

DOĞUM BORÇLANMASI YAPILABİLECEK SÜRELER¹

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

Arş. Gör. Sema Deniz ÖZKAN

Marmara Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

ÖZET

Hukukumuzda ilk olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile öngörülen doğum borçlanması ile kadın sigortalılara kanuni doğum ve analık izni sürelerinde borçlanma imkânı tanınmıştır. Düzenleme 5754 ve 6552 sayılı Kanunlarla değiştirilmiş, borçlanılabilecek sürelerin ve borçlanma yapabilecek olanların kapsamı genişletilmiştir. Böylece, gebelik veya doğum sebepleriyle çalışma hayatından uzak kalan kadınlara çocuklarının gelişimi ve yetiştirilmesiyle ilgilendikleri süreler için borçlanma yapmaları mümkün olacak ve kadın sigortalılar, borçlanma yoluyla bu sürelere ait uzun vadeli sigorta kolları primlerini ödemek yoluyla yaşlılık aylığına hak kazanabileceklerdir. Sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olan bu düzenlemeyle çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimi için çok önemli olan ilk iki yıllık sürede annenin çocuğuyla ilgilenebilmesi mümkün kılınmıştır. Özellikle, 6663 sayılı Kanunla analık izni ve altı aylık ücretsiz izin sürelerinin yanında yarım çalışma izni ve kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı da getirilmek suretiyle kadın işçilere çalışma yaşamında esneklik sağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: doğum borçlanması, analık izni, ücretli izin

THE TIME PERIODS THAT COULD BE BORROWED AS CHILDBIRTH LOAN

ABSTRACT

As a service debt, labour debt which enacted in the Social Security and General Health Insurance Law article 5510, allows women insured to borrow the time

¹ Bu makale Ağustos 2017’de Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programında Sema Deniz ÖZKAN tarafından Prof. Dr. Talat CANBOLAT danışmanlığında savunulan “5510 Sayılı Kanunda Doğum Borçlanması” adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

*Hakem denetiminden geçmiştir.

of parental leave. Regulation is amended by the article 5754 and 6552. Those amendments extended the time periods that could be borrowed and the insured who could apply for the service debt. In that way, the women who kept of business life because of the maternity and child's development and education could borrow those periods and by paying long term insurance branches they could have a right to the old-age pension. As a necessity of principal of social state, it is vital creating an opportunity to the women labours to take care of their children, especially in the first two yearsayı. That would have a positive effect on the both physical and psychological on children. With article 6663, two specific form of part time working enabled for women workers after the parental leave. In our work, we will discuss the requirements of labour debt, the times and procedure.

Key Words: childbirth loan, maternity leave, paid vacation

GİRİŞ

Kişilerin hastalık, malullük, yaşlılık gibi kimi sosyal risklere karşı kendilerini korumak istemeleri doğaldır. Risklerin ortaya çıkardıkları zararları telafi ve tazmine yönelik olarak sosyal güvenlik hukukunda çeşitli aylık ve ödenekler öngörülmüştür. Sosyal güvenlik hukuku, sigortalıların, yaşadıkları toplum içinde insan onuruna yaraşır biçimde belirli bir hayat standardını sürdürmelerini ve başkalarına muhtaç olmamalarını amaçlamaktadır. Bu amaçla tüm bireylerin uğrayabilecekleri sosyal risklere karşı koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetleri ile ödemeler düzenlenmektedir. Bu itibarla, sigortalıların belirli bir yaştan sonra çalışamayacakları ya da iş bulamayacakları düşüncesiyle yaşlılık sigortası, sigortalının ölümü halinde ekonomik güçlüğü düşecek geride kalanların korunması amacıyla ölüm sigortası öngörülmüştür.

Kanunun uygulamasına göre yaşlılık veya ölüm aylığına hak kazanabilmek için sigortalının belirli bir süre, belirli bir yaşa kadar çalışmış olması ve belirli bir prim ödeme gün sayısının mevcut bulunması gerekir. Kural, zorunlu sigortalıların bu sürelerde fiilen çalışması olmakla birlikte fiilen çalışılmadan geçen bazı sürelerin, Kanuni düzenleme ile borçlanması ve bu sürelerle ilişkin sigorta primlerinin ödenmesi suretiyle prim ödeme gün sayısının hesabında dikkate alınması sağlanmaktadır. Bu yönetime hizmet borçlanması denmektedir.

Doğum borçlanması da kadın sigortalılara yönelik bir tür hizmet borçlanmasıdır. Bu borçlanma ile hamilelik süresince, kanuni doğum izin sürelerinde ve doğumdan sonra çocuğun gelişimi ile ilgilendiği sürelerde çalışma hayatından uzak kalan ve haklarında uzun vadeli sigorta kolları primi ödenmeyen kadınların yaşlılık aylığına hak kazanma noktasında dezavantajlı duruma düş-

melerinin önüne geçilmek istenmiştir. Gerçekten de ülkemizde, geleneksel toplum yapısı içinde gebelik veya doğum sebebiyle kadınlar çalışma hayatından çekilebilmekte ve özellikle çocuğun gelişimi için kritik olan ilk iki yıllık sürede iş yaşamından uzak kalabilmektedirler. Anne statüsü gereği çalışmamış olan kadınların bu sürelerde çalışmamış ve sigorta primlerini ödememiş olmaları sebebiyle emekli olmalarını zorlaştırmak ve bir sosyal risk olan yaşlılığa karşı onları savunmasız bırakmak sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Nitekim bu sebeple geç de olsa 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu² ile askerlik borçlanmasına paralel olarak doğum borçlanması öngörülmüştür. Bu sayede kadın sigortalılara doğum tarihinden itibaren iki yıllık süreyle sınırlı olarak borçlanma imkânı getirilmiş ve kadın ve erkek sigortalılar arasında eşitlik sağlanmıştır. Ayrıca bu düzenlemenin sosyal devlet ilkesi ile de bağdaştığını ifade etmek gereklidir.

I. DOĞUM BORÇLANMASI KAVRAMI

Ülkemizde kadınların istihdama katılma oranı yıllar içinde artmış olsa da halen erkeklere oranla düşük bir seviyededir³. Bu sebeplerden biri de geleneksel toplum yapısıdır. Özellikle, evlendikten ve çocuk sahibi olduktan sonra, kadının artık ev işleri ve çocuk bakımı ile ilgilenmesinin olağan kabul edilmesi, kadının bile kendisine toplumca biçilmiş bu rolü benimseyerek çalışma hayatından uzak kalması⁴ yanında, özellikle işyerlerinde yeterli kreş ve çocuk bakım ünitelerinin bulunmaması, devletin bu hizmeti yeterli düzeyde sağlayamayışı, özel sektör tarafından işletilmekte olan kreş ve çocuk yuvalarının masraflı oluşu ve pek çok ailenin bu masrafı karşılayacak gelir düzeyinde olmayışı gibi sebepler de kadın çalışanların çocuklarını bakım ve eğitimiyle ilgilenmek amacıyla işten ayrılması sonucunu doğurmaktadır. Bu gerçekler karşısında, en azından bu sürelerde doğum borçlanması yapabilmek ve bu sürelerin sigortalılık süresine eklenmesi suretiyle yaşlılık aylığına hak kazanabilmek kadın sigortalı için önem arz etmektedir.

Gebelik, doğum ve çocuğun bakımı ve gelişimi ile ilgilenmek amacıyla çalışma hayatından çekilmesi karşısında kadınların emekliliğe hak kazanması

2 RG., 16.06.2006, 26200.

3 ÇSGB 2016 Kadın İstihdamı Eylem Planına göre kadınların istihdama katılma oranı 2015’de %45.5 ve 2016’da %46 olarak belirlenmiştir. Aynı dönemde erkeklerin istihdama katılma oranları ise %71.9 ve %72.3’dür. (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo_ankara/documents/publication/wcms_484715.pdf. Erişim Tarihi: 3.05.2017).

4 Çiftçi, Birgül: “Sanayileşme ve Kadın İşgücü”, **İstihdam, Kadın İşgücü ve Yeni İş Kanunu Sempozyumu**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK), Muğla, 2003, 36.

ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanabilmesi güçleşmektedir. Bu olumsuz sonucun önüne geçmek adına kadınların bu süreleri borçlanabilmeleri ve borçlanılan sürelerin prim ödeme gün sayısının hesabında dikkate alınması amacıyla doğum borçlanması kurumu öngörülmüştür. Doğum borçlanması yapabilmek için aranan şartlardan birinin sigortalı olarak tescil edilmek olması, bu borçlanma türünün düşünülenin aksine kadının çalışma hayatında hiç yer almamasını hedeflemediğini, kadın çalışanlara tanınmış doğuma veya evlat edinmeye bağlı hakların kullanılması sebebiyle kadın sigortalıların hak kaybına uğramalarının önüne geçilmesini amaçladığını göstermektedir. Ayrıca 0-2 yaş arası çocukların bakım ihtiyacı, anne ile yakın bağlar kurmasının fiziksel ve ruhsal gelişimlerini olumlu yönde etkileyecek olması gibi sebepler de düzenlemenin amacıyla uyumludur. Kaldı ki bugün artık zorunlu ilköğretim çağı başlayınca kadar ülkemizde sadece kadın işçilere değil ebeveynlere tanınmış olan kısmi zamanlı çalışmaya geçiş hakkı, amacın kadını çalışma hayatının dışına itmek değil çocuğun gelişiminde ebeveynlerin katkısının önemsendiğini ve bunu mümkün kılmaya yönelik bir düzenleme yapılmak istendiği gerçeğini ortaya koymaktadır.

Doğum borçlanması hakkı ile kadın sigortalıların gebelik ve analık sürelerinde korunmasına yönelik önemli bir boşluk doldurulmuştur. Gerçekten de, gebelik ve analık nedenleriyle kadınların işlerini kaybetmeleri ya da çocuk sahibi olmaları dolayısıyla çalışmaya hayatından çekilmek zorunda kalmaları olasıdır. Bu sürelerde kadınların korunması amacıyla kanunlarda çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Doğum borçlanması da bu amaçla getirilmiş düzenlemelerden biridir. Doğum borçlanması ile doğum izni süreleri ile doğum tarihinden itibaren iki yıllık süreyle çalışmadan ya da isteğe bağlı sigortalı olmadan kadın sigortalılara borçlanma imkânı tanınarak, bu kadınların sosyal sigorta hakları bakımından kayba uğramamaları amaçlanmıştır. Ülkemizdeki kadınların çeşitli sosyo-ekonomik nedenlerle doğum sonrası işten ayrılmak zorunda kaldıkları gerçeği karşısında düzenlemenin olumlu olduğunu söylemek gerekir.

Doğum borçlanması hakkına ilişkin düzenleme, UÇÖ'nün 43 ve 131 sayılı Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına İlişkin Tavsiye Kararları⁵ ile uyumludur. 131 sayılı Tavsiye Kararının 20. maddesinde, doğumdan kaynaklanan sebeplerle sigortalının isteğe bağlı olmaksızın çalışmaması halinde bu sürelerin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresi ya da prim ödeme sürelerinin hesabında dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.

⁵ http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312381:NO, Erişim Tarihi: 13.01.2017.

Doğum borçlanması yapma hakkı, her ne kadar uluslararası mevzuatta yer alsada esasında sosyal sigorta hukukumuzda özgü bir haktır. Bunun temel sebebi, yabancı hukuk sistemlerinde sigortalılık süresinin prim ödenmiş süreyi ifade etmesine karşın ülkemizde sigortalılık süresinin, sigortalı olup prim ödenmeden geçirilmiş süreleri de kapsayacak biçimde anlaşılmasıdır. Ayrıca hizmet borçlanması ile tahsil edilememiş primlerin toplanması da mümkün olmaktadır⁶.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu öncesinde, kadınlara yönelik ayrı bir hizmet borçlanması öngörülmemiştir. 5510 sayılı Kanunun ilk halinde de doğum borçlanmasına ilişkin düzenleme yer almamakla beraber 17.04.2008 tarihinde kabul edilen 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun⁷ 67. maddesinin (Ç) bendi ile yapılan değişiklikle 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin (a) bendine “*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,*” hükmü getirilmiş ve kadın sigortalılara doğum borçlanması yapma imkânı tanınmıştır.

5510 sayılı Kanun’da 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edilmiş kadın işçilere iki çocukla sınırlı olmak ve her çocuk için iki yılı geçmemek üzere ücretsiz doğum ve analık izinleri de dâhil olmak üzere sigortalı olarak çalışmadığı süreleri uzun vadeli sigorta kolları bakımından hizmet olarak değerlendirilmek üzere borçlanma imkânı sağlamaktadır.

5754 sayılı Kanunla getirilen doğum borçlanmasına ilişkin düzenleme, lehe olmakla birlikte eleştirilere de maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin temelinde, borçlanma imkânının sadece 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ve iki çocukla sınırlı olarak tanınması ile (b) ve (c) bendi kapsamındaki sigortalılarla isteğe bağlı sigortalılara borçlanma imkânı tanınmaması hususları yer almaktadır. Kanun koyucu bu eleştirileri dikkate alarak 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden

6 Özer, Hatice Duygu: “**Doğum Borçlanması**” Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C. II, İstanbul 2010, 1138.

7 RG., 08.05.2008, 26870.

Yapılandırılmasına Dair Kanunun⁸ 43. maddesiyle düzenleme “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,” biçiminde değiştirilmiştir. Böylece, sadece 4. maddenin (a) bendi kapsamındaki sigortalılara değil; (b) ve (c) bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edilmiş kadınlara da doğum borçlanması yapma imkânı tanınmış ve doğum tarihinden itibaren iki yıllık süre için borçlanma hakkı iki çocuk için değil, üç çocuk için getirilmiştir.

II. DOĞUM BORÇLANMASI YAPILABİLECEK SÜRELER

A. ANALIK İZNI

Kadın çalışanların gebelik döneminde ve doğumundan sonra kullanabileceği toplam on altı haftalık (çoğul gebelikte on sekiz haftalık) izin süresi genel olarak “analık izni” biçiminde ifade edilmektedir. 5510 sayılı Kanunda analık izni, “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 engellilik halleri” biçiminde tanımlanmıştır (m. 15/2).

Kadın işçilerin analık iznine ilişkin temel düzenleme 4857 sayılı İş Kanununun⁹ 74. maddesinde, memur ve kamu görevlisi kadınların analık izinlerine ilişkin temel düzenleme ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun¹⁰ 104. maddesinde yer almaktadır.

4857 sayılı Kanuna göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmaları 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

8 RG., 11.09.2014, 29116.

9 RG., 10.06.2003, 25134.

10 RG., 23.07.1965, 12056.

işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin doğum öncesinde çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenecektir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanmadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle işçiye kullanılır (m. 74/1). İşçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre hekim raporuyla doğumdan önce veya sonra işçinin çalıştırılmayacağı bu sürelerin arttırılması mümkündür.

4857 sayılı Kanunda analık izni sadece doğum yapan kadın işçiye değil, aynı zamanda üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya münferiden evlat edinene de tanınmıştır. Evlat edinme halinde analık izni süresi, çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta olarak öngörülmüştür (4857 sayılı K. m. 74/1).

4857 sayılı Kanundaki düzenleme iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan tüm işçilere uygulanacaktır¹¹ (m. 74/ son). Buna göre, sadece İş Kanuna tabi kadın işçiler değil; Basın-İş Kanununa, Deniz-İş Kanununa ve Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan kadın işçiler de, 4857 sayılı Kanunun 74. maddesinde düzenlenmiş olan analık izni sürelerinden yararlanabileceklerdir.

Analık iznine ilişkin olarak 4857 sayılı Kanunun 74. maddesine 6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle eklenen düzenleme, doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü halinde doğum sonrası kullanılmayan analık izinlerinin babaya kullanılabilmesi için bir kolaylık sağlanmak istenmiştir¹². Düzenlemenin konumuz bakımından önemi, bu süreler için babanın borçlanma yapıp yapamayacağı noktasında toplanmaktadır. 5510 sayılı Kanunun doğum borçlan-

11 4857 sayılı Kanunun 74. maddesinde yer alan düzenlemenin iş sözleşmesi ile çalışan tüm işçilere uygulanacağı öngörülmüş olmakla birlikte paralel bir düzenlemenin 5953 sayılı Basın-İş Kanununda da yer aldığı ifade etmek gerekir. Hükme göre, kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin yedinci 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 halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir.

12 Kanun değişikliği görüşmeleri sırasında Van Milletvekili Tuğba Hezer Öztürk ve arkadaşları tarafından “analık izni” ifadesinin yerine çocuk bakımında ana ve babaya yönelik bir iş bölümü getirilmesi amacıyla “ebeveyn izni” ifadesinin kullanılması önerilmiş ama önerge reddedilmiştir (Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 26. Dönem 1. Yasama Yılı, 30. Birleşim, 20.01.2016, www.tbmm.gov.tr, Erişim tarihi: 24.06.2017).

masını düzenleyen 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü, doğum borçlanması yapma hakkını sadece kadın sigortalılara tanımıştır. Bu durumda maddenin lafzi yorumundan hareketle erkek sigortalının eşinin ölümü nedeniyle kullandığı doğum sonrası analık izni süresi için borçlanma yapmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Ancak, kanımızca bunun sebebi 4857 sayılı Kanunun 74. maddesi ile getirilen bu yeni düzenleme ile sosyal güvenlik hukuku arasında gerekli bağlantısının kurulmamasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, 74. maddedeki değişikliğe paralel olarak 5510 sayılı Kanunda doğum sırasında veya sonrasında ölen eşinin yerine analık izni sürelerini kullanan erkek sigortalının bu süreleri borçlanabilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması zaruridir. Aksi kabul, eşi ölen erkek sigortalı bakımından elverişsiz bir durum ortaya çıkarmaktadır. Nitekim eşi analık iznini kullandıktan sonra ölen erkeğin, ölen eşinin adına doğum borçlanması yapması ve Kanunda emekliliğe hak kazanılabilmesi için öngörülen yaş ve prim ödeme gün sayılarını sağlaması kaydıyla ölüm aylığına hak kazanabilmesi mümkün iken; eşi bu izinleri kullanmadan öldüğü için analık izni sürelerinde çalışmayan ve bu sürelerde adına uzun vadeli sigorta kolları primi ödenmeyen erkek sigortalının bu süreleri borçlanması mümkün olamayacaktır. Ülkemizde, emekliliğe hak kazanabilmek için uzun yıllar çalışılması ve prim ödenmesi gerektiği gerçeği karşısında, kısa da olsa sekiz haftalık bu sürenin borçlanılabilmesi önem taşıyabilecektir. Bu sebeple, 4857 sayılı Kanunun 74. maddesindeki düzenleme ile sosyal güvenlik hukuku arasındaki bağlantının kurulması ve bu süreler için erkek sigortalıya borçlanma imkânı tanınması isabetli olacaktır.

Kadın memur ve kamu görevlilerin analık iznine ilişkin düzenleme ise 657 sayılı Kanunda yer almaktadır. Kanunun “mazeret izni” başlığını taşıyan 104. madde hükmü, kadın memura doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta süreyle analık izni verilmesini öngörmektedir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta daha eklenerek bu süre on hafta olarak uygulanacaktır. 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 çalışmaya devam edebilir. Bu durumda, kadın memurun doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenmek suretiyle kullanılacaktır. Benzer biçimde, doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılamayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilecektir. Doğum öncesi analık izninin başlaması gereken tarihten önce gerçekleşen doğumlarda ise doğum tarihi ile analık izninin başlaması gereken tarih arasındaki süre doğum sonrası analık izni süresine eklenir.

657 sayılı Kanunda ayrıca, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, çocuğun teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta süre ile analık izni verileceği ve bu iznin evlatlık kararı verilmeden önce çocuğun fiilen teslim edildiği durumlarda da uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 104/A).

4857 sayılı Kanunda analık izni süreleri ücretsiz olmakla birlikte 657 sayılı Kanunun 104/A hükmü doğumdan önceki ve sonraki analık izni sürelerinin aylıklı izin süreleri olduğu düzenlenmektedir. Buna göre, 657 sayılı Kanun kapsamında kadınlara verilen analık izni süreleri için ayrıca doğum borçlanması yapılamayacaktır. Doğum borçlanması yapılabilmesi için bu sürenin ücretsiz olması gereği karşısında analık izninde borçlanma yapma imkânının sadece 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar için söz konusu olacağı söylenebilir¹³.

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde, analık izin sürelerinin borçlanılmasında çocuk sayısına ilişkin bir sınırlama öngörmediğinden, kadın sigortalı sadece üç çocuk için değil, tüm doğumları için analık izni sürelerini borçlanabilecektir.

B. ÜCRETSİZ DOĞUM İZİNİ

İsteği halinde kadın işçiye on altı haftalık veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık analık izni sürenin tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir (4857 sayılı K. m. 74/6). 6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya münferiden evlat edinene de isteği halinde ücretsiz izin verileceği öngörülmüştür (4857 sayılı K. m. 74/6).

Kanuna göre, ücretsiz izin kullanmak isteyen kadın işçinin bu yönde talepte bulunması gerekecektir. Ücretsiz doğum izni talebinde bulunma hakkı, on altı haftalık (veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık) analık izni süresinin tamamlanmasından itibaren başlayacaktır. Ücretsiz doğum izninin kadın işçi tarafından talep edilmesi halinde işveren bu izni vermek zorundadır ve işverenin bu konuda takdir yetkisi yoktur. İşveren bu izni vermese dahi kadın işçi tek başına alacağı bir kararla işverene bildirimde bulunarak ücretsiz doğum

13 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 16. Bası, İstanbul 2016, 512; Özer, 1141.

iznine ayrılabilir. Konuya ilişkin Yargıtay içtihadı da bu yöndedir¹⁴. Ancak, kadın işçinin altı aylık ücretsiz izinden daha uzun bir süre ücretsiz izin kullanmak istemesi halinde, altı ayı aşan süre ücretsiz izin verip vermeme işverenin takdirindedir. Taraflar aralarında anlaşarak ücretsiz izin süresini uzatabilirler. Ancak borçlanılabilecek süre kanuni ücretsiz doğum izni süresi ile sınırlıdır. Aşan süre ise doğum tarihinden itibaren iki yıllık sürenin içinde kalmak kaydıyla borçlanılabilir.

4857 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan ücretsiz doğum izni sadece bu Kanuna tabi olarak çalışan kadın sigortalılar için öngörülmemiş; iş sözleşmesi ile çalışan ve Kanunun kapsamında olan olmayan her türlü işçi için uygulanacağı öngörülmüştür (m. 74/son). Buna göre, Basın-İş Kanununa, Deniz-İş Kanununa ve Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan işçiler de ücretsiz doğum izni hakkından yararlanabilirler.

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi kadın sigortalıların iş kanunları gereğince kullandığı analık izin süreleri, işyerinden alınacak belgeler, doğum öncesine ve sonrasına ilişkin alınmış raporlarla birlikte Kuruma başvurulması halinde borçlanılabilecektir (2013/11 sayılı Genelge).

657 sayılı Kanunun 108. maddesi hükmü, doğum yapan memur ve kamu görevlilerininin 104. madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin veya aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca verilen izin süresinin (yarım çalışma

14 Yarg. 9. HD. 13.07.2009, 36349/20734: “4857 sayılı İş Kanununun, “analık halinde çalışma ve süt izni” başlığını taşıyan 74. maddesi, hamile olan ve doğum yapan kadın işçilerin, doğum öncesi ve sonrasına kullanacakları doğum iznini, hamilelikleri sırasında yapılan doktor kontrollerine ilişkin izinleri ve bir yaşından küçük çocukların emzirilmesi için süt iznini açık ve ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Aynı yasanın, fesihin geçerli sebebe dayandırılması başlığını taşıyan 18. maddesinin e bendinde ise, 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemenin, özellikle geçerli feshe gerekçe olamayacağı düzenlenmiş ve 74. maddedeki değinilen hususlara atıf yapılmıştır. Kanun koyucu, bu şekilde, kadın işçiler için belirlediği bir takım hakları güvence altına almıştır. İş Kanununun 74. maddesinde, yukarıda değinilen hususlara ek olarak, ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izin verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin taktirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, İş Kanunu sistematigi açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı da düşünülemez. Bir başka anlatımla, 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.” (www.kazanci.com).

izni) bitiminden itibaren istekleri üzerine yirmi dört aya kadar aylıksız izin kullanabileceklerini öngörmektedir. Benzer biçimde, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinene memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine 104. maddede uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin veya aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca verilen izin süresinin (yarım çalışma izni) bitiminden itibaren istekleri halinde yirmi dört aya kadar aylıksız izin verilmesi mümkündür (m. 108/C).

Görüldüğü üzere 657 sayılı Kanunda doğum yapan memura 4857 sayılı Kanuna kıyasla daha uzun süre ücretsiz izin kullanma imkânı tanınmıştır. Ancak, memur ve kamu görevlisi dilerse daha kısa bir süre için ücretsiz izin hakkını kullanabilir.

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde, 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlara personel mevzuatına göre aylıksız izin sürelerini borçlanma imkânı getirilmektedir. Bu durumda, memur ve kamu personeli kadınların yirmi dört aya kadarki aylıksız izin sürelerini borçlanmak istemeleri halinde hem 41. maddenin birinci fıkrasının (a) bendine hem de aynı fıkranın (c) bendine dayanarak borçlanma yapmaları mümkündür. Ancak, (a) bendi hükmü, doğum borçlanmasının doğum tarihinden itibaren iki yıllık süreyi geçemeyeceğini öngörmektedir. Bu durumda, kadın memurun 657 sayılı Kanuna göre analık izni süresini müteakip yirmi dört ay süreyle aylıksız izne ayrılması halinde sigortasız geçirdiği süre toplamda iki yılı geçtiğinden, m. 41/1, (a) bendi hükmüne dayanarak ancak iki yıllık sürenin borçlanması mümkün olacaktır. İki yılı aşan aylıksız izin süresinin ise aynı maddenin (c) bendine göre borçlanması mümkündür. Bu durumda, aylıksız izin sürelerini borçlanma hususunda kadın memurun bir tercih hakkı olduğu ve 41. maddenin (a) veya (c) bendinden dilediğine dayanarak borçlanma yapabileceği söylenebilir. Her iki durumda, talep usulü ve hesaplama aynı biçimde yapılacağından sonuç değişmeyecektir.

5510 sayılı Kanunda ücretsiz doğum izni sürelerinin borçlanılmasına ilişkin olarak bir sınırlama getirilmediğinden 4. maddenin (a) ve (c) bendi kapsamındaki kadın sigortalılar sadece üç doğuma mahsus olmak üzere değil, tüm doğumlar için bu süreleri borçlanabileceklerdir.

C. DOĞUM TARİHİNDEN SONRAKİ İKİ YILLIK SÜRE

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü, sigortalı kadının üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonraki iki yıllık süreyi borçlanabileceğini düzenlemektedir. Kanunun 4. maddesinin (a), (b) veya (c) bendi kapsamındaki sigortalıların tümü bu süreler için borçlanma yapabilecektir.

5510 sayılı Kanunun kadın sigortalılara doğum borçlanması yapma hakkı tanıyan ilk halinde, doğum borçlanması yapılabilecek süreler, kanun gereği verilen ücretsiz doğum ve analık izin süreleri ile sınırlı olarak belirlenmişti. 5754 sayılı Kanunun¹⁵ 67. maddesi ile 5510 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edilmiş kadınlara, iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonraki iki yıllık süreyi, bu sürelerde hizmet akdine istinaden bir işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla borçlanma imkânı getirildi¹⁶. Değişiklikle, m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki kadın sigortalılara geniş bir süre için borçlanma olanağı tanınmış oldu. Düzenlemenin, doğum tarihinden itibaren iki yıllık süre için borçlanma imkânını sadece 4. maddenin (a) bendi kapsamındaki sigortalılarla sınırlı olarak öngörmesi ve 4. maddenin (b) ve (c) bendi kapsamındaki sigortalıların bu haktan mahrum edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde doktrinde eleştiriler yapılmıştı¹⁷. Bunun üzerine düzenleme, 6552 sayılı Kanunun 43. maddesiyle *“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, ” biçiminde değiştirilmiştir.*

15 RG., 8.05.2008, 26870.

16 Kanun tasarısında yer almayan bu düzenleme Tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş ve arkadaşları tarafından verilen önerge üzerine kabul edilmiştir. Önerge hakkında konuşan İstanbul Milletvekili Halide İncekara çocuğun iki yaşına kadar anneye muhtaç olduğunu vurgulayarak şu açıklamalarda bulunmuştur: *“Bildiginiz gibi, 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 çocuğunuzla geçirmek gibi bir şansınız oluyor. Hassasiyetimiz, hiçbir imkânın kadını evde kalmak zorunda bırakmamasıdır. Lakin, kadın böyle bir imkânı kullanmak isterse, aynı beyefendilerde 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.”* (Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 2. Yasama Yılı, 89. Birleşim, 10.04.2008, www.tbmm.gov.tr, Erişim tarihi: 23.06.2017).

17 Özer, bu dönemde konuya ilişkin yaptığı değerlendirmelerde sadece m. 4/1, (a) kapsamında sigortalı olarak tescil edilmiş kadın sigortalılara iki çocukla sınırlı olarak getirilen doğum borçlanması yapma imkânının, kadın sigortalılara karşı ayrımcılık anlamına geldiğini ifade etmiş; tüm kadın sigortalılar için benzer biçimde doğum borçlanması yapma hakkının tanınmasının isabetli olacağını ifade etmişti (1144).

5510 sayılı Kanunda doğum borçlanması yapılabilecek sürelerle ilişkin olarak “*doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla*” ifadesi kullanılmıştır. Kanunun lafzı, ücretsiz doğum ve analık izni süreleri ile birlikte doğumdan itibaren toplamda iki yıllık sürenin borçlanılabileceğini işaret etmektedir. Bu durumda, kadın sigortalıya tanınan ücretsiz doğum ve analık izni süreleri borçlanılabilecek bu iki yıllık sürenin içinde sayılacak ve bu süreler için borçlanma süresinin hesabına ayrıca ekleme yapılmayacaktır. Ancak, doğum öncesi sekiz haftalık (çoğul gebelikteki on haftalık) sürenin iki yıllık süre içinde düşünülmemesi gereklidir¹⁸.

5510 sayılı Kanunda, kadın sigortalının en fazla üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden itibaren iki yıllık süre için borçlanma yapabileceği öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle, kadın sigortalı en fazla 6 yıllık süre için doğum borçlanması yapabilecektir. Kadın sigortalının iki yıldan daha kısa süreler için borçlanma yapmış olması da sonraki doğumlarda 6 yıllık sürenin kalanı için borçlanma yapılabileceği anlamını taşımaz. Kanun koyucu burada altı yıllık sürenin borçlanılabileceğini değil üç çocuk için borçlanma yapılabileceğini öngörmüş olduğundan aksi yönde değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu durumda, kadın sigortalı üç defadan fazla doğum yapsa dahi en fazla üç çocuk için borçlanma yapabilecektir. Hangi doğumları için borçlanma yapabileceği konusunda kadın sigortalının takdir hakkı olduğunun kabulü gerekir. Ancak, doğum tarihinden itibaren iki yıllık sürenin borçlanılmasına ilişkin olarak getirilen üç doğum sınırı, kanuni analık izni ile ücretsiz izin sürelerinin borçlanılması bakımından uygulanmaz. Kadın sigortalı, Kanundaki diğer koşulları sağlamak kaydıyla tüm doğumları için doğumdan önceki ve sonraki sekiz haftalık analık izni süresi ile altı aylık ücretsiz izin süresini borçlanabilir.

D. DOĞUM SONRASI YARIM ÇALIŞMA İZİNİNİN BORÇLANILABİLİRLİĞİ

1. Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzni Kavramı

6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun¹⁹ 22. maddesiyle 4857 sayılı Kanunun 74. maddesine eklenen düzenleme, doğum sonrası kullanılan analık izninin bitiminden itibaren

18 Özkaraca, Ercüment: “*Doğum Borçlanması Karar İncelemesi*”, Legal İSGHD, C. 7, S. 26, İstanbul 2010, 508; Silkin, Sema: “*Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Kadın*”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 5-6, Ağustos-Kasım 2011, 53. Özer ise, doğum öncesi 8 haftalık sürenin de iki yıllık sürenin içinde kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (1145).

19 RG., 10.02.2016, 29620

çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilerin istekleri halinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanabilmelerini öngörmektedir.

Doğum sonrası yarım çalışma izni imkânı, 4857 sayılı Kanunda düzenlenmekle birlikte, 74. maddenin sekizinci fıkrasında, “*Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır*” ifadesi kullanılmak suretiyle bu iznin diğer iş kanunlarına tabi işçileri de kapsayacağı düzenlenmiştir²⁰. Bu bağlamda, Deniz-İş Kanununa, Basın İş Kanununa ve Borçlar Kanununa tabi olarak çalışmakta olan işçiler de 74. maddeyle getirilmiş olan doğum sonrası yarım çalışma izninden yararlanabileceklerdir. Doğum sonrası yarım çalışma iznine ilişkin 4857 sayılı Kanunda yer alan düzenleme iş sözleşmesi ile çalışanlara yönelik olup bağımlı çalışan diğer kişiler ve bağımsız çalışanlar bu haktan yararlanamayacaklardır.

Memur ve kamu görevlilerine yönelik olarak da 657 sayılı Kanuna 6663 sayılı Kanunun 6. maddesiyle eklenen 104/F hükmü ile benzer bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, kadın memurlara doğum sonrası analık izni süresi sonunda istekleri hâlinde ve çocuğun hayatta olması kaydıyla analık izni bitiminde başlamak üzere ayrıca süt izni verilmeksizin birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışma imkânı getirmiştir. Çoğul doğumlarda bu sürelerle birer ay ilave edilecek; çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on iki ay içinde çocuğun engellilik durumunun tespiti hâllerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanacaktır. Doğum yapan kadın memurlara sağlanan bu imkan, ayrıca üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşler için de getirilmiştir. 657 sayılı Kanuna yer alan düzenleme yarım çalışma izninin kullanılmasına ilişkin 4857 sayılı Kanunla paralel düzenlemeler getirmekte olduğundan aşağıda yer alan açıklamalar iki kanun içinde geçerlidir. Sürenin borçlanılmasına ilişkin olarak ise ayrıca değerlendirme yapılacaktır.

20 Düzenlemenin sadece 4857 sayılı Kanuna tabi olan işçilere değil iş sözleşmesi ile çalışan tüm işçilere uygulanması isabetli olmakla birlikte düzenlemenin sistematik açısından eleştirilmesi mümkündür. Konuya ilişkin bkz. Ocak, Saim: “**Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle İşçilerin Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulanması**”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 3, S. 5, Haziran 2017, 177.

Doğum sonrası yarım çalışma izni, kural olarak kadınlara tanınmış bir hak-
tır. Erkeklerin bu haktan yararlanabilmeleri ancak üç yaşını doldurmamış bir
çocuğu eşleriyle veya münferiden evlat edinmeleri halinde mümkün olup, do-
ğan çocuğun babası olan erkeğe bu izinden yararlanma imkânı tanınmamıştır.
Madde hükmünde, üç yaşından küçük çocuğun evlat edinilmesi halinde evlat
edinen kadın veya erkek işçilerin istekleri halinde haftalık çalışma süresinin
yarısı kadar ücretsiz izin hakkını kullanabilecekleri belirtilmiştir. Buna gö-
re, çocuğun eşler tarafından evlat edinilmesi halinde izin hakkından sadece
eşlerden biri yararlanabilecek; münferiden evlat edinmede ise evlat edinene
izin hakkı tanınmış olacaktır. Kanunda, “çocuğu evlat edinen kadın veya er-
kek işçiler” ifadesinin kullanılmış olması, eşlerin birlikte evlat edinme halinde
eşlerden birinin ücretsiz izin hakkından yararlanmasının mümkün olmadığı
şeklinde yorumlanmamalıdır²¹.

Gerek 4857 sayılı gerekse de 657 sayılı Kanunda, doğum sonrası yarım ça-
lışma izninin kullanılabilmesi için aranan ilk koşul, doğum sonrası analık izni
sürelerinin kullanılmış olmasıdır. Bu bağlamda, kadın işçilerin yarım çalışma
hakkını kullanabilmeleri için öncelikle, doğumdan önce sekiz (çoğul doğum
halinde on hafta) ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplamda on
altı haftalık analık izni süresini kullanmış olmaları gerekecektir²². Ayrıca, iznin
kullanabilmesi için izin kullanılmak istenen sürelerde çocuğun yaşıyor olması
da gereklidir. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla öngörölmüş bu iznin
kullanılmasından önce çocuğun ölmesi halinde kadın işçi artık izin talebinde
bulunamayacak; yarım çalışma iznini kullanmakta iken çocuk ölmesi duru-
munda ise ölüm tarihi itibarıyla uygulamaya son verilerek işçinin normal ça-
lışma süresi kadar çalışma yapmaya başlaması gerekecektir. Benzer biçimde
çocuğun, farklı nedenlerle koruma altına alınmış, evlat edinilmiş ya da vela-
yetinin bir başkasına verilmiş olması hallerinde kadın işçinin yarım çalışma
iznini kullanamayacağı söylenebilir.

Evlat edinme halinde işçinin yarım çalışmaya geçme isteminde bulunabil-
mesi için sadece çocuğun üç yaşından küçük olması değil aynı zamanda ço-

21 Ekonomi, Münir: “*Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları*”, Legal İSGHD, C. 14, S. 53, 2017, 28; Ocak, 178.

22 Kadın işçilerin sağlık durumlarının uygun olduğuna ilişkin doktor onayı almak ya da erken doğum yapmak suretiyle doğum öncesinde kullanamadıkları süreleri doğum sonrası sürelerle eklemek suretiyle kullanması mümkündür (4857 sayılı K. m. 74/1).

cuk üç yaşını doldurmadan izin talebinde bulunmuş olması da gereklidir²³. Ancak, yarım çalışma izni uygulaması başladıktan sonra çocuğun üç yaşını doldurması, yarım çalışma iznini kullanmaya engel teşkil etmez. Örneğin; çocuğun otuz aylıkken evlat edinilmesi ve otuz beş aylıkken yarım çalışma izni talebinde bulunması halinde otuz altı ayın dolması halinde izin sona ermeyecektir. Öte yandan, birinci, ikinci ve sonraki doğumlarda doğum yapan kadının yarım çalışma iznine ilişkin olarak artan izin süreleri öngörülmesine karşın evlat edinme halinde yarım çalışma izninin kullanılmasında benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşın, doğuma ilişkin öngörülmüş artan sürelerle paralel biçimde birden fazla defa evlat edinme halinde de artan izin sürelerinin öngörülmesi ve sürenin ilk evlat edinmede altmış, ikinci evlat edinme halinde yüz yirmi ve sonraki evlat edinmelerde yüz seksek gün olarak uygulanması yerinde olacaktır²⁴.

4857 sayılı Kanunda, doğum sonrası altı aya kadar ücretsiz izin hakkı ile yarım çalışma izninin arasında bağlantı kurulmamıştır. İşçinin, 74. maddede öngörülmüş bu iki ücretsiz izin imkânından birini seçme konusunda bir seçimlik hakkı mı olduğu, yoksa isteği halinde her iki izni de mi kullanabileceği noktasında Kanunda bir açıklık yoktur. İzin sürelerine ilişkin olarak tasarıda, “*Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık izninin bitiminden itibaren kadın işçi, evlat edinme halinde ise eşlerden biri veya evlat edinen altı aya kadar ücretsiz izin yahut her doğumda altı aya kadar haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanabilir. Bu izinlerden hangisini kullanacağını izin talebinde bulunan belirler ve iznin kullanılacağı tarihten bir ay önce yazılı olarak işverene bildirir.*” düzenlenmesi yer almasına karşın iki ücretsiz izin süresi arasındaki ilişkiyi düzenleyen bölüm yasalaşmamıştır. Hem altı aylık ücretsiz izin süresine ilişkin düzenlemede (m. 74/5) hem de yarım çalışma iznine ilişkin düzenlemede (m. 74/2) izin sürelerinin başlangıç tarihi olarak analık izninin bitim tarihi öngörülmüştür. Bu durumda aynı tarihte başlayacak iki iznin de kullandırılmasının mümkün olmadığından hareketle kanun koyucunun burada sadece bir izin hakkı tanımak istediği ve bu husustaki seçim hakkının işçiye verilmiş olduğu söylenebilir²⁵. Benzer biçimde, konuya ilişkin

23 Aksi yönde Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016, 599; Caniklioğlu, Nurşen: “**Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği**”, Emeğin Hukuku Kurultayı, TBB Yayınları, Ankara 27.05.2016, 143.

24 Köseoğlu, 106. Yazar ayrıca evlat edinenin daha öncesinde kendine ait çocuklarının bulunması halinde, çocuk sayısının hesabında evlat edinenin kendi çocuklarının da gözetilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

25 Ekonomi, 29-30; Ocak, 192.

yönetmeliğin 8. maddesinde yer alan “İşçi, 5 inci maddede belirtilen analık izninin, 6 ncı maddede belirtilen ücretsiz izni veya 7 nci maddede belirtilen ücretsiz iznin bitiminden itibaren...” ifadesiyle kanun koyucunun bu iki izinden birinin seçilmesi noktasında iradesini gösterdiği söylenebilir.

4857 sayılı Kanununun 74. maddesi hükmü, kadın işçiye isteği halinde kural olarak birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmesini öngörmektedir. Kanunda ayrıca çoğul doğum halinde bu sürele otuzar gün ekleneceği öngörülmüştür. Buna göre, ilk doğumun çoğul doğum olması halinde süre doksan gün, ikincisi için yüz elli gün, sonraki doğumlardan için ise iki yüz on gün süre ile haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanılması mümkün olacaktır. Çocuğun engelli doğması halinde ise kaçınıcı doğum olduğuna bakılmaksızın sürenin üç yüz altmış gün olarak uygulanması öngörülmüş olup çoğul doğumlara ilişkin otuzar günlük artırımın, engelli doğumlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin Kanunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde düzenleme, kanun koyucunun uzun bir süre boyunca işçiye izin verilmesini öngördüğü bu sebeple ayrıca bir artırımı düzenlemediği biçiminde yorumlanmaktadır²⁶. Öte yandan 4857 sayılı Kanunda engelli doğumlara ilişkin düzenleme yer almakla birlikte çocuğun daha sonra engelli hale gelmesi ile evlat edinilen çocuğun engelli olmasına ilişkin ihtimallere yer verilmemektedir. 657 sayılı Kanunda ise sadece çocuğun engelli doğması halinde değil doğumdan sonraki on iki ay içinde engelli hale gelmesi halinde de izin süresinin on iki ay olarak uygulanması öngörülmüştür (104/F). 4857 sayılı Kanun kapsamında da bir yıllık süre içerisinde çocuğun engelli hale gelmesi durumunda engelliliğin doktor raporu ile belgelenmesi kaydıyla kadın işçiye izin hakkının üç yüz altmış gün olarak kullandırılması isabetli olacaktır²⁷. Benzer biçimde evlat edinilen çocuğun engelli olması halinde de izin hakkının üç yüz altmış gün olarak uygulanması gerektiği söylenebilir²⁸.

4857 sayılı Kanunda, yarım çalışma izninin süresi çocuk sayısına bağlı olarak belirlenmekle birlikte, çocuğun ölü doğması ya da doğumdan kısa bir süre

26 Çelik/Canikliolu/Canbolat, 600-601; Ocak, 194.

27 Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelikte, çocuğun engelli doğduğunun doktor raporu ile belgelenmesi halinde sürenin üç yüz altmış gün olarak uygulanacağı öngörülmüştür (m. 6/3). Düzenlemenin doğum sonrası çocuğun engelli hale gelmesi ile evlat edinilen çocuğun engelli olması hallerinde de uygulanması ve engellilik durumunun doktor raporuyla belgelenmesi gereklidir.

28 Ocak, 192.

sonra ölmesi halinde çocuk sayısının hesabında dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Çocuğun ölü doğması ya da doğumdan kısa süre sonra ölmüş olması hallerinde de çocuk sayısının tespitinde dikkate alınması yerinde olacaktır. 4857 sayılı Kanunda ya da Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelikte konuya ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte 657 sayılı Kanununda yer alan yarım çalışma izninin esaslarını belirlemek üzere yayımlanmış olan Kamu Personeli Genel Tebliğinde (Seri No: 6)²⁹ “Yarım gün izin süresinin tespitinde memurun doğum yapması esas alınacak olup bu süre memurun yaşayan çocuğunun sayısına göre belirlenmeyecektir.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, 4857 sayılı Kanun kapsamındaki yarım çalışma izni taleplerinde de sürenin belirlenmesinde ölü doğumların ve doğumdan sonra ölen çocukların dikkate alınması yerinde olacaktır.

4857 sayılı Kanununun 74. maddesinin ikinci fıkrası hükmü, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar izin verileceğini ifade ederek izin süresi ve çalışma saatleri bakımından bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, işçinin ya da işverenin izin sürelerini arttırması ya da azaltması mümkün değildir. Örneğin; haftada 45 saat çalışmakta olan işçi yarım çalışma iznini kullanacak olursa haftada 22,5 saat çalışacak ve kalan 22,5 saatte ücretsiz izinli olacaktır. Ancak Kanunda haftalık çalışma süresi kavramıyla kanuni haftalık çalışma süresinin mi yoksa işyerinde uygulanmakta olan haftalık çalışma süresinin mi kastedildiği konusunda bir belirsizlik mevcuttur. Doktrinde, işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir³⁰.

2. Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzni Süresince Doğum Borçlanması Yapılabilmesi

a. Yarım Çalışma Ödeneğine Hak Kazananlar Bakımından

(1). Yarım Çalışma Ödeneği ve Hak Kazanma Koşulları

4857 sayılı Kanununun 74. maddesinin ikinci fıkrası hükmü kapsamında kadın sigortalının haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkını kullanması halinde, iznin kullanıldığı süre boyunca işçiye izinli olduğu süreler için ücret ödenmeyecektir. Yarım çalışma izni kullanma hakkının kolaylaştırılması amacıyla, 6663 sayılı Kanununun 20. maddesiyle 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen ek 5. madde hükmü ile doğum ve evlat edinme halinde yarım çalışma iznini kullananlara yarım çalışma ödeneği alma imkânı

²⁹ RG., 13.04.2016, 29683.

³⁰ Ekonomi, 33-34.

tanınmıştır³¹. Anılan hükme göre, “İşçiye, 4857 sayılı Kanununun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir. Ödenek süresi, 4857 sayılı Kanununun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. Yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde Fondan aylık olarak ödenir. Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır. Bu madde hükümlerinden yararlanabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanununun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır.. Birinci fıkra kapsamındaki sigortalılar için, 5510 sayılı Kanununun 82 nci maddesinde belirtilen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden aynı Kanununun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (f) bentleri uyarınca toplam %32,5 oranında sigorta primleri işçi ve işveren payları doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenen gün sayısı kadar Fondan Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenir.”.

4857 sayılı Kanununun 74. maddesi kapsamında doğum sonrası yarım çalışma izinden yararlanan işçiler 4447 sayılı Kanunda öngörölmüş koşulları taşımak kaydıyla yarım çalışma ödeneğine hak kazanabileceklerdir. Buna göre, işçinin yarım çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması ve işçinin bu süre boyunca 4857 sayılı Kanununun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışıyor olması³² gerekecektir. Ayrıca, yarım çalışma ödeneği almak isteyen kadın işçilerin doğum ve evlat edinme sonrası analık hali izninin bittiği tarihten itibaren

31 Düzenlemenin terminolojik olarak eleştirisi için bkz. Caniklioğlu, 145.

32 4447 sayılı Kanunda yer alan bu düzenleme doktrine eleştirilmektedir. 4857 sayılı Kanundaki düzenlemeden farklı olarak burada kanuni haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışılmasından ve bu çalışmanın eylemli olmasından bahsedilmektedir. Bu durumda işçinin işyerinde uygulanmakta olan haftalık çalışma süresinin Kanunda öngörölmüş süreden kısa olması ihtimali ile işçinin fiilen çalışmamasına karşın 4857 sayılı Kanununun 46. ve 66. maddesi hükmü uyarınca çalışılmış gibi sayılan süreler dışlanmış olmaktadır. Bu durumda söz konusu süreler dikkate alınmayacağından işçinin yarım çalışma ödeneğine hak kazanamayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkabilecektir (Ocak, 215-216.)

30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunması gerekecektir³³.

Kanuna göre yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde fondan aylık olarak ödenecektir. Mücbir sebepler dışında başvuruda gecikilmesi halinde gecikilen süre, yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılacaktır (4447 sayılı K. ek m. 5/1). İşçinin yarım çalışma yapabileceği süresinin dolması (ya da çocuğun ölmesi gibi sebeplerle iznin kendiliğinden sona ermesi) halinde yarım çalışma ödeneği ödenmesine son verilecektir.

(2). Yarım Çalışma Ödeneğine Hak Kazananların Borçlanma Yapabilmesi

Yarım çalışma izni süresince yarım çalışma ödeneği almaya hak kazananların, ödenek aldıkları süre boyunca bazı sigorta kollarına ilişkin primleri İşsizlik Sigortası Fonundan ödenecektir. 4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesinin ikinci fıkrasında, 5510 sayılı Kanunun 82. maddesinde belirtilen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden toplam %32,5 oranında sigorta priminin Fondan ödeneceği düzenlenmiştir³⁴. Ödenecek olan %32,5 oranındaki sigorta primleri, 5510 sayılı Kanunun 81. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan ve prime esas kazancın %20'sini oluşturan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri ile aynı maddenin (f) bendinde yer alan ve prime esas kazancın %12,5'ini oluşturan genel sağlık sigortası primlerini kapsamaktadır. Bu durumda, 4447 sayılı Kanunda yer alan koşulları sağlamak suretiyle yarım çalışma ödeneği almaya hak kazananların bu süre zarfında uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına ilişkin primlerinin tamamı ödenecektir.

İşçinin izin dönemindeki primleri fondan ödenecek olmakla birlikte, ödenecek primler, prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanarak ödenecektir. 5510 sayılı Kanun uyarınca, alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabında esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, sigortalıların yaşlarına uygun asgari ücretin otuzda biridir. Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından 2017 yılının tamamında uygulanmak üzere yaşa bağlı olmaksızın tek asgari ücret tutarı belirlenmiştir³⁵.

33 Konuya ilişkin olarak İŞKUR tarafından “Yarım Çalışma Ödeneği Talep Dilekçesi” ile “Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma Belgesi” hazırlanmıştır.

34 Madde hükmünde “birinci fıkra kapsamındaki sigortalılar için...” ifadesinin kullanılması yerine daha açık bir ifadeyle yarım çalışma ödeneği almaya hak kazananlar kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı yönünde bkz. Ocak, 219.

35 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161230-22.pdf>.

Genel kural, işçinin yarım çalıma ödeneği aldığı süre boyunca, kural olarak ayda otuz gün üzerinden ödenmekte olan sigorta primlerinin on beş günlük kısmının işveren ve kalan on beş günlük kısmının da İŞKUR tarafından ödenmesidir. İşçinin ay içinde farklı nedenlerle çalışmamış olması halinde bildirilecek süreler bu durum gözetilerek yapılacaktır. 4857 sayılı Kanunda işçiye, yarım çalışma izninin ayın yarısı kadarlık süre için değil; haftalık çalışma süresinin yarısı kadar izin verileceği öngörölmüştür. Bu sebeple, işçinin izin hakkını kullanırken işgünlerinin bazılarında tam, bazılarında yarım gün ya da belli saatlerde çalışması ihtimallerine göre çalışılan sürelerin hesaplanmasında ve işveren ile İŞKUR tarafından prim ödenecek günlerin tespitinde sorunlar ortaya çıkabilecektir. Uygulamada karşılaşılabilecek bu gibi sorunların önüne geçilmesi amacıyla ikincil düzenlemelerde konunun açık ve detaylı olarak düzenlenmesi gereklidir. 2013/11 sayılı Genelge, doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği alınmasına yer verilmiş³⁶ ancak söz konusu sorunlar gözetilerek prim ödenecek günlere ilişkin detaylı düzenleme yapılmamıştır.

Konumuz bakımından önemli olan, yarım çalışma izni sırasında yarım çalışma ödeneği alanların ayrıca bu sürelerle ilişkin doğum borçlanması yapıp yapamayacağıdır. 4447 sayılı Kanunda öngörölmüş olan yarım çalışma ödeneğine hak kazananların bu süreye ilişkin olarak uzun vadeli sigorta kolu primleri ödeneceğinden bu sigortalılar bakımından doğum borçlanması yapmak mümkün olmayacaktır.

b. Yarım Çalışma Ödeneğine Hak Kazanamayanlar Bakımından

4447 sayılı Kanunda ödeneğe hak kazanmak için öngörölmüş olan koşullardan biri ya da birkaçının sağlanamaması halinde, işçiye, yarım çalışma öde-

36 “6663 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanuna 10.2.2016 tarihinden itibaren eklenen ek 5. madde ile 4857 sayılı Kanunun 74. maddesi kapsamında doğum sonrası analık hali sona eren ve işe başlayan kadın sigortalıya ya da 3 yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek sigortalılara istekleri halinde haftalık çalışma süresinin yarısı kadar; birinci doğumda 60 gün, ikinci doğumda 120 gün, sonraki doğumlarda ise 180 gün ücretsiz izin alan işçiye doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son 3 yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hali izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde İŞKUR’a doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması halinde yarım çalışma ödeneği verilmesi uygulaması getirilmiştir.

Yarım çalışma ödeneği İŞKUR’ca verilecek olup yarım çalışma ödeneği alan sigortalılar için İŞKUR % 32,5 oranında uzun vade ve genel sağlık sigortası primini aylık prim ve hizmet belgesi ile Kuruma bildirilecek, yarım çalışma ödeneği ödenen süreler 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi sayılacaktır.”

neği ödenmeyecektir. Bu durumda, işçinin yarım çalışma izninde olduğu süre boyunca sadece çalışmış olduğu süreler için işveren tarafından uzun vadeli sigorta kolları primi yatırılacak, izin kullandığı süreler için ise prim yatırılmayacaktır. Konumuz bakımından, kadın sigortalının hakkında uzun vadeli sigorta kolu primleri yatırılmayan bu süreler için doğum borçlanması yapıp yapamayacağının değerlendirilmesi gereklidir.

5510 sayılı Kanununun 41. maddesinde, kadın sigortalının kanuni doğum ve analık izni süreleri için borçlanma yapabileceği öngörülmüştür. Her ne kadar, 6663 sayılı Kanunda kadın işçilere sağlanan doğum sonrası yarım çalışma izni ile doğum borçlanmasına ilişkin 5510 sayılı Kanununun 41. madde hükmü arasında bir bağlantı kurulmuş olmasa da 5510 sayılı Kanununun 41. maddesindeki ücretsiz izin sürelerinin borçlanılabileceğine ilişkin mevcut hükmün, bir ücretsiz izin türü olan doğum sonrası yarım çalışma iznini de kapsadığını kabul etmek ve bu süreler için borçlanma yapılabileceği sonucuna ulaşmak yerinde olacaktır.

Bu bağlamda, kadın sigortalıların birinci doğum için altmış gün, ikinci doğum için yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen günlük süreyi, bu sürelerde yarım çalışma ödeneği almamaları kaydıyla borçlanabileceklerini kabul etmek gerekir. Bu sürelerde sigortalının kısmen yarım çalışma ödeneği almaları halinde ise borçlanma, ancak kısmi olarak yapılabilir. Ücretsiz izin sürelerinin borçlanılabilmemesine ilişkin olarak, 5510 sayılı Kanunda çocuk sayısı bakımından bir sınırlama öngörülmüş olmadığından, sadece üç doğum için değil, izinden faydalanmış olmak kaydıyla kadın sigortalının tüm doğumları için borçlanmayı yapılabileceğinin kabulü gerekir.

E. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇİŞ HALİNDE DOĞUM BORÇLANMASI YAPILABİLMESİ

1. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçişe İlişkin Düzenlemeler

6663 sayılı Kanunla iş hukukuna ilişkin getirilen yeniliklerden biri de ebeveynlere tanınan kısmi süreli istihdama geçiş hakkıdır. 6663 sayılı Kanununun 21. maddesiyle 4857 sayılı Kanununun 13. maddesinin beşinci fıkrasına “*Bu kanununun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya*

geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır.” düzenlemesi eklenmiştir. Madenin izleyen fıkrasına, “Beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” ifadesi eklenmek suretiyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanabilecek olanlar sınırlandırılmıştır. Kanunda sözü edilen Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin³⁷ 12. maddesinde kısmi süreli çalışmaya geçiş yapabilecek olanlar ile uygulama alanı dışında kalacak işler belirlenmiştir³⁸.

İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanabilmesi için ilk olarak 4857 sayılı Kanununun 74. maddesinde öngörülmüş olan izin sürelerinin geçmiş olması gereklidir. Buna göre, kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçi, analık izin süresinin, yarım çalışma izni süresinin veya altı aya kadar ücretsiz izin süresinin bitimi tarihinden sonra çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışmaya geçmek için talepte bulunabilir (Kısmi Süreli Çalışma Yön. m. 8/1). Yönetmelikte ayrıca, işçinin altı aya kadar ücretsiz izin hakkını kullanmakta iken izin hakkının tamamını kullanmadan izni keserek kısmi süreli çalışmaya geçebileceği de düzenlenmiştir (m. 8/2). Öte yandan, işçinin Kanuni analık izinlerini kullanması zorunlu olmakla birlikte, yarım çalışma iznini veya altı aya kadar

37 RG., 8.12.2016, 29882.

38 “Kısmi süreli çalışma yapılabilecek işler: MADDE 12 – (1) Kısmi süreli çalışma;
a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,

b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde,

c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işleminde,

ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir.

(2) Birinci fıkrada sayılmayan işlerde işverenin uygun bulma şartı aranmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilir.”

Belirlemede kullanılan ölçütlere ilişkin eleştiriler için bkz. Ekonomi, 44- 45.

ücretsiz iznini kullanması şart değildir. Bu durumda, ücretsiz izin süreleri kullanılmadan doğrudan kısmi süreli çalışmaya geçmek mümkün olmalıdır³⁹.

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanmak isteyen işçinin, mecburi ilköğretim çağını henüz doldurmamış çocuğunun bulunması gerekir⁴⁰. Bundan hareketle Kanunun, zorunlu ilköğretim çağı için öngörülen yaşı geçmiş olmakla birlikte bakıma muhtaç çocuklar için kadın işçilere kısmi çalışmaya geçiş hakkı tanınmadığı sonucuna ulaşmak gerekir⁴¹.

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını, çocuğun ebeveynlerinden yalnız biri kullanabilir. Kanunda ebeveynler arasında eşitlik gözetilerek hem kadın hem de erkek işçilere kısmi süreli çalışmaya geçme talebinde bulunabilme imkânı verilmiştir. Ancak, ebeveynlerden birinin çalışmıyor olması halinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamayacaktır⁴². Düzenlemenin temelini, çalışmayan eşin çocuğa bakabileceği düşüncesi oluşturmaktadır. Eşin çalışması ile kastedilen, iş sözleşmesine bağlı olarak çalışma olmayıp eşin devlet memuru veya kamu görevlisi olması ya da bağımsız olarak çalışması da yeterli kabul edilmelidir⁴³. Kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin, eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemesi zorunludur ve işveren işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebini incelerken eşinin çalıştığına dair belge mevcut değilse talebi reddedebilir (Kısmi Süreli Çalışma Yön. m. 9/2).

39 Caniklioğlu, 125.

40 İlköğretim ve Eğitim Kanununa (RG., 12.01.2016, 29882) göre mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar ve bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar ve 13 yaşını bitirip 14 yaşını girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter (m. 3). Milli Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinde ise çocuğun, ilkokulların birinci sınıfına kayıtların yapıldığı yılın eylül ayı sonu itibarıyla 66 ayını doldurması gerektiği; gelişim yönünden ilkokula hazır olduğu anlaşılan 60-66 ay arası çocukların ise velisinin yazılı isteği halinde ilkokul birinci sınıfa kaydedilebileceği düzenlenmiştir (m. 11).

41 Caniklioğlu, 119. Yazar engellilik oranı %50'nin üstünde olan çocukların bakımı amacıyla ebeveynlerine kısmi çalışmaya geçiş hakkı tanınmasının isabetli olacağı kanaatinde dir.

42 Yönetmelikte konuya ilişkin istisnalar düzenlenmiştir. Buna göre, “a) Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi,

b) Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması,

c) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi,” hallerinde ebeveynlerden birinin çalışma şartı aranmaz.

43 Caniklioğlu, 120; Ekonomi, 50.

Maddede yer alan eş deyimi, Medeni Kanun anlamında resmi nikâhlı eş ifade etmektedir. Bu sebeple, resmi nikâhlı olmamakla beraber, birlikte yaşanan kişinin çalışıyor olmaması işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebini etkilemez⁴⁴. İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilmesi için halen evli olması zorunluluğu da yoktur. Çocuğun ebeveynlerinin boşanmış olması halinde velayete sahip olan ebeveyn kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanabilecektir⁴⁵. Bu durumda, boşanılan eşin çalışıyor olup olmaması da önem taşımayacaktır (Kısmi Süreli Çalışma Yön. m. 10/1, b).

Kanunda eşin çalışıyor olması koşulu, sadece kısmi çalışmaya geçiş talebinde bulunduğu aşamada aranmıştır. İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçişinden sonra eşin çalışmaya devam etmemesi ihtimaline ilişkin bir düzenleme ise öngörülmüş değildir. Ancak Yönetmelikte, konuya ilişkin düzenlemeye gidilmiş ve eşin çalışıyor olması koşulunun başvuru sırasında arandığı ve kısmi süreli çalışma sırasında bu şartların kaybedilmesinin hakkın devamını etkilemeyeceği düzenlenmiştir (m. 10/2).

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinene de tanınmıştır. Bu bağlamda, çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinene⁴⁶, çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren kısmi çalışmaya geçiş talebinde bulunabilirler. Evlat edinme halinde kısmi çalışmaya geçişe imkân tanıyan düzenleme, eşin çalışıyor olmasına ilişkin öngörülmüş kuraldan sonra getirilmiş olsa da biyolojik anne ve baba için getirilmiş olan diğer eşin çalışması koşulunun evlat edinen eşler bakımından aranmayacağını kabul etmek hükmün amacıyla bağdaşmaz. Bu sebeple, eşlerin birlikte evlat edinmeleri halinde eşlerden birinin kısmi süreli çalışmaya geçme talebinde bulunabilmesi için talep tarihinde diğer eşin çalışıyor olması şartı aranacaktır. Buna karşılık, çocuğun tek başına evlat edinilmesi halinde eşin çalışıyor olmasının bir koşul olarak aranması mümkün değildir.

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının kullanılabilmesi için işyerinde belirli süre çalışılmış olması gerekmez. Dolayısıyla, işe girdikten kısa bir süre

44 Caniklioğlu, 120.

45 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, 153; Caniklioğlu, 121. Caniklioğlu ayrıca henüz boşanma davasının sonuçlanmadığı aşamada eşlerden birinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunması halinde konuya ilişkin boşluk bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini ve bu boşluğun hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak doldurulması gerektiğini ifade etmektedir.

46 Ekonomi, düzenlemede “münferiden evlat edinen” kavramıyla TMK m. 307/2 kapsamında eşin istisnai olarak tek başına evlat edinmesine ilişkin durumun değil evlilik ilişkisi olmaksızın kadın veya erkek işçinin tek başına evlat edinmesi hali olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (48-49). Aksi görüş; Caniklioğlu, 123.

sonra dahi işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesi mümkündür. Yine işyerinin büyüklüğü bakımından da bir sınırlama getirilmiş olmadığından, işyerinde bir işçi çalışıyor olsa dahi kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı kullanılabilir⁴⁷.

İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını çocuğun ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar herhangi bir zamanda kullanabilir. Maddenin lafzi yorumundan, başvuru tarihi için bir sınırlama getirildiği ancak kısmi süreli çalışmanın sona ereceği tarihe ilişkin bir sınır öngörülmediği şeklinde bir sonuca ulaşılmaktadır. Oysa normun amacı dikkate alındığında, Kanundaki düzenlemenin, kısmi süreli istihdamın kural olarak sona ermesi gereken süreyi ifade ettiği söylenebilir. Düzenlemenin bu haliyle maddenin lafzının amacı ile örtüşüğünü söyleyebilmek güç görünmekte ve amaca göre yorum, işçinin bu haktan ne zamana kadar yararlanabileceği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Bu sebeple düzenlemenin, işçinin 74. maddedeki izin ya da izinlerin bitiminden itibaren en az bir ay önceden talepte bulunmak kaydıyla çocuğunun mecburi ilköğretim çağına gelmesine kadarki süre içinde kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına sahip olduğu biçiminde yorumlanması yerinde olur⁴⁸.

Kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçi bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce yazılı olarak işverene bildirimde bulunmalıdır (Kısmi Süreli Çalışma Yön. m. 8/3). Bildirimin yazılı yapılması şartı bir ispat şartıdır⁴⁹. İşveren işçinin talebini kabul etmek zorundadır, zira 4857 sayılı Kanunda işverene konuya ilişkin takdir hakkı tanınmamıştır.

Kısmi süreli çalışmaya ilişkin usul ve esaslar Yönetmelikte belirlenmiştir. Kısmi süreli çalışma Yönetmelikte, “İşçinin, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisine oranına kadar yaptığı çalışma” biçiminde tanımlanmıştır (Kısmi Süreli Çalışma Yön. m. 4/1, ç). Buna göre, işçinin işyerinde gördüğü işle aynı veya benzer nitelikteki iş için uygulanan haftalık çalışma süresinin üçte ikisine kadar olan süre, işçinin kısmi süreli haftalık çalışma süresini oluşturacaktır. İşçinin kısmi süreli çalışma talebine ilişkin başvurusunda, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmasının başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise tercih edilen iş günleri yer almalıdır (Kısmi Süreli Çalışma Yön. m. 9/1). Kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman ara-

47 Caniklioğlu, 119. Yazar, küçük işyerlerinin hükmün kapsamı dışında bırakılmasının isabetli olacağı kanaatinde.

48 Aynı yönde, Caniklioğlu, 127.

49 Ekonomi, 51.

lığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir (Kısmi Süreli Çalışma Yön. m. 15/1). Yönetmelikteki bu düzenlemeden, işçinin haftanın her günü ama günlük çalışma süresi içinde kısmi süreli bir çalışma yapabileceği veyahut haftanın sadece belirli günlerinde işe gelmeyi tercih edebileceği sonucu çıkmaktadır. İşveren de işçinin tercihlerini dikkate alarak, işçinin çalışacağı günleri ve günlük çalışma süresi içinde hangi saatler arasında çalışacağını o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebini dikkate alarak düzenleyecektir⁵⁰.

İşçinin kısmi çalışmaya geçme yönündeki talebini usulüne uygun olarak işverene iletmesi halinde, işverenin bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç bir ay içinde işçiyi kısmen çalıştırma şartlarına uygun olarak işe başlatması gerekir. Yönetmelikte, işverenin öncelikle isteğin karşılandığına yönelik yazılı bildirimde bulunması gerektiği (m. 11/2) ; süresi içinde bildirimde bulunmaması halinde ise işçinin istek bildiriminde belirtilen tarihte veya bu tarihi izleyen ilk iş gününde geçerlilik kazanacağı öngörülmüştür (m. 11/3).

Kısmi süreli çalışmaya geçen işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir (4857 sayılı K. m. 13/5). Maddede, aynı çocuk için tekrar kısmi süreli çalışmaya geçilemeyeceği öngörülmüş, işçinin başka bir çocuk için tekrar kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı ise saklı tutulmuştur⁵¹.

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı sadece 4857 sayılı Kanunda değil ayrıca 657 sayılı Kanunda da öngörülmüştür. 6663 sayılı Kanunun 10. maddesiyle 657 sayılı Kanuna eklenen düzenlemeye göre “*Doğum yapan memurlar doğum sonrası analık izninin veya 104 üncü maddenin (F) fıkrası uyarınca kullanılan iznin, eşi doğum yapan memurlar ise babalık izninin bitiminden, ilgili mevzuatı uyarınca çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar olan dönemde, ayrıca süt izni verilmeksizin haftalık çalışma saatlerinin normal çalışma süresinin yarısı olarak düzenlenmesini talep edebilirler. Bu kapsamda yarım zamanlı çalışmaya başlayan memur, aynı çocuk için bir daha bu haktan yararlanmamak kaydıyla başvuru tarihini izleyen ay başından geçerli olmak üzere normal zamanlı çalışmaya dönebilir. Bu fıkra hükmünden yararlanan memura, yarım zamanlı çalışmaya başladığı tarihi izleyen ay başından itibaren, mali haklar ile sosyal yardımlarına ilişkin her bir*

50 Caniklioğlu, işçinin hangi günlerde ve saat aralıklarında çalışacağına karar verme yetkisinin işverene verilmesinin isabetli olmadığı, bu durumun işçinin kısmi çalışmaya geçmesine engel olmak isteyen işverence kötüye kullanılabilmesi görüşündedir (130-131).

51 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, 156; Caniklioğlu, 134.

ödeme unsurunun yarısı esas alınarak ödeme yapılır. Bunların fiili çalışmaya bağlı ödemeleri hakkında ise ilgili mevzuat hükümleri uygulanmaya devam olunur. Derece yükselmesi ile kademe ilerlemesi için aranan süreler açısından bu şekilde çalışılan dönemdeki hizmet süreleri yarım olarak dikkate alınır. Bu kapsamdaki memurun çalışma saatleri ilgili kurum tarafından belirlenir. Bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinene memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de istekleri üzerine çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten veya 104 üncü maddenin (A) fıkrası uyarınca sekiz haftalık izin verilmesi ya da aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca izin kullanılması hâlinde bu izinlerin bitiminden itibaren bu fıkra hükümlerinden yararlanır.” (ek. m. 43). 4857 sayılı Kanunun 13. maddesine ilişkin açıklamalar, 657 sayılı Kanunda memur ve kamu görevlilerine ilişkin getirilen doğum sonrası yarım çalışma iznine ilişkin olarak da geçerlidir.

2. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Halinde Borçlanma

Sigortalının 4857 sayılı Kanunun 13. maddesi ya da 657 sayılı Kanunun ek 43. maddesi uyarınca kısmi süreli çalışmaya geçmesi halinde, tam süreli çalıştığı döneme göre haftalık çalışma süresindeki azalmaya bağlı olarak işveren tarafından ödenen sigorta primlerinde de azalma meydana gelecektir.

Konumuz bakımından değerlendirilmesi gereken, sigortalının kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanması hainde çalışmadığı sürelerle ilişkin olarak doğum borçlanması yapıp yapamayacağı hususudur. 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde doğum borçlanması yapılabilecek süreler, kanuni ücretsiz doğum ve analık izni süreleri ile doğum tarihinden sonraki iki yıllık süre olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar, 6663 sayılı Kanunla getirilen doğum sonrası kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin düzenleme ile doğum borçlanması kurumu arasında bağlantı kurulmamış olsa da doğum tarihinden sonraki iki yıllık süre içinde kadın sigortalıya hakkında uzun vadeli sigorta primi ödenmeyen süreler için borçlanma imkânı tanıyan düzenlemenin, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının kullanılması sebebiyle eksik ödenen uzun vadeli sigorta primi süreleri bakımından da uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi gereklidir. Buna göre, sigortalının ücretsiz doğum ve analık izni sürelerinin bitimi tarihinden itibaren kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanması halinde sürenin tamamı için olmasa da uzun vadeli sigorta kolları primi ödenmeyen süreler için doğum borçlanması yapma talebinde bulunabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

4857 sayılı Kanuna göre, doğum sonrası kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanan işçi, bu hakkını çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar kullanmaya devam edebilir. Ancak, doğum borçlanması yapılabilecek süreler doğum tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

lıdır. Özellikle kadın sigortalının kanuni analık izni süresinin ardından yarım çalışma izni ya da ücretsiz izin hakkını kullanması halinde, iki yıllık bu süre daha da kısılacaktır. Bu durumda, kadın işçi doğum tarihinden itibaren iki yıllık süreyle sınırlı olarak kısmi süreli çalışmaya geçtiği süreler için doğum borçlanması yapabilecek ancak doğum tarihinden sonraki iki yıllık süreyi aşan kısım için koşulları sağlamak kaydıyla ancak 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde öngörülmüş diğer borçlanma imkanlarından yararlanabilecektir.

657 sayılı Kanun kapsamında çalışan memur ve kamu görevlileri bakımından da kısmi süreli çalışma hakkından yararlanan süreler için doğum borçlanmasına ilişkin düzenleme kapsamında borçlanma yapma imkânı mevcuttur. Ancak yukarıda da açıkladığımız gibi doğum borçlanması yapılabilecek sürenin doğum tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı olması sebebiyle kalan sürenin borçlanılabilmesine yönelik olarak 6663 sayılı Kanunla düzenleme yapılmıştır. 6663 sayılı Kanunun 30. maddesiyle, 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, doğum veya evlat edinmeye bağlı olarak ilgili mevzuatına göre yarım zamanlı çalışma hakkından yararlanmaları nedeniyle mali hakları ile sosyal yardımları yarım ödenenlerin eksik çalışılan süreleri, kendilerinin ya da hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları hâlinde bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışanların 41 inci maddede belirtilen esaslara göre, haklarında mülga hükümleri de dâhil 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulananların ise müracaat ettikleri tarihteki emekli keseneğine esas aylık tutarına ilişkin tüm unsurlar üzerinden güncel katsayılar ile kesenek ve karşılık oranlarına göre hesaplanan borcu kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödemeleri şartıyla borçlanabilecekleri öngörülmüştür (5510 sayılı K. ek m. 11/2)⁵².

52 Paralel bir düzenlemeye 2013/11 sayılı Genelgede de yer verilmiştir. Genelgeye göre, "6663 sayılı Kanunun 10. maddesi ile 657 sayılı Kanuna eklenen "Doğum Sonrası Yarı Zamanlı Çalışma" başlıklı ek 43. madde uyarınca doğum yapan memurların doğum sonrası analık izninin veya 657 sayılı Kanunun 104. maddenin (F) fıkrası uyarınca kullanılan iznin, eşi doğum yapan memurların ise babalık izninin bitiminden, ilgili mevzuatı uyarınca çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar olan dönemde mali hakları ile sosyal yardımları yarım ödenmek ve bu döneme ilişkin fiili hizmet süreleri ile prim ödeme gün sayıları yarım olarak hesaplanmak suretiyle haftalık normal çalışma süresinin yarısı kadar çalışabileceklerdir. 657 sayılı Kanunun ek 43. maddesi uyarınca doğum veya evlat edinmeye bağlı olarak ilgili mevzuatına göre yarım zamanlı çalışan 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendine tabi sigortalıların, Kanuna 6663 sayılı Kanunun 30. maddesi ile eklenen ek 11. madde uyarınca 10.2.2016 tarihinden itibaren kendilerinin ya da hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları hâlinde fiili hizmet süreleri ile prim ödeme gün sayıları yarım

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı sadece kadın sigortalılara tanınmış bir hak olmayıp erkek sigortalı da kanundaki diğer şartları yerine getirmek kaydıyla bu haktan yararlanabilir. Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının erkek sigortalı tarafından kullanılmış olması halinde sigortalının doğum borçlanması yapması mümkün olmayacaktır. Ancak bu durumda, erkek sigortalı m. 4/1, (a) kapsamında sigortalı ise 41. maddenin birinci fıkrasının (i) bendi kapsamında; m. 4/1, (c) kapsamında sigortalı ise de geçici 11. madde kapsamında kısmi süreli çalıştığı süreler için borçlanma yapabilmesi, kısmi süreli çalışmaya geçiş sebebiyle uzun vadeli sigorta kolu primlerinin ödenmesi bakımından kadın ve erkek çalışanlar bakımından eşitlik sağlanmıştır.

SONUÇ

5510 sayılı Kanununun 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde kadın sigortalılara yönelik olarak doğum borçlanması yapma imkânı getirilmiştir. Önce 5754 daha sonra ile 6552 sayılı Kanunla değiştirilen hükme göre, kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4. 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 bulunmaları halinde borçlanma yapılabilecektir.

Analık izni süresi ile ücretsiz doğum izni süresi bakımından borçlanma süresi ve borçlanılacak doğum sayısı bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu durumda sigortalı kadın, üç çocukla sınırlı olmaksızın bu süreler için borçlanma yapabilecektir. 657 sayılı Kanunda analık izni süreleri “mazeret izni” başlığı altında ücretli izin olarak düzenlenmiş olduğundan kadın memur ve kamu görevlilerinin bu süreler için ayrıca borçlanma yapması mümkün değildir. 6663 sayılı Kanununun 22. maddesiyle 4857 sayılı Kanununun 74. maddesine eklenen düzenlemeyle doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü halinde doğum sonrası kullanılmayan analık izni sürelerinin babaya kullanılacağı öngörülmüştür. Ancak söz konusu düzenleme ile sosyal güvenlik hukuku alanında bağlantı kurulmamış ve erkek işçinin bu süreler için borçlanma yapabi-

olarak hesaplanan süreleri borçlandırılabilir.

Yarım zamanlı olarak geçen süreler 2008 yılı Ekim ayı başından sonra ilk defa 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışanların 41. maddede belirtilen esaslara göre, haklarında mülga hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulananların ise müracaat ettikleri tarihteki emekli keseneğine esas aylık tutarına ilişkin tüm unsurlar üzerinden güncel katsayılar ile kesenek ve karşılık oranlarına göre hesaplanacak olan borcun kendilerine veya hak sahiplerine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenmesi şartıyla fiili hizmet sürelerine eklenecektir.”

leceğine yönelik düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu düzenleme ile hizmet borçlanması kurumu arasında ilintinin kurulması ve bu süreler için erkek işçilere borçlanma yapma olanağı tanınması isabetli olacaktır.

Doğum tarihinden itibaren iki yıllık sürenin borçlanılabilmesi bakımından ise üç doğum sınırlaması getirilmiştir. Üç defadan fazla doğum yapan kadın sigortalı ise hangi doğumlar için borçlanma yapabileceği konusunda bir tercih hakkına sahiptir. Kadın sigortalıya tanınan ücretsiz doğum ve analık izni süreleri borçlanılabilecek bu iki yıllık sürenin içinde sayılacak ve bu süreler için borçlanma süresinin hesabına ayrıca ekleme yapılmayacaktır. Ancak, doğum öncesi sekiz haftalık süre iki yıllık süreye dahil kabul edilmemelidir.

6663 sayılı Kanunla doğum yapan kadın işçi ve memurlar ile üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen ebeveynlerden birine veya münferiden evlat edenlere talepleri halinde yarım çalışma izni imkânı getirilmiştir. 6663 sayılı Kanunda ayrıca bu süreler için kadın işçilere yarım çalışma ödeneği talep etme imkânı da getirilmiştir. Söz konusu ödenek dahilinde ayrıca kadınların çalışmadıkları ve haklarında uzun vadeli sigorta kolları primi ödenmemiş süreler için primlerin fondan ödenmesi öngörülmüştür. Ancak yarım çalışma ödeneğine hak kazanamayanlar bakımından doğum borçlanması yapıp yapılamayacağına ayrıca değerlendirilmesi gerekir. 5510 sayılı Kanununun 41. maddesinde, kadın sigortalının kanuni doğum ve analık izni süreleri için borçlanma yapabileceği öngörülmüştür. Her ne kadar, 6663 sayılı Kanunda kadın işçilere sağlanan doğum sonrası yarım çalışma izni ile doğum borçlanmasına ilişkin 5510 sayılı Kanun hükmü arasında bir ilişki kurulmuş olmasa da 5510 sayılı Kanununun 41. maddesindeki ücretsiz izin sürelerinin borçlanılabileceğine ilişkin mevcut hükmün, bir ücretsiz izin türü olan doğum sonrası yarım çalışma iznini de kapsadığını kabul etmek ve bu süreler için borçlanma yapılabileceği sonucuna ulaşmak yerinde olacaktır.

6663 sayılı Kanunda ayrıca çalışanlara yönelik olarak doğum sonrası kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı da tanınmıştır. Konumuz bakımından değerlendirilmesi gereken, sigortalının kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanması hainde çalışmadığı sürelerle ilişkin olarak doğum borçlanması yapıp yapılamayacağı hususudur. 5510 sayılı Kanununun 41. maddesinde doğum borçlanması yapılabilecek süreler, kanuni ücretsiz doğum ve analık izni süreleri ile doğum tarihinden sonraki iki yıllık süre olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar, 6663 sayılı Kanunla getirilen doğum sonrası kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin düzenleme ile doğum borçlanması kurumu arasında bağlantı kurulmamış olsa da doğum tarihinden sonraki iki yıllık süre içinde kadın sigortalıya hakkında uzun vadeli sigorta primi ödenmeyen süreler için borçlanma imkânı tanıyan düzenlemenin, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının kullanılma-

sı sebebiyle eksik ödenen uzun vadeli sigorta primi süreleri bakımından da uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Buna göre, sigortalının ücretsiz doğum ve analık izni sürelerinin bitimi tarihinden itibaren kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanması halinde sürenin tamamı için olmasa da uzun vadeli sigorta primi ödenmeyen süreler için doğum borçlanması yapma talebinde bulunabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Sonuç olarak, gebelik veya doğum sonrası çocuğun bakımı ve gelişimi ile ilgilenmesi sebebiyle çalışma hayatından uzak kalan ve bu sürelerde haklarında uzun vadeli sigorta kolları primi ödenmemiş olan kadınlara doğum borçlanması yapma olanağı tanımak gerçekten de olumlu bir gelişmedir. Ancak kadınların doğum sonrası çalışmalarına ilişkin yapılan düzenlemelerin dikkate alınarak doğum borçlanması kurumu ile ilintilerinin kurulması gerekmekte olup bu yönde bir Kanun değişikliği ihtiyacı muhakkaktır.

KAYNAKÇA

Caniklioğlu, Nurşen: “*Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği*”, Emegın Hukuku Kurultayı, TBB Yayınları, Ankara 27.05.2016.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016.

Çiftçi, Birgül: “Sanayileşme ve Kadın İşgücü”, İstihdam, Kadın İşgücü ve Yeni İş Kanunu Sempozyumu, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK), Muğla, 2003.

Ekonomi, Münir: “*Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları*”, Legal İSGHD, C. 14, S. 53, 2017.

Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016.

Ocak, Saim: “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle İşçilerin Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 3, S. 5, Haziran 2017.

Özer, Hatice Duygu: “*Doğum Borçlanması*”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C. II, İstanbul 2010.

Özkaraca, Ercüment: “*Doğum Borçlanması Karar İncelemesi*”, Legal İSGHD, C. 7, S. 26, İstanbul 2010.

Silkin, Sema: “*Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Kadın*”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 5-6, Ağustos-Kasım 2011.