



SAYI : 36311982-101.07.04-E.5484
BAŞVURU NO : 2016/4903
KARAR TARİHİ : 30/05/2017

TAVSİYE KARARI

BAŞVURAN

:

BAŞVURAN VEKİLİ / TEMSİLCİSİ

:

BAŞVURUYA KONU İDARE

: Milli Savunma Bakanlığı (MSB)

BAŞVURUNUN KONUSU

: Başvuranın malulen emekli olma talebi hakkındadır.

BAŞVURU TARİHİ

: 12.11.2016

I. BAŞVURANIN İDDİA VE TALEPLERİ

1. Kurumumuza 12/11/2016 tarihinde yapılan başvuruda; Başvuran, rahatsızlıklarına binaen tarafına GATA Haydarpaşa Eğitim Hastanesi Komutanlığı Sağlık Kurulu tarafından 2010 yılında 'Brakiyal Pleksus Bozuklukları" tanısı, 2013 yılında ise Elazığ Asker Hastanesi Sağlık Kurulu tarafından "Mononoropati multipleks" tanısı ile "Sınıfının Kıta Komutanlığı Olmayan Uygun Kadro Görevlerinde Görev Yapar" raporları verildiğini, söz konusu raporlara istinaden sınıfının değiştirilmeyerek malullük hakkının tanınmadığını, ancak bu hastalığa duçar daha ast rütbedeki personelin sınıflarının değiştirilerek malulen emeklilik hakkının tanındığını, **aynı hastalığa rütbe esas alınarak farklı işlem yapılmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu** ve 12/11/2015 R.G. tarih ve 29530 R.G. numaralı Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği (**Mülga Yönetmelik**) ile SGK mevzuatının çeliştiğini iddia ederek ilgili mevzuatta gerekli düzenlemelerin yapıp mağduriyetinin giderilmesini talep etmektedir.

II. İDARENİN BAŞVURUYA İLİŞKİN AÇIKLAMALARI

2. Kurumumuzun 23/02/2017 tarih ve 1437 sayılı bilgi ve belge isteme yazısına İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığının 30/03/2017 tarih ve E.894808 sayılı cevabi yazısı ve eklerinde özetle;

2.1. Başvuranın, şikâyet konusu talebini içeren dilekçesinin, Tokat İl Jandarma Komutanlığının 28/11/2016 tarih ve PER.:8100-46866-16/Eln.Bel.Ynt.Ks.ve Per.İşl.Ks.(7) sayılı yazısının eki ile alındığı ve söz konusu yazı ile değerlendirilmek üzere Jandarma Genel Komutanlığına gönderildiği,

2.2. Jandarma Genel Komutanlığı tarafından başvuruya konu talebin yönetmelik değişikliği ile karşılanamayacağına dair değerlendirmeye birlikte herhangi bir çalışmanın bulunmadığının 14/02/2017 tarih ve PER.:8010-429759-17/Per.Pl.ve Ynt.D. Per.Ynt.Ş.Mev.Inc.ve Tkp İşl.Ks. sayılı yazı ile Jandarma Lojistik Komutanlığına bildirildiği,

2.3. **Başvuruya yönelik Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin (Mer'i Yönetmelik) 49 uncu maddesi ile ilgili değişiklik teklifinin,** Jandarma Genel Komutanlığının 20/02/2017 tarih ve LOJ.:8010-495925-17/Sağ.Vet.D. Sağ. ve Vet.Ş. Md.lüğü sayılı yazısı ile yönetmeliğin koordinatör makamı olan Milli Savunma Bakanlığına (MSB) gönderildiği,

2.4. **MSB'nin başvuranın talebinin yönetmelik değişiklik çalışmalarında değerlendirileceğine dair yazısının** 01/03/2017 tarih ve LOJ.:65767872-1200-98-17/Loj.Gn.Md.Yrd.lığı (Sağ.D.) sayılı yazısı ile Jandarma Genel Komutanlığına gönderildiği,

2.5. **MSB'nin 07/02/2017 tarih ve LOJ.:65767872-8100-57-17/Loj.Gn.Md.Yrd. (Sağ.D.) 959 sayılı yazısı ile Mer'i Yönetmelik değişiklik tekliflerine ilişkin, Genel Kurmay Başkanlığına, İçişleri Bakanlığına, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına, Jandarma Genel Komutanlığına ve SGK'ya görüş sorduğu,**

2.6. **Jandarma Genel Komutanlığının, 08/03/2017 tarih ve PER.:0190-674279-17/Per.Pl.ve Ynt.D.Per.Ynt.Ş.Mev.Inc.ve Tkp.İşl.Ks. sayılı yazısı ile gönderilen şikâyet konusu talebe yönelik değişiklik teklifinin de bulunduğu mevzuat değişiklik tekliflerinin, koordinatör makam olan MSB'ye iletmek üzere 09/03/2017 tarih ve LOJ.:8100-681034-17/Sağ.Vet.D.Sağ.Vet.Ş. Md.lüğü sayılı yazı ile İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğine gönderildiği,** söz konusu değişiklik teklifleri içinde yer alan, başvuruya yönelik mevzuat değişikliği teklifinin gerekçesinin "Mevcut durumun Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu düşünülmektedir." şeklinde olduğu, ayrıca eksikliğin giderilmesi için sınıf değişikliği veya TSK'da görev yapamaz kararlarını belirleyen rütbe kıstaslarının değiştirilmesinin gerektiği.

3. ***Bu kapsamda Mer'i Yönetmeliğin 11/11/2016 tarihinde yayımlandığını ancak, personelin şikayetine dayanak oluşturan hükümlerin, Yönetmeliğin önceki yayımlanmış versiyonlarında olduğu gibi halen aynı şekilde mevcut olduğu,*** hususlarını ifade etmiştir.

4. **Kurumumuzun 23/02/2017 tarih ve 1437 sayılı bilgi ve belge isteme yazısına Sosyal Güvenlik Kurumunun (SGK) 07/04/2017 tarih ve 43985339/74.419.023 sayılı cevabi yazısı ve eklerinde özetle;**

4.1. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Geçici 4 üncü maddesi gereği 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2008 yılı Ekim ayı başından önce sosyal güvenlik bakımından 5434 sayılı Kanuna tabi çalışmaları bulunan ve Kanunun 4/1-(e) bendi kapsamındaki sigortalılar ile bunların dul ve yetimleri hakkında bu madde ile belirlenmiş esaslar çerçevesinde, yürürlükten kaldırılmış olsa da 5434 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmaya devam edileceği,

4.2. Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı mensubu olan personel, öğrenciler ve bunların adaylarının buralardaki görevlere uyarlık bakımından sağlık yeteneklerinin ve maluliyetlerine esas rahatsızlıklarının görevlerini

yapmalarını engel olup olmayacağı, 11/11/2016 tarihli ve 29885 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren **Mer'i Yönetmeliğin** esas alınarak yapıldığı,

4.3. Bu durumun ise aynı hastalığa sahip ancak farklı meslek ve sınıflardaki veya rütbedeki 4/1-c sigortalılarının, yürüttükleri görevin farklılığı nedeniyle yani hizmetin gereği olarak malul sayılıp/sayılmamaları bakımından da farklı değerlendirme ve haklarında farklı kararların verilmesine neden olduğu,

4.4. Bu kapsamda, Türk Silahlı Kuvvetlerine mensup bir subay veya astsubay ile herhangi bir kamu kurumundaki genel idare hizmetleri sınıfında görev yapan bir memurun, sahip oldukları aynı rahatsızlık veya hastalık nedeniyle SGK Sağlık Kurulunca yapılan maluliyet tespit ve verilen kararlarının değişiklik göstermesi söz konusu olduğu,

4.5. SGK Sağlık Kurulunca verilen maluliyet kararının, ilgili sigortalı hakkında usulüne uygun olarak düzenlenmiş rapor ve bu raporun karar bölümü esas alınarak verildiği, bu kapsamda da Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelinin maluliyet kararlarının, söz konusu yönetmeliğe ekli "Hastalıklar Listesi ve Sınıflandırma veya Branş Belirleme Çizelgeleri" de esas alınarak düzenlenmiş olan sağlık raporları üzerinden verildiği,

4.6. Dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelinin anılan Mer'i Yönetmelik esas alınarak yapılan maluliyet tespitleri, yukarıda da açıklandığı üzere aynı hastalığa sahip olmasına rağmen gerek sınıf ve branş, gerekse rütbe itibariyle farklılıklar nedeniyle değişiklik gösterdiği,

4.7. Esasen, ilgilinin dilekçesinde bahsi geçen aynı hastalığa rütbe esas alınarak farklı işlem uygulandığına dair şikayetin, Mer'i Yönetmeliğinin 42 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın kıdemli yüzbaşı ve daha üst rütbedeki subaylar ile kıdemli üstçavuş ve daha üst rütbedeki astsubayların sınıf veya branş değişikliğine ilişkin olduğu,

4.8. Diğer taraftan, anılan ikinci fıkrada "Bu fıkra gereğince sınıfları veya branşları değiştirilmeyen subay ve astsubayların 5434 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun uyarınca malullük hakları saklıdır. " hükmü mevcut ise de, yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, saklı tutulacak maluliyet hakkından söz edebilmek için öncelikle maluliyet hakkının doğmasının gerektiği, bu çerçevede haklarında SGK Sağlık Kurulunca malul olduklarına karar verilen yukarıdaki fıkrada bahsi geçenlerden daha alt rütbelerdeki subaylar ve astsubayların da haklarında 5434 ve 5510 sayılı Kanunlarda öngörülen maluliyet hükümlerinin uygulanması talep edebildiği,

4.9. Ayrıca, malul sayılmanın şartlarından olan vazifenin yapılmaması hali kapsamında, sınıf değiştirmeksizin sınıflarının geri hizmetlerinde çalıştırılan veya çalışma hakkı bulunanların, madde ile hükme bağlandığı üzere vazifelerini yapamayacak duruma düşüklerinin kabulü ve malul sayılmalarının söz konusu olmadığı, bu nedenle, "... görev yapamaz" kararlı sağlık kurulu raporlarının 5434 sayılı Kanununun 44 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre incelenerek maluliyet hükümlerinin uygulanması mümkün iken, başka vazife ve sınıflara nakil suretiyle tayinlerinin yapılması mümkün olmayan yani atandıkları görevleri yapmaya devam edenler hakkında ise maluliyet hükümlerinin uygulanmasının kanunen mümkün olmadığı,

4.10. Tüm bu hüküm ve açıklamalar çerçevesinde başvuranın emeklilik sicil dosyasının tetkikinde; ilgilinin 30/08/1998 tarihinde Jandarma Genel Komutanlığı emrinde Jandarma Uzman Çavuş olarak göreve başladığı, SGK kayıtlarına 02/02/2016 tarihinde geçen bila tarihli dilekçesi ile dilekçe ekinde gönderdiği sağlık raporlarının incelenerek maluliyet durumunun bildirilmesini talep ettiği, bunun üzerine Elazığ Asker Hastanesince düzenlenen 12/03/2015 tarihli ve 939 sayılı ve “G58.9 Mononöropati, tanımlanmamış (Mononöropati Multipleks)” tanı ve “F LL/B/LJ Sınıfının Kıt'a Komutanlığı Olmayan Uygun Kadro Görev Yerlerinde Görevlendirilmesi Uygundur. 1 (Bir) Yıl Süre İle Nöroloji Uzmanı Bulunan Garnizonlarda Görevlendirilmesi Uygundur” kararlı sağlık raporunun. SGK Sağlık Kurulunca 16/05/2016 tarih ve 4423 sayı ile incelenerek hakkında; “5434 sayılı Kanununun 44 üncü maddesi uyarınca malul olmadığına...” kararı verildiği, anılan kararın 07/06/2016 tarihli ve 79.419.023 sayılı yazı ile ilgiliye ve kurumuna bildirildiği,

4.11. Buna göre, sınıfının kıta komutanlığı olmayan kadro görev yerlerinde de olsa mevcut sınıfta göreve devam etmesinin mümkün kılındığı dikkate alındığında adı geçeninin sınıfının sağlık koşullarını kaybettiğinin kabulünün mümkün olmadığı ve dolayısıyla **sağlık durumu itibariyle Sağlık Kurulunca malul hale gelmediğine karar verilmesi şeklinde tesis edilen SGK işleminde herhangi bir yanlışlık bulunmadığı**, hususları belirtmiştir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

5. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10 uncu maddesinde; *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”* hükmüne yer verilmiştir.

6. Anayasanın “Sosyal güvenlik hakkı” başlıklı 60 ıncı maddesinin birinci ve ikinci fıkraları; *“Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar”* şeklindedir.

7. Anayasanın “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları; *“Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler”* hükmüne haizdir.

8. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “Kurumun görevi” başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrası; *“Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir”* hükmüne yer verir.

9. 16/6/2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Geçici 4 üncü maddesinin 4 ve 5 inci fıkraları; *“Bu Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde; iştirakçi iken, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmış olup bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dâhil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır. (Ek cümle: 11/10/2011-KHK-666/5 md.) Bu fıkra kapsamına girenlerden 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 10 uncu maddesi kapsamında bulunanların emekli kesenekleri ile kurum karşılıklarının hesabında, işgal ettikleri kadrolar için ilgili mevzuatında belirlenen unsurlar esas alınır.*

Bu madde kapsamına girenlerin aylıklarının bağlanması, artırılması, azaltılması, kesilmesi, yeniden bağlanması, toptan ödemeleri, ilgi devamı, ihya ve borçlanmaları, diğer ödemeler ve yardımlar ile emeklilik ikramiyeleri hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır ve bu maddenin uygulanmasında mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri ayrıca dikkate alınır...” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

10. Mülga 08/06/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 44 üncü maddesi; *“Her ne sebep ve suretle olursa olsun vücutlarında hâsıl olan arızalar veya dışarı oldukları tedavisi imkansız hastalıklar yüzünden vazifelerini yapamıyacak duruma giren iştirakçilere (malul) denir ve haklarında bu kanunun malullüğe ait hükümleri uygulanır.*

(Değişik: 28/6/2001 - 4699/25 md.) Şu kadar ki, bunlar yazı ile istedikleri takdirde haklarında bu Kanun hükümleri uygulanmaksızın malullüklerinin mani olmadığı başka vazife veya sınıflara nakil suretiyle tayinleri yapılmak üzere istifa etmiş sayılırlar. Bunların, istifa etmiş sayıldıktan sonra dahi, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını istemek hakları mahfuzdur. Ancak, kurumlarında başka vazife ve sınıflara nakli mümkün olanlardan özel kanunlarına göre yükümlülük süresine tabi olanlar, bu yükümlülüklerini tamamlamadıkça veya maluliyetlerinin yeni vazifelerine de mani olduğuna dair 50 nci madde uyarınca yeniden rapor almadıkça bu haklarını kullanamazlar.

(Değişik üçüncü fıkra: 21/4/2005 – 5335/3 md.) İştirakçilerden; talim, manevra, seferberlik veya harp dolayısıyla vazifeleri ile ilgileri kesilmeksizin silah altına alındıkları dönemde malûl olup, bu malûllükleri asıl vazifelerini yapmaya mani olmayanlar ile Sandığa tâbi göreve atandıkları tarihten önce malûl sayılmayı gerektiren hastalık veya sakatlığı olduğu belirlenenler hakkında, bu hastalık veya sakatlıkları sebebiyle bu Kanunun malûllüğe ilişkin hükümleri uygulanmaz.” olarak düzenlenmiştir.

11. Mülga 12/11/2015 R.G. tarih ve 29530 R.G. numaralı Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin “Rapor kararlarına göre yapılacak işlemler” başlıklı 47 nci maddesinin 2 nci fıkrası; *“Sağlık durumları nedeniyle sınıfı görevini yapamayacağı tespit edilen kıdemli yüzbaşı ve daha üst rütbedeki subaylar ile kıdemli üstçavuş ve daha üst rütbedeki astsubaylardan kendi istekleriyle müracaat edip bu istekleri, bilgi ve tecrübelerinin sınıfı için faydalı olacağı öngörülerek bağlı olduğu Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından uygun görülenler hakkında sınıf değiştirme işlemi uygulanmaz. Bunlar fiili kıta görevine atanmaz, idari, yönetim ve diğer geri hizmetlerle ilgili kadro görev yerlerine atanır. Bu fıkra gereğince sınıfları veya branşları değiştirilmeyen subay ve astsubayların 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve 5510 sayılı Kanun uyarınca malullük hakları saklıdır.” şeklinde hüküm altına alınmıştır.*

12. Mer’i Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin “Yürürlükten kaldırılan mevzuat” başlıklı 86 nci maddesinde; *“12/10/2015 tarihli ve 2015/8136 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.” hükmüne yer verilmiştir.*

13. Mer’i Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin “Rapor kararlarına göre yapılacak işlemler” başlıklı 42 nci maddesinin 2 nci fıkrası; *“Sağlık durumları nedeniyle sınıfı veya branşı görevini yapamayacağı tespit edilen kıdemli yüzbaşı ve daha üst rütbedeki subaylar ile kıdemli üstçavuş ve daha üst rütbedeki astsubaylardan kendi istekleriyle müracaat edip bu istekleri, bağlı olduğu Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından uygun görülenler hakkında sınıf veya branş değiştirme işlemi uygulanmaz. Bunlar fiili kıta görevine atanmaz, idari, yönetim ve diğer geri hizmetlerle ilgili kadro görev yerlerine atanır. Bu fıkra gereğince sınıfları*

veya branşları değiştirilmeyen subay ve astsubayların 5434 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun uyarınca malullük hakları saklıdır.” şeklindedir.

IV. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden

14. Başvuran, Jandarma Başçavuş rütbesindeyken “Sınıfının Kıta Komutanlığı Olmayan Uygun Kadro Görevlerinde Görev Yapar” raporu aldığı, ancak **Mülga Yönetmelik** gereği daha ast rütbede aynı hastalığa muzdarip olması halinde malul sayılacakken “jandarma başçavuş” rütbesinde olması sebebiyle kendisine malullük hakkı tanınmadığı, **aynı hastalığa rütbe esas alınarak farklı işlem yapıldığı ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu iddialarıyla** söz konusu yönetmeliklerde gerekli düzenlemelerin yapılmasını ve mağduriyetinin giderilmesini talep etmektedir. Başvuranın şikayetine dayanak oluşturan **Mülga Yönetmeliğin** ilgili 47/2 nci hükmünün, 11/11/2016 tarihinde yayımlanan **Mer’i Yönetmeliğin** 42/2 nci maddesi ile benzer biçimde düzenlendiği anlaşılmıştır.

15. Uyuşmazlık konusuna esas teşkil eden **Mülga Yönetmelikte** Türk Silahlı Kuvvetleri personelinin sağlık yeteneklerini belirlemek amacıyla yönetmeliğin Ek-B bölümünün “Hastalık ve Arızalar Listesi ve Sınıflandırma Çizelgelerinin Kullanımına İlişkin Açıklamalar” kısmında hastalık ve arızaların, ağırlık derecesine göre (A), (B) ve (D) dilimleriyle bu dilimlerdeki fıkralara ayrılarak sınıflandırıldığı, Sınıflandırma Çizelgelerinde ise “Hastalık ve Arızalar Listesi” ndeki (A), (B) ve (D) dilimlerinin sınıf ve rütbelere göre karşılıklarının sıralandığı görülmüştür. **Bu düzenlemeye göre;**

KARA KUVVETLERİ KOMUTANLIĞI GENERAL, SUBAY VE ASTSUBAYLARIN HASTALIK VE ARIZALARINA GÖRE GÖREVLENDİRİLECEKLERİ SINIFLARI GÖSTEREN (1) NUMARALI SINIFLANDIRMA ÇİZELGESİ (Çizelge)					
HASTALIK VE ARIZALAR LİSTESİ			SINIFLAR		
			PİYADE, TOPÇU, HAVA SAVUNMA, JANDARMA		
MADDE NUMARASI	DİLİM	FIKRA NUMARASI	GENERAL	KD. YZB. ALB. KD. ÜÇVŞ-KD BÇVŞ.	TĞM. YZB. ASB. ASB. ÇVŞ. – ÜÇVŞ.
SİNİR HASTALIKLARI					
10	B	1	X	X	-
11	B	1, 2	X	X	-
12	B	1, 2, 3	X	X	-
14	B	1, 2, 3	X	X	-

16. Yukarıda yer verilen çizelgeden de anlaşılacağı üzere başvuranın da dâhar olduğu, **Yönetmeliğin 11 inci maddesinin B dilimi 1 numaralı fıkrası kapsamında yer alan hastalığa; General, Kıdemli Yüzbaşı, Kıdemli Albay, Kıdemli Üstçavuş, Kıdemli Başçavuş,** rütbelerinde bulunanların, kendi sınıflarının kıta komutanlığı olmayan uygun kadro görev yerlerinde görev yapacaklarını gösterdiği ancak **Teğmen, Yüzbaşı, Astsubay, Astsubay Çavuş, Astsubay Üstçavuş**

rütbesinde bulunanların ise fiili kıta komutanlığı görevini yapamayacaklarını, ancak yönetim, idari ve diğer geri hizmetlerle ilgili kadro görevlerini yapabileceklerini, subay ve astsubayların ise sınıflarında görev yapamayacakları gösterilerek aynı hastalığa rütbe esas alınarak farklı değerlendirme yapıldığı ve haklarında farklı kararların verilmesine neden olduğu görülmektedir.

17. Bu bağlamda yapılan değerlendirmede, başvuranın söz konusu Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Raporunu aldığı dönemde yürürlükte olan **mülga Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin “Rapor kararlarına göre yapılacak işlemler” başlıklı 47 nci maddesinin 2 nci fıkrasında;** *“Sağlık durumları nedeniyle sınıfı görevini yapamayacağı tespit edilen kıdemli yüzbaşı ve daha üst rütbedeki subaylar ile kıdemli üstçavuş ve daha üst rütbedeki astsubaylardan kendi istekleriyle müracaat edip bu istekleri, bilgi ve tecrübelerinin sınıfı için faydalı olacağı öngörülerek bağlı olduğu Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından uygun görülenler hakkında sınıf değiştirme işlemi uygulanmaz, bunlar fiili kıta görevine atandırılmaz, idari, yönetim ve diğer geri hizmetlerle ilgili kadro görev yerlerine atandırılır. Bu fıkra gereğince sınıfları veya branşları değiştirilmeyen subay ve astsubayların 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve 5510 sayılı Kanun uyarınca malullük hakları saklıdır.”* şeklindeki hükmü uyarınca TSK da görev yapan askeri personel rütbe esasına göre kademelendirme yapılarak J. Asb. Kd. Bçvş. Rütbesine sahip başvuran ve diğer üst rütbelerde görev yapan personellerin almış olduğu hastalık raporları değerlendirmeye alınarak kendilerine sınıf değiştirme işlemi uygulanmayarak ve fiili kıta görevi verilmeyerek **idari, yönetim ve diğer geri hizmetlerle ilgili kadro görev yerlerine atanmasına şeklinde karar verilmekle birlikte kendilerinin 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve 5510 sayılı Kanun uyarınca malullük hakları saklı tutulmuştur.**

18. Ancak saklı tutulan bu malulen emeklilik haklarının kullanılabilmesi için gerek 5434 sayılı Kanunun 44 üncü maddesi, gerekse 5510 sayılı Kanun uyarınca sigortalıların malul sayılmalarını gerektiren öncelikli halin sigortalıların hastalıkları nedeniyle **yürütmekte oldukları görevi yapamayacak duruma gelmemelerinin** Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulu tarafından yapılan değerlendirme sonucunda verilen bir kararla gerçekleşmesi gerekmektedir. SGK Sağlık Kurulunca da malullük kararının verilebilmesi içinde 03/08/2013 tarih ve 28727 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğine göre çalışma gücünün tespiti açısından şartlar belirlenmiş, söz konusu yönetmeliğin 10 üncü maddesinin **“Maluliyet Kararlarında” başlıklı (b) fıkrasında,** *“Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde çalışan askeri ve sivil personel ile askerlik görevi ile yükümlüleri için Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yönetmeliğinin esas alınacağı”* hüküm altına alınmış olduğundan, saklı tutulan maluliyet hakkından söz edebilmek için öncelikli olarak maluliyet hakkının doğması gerekmekte olup, sınıfların değiştirilmeksizin sınıflarının geri hizmetlerinde çalıştırılan veya çalışma hakkı bulunanların madde ile hükme bağlandığı üzere **vazifelerini yapamayacak duruma düşüklerinin** kabulü mümkün olmadığından malul sayılmadığı anlaşılmıştır.

19. Bu nedenle mülga Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği ile aynı düzenlemeleri içeren yeni 11 Kasım 2016 tarihli 2016/9431 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği uyarınca fiili olarak çalışması devam eden başvuranın malulen emekli edilmemesine yönelik işlemde **hukuka aykırılık görülmemiştir.**

20. Ayrıca başvuran söz konusu rütbe kıstasının Anayasamızda belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiş ise de, askerliği kendine has önem ve özelliğinin getirdiği zorunluluklar ve sorunlarla birlikte kabul etmek gerektiği, nitekim aynı zamanda askerlik alanını da ilgilendiren kimi konularda, Anayasamızda da, hizmetin gereklerini göz önünde bulundurularak ayırışık hükümler tanımak yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda rütbe kıstasları nedeniyle bu alanda farklı hükümler getirilmesinde Anayasa Mahkemesinin de birçok kararında da belirtildiği gibi, Anayasanın amaçladığı

eşitliğin hukuksal eşitlik olduğu, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitliğin çiğnenmiş olmayacağı değerlendirilmiştir.

21. Bununla birlikte, başvuru konusunun hakkaniyet açısından ele alınmasında; aynı rahatsızlıktan muzdarip daha ast rütbedekilerin malulen emeklilik hakkından yararlanabilmelerinin yanında başçavuş rütbesindeki başvuranın bu haktan yararlanamamasının somut olay adaleti olarak da tanımlanabilecek **hakkaniyete uygun olmadığı** keza bu mağduriyetin giderilebilmesi için zaten hali hazırda idare tarafından söz konusu yönetmeliğin ilgili hükümlerinde değişiklik yapılması yönünde çalışmalar başlatıldığı görülmüştür.

22. Yukarıda yapılan açıklamalar, anılan mevzuat hükümleri ve tüm dosya kapsamı çerçevesinde; başvurana, düşer olduğu hastalığa ilişkin tanının, "Başçavuş" rütbesinde iken konulmuş olması nedeniyle tarafına malullük hakkının tanınmamasına, buna mukabil daha ast rütbede olan TSK personeline aynı rahatsızlıktan dolayı malulen emeklilik hakkının tanınmasına yol açan farklı düzenlemenin hakkaniyete aykırı olduğu anlaşıldığından, hali hazırda çalışmaları devam eden Yönetmelik değişikliği ile söz konusu mağduriyetin giderilmesi hususunda Milli Savunma Bakanlığına tavsiyede bulunulması gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

23. İyi yönetim ilkelerine 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde yer verilmiş olup; İdarenin karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi ilkesine uymadığı tespit edildiğinden, İdarenin bahse konu ilkeye uygun davranması önerilmektedir.

V. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA

24. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu Tavsiye Kararının idareye tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde idare tarafından herhangi bir eylem ya da işlem tesis edilmezse (varsa) dava açma süresinden kalan süre işlemeye devam edecek olup ilgili yargı mercine yargı yolu açıktır.

VI. KARAR

Açıklanan gerekçelerle **BAŞVURUNUN KABULÜNE;**

Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin 42 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer verilen, sınıf değişikliği veya TSK'da görev yapamaz, kararlarına esas teşkil eden rütbe kıstasının, değiştirilmesi için **MİLLÎ SAVUNMA BAKANLIĞINA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

6328 sayılı Kanunun 20 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Milli Savunma Bakanlığınca bu karar üzerine tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Kararın **BAŞVURANA ve MİLLÎ SAVUNMA BAKANLIĞINA** tebliğine; **Türkiye**

Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.

e-imzalıdır

Şeref MALKOÇ

