öncesine ait vergi kaydı bulunanların borçlanma hakkının kullanılabilmesi öngörülmüştür.

5510 sayılı Kanunun geçici 8. maddesine göre de; 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendine tabi olan ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar ile (3) numaralı alt bendine tabi anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortaklarından 01/10/2008 tarihi itibarı ile sigortalılıkları başlatılanların, 01/10/2008 tarihi ile 04/10/2000 tarihi arasında vergi mükellefiyet süreleri bulunmak kaydı ile sigortalıların 01/10/2008 tarihinden itibaren 6 ay içinde talepte bulunmaları halinde, vergi mükellefiyet sürelerinin tamamı için 80 inci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendine göre talep tarihindeki prime esas kazancının % 32'si üzerinden borçlanma tutarı hesaplanır ve sigortalıya tebliğ edilir.

Sigortalının kendisine tebliğ edilen borçlanma tutarının tamamını tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde ödemesi halinde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Sigortalıya tebliğ edilen borç tutarının bu süre içerisinde tam olarak ödenmemesi halinde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve ödenen tutar 5510 sayılı Kanunun 89 uncu maddesine göre iade edilir.

5434 sayılı Kanunun yürürlükte bulunan ek 31 inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince aylıklarını 22 Ocak 1962 tarihli ve 1 sayılı Kanun ile ek ve tadillerine göre alan ve almış olan 5510 sayılı Kanun gereğince 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) kapsamındaki sigortalıların 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı kanunlar ile 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesinde sözü edilen sandıkların kanunlarının kapsamındaki serbest meslekte geçmiş ve değerlendirilmemiş hizmet sürelerinin 15 yılı, bu hizmetlerin adı geçen kanun hükümleri uyarınca belgelenmeleri halinde, öğrenim durumları itibariyle memuriyete giriş derecesi esas alınarak yapılacak borçlanmalara önceki mevzuat gereğince devam edilecektir.

D. 1479 ve 2926 Sayılı Kanunlar Kapsamındaki Sigortalıların Geçici 17 inci Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar

5510 sayılı Kanunun geçici 17. maddesine göre; kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlarla tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara göre tescilleri yapıldığı halde, bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunanların, bu sürelerle ilişkin prim borçlarını, prim borçlarının ödenmesine ilişkin Kurumca çıkarılacak genel tebliğin yayımı tarihini takip eden aybaşından itibaren altı ay içerisinde ödememeleri halinde, prim ödemesi bulunan sigortalıların daha önce ödedikleri primlerin tam olarak karşıladığı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalıların ise tescil tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulur. Prim borcuna ilişkin süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyerek, Kurum alacakları arasında yer verilmez.

Ancak, sigortalı ya da hak sahipleri daha sonra müracaatları tarihindeki 80 inci maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenecek prime esas kazanç tutarı üzerinden hesaplanacak borç tutarının tamamını, borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödedikleri takdirde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.

Sigortalılıkları önceki kanunlara göre durdurulanlar için de bu maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

E. Ek Ders Ücreti Karşılığında Uzman ve Usta Öğretici Olarak Çalışanların Geçici 31 inci Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar

6111 sayılı Kanun ile Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ek ders ücreti karşılığında uzman ve usta öğreticilere primi ödenmeyen sürelerini borçlanma hakkı getirilmiştir (m. 52).

Söz konusu düzenlemeye göre; Milli Eğitim Bakanlığına bağlı her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ek ders ücreti karşılığında ilgili mevzuatı çerçevesinde uzman ve usta öğretici olarak çalıştırılanlar, bu durumlarını milli eğitim il veya ilçe müdürlüklerince belgelendirmeleri kaydıyla, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bu çalışmalarından dolayı ay içinde 30 günden eksik kalan sürelerini 41 inci madde esaslarına göre kendileri veya hak sahipleri borçlanabilirler. Borçlanılan bu süreler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi sayılır.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunun 47. maddesinde örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ve hizmetiçi yetiştirme kurs, seminer ve konferanslarda uzman ve usta öğreticilerin de geçici veya sürekli olarak görevlendirilebileceği, öğretim tür ve seviyelerine göre uzman ve usta öğreticilerin seçimlerinde aranacak şartlar ile görev ve yetkilerinin yönetmeliklerle tespit edileceği hükmü bulunmakta olup, Milli Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli veya Ek Ders Görevi ile Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkında Yönetmelik 21.05.1977 tarihli ve 15953 sayılı Resmi Gazetede yayımlandığından, uzman ve usta öğreticilerin 21.05.1977-25.02.2011 tarihleri arasında ay içinde 30 günden eksik kalan süreleri borçlandırılacaktır.

**F. Sıkıyönetim Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Suçlar
Nedeniyle Yakalanan veya Tutuklananların Geçici 36 ıncı
Maddeye Göre Yapacakları Borçlanmalar**

13/5/1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetime el koyduğu 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenlerin, gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri için kendilerinin ya da hak sahiplerinin bu durumlarını belgeleyerek bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla, gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri, talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerinin; bu durumlarından dolayı dava açıp tazminat alanların borcun tebliğ tarihinden itibaren altı ay içerisinde kendilerince veya hak sahiplerince, tazminat almamış olanların ise Hazinece ödenmesi suretiyle borçlandırılır. Bu şekilde borçlanılan süreler Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilir. Ancak, sigortalılık başlangıç tarihinden önceki borçlanılan süreler sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmez.

5434 sayılı Kanuna tabi çalışmakta iken 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetime el koyduğu 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenlerin, herhangi bir nedenle hizmet sayılmayan gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri, kendileri veya hak sahiplerinin bu durumlarını belgeleyerek bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla, gözaltına alındığı veya tutuklandığı tarihteki emeklilik keseneğine esas aylık derece ve kademesinin talep tarihindeki katsayılar ve emeklilik keseneğine esas aylığın hesabına ait diğer unsurlar ile kesenek ve karşılık oranları esas alınmak suretiyle hesaplanacak borçlanma tutarının altı ay içerisinde

kendilerince veya hak sahiplerince ödenmesi halinde hizmet sürelerine eklenir. Borçlanılan süreler 5434 sayılı Kanunun geçici 205 inci maddesine göre yaş tespitiinde dikkate alınmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe (25.02.2011) kadar, kendi sigortalılıklarından dolayı sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık bağlanmış olanlar ile birinci ve ikinci fıkra kapsamında sayılan söz konusu süreleri herhangi bir şekilde sigortalılık hizmeti olarak değerlendirilmiş olanlar bu madde uyarınca borçlanamazlar. Sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık bağlanmayan ya da toptan ödeme yapılmak suretiyle hizmetleri tasfiye edilenlerden borçlanacakları bu süreler ile birlikte emekli veya yaşlılık aylığına veya gelire hak kazanacak olanlara, geçmişe yönelik aylık ve farkı ödenmez. Bu maddenin birinci ve ikinci fıkrası kapsamında borçlandırılan süreler emekli ikramiyesi hesabında dikkate alınmaz.

G. 1416 Sayılı Kanuna Göre Yurt Dışına Gönderilip Yurda Dönerlerden Yükümlü Bulunduğu Mecburi Hizmet Süresini Tamamlamış Olanların Geçici 43 üncü Madde Kapsamında Yapacakları Borçlanmalar

5510 sayılı Kanunun geçici 43. maddesine göre; 1416 sayılı Kanuna göre yurt dışına gönderilen ve öğrenimini başarıyla tamamlayarak yurda dönerlerden yükümlü bulunduğu mecburi hizmet süresini tamamlamış olanlardan, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmaya başlamış olup geçici 4 üncü madde kapsamında çalışmaya devam edenler; yurt dışında resmî öğrenci olarak geçirmiş oldukları öğrenim sürelerinin 18 yaşının tamamlanmasından sonraki döneme ait olan kısmının tamamını veya bir bölümünü, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde veya mecburi hizmetlerini tamamlayacakları tarihten itibaren üç ay içinde müracaat etmeleri ve müracaatın kabul edildiği ay itibarıyla geçerli olan emekli keseneğine esas kazanç tutarı üzerinden ve borçlanacakları süreye ilişkin olarak hesaplanacak kesenek ve kurum karşılığı toplamından oluşan yükümlülük tutarının tamamını peşin olarak veya müracaatın kabul tarihinden

itibaren oniki ayda eşit taksitler halinde ödemek suretiyle borçlanabilirler. Borcunu taksitler halinde ödeyecek olanların borçlanma işlemi sırasında hesaplanan aylık taksit tutarı, borcun ödendiği tarihteki prime esas asgarî kazanca oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgarî kazancı ile çarpılır ve bulunan tutar, ilgili ayın taksit tutarı kabul edilir.

Borcunun tamamını peşin ödeyenler ile taksit ödeme dönemi sonunda borcunun tamamını ödemiş olduğu tespit olunanların borçlanmış oldukları süreler, fiili hizmet süresinin hesabında ve iştirakçiliğin başlangıç tarihinin tespitinde dikkate alınır. Aylık taksitlerini zamanında ödemeyenlerin önceki aylara ilişkin olarak ödemiş oldukları tutarlar, süresi geçen son taksit tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgililere iade olunur.

Bu maddeye göre yapılacak borçlanma işlemlerine ilişkin olarak birinci ve ikinci fıkrada düzenlenmemiş olan hususlar hakkında mülga hükümleri dahil 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.”

H. Personel Mevzuatına Göre Almış Oldukları Disiplin Cezaları Sonucu Memuriyetleri Sona Erip Disiplin Cezaları Bütün Sonuçları ile Ortadan Kaldırılanların Geçici 44 üncü Madde kapsamında Yapacakları Borçlanmalar

23/4/1999 ile 14/2/2005 tarihleri arasında tabi oldukları personel mevzuatına göre almış oldukları disiplin cezası sonucu memuriyetleri sona erip, 22/6/2006 tarihli ve 5525 sayılı Kanun uyarınca haklarında verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile ortadan kaldırılanların bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren 3 ay içinde Kuruma müracaat etmeleri halinde ve yaş haddine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla; memuriyetlerinin sona erdiği tarih ile 22/6/2006 tarihi arasındaki dönem içinde uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak sigorta primi ödenmemiş veya emekli keseneği yatırılmamış sürelerine ilişkin kesenek ve kurum karşılığı toplamaları, görevden ayrıldıkları tarihteki derece ve kademelerine hizmet olarak sayılacak sürenin her üç yılına bir derece ve her yılına bir kademe verilmek

ve öğrenim durumları itibarıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesindeki yükselebilecekleri dereceleri geçmemek üzere tespit edilecek derece ve kademeleriyle başvuru tarihinde uygulanmakta olan katsayılar esas alınarak belirlenecek emekli keseneğine esas aylık tutarları üzerinden Kurum tarafından hesaplanarak halen çalıştıkları veya kamu görevlisi olarak en son çalışmış oldukları kamu idarelerine bildirilir ve söz konusu tutarlar bu idareler tarafından üç ay içerisinde Kuruma defaten ödenir.

Haklarında verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile 5525 sayılı Kanun uyarınca ortadan kaldırılmış olanlardan memuriyetten çıkarılmış oldukları kuruma yeniden atanmak üzere başvuranların, bu başvurularının ilgili kurumların kayıtlarına geçtiği tarihten başlayarak bu kurumlarda yapılan ilk atamalarının kendilerine tebliği tarihine kadar olan dönem içerisindeki uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak sigorta primi ödenmemiş veya emekli keseneği yatırılmamış süreleri hakkında ise, birinci fıkra uyarınca yapılmış olan derece yükselmesi ve kademe ilerlemeleri saklı kalmak kaydıyla, yukarıdaki fıkra hükümleri çerçevesinde işlem yapılır. Ancak, bu fıkra kapsamına girenlerden ataması bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış olanların bu fıkra hükümlerinden yararlanabilmesi için, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içerisinde, bu maddenin yürürlük tarihinden önce atama talebinde bulunduğu halde atama işlemleri bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra tamamlanacakların ise, atamalarını izleyen altı ay içerisinde Kuruma başvuruda bulunmaları zorunludur.

Bu madde uyarınca ilgililer adına kesenek ve kurum karşılığı ödenmiş olması; birinci fıkrada belirtilen dönem içerisinde ödenmiş olan emeklilik veya malullük aylıkları ya da dul ve yetim aylıkları için kendilerine borç çıkarılmasını, emekli ikramiyesi farkı ve geriye dönük olarak aylık farkı ödenmesini gerektirmez.

I. Geçici 43 ve 44 üncü Madde Kapsamında Bulunup Da Süresinde Borçlanma Yapamayanların Geçici 51 inci Madde Kapsamında Yapacakları Borçlanmalar

5510 sayılı Kanunun geçici 51. maddesine göre; geçici 43 üncü madde kapsamında bulunanlardan süresinde müracaat etmediği için borçlanma hakkından yararlanamamış olanlar, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde müracaat etmeleri hâlinde, geçici 43 üncü maddede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde borçlanma hakkından yararlandırılır.

Geçici 44 üncü madde kapsamında bulunanlardan öngörülen süre içinde başvuru hakkını kullanmamış olanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten 31/12/2013 tarihine kadar Kuruma başvurmaları hâlinde, geçici 44 üncü madde hükümlerinden yararlandırılır.

Geçici 44 üncü madde hükümleri, 28/2/1997 ile 23/4/1999 tarihleri arasında tabi oldukları personel mevzuatına göre almış oldukları disiplin cezası sonucu memuriyetleri sona erip, 8/8/1999 tarihli ve 4455 sayılı Kanun uyarınca haklarında verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile ortadan kaldırılanlar hakkında da aynı usul ve esaslar çerçevesinde uygulanır ve anılan maddede öngörülen süreler bu fıkra kapsamında bulunanlar için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar.

J. Geçici 44 ve 51 inci Madde Kapsamında Bulunup Da Süresinde Borçlanma Yapamayanların Geçici 56 ncı Madde Kapsamında Yapacakları Borçlanmalar

5510 sayılı Kanuna 6552 sayılı Kanunun 60. maddesi ile eklenen geçici 56. maddesinin birinci fıkrasına göre; geçici 44 üncü veya geçici 51 inci madde kapsamında bulunanlardan öngörülen süre içinde başvuru hakkını kullanmamış olanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Kuruma başvurmaları hâlinde, geçici 44 üncü madde hükümlerinden yararlandırılır.

K. Sanatçı Hizmet Borçlanması

Sanatçılar 2167 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. 506 sayılı Kanunun ek 10. maddesinde, “Bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları, müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar, düşünür ve yazarlar bu Kanun hükümlerine tabidir. Yukarıdaki fıkrada sayılan uğraşı alanlarına kimlerin gireceği, diğer ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşların görüşleri de alınmak suretiyle Sosyal Güvenlik, Kültür ve Turizm ve Tanıtma Bakanlıkları tarafından birlikte saptanır.”⁹⁶⁶ hükmüne yer verilmiştir.

Sanatçılara 2167, 2959⁹⁶⁷, 3395 ve 4056⁹⁶⁸ sayılı Kanunlar ile borçlanma imkânı getirilmiştir. Söz konusu Kanunlarda öngörülen borçlanma süreleri dolmuştur. Bir diğer ifadeyle günümüzde adı geçen Kanunlara dayanılarak borçlanma yapılamaz. Ancak günümüzde sanatçı borçlanmasına ilişkin davalar devam etmektedir. Bu nedenle sanatçı borçlanmasından bahsetmekte fayda vardır.

En son 4056 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 80. maddede sanatçıların çalışma sürelerinin tamamını veya bir kısmını borçlanabilecekleri öngörülmüştür. Borçlanma hakkında 506 sayılı Kanunun ek 10. maddesi kapsamında sigortalı sayılan sanatçılar yararlanabilir.⁹⁶⁹

Sanatçı borçlanmasına ilişkin olarak 10. Hukuk Dairesi ve 21. Hukuk Dairesi arasında görüş farklılığı çıkmıştır. Daire görüşlerindeki farklılık, sanatçıların zorunlu sigortalı sayılabilmeleri ve dolayısıyla borçlanma yapabilmeleri için SSK’nın 2. maddesi anlamında hizmet akdiyle bağlı olarak çalışmalarının şart olup olmadığı noktasındadır.

10. Hukuk Dairesi, Ek 10. madde ve geçici 80. madde gereğince sanatçıların borçlanabilmesi için bir veya birden fazla işverene hizmet akdi ile

⁹⁶⁶ Sosyal Güvenlik, Kültür ve Turizm ve Tanıtma Bakanlıkları tarafından birlikte saptanan uğraşı alanları listesi için bkz. Aslanköylü, 2.Cilt, s.2285 vd.

⁹⁶⁷ RG. 19.11.1983, S.18226.

⁹⁶⁸ RG. 11.12.1994, S.22138.

⁹⁶⁹ Y 10. HD, 3.2.1998, 191/395, Kılıçoğlu, s.56 vd.

bağlı olarak ve 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı niteliğine haiz fiili çalışmanın varlığını aramıştır.⁹⁷⁰ 21. Hukuk Dairesi ise; borçlanma yapabilmek için hizmet akdi ile çalışmanın şart olmadığına, mesleki ilişkinin aranması gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁷¹ Hukuk Genel Kurulu, sanatçı ile hukuki ilişki içinde bulunan ya da sanatından yararlanan kimse arasındaki ilişkinin akit türü ne olursa olsun, sanatçının sanat yaratırken gösterdiği mesleki çalışmasının 506 sayılı Kanun kapsamında olduğunu kabul ederek 21. Hukuk Dairesinin görüşünü benimsemiştir.⁹⁷²

Söz konusu görüş farklılığı içtihadı birleştirme yoluna başvurulmasını gerektirmiş, ancak Büyük Genel Kurul, 10. Hukuk Dairesi'nin kararlarının değiştirelemeyecek boyutta kararlılık kazanmadığına, bu nedenle içtihatların birleştirilmesine yoluna gidilmesine gerek ve yer bulunmadığına karar vermiştir.⁹⁷³ İctihadı birleştirme sonrası 10. Hukuk Dairesi önceki görüşünden dönerek, sanatçı ile onu çalıştıran işveren arasındaki hukuki ilişkinin hizmet akdine dayanmasının gerekmediğine, bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılmak koşuluyla, işverene bağlı çalışma hizmet akdine dayanmasa bile sanatçıların sigortalı sayılacağına ve borçlanma yapabileceklerine karar vermiştir. Bir diğer ifadeyle, sanatçılar bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılmak koşuluyla, istisna, vekâlet veya karma akide göre çalışmış olsa bile zorunlu sigortalı sayılır ve borçlanma yapabilir.⁹⁷⁴ 21. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu ise bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılmamış olsalar bile sanatçıları sigortalı saymaktadır.⁹⁷⁵

5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri

⁹⁷⁰ Y 10. HD, 11.6.1996, 10263/5474; Y 10. HD, 28.4.1997, 2786/3026, Kılıçoğlu, s.55 vd.

⁹⁷¹ Y 21. HD, 26.1.1998, 8781/279; Y 21. HD, 5.3.1998, 617/1542, Kılıçoğlu, s.57 vd.

⁹⁷² Y HGK, 30.9.1998, 644/633, Aslanköylü, 2. Cilt, s.2289; Kılıçoğlu, s.58 vd.

⁹⁷³ Y İBK, 15.06.2001, 1991/1, 2001/1, Kılıçoğlu, s.74 vd.

⁹⁷⁴ Y 10. HD, 27.06.2001, 3651/5042, Aslanköylü, 2. Cilt, s.2284; Y 10. HD, 27.06.2001, 3653/5041, Kılıçoğlu, s.76 vd.

⁹⁷⁵ Öğretiye göre; her ne kadar 10. Hukuk Dairesi görüşünden dönmüş olsa da daireler arasında görüş ayrılığı devam etmektedir. Nitekim 10. Hukuk Dairesi akit türü ne olursa olsun bir işveren nezdinde çalışma olgusunu aramakta iken, 21. Hukuk Dairesi buna gerek görmemektedir. Aslanköylü, 2. Cilt, s.2284; Kılıçoğlu, s.80.

diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar ise 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi (1) numaralı alt bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır.⁹⁷⁶

⁹⁷⁶ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yer alan “Kanunun 4 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamında Sayılan Sigortalılara İlişkin Uğraşı Alanı ve Çalışanları Gösterir Liste” ile bu kapsamda sayılan işler belirlenmiştir.

SONUÇ

Tezimizde hizmet borçlanması kurumunu incelemeye çalıştık. Sonuç bölümünde hizmet borçlanması kurumunun sosyal güvenlik sistemimiz içindeki yerini değerlendirmeye çalışacağız. Değerlendirmeye geçmeden önce, hizmet borçlanması kavramını kısaca hatırlamakta ve sosyal güvenlik sistemimizin yapısını belirtmekte fayda vardır.

Türk Hukukunda uzun vadeli sigorta kolları kapsamında aylığa hak kazanabilmek için, kanunda öngörülen sigortalılık süresini doldurmak ve prim ödeme gün sayısına ulaşmış olmak gerekmektedir. Uzun vadeli sigorta kollarından birini oluşturan yaşlılık sigortasında yaşlılık aylığına hak kazanmanın şartları da; belirli süre prim ödeme, sigortalılık süresini tamamlama ve kanunda benimsenen emeklilik yaşına gelmedir.

Yaşlılık aylığına hak kazanmanın koşullarından biri olan sigortalılık süresi, bir bekleme süresidir. Sigortalılık statüsünde bulunan bir kimsenin sigortalılık süresinden söz edilebilir. Sigortalılık niteliği de çalışmaya başlama ile edinilir. Sigorta hak ve yükümlülükleri çalışmaya başlanılan tarihten itibaren başlar (SSGSSK, m. 7). Bununla birlikte sigortalılık süresinin mutlaka çalışılarak geçirilmesi gerekmez. Bir kez sigortalılık tescili yapıldıktan sonra çalışılmayan süreler de sigortalılık süresinden sayılır.

Prim ödeme gün sayısı, kural olarak, sigortalının çalışma karşılığı ücret aldığı dönem için söz konusudur. İş sözleşmesinin askıya alındığı veya sigortalının çalışmadığı dönemlerde ücret söz konusu olmadığı için sigortalı adına herhangi bir prim de kesilmez.

Hukuk sistemimizde sigortalıların özellikle yaşlılık sigortasından yararlanabilmeleri için gerekli olan sigortalılık süresini doldurmaları ve prim ödeme gün sayısına ulaşmış olmaları gerekmekte ise de, bireylerin sürekli çalışmaları her zaman mümkün olmamaktadır. Çeşitli nedenlerden ötürü çalışma hayatlarında kesintiler oluşmaktadır. Çalışılmayan sürelerde gelir elde edilemediği için sosyal sigorta primi de ödenememektedir. Sigortalılar için problem oluşturan bir diğer hâl ise, yurt dışında geçen çalışma

sürelerinde olduğu gibi çalışılmış sürelerin primlerinin Türkiye'de Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödenememesidir. Dolayısıyla kişilerin sosyal sigortaya tabi olarak geçebilecek kimi zamanları sigorta kapsamında değerlendirilememekte ve bu durum sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmaları için gereken şartları sağlayamamalarına yol açmaktadır. Belli bir yaşa ulaşması nedeniyle çalışma gücü azalan sigortalılar, iş hayatından çekilerek çalışmadan yaşamını sürdürme ve dinlenme olanağından mahrum kalmaktadırlar. İşte bu mahrumiyetin doğmasını engellemek için sigortalılara, kendi iradeleri dışında ve kendilerine yüklenemeyen sebeplerle prim ödemeden geçirdikleri süreleri belirli koşullarda borçlanabilme ve böylece bu süreleri sosyal sigorta kapsamında değerlendirebilme imkânı verilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında hizmet borçlanması kurumu, prim ödemeden geçirilen sürelerin borçlanılmak suretiyle sigortalılıktan sayılması ve sosyal sigorta kapsamında değerlendirilmesinin bir yolu şeklinde tanımlanabilir. Bu bağlamda hizmet borçlanması, prim ödeme gün sayısını artırarak ve sigortalılık başlangıç tarihini geriye çekici rol oynayarak sigortalıların sigorta yardımlarına özellikle yaşlılık aylığına hak kazanmalarını kolaylaştırıcı etkiye sahiptir.

Sosyal güvenliğin sağlanmasında primli sosyal güvenlik sistemi ve sosyal yardım ve hizmetleri içeren primsiz sosyal güvenlik sistemi olmak üzere temel olarak iki sistem söz konusudur.

Sosyal sigorta tekniği ile çalışan primli sosyal güvenlik rejimi korunması düşünülen toplum kesimlerinin bir sosyal güvenlik kurumu çatısı altında örgütlendirilerek henüz zararlarından kurtulma ihtiyacı duyulan sosyal tehlike ortaya çıkmadan sigortalılardan, bağımlı çalışıyor ise işverenlerinden ve devletten alınacak mali katkılarla bir kaynağın oluşturulmasını öngörür.⁹⁷⁷ Karşılıklılık esasına dayanan primli rejimde sosyal sigorta kapsamında yer alan kimseler, sigortalı sıfatını kazandıkları andan itibaren finansmana düzenli bir biçimde katılır. Söz konusu katkı, sosyal güvenlik teşkilatına ödenen primler aracılığıyla olur. Sosyal sigorta primi, kanunla belirlenen

⁹⁷⁷ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.62.

sosyal risklerin etkilerini ortadan kaldırmak için sosyal güvenlik kurumunun sağlayacağı yardımlar ile yönetim giderlerini karşılamak üzere, sigortalının kazancının belirli bir yüzdesi üzerinden sigortalı ve işverenden alınan para şeklinde tanımlanabilir.⁹⁷⁸

Sosyal riskle karşılaşan ve korunmaya muhtaç olanlara, sigortalı olma ve prim ödeme şartı aranmaksızın devletin genel vergi gelirleriyle veya gönüllü kuruluşların katkılarıyla finanse ettiği sosyal güvenlik programları ise primsiz rejim çerçevesine girer. Primsiz rejim toplum kesimlerinin örgütlenmesini gerektirmeyen ve bütün topluma devletin genel gelirlerinden ayrılan paylarla sosyal güvenlik hizmeti sağlayan bir rejimdir.⁹⁷⁹

Adı geçen yöntemlerden hangisinin uygulanacağını belirlemede temel ölçü, muhtaç olanlara sağlanacak gelirlerin sağlanış biçimiyle sosyal güvenlik kurumlarının finansman temin olanakları ve gücüdür. Ülkemizde bu iki sistem birlikte uygulanmakla beraber sosyal güvenlik sistemimiz esas itibarıyla primli rejime dayalıdır.⁹⁸⁰ Nitekim 5510 sayılı Kanunun madde 79/1'e göre; kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır.

Sosyal güvenliğin finansman yöntemi olarak da fon biriktirme (kapitalizasyon) ve dağıtım yöntemine başvurulmaktadır. Malullük, yaşlılık, ölüm gibi uzun vadeli sigorta kolları için fon biriktirme yöntemi uygulanmaktadır. Bu yöntemde ileride ortaya çıkması beklenen sosyal risklerin yol açacağı harcamaları karşılayabilmek amacıyla bir fon oluşturulur. Ülkemizde sigortalılar adına sosyal güvenlik kurumuna ödenen primler tek bir ortak fonda toplanmakta ve ileride sigortalılara ve hak sahiplerine yapılan ödemeler fondan karşılanmaktadır.⁹⁸¹

Primli rejime dayalı bir sosyal güvenlik sisteminde borçlanmanın çok istisnai ve sınırlı hâllerde kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Diyebiliriz

⁹⁷⁸ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.129.

⁹⁷⁹ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s.63.

⁹⁸⁰ Kuruca, s.43.

⁹⁸¹ Gerek, s.58.

ki borçlanma hakkı, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına hak kazanabilme yönünden getirilmiş istisnai bir düzenlemedir. Esasen hukukumuzda sosyal güvenlik kuruluşlarının geç kurulması, bazı statülerin sonradan sosyal güvenlik kapsamına alınması önceki dönem için borçlanma yapılmasını zorunlu kılmıştır. Sosyal güvenlik sistemimizin yapısı nedeniyle hizmet borçlanması kurumu, Türk hukukunun yarattığı bir usuldür.

Sosyal güvenlik sistemimizde çalışılmayan ve ücret alınamayan, dolayısıyla primi ödenmeyen süreler sigortalılık süresinden sayılmaktadır. Sigorta yardımlarına hak kazanabilmek için gerçekleşmesi gereken şartlardan sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının birbirine denk gelmemesi karşısında borçlanma kurumunun getirilmesi yerindedir.

Borçlanmaya ilişkin hukuki düzenlemeler yapılırken temel ilkelerin belirlenmesi gerekir.

Borçlanmanın temel ilkeleri her şeyden önce sosyal devlet kurallarına uygun olmalıdır. Sosyal devlet, bireyin huzur ve refahını gerçekleştiren ve güvence altına alan, kişi ve toplum arasında denge kuran ve adaleti sağlamakla ve devam ettirmekle yükümlü devlettir. Sosyal devlet kişinin onurlu bir hayat sürdürmesi ile maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları sağlamak, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği gerçekleştirmek zorundadır. Sosyal devlet, bireylere asgari yaşam koşullarını sağlayarak bireyler arasındaki eşitsizliği gidermelidir. Sosyal güvenlik hukuku reform sürecinde, herkes için aynı kurallar getirmek amacıyla borçlanılabilecek süreler ve borçlanma yöntemi konusu ortak hükümlerle düzenlenmeye çalışılmıştır. Ancak mevcut düzenlemelere bakıldığında çalışanlar arasında farklılık yaratıldığı görülmektedir.

Örneğin, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlara personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleri arasında ayrıma gidilmeksizin tümünü borçlanabilme imkânı verilirken, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olan işçilere iş sözleşmesinin askıda kaldığı tüm hâller için borçlanma imkânı verilmemesi iki sınıf arasında eşitsizliğe yol açmaktadır. 5510 sayılı Kanunun 41.

maddesinde işçiler açısından iş sözleşmesinin askıya alındığı belli durumlar için borçlanma imkânı tanınmıştır. Oysaki iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda işçiler, kural olarak, ücrete hak kazanamamakta ve sosyal güvenlik alanında mağdur olmaktadır. Primi ödenmeyen bu sürelerin ayrıca borçlanılmasının mümkün olmaması da işçilerin mağduriyetlerini artırmaktadır.

Yine hizmet borçlanması 41. maddede bir bütün olarak düzenlenmiş olsa da geçici hükümlerde de genel olarak 5434 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanların yararlanabileceği borçlanma imkânları düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde görülmektedir ki kamu görevlileri açısından ayrıcalıklı durumlar yaratılmıştır. Örneğin geçici 4. maddenin son fıkrasında personel mevzuatına göre almış oldukları disiplin cezası bütün sonuçları ile ortadan kaldırılanların görevlerinden ayrıldıkları tarih ile göreve başladıkları tarih arasındaki prim veya kesenek ödenmemiş sürelerinin borçlanılabileceği öngörülmüştür. Madde metninde 41. maddenin sistematüğinden farklı olarak borçlanma bedelini ödeme süresi uzun tutulmuştur. 41. maddede ise ödeme süresi bir ay gibi kısa bir zaman dilimidir.

Öte yandan Kuruma çalışmaya başladığı andan itibaren gerçek kazancı üzerinden prim ödeyen sigortalı ile sigorta kapsamı dışında kalıp da daha sonra prim ödeyen kişiler arasında anayasal eşitlik ilkesinin sağlanması gerekir. Zira iki grup da aynı yardımlara hak kazanmaktadır. Borçlanma yapanların daha düşük prim ödemelerini öngören düzenlemeler eşitsizliğe yol açar. Ayrıca borçlanma yapanlara sağlanan yardımların yükünü diğer sigortalılara yükler.

Borçlanma hakkı, sosyal güvenlik hakkı bağlamında iki açıdan ele alınabilir. İlk olarak, prime dayalı sistemlerde borçlanma hakkının istisnai bir düzenleme olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla borçlanma hakkına ilişkin düzenlemeler dar yorumlanmalıdır. Öte yandan borçlanma, sosyal güvenlik hakkının sağlanmasına hizmet etmektedir. Temel hak ve özgürlük olarak kabul edilen sosyal güvenlik hakkını sınırlayan değil, onun

uygulanma alanını genişleten bir kurum olarak değerlendirilebilir. Borçlanma kurumu amacı itibariyle sosyal güvenlik hakkının kullanımını kolaylaştırdığı ve kapsamını genişletmeye yardımcı olduğu için geniş yorumlanmalıdır. Sosyal güvenlik alanında kanun hükümleri, hak sahiplerini ve sigortalıları sigorta yardımlarından yoksun kılacak, bu olanaklardan faydalanmalarını engelleyecek şekilde yorumlanamaz. Sosyal güvenlik hukukunun kamusal niteliği ve sigortalıyı koruma çabası ile konuya yaklaşıldığında uygulamada borçlanmanın şartlarının sigortalı lehine geniş yorumlandığını söyleyebiliriz. Yargıtay da birçok kararında kanunî düzenlemelerdeki belirsizlikleri sigortalılar lehine çözüme yolunu kabul etmektedir.

Ülkemizin sosyal güvenlik yapısı ağırlıklı olarak çalışanlardan uzun yıllar boyunca prim toplanması esasına dayalıdır. Madem ki sosyal sigortalar bireye sosyal riskler karşısında teminat sağlamakta, o hâlde birey de kendisini sosyal riskler ortaya çıkmadan önce korumalı, tasarruf etmeli ve gelirinin bir kısmını bunlar için ayırmalıdır. Sosyal sigorta tekniği bireye bu tasarrufu kurumsal yapılar aracılığıyla yapma imkânı sunmaktadır. Bireyler gelecekte kendilerine güven ortamı oluşturabilmek için sosyal yardım sağlayan kurumlara finansal aktarımda bulunmaktadırlar. Hizmet borçlanmasında da bireyler elde edecekleri sosyal yardımlar karşılığında Kuruma belirli bir ödeme yapmaktadırlar. Ancak burada finansal aktarım çalışmaya başlanıldığı andan itibaren olmamaktadır. Bir diğer ifadeyle hizmet borçlanmasında sosyal sigorta yardımları belirli bir ödeme karşılığında bir anda satın alınmaktadır.

Sosyal yardımların bir anda belirli bir ödeme karşılığında satın alınması Kurumun aktüeryal dengesini iki şekilde etkilemektedir. İlk olarak Kurum borçlanma yapan bireyin çalıştığı sürece prim gelirinden yoksun kalmaktadır. Primi zamanında ve sürekli olarak toplayamadığı için finansal programlarında yer almayan bir gider harcamasıyla karşı karşıya kalmaktadır. Borçlanma karşılığında yapılan ödeme de borçlanan kişiye yapılacak sosyal yardımları karşılamaya yetmemektedir. Enflasyonun yükselmeye başladığı ülkemizde ağırlıklı olarak kapitalizasyon sisteminin

uygulanması da Kuruma ciddi zararlar vermektedir. Enflasyon nedeniyle fiyatlar sürekli olarak yükselirken başlangıçta biriken sermaye zamanla gerçek değerini yitirir. Bu durum içinde bir de uzun süre kendisinden prim alınamayan sigortalıya bir anda maddî aktarımda bulunulması sıkıntıyı büyötmektedir.

İkinci olarak, hizmet borçlanması Kurum biriken sermayenin işletilmesinden elde edilecek gelirden yoksun kalmaktadır. Sosyal sigortalarda kapitalizasyon sisteminde birikmiş sermayenin en önemli amacı, sosyal sigortaların şimdiki ve gelecekteki giderlerini karşılamaktır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için fonların, yani birikmiş sermayenin işletilmesi zorunludur. Zira Kurumun gelir kaynaklarından birisi de biriken sermayenin işletilmesidir. Sosyal yardımların bir anda belirli bir ödeme karşılığında satın alınması hâlinde ise Kurum biriken sermayeyi işletme imkânına sahip olamayacaktır. Gerçekten, borçlanma yapan kişi çalışmaya başladığı andan itibaren primlerini ödemiş olsaydı Kurum primleri işleterek, faiz, temettü, gayrimenkul sermaye iradı gibi ek gelirler sağlayacaktı. Hizmet borçlanması ise primleri işletememiş olmaktan ötürü Kurum zarara uğramaktadır.

Kurumun finansal yapısını tehdit eden söz konusu durum karşısında borçlanmanın temel ilkeleri sosyal güvenlik hakkının sağlanması ilkesinin yanında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun aktüeryal dengesi de gözetilerek belirlenmelidir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal hak niteliğindedir. Sosyal haklar, devlete bu hakları gerçekleştirme ödevi yükler. Sosyal sigorta alanında devletin kişiyi yalnız bırakması söz konusu olamaz. Sosyal sigortanın sağlanması devlet mekanizmasının çalışması ile gerçekleşebilir. Bu mekanizmanın çalışması da devletin ekonomik yapısına bağlıdır. Bir diğer ifadeyle sosyal haklar ekonomik güçle, yani para ile gerçekleştiği için hakların yerine getirilmesi devletin malî imkânları ile orantılıdır. Dolayısıyla sosyal haklar program hak niteliğinde olup ilgili hükümler devlete yol göstermekte ve rehberlik etmektedir. Devlet bu hakları gerçekleştirme amacıyla bağlıdır. 1982 Anayasası da devletin sosyal hakları mali imkanları ölçüsünde gerçekleştireceğini açıkça hüküm altına almıştır (m. 65). Devlet, sosyal

güvenlik hakkını sağlama görevini, bu görevin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir (m. 65). 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde de herkesin, toplumun bir üyesi olarak, insan onuru ve kişiliğin özgür gelişmesi bakımından vazgeçilmez olan ekonomik, toplumsal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmekle beraber bu haklara Devletin kaynakları çerçevesinde sahip olunulabileceği belirtilmektedir (m. 22).

Sosyal güvenlik kuruluşları biriktirme yöntemine dayalı uzun vadeli sigorta kolları bakımından kurumsal planlamaları ile aktüeryal dengelerini oluşturmak ve korumak zorundadırlar. Sosyal devlet olmanın gerekliliği yerine getirilirken ekonomik sistemin de göz önünde bulundurulması ve bu sayede kendi kendine yetebilen bir sosyal güvenlik sisteminin oluşturulabilmesi için borçlanma konusundaki mevzuat titizlikle oluşturulmalıdır.

Sosyal güvenliğin kapsamının kişi ve sosyal riskler açısından genişlemesi, prim tahsilinde yaşanan sorunlar, ekonomik bunalımlar sosyal güvenlik sisteminde finansal sıkıntılara yol açmaktadır. Ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında pek çok borçlanma biçiminin çeşitli dönemlerde uygulanmış olduğu görülmektedir. Bu uygulamanın Kurumların mali yapıları gözetilmeksizin yapılmasından ötürü sosyal güvenlik sisteminin aktüeryal dengesini ciddi anlamda bozduğu ifade edilmektedir. İktisadi imkanlarla desteklenmeyen bir sosyal güvenlik sisteminin varlığını sürdürmesi mümkün değildir. Bu bakımdan belirlenen amaçlarını gerçekleştirmesini sağlayacak yeterli kaynaklara sahip olmak sosyal güvenlik kurumları bakımından hayati öneme sahiptir. Aktüeryal dengesizliğe yol açmamak için Kuruma yüklenecek malî külfetin öngörülebilen olması gerekir. Mali külfetin karşılanabilmesi için de borçlanma bedelinin hesaplanma yöntemi titizlikle seçilmelidir.

5510 sayılı Kanunda ve 3201 sayılı Kanunda borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarının başvuru tarihindeki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 82 nci maddesinde belirtilen

prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32'si olarak hesaplanması esası kabul edilmiştir.

Öte yandan Devlet katkısı olmaksızın primlerle finanse edilen sosyal güvenlik sisteminin hizmet borçlanmasının yüklediği külfete dayanıp dayanamayacağı hesaplanmalıdır. Sistemin ekonomik olarak dayanamayacağı tespit edildiği takdirde sosyal güvenlik teşkilatının açıklarını kapatmak Devletin görevi olduğundan Devlet katkısının varlığı gerekecektir. Sosyal güvenlik sisteminin finansman sorununa çözüm için genel eğilimlerden biri sosyal güvenliğin finansmanına devletin artan oranda katılmasıdır. Devletin sosyal devlet olma niteliği de bu katkıyı gerekli kılar. Sosyal güvenlikteki mali yükün devletçe karşılanması gerektiği durumda Devletin katkıda bulunup bulunamayacağı, bulunacaksa Devlet katkısının şekli ve miktarı devletin mali kaynakları araştırılarak belirlenmelidir. Bu yönde gerekli kısa, orta ve uzun vadeli hesap ve tahminler yapılmalıdır.

Siyasal iktidarlar, sosyal sigorta kuruluşlarının yönetiminde, sosyal sigortacılığın teknik gereklerine uygun hareket etmek zorunda olup kuruluşların aktüeryal dengesini bozacak davranışlardan ve düzenlemelerden kaçınmalıdırlar. Aksi hâlde, kuruluşların mali gereksinimlerinin, aktüeryal dengeyi bozan yasaları çıkaran devletçe karşılanması gerekir.

Devlet katkısı bağlamında bahsedilmesi gereken bir diğer husus, Devletin borçlanma bedelinin ödenmesinde katkısının olup olmamasıdır. Tüm borçlanma sürelerine ilişkin olarak sigortalıların veya ölümü hâlinde hak sahiplerinin borçlanmak istenilen sürelere ait yaşlılık, malullük ve ölüm sigortaları primlerinin hem işçiye hem işverene düşen payını kendileri ödemek zorundadır. Askerlik borçlanması ile doğum borçlanması açısından konuya farklı yaklaşılması gerekmektedir. Nitekim askerlik hizmeti, yerine getirilmesi gereken mecburi bir kamu yükümlülüğüdür. Bireyler kendi iradeleri dışında gerçekleşen bir sebeple sigorta kapsamı dışında kalmaktadırlar. Bu nedenle askerlik süresine ilişkin sigorta primlerinin işverene düşen payının Devletçe ödenmesi gerekir. Yine sosyal bir devlette çocuk yetiştirilmesi sürecinde devletin vatandaşlarını yalnız bırakmaması

esastır. Ailenin, kadınların ve çocukların Devletçe korunmasını öngören anayasal hükümler doğum borçlanması doğrudan Devlet katkısını gerektirir.

Borçlanma kurumu düzenlenirken Kurumun aktüeryal dengesine özen gösterilmesi gerektiğini belirttik. Ancak Kurumun aktüeryal dengesinin önemi, borçlanma bedelinin yüksek olmasına haklı bir gerekçe oluşturmaz. Borçlanmanın temel mantığı, sigortalılıkta değerlendirilmek istenen sürelerle ilişkin primlerin ödenerek sigorta yardımlarına hak kazanma şartlarının sağlanmasıdır. Borçlanma sonucu yaşlılık, malûllük ve ölüm sigortası kapsamında aylık bağlanacaktır. Yâni borçlanma, ileriye yönelik bir etki doğurur. Dolayısıyla primi ödenecek sigorta kolları bahsedilen uzun vadeli sigorta kollarıdır. Kısa vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası primleri borçlanmanın konusunu oluşturmaz. Zira söz konusu sigorta kolları aylık öncesi döneme, bir diğer ifadeyle geçmiş döneme aittir. Geçmiş döneme ait primlerin ödenmesinden ileriye yönelik olarak faydalanılamaz. Bu nedenle 5510 ve 3201 sayılı Kanunlarda borçlanma bedeline uzun vadeli sigorta kollarına ait primlerin yanında geçmişte kalan diğer sigorta kolları primlerinin de eklenmesi sosyal güvenlik hukukunun temel ilkelerinden olan nimet-külfet dengesine aykırıdır.

Borçlanmayı öngören düzenlemelerin yargı kararları arasındaki uyumsuzlukları ortadan kaldırmak için açık ve net olması gerekir. Aksi hâlde Yüksek Mahkemenin içtihatları arasında birlik sağlanamamakta ve içtihatlar sürekli değişmektedir. Bu durum ise ister istemez bireylerin hak kaybına uğramasına neden olmaktadır.

Hizmet borçlanması imkânının önemli bir fonksiyona sahip olan Kurumun mali yapısına zarar verdiği ve aktüeryal dengeleri bozduğu söylenebilirse de sosyal güvenlik kurumlarının var olma nedeninin sigortalıya ve hak sahiplerine kanunda öngörülen sosyal güvenlik yardımlarını sağlama, bir başka anlatımla bireylere hizmet sunma olduğu göz önünde tutulmalıdır. Kısaca Kurum, sigortalıların sosyal güvenliğinin sağlanması açısından bir araçtan ibarettir. Dolayısıyla, bireyin sahip olduğu evrensel ve anayasal bir

hak olan sosyal güvenliğin bu hakkın gerçekleştirilmesinde kullanılan bir çeşit araç olan Kurumun mali çıkarlarına feda edilmemesi gerekir. Mali kaygılarla sosyal güvenlik hakkının özünün zedelenmemesi gerektiğini savunan öğreti görüşüne biz de katılıyoruz.⁹⁸² Kurumun ekonomik açıdan güçlü ve yeterli olmasını sağlamanın temel hedef olarak kabul edilmesi sosyal güvenlik alanını daraltır. Sosyal güvenliğin aracı olan Kurumu doğrudan doğruya amaç durumuna getirmek sosyal devlet anlayışıyla bağdaşmaz.

Sosyal devlette sosyal güvenlik sistemi, yalnızca aktüeryal dengeye dayalı bir düzenek olarak oluşturulamaz. Sosyal güvenliği salt aktüeryal denge olgusu düşüncesiyle oluşturmak, “sosyal devlet” ilkesini savaştırmak anlamına gelir ki bu, Anayasanın 2. maddesiyle bağdaştırılmaz. Finansman sorunları sosyal güvenlik hakkının sınırlandırılması için haklı bir gerekçe de oluşturmaz. Öte yandan finanse edilebilir bir sosyal güvenlik sisteminin varlığı sosyal güvenlik hakkının sağlanması bakımından yaşamsal bir öneme sahiptir. Bu ikilemde devletin “sosyal” niteliği, aktüeryal denge ile sosyal devlet ilkesi arasında uyum sağlanmasını; sosyal güvenlik sisteminden kaynaklanan açıkların, başka bir deyişle sosyal güvenlik yükünün gerektiğinde devletçe karşılanmasını zorunlu kılar.

Sonuç olarak, borçlanma kurumunun asıl amaç olan vatandaşların sosyal güvenlik haklarını elde edebilmelerini sağlamak üzere sosyal güvenlik sisteminin hukukî ve ekonomik yapısına uygun bir biçimde düzenlenmesi gerekir.

⁹⁸² Şakar, Sosyal Güvenlik Reformu, s.6.

KAYNAKLAR⁹⁸³

Akan, İlhami, “Kıdem Tazminatı Bakımından Hizmetlerin Birleştirilmesi 1”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Şubat-Haziran 2007, Sayı 12-13, 23-55.

Akın, İlhan F., **Temel Hak ve Özgürlükler**, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1595, 1971. (Temel Hak ve Özgürlükler)

Akın, Pakin, Ebru, **Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Temmuz 2005. (Kadın İşçiler)

Akın, Levent, **Bağ-Kur Sigorta Yardımları**, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1996. (Bağ-Kur Sigorta Yardımları)

Akın, Levent, “4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, Mayıs 2005, 953-998.(Yurt Dışı Hizmet Borçlanması)

Akın, Levent, “Sigortalılık Kavramı Açısından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 2, 23-63.(Sigortalılık Kavramı)

Akın, Levent, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Ankara 2012, 403-595. (Değerlendirme 2010)

Akıpek, Jale G. - Akıntürk, Turgut, **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Yenilenmiş 6. Bası, Cilt 1, İstanbul, Beta Basım, 2007.

Akkutay, Ali İbrahim, “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1-2, Yıl 2007, 415-447.

⁹⁸³ Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

Aktay, A. Nizamettin - Arıcı Kadir - Kaplan/Senyen, E. Tuncay, **İş Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Akyılmaz, Bahtiyar - Sezginer, Murat - Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Akyiğit, Ercan, “İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle, İşverence Feshi (İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2009, Yıl 4, Sayı 16, 53-62. (İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme)

Alper, Yusuf, “4958 Sayılı 'Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu' ve Getirdikleri”, **Mercek**, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, Ekim 2003, Yıl 8, Sayı 32, 5-16. (4958 sayılı Kanun ve Getirdikleri)

Alper, Yusuf, “İptal, Bir Fırsata Dönüştürülmelidir”, **Çimento İşveren Dergisi**, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, Cilt 21, Sayı 2, Mart 2007, 4-19. (İptal Bir Fırsata Dönüştürülmelidir)

Ansay, Tuğrul, “İşçi Göçü ve Federal Almanyadaki Türk İşçilerinin Aile Hukuku Sorunları”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 367, Ankara 1975, 581-597.

Araslı, Utkan, **Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar**, 1. Bası, Cilt 1-Cilt 2, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Arıcı, Kadir, “Sosyal Sigortalar”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İstanbul 1999, 281-329. (Değerlendirme 1997)

Arıcı, Kadir, “5510 Sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortalılar (4A) da Doğum Borçlanması Yapabilirler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2010, Yıl 5, Sayı 19, 159-167. (Doğum Borçlanması)

Aslanköylü, Resul, **Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar**, 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, Ağustos 2004.

Aslanköylü, Resul, **Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar**, 2. Baskı, 2. Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, Ağustos 2004.(2.Cilt)

Astarlı, Muhittin, **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

Ateş, Turan, **Demokrasi, Siyasi Partiler ve Seçim**, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2007.

Ayan, Zehra, “Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2006, Sayı 3, 162-176.

Ayhan, Abdurrahman, **Türkiye'de Sosyal Sigorta Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Sorunu ve Uygulaması**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 10. Sayı, Eskişehir 1983.

Balcı, Mesut, **506, 1479, 2926 ve 5510 Sayılı Kanunlara Göre İsteğe Bağlı Sigortalılık, Borçlanma Hizmetlerin Birleştirilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.(506, 1479, 2926 ve 5510 Sayılı Kanunlar)

Başlar, Kemal, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sevin Toluner'e Armağan**, 2004, Yıl 24, Sayı 1-2, 279-336.

Başterzi, Fatma, **Yaşlılık Sigortası (Normların Uyumlaştırılması ve Yeniden Yapılandırma Açısından)**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Yayın No:275, Ankara 2006. (Yaşlılık Sigortası)

Başterzi, Süleyman, “Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**, Ankara 2003, 287-379. (Değerlendirme 2001).

Başterzi, Süleyman, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında Yurda Kesin Dönüş Koşulu”, **Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan**, İş Hukuk ve İktisat Dergisi, 2002, Cilt 6, Sayı 4, Ankara, 271-300. (Yurda Kesin Dönüş Koşulu)

Başterzi, Süleyman, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, 1. Baskı, Ankara, Dijital Basım, 2007. (Çalışmanın Kesintiye Uğraması)

Baybora, Dilek, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar”, **Çimento İşveren**, Temmuz 1998, Cilt 12, 4-22. (Askerlik Yükümlülüğü)

Baybora, Dilek, “Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Türkiye’de Çalışma Hayatında Kadın-Erkek Eşitliği”, **Çimento İşveren**, Mart 2007, Cilt 21, Sayı 2, 38-57. (Kadın-Erkek Eşitliği)

Baysal Başak, “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü”, **Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, 2004, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 475-503.

Berki, Osman Fazıl, “Yetkili Makam Kararı İle Türk Vatandaşlığının Kaybı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1975, Cilt 32, Sayı 1-4, 117-134. (Türk Vatandaşlığının Kaybı)

Berki, Şakir, “Türk Medeni Kanununda Rüşd”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1965-66, Cilt 22-23, Sayı 1-4, 239-260.

Berki, Şakir, “Türk Medeni Kanununda Mümeyyizlerin ve Mümeyyiz Olmayanların Ehliyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1969, Cilt 26, Sayı 1-2, 117-134. (Mümeyyizlerin ve Mümeyyiz Olmayanların Ehliyeti)

Berksun, Abdullah – Eşmelioğlu, İbrahim, **Açıklamalı Gerekçeli İctihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1989.

Bilge, Necip, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 31. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

Bilgili, Özkan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 'Yurtdışı Hizmet Borçlanması' ”, **Sosyal Güvenlik Dünyası**, Eylül-Ekim 2004, Yıl 7, Sayı 27, 16-25.

Blomeyer, Arwed, “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, (Çeviri; Yazman, İrfan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1968, Cilt 25, Sayı 1-2, 225-238.

Bostancı, Yalçın, **Sosyal Güvenlik Hukukunda İsteğe Bağlı Sigortalılık**, 1. Bası, İstanbul, Kazancı, 2004.

Bozkurt, Yüksel, Armağan Ebru, “Hukuki Grev Kavramı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2010, Yıl 5, Sayı 20, 111-121.

Bulut, Mehmet, “Son Düzenlemeler Işığında Türkiye’de Bağımlı ve Bağımsız Çalışan Yabancıların Sosyal Güvenlikleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2011, Yıl 6, Sayı 23, 208-215.(Türkiye’de Bağımlı ve Bağımsız Çalışan Yabancılar)

Bulut, Nihat, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, 1. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Can, Mehmet, **Açıklamalı-İçtihatlı Sosyal Sigortalar Kanunu ve Uygulaması**, Ankara, Savaş Yayınları, 1989.

Canbolat, Talat, “Yurtdışında Çalışmanın Malullük Aylığının Kesilmesini Gerekip Gerektirmeyeceği”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2001, İstanbul, Cilt II, 1731-1738.

Canbolat, Talat, “Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yapanlar Da Kademeli Geçişten Yararlanır ve Sigortalılığın Başlangıç Tarihi İkilili Sosyal Güvenlik Anlaşmalarına Göre Belirlenir (Karar İncelemesi)”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, 2011, İstanbul, Beta, Cilt II, 2243-2265. (Karar İncelemesi)

Caniklioğlu, Nurşen, “Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002**, Ankara 2004, 339-393. (Değerlendirme 2002)

Caniklioğlu, Nurşen, “5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2008, Yıl 3, Sayı 10, 164-177. (Sosyal Güvenlik Destek Primi)

Caniklioğlu, Nurşen - Canbolat Talat, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması”, **Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan**, 2003, İstanbul, 867-895.

Caniklioğlu, Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, 149-199. (Çalışma Süreleri)

Caniklioğlu, Nurşen, “Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri”, **İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma Semineri**, 2006, İstanbul. (Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri)

Cengiz (Urhanoglu), İftar, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, 2009, Cilt 10, Sayı 4, 21-53.

Centel, Nur - Zafer, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, Ocak 2008.

Centel, Tankut, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara 2007, 257-278. (Değerlendirme 2005)

Cuhruk, Mahmut – Çolakoğlu - H. Servet, Bükey - A. Avni, **Sosyal Sigortalar, Kanun Şerh İçtihat**, Ankara, 1977.

Çakmak, İhsan, **Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu**, Cilt 1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2001.

Çenberci, Mustafa, **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977. (Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi)

Çenberci, Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, 4. Bası, Ankara, Olgaç Matbaası, 1978.

Çenberci, Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986. (İş Kanunu Şerhi,1986)

Çil, Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları**, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

Döner, Ayhan, “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2009, Cilt 58, Sayı 4, 737-776.

Dural, Mustafa - Ögüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, Cilt II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.

Dural, Mustafa - Sarı Suat, **Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 5. Baskı, Cilt 1, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.

Ekmekçi, Ömer, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, Ankara 2009, 293-348. (Değerlendirme 2006)

Ekmekçi, Ömer, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Ankara 2011, 315-404. (Değerlendirme 2009)

Ekonomi, Münir, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, **Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan**, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2004, Cilt 7, Sayı 3, 159-172.

Eraltuğ Kökkılınç, Ayşegül, “Avrupa Birliği Hukuku'nda Ebeveyn İzni”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2006, Cilt 3, Sayı 9, 111-132.

Erem, Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, 1973.

Ergin, Hediye, “Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2008, Cilt 5, Sayı 18, 552-592. (Yurtdışı Hizmet Borçlanması)

Ergin, Hediye, “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2009, Yıl 4, Sayı 16, 163-180. (Son Gelişmeler)

Ergin, Hediye, “Zorunlu Göçe Tabi Tutulduktan Sonra Türk Vatandaşlığına Alınanların Yurtdışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2009, Cilt 6, Sayı 24, 1463-1475. (Zorunlu Göç)

Ernam, A. Nuri, **Açıklamalı ve Uygulamalı Sosyal Sigortalar Mevzuatı**, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 1990.

Ertan, Emre, “Yaşlılık Aylığı Bağlanması İstemi, Yazılı Başvuru Koşulu ve Sigortalı Lehine Yorum İlkesi, Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/4, Sayı 19, 241-251.

Ertürk, Şükran, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda Değişiklik Öngören 5754 Sayılı Kanun’dan Sonra Uzun Vadeli Sigorta Kollarına Genel Bir Bakış”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2008, Cilt 5, Sayı 19, 1045-1066. (Uzun Vadeli Sigorta Kolları)

Ertürk, Şükran, “Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışanların Sağlık Yardımlarından Yararlanması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2011, Yıl 6, Sayı 21, 221-237. (Sosyal Güvenlik Destek Primi)

Ermumcu, Senem, “5510 Sayılı Kanun Bakımından Sigortalılık Hallerinin Çakışması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt 11, Sayı 1, 89-111.

Esener, Turhan, **Hukuk Başlangıcı, Genel Hukuk Bilgisi**, 7. Baskı, İstanbul, Alkım Yayınları, 2004.

Eyrenci, Öner - Taşkent Savaş - Ulucan Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.

Feyzioğlu, Metin - Ergün Okuyucu, Güneş, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2010, Cilt 59, Sayı 1, 35-59.

Gerek, Nüvit, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 2. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:1178, 2002.

Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2008.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Cilt 2, Bursa, Ekin Yayınevi, 2009. (İdare Hukuku)

Gözler, Kemal, **Hukuka Giriş**, 10. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2013. (Hukuka Giriş)

Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, 1. Baskı, Cilt II, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011.(Anayasa Hukuku)

Gözler, Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)", <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>, 19.02.2012.

Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7.Bası, Cilt 1, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

Gözübüyük, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

Gülmez, Mesut, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül-Ekim 2004, Sayı 54, 147-161.(İnsan Hakları Sözleşmeleri)

Gülmez, Mesut, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", **Çalışma ve Toplum**, 2005/1, 11-56.(Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmeler)

Günay, Cevdet İlhan, "Kıdem Tazminatının Hukukî Niteliği ve Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi", **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1994, Cilt 20, Sayı 1-2, 108-120. (Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi)

Günay, Cevdet İlhan, **Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.(Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti)

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.

Güner, Semih, **Avukatlık Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Güzel, Ali, “Sosyal Sigortaların Türleri Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1990**, İstanbul 1992, 173-206. (Değerlendirme 1990)

Güzel, Ali, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primleri Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi,” **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002**, Ankara 2004, 265-336. (Değerlendirme 2002)

Güzel, Ali - Ocak, Saim, “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler Ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2006, Cilt 3, Sayı 12, 1310-1354.

Güzel, Ali - Okur, Ali Rıza - Caniklioğlu, Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2009.

Güzel, Ali - Okur, Ali Rıza - Caniklioğlu, Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2012. (Güzel-Okur-Caniklioğlu, 2012)

Güzel, Ali – Özkaraca, Ercüment, “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda 4958 ve 5073 sayılı Kanunlar İle Yapılan Değişiklikler”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, Cilt 2, Sayı 2, 433-473.

Işıктаç, Yasemin, “Etik-İnsan Hakları, Devlet-İnsan Hakları”, **Hukuk Yazıları II**, 2013, Yetkin Yayınları, Ankara, 189-215.

İNAN, Ali Naim - ERTAŞ, Şeref - ALBAŞ, Hakan, **Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku**, Yeni Medeni Kanuna, Mevzuattaki Değişikliklere ve

Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Kandemir, Murat, “4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri”, **A. Can Tuncay'a Armağan**, 1. Bası, Legal Yayıncılık, Mayıs 2005, 415-444.

Kaplan, Emine Tuncay, “Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt 2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Beta, 2001, 1224-1238. (Feshe Karşı Koruma)

Karacan, Hatice, **4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Karakaş, İsa - Çolak, Mahmut, **6111 Sayılı Torba Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kamu Kurumları İçin İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı Kılavuzu**, Ankara, İzden Yayıncılık, 2011.

Karaman, Mehmet Halis, “4857 sayılı İş Kanunu m. 13. Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin Ve Hafta Tatili, Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, Yıl 2010, Sayı 2, 269-300.

Kaya, Cemil, “Milletvekili ve Mahalli İdare Seçimlerine Katılan Kamu Görevlilerinin Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Ocak 2004, Cilt 13, Sayı 1, 33-49.

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006. (Borçlar Hukuku)

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007. (Miras Hukuku)

Kılıçoğlu, Mustafa, **Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, İctihatlı-Açıklamalı**, 1. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Kılıçoğlu, Mustafa – Şenocak, Kemal, **İş Kanunu Şerhi**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, Legal, 2013.

Koç, Muzaffer - Görücü, İbrahim, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları”, **Çalışma ve Toplum**, Yıl 2011, Sayı 1, 149-178.

Koçak, Yüksel, “Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, 1-12, www.hukuk.gen.tr/dergi/yazilar/ulus.pdf, 19.02.2012.

Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun - Nuhoğlu, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Kitap, Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı**, 17. Bası, İstanbul, Beta, 2010.

Kurtulmuş, Sevgi, **Teorik Esasları ve Tatbikatları Bakımından Aile Ödenekleri**, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Bilim Serisi 102, Ankara, 1997.

KURU, Baki, “Dâva Şartları”, **Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 194, Ankara, 1964, 109-147.

Kuru, Baki – Arslan, Ramazan – Yılmaz, Ejder, **Medenî Usul Hukuku**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Kuruca, Mustafa, **Tüm Yönleriyle Emeklilik**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2004.

Laçiner, Hediye, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları”, **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, 609-638.

Meriç, Nedim, “Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2005, Sayı 8, 1546-1580.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

Narmanlıoğlu, Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998. (Ferdi İş İlişkileri)

Narmanlıoğlu, Ünal, **İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001. (Toplu İş İlişkileri)

Nomer, Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 29.5.2009 tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ve İlgili Yönetmeliğe Göre Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.

Ocak, Saim, “Hizmet Borçlanmalarında Talep Tarihindeki Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2010, Yıl 5, Sayı 20, 153-170. (Talep Tarihindeki Statü)

Ocak, Saim, “Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında Karar İncelemesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2011, Yıl 6, Sayı 21, 257-266. (Karar İncelemesi)

Ocak, Saim, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.09.2010 Tarihli Kararın İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, Yıl 2011, Sayı 2, 311-324. (29.09.2010 Tarihli Kararın İncelemesi)

Ocak, Saim, “Sigorta Başlangıcından Önceki Doğumlar Nedeniyle Hizmet Borçlanması, (Karar Tahlili)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2011, Cilt 8, Sayı 32, 1477-1523. (Karar Tahlili)

Ocak, Saim, “Doğum Borçlanmasına İlişkin Yargıtay Kararı Tahlili”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2012, Yıl 7, Sayı 26, 131-139. (Doğum Borçlanması)

Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami, **Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Okur, Ali Rıza, “Göçmen Vatandaşların Yurt Dışında Yaptıkları Askerliklerini 506, 5434 ve 1479 Sayılı Yasalar Açısından Borçlanmaları”, **İş Hukuku Dergisi**, 1992, Cilt 2, 79-85. (Göçmen Vatandaşların Askerlik Borçlanması)

Okur, Ali Rıza, “Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/1, Sayı 8, 106-146.

Okur, Ali Rıza, “Ev Kadını'nın Sosyal Güvenliği”, **Argumentum**, Mart 1993, Yıl 3, Sayı 32, 549-551. (Ev Kadınının Sosyal Güvenliği)

Okur, Ali Rıza, “Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994**, İstanbul 1996, 129-155. (Değerlendirme 1994)

Okur, Ali Rıza, “Askerlik Borçlanmasının Sigortalılık Süresine Etkisi (Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?)”, **Çimento İşveren**, Eylül 2001, 3-12. (Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?)

Okur, Ali Rıza, “Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primleri Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**, Ankara 2003, 211-285. (Değerlendirme 2001)

Okur, Ali Rıza, “Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/1, Sayı 8, 106-146. (Uzun Dönemli Sigorta Dalları)

Okur, Ali Rıza, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/3, Sayı 10, 101-133. (Türk Vatandaşlığı Koşulu)

Oral, İlhan, “Emeklilerin Yeniden Çalışmaya Başlaması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Üzerine Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/4, Sayı 19, 135-185.

Orhan, Cihan, **Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları**, 1. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

Ozanoğlu, İlham Teoman, “Hizmet Birleştirilmesi, Prim Borçlanması Müessesesi Ve 1186 Sayılı Yasanın Geçici Üçüncü Maddesi Üzerinde bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Mayıs-Haziran 1973, Yıl 64, Sayı 5-6, 350-368.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Özer, Hatice Duygu, “Doğum Borçlanması”, **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Beta Basım, İstanbul, 2010, 1137-1157.

Özkaraca Ercüment, “Doğum Borçlanması - Karar İncelemesi -”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2010, Cilt 7, Sayı 26, 501-524.

Öztürk, Bahri - Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sırma, Özge - Saygılar, Yasemin F. - Alan Esra, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

“Revize Edilmiş Ebeveyn İzni Çerçeve Anlaşması”, Avrupa Sendikalar Konfederasyonu ETUC Yorum Kılavuzu, www.etuc.org/IMG/pdf/Turkish.pdf.

Sargın, Fügen, “Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2004, Cilt 53, Sayı 1, 27-63.

Senyen-Kaplan, Emine T., **Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması**, Ankara, Vedat Kitapçılık, 1999.

SEROZAN, Rona – ENGİN, Baki İlkey, **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Sözer, Ali Nazım, “Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991**, İstanbul 1993, 159-185. (Değerlendirme 1991)

Sözer, Ali Nazım, “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Türkiye'de Emeklilik İçin Borçlanmaları”, **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Ankara 1998, 629-640. (Emeklilik İçin Borçlanma)

Sözer, Ali Nazım, “Sosyal Sigortalar Hukuku Açısından Yargıtayın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998**, İstanbul 2000, 235-272. (Değerlendirme 1998)

Sözer, Ali Nazım - Saraç, Coşkun, “Sosyal Sigortalar Hukukunda 4958 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişiklikler”, **Mercek**, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, Ekim 2003, Yıl 8, Sayı 32, 47-64. (4958 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişiklikler)

Sur, Melda, **Grev Kavramı, Türk Ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Yayın No:0905.87.BY.007.035, 1987.

Sur, Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Güncellenmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.(Toplu İlişkiler)

Surlu, Mehmet Handan, “Türk Soyluların Vatandaşlık Öncesi Yurt Dışı Çalışmalarının Değerlendirilmesine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının Eleştirisi”, **Osman Güven Çankaya'ya Armağan**, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara 2010, 489-496.

Süzek, Sarper, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, 1. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1989. (Askı)

Süzek, Sarper, **İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku)**, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2008.(İş Hukuku)

Şahbaz, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2004, Sayı 54, 178 – 216.

Şakar, Müjdat, “Sosyal Sigortalar”, **Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993**, İstanbul 1995, 183-202. (Değerlendirme 1993)

Şakar, Müjdat, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009. (Sosyal Sigortalar Uygulaması)

Şakar, Müjdat, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, 10. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011. (Sosyal Sigortalar 2011)

Şakar, Müjdat, “Sosyal Güvenlik Reformu Hemen Yapılmalıdır”, **Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 1999, Yıl 2, Sayı 3, 5-7. (Sosyal Güvenlik Reformu)

Şuğle, Mehmet Ali, “Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003**, Ankara 2005, 263-294.

Talas, Cahit, “İşçilerimizin Göçü”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 367, Ankara 1975, 1-17.

Tandoğan, Halûk, “Miras Sebeble İstihkak Davası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1955, Cilt 12, Sayı 1-2, 268-284.

Tanör, Bülent – Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Son Değişikliklere Göre 9. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2009.

Taşçı, Faruk, “Bir Sosyal Politika Sorunu Olarak Göç”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, 2009, Cilt 10, Sayı 4, 177-204.

Taşdemir, Kubilay - Özkepir, Ramazan, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Cilt 1, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2009.

Topaloğlu, Sıdık - Camkurt, Mehmet Zülfi, “İş Mevzuatında Kıdem Tazminatı”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Kasım 2007-Şubat 2008, Cilt 21, Sayı 2-3, 40-89.

Tozan, Celal, “Grev ve Lokavtta Geçen Sürelerin Borçlanılması”, **Yaklaşım**, Temmuz 2004, Yıl 12, Sayı 139, 210-212.

Tulukçu, Binnur, “Türk Hukukunda Milletlerarası Alanda İşverenin Doğum Öncesi ve Doğum Sonrası İzin Verme Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Nuri**

Çelik'e Armağan, Cilt 2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Beta, İstanbul 2001, 1350-1372.

Tuncay, A. Can, Ekmekçi, Ömer, **Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları**, 2. Bası, İstanbul, Legal, 2009.

Tuncay, A. Can, Ekmekçi, Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul, Beta, 2012. (Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri)

Tuncay, Can, “Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtayın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986**, İstanbul 1988, 159-192. (Değerlendirme 1988)

Tuncay, Can, “Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000**, Ankara 2002, 181-240. (Değerlendirme 2000)

Tuncay, A. Can, “4958 Sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu İle Getirilen Değişiklikler”, **Mercek**, Nisan 2004, Yıl 9, Sayı 34, 96-109. (4958 Sayılı Kanun)

Tuncay, A. Can, “Çalışan Kadının Analık Durumunda İzin ve Ücret Güvencesi”, **Mercek**, Temmuz 2005, Yıl 10, Sayı 39, 29-47. (Analık)

Tuncay, A. Can, “Doğum İzni Borçlanması - Karar İncelemesi - “, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl 2010, Cilt 7, Sayı 27, 1015-1023. (Karar İncelemesi)

Tunç, Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, (Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri), **Anayasa Yargısı 17**, Ankara 2000, 174-192.

Tunçomağ, Kenan, **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, Beta, 1990.

Turhan, Turgut, “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, (TVK. md. 29 Üzerine Bir İnceleme)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1997, Cilt 46, Sayı 1-4, 41-66.

Türkmen Akıntürk, Hülya, “Çalışma Yaşamında Kadın ve Çalışan Kadını Koruyucu Hükümler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 1998, Sayı 4, 6-28.

Ulaş, İbrahim, “Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kolları ile Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeler,” **İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikte Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor? Semineri**, İstanbul 2008.

Uşan, Fatih, “Mirasçılarının Alacakları Kıdem Tazminatında Borçlanılan Askerlik Süresi Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayıncılık, Mayıs 2005, 235-260.(Kıdem Tazminatı)

Uşan, Fatih, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, Yıl 4, Sayı 14, 239-253. (5510 Sayılı Kanunun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcı)

Uşan, Fatih, **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009. (Sosyal Güvenlik Hukuku)

Vural, Hüseyin, “Grev ve Lokavt Kavramı, Sosyal Sigortalar Kanununda Grev ve Lokavt Borçlanması”, **Sosyal Güvenlik Dünyası**, Eylül-Ekim 2004, Sayı 27, Yıl 7, 10-15.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2009.

Yıldırımoglu, Hakan, “Uluslararası Emek Göçü, Almanya'ya Türk Emek Göçü”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, 2005, Cilt 8, Sayı 1, 129-153. (Türk Emek Göçü)

Yıldırımoglu, Hakan, “Yurtdışında Çalışan Türk İşçilerin Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Durumu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, Yıl 4, Sayı 14, 254-256. (Türk İşçiler)

Yiğit, Kazım, “İİBK'dan İŞKUR'a Yurtdışına İşçi Göçü”, **İstihdamda 3İ, İşgücü, İşveren, İŞKUR**, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, Sayı 3, Temmuz-Ağustos-Eylül, 2011, 44-47.

Yongalık, Aynur, “ 'İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı' ve Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2011, Cilt 60, Sayı 1, 1-15.

Yurtcan, Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.

Yürekli, Sabahattin, “Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Askerlik Kavramı”, **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul 1997, 515-534. (Askerlik Kavramı)

Yürekli, Sabahattin, “İşçinin Gözaltına Alınması Veya Tutuklanmasının İş Sözleşmesine Etkisi Ve Sonuçları”, **Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan**, İş Dünyası Ve Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2011, 589-614. (İşçinin Gözaltına Alınması Veya Tutuklanması)

Zırhlı, Şenden Fatma, **Sosyal Güvenlik ve Kadın**, 1. Baskı, Minevra, 2000.

4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Yayın No: 293, Ankara 2008.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 1, Yıl 1964, 468-477.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 14, Yıl 1977, 170-197.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 22, Yıl 1987, 278-298.

Çalışma ve Toplum, 2006/2, Sayı 9, 111-115.

Çimento İşveren Dergisi, Cilt 6, Sayı 6, Kasım 1992, 48.

Danıştay Dergisi, Sayı 74-75, Yıl 19, 1989, 256-259.

Danıştay Dergisi, Sayı 87, Yıl 23, 1993, 62-66.

Danıştay Dergisi, Sayı 102, Yıl 30, 2000, 93-96.

- Danıştay Kararları Dergisi, Sayı 1, Yıl 1, 2003, 491-493.
- Danıştay Kararları Dergisi, Sayı 5, Yıl 2, 2004, 79-81.
- İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 3, Eylül 1998, 744-745.
- Legal Hukuk Dergisi, Sayı 87, Yıl 8, Mart 2010, 977-978.
- Legal Hukuk Dergisi, Sayı 96, Yıl 8, Aralık 2010, 4459.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 8, Yıl 2005, 1801-1803.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 6, Sayı 24, Yıl 2009, 1740-1742.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 25, Yıl 2010, 389-391.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 26, Yıl 2010, 829-833.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 26, Yıl 2010, 842-844.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı 29, Yıl 2011, 355-356.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı 29, Yıl 2011, 362-363.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı 30, Yıl 2011, 798-800.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı 31, Yıl 2011, 1095-1097.
- Yasa Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 6, Haziran 1985, 898-899.
- Yasa Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 8, Ağustos 1985, 1137.
- Yargı Dünyası, Sayı 19, Temmuz 1997, 29-32.
- Yargı Dünyası, Sayı 26, Şubat 1998, 55-56.

Yargı Dünyası, Sayı 163, Temmuz 2009, 61-63.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 9, Sayı 6, Haziran 1983, 852.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 9, Sayı 10, Ekim 1983, 1494-1495.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, Şubat 1984, 250-251.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 13, Sayı 8, Ağustos 1987, 1190-1191.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 14, Sayı 6, Haziran 1988, 795-796.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 15, Sayı 10, Ekim 1989, 1415.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 17, Sayı 9, Eylül 1991, 1347-1349.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Şubat 1992, 220-221.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Ocak 1993, 45-48.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Ocak 1998, 9-10.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 24, Sayı 3, Mart 1998, 419.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, Nisan 1998, 575.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 24, Sayı 6, Haziran 1998, 897-898.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 28, Sayı 5, Mayıs 2002, 728-731.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 31, Sayı 5, Mayıs 2005, 702-705.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 31, Sayı 7, Temmuz 2005, 991-996.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 31, Sayı 8, Ağustos 2005, 1273-1274.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 32, Sayı 5, Mayıs 2006, 795-796.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 32, Sayı 8, Ağustos 2006, 1316-1318.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 32, Sayı 9, Eylül 2006, 1478-1480.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 33, Sayı 1, Ocak 2007, 70-73.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 33, Sayı 2, Şubat 2007, 318.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 33, Sayı 4, Nisan 2007, 736-740.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 34, Sayı 1, Ocak 2008, 54-57.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 35, Sayı 11, Kasım 2009, 2085-2087.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 36, Sayı 10, Ekim 2010, 1833-1836.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 37, Sayı 1, Ocak 2011, 69-71.

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 37, Sayı 4, Nisan 2011, 643-645.

İNTERNET KAYNAKLARI

UYAP Hâkim Portalı

www.anayasa.gen.tr

www.corpus.com.tr

www.csgeb.gov.tr

www.danistay.gov.tr

www.etuc.org

www.iskanunu.com

www.isvesosyalguvenlik.com

www.kararara.com

www.kararevi.com

www.kazanci.com

www.sayistay.gov.tr

www.turkhukuk sitesi.com

www.ysk.gov.tr

ÖZET

Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda, sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan sigorta yardımlarına hak kazanabilmesi için kanunda öngörülen sigortalılık süresini doldurmaları ve prim ödeme gün sayısını tamamlamamış olmaları gerekmektedir. Ancak kimi zaman bireyler çeşitli nedenlerden ötürü sosyal sigorta kapsamında yer almamaktadır. Sigortalılıkta değerlendirilemeyen süreler nedeniyle de bireylerin sigorta yardımlarına ulaşmaları gecikmekte ve zorlaşmaktadır.

Sosyal bir devlet olarak bireyin sosyal güvenliğini temin etmekle yükümlü olan Devlet, bireylerin sigorta yardımlarına hak kazanmasını sağlayabilmek için hizmet borçlanması kurumunu getirmiştir. Hizmet borçlanması, borçlanma hakkına sahip olan kişilere sigortalılık kapsamında değerlendirilemeyen sürelerini sosyal güvenlik bakımından değerlendirme imkânı vermektedir.

Hukukumuzda hizmet borçlanması, borçlanılacak sürenin yurt dışında veya yurt içinde geçmiş olmasına göre iki grupta toplanmıştır. Yurt dışında geçen sürelerin borçlanılmasına ilişkin usul ve esaslar, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'da; yurt içinde geçen sürelerin borçlanılmasına ilişkin usul ve esaslar, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Tez çalışmasında bahsi geçen kanunlar ışığında hizmet borçlanması kurumu ele alınmıştır. Tez, iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde yurt dışı hizmet borçlanması, ikinci bölümde yurt içi hizmet borçlanması incelenmiştir. Sonuç bölümünde, hizmet borçlanması ile ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur.

ABSTRACT

According to the Turkish Social Security Law, the insured are required to complete the insurance period taken into consideration in law and not to complete the number of the days paid a premium in order to be proved right the insurance aids provided from long-term insurance branches. However, sometimes individuals do not take part in the insurance involvement for various reasons. Furthermore, individuals attain to the insurance aids delays and become harder because of the time not to be assessed in the insurance.

As a social state, The State, obliged to ensure an individual's social security, has constituted the institution of service debt for providing the entitlement to insurance benefits of individuals. Service debt provides the opportunity to review to people who have the right of debt, the premium of the time not to be evaluated within the scope of insurance in terms of social security.

In law, service debt is divided into two groups in accordance with the time debited whether spent abroad or at home. The principles and procedures relating to be debited for the periods abroad are regulated in the law number 3201 The Law for Assessment of the Time Spent Abroad by Turkish Citizens Who Worked With Regard to Social Security Matters; the principle and procedures relating to be debited for the periods at home of Turkish citizens abroad are regulated in the Law number 5510 Social Insurances and General Health Insurance.

In this thesis, service debt is discussed in the light of laws mentioned above. The thesis consists of two parts. In the first part, service debt abroad and in the second part, service debt at home are analyzed. In the conclusion part, the assessment on service debt has been made.