

Utkan Araslı

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

Kimler “İtibari Hizmetten” Yararlanacak?**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

Esas No	: 2002/157
Karar Sayısı	: 2006/97
Karar Tarihi	: 4.10.2006
İtiraz Yoluna	
Başvuran	: Adana 1. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV. bendinde yer alan “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, ...” ibaresinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

1- OLAY

Davacının, çalıştığı işyerinin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin kapsamına girdiğinden bahisle itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesi istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçeye ilişkin bölümü şöyledir:

“... 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu Kanuna ek ve geçici maddeler eklenmesine dair kanunun 13. maddesinin çıkartılış amacı Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün maddeye ilişkin gerekçesinde sosyal güvenlik sistemlerinde itibari hizmet süresi ve fiili hizmet zammı gibi uygulamalara, vücudu yıpratıcı, dolayısıyla çalışma gücünü ve hayat süresini azaltıcı işyerlerinde çeşitli tehlikelere açık olarak çalışanlar için yer verilmektedir. Buhar, is, duman, kurum, toz, koku, asit, zehirli gaz, gürültü, sarsıntı ve radyoaktif ışın gibi ağır ve yıpratıcı çalışma şartlarına rağmen, bu şartlara açık birçok kuruluşun kurulması, çalıştırılması ve faaliyetini sürdürmesi ekonomik, kültürel, sosyal ve sağlık yönlerinden topluma katkıları sebebiyle zorunlu bulunmaktadır. Söz konusu ağır ve yıpratıcı işlerde fiziki, ruhi ve fizyolojik bakımlardan insan sağlığını olumsuz yönde etkileyen şartlar altında çalışanların tümünün, 2098 sayılı Kanunun ek 1. maddesinde unvan sayılmak suretiyle sınırlı olarak verilen itibari hizmet süresi hakkında yararlandırılmaları, “gerek Anayasamızın eşitlik ilkeleri ve gerekse sosyal güvenliğin temel prensiplerine uygun düşeceği için zorunlu görülmektedir” olarak

açıklanmasına rağmen madde metninde iş kolunda “Azotlu gübre ve şeker sanayinde” demek sureti ile sınırlamaya gidilerek anayasanın eşitlik ilkesine aykırılıkta bulunduğu düşünülmüştür. Zira Azotlu gübre ve şeker sanayinde çalışanların çalışma şartlarının sağlıklarına yaptığı olumsuz etki gözönüne alınarak onlara itibari hizmet süresinden yararlanma imkanı verirken, devamında sözkonusu olduğu gibi Tekstil sektöründe sağlık yönünden sakıncalı ortamlarda çalışan işçilere ya da petrokimya sanayii, deri işleme sektörü, boya imalatı sanayii gibi benzeri, kimyasal maddelerin kullanıldığı ve bu nedenle işçi sağlığının olumsuz etkilendiği sanayii kollarında ve hatta dönemin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının Meclis Genel Kurulundaki madde metni üzerindeki görüşmeler sırasında belirttiği gibi kanunun hazırlanması sırasında akla gelmeyen iş kol-

larında çalışan işçilerin böyle bir haktan yararlandırılması açıkça Anayasanın eşitliğe ilişkin 10. maddesine aykırıdır. Esasen teknolojideki sürekli değişimler, yeni üretim alanlarının ve tekniklerinin gelişmesi, üretimlerde yeni kimyasal maddeler kullanılmaya başlanması sebebiyle belirli sanayii kollarının belirlenerek bu sanayii kollarında çalışanların itibari hizmet süresinden yararlandırılıp diğerlerinin yararlandırılmaması halinde yürürlükteki kanun maddesinin gelişen teknoloji ve üretim teknikleri karşısında ihtiyaca cevap veremeyecek hale geleceği ve bu nedenle çalışanların kanunlar önündeki eşitliğini zedeleyeceği açıktır. Bu nedenle maddelerin düzenlenmesinde bu maddeden yararlanacak sigortalılar belirlenirken herhangi bir sanayii kolu belirtilemeksizin yalnızca fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar

denildikten sonra hizmetin geçtiği yerin nitelikleri belirtilerek Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir uygulamaya yönelik madde oluşturulabileceği düşüncesi ile ilgili yasa

maddesinin Anayasa Mahkemesince incelenerek madde metnindeki “Azotlu gübre ve şeker sanayinde” ibaresinin iptal edilerek kanun metninden çıkartılması yönünde karar verilmesi tekdirlerinize arz olunur.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 3395 sayılı yasa ile eklenen ve iptali istenilen ibareyi de içeren IV numaralı bendi şöyledir:

“506 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların, aşağıda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir.

Sigortalılar	Hizmetin geçtiği yer	Eklenecek süre
I—
II—
III—
— (Ek: 20/6/1987 - 3395/13 md.) Azotlu gübre ve şeker sanayii nde, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar.	<ul style="list-style-type: none"> • Çelik, demir ve tunç döküm, • Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde, • Patlayıcı maddeler yapılmasında, • Kaynak işlerinde çalışanlarda. 	90 gün

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasanın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Enis TUNGA ve Mehmet ERTEN'in katılmalarıyla 12.11.2002 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Başvuru kararında, itiraz konusu Yasa kuralı uyarınca “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde” çalışanların çalışma şartlarının sağlıklarına yaptığı olumsuz etki gözönüne alınarak onlara itibari hizmet süresinden yararlanma imkanı verilmesine karşın, diğer kimi sanayi kollarında sağlık yönünden sakıncalı ortamlarda çalışan işçilerin böyle bir haktan yararlandırılmamasının açıkça Anayasanın eşitliğe ilişkin 10. maddesine aykırı olduğu, bu nedenle “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde” ibaresinin iptaline karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, “yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu Yasa kuralı, Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi sigortalılardan, azotlu gübre ve şeker sanayiinde fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışan; ağır, tehlikeli, sağlığa zararlı çalışma koşulları altında işlerini görmekte olan ve kanun metninde yaptıkları işler belirtilen bir kısım sigortalılara itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı getirmektedir. Kanunun uygulamasında itibari hizmet sü-

resinden yararlanılabilmesi için sigortalının iki koşulu birlikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna göre, sigortalının azotlu gübre ve şeker sanayiinde, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışma koşulunu yerine getirmesi birinci şarttır. İkinci şart ise, sigortalının, belirtilen bu işkollarında yer alan ve Kanunda sayma suretiyle belirtilmiş olan bir kısım ağır, riskli, sağlığa zararlı işleri ifa etmesidir.

İtiraz konusu Yasa kuralının, ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerde çalışan kişilere itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı tanımak amacıyla kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi dalında da bu nitelikte işlerin görülmekte olduğu açıktır. Bu durumda, itibari hizmet süresinden yararlanabilecekler belirlenirken yapılan işin niteliğinin dikkate alınması, böylece hangi iş kolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin gereğidir.

İtibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektiren olgu sanayi kolları farklı da olsa belli ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerin yapılmasıdır. Bu nitelikteki işleri yapan kişilerin aynı durumda olmadıkları ileri sürülemez. Aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağından itiraz konusu Yasa kuralı Anayasa'nın eşitlik ilkesine yer veren 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı “Sosyal Sigortalar Kanunu”nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV numaralı bendinde yer alan “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, ...” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLU-ĞUYLA, 4.10.2006 gününde karar verildi.

AZLIK OYU

İtiraz konusu kural, yargı yerlerince farklı yorumlanmış ve bu nedenle iptal istemine konu olmuştur. Oysa kuralın, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun ilgili maddesi de gözetilerek yapılacak amaçsal yorumu, azotlu gübre ve şeker sanayii ile fabrika, atölye gibi yerleri ayrı ayrı iş alanları olarak değerlendirmeye olanaklıdır. Bu durumda Anayasal ilkelerle bir çelişme öne sürülmeyecek, kuralın yorumu yargısal gelişmelere bırakılacaktır.

Ancak, kararlar ulaşılan sonuç eşitlik ilkesinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, eylemli değil, hukuksal eşitliği amaçlar. Başka bir anlatımla, aynı durum ve konumda olan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek eşitlik ilkesinin gereğidir.

Kuralda ise, yasama organının değerlendirme alanı içinde, iş kolu ve bu iş kolunda yürütülen görev alanları belirlenerek hukuksal durumun çerçevesi çizilmiştir. Anayasal eşitlik ilkesi bu hukuksal durum içinde görülecek farklılıklarda söz konusu olabilir. Başka iş kolunun görev alanlarında çalışanlar ise ayrı hukuksal konumun süjeleridir.

Öte yandan, fiili hizmet süreleri, işyerlerinin tehlike dereceleri, o günkü veriler ve sosyo ekonomik koşullar gözetilerek belirlendiğinden; Anayasa Mahkemesi'nce sonuç olarak daha önce olumlu bulunan ve yıllardır uygulana gelen bir ilkenin, yeni yasal düzenlemenin 2007 yılından itibaren geçerli olacağı bir zaman diliminde eşitlik yönünden irdelenmesi, gündeme getireceği olguların özelliği ve denetimin sınırları bakımından anayasal uygunluk ilkesinin kapsamıyla tam bir örtüşme de sağlamayacaktır.

Bu nedenle karara karşıyım.

Üye

Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

1 - 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Kanunla eklenen

IV numaralı bendinde yer alan "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde" ibaresi sayın çoğunlukça Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Aynı kuralın iptali için evvelce yine Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin 2.5.1989 gün ve E.1988/51, K.1989/18 sayılı kararı ile kural Anayasa'ya aykırı görülmeyle itirazın REDDİNE karar verilmiştir.

Anılan kararın gerekçesinde "...Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da açıklandığı gibi, bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu hükmün Anayasa'nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi gerekir. Anayasa; itiraz konusu maddede sözü edilen sigortalıların 'itibari hizmet süresi'nden yararlanmalarını engelleyen bir kurala yer vermemiştir. Aksine, Anayasa'nın öngördüğü 'sosyal devlet' ilkesi ve bu ilkenin içerisinde yer alan 'sosyal güvenlik' kavramını, itibari hizmet türünden kurumların kabulünü zorunlu kılmaktadır... Anılan bent hükümlerinde Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların yer almaması, belli sigortalılara hak tanıyan ve özü bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmez. Kaldı ki, diğer sigortalıların bu haktan yararlanmaları doğrultusunda her zaman yeni düzenlemeler yapılabilir. Anayasa Mahkemesi'nden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilmeyeceğine göre; bir kısım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasa'ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu hüküm Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir..." (AMKD, Sayı:25, Ankara 2001, s.227-228) denilmektedir.

Anılan karara konu olayda da, itiraz mahkemesi, itiraz konusu kuralın kapsamının dar tutulması ve maddenin kabul ettiği sistem sonucu Milli Savunma Bakanlığı ve diğer iş kollarının

madde içerisinde yer almamasının yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı düştüğü savında bulunmuş; Anayasa Mahkemesi'nce, ortada eşitliğe aykırı bir durum görülmeyle, yukarıdaki gerekçe ile bu savlara katılmamış ve itirazın reddi yoluna gidilmiştir.

Söz konusu içtihadın değişmesini haklı kılabilecek, eşitlik ilkesinin uygulanmasını gerektirecek makul ve doyurucu hukuki nedenlerin dava konusu bakımından gerçekleşmediği kanısında olduğundan, öncelikle karara bu yönü itibarıyla katılmıyorum.

2 - Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci fıkrası "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." hükmünü taşımaktadır. Anılan fıkraya ilişkin gerekçe şu şekildedir:

"...

a)... Öyle haller vardır ki; bir hükmün iptali, uygulanması kanunen gerekmeyen bir başka hükmün uygulanmasını gerekli kılabilir. Örneğin: Kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali, ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Halbuki kanun koyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali millî iradeye ters düşeceğinden, eşitlik ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile hüküm verirken bu özelliklerin gözönünde bulundurulması zorunludur..."

Söz konusu Anayasa hükmü, öğretilerde pek çok tartışmaya yol açmıştır. Burada örnek teşkil etmek üzere, bu görüşlerden birkaçına yer verilecektir:

- "... Anayasa yapıcının bu kuralla 'ayrık kuralın' Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi durumunu, ulusal istence ters düşen bir olgu olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır... Gerçekte, ana kuralı iptal edebilen bir mahkemenin, ayrık hükmü iptal edememesini anlamak güçtür. Ayrıca, ayrık hükmün iptalinin ulusal istence ters düştüğü yolundaki görüş, Anayasal denetimi kabul eden bir sistemle bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesi kural koymaz. Kural koymak kuş-

kusuz yasamanın görevidir. Mahkeme ana kural, ayrık kural gibi bir ayırım yapmaz. Anayasal denetim sonucunda Anayasa'ya aykırı bulunduğu kuralı iptal eder... Anayasa Mahkemesi'nin her iptal kararı, kuşkusuz, yeni bir hukuksal durum doğurur ve yeni bir uygulamaya yol açar. Bu durum kural koymaktan çok, Anayasa'ya aykırılığı gidermek anlamına gelir. Benzetme yerinde olursa, bahçeyi ekmek ve yeşilendirmek yasamanın, ısırgan otlarını ayırmak Anayasa Mahkemesi'nin işidir... Dolayısıyla, iptal kararı ulusal istence aykırılık oluşturmaz. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bu kuralı bu biçimde anlamıştır..." Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, Ankara 1997, s.235-237)

- "...Aslında böyle bir hüküm gerek Anayasa yargısı gerekçe idari yargı açısından Anayasa'da bulunması gereksizdir. Tıpkı bir savcıya 'sakın gereksiz yere soruşturma açma, gereksiz yere cezalandırma ya da beraat isteme' anlamına gelir... Anayasa'da mevcut olan bu düzenleme mutlak ve kesin yorumlanırsa, Anayasa'nın temel ilkelerine aykırı düşen hükümleri dışındaki kuralları iptal etmemek gerekir. Bu nedenle, böyle bir düzenlemenin mevcut olması, Anayasa'ya uygunluk denetimi için gereksiz bir uyarı ve yersiz bir hatırlatmadan öteye bir 'engel' olamaz. Belki bir fren olarak fayda doğuracağı düşünülmüştür; ama iptal kararını önleyebilecek bir işlerliğe sahip değildir..." (Burhan KUZU, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990,s.199-205)

- "... Anayasa'nın 125. maddesine koşut olan bu kural, yeni bir uygulamaya yol açmak Mahkemenin görevi ya da emeli olmadığına göre, iptal kararı verilmesini engellemek düşünülmüş olamayacağından, açıkta, boşlukta durduğu, yinelenme, gereksiz söz (haşiv) olduğu da söylenebileceğinden bir uyarı (bir sınır, bir kısıtlama amacı güdülse de) olduğunu kabul zorunluluğu açıktır. İptal kararı, dava, inceleme-denetleme konusu kuralın ortadan kalkmasını gerektirmektedir. Böylece aykırılık giderilmekte, yürürlükteki durumun yerine, iptal edilen kuralın geçerli olmadığı yeni bir biçim doğmaktadır. Kararın doğal sonucu kendiliğinden 'yeni bir

durum'dur. Ama asla 'yeni bir kural' değildir, 'uygun durum'dur. Bu yeni durum, Anayasa Mahkemesi'ni 'yasakoyucu' kılmaz. Mahkeme, kararına bağlanarak sıfat değiştiremez, kazanamaz... Mahkemenin yasakoyucu gibi davrandığını yasal yönden saptamak olanağı bulunmadığı gibi, iptal kararı yeni bir kural, yeni bir uygulama, yeni bir düzenleme değildir... Kısıtlamanın amacı, Yasakoyucunun istencinden büsbütün ayrı, ama tümüyle ters bir yeni kural ya da metin biçiminde bir kararın oluşmasını önlemektir... Anayasa Mahkemesiyle ilgili kuralların güçlük değil, kolaylık vermesi gerekir. Yürütmeyi tümüyle elinde bulunduran yönetimin daha çok güçlendirilmesi yargının zayıflatılmasıyla sağlanmamalıdır..." (Yekta Güngör ÖZDEN, Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Anayasa Yargısı 2, Ankara 1986, s.73-81)

Anayasa Mahkemesi'nin de konuya ilişkin bazı kararlarında şu gerekçeyi ortaya koyduğu görülmektedir:

"...her iptal kararı yeni hukuksal bir sonuca neden olur. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin kendisini yasakoyucu yerine koyduğu anlamına gelmez. Yasama organı, iptal hükmüyle ortaya çıkan hukuksal yapıyı uygun bulunmazsa, kuşkusuz anayasal sınırlar içinde, yeni kural koyabilir ya da yürürlükteki kurallarda değişik yapabilir. Anayasa'nın 153. maddesi ile yasaklanan, yasakoyucu gibi davranarak kural konulmasıdır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimi işlevini yerine getirirken yasakoyucu yerine geçerek kural koyamaz ve yeni tür uygulamaya yol açacak nitelikte karar veremez. İptal kararının kaçınılmaz ve doğal sonucu olan yeni durum, yeni görünüm, yürürlükte kalan bölüme göre ya da yürürlükten kalkan kurala göre uygulama gerekliliği, yerine getirilmesi zorunlu bir işlemdir. Afla salıverme arasındaki hukuksal çizgiyi belirlemek, buna göre gereğini kararlaştırmak yasakoyucunun yerine geçmek değil, kendi yetki ve görevinin gereğini yerine getirmektir... Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı bulunduğu kuralı ya da bir aykırılık (istisna) hükmünü iptal etmesin-

de Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır..." (Anayasa Mahkemesi'nin 19.7.1991 tarih ve E.1991/17, K.1991/23; 8.10.1991 tarih ve E.1991/34, K.1991/34 sayılı kararları; AMKD, Sayı:27, Cilt:2, s.483-484; s.580-582)

Gerek yukarıda bazılarında yer verilen öğreti görüşleri, gerek Anayasa Mahkemesi'nin işaret edilen kararlarında temas edilen düşünce ve değerlendirmelere büyük ölçüde katılmakla beraber, ortada çözümü gereken önemli bir "Anayasal Sorun"un varlığı yadsınamaz. Anayasa'nın hiçbir hükmünün, diğerlerine nazaran üstünlük ya da önem önceliği olmadığı hukuki gerçeği karşısında; halen yürürlüğünü sürdüren ve üstelik gerekçesi de gayet açık bir Anayasa hükmünün, (Md.153/2) hiç kimse ya da organ tarafından "lüzumsuz", "gereksiz", "uyarıcı/hatırlatıcı nitelikte", "ihmal edilebilir", "dikkate alınmaması gerekir", "kimseyi bağlamaz", "bir anlam ifade etmez", "etki ve yaptırım gücü yok" vb. nitelemelere tâbi tutularak; beğenilmeyerek ya da görmezlikten gelinerek uygulanmaması/değerlendirme dışı bırakılması düşünülemez. Anayasakoyucu hiçbir Anayasa kuralını nedensiz ve gereksiz olarak yürürlüğe koymayacağı gibi, kimse tarafından dikkate alınmayacak mahiyette bir kural da öngörmez. Önemli olan, yorum makamının o kuralın ratio legis'ini (ruhunu) ortaya çıkarabilmesidir. Şu halde, Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'nın 153/2. maddesinin yorumunda, önüne gelen her somut olayın özelliğine göre, bu maddeye anlam ve içerik kazandırmalı, hangi iptal kararının "kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde" hükme sebebiyet vereceğinin analiz ve değerlendirmesini yapmalıdır.

Davanın somutunda, iptali istenen kuralın, bir başına Anayasa'ya aykırılığı sözkonusu değildir ve esasen böyle bir iddia da yoktur. İptal istemi, sadece "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde" bazı işkolları için yasakoyucu tarafından tanınan hizmetin, ülkede SSK'ya tabi tüm işyerlerinde, aynı işkolları içinde tanınması, yani "uygulama alanının genişletilmesi" amacıyla yapılmış ve sayın çoğunlukça da bu istem "eşitlik" ilkesi yönünden haklı görülerek, kuralın iptaline karar verilmiştir.

Diğer bir deyişle, sırf uygulama alanının genişletilmesi amacıyla, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen ve bir sosyal güvenlik atfeti mahiyetinde, önemli görülen iki-sanayi alanında belli işkollarında çalışan SSK'lılara tanınan ve bu mahiyeti itibarıyla de yasakoyucunun takdir alanı içerisinde bulunan bir düzenleme iptal edilmiş; böylelikle salt iptal kararıyla, yasakoyucunun iradesi dışında, yeni bir uygulamaya yol açılması ve aynı hizmetin geçtiği tüm işyeri ve işkollarında çalışanlara da itibari hizmet verilmesi gerekliliği sonucu doğmuştur. Anayasa'nın 153/2. maddesinin gerekçesinde açık biçimde örneklenmesine karşın, iptal kararıyla, istisna hükmünün iptaliyle, istisna asıl "kural" haline dönüşmüştür. Anılan maddenin ruhunun ise böyle bir sonucu amaçlamadığı çok açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptal kararına bu yönü itibarıyla de katılmıyorum.

3 - Çoğunluk kararının dayalı olduğu "eşitlik" gerekçesinin incelenme konusu kural bakımından uygulama alanının olmadığını değerlendirmekteyim. Çünkü, yukarıda isnat edildiği üzere, sonuçta iptalin asıl nedeni, yasadaki "düzenleme eksikliği" (eksik düzenleme)dir. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında, Anayasa'nın öngördüğü ve düzenlenmesini istediği hususlar dışında, yasadaki düzenleme eksikliğinin o Yasa'nın iptalini gerektiremeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, hazine avukatlarına verilen yol tazminatının öteki kamu kurumu avukatlarına verilmemesiyle ilgili davada, "Özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın, uygulamanın genişletilmesi amacıyla iptali isteminde bulunulmaz" yönündeki gerekçeyle, sözkonusu eksik düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

(Any.Mah.nin 24.11.1987 tarih ve E.1987/24, K:1987/32 sayılı kararı; AMKD, Sayı: 23, s.427. Bu konudaki diğer karar örnekleri için bkz. Aliefendioğlu, age., s.302-305)

Davanın somutunda, ortada eşitlik ilkesinin uygulaması bakımından, durumları özdeş olan iki kategori kişi/kişiler sözkonusu değildir. SSK'nun aktüeryal dengesi ve işkollarının özellikleri dikkate alınarak, yasakoyucu tarafından sadece iki alanda (azotlu gübre ve şeker sanayinde) belli çalışma sahalarda çalışan SSK'lılara itibari hizmet imkânı sağlanmıştır. Azotlu gübre ve şeker sanayinde kanunda sayılan çalışma sahalarda bilfiil istihdam edilenlerin hukuki konumu ile diğer sanayi kollarında benzer çalışma sahalarda istihdam edilenlerin hukuki konumu özdeş (aynı) sayılamaz Çünkü, bu hususun saptanması tamamen teknik ve ihtisası gerektiren bir değerlendirmeyi gerektirir. Yasakoyucu SSK'lılar yönünden bir sosyal güvenlik atfeti getirirken, önceliği sayılan sanayi kollarına vermiş olup, takdir yetkisini bu doğrultuda kullanmıştır. Bu bakımdan, henüz yasakoyucunun atfet imkânı tanımadığı diğer sanayi ve işkollarında benzer çalışma sahalarda çalışanların, azotlu gübre ve şeker sanayinde çalışanlarla kıyaslanarak, aralarında eşitsizlik olduğu yolunda ulaşılan sonuca katılmak mümkün değildir. Bu nedenle, kararın gerekçesine bu yönü itibarıyla de katılmıyorum.

4 - Yukarıda üç başlık altında gerekçesini açıkladığım nedenlere dayalı olarak, iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine ulaştığımdan; aksi düşünce ve gerekçelerle kuralın iptali yolundaki sayın çoğunluk kararına iştirak edemiyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

1. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'nin "itibari hizmetten" yararlanacaklar yönünden verdiği iptal kararı hukuk dünyamızda yeni tartışmalar ortaya çıkartmıştır.

Bunlardan ilki; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının dayandığı gerekçeler yönündendir.

Gerçekten, Anayasa Mahkemesi; iptal edilen

bendin de içerisinde yer aldığı yasal düzenlemeyi ilk defa 1989 yılında anayasal sosyal güvenlik, eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri açısından anayasal denetime tabi tutmuş ve "itibari hizmetten" yararlanan kimselerin gösterildiği bölümün tamamının Anayasa'ya uygun olduğunu, bir yasal düzenlemenin; salt, uygulama alanının genişletilmesi amacıyla

la iptalinin ileri sürülemeyeceğine karar vererek bu yöndeki istemi yerinde bulmamıştır.

Oysa; şimdi incelenen ikinci kararında, anayasal eşitlik ilkesini baz alarak, “itibari hizmetten” yararlananların kapsamını yeni bir sistem yaratacak şekilde genişletmiş, özde, Anayasa’ya aykırı olmayan bir düzenlemeyi Yasa kapsamının genişletilmesi amacıyla iptal etmiştir.

Böylece anayasal aykırılık denetimi yönünden önceki ilke ve kararlarından farklı bir durum ortaya çıkarmıştır. Tartışmaların odaklanacağı ilk nokta bu konuda olacaktır.

İkinci tartışma konusu, kimlerin “itibari hizmetten” yararlanacakları yönünden ortaya çıkan yeni ve soyut sisteme yönelik olacaktır. Yasa koyucu, “itibari hizmetten” yararlanacakları belirlerken “saymacı (=tadadi)” bir yöntem uygulamış, bu alanda çerçevesi belli, somut kurallar belirleyerek ortaya çıkacak uyumsuzlukları ve belirsizlikleri önemli ölçüde engellemiştir. İncelenen iptal kararı ise mevcut yasal sistemi ortadan kaldırmış, yeni ve çerçevesi yeterince belli olmayan bir durum ortaya çıkarmıştır.

Ortaya çıkan bu tablo karşısında, uygulama nasıl olacaktır? Hangi iş kollarında ve hangi sigortalılar bundan yararlanacaktır? Yasal düzenlemenin iptal kararından sonra aldığı yeni biçim üzerine, Kurum ve işveren nasıl bir uygulama yapacaktır, özellikle mahkemeler önlerine gelen uyumsuzlukları hangi esaslara göre çözecektir?

Bütün bu soruların cevabını bulabilmek ve bir çözüme ulaşabilmek açısından öncelikle “itibari hizmet” kavramını ortaya koymak, bu alanda yasal uygulama koşullarını belirlemek, giderek Anayasa Mahkemesi’nin ilk kararı ve dayandığı ilkelere yer vermek daha sonra Anayasa Mahkemesi’nin son kararı ile dayandığı gerekçeye gönderme yapmak suretiyle değerlendirme yapmak ve ortaya çıkan duruma göre bir çözüm göstermek yararlı olacaktır.

II. İTİBARİ HİZMET KAVRAMI

Sosyal güvenlik sistemlerinde, “itibari hizmet süresi” veya “fiili hizmet zammı” gibi kavramlara yer verildiği görülmektedir. Bu tür bir uygulama ile bazı yıpratıcı işlerde çalışanların fiili hizmet sürelerine ek veya ilave bir artırım öngörülmekte, bunlara daha erken emekliliği hak kazanmaları veya ma-

lullük, ölüm sigortaları ile emsallerine göre avantajlı durum yaratılmak istenmektedir.

Yapılan artırım, varsayımlı (farazi) bir çalışma süresi olduğundan, kavram “itibari hizmet süresi” veya “fiili hizmet zammı” olarak adlandırılmaktadır. Burada, gerçekten varolmayan fakat varsayılan bir sigortalılık süresi söz konusudur ve sigortalının eylemli çalışması, artırımlı (zamlı, ilaveli) olarak işlem görmektedir. Bu nedenle, itibari hizmet süresi ilgili olduğu yasaya özgüdür, düzenlendiği alanla sınırlıdır. Bunun sonucu bu sürenin, örneğin, kıdem tazminatında göz önünde tutulması olanaksızdır¹.

506 sayılı Yasa sistemine, “itibari hizmet” kavramı 11.08.1977 günlü, 2098 sayılı Yasa ile girmiştir. Daha sonra 20.06.1987 günlü 3395 sayılı Yasa bu hizmetten yararlananların kapsamını genişletmiş ve yeni sigortalı gruplarının bu sisteme girmelerini sağlamıştır. Gerçekten kimi sigortalılar çalıştıkları işlerden fizyolojik ve ruhi yönden etkilenmekte ve emsallerine göre daha erken çökme veya yaşlanmaya maruz kalmaktadırlar.

506 sayılı Yasa sisteminde “itibari hizmet”; yer altı maden işçileri ve inceleme konusu Ek 5. maddede gösterilen sigortalılar açısından olmak üzere iki yerde düzenlenmiştir. Maden işçileri yönünden kabul edilen yöntemde, sigortalıların primi ödenmiş fiili hizmet sürelerine belli gün ilave yapılması hükme bağlanmış, inceleme konusu sistemde ise, salt, sigortalılık süresinin belli oranda artırılması kabul edilmiştir. Bu nedenle her iki yasal düzenlemenin kabul ettiği yararlanma yöntemi farklıdır.

Bu arada hatırlatalım ki, “itibari hizmet” süresine ilişkin ilk uygulamalardan birisi de 3575 sayılı Yasa’nın 19. maddesinde yer almıştır. Kısa adı 1939 tarihli Askeri Fabrikalar Emekli ve Yardım Sandığı Kanunu’nun 19. maddesinde gösterildiği üzere, çelik, demir, pirinç dökümhanelerinde döküm işi ve haddehanelerde zehirli ve boğucu gaz kısmında, asit fabrikalarındaki asit işlerinde, barut ve patlayıcı madde ve bomba fabrikalarındaki patlayıcı madde işlerinde ve uçak fabrikaları emayit işlerinde ve gemilerde kazan içlerinin temizliği gibi, ağır ve yıpratıcı hizmetlerde çalışanların bu hizmetlerde geçen sürelerinin bir buçuk misli hesap edilmesi esas kabul edilmiştir.

Öte yandan, Emekli Sandığı’na tabi çalışanlar yönünden “itibari hizmet” süresine ilişkin düzenleme

mevcuttur. Bu Yasa'da; "fiili hizmet zammı" ve "itibari hizmet müddeti" olarak gösterilen sistemde, aynı kavram iki ayrı terimle açıklanmıştır. Yasa'nın 32. maddesinde gösterildiği üzere, Cumhuriyet Ordu kadrolarında muvazzaf, yedek, gedikli subaylarla askeri memurların, emniyet ve polis mesleklerinde bu meslek mensuplarının, lokomotif üzerinde çalışan lokomotif makinist ve ateşçilerinin ve Yasa'da gösterilen diğer iştirakçilerin yıllık hizmetlerine belli süreler ilave edilmesi kabul edilmiştir. Eklenen bu süreler Yasa'nın 33. maddesinde gösterildiği üzere "fiili hizmet müddeti zamları" olarak anılmıştır.

Sözü edilen Yasa, "itibari hizmet müddeti" kavramına da yer vermiş ve Emekli Sandığı Yasası'nın 36. maddesinde belirlendiği üzere, bir kısım iştirakçilerin belli koşullarda "fiili hizmet sürelerine" yukarıda gösterilen zamlar dışında her yıl için itibari hizmet süreleri ekleneceği kabul edilmiştir.

Öte yandan, "itibari hizmet" kavramı ile T.C. Emekli Sandığı Yasası'nda düzenlenen "fiili hizmet zammı" kavramı da birbirinden farklıdır. "Fiili hizmet zammı", primi ödenmiş süre olduktan başka, sigortalılık başlangıcını geriye götürmektedir². "İtibari hizmet" kurumundan yararlananlar, emsallerine göre daha ayrıcalıklı biçimde erken yaşta emekli olabildiğinden, bu kurumdan yararlanma yönünden hayli uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, bu hizmetten yararlanan kimselerin kapsamını genişletmek amacıyla konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne dahi getirilmiş ancak yukarıda gösterildiği biçimde Yüksek Mahkeme salt, bu sistemden yararlananların kapsamının genişletilmesi amacıyla iptal kararı verilemeyeceğini belirlemiş ve yapılan başvuruyu Anayasa'ya uygun bulmamıştır.

III. İTİBARI HİZMETTEN YARARLANANLAR

İncelenen yasal sistemden yararlananlar, 2098 sayılı Yasada, 212 sayılı Yasa ile değişik basın mesleğinde çalışanlar hakkında düzenleme yapan 5953 sayılı Yasa kapsamındaki sigortalılar, basın müşavirleri, basın kartına sahip sigortalılar ile basın ve gazetecilik işyerlerinde İş Kanunu'na göre çalışan operatör, mürettep gibi sigortalıları kapsamına almış iken daha sonra 1987 yılında kabul edilen 3395 sayılı Yasa ile kapsam genişletilmiştir. Bu genişleme sonucu basın ve gazetecilik işyerlerinde çalışan kişiler niteliklerine bakılmaksızın sistemden yararlandırılmışlar-

Yasa koyucu itibari hizmetten yararlananları belirtirken, belli kriterleri esas almış ve somut bir şekilde bunların niteliklerini belirlemiştir.

dır. Ayrıca gemi adamları, gemi ateşçileri, kömürcü ve dalgıçları da sistem içerisine alınmış ve inceleme konusu azotlu gübre ve şeker sanayiinin, fabrika, atölye, havuz, depo ve trafo binalarında çalışanlar sistemden faydalandırılmışlardır.

Yasa koyucu itibari hizmetten yararlananları belirtirken, belli kriterleri esas almış ve somut bir şekilde bunların niteliklerini belirlemiştir.

Nitekim 2098 sayılı Yasa gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir : "...1.Basın mesleğinde fikren veya bedenen çalışan işçilerin çoğu, çok ağır ve yıpratıcı şartlar altındadır. Ağır işçiliği oluşturan unsurların başında yer alan:

- a) Zehirli ve kesif gazlı ortamda çalışma,
 - b) Fazla gürültü ve ihtisas yapıcı makine ve aletlerle yapılan çalışma,
 - c) Doğrudan doğruya yüksek hararete maruz bırakan çalışma,
 - ç) Günlük mesainin yarısından fazlası gece saat 20:00'den sonra geçen çalışma,
 - d) Tabii ışığın mevcut bulunmadığı yerlerde münhasıran suni ışık altında çalışma,
 - e) Hayati tehlikelere maruz bırakan zararlı maddelerin bulunduğu yerlerdeki çalışma,
- Objektif ölçüler olarak basın mesleğinde de vardır ve kullanılmaktadır.

2. Beden işçileri ile aynı çalışma temposuna uyum durumunda olan fikir işçileri için günün yirmidört saatini yaşayan bir günlük gazete ile birlikte olmak vecibesi de vardır.

Kontak anahtarını kapatan şoför, kazmasını bırakan işçi için dinlenme veya istirahate çekilme imkânı vardır. Fakat gazetenin fikir işçisi toplumunda düşündüğü, gördüğü, duyduğu için; sinemada, tiyatrodada, bir toplantıda hatta gece uykusunda bile iş başında sayılır, misafirlik ve konferans bile fikir işçisinin çalıştığı ortama dahildir.

Mesleğin bu sürekliliğine, durmazlığına mukabil bir de gerilimli tarafı vardır ki, fiziki ve ruhi çöküntülere sebep olduğu tıbbi deneylerle sabittir.

Basın mesleğinde ölüm yaşının tespiti amacını güden bir araştırma ile sabit olmuştur ki, basın mesleğinde çalışanların yaş ortalaması 44 yıl 8 aydır...Şu halde basın hayatı yıpratıcı ve öldürücüdür. Bu nedenle ve bilhassa bir çok devlet hizmetlerinde yıpranma tazminatının tatbik görmekte oluşu; çilekeş basın mensuplarına her yıl için 90 günlük itibari bir hakkın tanınmasını reddedilmez bir netice haline sokmuştur.³

Görüldüğü üzere sözü edilen 2098 sayılı Yasa "itibari hizmet" süresinden yararlananların kapsamını çok dar tutmuştur. Ancak aynı işkolunda çalışan bir kısım sigortalıların ağır ve yıpratıcı işlerde, fiziki, ruhi ve fizyolojik yönlerden insan sağlığını olumsuz yönden etkileyen şartlar altında çalışan bir kısım sigortalılar daha sonra yukarıda sözü edilen 3395 sayılı Yasa'nın 13. maddesi ile itibari hizmet kapsamına alınmışlar ve inceleme konusu azotlu gübre ve şeker sanayiinin belli bölümlerinde çalışanlar sisteme girmişlerdir⁴.

IV. İTİBARI HİZMETTEN YARARLANMA KOŞULLARI

Uygulamada kabul edildiği üzere, itibari hizmetten bir sigortalının yararlanabilmesi için yasal üç koşulun birlikte gerçekleşmesi zorunludur.

Koşullardan birisi, sistemden yararlanacak sigortalının Ek 5. maddenin sol tarafında gösterilen "sigortalılar"dan olması gerekmektedir. Buna göre saymacı bir yöntemle belirlenen ve belirli işkolunda gösterilen sigortalının ancak bu yasal sistemden yararlanması söz konusudur.

Yasa'dan yararlanabilme yönünden öngörülen ikinci koşul ise madde içeriğinde yer alan cetvelin sağ tarafında yer alan ve hizmetin geçtiği yer olarak gene tadadı bir şekilde gösterilen "işyeri" veya "çalışma koşullarına" ilişkindir. Uygulamada belirlendiği üzere her iki koşulun birlikte gerçekleşmesi yönünde halk sağlığı, fen bilimleri, kimya ve fizik alanlarında uzman kişilerin yer aldığı ve hukukçunun da görüşü alınmak suretiyle oluşturulacak heyetlerden yararlanılmakta ve çalışılan yer bizzat incelenmek suretiyle bir sonuca ulaşılmaktadır. Ancak tüm koşulları taşıyan sigortalı "itibari hizmetten" yararlanmaktadır.

Üçüncü koşul ise, "itibari hizmetten" ancak, belli süre sigortalılığa erişenlerin yararlanmasına ilişkindir.

V. YARARLANMA KAPSAMI

İtibari hizmetten yararlananların kazanacakları ek veya ilave sürelerin nasıl hesaplanacağı Yasa'ca ortaya konmuştur. Buna göre her tam yıl için 90 günlük bir ek süre tanınmaktadır. Kesirlerin hesaplanmasında tam yıl 360 gün olarak alınır. Fiilen çalışılmış güne eklenecek itibari hizmet gün sayısının bulunmasında; (çalışılan gün sayısı x 0.25) formülü uygulanmaktadır.

Bu formüle göre 20 tam yıl çalışan bir sigortalı beş yıllık bir ek süre kazanmaktadır. Öte yandan 4447 sayılı Yasa ile 506 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 39. maddeye göre, sigortalılık süresine eklenen "itibari hizmet süresi" beş yıldan fazla olamayacaktır.

Bu arada ilave edelim ki; itibari hizmet süresinin ayrıca prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilmesi gerekeceği yolundaki görüş ve içtihat Y.İ.B.B.G.K. Kararında yerinde bulunmamış ve sözü edilen ek hizmetin salt, sigortalılık süresine ekleneceği görüşü kabul edilmiştir⁵.

VI. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYA İLİŞKİN 02.05.1989 GÜNLÜ 1988/51 E., 1989/18 K. SAYILI İLK KARARI

İtibari hizmetten yararlananların genişletilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne ilk başvuru 1988 yılında Ankara 1. İş Mahkemesi'nce yapılmıştır.

Bu başvuru ile Ek 5. maddede yer alan cetvelin sol tarafında bulunan ve "itibari hizmetten" yararlanan sigortalıları belirleyen II., III. ve IV. bentlerinin Anayasa'nın sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu, maddede yer alan azotlu gübre sanayiinde çalışanlarla daha ağır ve elverişsiz koşullarda çalışanlar arasında ayırım yapıldığı, mahkemenin bakmakta olduğu davada, Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı harb-iş kolunda çalışan bir kimsenin itibari hizmetten yoksun olduğu ve bu durumun anayasal ilkelere uygun düşmediği, sonuçta bu yasal sistemin iptal edilmesi gerekeceği ileri sürülmüş ve açıkça yasanın uygulama alanının genişletilmesi istenmiştir.

Başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi aynen şu ilkelere yer vermiş ve istemi yerinde bulmamıştır:

"...Davacı vekili; Anayasaya aykırılık savının gerekçelerini şu noktalarda toplamaktadır: Müvekkilinin, Milli Savunma Bakanlığına bağlı işyerinde çalış-

tığını, bu işyerinin niteliği ve koşulları bakımından itiraz konusu kuralda öngörülen ve “itibari hizmet” süresinden yararlanma olanağı veren işyerlerinden farklı olmadığını, ancak, Milli Savunma Bakanlığına bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların itiraz konusu madde kapsamında yer almamaları nedeniyle bu madde ile tanınan olanaktan yararlanamadıklarını, itiraz konusu kural uyarınca; itibari hizmet süresinden yararlanabilmek için iki ayrı koşulun birlikte gerçekleşmesinin gerektiğini, buna göre, madde kapsamında açıkça gösterilen ve sayılan sigortalılardan olmak yanında, görülen işin de madde metninde belirtilen işyerinde yapılması gerektiğini, başka bir anlamla hem işkolu hem de işyeri koşulunun birlikte gerçekleşmesinin zorunlu olduğunu, bu durumun ise davacı gibi işyeri koşulu uymasına karşın, madde metninde belirtilmeyen işkollarında çalışan sigortalılar aleyhine bir durum yarattığını ve bunların itibari hizmet süresinden yararlanamadıklarını, böylece, aynı tür işi görenler arasında eşitsizlik yaratıldığını, oysa, itiraz konusu madde düzenlemesinde öngörülen ve itibari hizmet süresinden yararlanabilmek için iki koşulu birlikte arayan sistem yerine, sadece işyeri koşulunu zorunlu kılan sistemin kabulü durumunda, bu eşitsizliğin ortadan kalkacağını, müvekkili davacı sigortalı gibi aynı durumda olanların belirtilen haktan yararlanma olanağının doğacağını, bunun için de Anayasa Mahkemesi’nin; itiraz konusu kuralda yer alan ve işkolunu veya “sigortalılar”ı gösteren ibareleri iptal etmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Davacı vekili, açıkça, itiraz konusu kuralın kapsamının genişletilmesini ve bunun sonucu olarak, müvekkilinin “itibari hizmet süresi” hakkından yararlanmasını amaçlamaktadır. Davacı vekili ile aynı görüşü paylaşan mahkeme; itiraz konusu kuralın getirdiği düzenlemeden yararlananların, salt bu durumlarının, Anayasaya veya sosyal güvenlik sistemine aykırılık yarattığını ileri sürmemişler, sadece itiraz konusu madde kapsamının dar tutulması ve maddenin kabul ettiği sistem sonucu Milli Savunma Bakanlığı ve diğer işkollarının madde içinde yer almamasının yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu savında bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi’nin daha önceki kararlarında açıklandığı gibi, bir yasa hükmünün, Anayasa’ya aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu hükmün Anayasanın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi gerekir. Anayasa; itiraz konusu

maddede sözü edilen sigortalıların, “itibari hizmet” süresinden yararlanmalarını engelleyen bir kurala yer vermemiştir. Aksine, Anayasa’nın öngördüğü sosyal devlet ilkesi ve bu ilkenin içerisinde yer alan sosyal güvenlik kavramı itibari hizmet türünden kurumların kabulünü zorunlu kılmaktadır.

İtibari hizmet süresi kavramının yasalarda kabul edilmesini açıklayan yasa gerekçelerinde de gösterdiği üzere; beden yıpratıcı, çalışma gücünü ve yaşam süresini azaltıcı işyerlerinde çeşitli tehlikelere açık olarak çalışanlar için, itibari hizmet ve fiili hizmet zammı gibi uygulamalara sosyal güvenlik sistemlerinde yer verilmektedir.

...Milli Savunma Bakanlığına bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların anılan bend hükümlerinde yer almaması, belli sigortalılara hak tanıyan ve özü bakımından Anayasaya aykırı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmez. Kaldı ki, diğer sigortalıların bu haktan yararlanmaları doğrultusunda her zaman yeni düzenlemeler yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi’nden, ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde, Anayasaya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceğine göre; bir kısım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasaya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu hükmün Anayasaya aykırılığı görülmemiştir.”

VII. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN AYNI KONUYA İLİŞKİN İNCELEME KONUSU 2006/97 K. SAYILI İKİNCİ KARARI

Anayasa Mahkemesi ikinci kez önüne getirilen Anayasa’ya aykırılık istemini bu kerre yerinde bulmuş ve itibari hizmetten yararlananların gösterildiği ve çizelgenin sol tarafından dördüncü bentte yer alan “azotlu gübre ve şeker sanayiinde” sözcüklerini; anayasal eşitlik ilkesine dayanarak iptal etmiştir.

Yüksek Mahkeme iptal kararını verirken aynen şu görüşlere yer vermiştir:

“İtiraz konusu yasa kuralının, ağır, riskli ve sağlı-

ğa zararlı işlerde çalışan kişilere itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı tanımak amacıyla kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi-i dalında da bu nitelikli işlerin öngörülmekte olduğu açıktır. Bu durumda, itibari hizmet süresinden yararlanabilecekler belirlenirken yapılan işin niteliğinin dikkate alınması, böylece hangi işkolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin gereğidir.

İtibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektiren olgu sanayi kolları farklı da olsa belli ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerin yapılmasıdır. Bu nitelik-

tinmiş; “ağır, riskli ve sağlığa zararlı” işleri gören tüm sigortalıların itibari hizmet olanağından yararlanması gerektiğini kabul etmiştir.

Böylece “itibari hizmet” kavramı yasa koyucunun gerek amaç ve gerekse kapsam yönünden öngörmediği, koşulları değişik tamamen farklı bir boyuta ulaşmıştır.

Bu tür bir iptal kararı ise, Anayasa Mahkemesi'nin daha evvel bu alanda kabul ettiği ilke ve esaslardan tamamen farklı olmuştur. Anayasa Mahkemesi yukarıda birinci kararda ve daha sonra başka kararlarında açıkça öngördüğü üzere, bir yasal düzenlemenin eşitlik ilkesine dayanarak iptal kararı verilebilmesi için iki temel unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekeceğini kabul etmiştir. Bu ilkeler şöylece belirlenebilir:

“İtibari hizmet” kavramı yasa koyucunun gerek amaç ve gerekse kapsam yönünden öngörmediği, koşulları değişik, tamamen farklı bir boyuta ulaşmıştır.

teki işleri yapan kişilerin aynı durumda olmadıkları sürülemez. Aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağından itiraz konusu yasa kuralı Anayasa'nın eşitlik ilkesine yer veren 10. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.”

VIII. İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Gerçekten, iptal kararı sonucu madde yeni bir boyut kazanmıştır. İtibari hizmetten yararlanma yönünden yasa koyucunun öngördüğü ve temelde iki ana koşula dayalı yöntem iptal edilmiş, yerine yeni bir sistem konulmak istenmiştir.

Yukarıda gösterildiği üzere; itibari hizmet kapsamı olabildiğince dar tutulmuş ve kimlerin hangi koşullarda bu imkândan yararlanmaları gerekeceği somut biçimde ortaya konmuştur. Buna göre, bir sigortalının bu imkândan yararlanabilmesi için belli bir işkolunda çalışması ve gene bu işkolunda görülen işin Yasa'nın açıkça ortaya koyduğu insan sağlığına aykırı olumsuz koşullarda gerçekleşmesi gerekmektedir.

Oysa iptal kararı işkolu koşulunu kaldırdıktan başka ikinci koşul için genel bir tanımlama ile ye-

1. İptali istenilen yasal düzenleme özde ve metin olarak doğrudan anayasal ilke ve esaslara aykırı olmalıdır.

2. Salt, bir yasal düzenlemenin; uygulama alanının genişletilmesi amacıyla Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz, Yasa'nın uygulama alanının genişletilmesi ve bu alanda yeni düzenleme yapılması yasa koyucunun takdir ve görev alanına girer.

Belirtilen bu iki temel ilke Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen ve incelenen Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.1989 günlü kararından başka kimi kararlarında da açıkça ortaya konulmuştur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, gecikme faizi kavram ve kapsamının eşitlik ilkesi nedeniyle Anayasa'ya aykırılığı iddiasını incelerken; itirazcı mahkemenin Devlet'e tanınan faiz imkanının, karşı tarafa da tanınması gerekeceği yolundaki aykırılık itirazını reddederken aynen şu ilkelere yer vermiştir:

“2. Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme:

İtirazın gerekçesi açıklanırken de belirtilmiş olduğu üzere, itiraz yoluna başvuran mahkeme, itiraz konusu kuralın, ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhlarda yükümlülerce faiz ödenmesini kabul ettiğini, buna karşılık, devleti hatalı biçimde veya yanlışlıkla tahsil ettiği vergileri iade ederken bu tür bir fa-

iz ödemekle yükümlü tutmadığını ve böylece devlet yararına ayrıcalık doğurduğunu iddia etmiştir.

Öncelikle belirtilmesi gereken nokta, bu tür bir gerekçe ile Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmanın mümkün olmadığıdır. Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında açıkça belirtilmiş olduğu üzere Anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için bu konunun Yasa Koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Bu bakımdan eksik düzenleme nedeniyle veya mevcut bir kuralın uygulama alanını genişletmek amacıyla anayasaya aykırılık iddiası öne sürülemez...Yasa koyucu dilediği zaman bu eksikliği giderebilir.

Öte yandan böyle bir eksik düzenlemenin eşitlik ilkesini zedelediğini ileri sürmek de mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi kararlarında tekrarlandığı üzere, Anayasada öngörülen eşitlik, "yasa önünde eşitlik" olup, herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, "eşitlerin eşitliği" anlamındadır. Farklı durumda olanlara yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani "eşit olmayanların eşitsizliği", eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz⁷.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin ortaya konan bu ilkeleri hazine avukatlarına tanınan kimi hakların, öteki kamu avukatlarına tanınması amacıyla hazine avukatlarına tanınan hakların iptali istemine karşı yapılan incelemede Yüksek Mahkeme şu sonuca varmıştır:

"Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da açıkladığı gibi, bir yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, bu hükmün metin olarak Anayasanın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi lazımdır...Hazine avukatlarına yol tazminatı ödenmesini öngören hükmün Anayasa ile uyum içerisinde bulunmayan bir yönü yoktur...Söz konusu hüküm, sorunun, öteki kamu avukatları yönünden de, sosyal, ekonomik ve hukuksal gereksinimleri bütünüyle karşılayacak biçimde yasal çözümlere kavuşturulmasını, bu amaca yönelik yasal düzenlemeler yapılmasını engelleyen bir ifade ve içerik taşımamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nden ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanında kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal

isteminde bulunulamayacağına göre; sonucu bakımından aynı işi ve işlemi yapan, aynı görev sorumluluğunu paylaşan kamu avukatları arasında farklı uygulamaya neden olduğu ileri sürülen itiraz konusu hükmün kamu avukatlarının önemli bir kesimine tanınan hakkı iptal kararı ile değil, öteki kesimlerine de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasa işlemleri ile düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntem ile giderilmesi Anayasaya daha uygun ve daha tutarlı bir tasarruf olacaktır⁸."

Bu örneklere ilave olarak Anayasa Mahkemesi'nin kamuoyunda "süper emeklilik" olarak tanımlanan ve en üst göstergeden aylık alanlara, borçlanma yolu ile aylıklarının % 300 oranında artırılmasını öngören yasal düzenlemeyi iptal ederken; düzenlemenin özü itibarıyla anayasal sosyal güvenlik ve sosyal sigortalar esasları ile eşitlik ilkesine aykırı düştüğü ve ayrımcılık yaptığını kabul etmiştir⁹.

Böylece denilebilir ki, Anayasa Mahkemesi'nin örnek olarak verilen ilke ve gerekçeleri ile son verdiği kararda dayanılan görüş birbirine uygun düşmemiştir.

IX. ORTAYA ÇIKAN DURUM VE SORUNUN ÇÖZÜMÜ

Yukarıda ortaya konulduğu üzere, itibari hizmetten yararlanacaklar yönünden ortaya soyut ve belirsiz denilebilecek bir yasal tablo çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı kimi sorunları birlikte getirmiştir. Uygulamanın nasıl olacağı, Kurum ve işverenlerin bu yasal düzenleme karşısında nasıl uygulama yapacakları, prim oranlarının ne düzeyde bulunacağı, giderek mahkemelerin itibari hizmetten yararlanma yönündeki uyuşmazlıkları hangi esaslara göre çözümleneceği sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hemen belirlemek gerekirse; kimi imtiyaz ve olanak sağlayan yasal düzenlemelerin olabildiğince açık ve somut kurallarla ortaya konması gerekir. Yasal çerçeve ve esasların açıklıkla gösterilmediği durumlar uygulamada büyük sorunlar ortaya çıkarır. İnceleme konusu sistemde olduğu gibi, Kurum aktüeryal dengesini ilgilendiren, gerçekte çok zor durumda bulunan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun olabildiğince erken emeklilik ortamı hazırlayan bu tür bir uygulamadan olumsuz etkilenmesi kaçınılmazdır.

Bir tarafta, erken emekliliğin önlenmesi yolunda yasal arayışlar içinde olan ve "yaş", "sigortalılık

süresi”, “prim gün sayısı” gibi yaşlılığa etken unsurlarda yeni düzenlemeler yapılırken, diğer taraftan sosyal sigortalar sisteminde sınırları belirsiz ve erken emeklilik yönünden önemli olanaklar sağlayan bir sistemin uygulamaya sokulması ortaya bir çelişki çıkaracaktır.

Yukarıda gösterildiği üzere iptal kararında ortaya konulan kıstaslar son derece geniş ve soyut kapsamlıdır. Bu tür bir ölçü tüm işkolları için geçerli olduğunda ortaya bir sistem değil, sistemsizlik çıkartacaktır. Gerçekten, iş hayatında her işkolunun kendine özgü tehlikesi ve insan sağlığı yönünden olumsuz yönleri bulunmaktadır.

Yasa koyucu itibari hizmetten yararlanmayı sadece belli işkollarına hasrederken uygulamayı göz önünde tutmuş ve yer altı maden işçileri ve yukarıda örnekleri gösterilen hizmetlere bu imkanı tanımıştır. Oysa gelinen bu son durumda uygulama tüm işkollarına hasredilecektir. Sendikalar Yasasının 60. maddesinde belirtilen 28 işkolu olduğu gözetilir ve bu işkolu içerisinde yer alan ve tüzükte belirlenen tüm işler gözetildiğinde uygulamanın hangi boyutlara ulaşacağı daha açık ortaya çıkar. Sistemden yararlananlar ile Anayasa Mahkemesi iptal kararı sonucu yararlanmaları gündeme gelebilecek işkollarının bünyesinde çalışanların karşılaştırılması durumunda çarpıcı sonuçlar ortaya çıkacaktır. T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yayımladığı, 2004 Yılı Çalışma Hayatı İstatistikleri kitabında gösterildiği üzere; sistemden yararlanan Şeker işkolunda çalışan işçi sayısı toplam 26.567 kişi, Basın-Yayın işkolunda çalışan işçi sayısı 42.859 kişi, Gemi işkolunda çalışanların sayısı 11.753 kişi, Gazetecilik işkolunda çalışanların sayısı ise 12.557 kişidir. Bunların tamamının da; işyeri ve çalışma koşulları itibariyle, sistem içerisine giremeyeceği göz önünde tutulursa, sistemden yararlananların sayısı, kabaca bir tahmin ile 50.000'i geçmeyecektir. Buna karşın sistemi, global biçimde tüm işkollarına açtığımızda, muhtemel yararlanacaklar arasında, sadece metal işkolunda 611.531 kişi bulunmaktadır¹⁰. Bu denli genişleyecek bir sistemi ise, hiçbir sosyal güvenlik kuruluşu karşılayamaz. Oysa yasa koyucu bu alanda düzenleme yaparken uygulamayı göz önünde bulundurmuş ve sistemi dar bir çerçeve içerisinde tutmuştur. Kuşkusuz yeni koşulların oluşması durumunda yasa koyucunun sistemi genişletebilmesi mümkündür.

Ancak böyle bir genişletmeye gerekli yasal evreler geçirildikten sonra gidilmesi gerekir.

Ortaya çıkan bu durum karşısında bir sonuca ulaşmak gerekirse; bu alanda yapılması gereken ilk iş, sorunun en kısa zamanda yasa koyucu tarafından yeniden ele alınması ve itibari hizmetten yararlanacakların Anayasa Mahkemesi gerekçesi de göz önünde tutularak ve somut verilere dayalı yeniden belirlenmesidir.

Ne var ki, yasal sürecin gecikebileceği ve devlet yaşamında devamlılığın asıl olduğu, bu alanda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların da çözümlenmesi gerekeceğinden sorun ister istemez yargıya taşınacaktır.

Böyle bir sorun ise hukuksal olduğu kadar kişi sağlığı ve fen alanını ilgilendirmektedir.

Mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda; kapsama alınmak istenen iş için Yasa'nın temel amacı gözetilmeli ve insan sağlığı yönünden ne gibi olumsuz etkilerin çıkabileceği bilimsel yöntemlerle, konunun uzmanı kurullarca ve mutlak olarak işyerlerinde yapılacak uygulama, araştırma ve gözlemlerle ortaya koymaları gerekecektir. Özellikle 2098 sayılı Yasa gerekçesinde gösterilen türden uyuşmazlık konusu işin olağan iş türlerinden ayrılan yönleri saptanmalı ve Yasa'nın belirlediği kriterler açıkça vurgulanmalıdır.

Somut biçimde; insan ömrünü kısaltacak, insan sağlığına önemli ölçüde zarar verecek, fizyolojik ve ruhi çöküntüler belirlenmeden, sonuca gidilmemelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1985 Basım, sh.745.
- 2 Utkan Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt II, sh.1386.
- 3 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, S.Sayısı:471, sh.1-2.
- 4 T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 121. Birleşim, 20.06.1987 günlü, S.Sayısı 586, sh.4.
- 5 08.02.2000 günlü E:1997/1, K:2000/1 sayılı Y.İ.B.B.G.K.K.
- 6 A.Y.M.K.D. sayı 25, sh.226-227.
- 7 A.Y.M.K. 27.09.1988 günlü, E:1988/7, K:1988/27, A.Y.M.K.D. sayı 24, sh.420 ve 421.
- 8 A.Y.M.K. 24.11.1987 günlü, E:1987/24, K:1987/32, A.Y.M.K.D. sayı 23, sh.426-427.
- 9 A.Y.M.K. 26.10.1988 günlü, E:1988/19, K:1988/33, A.Y.M.K.D. sayı 24, sh.444 ve devamı.
- 10 T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Hayatı İstatistikleri, 2004, sh:119.