

SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU

KANUN NUMARASI

: 5510

KABUL TARİHİ

: 31/5/2006

YAYIMLANDIĞI RESMÎ GAZETE

: TARİH: 16/6/2006 SAYI: 26200

YAYIMLANDIĞI DÜSTUR

: TERTİP: 5 CİLT: 45



MADDE 40

PROF. DR. MAHMUT KABAKCI

FİİLÎ HİZMET SÜRESİ ZAMMI

MADDE 40- (Değişik: 17/4/2008-5754/25 md.)

(1) Aşağıda belirtilen işyerlerinde ve işlerde 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamında çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayılarına, bu işyerlerinde ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılarında gösterilen gün sayıları, fiilî hizmet süresi zammı olarak eklenir. 360 günden eksik sürelerle ait fiilî hizmet süresi zammı, 360 gün için eklenen fiilî hizmet süresi ile orantılı olarak belirlenir. Çalışmanın fiilî hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilebilmesi için, tablonun (13) ve (14) numaralı sıralarında belirtilen sigortalılar hariç sigortalının kapsamındaki işyerleri ile birlikte belirtilen işlerde fiilen çalışması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalması şarttır. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/42 md.) Tablonun (10) numaralı sırasında belirtilen sigortalıların, fiilî hizmet süresi zammından yararlandırılacakları dönem içinde kalan; yıllık ücretli izin, sıhhi izin, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri ile eğitim, kurs, iş öncesi ve sonrası hazırlık sürelerinde fiilen çalışma ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalma şartı aranmaz.

(2) Aşağıdaki bentlerden birden fazlasına dahil olanlar için, en yüksek olan bentten fiilî hizmet süresi zammı uygulanır.

Kapsamdaki İşler/İşyerleri	Kapsamdaki Sigortalılar	Eklenecek Gün Sayısı
4) Çimento fabrikaları	1) İlkel maddeleri kırma, ufalama, ezme, eleme ve karıştırma işlerinde çalışanlar. 2) Otomatik fırınlarda pişirme işlerinde çalışanlar. 3) Klinkeri öğütme, eleme, torba ve fiçılara koyma işlerinde (otomatik olarak tozun etrafa yayılmasını önleyici bir düzenleme yapılmadığı takdirde) çalışanlar.	60
5) Kok fabrikalarıyla termik santraller	1) Ateşçilik, ocak temizliği, jeneratör, doldurma, boşaltma ve temizleme işlerinde çalışanlar. 2) Kimyasal arıtma işlerinde çalışanlar. 3) Gazın geçtiği cihaz ve boruların onarılması ve temizlenmesi işlerinde çalışanlar. 4) Kok fabrikalarında kömür ve ocak işlerinde çalışanlar. 5) Elektrik enerji üretim santrallerinin kazan dairesindeki ateşçilik, kül ve kömürlerin taşınması işlerinde çalışanlar. 6) Termik santrallerle her çeşit buhar kazanlarının kazan dairesindeki ateşçilik, kül ve kömürlerin taşınması işlerinde çalışanlar.	60
6) Alüminyum fabrikaları	1) Alüminyum oksit üretimi işlerinde çalışanlar. 2) Alüminyum bronz hazırlama işlerinde çalışanlar. 3) Alüminyum madeni üretimi işlerinde çalışanlar.	60
7) Demir ve çelik fabrikaları	1) Demir izabe fabrikalarında cevherin demire çevrilmesi işleriyle boru fabrikalarının fırın ve döküm dairesinde yapılan işlerinde çalışanlar. 2) Çelikhanelerin çelik yapılan fırınlarıyla bunların teferuat ve eklentilerinden olan ikinci derecedeki fırınlarda ve konvertörlerde yapılan işlerinde çalışanlar. 3) Sıvı haldeki demir ve çeliğin tesisat ve teçhizatla veya mekanik olarak taşınmasına ilişkin işlerde çalışanlar. 4) Sıcak veya sıvı haldeki cürufun taşınması ve işlenmesi işlerinde çalışanlar. 5) Haddehanelerde (soğuk demirle çalışılan haddehaneler hariç), fırınlarda, hadde serilerinde, haddehaneyi kızgın veya sıvı çelik yahut demirle besleyen tesisat ve araçlarla görülen işlerle kızgın halde olan yarı mamul parçaların kesilmesi ve hazırlanması işlerinde çalışanlar.	90

Kapsamdaki İşler/İşyerleri	Kapsamdaki Sigortalılar	Eklenecek Gün Sayısı
8) Döküm fabrikaları	1) Döküm kalıp ve maçalarının yapılması ve döküme hazır duruma getirilmesi işlerinde çalışanlar. 2) Döküm şarjının hazırlanması ve her çeşit maden eritme (izabe) fırınlarının döküme hazır duruma getirilmesi işlerinde çalışanlar. 3) Maden eritme ve dökme işlerinde çalışanlar.	60
9) Asit üretimi yapan fabrika ve atölyeler	1) Asit için hammaddelerin hazırlanması işlerinde çalışanlar. 2) Asidin yapılma safhalarındaki işlerinde çalışanlar. 3) Baca gazlarından asit elde edilmesi işlerinde çalışanlar.	90
10) Yeraltı işleri	Maden ocakları (elementer cıva bulunduğu saptanan cıva maden ocakları hariç), kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altında yapılan işlerde çalışanlar.	180
11) Radyoaktif ve radyoaktif maddelerle yapılan işler	Doğal ve yapay radyoaktif, radyoaktif maddeler veya bütün diğer korpusküler emanasyon kaynakları ile yapılan işlerde çalışanlar.	90
12) Su altında veya su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işler	1) Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden 20- 35 metreye kadar derinlik veya 2-3,5 kg/cm ² basınçta yapılan işlerde çalışanlar. 2) Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden 35-40 (40 hariç) m. derinlik veya 3,5-4 (3,5 hariç) kg/cm ² basınçta yapılan işlerde çalışanlar. 3) Dalgıçlık işinde çalışanlar.	60 90
13) Türk Silâhlı Kuvvetlerinde,¹	Subay, yedek subay, astsubay, yedek astsubay, uzman jandarma, Jandarma Genel Komutanlığında ve uzman erbaşlar ve sözleşmeli erbaş ve erler. ⁽⁵⁷⁾² Sahil Güvenlik Komutanlığında ³	90

¹ 10/3/2011 tarihli ve 6191 sayılı Kanununun 10 uncu maddesiyle, bu sırada yer alan "ve uzman erbaşlar" ibaresi ", uzman erbaşlar ve sözleşmeli erbaş ve erler" şeklinde değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

² 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Kanununun 62 nci maddesiyle bu satıra "astsubay," ibaresinden sonra gelmek üzere "yedek astsubay," ibaresi eklenmiştir.

³ 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 37 nci maddesiyle, bu tablonun (13) numaralı sırasına "Türk Silâhlı Kuvvetlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere ", Jandarma Genel Komutanlığında ve Sahil Güvenlik Komutanlığında" ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanununun 33 üncü maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Kapsamdaki İşler/İşyerleri	Kapsamdaki Sigortahlar	Eklenecek Gün Sayısı
14) Emniyet ve polis mesleğinde, ⁴ Milli İstihbarat Teşkilâtında	Asaleti onaylanmış olmak şartıyla adaylıkta geçirilen süreler dahil polis memuru, başpolis memuru ve kıdemli başpolis memuru, komiser yardımcısı, komiser, başkomiser, emniyet amiri, emniyet müdürleri ile bu ve daha yukarı maaş ve derecelerdeki emniyet mensupları, Milli İstihbarat Teşkilâtı mensupları. ⁽⁶⁰⁾	90
15) İtfaiye veya yangın söndürme işleri	Yangın söndürme işlerinde çalışanlar.	60
16) ⁵ (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 25/12/2019 tarihli ve E.: 2019/62, K.: 2019/98 sayılı Kararı ile) (Yeniden düzenleme:11/11/2020-7256/32 md.) Basın ve Gazetecilik mesleğinde	9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'na göre basın kartı sahibi olmak suretiyle fiilen çalışanlar. ⁶	90
17) (Ek: 10/1/2013-6385/ 15 md.) Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu basın kartı sahibi olmak suretiyle;	Basın Kanunu'na göre Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda haber hizmetinde fiilen çalışanlar. ⁷	90
18) ⁸ (Ek: 10/1/2013-6385/ 15 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Cumhurbaşkanlığı	Yasama organı üyeleri ile Cumhurbaşkanlığı yardımcıları ve bakanlar.	90

⁴ Bu bentte yer alan "polis," ibaresi, 16/6/2010 tarihli ve 5997 sayılı Kanununun 6 ncı maddesiyle "polis memuru, başpolis memuru ve kıdemli başpolis memuru," olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

⁵ Bu bent Anayasa Mahkemesi'nin 25/12/2019 tarihli ve E.: 2019/62, K.: 2019/98 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

⁶ 13/10/2022 tarihli ve 7418 sayılı Kanununun 24 üncü maddesiyle bu sırada yer alan "14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine" ibaresi "9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununa" şeklinde değiştirilmiştir.

⁷ 13/10/2022 tarihli ve 7418 sayılı Kanununun 24 üncü maddesiyle bu sırada yer alan "Basın Kartı Yönetmeliğine" ibaresi "Basın Kanununa" şeklinde değiştirilmiştir.

⁸ 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 203 üncü maddesiyle (18) numaralı bentte yer alan "Türkiye Büyük Millet Meclisi" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile Cumhurbaş-

Kapsamdaki İşler/İşyerleri	Kapsamdaki Sigortalılar	Eklenecek Gün Sayısı
19) (Ek: 15/8/2017-KHK-694/153 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/148 md.) Ceza infaz kurumlarında	Ceza infaz kurumu müdürü, idare memuru, infaz ve koruma başmemuru, infaz ve koruma memuru unvanlı kadrolarda bulunanlar ile Adalet Bakanlığı taşra teşkilatına tahsisli kadro veya pozisyonlarda bulunup ceza infaz kurumlarında görev yapan ve ceza infaz kurumlarında hükümlü ve tutuklularla bilfiil irtibat içinde olan diğer görevliler,	90
20) (Ek: 26/7/2018-7146/11 md.) İnsan sağlığına ilişkin işler	11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Kanun, 25/2/1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu ve 18/12/1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun kapsamında sağlık meslek mensubu sayılan ve insan sağlığı için koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde çalışanlar.	60

(3) Bu maddenin birinci fıkrası hükmüne göre hesaplanan fiilî hizmet süresi zammı, yukarıdaki tablonun (13) ve (14) numaralı sırasında yer alan sigortalılar için sekiz, diğer sigortalılar için beş yılı geçmemek üzere uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında prim ödeme gün sayısına eklenir. Bu sürelerin, üç yılı geçmemek üzere; (18) numaralı sırasında bulunanlar için tamamı diğerleri için yarısı emeklilik yaş hadlerinden indirilir. Tablonun (10) numaralı sırasında yer alan sigortalılar için bu fıkradaki süre sınırı uygulanmaz.⁹

(4) Yukarıdaki fıkrada belirtilen yaş haddi indiriminden yararlanabilmek için ölüm ve malûliyet halleri ile (18) numaralı sırada bulunanlar hariç tablonun (10) numaralı sırasında yer alan sigortalıların en az 1800 gün, diğer sıralarda yer alan sigortalıların ise en az 3600 gün belirtilen işyeri ve işlerde çalışmış olmaları şarttır.¹⁰

(5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurumun önerisi üzerine Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir.

kanlığı” ibaresi eklenmiş ve “dışarıdan atanan” ibaresi “Cumhurbaşkanı yardımcıları ve” şeklinde değiştirilmiştir.

⁹ 10/1/2013 tarihli ve 6385 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “Bu sürelerin, üç yılı geçmemek üzere yarısı” ibaresi, “Bu sürelerin, üç yılı geçmemek üzere; (18) numaralı sırasında bulunanlar için tamamı diğerleri için yarısı” şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁰ 10/1/2013 tarihli ve 6385 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “malûliyet halleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile (18) numaralı sırada bulunanlar” ibaresi eklenmiştir.

İLGİLİ MEVZUAT: 5510 sK geçici m. 1, 4, 9; 506 sK ek m.5-6, 39; 5434 sK m. 31-34, ek m. 204; 2829 sK m. 7; Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulamasının Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

KAYNAKÇA

ARASLI, Utkan: “Kimler ‘İtibari Hizmetten’ Yararlanacak?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7, 2007, 127-140.

ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.

ASLANKÖYLÜ, Resul – KARAOĞLAN, Necip İlker: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar & Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Cilt II, Ankara 2023.

BAŞBUĞ, Aydın: Sosyal Güvenlik Sistemimizde Fiili Hizmet Süresi Zammı ve Uygulama Sorunları, Ankara 2017.

BAŞTERZİ, Fatma: Yaşlılık Sigortası, Ankara 2006.

CANİKLİOĞLU, Nurşen: “İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 8, Yıl: 2007, 127-139.

ÇAVUŞ, Ö. Hakan: “Sosyal Güvenlik Sisteminde Fiili (İtibari) Hizmet Süresi Zammı Düzenlemeleri ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları”, Çalışma ve Toplum, Cilt:1, Sayı: 44, 2015, 113-150.

ÇOPUROĞLU, Çağlar: “Karar İncelemesi: Fiili ve İtibari Hizmet Süresi Zammı”, Çalışma ve Toplum, Cilt: 2, Sayı: 77, Yıl: 2023, 1091-1222.

ERGİN, Hediye: “5510 Sayılı Kanun’da Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 15, Yıl: 2009, 183-192.

ESEN, Bünyamin: “Sosyal Güvenlik Hukukunda Fiili Hizmet Süresi Zammı ve Basın Çalışanları Yönünden Emekliliğe Etkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 37, Yıl: 2013, 111-133.

GÜZEL, Ali – OKUR, Ali Rıza -CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2021.

KAYIRGAN, Hasan: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası, Ankara 2021.

KORKUSUZ, M. Refik – UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015.

MILISITS, Carina: “Berücksichtigung von besonders belastenden Erwerbstatigkeiten in der Pensionsversicherung”, Dissertation, Universitaet Wien, 2010.

MUTLAY, Faruk Barış: Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, İstanbul 2014.

SÖZER, Ali Nazım: “İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1998, 1-9, <https://ceis.org.tr/wp-content/uploads/2021/05/1998mayis-1.pdf> (İtibari Hizmet).

SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul 2023.

SÜMER, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2023.

TUNCAY, A. Can – EKMEKÇİ, Ömer – GÜLVER, Ender: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2023.

UĞUR, Ömer: İş Sözleşmesiyle Çalışanlar Bakımından Yaşlılık Sigortası, İstanbul 2022.

UŞAN, M. Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009.

UŞAN, M. Fatih – ERDOĞAN, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2023.

ANLATIM PLANI

I. Düzenleme Konusu

II. Düzenleme Amacı

III. Mülga Mevzuatla Olan İlişki: Derhal Yürürlük

IV. Mülga Mevzuat

A) 1479 Sayılı Kanun

B) 506 Sayılı Kanun

1. Fiili hizmet süresi zammı

2. İtibari hizmet (sigortalılık) süresi

C) 5434 Sayılı Kanun

V. 5510 Sayılı Kanun Dönemi Gelişmeler

A) Anayasa Mahkemesinin İptaline Konu Olan Düzenleme

B) Kırkıncı Maddenin 01.10.2008'de Yürürlüğe Giren Hali

C) Kırkıncı Maddeye Yürürlüğünden Sonra Yapılan Eklemeler

D) Kırkıncı Maddenin Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Eleştirisi

VI. Örnek Yabancı Ülke Düzenlemeleri ve Olması Gereken Yaklaşım

VII. Fiili Hizmet Süresi Zammının Uygulanışı

A) Yararlanma şartları

1. Sigortalılık statüsü bakımından

2. Sigortalının belirli işyerlerinde belirli işi yapıyor olması ölçütü

a) Kapsamdaki işler/işyerlerine dair şartlar

b) İşyerinde seri ve sürekli üretim yapılması ve bir grup işçinin çalışması şartı

c) Riskin ve zararlı faktörlerin etkilerinin ortadan kaldırılması

d) Kapsamdaki işyeri ve işlerin tespiti usulü

3. Zammın ilgili işte fiilen çalışılan sürelerle sınırlı uygulanması

a) Genel kural

b) İstisnalar

B) Fiili hizmet süresi zammının sonuçları

1. Prim ödeme gün sayısı

2. Emeklilik yaşından indirim

AÇIKLAMA

I. Düzenleme Konusu

Sosyal sigorta denilince hemen herkesin aklına ilk gelen, yaşlılık döneminin güvencesi olarak emeklilik, doğru adı ile yaşlılık sigortasıdır. Yaşam deneyimlerine göre sigortalının malullüğü ve hak sahipleri açısından ölümü de hayatın yaşlılık dönemiyle ilgili görülür. Uzun vadeli sigortalar ortak adının çağrıştırdığı üzere malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının konusu, sigortalıların ilerleyen yaşlarda karşılaşmaları beklenen risklerdir. Sigortacı olarak Kurumun bu üç sosyal riskle ilgili görece uzun sürelerde edim sunması beklendir. Sosyal yönüne rağmen sosyal sigorta özünde sigorta tekniğine dayandığından, sigortalıların uzun vadeli sigortalarda edime hak kazanmaları, yasa da öngörülen sürelerde prim ödemiş, bu da belirli bir yaşa gelmiş olmalarını gerektirir.

Malullük ve ölüm sigortalarında edime hak kazanmak için belirleyici unsurlar sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısıdır. Yaşlılık sigortasında ise konusu gereği bu iki unsura yaş şartı eklenir. Sigortalıların malullük ve ölüm riskleriyle ileri yaşlarda karşılaşmaları, yaşam deneyimlerine göre bir öngörüdür, yoksa malullüğün ve ölümün ne zaman olacağını bilemeyiz. Bu iki sigorta kolunda belirli bir yaş şartı aranmaz. Kırkıncı maddede fiili hizmet süresi zammının prim ödeme gün sayısı dışında ikinci etkisi yaştan indirim için 5-10 yıllık çalışma süresi aranmamasının sadece yaşlılık sigortası kapsamında aranmasının nedeni de budur. Ancak malullük ve ölüm edimlerine hak kazanmak için aranan sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayıları, bu iki riskin her zaman ortaya çıkma ihtimali nedeniyle görece uzundur.

Yaşlılık kişiden kişiye değişebilen biyolojik açıdan göreceli bir kavramdır, kişinin hem bedeni hem de yaptığı iş, yaşadığı yer gibi yaşam koşullarıyla doğrudan ilgilidir¹¹. Konusu ve tekniği gereği bir sosyal sigorta kolu olarak yaşlılık sigortasında, tüm sigortalılar için genel geçer objektif koşullar uygulanır¹². Bu, çoğu durumda ülkenin demografik koşullarında ortalama ya-

¹¹ Bu konuda bkz. Uğur, 5 vd.

¹² Bkz. Uğur, 9-10.

şam sürelerine göre bir aktüeryal denge gözetilerek kadınlar ve erkekler için ayrı ayrı belirlenen bir yaştır. Ancak yaptıkları iş nedeniyle beden ve ruhen daha çok ve erken yıpranan, biyolojik açıdan mevzuattaki emeklilik yaşından daha önce yaşlanan sigortalılar dezavantajlı durumdadır. Sosyal devlet ilkesi bu dezavantajlı durumdaki sigortalıların özel durumlarının dikkate alınmasını, uzun vadeli sigortalarda edime hak kazanma koşullarını kolaylaştırıcı tedbirlerin alınmasını gerektirir.

5510 sayılı Kanunun burada incelenen fiili hizmet süresi zammı ile 49. maddede düzenlenen itibari hizmet süresi zammı, bu kolaylaştırıcı tedbirlerdendir¹³. Fiili hizmet süresi zammı ve mülga mevzuattaki benzeri hükümler, amaçları itibariyle uzun vadeli sigortalarda edimlere hak kazanmayı kolaylaştırıcı unsurdur; edime hak kazanma şartlarından (yaş, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı) en az biriyle ilgili sigortalı lehine sonuçları vardır.

Konusu itibariyle fiili hizmet süresi zammından sadece malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarına tabi çalışan sigortalılar yararlanır. Sadece kısa vadeli sigortalı kollarına tabi çalışanlar, bu uygulamadan yararlandırılmaz¹⁴. Fiili hizmet süresi zammının uzun vadeli sigorta kollarından edime hak kazanmayı kolaylaştırma amacı olmakla, zaten kendisine yaşlılık aylığı tahsis edildiği halde sosyal güvenlik destek primine tabi çalışmaya devam edenler de bu haktan yararlanamazlar¹⁵ (Yönetmelik m. 5/4).

İnceleme konumuz 40. madde beş fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkrada fiili hizmet süresi zammının konusu ile çalışmanın fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilebilmesi şartları açıklandıktan sonra, ikinci fıkrada fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki işlerde/işyerlerindeki çalışan hangi sigortalıların yararlanacakları gün sayıları tablo halinde düzenlenmiştir. Üçüncü ve dördüncü fıkralarda fiili hizmet süresi zammı kapsamında yararlanılabilecek azami prim ödeme gün sayısı ile emeklilik yaş haddinden indirim şartları açıklanmış, son fıkrada maddenin uygulamasına dair yönetmelik düzenlenmesi öngörülmüştür.

II. Düzenleme Amacı

Fiili hizmet süresi zammı malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarında, bu haktan yararlanan sigortalılar lehine edimlere hak kazanmayı kolaylaştırıcı bir unsurdur. Yargıtay HGK'nın şu tespitleri, fiili hizmet süresi zammının doğru anlaşılması bakımından önemlidir:

“Sosyal güvenlik sistemlerinde bazı yıpratıcı türden işlerde çalışan kişilerin sigortalılık sürelerine, onları yaşlılık aylığına kavuşma süresini kısaltarak ödüllendirme amacıyla farazi hizmet süreleri eklenmekte-

¹³ Ergin, 183; Çavuş, 114; Arıcı, 461.

¹⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 601; Ergin, 186; Çavuş, 132; Başbuğ, 102; Sözer, 424; Uğur, 358-359.

¹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 601; Ergin, 186; Çavuş, 132; Başbuğ, 102.

dir. Hizmet sürelerinin eklenmesiyle ağır, yıpratıcı ve tehlikeli işlerde çalışanların sigortalılık sürelerine fazladan belirli bir süre 'farazi sigortalılık süresi' olarak eklenmekte, bu suretle, daha erken emekliliğe hak kazanmaları veya malûllük, ölüm sigortalarında kendilerine benzerlerine göre daha avantajlı bir durum sağlanmaktadır. Burada, var olmayan fakat varsayılan bir sigortalılık süresi söz konusudur ve sigortalının eylemli çalışması artırılmış olarak işlem görmektedir. Bu anlamda 'itibari hizmet süresi' ilgili olduğu yasaya özgüdür ve düzenlendiği alanla sınırlıdır"¹⁶.

Yöntem olarak kolaylaştırma, kapsamdaki sigortalılar lehine edime hak kazanma koşullarının farklı belirlenmesi değil, maddede sayılan belirli nitelikteki sigortalı hizmetlere ilave süre ve/veya yaşta indirim suretiyle farazi bir etki tanınmasıdır¹⁷. Uzun vadeli sigortalarda edime hak kazanma şartları dikkate alındığında bu farazi etkinin üç yönden olması mümkündür: Birim sigortalılık süresinin veya prim ödeme gün sayısının daha uzun kabul edilmesi (örneğin bir yılın 360 gün değil, 450 gün sigortalılık süresi ve/veya prim ödeme gün sayısı kabul edilmesi) yahut fiili sigortalılık ve/veya prim ödeme süresine eklenen farazi sürenin tamamı ya da belirli bir kısmının emeklilik yaşından indirilmesi.

Yabancı ülkeler ve ülkemiz öğretisine bakıldığında, belirli sigortalılar için uzun vadeli sigortalarda edime hak kazanmada bir kolaylaştırmada, ağır ve yıpratıcı işlerde çalışmalarını nedeniyle çalışma güçleri azalan ve hayat süreleri kısalan sigortalılar lehine bir iyileştirme saiki vardır¹⁸. Bu surette ağır, yıpratıcı işlerle ilgili kabul edilecek böyle bir düzenlemenin amacı, kısalan yaşam süresi beklentisinin erken emeklilik imkânı ile dengelenmesidir. Burada erken emeklilik ile kasıt, bu kapsamdaki sigortalılar lehine farklı emeklilik şartlarının belirlenmesi değil, emeklilik için aranan şartların karşılanmasında bir kolaylaştırmadır.

Düzenleme iki amaca hizmet eder: Ağır ve tehlikeli işlerde çalışmayı özendirmek ve böyle işlerde çalışmaya bağlı olarak erken yıpranan kişilere erken dinlenme olanağı sağlamak¹⁹. Bu amaçlara ulaşmak için başvuru yöntem ise, ilgili sigortalılara farazi sigortalılık süreleri ve prim ödeme gün sayısı kazandırmaktır. Bu surette var olmayan ancak varsayılan bir farazi sigortalılık süresi ve farazi prim ödeme gün sayısı oluşturularak, bu kişiler diğer sigorta-

¹⁶ YHGK 16.04.2019 E. 2015/823 K. 2019/467.

¹⁷ Ergin, 183; Çopuroğlu, 1106.

¹⁸ Milisits, 35; Sözer, İtibari Hizmet, 2; Caniklioğlu, 127; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 600; Tuncay/Ekmeççi/Gülver, 506; Araslı, 134; Çopuroğlu, 1106; Arıcı, 461; Esen, 113; Korkusuz/Uğur, 366; Sümer, 222; Uşan, 213; Aslanköylü/Karaoğlu, 1066; Mutlay, 461-462; Kayırgan, 129; Uğur, 352-353.

¹⁹ 5510 sayılı Kanun öncesi dönemde benzer tespit için bkz. Sözer, İtibari Hizmet, 2; Caniklioğlu, 127. Ayrıca bkz. Başbuğ, 15.

lılara nazaran avantajlı duruma getirilmektedir. Burada avantaj daha erken emeklilik ve daha yüksek aylık alma sonucunu doğurmaktadır.

Sosyal sigorta mevzuatında bu kapsamda bir kolaylaştırma sağlanacak ağır, tehlikeli ve yıpratıcı işler hangileridir sorusunun yanıtlanması güçtür, bu konuda objektif ölçütlere ihtiyacın varlığı açıktır²⁰. Ülkemizde hem mülga mevzuata hem de 5510 sayılı Kanunun yürürlüğü ertesinde 40. maddede yapılan çok sayıda değişikliğe bakıldığında, belirli bir objektif ölçütün gözetilmediği, yararlanacak sigortalıların sosyal ve siyasi konjonktüre göre belirlendiği, adeta hangi meslek örgütünün güçlü lobisi varsa kapsama girdiği görülmektedir²¹.

III. Mülga Mevzuatla Olan İlişki: Derhal Yürürlük

Fiili hizmet süresi zammı hizmetin kendisine, konusu çalışmanın niteliğine ilişkindir. Yoksa hukuki etkisi, uzun vadeli sigortalarda bu kapsamdaki sigortalıların edime hak kazanma koşullarının farklı belirlenmesi değildir. Bu nedenle sigortalılık başlangıçları 5510 sayılı Kanun öncesi dönemde olan kazanılmış hak sahibi sigortalılar ile beklenen hak sahibi sigortalıların mallılık, yaşlılık ve ölüm sigortalarında hak kazanma koşulların mülga mevzuata göre belirlenmesi esası, fiili hizmet süresi zammı bakımından geçerli değildir. Sosyal sigortalar hukuku mevzuatında fiili hizmet süresi zammı ve benzeri diğer düzenlemeler hakkında, niteliği gereği derhal uygulanma ilkesi geçerlidir. Bunun anlamı, 5510 sayılı Kanun öncesi dönem sigortalılardan 506 ve 5434 sayılı Kanunlar kapsamında fiili/itibari hizmet süresi zammından yararlananların, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğü ertesinde bu zamlardan mülga mevzuat hükümleri çerçevesinde yararlanmaya devam etmeleri söz konusu değildir. “Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce; 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun mülga ek 5 inci maddesine göre itibari hizmet süresi, 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunun mülga 32 nci maddesine göre fiili hizmet süresi zammı kapsamında olup, Kanunun yürürlük tarihinden sonra 40 ıncı madde kapsamında bulunmayanlar fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmazlar” (Yönetmelik geçici m.1/1).

5510 sayılı Kanunun 40. maddesi, bu Kanundan önce sigortalı olanlar için de geçerlidir. Örneğin 506 sayılı Kanunun ek 5. maddesi kapsamında itibari hizmet süresinden yararlanan gemiadamları, 40. maddede fiili hizmet süresinden yararlanacak işler/işyerleri ve çalışanlar arasında sayılmamışlardır. Bunun anlamı 5510 sayılı Kanun döneminde gemilerde çalışanlar için uzun vadeli sigortalılarla ilgili sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı ile yaş bakımından bir kolaylaştırma söz konusu değildir²².

²⁰ Bilimsellikten uzak düşüncelerle kapsamın belirlenmesi halinde hem sigortalılar arasında ayrımcılık olacağı hem de Kurumun aktüeryal dengesi ve sistemin bütünlüğünün bozulacağı endişesi için bkz. Caniklioğlu, 127.

²¹ Benzer yönde bkz. Caniklioğlu, 127.

²² Benzer bir değerlendirme için bkz. Ergin, 186.

Mülga mevzuat döneminde fiili/itibari hizmet süresinden yararlananlardan 5510 sayılı Kanun döneminde fiili hizmet süresinden yararlanmaya ister devam ediyor olsun isterse olmasın, her dönem hizmetin hukuki etkilerinin o tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre değerlendirilmesi gerekir. Yönetmelik bu hususu “2008 yılı Ekim ayı başına kadar 506 sayılı Kanuna göre geçen itibari hizmet süreleri tabi olduğu kanun hükümlerine göre değerlendirilir” ve “2008 yılı Ekim ayı başına kadar 5434 sayılı Kanuna göre geçen fiili hizmet süresi zammı süreleri tabi olduğu kanun hükümlerine göre değerlendirilir” şeklinde vurgulamıştır. Örneğin 5510 sayılı Kanun döneminde fiili hizmet süresinden yararlananların, 506 sayılı Kanun dönemindeki itibari hizmet sürelerinin prim ödeme gün sayılarını arttırıcı bir yönü yoktur. Aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere 506 sayılı Kanun ek 5. madde, sadece sigortalılık süresini arttırır ve ek 39. madde uyarınca emeklilik yaşında bir indirim sağlar, yoksa sigortalının 5510 sayılı Kanun 40. maddesi uyarınca prim ödeme gün sayısı arttırdığından yararlanması, önceki dönem hizmetin niteliğin bir tahvili gerektirmez.

5510 sayılı Kanunun “506, 1479, 5434, 2925, 2926 sayılı kanunlara ilişkin ortak geçiş hükümleri” başlıklı geçici 7. maddesi, fiili/itibari hizmet süresi zamlarına ilişkin mülga mevzuatın uygulanışını düzenlemektedir. Buna göre mülga mevzuat dönemindeki “... sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, *fiili hizmet süresi zammı, itibari hizmet süreleri*, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları kanun hükümlerine göre değerlendirilir.

Kanunun yürürlük tarihinden önce ... 5434 sayılı Kanunun 32 nci maddesine göre fiili hizmet süresine müstehak görevlerde çalışanların bu görevlerde geçirdikleri süreler bu Kanunun 40 ıncı maddesi gereğince aranan 3600 günün doldurulmasında nazara alınır. 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesinde sayılan itibari hizmet süresi kapsamında yer alıp bu Kanunun 40 ıncı maddesinde sayılmayan işlerde bu Kanunun yürürlük tarihinden önce geçen çalışma sürelerinin bu maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesinde 3600 gün prim ödeme şartı aranmaz.

...

Kanunun yürürlük tarihinden önce 5434 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine göre itibari hizmet süresine müstehak kadro ve görevlerde bulunanlardan bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışmaya devam edenlerin itibari hizmet süreleri hakkında, bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki hükümlerinin uygulanmasına devam edilir”.

Bu geçiş hükmünün ayrıntıları Yönetmeliğin geçici geçici 1. ve 2. maddelerinde gösterilmiştir.

Mülga ve meri mevzuattaki fiili/itibari hizmet süresi zammı düzenlemelerinin beklenen hak sahibi sigortalıların 2829 sayılı Kanundaki esaslarda hizmet birleştirmesi suretiyle emekli olmaları durumunda nasıl uygulanma-

sı gerektiği belirsizdir²³. Örneğin 2829 sayılı Kanunun 8. Maddesine göre hizmet birleştirmesi sonucunda 506 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecek tahsis işlemlerinde, birleştirilen 5434 sayılı Kanuna tabi hizmetler için hak kazanılmış fiili hizmet süresi zammı nasıl uygulanacaktır? Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen emsal davada fiili hizmet süresi zammının sigortalılık başlangıç tarihinden geriye gidilmek suretiyle sigortalılık süresine eklenip eklenmeyeceği ve bu süre üzerinden belirlenecek yaş had-dinden de düşülüp düşülemeyeceği tartışılmıştır.

Davacı sigortalının 15.10.1989-14.11.2010 tarihlerinde 5434 sayılı Kanun ve 01.12.2010-31.05.2017 tarihlerinde de 5510 sayılı Kanun 4/1-a kapsamında hizmeti vardır. 2829 sayılı Kanunun 8. maddesine göre davacının yaş-lılık aylığı tahsis işlemlerinin 506 sayılı Kanun hükümlerine atıfta bulunan ilk derece mahkemesi, davacının sigortalılık başlangıcını 5434 sayılı Kanun m. 32 kapsamındaki 4 yıl 3 ay 15 gün fiili hizmet süresi zammı kadar geriye çekerek, bu başlangıç tarihi itibarıyla kademeli geçiş hükümlerine göre aylık tahsis koşullarını sağladığına karar vermiştir. Davalı Kurumun istinaf başvuru esastan reddedilmiş, temyiz incelemesinde Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bozma kararı vermiştir (19.04.2022, E. 2022/651 K.2022/5901).

Yargıtay 5434 sayılı Kanunun 32. maddesindeki fiili hizmet süresi zammının prim ödeme gün sayısına eklenmesi ile yaştan indirim (geçici m. 205) etkilerine karşın, 506 sayılı Kanundaki itibari hizmet süresinin prim ödeme gün sayısına değil 18.02.2000 tarih ve E. 1997/1 K. 2000/1 sayılı İBK'ya atıfla sigortalılık süresine eklenmesi ve yaştan indirim (ek m. 39) hükümlerini tespit ettikten sonra, hizmet birleştirmesi suretiyle dahi 5434 sayılı Kanun kapsamındaki fiili hizmet süresi zammının 506 sayılı Kanun ek m. 5'deki gibi sigortalılık süresine etki etmeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay'ın bu kararından, hizmet birleştirmesi kurumunda farklı kanunlar kapsamındaki sigortalı hizmet sürelerinin 2829 sayılı Kanunun 8. maddesine göre tahsis işlemlerinde dikkate alınacak Kanun hükümlerine tahvil edilemeyeceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır, ki bu bize göre de isabetlidir²⁴. Hizmet birleştirmesinin amacı ve birleştirme ertesinde 8. maddedeki esaslarda tah-

²³ Çopuroğlu, 1104 vd.

²⁴ Öğretide bu karar eleştirilmiştir, bkz. Çopuroğlu, 1191-1222. Yazara göre "506 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiş bulunan itibari hizmet kavramının, 5434 sayılı Kanunda düzenlenen fiili hizmet süresi zammı ile aynı olduğu gözetilerek, anılan zammın sigortalıya açıkça sağladığı prim ödeme gün sayısı avantajı ve emeklilik yaşının öne çekilmesi haklarına sahip olunacağı kabul edilmelidir". Buradaki, ortada fiili hizmet gibi prim ödeme gün sayısına dahil edilen bir süre varsa, sigortalılık başlangıcı bu süre kadar kendiliğinden geri çekilir kabulü isabetli değildir. Çünkü ortada farazi olmayan bir 'fiili hizmet' bulunmakla, bunun etkisi kanunda öngörülenlerle sınırlıdır, 5434 sayılı Kanuna göre bunlar da prim ödeme gün sayısı ve yaştan indirimdir. Sigortalılık başlangıcından önceki askerlik süresinin borçlanıldığı durumda, başlangıcın borçlanılan süre kadar geriye çekilmesi, inceleme konusu çekişme hakkında uygulanabilir nitelikte değildir, çünkü borçlanılan süre farazi değildir.

sis koşullarının belirli bir kanun/sigortalılık hükümlerine göre belirlenmesi, birleştirilmiş diğer bir kanuna tabi hizmetin geçmişe yönelik niteliğini değiştirmez.

2829 sayılı Kanuna göre birleştirmeye esas hizmet süresi, “kurumlara emeklilik keseneği veya malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödenmiş süreler”dir (m. 3). Yine “4 üncü maddede belirtilen hizmet süreleri toplamına; itibari hizmet süreleri ile prim ödenmemiş süreler katılmaz” (m. 7). 2829 sayılı Kanunda itibari hizmet süresinin tanımlanmamış olması bir eksiklik oluşturmaz çünkü birleştirmeye esas her hizmetin tabi olduğu kanunlarda (506 ve 5434) itibari hizmet süresi kendi kapsamı ile sınırlı olarak tanımlanmıştır. 506 sayılı Kanun ek m. 6 anlamında itibari hizmet süresinin sadece ve sadece sigortalılık süresiyle ilgili olduğu Yargıtay İBK kararı ile tartışmasızdır. 5434 sayılı Kanunun 32. maddesindeki fiili hizmet süresi zammı prim ödeme gün sayısına ve 35. maddesindeki itibari hizmet müddeti de aylık tahsis koşulları bakımından hiçbir surette dikkate alınmayan, tahsis durumunda aylıkların hesaplanmasıyla sınırlı olarak fiili hizmet (prim ödeme) süresine eklenmektedir.

Bu karara karşı ilk derece mahkemesi direnmişse de HGK, 20.09.2023 tarih ve E. 2023/10-499 K. 2023/835 sayılı kararında 10. Hukuk Dairesinin görüşüne katılmıştır.

Buraya kadar olan açıklamalardan mülga 506 ve 5434 sayılı Kanunların, 5510 sayılı Kanun öncesi dönemde fiili hizmet süresi zammından yararlanan sigortalılar hakkında dikkate alınması gerektiğinden, 40. maddenin incelenmesinden önce mülga mevzuatın genel hatları ile de olsa ele alınması gerekir. Mülga mevzuatın incelenmesi, fiili hizmet süresinden yararlanacakların kapsamına dair 40. maddenin ilk hali ile sonradan eklenenlerin yerindeliğiyle ilgili bir değerlendirmeye de katkı sağlayacaktır.

IV. Mülga Mevzuat

Mülga mevzuat ile 40. madde, kapsamındaki işyerleri/işler değil ancak sigortalı lehine sonuçları bakımından karşılaştırıldığında, emeklilik şartlarındaki değişimi yansıttığı görülür. Fiili hizmet süresi zammı ile kolaylaştırma uzun vadeli sigorta kollarına ve özellikle de emeklilik şartlarına ilişkin olmakla, yasal sistemde emeklilik için hangi unsurlar belirleyici ise kolaylaştırma da bu unsur hakkındadır.

506 sayılı Kanunda yaşlılık aylığı tahsis koşullarından en önemlisi sigortalılık süresi olduğundan (emeklilik için 5.000 prim ödeme gün sayısı (13 yıl 10 ay 20 gün) yeterli iken kadınlar için 20 ve erkekler için 25 yıl sigortalılık süresi gerekli idi), ek m. 5’de kapsamdaki çalışmalarda prim ödeme gün sayısında değil sigortalılık süresinde bir artırımı şaşırtıcı değildir. Daha sonra 1999’da 4447 sayılı Kanun ile emeklilikte yaş şartı aranmaya başlanınca (m. 60, ek m. 81), eş zamanlı kabul edilen ek m. 39’da ek m. 5-6 gereğince sigortalılık

süresine ilave edilen gün sayısına, beş yılı geçmemek üzere emeklilik yaş hadlerinden indirim etkisi verilmiştir. 5510 sayılı Kanun sisteminde emeklilik şartları arasında sigortalılık süresinin önemini kaybetmesine paralel olarak, 40. maddedeki fiili hizmet süresi zammının prim ödeme gün sayısını arttırmasının düzenlenmesi, kapsamdaki sigortalılar lehine emeklilik şartlarında kolaylaştırma amacıyla uyumludur.

A) 1479 Sayılı Kanun

İnceleme konumuz 40. maddede açıkça fiili hizmet süresi zammından 4a ve 4c sigortalılarının yararlanacağı, başka deyişle bağımlı çalışan sigortalıların yararlanamayacağı ifade edilmiştir. Bu açıdan primlerini kendisi ödeyen sigortalılar olarak bağımsız çalışan 4b sigortalıların fiili hizmet süresi zammından yararlanmaları mümkün değildir. Mülga mevzuata bakıldığında konuyla ilgili 506 ve 5434 sayılı kanunlarda hemen altta incelenen düzenlemeler varsa da 5510 sayılı Kanundaki yaklaşım ile benzer biçimde 1479 sayılı Kanunda da fiili hizmet süresi zammı ya da benzeri bir düzenleme bulunmamaktadır.

Sosyal sigortalar kamu hukukuna dahil olmakla, daha önce 1479 ve şimdi 4b sigortalıların fiili hizmet süresi zammından örtülü boşluk, kıyas gibi gerekçelerle yararlandırılması olanaklı değildir. Ancak Anayasadaki eşitlik ilkesi (m. 10) ile sosyal güvenlik hakkı (m. 60) gözetildiğinde, mevzuatımızda bağımsız çalışan sigortalıların fiili hizmet süresinden yararlandırılmaması isabetsizdir²⁵.

Sosyal sigorta sisteminde sigortalı olmak, primlere kaynak olabilecek gelir getirici bir çalışmanın varlığıyla ilişkilidir. Bu açıdan çalışmanın bağımlı ya da bağımsız olmasının bir önemi yoktur, yoksa farklı sigortalılık türleri olarak düzenlenmesi Kuruma karşı prim yükümlülüğü ile belirli sigorta dallarında çalışmanın niteliğinden kaynaklanan farklılığı gözetmek içindir. Uzun vadeli sigortalardaki riskler ve bunlarla ilgili sigorta edimleri bakımından bağımlı ve bağımsız çalışan sigortalılara farklı bakışı haklı gösteren bir neden bulunmamaktadır. Çünkü uzun vadeli riskler olarak malullük, yaşlılık ve ölümün bağımlı ve bağımsız çalışmayla ilişkili bir yönü yoktur, örneğin yaşlılık herkes için ortak gelecektir. Bağımsız çalışanların kendi işlerinde çalışıp primlerini kendilerinin ödüyor olmaları farklılaştırma için geçerli bir neden olamaz.

Anayasa Mahkemesinin 5510 sayılı Kanuna ilişkin iptal kararı ertesinde 40. maddeyi yeniden düzenleyen 5754 sayılı Kanunun "Kendi adına ve hesabına bağımsız olarak çalışanlarda fiili hizmet zammı uygulaması, sigortalının prim ödeme yükümlüsü kendisi olduğundan uygulama imkânı olmadığından kapsam dışında tutulmuştur" şeklindeki madde gerekçesinin kabulü mümkün değildir. Fiili hizmet süresi zammı kapsamdaki sigortalılar lehine

²⁵ Benzer yönde bkz. Mutlay, 465.

emekliliği kolaylaştırıcı bir yol olmakla, bunun ilgili ek prim yükünün bağımlı çalışan sigortalılar açısından nimet külfet dengesinde işverene yüklenmesi doğaldır. Sosyal sigorta tekniğinde sigortalılık açısından çıkış noktası, prim ödemesine dayanak gelir getirici bir faaliyetin varlığıdır. Bu açıdan kendi adına ve hesabına çalışan sigortalıların yaptıkları işlerin geliri başkalarına değil yine kendilerine geldiğine göre, normal primler dışında fiili hizmet süresi zammıyla ilgili ek prim yükünü karşılamaları bağımsız çalışmanın doğası gereğidir. Söz konusu madde gerekçesinin, iş kazası ve meslek hastalığıyla ilgili kısa vadeli sigorta priminin bağımsız çalışan sigortalının kendisi tarafından ödenmesiyle çeliştiğinin altını çizmek isteriz.

Tüm bu nedenlerle bağımlı ve bağımsız çalışan sigortalılar arasında haklar ve yükümlülükler açısından kısa vadeli sigorta kollarıyla ilgili yaklaşımın, uzun vadeli sigortalarda da geçerli olması gerekir. Kanun koyucun da kabulünde olduğu üzere nasıl ki iş kazası ve meslek hastalığı riski bağımlı, bağımsız tüm çalışanlar için ortak ise, fiili hizmet süresi zammının kabulüyle ilgili kaygılar ve amaçlar, bağımsız sigortalılar için aynen geçerlidir. Fiili hizmet süresi zammının ağır, yıpratıcı işlerde çalışmaları nedeniyle beden ve ruhen daha çok yıpranan, biyolojik açıdan erken yaşlanan sigortalıların diğer sigortalılara nazaran emekliliklerinin kolaylaştırılması amacı gözetildiğinde, çıkış noktası sigortalının yaptığı işin niteliğidir, yıpratıcılığıdır. Ağır ve yıpratıcı işlerde çalışmak bağımlı, 4a ve 4b sigortalılara özgü olmadığına, daha da önemlisi 40. maddede sayılan işlerde 4b sigortalılar da çalışabildiğine, beden ve ruhen daha çok yıpranabildiklerine göre, bağımsız sigortalıların fiili hizmet süresinden yararlandırılmamasının haklı bir mazereti olamaz. Hemen üstte de ifade edildiği üzere 4b sigortalıların primlerinin kendileri tarafından ödeniyor olması farklı bakışı gerektirmez, bağımlı sigortalılarda olduğu üzere fiili hizmet süresi zammı karşılığı ilave prim tahakkuku mümkündür. Bu nedenle bir kanun değişikliği ile 4b sigortalıların 40. maddenin kapsamına alınması önerilir.

B) 506 Sayılı Kanun

1. Fiili hizmet süresi zammı

Farklı ülkelerin fiili hizmet süresi zammıyla ilgili mevzuatına bakıldığında ülkelerin hepsinde ortak olan meslek grubu madencilerdir²⁶. Bu nedenle fiili hizmet süresi zammı konusunda 506 sayılı Kanunun ilk halindeki tek düzenlemenin maden işçileri hakkında olmasına şaşırılmamalıdır (m. 60/E): “Sosyal Güvenlik ve Çalışma Bakanlıklarınca tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı ve yeraltı münavebeli işlerinde en az 1800 gün çalışmış bulunan sigortalıların, bu işlerdeki prim ödeme gün sayıları toplamına dördte biri eklenir ve toplamı, bunların Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları primi ödeme gün sayısına eklenir”. Görüldüğü üzere maddede maden işçisi sigortalılar lehine

²⁶ Bkz. Çavuş, 115 vd.; Milisits, s. 20, 85 vd.

kabul edilen hak, teknik anlamda fiili hizmet süresi zammıdır, 5510 sayılı Kanununun 40. maddesi ile benzer şekilde bu sigortalıların prim ödeme gün sayılarında %25 oranında bir artış anlamına gelmektedir²⁷.

2. İtibari hizmet (sigortalılık) süresi

506 sayılı Kanuna daha sonra 11.08.1977 tarih ve 2098 sayılı Kanun ile eklenen ek m. 5 ise 60/E'den oldukça farklıdır²⁸. Ek m. 5'in kapsamındaki sigortalılardan önce, burada emekliliğe hak kazanma koşullarından sigortalılık süresiyle ilgili bir hak düzenlenmiştir²⁹. Yoksa prim ödeme gün sayısı ve 1999'da 4447 sayılı Kanun ile kabul edilen ek m. 39'a kadar yaş şartlarıyla ilgili bir etkisi yoktur. Bu Kanun döneminde ek m.5 kapsamındaki çalışmanın sigortalıların sigortalılık sürelerinden başka prim ödeme gün sayılarına eklenip eklenmeyeceği konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüş³⁰, Yargıtay daireleri farklı yönlerde kararlar vermişse de³¹ bu tartışmaya Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 18.02.2000 tarih ve E. 1997/1 K. 2000/1 sayılı kararı ile son verilmiştir³² (RG. 16.05.2000, 24051). Yargıtay farklı içtihatları ek m. 5'in sigortalıların sadece sigortalılık sürelerini arttıracığı şeklinde birleştirmiştir.

Maddede "... sigortalılık süresi olarak eklenir", "itibari hizmet gün sayısının bulunmasından" ve "itibari hizmet süresine ilişkin hükümlerden" söz edilmiştir. Diğer yandan 506 sayılı Kanun sisteminde 1999'a kadar emeklilik için 5000 gün prim ödeme gün sayısı yeterli olduğu halde, karşılanması gereken sigortalılık süresi çok daha uzundur, kadınlarda 20 ve erkeklerde 25 yıl gerekmektedir. Bu surette 506 sayılı Kanunun sisteminde ağır işlerde çalışan sigortalıların emekliliğinde onlar lehine en önemli kolaylaştırma sigortalılık süresine ilişkindir³³. Bu nedenle ek m. 5-6 düzenlemesi, fiili hizmet süresi zammından ayırt etmek üzere, doğru terminoloji ile itibari hizmet süresi olarak adlandırılır.

5510 sayılı Kanununun 40. maddesinin kapsamındaki sigortalılar bakımından ilk hali ile sonraki yıllarda yapılan eklemeleri doğru anlamak adına, 506 sayılı Kanuna sonradan 1977 yılında eklenen ek m. 5'in ilk hali ile sonraki yıllardaki eklemelerin incelenmesi yerinde olur. Çünkü mevzuattaki değişim her iki kanun döneminde de benzer şekilde kendi içinde tutarlı değildir, 'lobisi güçlü olan listeye girer' yaklaşımı geçerlidir.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, İtibari Hizmet, 2; Başterzi, 234; Başbuğ, 50-51.

²⁸ Bu farka ilişkin bkz. Araslı, 134; Çavuş, 139.

²⁹ Başbuğ, 50.

³⁰ Bkz. Sözer, İtibari Hizmet, 4.

³¹ Bkz. Sözer, İtibari Hizmet, 4; Başbuğ, 63.

³² Aslanköylü/Karaoğlu, 1066.

³³ Çavuş, 117; Çopuroğlu, 1109-1110.

Fiili hizmet süresi zammı ve benzer nitelikteki kurumların ağır, yıpratıcı işlerde çalışmaları nedeniyle erken yaşlanan sigortalılar lehine kolaylaştırma amacıyla herkes hemfikirdir³⁴. 506 sayılı Kanunun ilk halinde 60E maddesinde madenciler için getirilen hak, olması gereken açısından ne denli isabetli ise ek m. 5-6 o derece eleştiriye açıktır³⁵. Maddenin ilk halinde itibari hizmet süresi zammı hakkı tanınan tek meslek grubu basın çalışanlarıdır³⁶. Bunlar iki alt başlıkta sayılmıştır. İlki 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamındaki gazetecilerdir³⁷. İkinci grup ise, kamu işyerlerinde görevli gazetecilerdir. Kamu kurumlarının basın kartı sahibi gazeteci olarak çalıştığı sırada kamu kurumlarının basın müşavirliklerinde gazetecilik mesleğiyle ilgili görevlerde istihdam edilenler bu kapsamdadır.

Ek m. 5'e 20.06.1987 tarih ve 3395 sayılı Kanun ile üç ayrı sigortalı grubu daha eklemiştir³⁸. İlki yine basın işkoluna dairdir³⁹. Basın ve gazetecilik işyerlerinde, bu defa İş Kanunu'na tabi çalışan sigortalılar kapsama alınmıştır⁴⁰. Bunlardan altı alt bentte sayılan işyerlerinde/işlerde çalışanlar, itibari hizmet süresi zammından yararlanır⁴¹. Diğer yenilikler gemiadamları ile "azotlu gübre ve şeker sanayiinde fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar"dır⁴². Bu son grup sigortalılardan itibari hizmet süresi zammından yararlanabilecek olanlar, çalışmaları "1. Çelik, demir ve tunç döküm, 2. Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde, 3. Patlayıcı, maddeler yapılmasında, 4. Kaynak işlerinde" geçen sigortalılardır.

³⁴ Sözer, İtibari Hizmet, 1, 2, 5, 7; Başbuğ, 42; Çopuroğlu, 1106, 1107, 1110; Mutlay, 461-462.

³⁵ Bu eleştiriler için bkz. Sözer, İtibari Hizmet, 3-4; Başbuğ, 25.

³⁶ Sözer, İtibari Hizmet, 3; Caniklioğlu, 128; Araslı, 135.

³⁷ Bu Kanunun 1. maddesine göre "Türkiye'de yayınlanan gazete, internet haber siteleri, internet haber siteleri ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanlarında **her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan** ve İş Kanunundaki işçi tarifi şümulü haricinde kalan kimseler" Kanunun kapsamındaki gazetecilerdir.

³⁸ Araslı, 135; Çavuş, 118.

³⁹ Sözer, İtibari Hizmet, 3.

⁴⁰ Caniklioğlu, 128.

⁴¹ "a) Solunum ve cilt yoluyla vücuda geçen gaz veya diğer zehirleyici maddelerle çalışan işyerleri,
b) Fazla gürültü ve ihtizaz (titreşim) yapıcı makine ve aletlerle çalışarak iş yapılan işyerleri,
c) Doğrudan doğruya yüksek hararete maruz bulunarak çalışan işyerleri,
d) Fazla ve devamlı adali gayret sarf edilerek iş yapılan işyerleri,
e) Tabii ışığın hiç olmadığı ve münhasıran sun'i ışık altında çalışılan işyerleri,
f) Günlük mesainin yarısından fazlası saat 20.00'den sonra çalışarak yapılan işyerleri".

⁴² Sözer, İtibari Hizmet, 3; Caniklioğlu, 128.

Ek m. 5'de itibari hizmet süresi zammından yararlanacağı öngörülen sigortalılara toplu bakışta dikkati çeken yön, fiili/itibari hizmet süresi zammının kurumunun ağır, yıpratıcı işlerde çalışmaları nedeniyle erken yaşlanan sigortalılar lehine kolaylaştırma amacı bakımından bir bütünlük, tutarlılık arz etmemeleridir. Ağır ve yıpratıcı birçok işkolunun varlığına rağmen maddenin ilk olarak gazeteciler için kabul edilmiş olması adeta ironidir⁴³; kanun koyucunun sosyal nedenlerden değil, bu meslek grubunun lobi gücünden etkilenildiğini gösterir. Bununla bağlantılı olarak ikinci tespitimiz, birçok işkolunda gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren vd. tehlikeli ortamlar bulunduğu halde, bu tarz işlerde çalışanlardan işyerinin sadece azotlu gübre ve şeker sanayii olanlar ile sınırlandırılmasının haklı bir gerekçesi olamaz⁴⁴. Bu da kanun koyucunun fiili/itibari hizmet süresi zammından yararlanacakları belirlerken objektif ölçütlerden hareket etmediğini, ilgili meslek gruplarının lobi çalışmalarının etkili olduğu ölçüde kanun kapsamına girdikleri anlaşılır.

Sosyal adalet açısından kabul edilemez bu durum, ek m.5'in Anayasa Mahkemesinin iki defa önüne gelmesine neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi bu konudaki ilk 02.05.1989 tarih ve 51/18 sayılı kararı vermiştir (RG. 04.01.1990, 20392). Şu alıntı kararın özünü ortaya koymaktadır:

“Anayasa Mahkemesi’nden, ancak Anayasa’ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal istenebileceğine, özde Anayasa’ya 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 Anayasa’ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır”⁴⁵.

Karar ek m.5'in sosyal adalet, eşitlik ilkeleri açısından kabul edilmezliğini dolaylı biçimde kabul etmektedir. Red gerekçesini - ek m. 5'in düzenleme şekli fiili/itibari hizmet süresi zammının kabulüyle ilgili ağır ve yıpratıcı işlerde

⁴³ Benzer yönde bkz. Başbuğ, 25.

⁴⁴ Benzer yönde bkz. Sözer, İtibari Hizmet, 3-4; Başterzi, 235.

⁴⁵ “İtibari hizmet süresi kavramının yasalarda kabul edilmesini açıklayan yasa gerekçelerinde de gösterildiği 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. İtiraz konusu kuralda yer alan sigortalılardan; azotlu gübre ve şeker sanayiinde, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanların yasa koyucunun kabul ettiği biçimde, fiziksel, ruhsal ve fizyolojik bakımlardan insan sağlığını olumsuz yönde etkileyen ağır ve yıpratıcı koşullar altında çalıştıkları ve dolayısıyla ‘itibari hizmet süresi’ hakkından yararlandırılmalarının zorunlu olduğu kuşkusuzdur. Anılan bent hükümlerinde, Millî Savunma Bakanlığı’na bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların yer almaması, belli sigortalılara hak tanıyan ve özüt bakımından Anayasa’ya aykırı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmez. Kaldı ki, diğer sigortalıların, bu haktan yararlanmaları doğrultusunda her zaman yeni düzenlemeler yapılabilir”.

erken yaşlanan çalışanları kapsama amacından uzak biçimde, bu durumdaki sigortalılardan sadece bazılarını kapsamaktadır, bu durum eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz ancak anayasa yargısının konusu ve yetkileri itibarıyla bu eşitsizliği gidermek üzere iptal kararı vermesi de mümkün değildir, eşitsizliği gidermek üzere amaca uygun kapsayıcı bir düzenleme yasama organının yetkisine girer - şeklinde özetlemek mümkündür.

Ek m. 5, 2002 yılında Anayasa Mahkemesinin bir daha önüne gelmiştir. Yüksek Mahkemenin bu başvuruyu sonuçlandırıp karara bağlaması, dört yıl sonra 2006'da 5510 sayılı Kanunun kabulünden yaklaşık üç ay sonra olmuştur (04.10.2006 E. 2002/157 K. 2006/97, RG. 27.03.2007, 26475). Yüksek Mahkemenin bu kararı verdiği tarihte 5510 sayılı Kanun kabul edilmiş ancak henüz yürürlüğe girmemiş, dolayısıyla ek m.5'le ilgili iptal kararını verdiği tarihte, 40. maddesi de dahil olmak üzere 5510 sayılı Kanun hakkındaki iptal davası halen derdestti. Mahkemenin ek m. 5'e ilişkin Ekim ayındaki iptal kararı ile aşağıda incelenen 40. maddeye ilişkin 15.12.2006 tarihli iptal kararı birlikte okunmalıdır. Çünkü her iki karardaki yaklaşım ortak olarak eşitlik ilkesi bağlamındadır. Anayasa Mahkemesi ek m. 5'e ilişkin 2006'daki ikinci kararında, 1989 tarihli kararındaki kapsamla ilgili eşitsizliği kabul eden ancak salt bu gerekçeyle iptal kararı verilmesinin anayasa yargısının yetkisinde olmadığı görüşünden vazgeçmiş, "azotlu gübre ve şeker sanayiinde" ifadesini iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 04.10.2006 tarihli kararında, 1989 tarihli karardaki 'özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceği' gerekçesi hiç tartışılmadan eşitlik ilkesine atıf ile iptal kararı vermesinde, 3 ay önce 31.05.2006'da kabul edilen 5510 sayılı Kanunun 40. maddesinde, kapsamdaki sigortalılar olarak "Fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar" kuralına yer verilmesi, ek m. 5'teki iptale konu "azotlu gübre ve şeker sanayiinde fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar" ifadesinden kanun koyucunun zaten vazgeçmiş olmasıdır. Mahkemenin iptal gerekçesinin özü şu şekildedir:

"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".

Yüksek Mahkemenin bu iptali bize göre tereddütsüz isabetlidir⁴⁶. Sosyal sigortalar alanında fiili/itibari hizmet süresi zammının kabulü amacı gözetildiğinde, ilgili yasal düzenlemede sigortalılar bakımından kapsamın iptal edilen azotlu gübre ve şeker sanayi örneğindeki gibi belirli işkollarına giren işyerleri ile sınırlandırılması isabetsizdir⁴⁷, kapsamın belirli işler/işyerleri olarak değil, Avusturya örneğinde olduğu gibi sigortalıların çalışmaları sırasında, yaptıkları işe bağlı olarak maruz kaldıkları yıpratıcı yükler üzerinden tanımlanması gerekir. İptale konu ek m. 5'teki tabloda bu yükleri doğurucu etkenler "hizmetin geçtiği yer" sütununda sayılmıştır, bu kapsamın tespiti için yeterlidir. Burada sayılan etkenler belirli işkolları ile sınırlı olmadığına göre, "sigortalılar" sütununda kişiler bakımından çalıştığı işverenlikle ilgili sınırlandırmalara yer verilmesi isabetsizdir.

C) 5434 Sayılı Kanun

Mülga 5434 sayılı Kanunun 32. maddesi, inceleme konumuz 40. maddenin temelini oluşturmaktadır⁴⁸. Çünkü bu madde, 506 sayılı Kanun ek m. 5'teki itibari hizmet süresi zammından farklı olarak, şimdiki 40. madde ile aynı yönde olarak fiili hizmet süresi zammı niteliğindedir⁴⁹. Bu, 5434 sayılı Kanun sisteminde emeklilik için aranan unsurlarla ilişkilidir. 5434 sayılı Kanunda 1999 öncesi dönemde emeklilik 506 sayılı Kanun ile benzer şekilde yaş şartı aranmamakla birlikte, sigortalılık süresi değil ancak kesenek vermek suretiyle geçirilen fiili hizmet (m. 31) (prim ödeme) süresinin kadınlarda 20 ve erkeklerde 25 yılı doldurması gerekmektedir.

5434 sayılı Kanunun 32. maddesi "İştirakçilerin, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra aşağıda yazılı vazifelerde geçen fiili hizmet müddetlerinin her yılı için hizalarında gösterilen müddetler eklenir" şeklinde, eklenecek fazai sürenin emeklilik için gereken fiili hizmet süresinden, 506 sayılı Kanundaki deyimle prim ödeme gün sayısı olarak hesaba katılması öngörülmüştür⁵⁰. Diğer tüm sosyal sigorta kanunları ile eş zamanlı olarak 1999'da 4447 sayılı Kanun ile 5434 sayılı Kanun kapsamındaki iştirakçilerin emekliği için 20-25 fiili hizmet süresinden başka yaş şartı aranmaya başlanmıştır. Aynı değişikte 4447 sayılı Kanun öncesi iştirakçilerinin yaş şartıyla ilgili kademeli geçişlerinin düzenlendiği ek 204. maddede, 32. madde kapsamında fiili hizmet süresi zammından yararlananların karşılımları gereken yaştan, eklenen süre kadar indirilmesi hakkı tanınmıştır.

⁴⁶ Aynı yönde bkz. Başbuğ, 81. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile itibari hizmet süresine ilişkin hükmün geldiği son durumun amacı aşar nitelikte olduğu; ancak söz konusu hükmü eşitlik ilkesi ile bağdaştırma olanağının bulunmadığı yönünde bkz. Caniklioğlu, 130. Aksi yönde Araslı, 138-139; Aslanköylü/Karaoğlan, 1077.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. Sözer, İtibari Hizmet, 3.

⁴⁸ Başbuğ, 84.

⁴⁹ Başbuğ, 28.

⁵⁰ Bkz. Sözer, İtibari Hizmet, 5.

İştirakçiler	Hizmetin geçtiği yerler	Eklenecek süre
a) Muvazzaf, yedek ve gedikli subaylarla askeri memur ve gedikli erbaşların;	Cumhuriyet Ordusu kadrolarında	3 ay
b) (04.04.1995 tarih ve 4104 sayılı K. ile değişik) Asaleti onaylanmış olmak şartıyla Adaylıkta geçirilen süreler dahil polis, komiser yardımcısı, komiser, başkomiser, emniyet amiri, emniyet müdürleri ile bu ve daha yukarı maaş ve derecelerdeki emniyet mensuplarının	Emniyet ve polis mesleğinde	3 ay
c) Lokomotif, makinist ve ateşçilerinin;	Lokomotif üzerinde	6 ay
ç) Gemi ateşçi ve kömürçüleriyle dalgıçların;	Denizde	6 ay
d) Atelye, fabrika, havuz ve depolarda çalışanların;	I- Çelik demir ve pirinç dö-küm işlerinde; II- Zehirli, boğucu gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren başka işlerde; III- Patlayıcı maddeler yapılmasında; IV- Lokomotif ve gemi kazanlarının onarılması ve temizlenmesi işlerinde; V- Gemilerin (Sintine)lerinde ve (Dabilbotom) gibi kapalı sarnıçlar içindeki raspa ve boya işlerinde, VI- Oksijen, elektrik kaynağı, keski, tabanca ile perçin, takım sertleştirilmesi ve kum püskürtme suretiyle raspa işlerinde;	6 ay
e) Maden istihsalinde çalışanların;	Toprak altında maden çıkartma işlerinde;	6 ay
f) (11.03.1954 tarih ve 6388 sayılı K. ile ek) Devlet Tiyatrosu sanatkarlarının	Devlet Tiyatrosu sanatkarlığında	3 ay

g) (01.09.1956 tarih ve 6842 sayılı K. ile ek ve 01.06.1967 tarih ve 875 sayılı K. ile değişik) Tarım Bakanlığı Zirai Mücadele ve Karantina Teşkilatı ile Veteriner Teşkilatında vazife gören memur ve hizmetlilerin;	Zirai Mücadele ve zirai karantina teknik ve idari işleri ile salgın, bulaşıcı, paraziter hayvan hastalıklarıyla mücadele işlerinde	2 ay
(* h) (19.09.1972 tarih ve 1621 sayılı K. ile ek) Mesleği olan ve bu sebeple röntgen, radyum ve benzeri ve benzeri iyonizan radyasyonlarla bilfiil çalışan tabip, teknisyen, sağlık memuru, radyasyon fizikçisi ve teknisyeni ve iyonizan radyasyonla yine bilfiil çalışan bilim adamı personeli ve yardımcıları	Mesleği icabı röntgen, radyum ve benzeri iyonizan radyasyon laboratuvarlarında	3 ay
(*) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren iştirakçilerin fiili hizmetlerine eklenecek müddet, 5434 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra görevde bulunup da o zamandan beri iyonizan radyasyon laboratuvarlarında bilfiil çalışmış olanların emeklilik işlemlerinde uygulanır.		
(** i) (11.08.1977 tarih ve 2098 sayılı K. ile ek) I. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda haber hizmetini yapan ve yürüten Daire Başkanı, Müdür, Müdür Yardımcısı, Şef, muhabir, redaktör spiker, redaktör, mütercim kameraman, fotoğrafçı, ışıkçı, sesçi, teknisyen, telex operatörü	Türkiye Radyo-TV Kurumu haber telex operatörü hizmetlerinde	3 ay
(**) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren iştirakçilerin fiili hizmetlerine eklenecek süre, 359 sayılı TRT Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Kurumun haber hizmetlerinde bilfiil çalışmış olanların emeklilik işlemlerinde uygulanır.		
II. Basın kartı yönetmeliğine göre Basın kartı sahibi olmak suretiyle gazetecilik yapanlardan memurluğa girip de meslekleriyle ilgili görevlerde istihdam edilenler	Basın müşavirleri	3 ay

V. 5510 Sayılı Kanun Dönemi Gelişmeler

31.05.2006 tarihli 5510 sayılı Kanunda öngörülen yürürlük tarihi 01.01.2007'dir⁵¹. Anayasa Mahkemesinin aşağıda işaret edilen 40. madde de dahil kapsamlı iptal kararı nedeniyle, önce ertelemeler ve nihayet iptalin gereği değişikliklerin 5754 sayılı Kanun (RG. 08.05.2008, 26870) ile yapılması ertesinde yürürlüğe girdiği tarih ise 01.10.2008'dir⁵². Burada 40. maddenin

⁵¹ Başbuğ, 68.

⁵² Ergin, 183.

ilk hali ile 5754 sayılı Kanundan sonraki halini karşılaştırmak hem mülga mevzuatla ilişkiyi anlayabilmek hem de 40. maddeye 2013'den itibaren yapılan eklemeleri değerlendirebilmek için gereklidir, önemlidir.

A) Anayasa Mahkemesinin İptaline Konu Olan Düzenleme

40. maddenin ilk hali aşağıdaki gibidir:

Kapsamdaki Sigortalılar	Kapsamdaki İşyerleri ve/veya İşler	Ekle- necek Gün
1) Fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar.	1) Çelik, demir, pirinç ve tunç döküm işlerinde. 2) Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleri ile gaz maskesizle çalışmayı gerektiren başka işlerde. 3) Patlayıcı maddeler yapılması işlerinde. 4) Lokomotif ve gemi kazanlarının onarılması ve temizlenmesi işlerinde. 5) Gemilerin sintine, Dabilbotom gibi kapalı sarnıçlar içindeki raspa ve boya işlerinde. 6) Oksijen veya elektrik kaynağı, keski, tabanca ve perçin, takım sertleştirilmesi ve kum püskürtme suretiyle raspa işlerinde.	90 gün
2) Basım ve gazetecilik işyerlerinde 4857 sayılı İş Kanunu'na göre çalışanlar.	1) Solunum ve cilt yoluyla vücuda geçen gaz veya diğer zehirleyici maddelerle çalışılan işyerleri. 2) Fazla gürültülü ve ihtiaz (titreşim) yapıcı makine ve aletlerle çalışarak iş yapılan işyerleri. 3) Tabii ışığın hiç olmadığı veya münhasıran suni ışık altında çalışılan işyerleri. 4) Günlük mesainin yarısından fazlası saat 20.00'den sonra çalışılarak yapılan işyerleri. 5) Doğrudan doğruya yüksek hararete maruz bulunarak çalışılan işyerleri. 6) Fazla ve devamlı fiziki gayret sarf edilerek iş yapılan işyerleri.	90 gün
3) Gemi adamları, gemi ateşçileri, gemi kömürcüleri, dalgıçlar.	Denizde	90 gün
4) Yeraltı işlerinde sürekli veya münavebeli çalışanlar.	Maden işyerleri	180 gün

5) Mesleği icabı; röntgen, radyum ve benzeri iyonizan radyasyonlarında fiilen çalışan hekim, diş hekimi, teknisyen, sağlık memuru, radyasyon fizikçisi ve teknisyeni ve iyonizan radyasyonla fiilen çalışan bilim adamı ve yardımcıları.	Röntgen, radyum ve benzeri iyonizan radyasyon laboratuvarları işlerinde.	90 gün
6) Havayollarının uçucu personeli, lokomotif makinistleri	Fiilen uçakta ve lokomotifte	90 gün
7) Subay, yedek subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar.	Türk Silahlı Kuvvetlerinde	90 gün
8) Asaleti onaylanmış olmak şartıyla adaylıkta geçirilen süreler dahil polis, komiser yardımcısı, komiser, baş komiser, emniyet amiri, emniyet müdürleri ile bu ve daha yukarı maaş ve derecelerdeki emniyet mensupları, Milli İstihbarat Teşkilatı mensupları.	Emniyet ve polis mesleğinde, Milli İstihbarat Teşkilatında	90 gün
9) 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Kanuna tâbi olarak çalışan sigortalılar ile Basın Kartı Yönetmeliğine göre basın kartı sahibi olmak suretiyle gazetecilik yaparken kamu kurumlarına giren ve bu kurumlarda meslekleriyle ilgili görevde istihdam edilenler.	5953 sayılı Kanun kapsamındaki işyerlerinde.	
10) İnfaz koruma memurları, baş memurları ve diğer personel	Ceza ve tutukevlerinde fiilen hükümlü ve tutuklularla irtibat içinde olan görevliler.	90 gün
11) PTT dağıtıcıları	Posta dağıtım işyerlerinde yaya olarak yapılan işlerde.	90 gün

12) Türkiye Radyo- Televizyon Kurumunda haber hizmetini yapan ve haber hizmetlerinde fiilen çalışan; Daire Başkanı, Başkan Yardımcısı, Müdür, Müdür Yardımcısı, Şef, Muhabir, Stajyer Muhabir, Başspiker, Redaktör Spiker, Spiker, Stajyer Spiker, Masa Şefi, Başkameraman, Şef Kameraman, Kameraman, Kamera Asistanı, Başmontajcı, Şef Montajcı, Montajcı, Stajyer Montajcı, Redaktör, Mütercim, Fotoğrafçı, Işıkcı, Sesçi, Başteknisyen, Şef Teknisyen, Teknisyen, Başteleksçi, Şef Teleksçi, Teleks Operatörü.	Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu haber hizmetlerinde.	90 gün
13) Tarım Bakanlığı Ziraî Mücadele ve Karantina Teşkilatı ile Veteriner Teşkilatında vazife gören memur ve hizmetliler.	Ziraî mücadele ve ziraî karantina teknik ve idarî işleri ile salgın, bulaşıcı, paraziter hayvan hastalıkları ile mücadele işlerinde.	60 gün
14) Devlet Tiyatrosu sanatçıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrasının şef ve üyeleri.	Devlet Tiyatroları ile Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrasında	90 gün

Görüldüğü üzere bu tabloda kısmen 506 sayılı Kanun ek m. 5'ten alıntılar varsa da ağırlıklı olarak özünün 5434 sayılı Kanununun 32. maddesinden oluştuğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi 40. maddenin bu ilk halini de kapsayan 15.12.2006 tarih ve E. 2006/111 K.2006/112 sayılı iptal kararını vermiştir (RG. 30.12.2006, 26392, 5. Mük.). Yüksek Mahkemenin 40. maddeyle ilgili iptal gerekçesi, 5510 sayılı Kanununun 40. maddesinin amacı 506 ve 5434 sayılı Kanunlardaki "sosyal güvenlik kurumlarına göre farklılıkları kaldırılarak yeniden düzenlenmesidir" isabetli tespitiyle başlamaktadır. Kararda, düzenleme ile fiili hizmet süresi zammı eklenmesi gereken kimi ağır ve çalışanı yıpratıcı işleri yapanlar arasında ayırım yapıldığı, aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında eşitsizliğe yol açıldığı tespit edilmiştir. Belirli meslek gruplarından kamuda çalışanlar fiili hizmet süresi zammından yararlandırılırken, özel sektörde aynı ya da benzer işte, yükler altında çalışanların yararlandırılmaması ayrımcılıktır. Bu kapsamda işaret edilen meslek grupları 8. (Emniyet, MİT), 12. (TRT haber çalışanları), 13. (Tarım Bakanlığı Ziraî Mücadele, Veteriner) ve 14. (Devlet Tiyatrosu sanatçıları) sıralardır. Bize göre burada sayılan işlerde çalışan 4c sigortalılara tanınan fiili hizmet süresi zammından, aynı ya da benzer işi yapan 4a sigortalıların yararlandırılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunda tereddüt yoktur.

5510 sayılı Kanunun temel amacı, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, hizmet akdine dayalı ücretle çalışanlar, tarımsal işlerde ücretle çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar ve tarımsal alanda kendi hesabına çalışanları kapsayan beş ayrı emeklilik rejiminin, aktüeryal olarak hak ve yükümlülüklerin eşit olacağı tek bir emeklilik rejimine dönüştürülmesidir. Bu durumda “kurumlarının ve bağlı oldukları çalışma rejiminin, anılan sigortalıların fiili hizmet süresi zammından yararlanıp, yararlanmamasında ayırım yapılmasına dayanak, diğer bir anlatımla değişik kurallara bağlı tutulmaları için haklı bir neden olamayacağı açıktır”. İptal kararında örnek düzenleme olarak 3. ve 6. sıralarda kamu özel ayırımı gözetilmeksizin tüm gemiadamlarının ve hava yolu çalışanlarının kapsama alınmasına işaret edilmiştir. Ancak trajikomik biçimde 40. maddenin 01.10.2008’de yürürlüğe giren 5754 sayılı Kanun ile değişik halinde, Anayasa Mahkemesinin örnek gösterdiği gemiadamlarına ve hava yolu çalışanlarına hiç yer verilmemiş, bu çalışanlar adeta cezalandırılmıştır.

B) Kırkıncı Maddenin 01.10.2008’de Yürürlüğe Giren Hali

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereği düzenleme 5754 sayılı Kanun (RG: 08.05.2008, 26870) ile yapılmış, 5510 sayılı Kanun 01.10.2008’de yürürlüğe girmiştir. Kırkıncı maddenin 01.10.2008’de yürürlüğe giren halinde, fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki sigortalılar şu şekildedir:

Kapsamdaki İşler/ İşyerleri	Kapsamdaki Sigortalılar	Eklenecek Gün sayısı
1) Kurşun ve arsenik işleri	1) Kurşun üretilen galenit, serüzit, anglezit gibi cevherlerin çıkarılmasına ilişkin maden ocağı işlerinde çalışanlar.	60
	2) Kurşunlu madenlerden yahut içinde kurşun bulunan kül, maden köpüğü, kurşun fırın kurumu, üstübeç artığı ve benzeri maddelerden kurşun üretimi için yapılan izabe işlerinde çalışanlar.	
	3) Antimuan, kalay, bronz ve benzeri maddelerle yapılan kurşun alaşımı işlerinde çalışanlar.	90
	4) Kurşun izabe fırınlarının teksif odalarında biriken kuru tozları kaldırma işlerinde çalışanlar	

2) Cam fabrika ve atölyeleri	<p>1) Cam yapımında kullanılan ilkel maddeleri toz haline getirme, eleme, karıştırma ve kurutma işlerinde (bu işleri yapmak üzere tam kapalı odalar içinde otomatik makineli tesisat veya çalışma ortamındaki tozları sağlık için tehlike oluşturmayacak düzeye indiren havalandırma tesisatı bulunmadığı takdirde) çalışanlar.</p> <p>2) Eritme işlerinde (otomatik besleme fırınlarıyla çalışılmadığı takdirde) çalışanlar.</p> <p>3) Ateşçilik işlerinde çalışanlar.</p> <p>4) Üfleme işlerinde (tamamen otomatik makinelerle yapılmadığı takdirde) çalışanlar.</p> <p>5) Basınçla yapılan cam işlerinde (cam tazyiki işleri) çalışanlar.</p> <p>6) Ayna camı sanatında potalı cam dökümü işlerinde (potalar kalıp masasına mekanik araçlarla taşınmadığı takdirde) çalışanlar.</p> <p>7) Camı fırın başından alma işlerinde çalışanlar.</p> <p>8) Yayma fırınlarında düzeltme işlerinde çalışanlar.</p> <p>9) Traş işlerinde çalışanlar.</p> <p>10) Asitle hak ve cilalama işlerinde çalışanlar.</p> <p>11) Basınçlı havayla kum püskürten cihazlarla yapılan işlerde (çalışma ortamındaki tozları sağlık için tehlike oluşturmayacak düzeye indiren havalandırma tesisatı bulunmadığı takdirde) çalışanlar.</p> <p>12) Pota ve taş odalarında görülen işlerde çalışanlar.</p>	60
3) Cıva üretimi işleri sanayii	<p>1) Cıva izabe fırınlarında görülen işlerde çalışanlar</p> <p>2) Elementer cıva bulunan ocaklarda görülen işlerde çalışanlar</p>	90
4) Çimento fabrikaları	<p>1) İlkel maddeleri kırma, ufalama, ezme, eleme ve karıştırma işlerinde çalışanlar</p> <p>2) Otomatik fırınlarda pişirme işlerinde çalışanlar</p> <p>3) Klinkeri öğütme, eleme, torba ve fiçilere koyma işlerinde (otomatik olarak tozun etrafa yayılmasını önleyici bir düzenleme yapılmadığı takdirde) çalışanlar</p>	60
5) Kok fabrikalarıyla termik santraller	<p>1) Ateşçilik, ocak temizliği, jeneratör, doldurma, boşaltma ve temizleme işlerinde çalışmalar</p> <p>2) Kimyasal arıtma işlerinde çalışanlar</p> <p>3) Gazın geçtiği cihaz ve boruların onarılması ve temizlenmesi işlerinde çalışanlar</p> <p>4) Kok fabrikalarında kömür ve ocak işlerinde çalışanlar</p> <p>5) Elektrik enerji üretim santrallerinin kazan dairesindeki ateşçilik, kül ve kömürlerin taşınması işlerinde çalışanlar</p> <p>6) Termik santrallerle her çeşit buhar kazanlarının kazan dairesindeki ateşçilik, kül ve kömürlerin taşınması işlerinde çalışanlar</p>	60

6) Alüminyum fabrikaları	1) Alüminyum oksit üretimi işlerinde çalışanlar 2) Alüminyum bronz hazırlama işlerinde çalışanlar 3) Alüminyum madeni üretimi işlerinde çalışanlar	60
7) Demir ve çelik fabrikaları	1) Demir izabe fabrikalarında cevherin demire çevrilmesi işleriyle boru fabrikalarının fırın ve döküm dairelerinde yapılan işlerinde çalışanlar 2) Çelikhanelerin çelik yapılan fırınlarıyla bunların teferruat ve eklentilerinden olan ikinci derecedeki fırınlarda ve konvertörlerde yapılan işlerinde çalışanlar 3) Sıvı haldeki demir ve çeliğin tesisat ve teçhizatla veya mekanik olarak taşınmasına ilişkin işlerde çalışanlar 4) Sıcak veya sıvı haldeki cürufun taşınması ve işlenmesi işlerinde çalışanlar 5) Haddehanelerde (soğuk demirle çalışılan haddehaneler hariç), fırınlarda, hadde serilerinde, haddehaneyi kızgın veya sıvı çelik yahut demirle besleyen tesisat ve araçlarla görülen işlerle kızgın halde olan yarı mamul parçaların kesilmesi ve hazırlanması işlerinde çalışanlar	90
8) Döküm fabrikaları	1) Döküm kalıp ve maçalarının yapılması ve döküme hazır duruma getirilmesi işlerinde çalışanlar 2) Döküm şarjının hazırlanması ve her çeşit maden eritme (izabe) fırınlarının döküme hazır duruma getirilmesi işlerinde çalışanlar 3) Maden eritme ve dökme işlerinde çalışanlar	60
9) Asit üretimi yapan fabrika ve atölyeler	1) Asit için hammadelerin hazırlanması işlerinde çalışanlar 2) Asidin yapılması safhalarında işlerinde çalışanlar 3) Baca gazlarından asit elde edilmesi işlerinde çalışanlar	90
10) Yeraltı işleri	Maden ocakları (elementer cıva bulunduğu saptanan cıva maden ocakları hariç), kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altında yapılan işlerde çalışanlar	180
11) Radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işler	Doğal ve yapay radyoaktif, rayoionizan maddeler veya bütün diğer korpüsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işlerde çalışanlar	90
12) Su altında veya su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işler	1) Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden 20-35 metreye kadar derinlik veya 2-3,5 kg/cm ² basınçta yapılan işlerde çalışanlar 2) Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden 35-40 (40 hariç) m. derinlik veya 3,5-4 (3,5 hariç) kg/cm ² basınçta yapılan işlerde çalışanlar 3) Dalgıçlık işinde çalışanlar	60 90
13) Türk Silahlı Kuvvetlerinde	Subay, yedek subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar	90

14) Emniyet ve polis mesleğinde, Milli İstihbarat Teşkilatında	Asaleti onaylanmış olmak şartıyla adaylıkta geçirilen süreler dahil polis, komiser yardımcısı, komiser, baş komiser, emniyet amiri, emniyet müdürleri ile bu ve daha yukarı maaş ve derecelerdeki emniyet mensupları, Milli İstihbarat Teşkilatı mensupları	90
15) İtfaiye veya yangın söndürme işleri	Yangın söndürme işlerinde çalışanlar	60

Yürürlüğe giren bu yeni tablo Anayasa Mahkemesinin iptaline konu önceki tablo ile karşılaştırıldığında, 5754 sayılı Kanunun hazırlığında adeta iptal gerekçesinin aksi saiklerle hareket edildiği söylenebilir. İptal gerekçesi aynı işi yapanlar arasında özel sektör kamu ayrımı yapılmaması iken, kanun koyucu yeni düzenlemede iptal edilen 8. sıraya (Emniyet) aynen yer vermiş ancak özel güvenlik çalışanlarını yine dikkate almamıştır. İptale konu 12. (TRT haber hizmetleri), 13. (kamuda zirai mücadele) ve 14. (Devlet Tiyatroları ile Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası) sıralardaki işyerleri/işler yeni hükme alınmadığı gibi, iptal kararında geçmeyen 2. ve 9. (basın işyerleri 4857/5953), 3. (gemiadamları), 6. (havayolu ve demiryolu çalışanları), 10. (cezaevi çalışanları) ve 11. (PTT dağıtıcıları) sıralardaki işyerleri/işler de yeni hükümde yer almamıştır⁵³.

5754 sayılı kanun koyucunun Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesiyle bağdaşmayan bu düzenlemedeki gayesini anlayabilmek adına, ilgili madde gerekçesine bakıldığında, çelişkili biçimde iptal kararına atıfta bulunduğu görülmektedir: “Anayasa Mahkemesinin fiili hizmet zammı süresi kapsamını düzenleyen tablodaki bentlerin iptal gerekçesi ve üretim teknolojisinde meydana gelen yenilikler dikkate alınarak sadece hizmet akdi ve kamu görevlisi olarak çalışan sigortalılar için geçerli olmak üzere fiili hizmet zammı süresi kapsamındaki ağır, yıpratıcı, zehirleyici ve öldürücü işler yeniden düzenlenmiştir”. Madde gerekçesinin devamında “Tasarı ile fiili hizmet süresi zammından yararlanacak olan meslek gruplarının Avrupa Birliği direktifleri, günümüz teknolojisi, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki gelişmeleri ile iş riskleri dikkate alınarak yeniden tanımlandığı, bu çerçevede, fiili hizmet zammı uygulamasının ağır ve tehlikeli işler (sualtı, maden, çimento, demir-çelik, kurşun arsenik vb.) ile sınırlandırıldığından” söz edilmiştir.

Bilebildiğimiz kadarıyla fiili hizmet süresi zammı konusunda AB'nin bir direktifi bulunmamaktadır. Gerekçedeki “günümüz teknolojisi, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki gelişmeleri ile iş riskleri dikkate alınarak yeniden tanımlandığı” tespiti de tutarlı değildir. Belirli meslek grupları vardır ki teknoloji ne kadar ilerlerse ilerlesin çalışanlar her zaman az ya da çok yıpratıcı yükler altındadır. Diğer taraftan teknolojideki gelişmeler açısından 5510 sayılı Kanun ile 5754 sayılı Kanun arasında 2 yıllık süre görece kısadır, gazeteciler,

⁵³ Bu şekilde bazı sigortalıların kapsam dışı bırakılmasının haksız sonuçlara yol açtığı yönünde bkz. Başbuğ, 41. Yapılan değişikliğin isabetli olduğu yönünde bkz. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 508.

gemiadamları, havayolu ve demiryolu çalışanları, cezaevi ve PTT görevlileri açısından yeni düzenlemede yer verilmelerine engel olacak şekilde teknik bir gelişme olmadığından tereddüt yoktur, hele ki bunlarla ilgili Anayasa Mahkemesinin iptal kararında herhangi bir olumsuz tespitin geçmediği dikkate alınır.

Daha da önemlisi 5510 sayılı Kanunun 01.10.2008'deki yürürlüğünden sonra 40. maddede 2013 yılından itibaren olan eklemeler dikkate alındığında, 5754 sayılı Kanunun fiili hizmet süresi zammı ile ilgili gerçek saikinin, yararlanan sayısını en aza indirip Kurumun mali yükünde bir hafifletme olduğu anlaşılır.

C) Kırkıncı Maddeye Yürürlüğünden Sonra Yapılan Eklemeler

5510 sayılı Kanunun 40. maddesinin 01.10.2008'de yürürlüğe giren 5754 sayılı Kanun ile değişik haline, maddenin ilk halinde yer alıp da çıkarılan meslek gruplarının sert tepkileri olmuştur. Tepkiler lobi faaliyetlerinde güçlü, kamuoyu oluşturmada etkili meslek gruplarının kanun koyucu tarafından kısa bir süre sonra listeye yeniden alınmalarını sağlayan yasal değişikliklerin yapılmasıyla sonuçlanmıştır.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğü sırasında 40. maddeye sonradan eklenen ilk meslek grubunun basın ve bağlantılı olarak TRT ile TBMM üyeleri olması şaşırtıcı değildir. Burada 506 sayılı Kanun ek m. 5'in ilk halindeki tek meslek grubunun gazeteciler olduğunu hatırlatmak isteriz⁵⁴. 40. maddedeki tabloya 10.01.2013 tarih ve 6385 sayılı Kanun (RG. 19.01.2013, 28533) ile yapılan ekleme aşağıdaki gibidir:

“16) Basın ve gazetecilik mesleğinde⁵⁵ Basın Kartı Yönetmeliğine göre basın kartı sahibi olmak suretiyle fiilen çalışanlar. 90

⁵⁴ Bkz. yukarıda IV, B, II. Fiili hizmet süresi zammının basın çalışanları yönünden ele alındığı bir çalışma için bkz. Esen, 121 vd.

⁵⁵ 6385 sayılı Kanun ile yapılan ekleme bu tabloda olduğu gibidir. Bu yeni bent hakkında İstanbul 22. İş Mahkemesi tarafından basın çalışanlarının fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmasında, aynı işi yapıyor olmaları nedeniyle basın kartına sahip olup olmamanın bir öneminin bulunmadığı vd gerekçelerle anayasaya aykırılık itirazında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 25.12.2019 tarih ve E. 2019/62 K. 2019/98 sayılı iptal kararını oyçokluğu ile vermiştir (RG. 14.02.2020, 31039). Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi, 40. maddede gazetecilerin fiili hizmet süresi zammından yararlanabilmeleri için aranan basın kartını alabilmeleri koşullarının Basın Kartı Yönetmeliğinde belirlendiği, yoksa basın kartı verilecek kişilerin nitelikleri ile basın kartının verilmesi şartlarıyla ilgili kanuni bir düzenlemenin bulunmadığı, bu surette fiili hizmet süresi zammı sosyal güvenlik hakkından yararlanmaya getirilen basın kartı sınırlamasının kanun değil, yönetmelik ile olmasının Anayasanın 13. maddesine aykırı olduğudur.

İptalin gereği değişiklik 11.11.2020 tarih ve 7256 sayılı Kanunun (RG. 17.11.2020, 31307) 32. maddesi ile yapılmıştır: “16- Basın ve gazetecilik mesleğinde -14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine göre basın kartı sahibi olmak suretiyle fiilen çalışanlar - 90 gün”. Daha sonra 13.10.2022 tarih ve 7418 sayılı Kanunun 24. maddesiyle “14 sayılı Cum-

17) TRT Kurumu Basın Kartı Yönetmeliğine göre basın kartı sahibi olmak suretiyle; TRT Kurumunda haber hizmetinde fiilen çalışanlar. 90

18) TBMM Yasama organı üyeleri ile dışarıdan atanan bakanlar. 90

Bu eklemeyle ilgili madde gerekçesi, “Daha önce verilmiş hakkın yapılan düzenlemelerle geri alındığı, ancak günümüz koşulları değerlendirildiğinde daha ağırlaşan çalışma şartları altında çalışan söz konusu meslek mensupları için bu düzenlemelerin yapılması gerekliliği ve yaşanan bir mağduriyetin giderilmesidir” şeklindedir. 5754 sayılı Kanunun yukarıda da yer verilen madde gerekçesiyle karşılaştırıldığında, kanun koyucunun ironi yaptığı bile söylenebilir. Ancak gerçek, tüm toplumlarda her zaman kamuoyu en etkili meslek gruplarından olarak basın güçlü lobisi ve yasama meclisi üyeleriyle kulis ve iş birliği, listeye 16., 17. ve 18. sıralar olarak girmeleridir. Meclis üyelerinin 40. maddedeki tabloya girmeleri dışında, maddenin devamında yararlanma koşulları bakımından lehlerine getirdikleri istisnalar oldukça dikkat çekicidir.

5510 sayılı Kanunun 40. maddesinin Mecliste kabul edilen ilk halinde tablonun 10. sırasında yer alan cezaevlerinde görevli infaz koruma ve diğer personel, 15.08.2017 tarihli 694 sayılı KHK (RG. 25.08.2017, 30165) ile listeye 19. sıra olarak girmişlerdir (01.02.2018 tarih ve 7078 sayılı K. ile aynen kabul, RG. 08.03.2018, 30354 M.). Bu eklemeyle ilgili bir madde gerekçesi dahi kaleme alınmamıştır.

Kırkıncı maddedeki tabloya son olarak girenler, sağlık çalışanlarıdır. Sağlık çalışanlarını 20. sırada fiili hizmet süresi zammı kapsamına alan 26.07.2018 tarih ve 7146 sayılı Kanunda da (RG. 16.07.2018, 30498) bir madde gerekçesi yoktur.

Cezaevi ve sağlık çalışanlarıyla ilgili değişikliklere ilişkin madde gerekçelerinin olmaması, bunların Mecliste yasa görüşmeleri sırasında verilen teklifler üzerine kabulüyle ilgilidir. Bu da sürekli olarak altını çizdiğimiz, fiili hizmet süresi zammıyla ilgili mevzuatın objektif hukuki temellere dayanmaksızın, meslek gruplarının kamuoyunu etkileme ve siyaset ile kulis güçlerine göre şekillendiğini göstermektedir.

Kırkıncı maddedeki tabloda mevcut durumda 20 ayrı meslek grubu vardır. 5510 sayılı Kanunun ilk halindeki tabloda olup da mevcut düzenlemede bulunmayan meslek grupları (1) basım ve gazetecilik işyerlerinde 4857 sayılı İş Kanunu’na göre çalışanlar, (2) gemiadamları, (3) havayollarının uçucu personeli, (4) lokomotif makinistleri, (5) PTT dağıtıcıları, (6) Tarım Bakanlığı Ziraî Mücadele ve Karantina Teşkilatı ile Veteriner Teşkilatında vazife gören

hürbaşkanlığı Kararnamesine” ibaresi “9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu’na” şeklinde değiştirilmiştir. Bu son değişiklik, basın kartı sahibi olmak şartlarının artık 5187 sayılı Basın Kanunu’nda düzenlenmesiyle eş zamanlı olarak 40. Maddede gereken uyumu sağlamaktır.

memur ve hizmetliler, (7) Devlet Tiyatrosu sanatkârları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrasının şef ve üyeleridir.

Gazetecileri 2013'te yeniden fiili hizmet süresi zammı kapsamına alan Kanunun gerekçesindeki "Daha önce verilmiş hakkın yapılan düzenlemelerle geri alındığı, ancak günümüz koşulları değerlendirildiğinde daha ağırlaşan çalışma şartları altında çalışan söz konusu meslek mensupları için bu düzenlemelerin yapılması gerekliliği ve yaşanan bir mağduriyetin giderilmesidir" tespiti, buradaki yedi meslek grubu için de aynen geçerlidir. Bu açıdan kanun koyucu 5754 sayılı Kanundaki bakış açısında tutarlı olsa idi, 40. maddenin ilk halindeki birçok meslek grubunun çıkarılması savunulabilirdi. Ancak sonradan bazılarının güçlü lobisi üzerine Kanuna yeniden girmelerinin yolunun açılması, hatta bunda 5754 sayılı Kanundaki gerekçeyle karşılaştırıldığında kendisini inkâr eden nedenlere dayanması karşısında, hiç kimsenin buradaki yedi meslek grubunda çalışanları fiili hizmet süresi zammının kapsamından çıkarılmalarının adil olduğuna ikna edebilmesi mümkün değildir.

D) Kırkıncı Maddenin Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Eleştirisi

Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili 2006 tarihli her iki iptal kararındaki çıkış noktası eşitlik ilkesinin ihlali ile ayrımcılıktır. Sosyal haklarda eşitlik ilkesinin uygulanışı bakımından, Anayasa Mahkemesinin bir başka kararındaki şu tespiti çok önemlidir: "Devlet'çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların ' dengeli ve makul' ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekir" (AYM 06.01.2005 E.2001/479 K.2005/1).

Fiili hizmet süresi zammının kapsamıyla ilgili eşitlik ilkesinin uygulanışında, yüksek mahkemenin 1989 tarihli kararındaki "Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal istenebileceğine, öзде Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceğine göre, bir kısım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusunu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi" gerekçesi isabetsizdir.

Çünkü anayasa yargısının amacı yasama yetkilerini kullanmak değil, yasanın tasarruflarının anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Buna göre bir yasa hükmünün eşitlik ilkesi gerekçesiyle iptal edilmesinin işlevi, ilgili hükmün uygulama kapsamının genişletilmesi değil, Anayasanın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı durumun, eşitsizliğin kaynağı olan hüküm ortadan kaldırılarak adeta eski hale iadesidir. İptal kararından sonra ilgili konuda AYM'nin gerekçesindeki ölçütlerde eşitliği tesis edecek yeni bir yasal düzenleme yasanın tasarrufudur.

AYM'nin bu iptal gerekçesine karşın kanun koyucunun 5754 sayılı Kanun ile kabul ettiği düzenlemenin ne 40. maddenin iptal edilen ilk haliyle ne de Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi ile bir ilgisi vardır. Yepyeni bir madde kabul edilmiş, Emniyet çalışanları bakımından, özel güvenlik personeli dahil edilmeyerek AYM'nin iptal kararı yok sayılmıştır. Gerekçesi itibariyle iptal edilen 8., 12., 13. ve 14. sıralardaki işler/işyerleri kamudan başka özel sektörü kapsar biçimde düzenlenmesi gerektiği halde, 8. sıradaki Emniyet ve MİT aynen tekrar edilmiş, 5188 sayılı Kanun kapsamındaki özel güvenlik kapsama alınmamış; 12. sıradaki TRT, 13. sıradaki Tarım Bakanlığı ve 14. sıradaki Devlet Tiyatrosu çalışanlarına ise hiç yer verilmemiştir.

5510 sayılı Kanununun 5754 sayılı Kanun ile değişik 40. maddesinde bu şekilde AYM'nin iptal gerekçeleri, madde gerekçesindeki aksine söyleme karşın hiç dikkate alınmadığı gibi, "üretim teknolojisinde meydana gelen yenilikler" şeklinde soyut bir gerekçe ile basın çalışanlarına, gemiadamlarına, havayolu ve demiryolu çalışanlarına, cezaevi çalışanlarına ve PTT dağıtıcılarına yeni düzenlemede yer verilmemiştir. 5754 sayılı Kanunun bu yaklaşımı, sonrası dönemde daha da adaletsiz bir tablonun başlangıcı olmuştur.

Bir an için "üretim teknolojisinde meydana gelen yenilikler" gibi bir gerekçe ile fiili hizmet süresi zammından yararlanacakların kapsamının AYM'nin iptal etmediği işyerleri/işleri de kapsar biçimde daraltılması kanun koyucunun sosyal tercihi olarak kabul edilebilir. Ancak bu gerekçenin kabul edilebilir olmadığını belirtmek isteriz; çünkü iptal edilen hüküm 2005 ve yenisi 2008 tarihli olmakla sadece üç yıllık bir dönemde bazı işyerlerini, işleri kapsam dışına çıkaracak denli değişim, dönüşüm hayatın olağan akışına uygun değildir.

Daha da önemlisi 40. maddeye 5754 sayılı Kanundan sonra 2013 ve 2018 yıllarında yapılan eklemeler, 5754 sayılı Kanun gerekçesi ile esaslı derecede çelişmektedir, özellikle 2013 tarihli 6385 sayılı Kanunun gerekçesi, adeta kanun koyucunun kendisini yalanlamaktadır. Basın, TRT ve TBMM'nin kapsama alındığı 2013 tarihli 6385 sayılı Kanunun "Daha önce verilmiş hakkın yapılan düzenlemelerle geri alındığı, ancak günümüz koşulları değerlendirildiğinde daha ağırlaşan çalışma şartları altında çalışan söz konusu meslek mensupları için bu düzenlemelerin yapılması gerekliliği ve yaşanan bir mağduriyetin giderilmesidir" gerekçesi, aşağıda işaret edilen Alman Federal Meclisinin 14.09.2021 tarihli raporundaki kapsama alınacak işlerin belirlenmesinin lobi faaliyetlerine yatkın olduğu gerçeğini açıkça teyit etmektedir.

Bir an için basın ve TRT çalışanlarının mülga mevzuatta yer alması nedeniyle değişiklik ile adeta kazanılmış hakkın iade edildiği söylenebilirse de TBMM üyeleri açısından böyle bir gerekçe olmadığı gibi "daha ağırlaşan çalışma şartları"ndan söz edilmesi, 40. maddenin ilk halinde yer aldığı halde 5754 sayılı Kanun ile çıkarılan gemiadamları, havayolu ve demiryolu çalışanları ve PTT dağıtıcıları bakımından adaletsiz durumu daha da ağırlaştırmaktadır. Hele ki aşağıda açıklanacağı üzere fiili hizmet süresinin uygulanışıyla ilgili

TBMM üyeleri bakımından birçok lehe istisnanın kabul edildiği dikkate alınırsa⁵⁶.

2013'te yeniden bu haktan yararlanmaya başlayan basın çalışanları ne derece ağır ve yıpratıcı koşullarda çalışıyorsa, daha önce bu haktan yararlanırken sonradan kapsam dışına alınan gemiadamları yahut 5510 sayılı Kanun ilk halinde olup da 5754 sayılı Kanun ile çıkarılan havayolu ve demiryolu çalışanları, PTT dağıtıcıları da en az basın çalışanları, TBMM üyeleri kadar, hatta onlardan daha fazla ağır ve yıpratıcı koşullar altında çalışmaktadırlar⁵⁷. Dolayısıyla 2013 tarihli 6385 sayılı Kanununun gerekçesi "yaşanan mağduriyetin giderilmesi" olduğuna göre, basın ve TRT çalışanları dışında bu meslek gruplarının da kapsama alınması gerekirdi.

5510 sayılı Kanununun 40. maddesiyle ilgili 2005'ten 2018'e kadar olan dönemde yaşanan bu gelişmelerden, kanun koyucunun fiili hizmet süresi zammının uygulanacağı ağır ve yıpratıcı işlerin belirlenmesiyle ilgili belirli objektif ölçütlerden hareket etmediği⁵⁸, bir yandan Kurum üzerindeki mali yükü nedeniyle mümkün olduğunca kapsamın daraltılması hedeflenirken, diğer tarafta TBMM nezdinde kulis imkanı olan meslek gruplarının, başta TBMM'nin kendi üyeleri, lobi faaliyetleriyle Meclisi kendileriyle ilgili tasarrufta bulunmak üzere rahatlıkla etkileyebildikleri, dolayısıyla kapsamın objektifliği bir yana, Anayasa Mahkemesinin 2006 tarihli iptal kararlarının gerekçesi eşitlik ilkesinin hiçbir surette gündeme gelmediği, göz ardı edildiği anlaşılmaktadır.

VI. Örnek Yabancı Ülke Düzenlemeleri ve Olması Gereken Yaklaşım

Yaşlılık sigortasında emeklilik koşullarını kolaylaştırıcı bir faktör olarak fiili hizmet süresi zammı konusunda eşitlik ilkesini mutlak surette temin eden objektif ve genel geçer bir ölçüt bulunmamaktadır. Her ülkenin demografik koşulları farklı olsa da ölçütler objektif olduğu oranda, eşitlik ilkesi ile sosyal adalet güvence altına alınır.

Alman sosyal sigorta mevzuatı incelendiğinde bir istisna hariç tüm sigortalılar hakkında tek tip emeklilik rejiminin geçerli olduğu görülür. İstisna, mülga 506 sayılı Kanunu 60/E maddesi ile benzer şekilde maden işlerinde çalışan sigortalılar hakkındadır. Ağır ve yıpratıcı işlerde çalışan sigortalılar lehine emeklilik koşullarında bir kolaylaştırma Almanya'da tartışma konusu olmuştur. Alman Federal Meclisinin 14.09.2021 tarih ve WD6-3000-076/21 sayılı Avrupa'da Emeklilik Sigortalarında Ağır ve Yıpratıcı İşlerin Dikkate Alınması başlıklı raporunda⁵⁹, belirli mesleklerde çalışmanın bedenen ve ruhen yıpratıcılığına vurgu ile erkekler örneğinde 65 yaşından sonra ortalama yaşam

⁵⁶ Bkz. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 509.

⁵⁷ Gemiadamları yönünden bu değerlendirme için bkz. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 509.

⁵⁸ Caniklioğlu, 127; Başbuğ, 117 vd.

⁵⁹ <https://www.bundestag.de/resource/blob/865600/895ac658dcf299d79d1762566730356b/WD-6-076-21-pdf-data.pdf>

süresinin 20 yıl öngörüldüğü halde, ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanlar için bu sürenin 16 yıla düşüşü tespiti vardır.

Raporda fiili hizmet süresi zammı benzeri bir kurum ile ağır işlerde çalışanların erken emekli olabilmelerine imkân tanınmasının, altı çizilen olumsuzluğa çare olabileceği; ancak hangi çalışanların bu kapsama alınacağını belirlenmesinde adil ve herkesin onaylayacağı bir ölçütün belirlenmesinin, çözümü neredeyse imkânsız sorunlara neden olacağı bildirilmiştir. Çünkü konuyla ilgili değerlendirme lobi faaliyetlerine yatkındır ve Fransa ile Yunanistan örneklerinde olduğu üzere emeklilik sisteminin parçalanmasına neden olma potansiyeli yüksektir. Bu nedenle Almanya'da konu hakkında çözüm yolu olarak yasal düzenlemeler yerine, toplu pazarlık sistemine işaret edilmektedir. Bu ülkede mevcut durumda fiili hizmet süresiyle ilgili mevzuat hazırlıklarının askıya alındığı söylenebilir.

Avrupa Birliği ülkelerinin hemen hemen tamamında fiili hizmet süresi zammı ya da benzeri düzenlemeler vardır⁶⁰. Ancak bunlardan Avusturya mevzuatı olması gereken bakımından örnek alınabilir en iyi düzenleme olarak gözükmektedir. Avusturya'da 01.09.2003'de konuyla ilgili Tüzüğün hazırlıklarına başlanmış, 09.03.2006'da kabul edilmesini takiben 01.01.2007'de yürürlüğe girmiştir.

Tüzüğün diğer ülke mevzuatlarından ayrılan en önemli yönü, zorlu işlerin dikkate alınmasında çalışmanın bağımlı ya da bağımsız olması arasında bir fark gözetilmemiş olmasıdır⁶¹. Yabancı ülkelerde ve Türkiye'de fiili hizmet süresinin bağımlı çalışmalara özgü olduğu yolunda genel geçer bir kabul vardır, bu konu yukarıda değerlendirilmiştir⁶².

Tüzükle ilgili daha da önemlisi, ağır ve yıpratıcı işler/işyerleri mevzuat ile statik biçimde belirlenmemiş, mühendis, hekim odaları dahil ilgili sosyal tarafların görüşünün alınarak tespit edilmesi, gerektiğinde güncellenmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda hazırlanan cetvelde, inceleme konumuz 40. maddedeki cetveldən esaslı şekilde bir farklılık vardır. Avusturya'da belirli meslek grupları ya da işyerlerine değil, ağır ve yıpratıcı niteliğiyle bağlantılı olarak çalışanın vücut ve ruh bütünlüğünü bozucu şartlara yer verilmiştir. Çok sayıda "şarttan" bazılarını burada örnek olarak saymak gerekirse⁶³,

Z 1 "... gece boyunca da (düzensiz gece çalışması), yani her durumda en az altı saat ve ayda en az altı iş günü olmak üzere 22:00 ile 06:00 saatleri arasında vardiyalı çalışma veya dönüşümlü hizmet", bu saatlerinin ağırlıklı olarak (en az yarısı) hizmete hazır olma halini içermesi şartıyla.

⁶⁰ Bkz. Çavuş, 116 vd.; Başbuğ, 16 vd.

⁶¹ Milisits, 37.

⁶² Bkz. yukarıda IV, A.

⁶³ Tam liste için bkz. Milisits, 41 vd.

Z2 Düzenli olarak sıcak ya da soğuk şartlarda çalışma.

Z3 En az %10 engelliliğe neden olan kimyasal veya fiziksel koşullar altında çalışma.

Z4 Sekiz saatlik mesaide erkeklerin 2000 ve kadınların 1400 kalori enerji harcamasını gerektiren ağır fiziksel şartları olan işler (normal potansiyelin üzerinde bir eforu gerektirme)

Fiili hizmet süresi zammından yararlanacak sigortalıların fiili hizmet süresi zammının amacına uygun olarak yapılan işin beden ve ruh sağlığına etkilerinden hareket ile tespiti, Alman Federal Meclisinin ilgili raporunda işaret edilen kapsamın objektifliği açısından olası en ideal yoldur.

5510 sayılı Kanununun 40. maddesinin yeniden düzenlenmesinde, burada sayılan diğer unsurların dikkate alınması objektiflik açısından çok önemlidir. 1400 kalori enerji harcaması örneği bağlamında, gemiadamlarının işlerini ilgili asgari 4750 kalorinin karşılanması şartına atıfta bulunuruz.

Avusturya'da olduğu gibi, diğer bazı AB ülkelerinde ve İsviçre'de ağır işler için yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Genellikle ya belirli sayıda yıllık katkılara ve/veya zorlu işlerde belirli bir süreye dayalıdır. Erken emeklilik yaşı cinsiyete, mesleğe veya prim ödeme yıllarının sayısına göre değişiklik göstermektedir⁶⁴.

VII. Fiili Hizmet Süresi Zammının Uygulanışı

A) Yararlanma şartları

1. Sigortalılık statüsü bakımından

Kırkinci madde fiili hizmet süresi zammından yararlanacak sigortalıların tespitiyle başlamaktadır: "Aşağıda belirtilen işyerlerinde ve işlerde 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamında çalışan sigortalılar". Yönetmelik bu hususu "fiili hizmet süresi zammı kapsamına tabi işyerlerinde ve işlerde malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarına tabi çalışanlar" şeklinde ifade etmiştir (m. 5/4). Bundan maddenin bağımlı çalışan sigortalıları kapsadığı⁶⁵, bağımsız çalışan sigortalıların madde kapsamında olmadıkları anlaşılır⁶⁶. Bağımsız çalışanların fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmaması, yukarıda mülga 1479 sayılı Kanunla ilgili açıklamalarımızda eleştirilmiş, konuyla ilgili gerekçeler ortaya konulmuştur⁶⁷.

Fiili hizmet süresi zammının amacı, işlevleri uzun vadeli sigortalara ilişkin olmakla, 5. madde uyarınca haklarında sadece kısa vadeli sigortalar ile belir-

⁶⁴ Çavuş, 156 vd.; Başbuğ, 16-17.

⁶⁵ Aslanköylü/Karaoğlu, 1069.

⁶⁶ Çavuş, 139; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 605; Uşan, 213; Uşan/Erdoğan, 401; Esen, 114; Aslanköylü/Karaoğlu, 1069; Mutlay, 465; Kayırgan, 130.

⁶⁷ Bkz. yukarıda IV, A.

li şartlarda genel sağlık sigortası uygulanan kısmi sigortalılarının 40. maddeden yararlanamayacaklarında tereddüt yoktur⁶⁸. Yoksa kısmi sigortalıları düzenleyen 5. maddede haklarında 4a hükümlerinin uygulanacağından söz edilmesi, sadece kısa vadeli sigortaların uygulanışı ile primlerin ödenmesi bakımından 4a sigortası gibi işlem yapılacağına vurgudur. Bilindiği üzere kısa vadeli sigortalılarının yararlanma koşulları ile uygulanışı bakımından 4a ve 4b sigortalılar arasında esaslı farklılıklar bulunmaktadır.

Kapsamdaki sigortalılar açısından bir başka özellik, emekli olduktan sonra sosyal güvenlik destek primine tabi çalışan sigortalılar hakkındadır. Emekli olarak çalışanların fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmaması, bunun ağır ve yıpratıcı işlerde çalışan sigortalılar lehine uzun vadeli sigortalarda edime hak kazanma şartlarının kolaylaştırılması işleviyle ilgilidir. Çalışan kişi zaten emekli ise, emeklilik şartlarında kolaylaştırma ihtiyacından söz edilemez⁶⁹. Ancak bu açıklamalarımız sosyal güvenlik destek primine tabi çalışan emekliler hakkındadır. Yoksa emekli kişi aylığını kestirip tüm uzun vadeli sigorta kollarına tabi olacak şekilde yeniden çalışmaya başlarsa, hakkında 40. madde aynen geçerli olacaktır.

2. Sigortalının belirli işyerlerinde belirli işi yapıyor olması ölçütü

Sosyal sigortalar hukukunda fiili hizmet süresi zammının en sorunlu, yüksek yargı kararlarına konu olan yönü, hangi sigortalıların bu haktan yararlanacağı sorusunun yanıtlanmasıdır. Bu, hangi işlerin emekliliği kolaylaştırmayı haklı gösteren derecede ağır ve yıpratıcı olduğunun tespitiyle ilgili olup, konu farklı meslek gruplarının subjektif bakış açılarından ele alındığı durumda, 40. maddedeki gibi sadece lobi faaliyetlerinde güçlü meslek gruplarını kapsayan, dolayısıyla eşitlik ilkesi bakımından kabul edilemez bir tablo ortaya çıkar. Üstte de belirtildiği üzere kapsamın belirlenmesiyle ilgili doğru yaklaşım, belirli işlerin ve/veya kişilerin esas alınması değil, Avusturya örneğinde olduğu üzere hangi işyerinde, işte çalıştığından bağımsız olarak, işin sigortalının beden ve ruh sağlığını bozucu somut etkilerinden hareketle belirlenmesidir⁷⁰.

Kırkıncı maddeye düzenleme şeklinde belirli işlerde veya işyerlerinde (1. sütun) görevli olmak gerektiği; ancak bunun kapsama girmek için yeterli olmayıp, bu işlerde veya işyerlerinde tablonun ikinci sütununda sayılan işlerden birinde fiilen çalışıyor olmak, dolayısıyla söz konusu işin risklerine maruz kalmak gerekir⁷¹. Yönetmelikte bu yön, "Fiili hizmet süresi zammı uygulamasından ...tablonun birinci sütunundaki işler/işyerlerinde çalışan ve ikinci

⁶⁸ Ergin, 186.

⁶⁹ Kayırgan, 130.

⁷⁰ Bkz. yukarıda VI.

⁷¹ "İtibari hizmet süresi hak ve olanağından yararlanmak için, maddede yazılı fiziksel koşullarla birlikte iş kolu ve iş yeri şartlarının da gerçekleşmesi zorunluluğu bulunmaktadır", YHGK 16.04.2019 E. 2015/823 K. 2019/467.

sütunda belirtilen işleri yaparak söz konusu işlerin risklerine maruz kalan sigortalılar yararlandırılır” (m. 5/1) şeklinde vurgulanmıştır.

Genel bir bakışta bu düzenleme şeklinin kendi içinde tutarlı olduğu söylenebilir. Çünkü bir işyerinde yapılan işler ilgili işkoluna göre çok farklılık gösterebilir. İşyeri iş organizasyonu, aynı üretim amacına yönelen çok sayıda farklı işlerin bütününden oluşur. Bu bütünlükte her işin çalışanların sağlıklarıyla ilgili eşit ağırlıkta yükleri olmayabilir. Örneğin tüm iş kollarında üretim yapılan birimler dışında, aynı yerde büro hizmetlerinde çalışan personelin fiili hizmet süresi zammından yararlanmaları düşünülemez. Yönetmelikteki “Kontrol, denetim ve idareciliğin gerektirdiği gözlem ve benzeri amaçlarla kısa süreli çalışmalar, bu işlerin fiilen yapılmayıp işin yönetim görevinin yapılması ... durumlarda sigortalılar fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlandırılmaz” (m. 5/5) hükmü, bu durumu vurgular niteliktedir. Yönetmelikte bu şekilde açıkça ifade edilmese bile, görevi itibariyle ağır ve yıpratıcı etkilere maruz kalmayan işçilerin, idari amaçlarla ağır ve yıpratıcı etkenlerin bulunduğu birimlerde kısa süreli çalışmalarının onları fiili hizmet süresi zammının kapsamına almayacağı açıktır. Bu şekilde kısa süreli çalışmaların belirli bir periyotta düzenli olması sonucu değiştirmeyecektir. Çünkü bu kısa süreli çalışmaların amacı, ağır ve yıpratıcı etkiye sahip işin yürütülmesi değil, denetimdir. Başka deyişle sigortalının sağlığı üzerinde emekliliğinde kolaylaştırmayı gerektirir düzeyde bir yüke maruz kaldığından söz edilemez. Ancak burada fiili hizmet süresi kabul edilen bir işte veya işyerlerinde maddede sayılan işlerden birini yapan sigortalının aynı zamanda görevli olduğu birimde ayrıca denetime ilgili bir görevinin olduğu haller ayırt edilmelidir. Zaten Yönetmelikteki “bu işlerin fiilen yapılmayıp işin yönetim görevinin yapılması” ve “kısa süreli çalışmalar” vurgusu, fiili hizmet süresi zammı kabul edilen işin yüklerine hiç ya da kısa bir süre maruz kalmayı vurgulamaktadır.

Bize göre 40. maddedeki “kapsamdaki işler/işyerleri” artı “kapsamdaki sigortalılar” unsurlarının bir arada gerçekleşmesinin aranmasındaki hata, nasıl ki ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığı bir işyerinde çalışan herkes görevli oldukları iş itibariyle bu yüklere maruz kalmayabiliyorsa, tersi durumda somut olarak yaptığı iş sağlığı üzerinde yük oluşturan bir sigortalının çalıştığı işyerinin ilgili tablonun birinci sütununda geçmemesi de ihtimal dahilindedir⁷². Bu nedenle Yönetmeliğin “Ayrıca sigortalıların çalıştıkları işyerinin esas faaliyet alanı birinci fıkrada yer alan tablodaki belirtilen işler kapsamında olmasa da işyerinin faaliyet alanının bir bölümünde gerçekleştirilen işin birinci fıkrada yer alan tablodaki belirtilen işler kapsamında olması durumunda bu bölümde çalışan sigortalılar fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlan-

⁷² “506 sayılı K. ek m. 5’in Anayasa Mahkemesinin iptaline konu olan “azotlu gübre ve şeker sanayiinde fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar” hükmüyle ilgili öğreti eleştirileri, bu yönü vurgular niteliktedir, bu eleştiriler için bkz. Canikioğlu, 130-131; Başterzi, 235.

dırılır” (m. 5/6) hükmü tereddütsüz isabetlidir ancak olası mağduriyetlerin önüne geçmek için yeterli değildir.

Kapsama dair olması gereken düzenleme şekliyle ilgili Anayasa Mahkemesinin şu tespiti mutlaka dikkate alınmalıdır:

“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”⁷³.

Anayasa Mahkemesinin gerekçesindeki “hangi iş kolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi”, fiili hizmet süresi zammıyla ilgili yasal düzenlemenin hazırlanmasında çıkış noktası olmalıdır. Böyle bir düzenleme ise ancak hemen üstte açıklanan Avusturya örneğinde olduğu üzere⁷⁴ sigortalılar bakımından kapsamın belirli işyerleri/işler üzerinden değil sigortalıların yaptıkları işe bağlı olarak maruz kaldıkları ağır, yıpratıcı etkenlerin niteliğini ya da niceliğini esas alan objektif ölçütler ile mümkündür.

a) Kapsamdaki işler/işyerlerine dair şartlar

Kırkıncı maddedeki tabloda kapsamdaki işler ile işyerleri sınırlı sayı prensibine tabi olarak sayılmıştır⁷⁵. Maddedeki sayımda “kapsamdaki işler/işyerleri” sütununda bazı bentler ağır ve yıpratıcı etkenlerin kaynağı iş, faaliyetin konusu üzerinden ve bazıları ise fiziki mekân olarak işyeri üzerinden tespit edilmiştir. İlkine örnek 1) kurşun ve arsenik işleri, 15) itfaiye ve yangın söndürme işleri vd. iken ikincisine örnek 2) cam fabrika ve atölyeleri, 4) çimento fabrikaları vd.dir. Yirmi bent halindeki sayımda baskın yaklaşım, fiziki bir mekânı tarif eder biçimde işyerleri üzerinden tespittir.

Ancak maddede ister iş isterse de işyeri olarak geçsin, bunların içeriğinin doldurulmasında kapsamdaki sigortalılar sütunundaki sayımın göz önünde

⁷³ AYM 04.10.2006 E. 2002/157 K. 2006/97, RG. 27.03.2007, 26475.

⁷⁴ Bkz. yukarıda VI.

⁷⁵ Güzel/Okur/Canikioğlu, 601; Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 507.

bulundurulması gerekir⁷⁶. Çünkü iş ve işyeri bazı durumlarda, fiili hizmet süresi zammının kapsamına alınmayı gerektiren ağır ve yıpratıcılık unsurunu vurgulamak bakımından yeterli olmayabilir. Kırkıncı maddede hem iş hem de işyeri olarak tanımlanan çalışmalarda, asıl işin unsuru faaliyetler çoğunlukla yıpratıcılık içerirse de bu mutlak değildir. İşyerinin, işin organizasyonel bütünlüğünde nihai üretim amacına yönelik asıl ya da yardımcı çok sayıda faaliyet bir arada yürütülürse de fiili hizmet süresi zammı açısından odaklanılması gereken nihai sonuç değil, bu sonucu ortaya çıkarmaya yönelik faaliyetlerden ağır ve yıpratıcı olanların ayırt edilmesidir. Kırkıncı madde sistematüğinde ayırt etme, sigortalının fiilen yaptığı işi tarif eden “kapsamdaki sigortalılar” sütundan hareket ile olacaktır.

Yargıtay konuyla ilgili farklı yönde kararlarından sonra, bize göre isabetli biçimde ilgili işyerini ya da işi değil, yürütülen işin yıpratıcılığını esas alan kararlar vermeye başlamıştır. Bu konuda yargı önüne gelen uyuşmazlıkların büyük bir bölümü, 506 sayılı Kanun ek m. 5'teki “Basım ve gazetecilik işyerlerinden 1475 sayılı Kanun ve değişikliklerine göre çalışan sigortalılar” hakkındadır. Çekişme, burada geçen basım işinin matbaa işyerinde mevkiye çıkarmaya yönelik olması ile sınırlı olup olmadığıdır. Örneğin Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 05.07.2018 tarih ve 1574/6051 sayılı kararında, HGK'nın 07.02.2018 tarih ve E. 2015/21-3371 K. 2018/129 sayılı kararına atıf ile “Söz konusu maddede, basım ve gazetecilik iş yeri birlikte ifade edilmişse de gazetecilik işi yapılmayan sadece basım işi yapılan iş yerlerinde çalışan sigortalıların da, maddenin alt bentlerinde sayılan koşullardan herhangi birisi oluştuğu takdirde itibari hizmetten yaralanacakları açıktır. Ancak ‘Basım’ işinin matbaa iş yerinde mevkiye çıkarmaya yönelik olduğunun kabulü gerekmektedir” görüşünü açıklamıştır⁷⁷.

Ancak HGK 2021 yılından itibaren verdiği çok sayıda kararda isabetle ek m. 5'teki “Basım ve gazetecilik işyerlerinden” mevkiye çıkarmaya yönelik olma sınırlandırmasına ulaşamayacağı görüşünü bildirmiştir⁷⁸. HGK'ya göre, maddede basım ve gazetecilik işyeri birlikte ifade edilmişse de gazetecilik işi yapılmayan sadece basım işi yapılan işyerlerinde çalışan sigortalıların da maddenin alt bentlerinde sayılan koşullardan herhangi birisi oluştuğu takdirde itibari hizmetten yararlanacakları açıktır... Hızla gelişen teknolojinin bir sonucu olarak matbaalar, tekstilden ambalaja, elektronik aletlerden duvar

⁷⁶ Güzel/Okur/Caniklioglu, 603.

⁷⁷ Kararında devamında şu sonuca varılmıştır: “davalı iş yerinde kağıt ve karton üzerine ambalaj baskı (fabrikada esas olarak kağıt ve karton üzerine sigara ambalaj baskısı) işleri yapıldığı, söz konusu iş yerinde basım ve gazetecilik adına herhangi bir faaliyette bulunulmadığı, basım iş yerinin mevkiye çıkarmaya yönelik olarak faaliyet göstermesi gerektiği, bu nedenle davalı iş yerinin 506 sayılı Kanunun Ek 5'inci maddesinde belirtilen itibari hizmet süresinden yararlanılabilecek iş kollarına girmediği, itibari hizmet süresinde işçi yararına yorum ilkesi ile iş yeri alanlarının genişletilemeyeceği, bu durumda davanın reddi gerektiği...”.

⁷⁸ Örneğin bkz. HGK 09.12.2021 E. 2019/187 K. 2021/1637.

kâğıtlarına birçok alanda vazgeçilmez bir öge olarak yerini almıştır. Matbaanın bu kadar geniş bir alanda kullanılmasına rağmen 506 sayılı Kanun'un Ek 5. maddesinde düzenlenen basım işyerinin mevkiye çıkarmaya yönelik olarak faaliyet gösteren işyeri kabul edilmesi hak ve eşitliğe uygun kabul edilemez".

HGK'nın artık yerleşik halini aldığını söyleyebileceğimiz, fiili hizmet süresi zammının kapsamının belirlenmesinde Kanunun işe, işyerine ve sigortalılara dair hükümlerini, sigortalının sağlığı üzerinde yük olması yönünden hareketle değerlendirmesi isabetlidir.

b) İşyerinde seri ve sürekli üretim yapılması ve bir grup işçinin çalışması şartı

Yönetmelikte, kapsamdaki işler/işyerleri bakımından 40. maddede olmayan bazı sınırlandırmalara yer verilmiştir.

Bu sınırlandırmalardan ilki, "Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan tablonun (1) ila (9) numaralı sıralarında belirtilen işyerlerinin Kanun kapsamında değerlendirilebilmesinde; bu işyerlerinde seri ve sürekli üretim yapılması ve bir grup işçinin çalışması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir" (m. 6/3) hükmüdür. Yönetmelik m. 5'teki (1) ila (9) numaralı sıralarında belirtilen işler/işyerleri, yasallık ilkesi gereği 40. madde ile kelime kelimesine aynıdır. Buna rağmen Yönetmelikte buralarda (1) seri ve sürekli üretim yapılması ve (2) bir grup işçinin birlikte çalışması şartlarının bir arada aranması hem idarenin sosyal güvenlik hakkına kanunda olmayan bir sınırlama getirmesi anlamına gelmekte hem de fiili hizmet süresi zammının hareket noktası olarak yapılan işin sigortalının sağlığı üzerinde yük olması unsuru bakımından eleştiriye kapı aralamaktadır.

Yönetmelikteki seri ve sürekli üretim yapılması ile bir grup işçinin çalışması şartlarının, işin yıpratıcı, dolayısıyla çalışanların sağlıkları üzerinde yük olması ile teknik açıdan bir ilişkisi yoktur. Diğer yandan üretimin seri ve sürekli olması göreceli, subjektif bir ölçüttür. İşveren para kazanma şeklindeki işletmesel amacına yönelik bir işyeri açtığında burada sürekliliği olan iş organizasyonu oluşturur. Serinin sözlük anlamı ardı ardına, hızlıdır, dolayısıyla serilik ve süreklilik işyerinde faaliyetin devamlılığı niteliğini vurgulamak amacıyla.

İki sıra numaralı cam fabrika ve atölyeleri, bu sınırlamaya iyi bir örnektir. Bu işyerleriyle ilgili ikinci sütundaki kapsamdaki sigortalılar olarak fabrika ya da atölye ayırt etmeksizin cam üretimiyle ilgili işlerin hemen hemen tamamı sayılmıştır. Dolayısıyla cam üretimi yapılan büyük bir fabrikanın değil, atölyenin söz konusu olduğu, sipariş geldikçe üretim yapıldığı, iş hacmi itibarıyla 1-2 kişinin dahi yeterli olduğu bir işyerinin, Yönetmelikteki bu sınırlandırma nedeniyle fiili hizmet süresi zammından yararlanamayacağını söylemek isabetli değildir. Yönetmelikte 'seri ve sürekli üretim yapılması' denilerek işye-

rinde fiili çalışma olmayan sürelerle ilgili zam uygulanmasının önüne geçilmek isteniyorsa, bu doğrudur. Ancak bunu önlemenin yolu “işyerinde üretim yapılan sürelerle sınırlı” şeklinde bir ölçüt koymak olabilir, yoksa üretimin seri ve sürekli olmadığı gerekçesi ile işyerlerini tamamen kapsam dışına atmak değil.

İşyerinde üretimin seri ve sürekli olması şartıyla birlikte gerçekleşmesi aranan diğer bir şart, bir grup işçinin birlikte çalışmasıdır. Hemen üstteki üretimin seri ve sürekli olmasıyla ilgili eleştirilerimiz bu ikinci şart hakkında da aynen geçerlidir. Örneğin küçük bir cam atölyesinde sadece iki kişinin çalıştığı durumda, bu kişiler fiili hizmet süresinden yararlanamayacak mıdır? Bu soru olumsuz yanıtlanmalıdır çünkü işyerinde ister iki isterse de ikiyüz kişi olsun, fiili hizmet süresi zammından yararlanmayı gerektiren olgu yapılan işin yıpratıcı, erken yaşlanmaya neden olan etkilerine maruz kalmadır.

Yönetmelikte Kanunda olmayan seri ve sürekli üretim yapılması ve bir grup işçinin çalışması şartlarının bir arada aranması, ilgili işin ve işyerinin Kanunda sayılan kapsamda olup olmadığının tespitiyle ilgilidir. Zaten bu durum söz konusu sınırlandırmanın, Yönetmeliğin ‘fiili hizmet süresi kapsamındaki işyeri ve işlerin tespiti’ başlıklı 6. maddesinde geçmesi ile sabittir. Bu surette tespit ve değerlendirme ile görevlendirilen personelin dikkate alması gereken bir ölçüt olduğu söylenir ancak mutlak bağlayıcı değil. Hemen üstte işaret ettiğimiz çekinceler gözetildiğinde, bu ölçütün HMK 190/2. madde anlamında aksi ispat edilebilir kanuni karine olduğu kabul edilmeli, her somut işyerinin şartlarında farklı değerlendirme mümkün olmalıdır.

c) Riskin ve zararlı faktörlerin etkilerinin ortadan kaldırılması

Yönetmelikte işin veya işyerinin 40. maddedeki listede sayılanlar kapsamında olup olmadığıyla ilgili, Kanunda dayanak bulmayan bir başka hususa daha yer verilmiştir. Yönetmeliğe göre “... tablodaki işleri yapmakla birlikte işin otomasyonla yapılması, ileri teknolojilerin kullanılması gibi sebeplerle riskin ve zararlı faktörlerin etkilerinin ortadan kalktığı durumlarda sigortalılar fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlandırılmaz” (m.5/5). Bize göre bu sınırlandırma idarenin kanunda dayanak bulmayan bir tasarrufu niteliğinde olup, bunun 40. maddedeki tablonun bütünlüğünde tutarlı biçimde uygulanması olanaklı değildir. Her işveren işyerinde 40. maddede sayılan işlerden biri yürütülüyor olsa bile kullandığı yüksek teknoloji nedeniyle fiili hizmet süresi zammının uygulanmaması gerektiğini ileri sürebilir. Diğer yandan aşağıda inceleneceği üzere örneğin 18. sıradaki TBMM üyeleri bakımından sadece kadroda olmanın yeterli görüldüğü yahut 13. ve 14. sıralardaki güvenlik personelinin ücretsiz izin süreleri hariç, yıllık izinler gibi fiilen çalışmadığı sürelerin de kapsama alınıp, fiilen yıpratıcı yüklerle maruz kalmanın aranmadığı ihtimalde, otomasyon ve ileri teknoloji gibi sebeplerle zararlı faktörlerin etkilerinin kaldırıldığı gerekçesiyle fiili hizmet süresi zammından yararlandırmama 40. maddenin düzenleme amacına ve şekline aykırıdır.

Tablodaki bazı iş ve işyerlerinde yürütülen faaliyetin, mesleğin doğası gereği riskin ve zararlı faktörlerin etkilerinin ortadan kaldırılmasından söz edilemez. Kırkıncı maddedeki tablonun 10. sırasından itibaren yer alan tüm işler ve işyerlerinin bu nitelikte olduğunu düşünüyoruz. İnsan unsurunun olmazsa olmaz olduğu her durumda, yapılan işin olumsuz etkilerine maruz kalmadan söz edilir. Başka deyişle burada incelenen Yönetmelik hükmünün uygulanabileceği tek ihtimal, üretimle ilgili fonksiyonlarda bir kişinin dahi yer almadığı, otomasyon suretiyle tamamen makinelerle üretim yapılan yerler olabilir.

d) Kapsamdaki işyeri ve işlerin tespiti usulü

Yönetmelikte somut bir işin ya da işyerinin fiili hizmet süresi zammı kapsamında olup olmadığının tespitiyle ilgili özel bir usul düzenlenmiştir (m.6). Maddede iki ihtimalden hareket edilmiştir. İlki somut bir işin ya da işyerinin 40. madde kapsamında olup olmadığı, ikincisi de somut bir sigortalının görevli olduğu iş itibarıyla fiili hizmet süresinden yararlandırılıp yararlandırılmayacağına ilişkin tespiti. İlk usulde tespit ve değerlendirme için Kurumun kendisi değil Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının teftiş birimleri yetkilendirilmiştir. Sigortalı özelinde tespit ve değerlendirme ise Kurumun kendi denetim birimleri eli ile yapılacaktır.

İster fiili hizmet süresi zammı ile ilgili olarak yapılan şikâyet ve ihbarlar nedeniyle isterse de işverenlerin veya sigortalının başvurusu üzerine olsun, bir işyerinin fiili hizmet süresi zammı kapsamında olup olmadığı hususunda uyuşmazlık ortaya çıktığında, Kurum, öncelikle Bakanlık iş müfettişleri veya İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğüne görevlendirilen denetim personelinin görüşüne başvurmak zorundadır. Bu denetim personelinin ilgili işyerinde yapacağı denetim sonucunda hazırlayacağı rapor, Kurumun nihai kararının dayanağı olacaktır⁷⁹.

Kurum bu usulde Bakanlığa teftiş başvurusunda bulunurken, kendi yazılı görüşünü başvuru evrakına eklemek zorundadır. Teftişin kapsamı, somut işyerinin ve işin, (1) 40. maddede yer alan tabloda nitelikleri belirtilen kapsamda olup olmadığı ile (2) sigortalının bu işyeri ve işte fiilen çalışıp çalışmadığı hususlarıdır. Söz konusu teftiş, işyerinin ve işin niteliği dikkate alınarak gerekli görülen hallerde, Bakanlığın ilgili birimleri veya ilgili kamu idarelerinde konusunda uzman personelin katılımı ile müşterek yapılabilir.

Sigortalıların 40. maddede sayılan işler/işyerlerinde fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlandırılıp yararlandırılmayacağı hususları ise, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurları aracılığıyla inceleme yaptırılarak tespit edilebilir. Bu denetim 5510 sayılı Kanununun 59. maddesindeki yetkiler ve usul dairesinde yürütülecektir.

⁷⁹ Çavuş, 133.

3. Zammın ilgili işte fiilen çalışılan sürelerle sınırlı uygulanması

a) Genel kural

Fiili hizmet süresi zammından yararlanmak için sigortalıların 40. maddedeki listede yer almaları yeterli değildir⁸⁰. O işyerinde fiilen yaptığı iş itibariyle, fiili hizmet süresi zammının amacına uygun olarak kapsama alınan işte çalışarak yıpratıcı etkilerine maruz kalıyor olması gerekir⁸¹. Kırkıncı maddeye göre “Çalışmanın fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilebilmesi için, tablonun (13) ve (14) numaralı sıralarında belirtilen sigortalılar hariç sigortalının kapsamındaki işyerleri ile birlikte belirtilen işlerde fiilen çalışması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalması şarttır”. Bu nedenledir ki Yönetmelikte “Fiili hizmet süresi zammı kapsamına tabi işyerlerinde ve işlerde çalışmadığı halde, söz konusu işyerleri ve işler kapsamında gösterilmek suretiyle fiili hizmet süresi zammından yararlandığı tespit edilenlerin bu süreleri iptal edilir” hükmü vardır (m.5/6). Sosyal sigortaların temel ilkelerinden zorunluluk (5510 sK m.92) fiili hizmet süresi zammı hakkında da aynen geçerlidir. Yoksa mesele sadece artı primlerin ödenmesi değildir.

Kapsamdaki sigortalıların fiili hizmet süresi zammı niteliğinde itibari prim ödeme gün sayısından yararlanabilmeleri, çalışmalarının “bu işyerlerinde ve işlerde geçen çalışma süreleri” ölçüsündedir. Sigortalının görevi gereği çalışmasının bir bölümü kapsamındaki işyerinde ve işteyse ve bir bölümü değilse, örneğin yeraltında münavebeli çalışanlar, yer altında çalıştığı sürelerle sınırlı bir yararlanma mümkün olacaktır. Başka deyişle fiili hizmet süresi zammı, çalışmanın ağır ve yıpratıcı işlerde geçen kısmı ile sınırlı uygulanır⁸². Sigortalının görevli olduğu işin yıpratıcı etkilerine maruz kalmadığı fiilen çalışmasının geçen süreler de fiili hizmet süresi zammına esas olmaz⁸³. Örneğin yıllık izin, hafta ve genel tatil yahut istirahat raporu gibi nedenlerle çalışılmayan süreler⁸⁴. Yönetmelik bu hususta “... tablonun (18) numaralı sırasında yer alanlar hariç, fiili hizmet süresi zammı kapsamında olan işyerlerinde çalışan sigortalıların çalışılan ayın bazı günlerinde kapsam dışı işlerde geçen süreleri ile kapsamda olan işlerde fiilen çalışmayarak risklerine maruz kalmadıkları 17/3/1981 tarihli ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda belirtilen tatil günler ile yıllık izin, ücretsiz izin, ücretli izin, sıhhi izin ve eğitim kurs süreleri Kanununun 40 ıncı maddesi kapsamında değerlendirilmez” kuralını getirmiştir.

Yoksa sigortalıların bu işyerlerinde ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için 60 veya 90 (sadece 10. sırada 180) gün prim ödeme gün sayısı-

⁸⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 600; Uğur, 355.

⁸¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 600; Sözer, 424; Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 509; Sümer, 224; Uşan, 216; Esen, 114; Aslanköylü/Karaoğlan, 1067; Arıcı, 462; Kayırgan, 136; Uğur, 355.

⁸² Bkz. Çavuş, 135; Başbuğ, 103; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 604; Aslanköylü/Karaoğlan, 1067-1068.

⁸³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 600.

⁸⁴ Bkz. Başbuğ, 103.

nın fiili hizmet süresi zammı olarak eklenmesi mutlak değildir. Başka deyişle buradaki 360 gün takvim yılı değil, sigortalının fiili hizmet süresi zammına esas işyerinde veya işte fiilen çalıştığı süreler toplamı 360 gündür. Dolayısıyla sigortalı bir yılı doldurduğunda 40. maddedeki 60 ya da 90 gün zamma hak kazanmış olmaz, hemen altta açıklanan üç istisna hariç yıl içinde fiilen çalıştığı süreler ölçüsünde zamma hak kazanır. Örneğin zammın 60 gün olarak uygulandığı bir işte yıllık izin, hastalık, hafta ve genel tatil gibi nedenlerle fiilen 290 gün çalışan sigortalı, $290 \times 60 / 360 = 48,34$ gün zamma hak kazanacaktır.

b) İstisnalar

Kanundaki fiili hizmet zammından yararlanmak için fiili çalışma ile işin yıpratıcı etkilerine maruz kalma esas işin doğası gereğidir, isabetlidir⁸⁵, bu kurumun uygulanmasında kapsamdaki sigortalılar açısından objektifliğin sağlanmasında büyük öneme sahiptir. Ancak Kanunda fiili çalışma ile işin yıpratıcı etkilerine maruz kalma şartıyla ilgili tablonun 10., 13., 14. ve 18. sıralarında geçen işler, sigortalılar hakkında istisna kabul edilmiştir.

Kırkıncı maddedeki tablonun 10. sırasında geçen yeraltı işlerinin maden ocakları (elementer cıva bulunduğu saptanan cıva maden ocakları hariç), kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altında yapılan işlerde çalışanlar için, fiili hizmet süresi zammından yararlandırılacakları dönem içerisinde kalan yıllık ücretli izin, hastalık nedeniyle verilen istirahat raporu kapsamında sıhhi izin, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri ile eğitim, kurs, iş öncesi ve sonrası hazırlık sürelerinde fiilen çalışma ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalma şartı aranmamaktadır⁸⁶ (Yönetmelik m. 9/8). Bu düzenleme diğer istisnalar dikkate alınmaksızın değerlendirildiğinde, 10. sıra kapsamında çalışan sigortalıların fiilen çalıştığı günler ve çalışmadığı günler ayırımına gidilmeksizin takvim esasları ile her 360 gün için 180 gün zamma hak kazandığı söylenebilecektir. Ancak bu durum mutlak değildir. Kamu hukukuna dahil olan sosyal sigortalarda iş hukukundaki nispi emredicilik geçerli değildir, bu nedenle fiili hizmet süresi zammına hak kazanmak için fiilen çalışma, işin yıpratıcı etkilerine maruz kalma şartına 10. sıradaki sigortalılar lehine getirilen istisna kıyas yolu ile genişletilemez, örneğin ister İŞK m.74'deki gibi kanuna ister toplu iş sözleşmesine isterse de işçi ve işverenin bireysel anlaşmalarına dayansın ücretli ya da ücretsiz izin süreleri fiili hizmet süresi zammı kapsamında görülemez. Özetle 10. sıradaki sigortalılar hakkında, sigortalılığa esas hizmet ilişkisinin fiilen çalışma olsun ya da olmasın hukuken ayakta olduğu her durumda fiili hizmet süresi zammının uygulanması gerektiği söylenemez.

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Caniklioglu, 137.

⁸⁶ Çavuş, 140.

Diğer istisnalar, 13. TSK personeli, 14. Emniyet ile MİT personeli⁸⁷ ve 18. yaşama organı üyeleri ile cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkındadır. Bu kamu görevlilerinin fiili hizmet süresi zammı kapsamına alınmalarında ilgili işin yıpratıcı etkilerine fiilen maruz kalma değil, sadece burada geçen işlerde görevli olma unsuru ön plandadır. Bu husus Yönetmelikte "... tablonun (13) ve (14) numaralı sıralarda çalışan sigortalıların fiili hizmet süresi zammından yararlanabilmeleri için çalışmanın ilgili kamu idaresinde ve belirtilen kadro veya unvanlarda geçmesi, (18) numaralı sırasında yer alanların ise bu görevleri yapması gerekir" şeklinde vurgulanmıştır. Bunun devamı olarak fiili hizmet süresi zammı kapsamında olan işyerlerinde çalışan sigortalıların çalışılan ayın bazı günlerinde kapsam dışı işlerde geçen süreleri ile kapsamda olan işlerde fiilen çalışmayarak, risklere maruz kalmadıkları sürelerin 40. madde kapsamında değerlendirilmeyeceği genel kuralı, 18. sıradaki yaşama organı üyeleri ile cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında uygulanmaz. Bu sigortalılar görevdeki oldukları tüm sürede, fiili çalışmalarının olup olmadığına bakılmaksızın fiili hizmet süresi zammından yararlanırlar.

13. sıradaki TSK personeli ve 14. sıradaki Emniyet ile MİT personelinin durumu ise hemen hemen 18. sıra ile aynıdır, tek fark bu kapsamdaki sigortalıların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa ya da kendi özel kanunlarına dayanan ücretsiz izin sürelerinin hariç tutulmasıdır. Buna göre 18. sıra ile 13.-14. sıraları karşılaştığımızda, 18. sıradaki yaşama organı üyeleri ile cumhurbaşkanı yardımcılarının bu görevleri hukuken devam ettiği sürece zamdan yararlanırken, 13.-14. sıralardaki güvenlik personeli için kısmen daralma ile ücretsiz izin süreleri zammın dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla 13.-14. sıralardaki güvenlik personeli için görevlerinde fiilen çalıştıkları ve çalışmadıkları tüm süreler zammın kapsamındadır; ancak çalışmadıkları sürelerden ücretsiz izinler bundan hariçtir.

Fiili hizmet süresi zammının yıpratıcı işlerde çalışan sigortalılar lehine emekliliği kolaylaştırıcı farazi süreler kazandırma amacından, 40. maddedeki bu istisnaların sistemin bütünlüğünü ihlal ettiği söylenebilir. Çünkü çalışmanın olmadığı durumda yıpratıcı etkilere maruziyetten de söz edilemez. Ancak 18. sıra hariç, 10., 13. ve 14. sıradaki sigortalılar lehine böyle bir istisnayı haklı gösteren nedenler vardır. 10. sıradaki yeraltı işlerinde çalışmanın sigortalıların sağlıkları üzerindeki yükün, tablodaki diğer işlerden daha ağır olduğunda genel bir mutabakat vardır. Örneğin bu nedenledir ki hem mülga mevzuatta hem de 5510 sayılı Kanunda yeraltı işlerinde çalışan sigortalılar fiili hizmet süresi zammından yararlandırıldıktan başka örneğin normalde 60 olan emeklilik yaşı bu sigortalılar için 50 olarak uygulanır (m. 28). Madencilik için 50 yaş fiili hizmet süresi zammı kapsamında indirim uygulanacak normal yaştır. Yeraltının görece ağır çalışma koşullarının dikkate alınması sosyal sigorta alanı ile sınırlı değildir, 4857 sayılı İş Kanunu'nda daha lehe

⁸⁷ Ergin, 184; Başbuğ, 96.

farklı çalışma, izin süreleri ve diğer şartlar düzenlenerek madenciler lehine adeta pozitif ayrımcılık yapılmıştır, isabetlidir.

13. ve 14. sıradaki kamu güvenlik personelinin hizmet ilişkisinde ücretsiz izin süreleri hariç fiilen çalıştıkları ya da çalışmadıkları tüm sürelerin fiili hizmet süresi zammına tabi olması ise bu işlerin tehlike potansiyeliyle ilişkilidir. Bunu ispat eden bir durum 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda bu personelin Kanunun kişi bakımından kapsamı dışında bırakılmış olmasıdır. Bu güvenlik personelinin yaptığı işin tehlike potansiyeli öylesine yüksektir ki iş güvenliği tedbirleri ile dahi bütünüyle bertaraf edilmesi mümkün değildir.

18. sıradaki yasama organı üyeleri ile cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara ilişkin istisnanın ise 40. maddenin kapsamına girmelerinde olduğu gibi sosyal sigortalar hukuku dahilinde makul, tutarlı bir açıklaması yoktur. 18. sıradaki sigortalılarda düzenleyen ve yararlanan kişiler aynı olduğundan, 40. maddenin kapsamına girmeden başka, fiili hizmet süresi zammından yararlanma şartları ve sonuçları bakımından istisnalar ile diğer tüm sıralara göre ayrıcalıklı bir konum elde etmeleri eleştiriye açıktır.

B) Fiili hizmet süresi zammının sonuçları

1. Prim ödeme gün sayısı

Kırkıncı maddede düzenlendiği şekli ile fiili hizmet süresi zammının kapsamındaki sigortalılar lehine birincil faydası, onlara emeklilik şartlarından prim ödeme gün sayısı kazandırmasıdır. Buna göre 40. maddede kapsamdaki sigortalılar lehine kolaylaştırma 5434 sayılı Kanunun 32. maddesi ile benzer şekilde farazi prim ödeme gün sayısı kazandırılmasıdır, yoksa 506 sayılı Kanun ek m. 5'teki sigortalılık süresine bir etkisi yoktur. Bu, 5510 sayılı Kanun sisteminde emekliliğe ilişkin yaş ve prim ödeme gün sayısının ön plana çıkmış olması, esasen sigortalılık süresinin aranmamasıyla ilgilidir.

Tabloda bu farazi süreler bir yıl için 60 ya da 90 gün ve sadece 10. sıradaki yeraltı işleri için 180 gün olarak belirlenmiştir. Şayet sigortalının yaptığı iş tabloda belirtilen işyeri ve işlerden aynı anda birden fazlasına giriyorsa, sigortalılara en yükseğine göre fiili hizmet süresi zammı verilir.

Kanun koyucu fiili hizmet süresi zammı kapsamında elde edilebilecek prim ödeme gün sayılarına bir üst sınır getirmiştir. Böyle bir sınırlandırma, her ne kadar farazi prim ödeme gün sayılarıyla ilgili işverenden ek prim tahsil edilse de fiili hizmet süresi zammı sigorta tekniğinde sigortalılar için tahsil edilen primler ile karşılığı edimler arasındaki dengeyle ilgilidir. Sosyal sigortalarda özel sigortadan farklı olarak primler ile edim arasında tam bir illiyet olmasa, devlet bozulan dengeyi gerekli olduğu ölçüde sisteme para aktarmak suretiyle dengelemekle yükümlü olsa da AY m. 65'de ifade edildiği üzere bu devletin mali gücüyle sınırlıdır. Bu nedenle fiili hizmet süresi zammı ile sigortalılara farazi prim ödeme gün sayısı kazandırılmasında bir üst sınır getirilmesi AY m. 65 kapsamında tedbirlerden olarak görülmelidir.

Belirtmek gerekir ki farazi prim ödeme gün sayısı ile ilgili 10. sıradaki yeraltı işlerinde çalışan sigortalılar için bir sınırlandırma yoktur⁸⁸. Bu hemen üstte incelendiği üzere 40. madde kapsamında sayılan işler, işyerleri arasında yıpratıcılık açısından yeraltı işlerinin özel durumuyla ilgilidir. Yeraltı işlerine dair bu özel durum dışında maddede iki ayrı üst sınır vardır: Sekiz ve beş yıl. Sekiz yıl sadece 13. ve 14. sıradaki kamu güvenlik personeli hakkında geçerlidir. Bunun dışındaki kapsamdaki tüm sigortalılar (1. ila 9., 11.-12. ve 15. ila 20. sıralar) fiili hizmet süresi kapsamındaki işte, işyerinde ne kadar uzun süre çalışırsa çalışsınlar en çok beş yıl farazi prim ödeme gün sayısı elde edebileceklerdir.

Bu prim ödeme gün sayıları, fiilen çalışma karşılığı olan prim ödeme gün sayısına artı farazi sürelerdir. Bu farazi süreler fiili çalışmaya bağlı ödenen primlerin sonucudur, bunlara bağlıdır; ancak ondan bağımsız sürelerdir. Emekliliğe hak kazanmak için gereken 7200 ya da 9000 prim ödeme gün sayısının tespitinde dikkate alınır. Buna bağlı olarak sosyal sigortalarda bir yıl 360 gündür (5510 sK m. 3/15) esasına istisna olduğundan söz edilir. Ancak bu prim ödeme gün sayıları bir çalışmanın karşılığı olmadığından, dolayısıyla bu farazi sürelerle ilgili ayrıca bir prime esas kazanç bulunmadığından, yaşlılık aylığının hesabında dikkate alınmaz⁸⁹.

Fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki prim ödeme sürelerinin farazi olmasının bir başka sonucu, 2829 sayılı Kanuna göre hizmet birleştirmesiyle ilgilidir. Kanuna göre “Kurumlara tabi çeşitli işlerde çalışmış olanların hizmet süreleri, aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla bu Kanuna göre aylık bağlanmasına hak kazanıldığında birleştirilir” (m. 4). Devamında geçerli hizmet süreleri başlıklı 7. maddeye göre de “4 üncü maddede belirtilen hizmet süreleri toplamına; itibari hizmet süreleri ile prim ödenmemiş süreler katılmaz”. Bağlantılı olarak “Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca... kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir” (m. 8). Bir başka tespit, 2829 sayılı Kanunda itibari hizmet süresi tanımlanmamıştır. 506 sayılı K. ek m. 5’te “sigortalılık süresi olarak eklenir” ve hemen akabinde ek m. 6’da da “ek madde 5’de yer alan itibari hizmet süresine ilişkin hükümlerden yararlanırlar” denilmekle, itibari hizmet süresiyle farazi olarak eklenen (prim ödeme gün sayısı değil) sigortalılık süresinin kastedildiği anlaşılır.

Buna göre birleştirmeye esas olan fiili hizmet süreleri olmakla birlikte, 5510 sayılı Kanun 40. ve daha önce mülga 5434 sayılı K. m. 32’de farazi de olsa

⁸⁸ Çavuş, 140.

⁸⁹ Kanunun yaşlılık aylığının hesaplanması başlıklı 29. maddesine göre “Ortalama aylık kazanç, sigortalının her yıla ait prime esas kazancının, kazancın ait olduğu yıldan itibaren aylık talep tarihine kadar geçen yıllar için, her yıl gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenerek bulunan kazançlar toplamının, *itibari hizmet süresi ile fiili hizmet süresi zammı hariç* toplam prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanan ortalama günlük kazancın otuz katıdır”.

sigortalıların prim ödeme gün sayısı olarak kabul edilen süreler olduğuna göre, bu sürelerin hizmet birleştirmesinde dikkate alınması gerektiği söylenebilir. Çünkü bu süreler 2829 sayılı Kanunun 7. maddesindeki itibari hizmet süresi niteliğinde değildir.

Aynı şekilde fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki prim ödeme gün süreleri, 7. maddedeki prim ödenmemiş sürelerden de değildir, fiili hizmet süresi zammı karşılığı işverenlerden uzun vadeli sigortalar kapsamında ek prim tahsil edilmektedir.

Fiili hizmet süresi zammının bir kazanç karşılığı olmaksızın prim ödeme gün sayısı olarak kabul edilmesi, sosyal sigorta tekniği açısından sigortalılara sağlanan edimlerle ödenen primler arasındaki dengeyi bozucu etkiye sahiptir⁹⁰. Bu olumsuzluk, farazi prim ödeme gün sayılarına karşılık olmak üzere, sigortalının fiili çalışmasının karşılığı kazançtan ek prim tahsili ile dengelenir. Doğaldır ki ek prim yükü sigortalıların sağlıkları üzerinde yük oluşturan işten menfaat elde eden işveren üzerindedir⁹¹. İşverence ödenmesi gereken ek malullük yaşlılık ölüm sigortası prim yükü 4a sigortalıları için zamma göre 60 gün için %1, 90 gün için %1,5 ve 180 gün için %3, 4c sigortalıları için de 60 gün için %3,33, 90 gün için %5 ve 180 gün için %9 puandır (Yönetmelik m. 7).

2. Emeklilik yaşından indirim

Fiili hizmet süresi zammının emeklilik koşullarından prim ödeme gün sayısını arttırması dışında ikinci etkisi emeklilik yaşından indirimdir. Fiili hizmet süresi zammına esas ağır, yıpratıcı işlerde çalışan sigortalıların, kapsamda olmayan işlerde çalışan sigortalılardan daha önce 40'li, 50'li yaşlardan itibaren çalışma güçlerinde azalma başlaması beklenir. Buna göre fiili hizmet süresi zammı ile kapsamdaki yıpratıcı işlerde çalışan sigortalılara prim ödeme gün sayısı kazandırılması, emekliliklerinde bir kolaylaştırmadır ancak yeterli değildir. Çünkü eş zamanlı olarak emeklilik unsurlarından yaş şartıyla ilgili bir etki kabul edilmediği durumda, fiili hizmet süresi zammından beklenen yarar elde edilemez. Örneğin fiili hizmet süresi zammından yararlanan sigortalı farazi prim ödeme gün sayıları ile 50'li yaşların başında emeklilik için aranan prim gün sayısını karşılamış; ancak yaşını doldurmamış olabilir. Çalışma gücü azalan bu sigortalının çalışma hayatından çekilip emeklilik yaşını beklemesini istemek, yaşamını sürdürmek için gereken gelir nedeniyle gerçekçi değildir. Yaş şartında bir kolaylaştırma olmadığı durumda sigortalı prim ödeme gün sayısını karşılama bile emeklilik yaşını doldurana kadar çalışmaya devam etmek zorundadır.

⁹⁰ Bkz. Uğur, 363-364.

⁹¹ Bunun işverenler için yersiz bir mali külfet olduğu yönünde bkz. Tuncay/Ekmekçi/Gülver, 510.

Fiili hizmet süresi zammının amacı uyarınca uzun vadeli malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarına ilişkin olduğu yukarıda açıklanmıştı⁹². Yaş, bu üç sigorta kolundan sadece yaşlılık sigortasında bir unsur olarak karşımıza çıktığından, Kanunda “Malullük ve ölüm hallerinde emeklilik yaş haddinden indirim uygulanmaz” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre fiili hizmet süresi zammının malullük ve ölüm sigortalarıyla ilgili tek sonucu prim ödeme gün süresi açısındandır. Bu iki sigorta kolunda yaş şartı yoksa da farazi primlerin sigortalılık süresinden sayılması mümkün değildir.

1999 yılında 4447 sayılı Kanunla emeklilik için 58-60 yaş şartının aranmaya başlanması ile eş zamanlı olarak 506 sK ek m. 39 ve 5434 sK ek m. 204 ile farazi süreler kadar emeklilik yaşından indirimi kabul etmiştir. Emeklilik için 58-60 yaşlarının arandığı 5510 sayılı Kanunda aynı isabetli yaklaşım sürdürülmüştür. Ancak 40. maddeye göre hesaplanan fiili hizmet süresi zammı sürelerinin (prim ödeme gün sayısının) emeklilik yaş hadlerinden indirilmesi bir şarta bağlıdır: 18. sıradaki yasama organı üyeleri ile Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar istisna olmak üzere kapsamdaki sigortalıların belirli bir sigortalılık süresine sahip olması.

Fiili hizmet süresi zammının emeklilik yaş hadlerinden indirilebilmesi için, 10. sıradaki yer altı işlerinde çalışan sigortalıların en az 1800 gün (5 yıl) ve 18 sıradaki yasama organı üyeleri ile Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar dışındaki diğer tüm sigortalıların da (1. ila 9., 11. ila 17. ve 19.-20. sıralar) en az 3600 gün (10 yıl) çalışmış olmaları gerekir. Bu 5 ve 10 yıl çalışma süreleridir; yoksa fiili hizmet süresi zammı olarak eklenen prim ödeme gün sayıları değil.

Emeklilik yaş haddinden indirime esas 1800 ve 3600 gün hesabında, aynı ay içerisinde fiili hizmet süresi zammı belge türü ile diğer belge türlerinden bildirilen gün sayıları toplamı ayda 30 günü geçmemek üzere değerlendirilir (Yönetmelik m.9/3). Başka deyişle fiili hizmet süresi zammı süresinin yaş haddinden indirilebilmesi için gereken 5 ve 10 yıllık süreler, fiili hizmet süresi zammına tabi çalışma süreleri ile sınırlı değildir. Aylık dönemde fiili hizmet süresi zammına tabi olmayan çalışmalar da dikkate alınır. Ancak fiili hizmet süresi zammı karşılığı elde edilen farazi prim ödeme gün süreleri dikkate alınmaz.

Özetle fiili hizmet süresi zammı kapsamında emeklilik yaş haddinden indirim şartı olarak aranan 5 ve 10 yıllık süreler, işçinin fiili hizmet süresi zammı kapsamında olan ve olmayan çalışma süreleridir. Buna karşılık emeklilik yaş haddinden indirilecek süreler ise fiili hizmet süresi zammı kapsamında elde edilen (her sene için 60, 90 ya da 180 gün olabilen) prim ödeme gün süreleridir. Örneğin her sene 60 gün esas ile farazi prim ödeme süresi elde eden sigortalı ancak 6 yıl çalıştığında emeklilik yaş haddinden bir yıl indirilebilecektir.

⁹² Bkz. yukarıda I.

Emeklilik yaş haddinden indirim belirli sürelerle sınırlandırılmıştır. En başta bu sınırlandırmanın istisnası, fiili hizmet süresi zammı kapsamında elde edilebilecek azami prim ödeme gün sayısında olduğu gibi 10 sıradaki yer altı işlerinde çalışan sigortalılar hakkındadır. En ağır, yıpratıcı çalışma koşullarına maruz kaldıkları kabul edilen bu sigortalılar için fiili hizmet süresi zammı kapsamında elde edilebilecekleri prim ödeme gün sayısına bir üst sınır getirilmediği gibi emeklilik yaş haddinden indirilecek süre için de bir sınırlandırma düzenlenmemiştir. Buna göre 10. sıradaki yer altı işlerinde çalışan sigortalıların fiili hizmet süresi zammı kapsamında her sene için 180 gün esas ile elde ettikleri prim ödeme süresinin tamamı, bir azami sınır olmaksızın emeklilik yaşından indirilecektir.

10. sıradaki sigortalılar hakkındaki bu istisna dışında fiili hizmet süresi zammından yararlanan diğer tüm sigortalıların yararlanabilecekleri yaş haddinden indirim süresi en çok 3 yıldır. Buna göre 60 ya da 90 gün esas ile (180 gün sadece zaten bir üst sınıra tabi olmayan 10 sıradaki sigortalılar hakkında uygulanır) elde edilen farazi prim ödeme gün sayılarına göre en çok 3 yıl olabilecek, böylece en erken emeklilik yaşı erkekler için 57 ve kadınlar için 55 olacaktır.

Emeklilik yaş haddinden indirimle ilgili bir başka özellik, fiili hizmet süresi zammı kapsamında elde edilecek prim ödeme gün sayıları toplamının yarısı, emeklilik yaş haddinden indirilebilecek süredir. Başka deyişle hemen üstte işaret edilen 3 yıllık azami süre, sigortalının fiili hizmet süresi zammı sürelerinin tamamı değil, bunun yarısıdır.

Fiili hizmet süresi zammının yarısının yaş haddinden indirilmesi genel kuralının istisnaları, 10. ve 18. sıradaki sigortalılardır. 10. sıradaki yer altı işlerinde çalışan sigortalılar hakkında yaş haddinden indirimde 3 yıllık azami süre uygulanmadığı gibi, fiili hizmet süresi zammının yarısı değil tamamı dikkate alınacaktır. İkinci istisna 18. sıradaki yasama organı üyeleri ile Cumhurbaşkan yardımcıları ve bakanlar hakkındadır. Bu sigortalılar hakkında da fiili hizmet süresi zammının yarısı değil tamamı dikkate alınacaktır. Bu ikinci istisna, bu sigortalıların görev sürelerinin sınırlı olması ile açıklanabilir; ancak eşitlik ilkesi açısından bu gerekçenin 10. sıradaki yer altı işlerinde çalışan sigortalılardan farklı olarak savunulabilir bir yönü yoktur.