

YAKIN HUKUK TARİHİMİZDEN TRAJİK BİR OLAY  
KAÇIRILAN FIRSATLAR

*Başvuru ve Ret Koşulları Bilahare Anayasa Mahkemesi'nce İptal Edilip  
Ardından Değişiklik Yasasınca Temelli Kaldırılan Bir İlamının Sırf  
"Kesin Hüküm" Gücüne Dayanılarak Ret Kararı Verilemez.  
Söz Konusu Gerekçeyle Verilen Bir Ret İlamı "Yargılamanın Yenilenmesi"  
Sebebidir.*

Yard. Doç. Dr. Hüseyin Ali SADRULEŞRAFI\*

**Sunuş**

Mevcut hukukî araştırmanın yasal geçmişi 1984 tarihinde yürürlüğe giren **3201 sayılı kanun** kapsamında yabancı devletlerde çalışan Türk vatandaşlarının ülkeye kesin dönüşlerinde Türkiye'de sosyal güvenlik hakkından yararlanmaları konusunda ortaya çıkan dramatik bir uyuşmazlığı içermektedir. (m. 3/I). Uyuşmazlığın yakın geçmişi ise **yabancılık unsuru** taşıyan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin trajik bir olaya dayanmaktadır (MÖHUK. m. 1).

Hukukî uyuşmazlığı hemen hemen başlangıcından beri bilen, yakından takip eden, bu konuda bilimsel rapor yazıp, makaleler yayınlayan<sup>1</sup> ve yargılamanın değişik aşamasında istenen konularda görüş bildirip uyuşmazlığa uygun öneriler sunan bir hukukçu ve bilim adamı olarak diyebilirim ki, bu çalışmada incelenen temel konu vaktiyle

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Bu konuda yayınlanan makalem için bak: **Sadrulesrafi**, Hüseyin Ali, "3201 Sayılı Kanunun Kapsamında Yabancı Devletlerde Çalışan Türk Vatandaşlarının Ülkeye Kesin Dönüşlerinde Türkiye'de Sosyal Güvenlik Hakkından Yararlanmaları" D.E.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, Nisan-Haziran 2002, s. 83 – 111; <<http://www.sbe.deu.edu.tr>>

göz ardı edilemeyecek kadar sağlam gerekçeler, gösterilen uygun çıkış yolu ve yapılan uyarılara rağmen, işin başında verilen bir karar üzerinde yersiz bir direnmenin sonucu yüzlerce adalete susayan vatandaşımızı en olumsuz koşullarda ortada yüzüstü bırakıp yıllarca iniminin inleten adli yargı organımızın unutulmaz yanlış uygulamasına ilişkindir. Hatta yargı erkimizin kara deliklerinden biridir denilebilir. Değinilen öykü, yüzlerce hak sahibinin -adalet isteriz diye diye- durmamacasına ard arda açtıkları davaları geri çevire çevire son aşamaya kadar görüşünde boşu boşuna direnmenin acı bir serüvenidir. Son bir umutla, girilen yanlışlığı tüm boyutuyla yargı organının gözü önüne sererek hukukî onuruna destek amacıyla açılan **“yargılamanın yenilenmesi”** istemini de pek farkında olmadan ters eliyle geri çevirip boşa çıkarmıştır. Gittiği yanlış yoldan geri çevirmek için yapılan içten uyarı ve çabalara aldırmayarak duvara toslamıştır. Bu nedenle yargı organı söz konusu uyuşmazlıklarda yargı sürecini boşu boşuna heba ederek sınıfta kalmıştır, diyebiliriz.

Yargı organının sergilediği olumsuz tavra karşı, yıllarca hak sahiplerinin çığlıklarını görmemezlikten gelen, bu arada yasal alanda meydana gelen önemli değişiklik ve gelişmeleri göz ardı eden **“idare” (idarî kurum)**, bilahare hak sahiplerince durmaksızın verilen çetin uğraşlar, hak arayışları ve açılan davalar karşısında, artık direnemeyip ansızın teslim bayrağını çekerek -mahkemelerden istenip reddedilen- taleplerini **kendiliğinden -adeta durup dururken-** birden kabul etmeye başlamıştır. Bu suretle **hakkın yeniden gerçekleştirilmesinde** ve adaletin tecellisinde bir nebze de olsa kazanan **“idare”** olmuş, maalesef tüm uyarılara kulaklarını tıkamak suretiyle kaybeden taraf **“yargı organı”** olmuştur. Doğal olarak sözü edilen nahoş durum ve tutum biz hukukçuları fazlasıyla üzmüştür.

Yargı organı mevcut çoğunluğun olumsuz **tezine** karşı, gerek kendi içinden gerekse dışından yapılan **antitezden**, ne yazık ki, makul ve geçerli bir **“sentez”** oluşturamamıştır.

Tarihten ders almak amacıyla şu ibretli sözleri hatırlatmak isteriz. Vaktiyle Osman oğulları ailesinin beyliğini hanlığa, hanlığını sultanlığa, sultanlığı ve saltanatını da imparatorluğa dönüştüren Osmanlı İmparatorluğu'nun kurucusu **Orhan Gazi'nin**, oğlu **Şehzade Murat Efendi'ye** 1360'lı yıllarda yaptığı tarihi değerdeki vasiyetinin bir yerinde adalete ilişkin olarak şöyle demiştir: *“Ey oğul! En kötü adalet,*

geç tecelli eden adalettir. Sonunda hükmü isabetli dahi olsa, **geciken adalet zulümdür...**"<sup>2</sup>. Geciken adaleti kabul etmemesi bir yana, onu zulümle eş değerde tutan o ulu hükümdarı tatmin etmeyen adaleti dahi yargı organımız ne yazık ki gösterilen onca içten çabaya rağmen başaramamıştır. Meydanı boş bulan idare de geciken hakları bürokrasinin labirentlerinde uzatıp örseleye örseleye törpüleyip kuşa çevirerek ancak vermiştir. Elbette hukuk denkleminde buna hak denebilir-se...

Mevcut koşullarda emeklilik hakları yıllarca çiğnenip ihlal edilen hak sahiplerinin maddi sefaletleri, manevi ve hazin ruhî durumlarının korkunçluğunu **Şirazlı Hafız**'ın deyişiyle "**sormayın**" (**me-pors**). **Adalet mülkün temelidir** yazmakla iş bitmez, onca adaletsizlik fer-yat ve sızıları da dinmez, adaletsizlikle de bir devlet güvenli yerlere gitmez....

Aşağıdaki inceleme, sadece yüzlerce trajik yaşam ve dramatik hak arayışları arasından, değişik vesilelerle bu konuda makaleler yazıp, yıllarca süren yargı sürecinde ardı arkası kesilmeyen davalar karşısında bocalayan yargı teşkilatımızın fiyasko ile biten "**yargılamanın yenilenmesi**" davası karşısındaki olumsuz yaklaşımı ve uygulamasını kapsamamaktadır. Bu arada Yüksek Mahkeme Yargıcı Sayın **Asuman Celkan**'ın karşı oy yazısında "*Gerek doktrinde gerekse yargısal uygulamalarda bu konuda yazılmış çok fazla doküman bulunmamakta...*" biçiminde belirttiği boşluğu da giderirken<sup>3</sup>, bir nebze olsun rasyonel bir yaklaşım ve uygun bir öneri ortaya koymaktadır.

Nitekim Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin yeni yayınlanan bir bozma kararından, uygulamada HUMK. m. 445/10. bendinin açık hükmü uyarınca birbirine aykırı iki kesin hükmün bulunması nedeniyle yargılamanın yenilenmesini gerektiren tipik bir uyuşmazlık karşısında dahi ciddi sorunlar yaşandığını öğrenmiş bulunuyoruz. Yerindeliğinde şüphe olmayan bozma ilamına göre, yetkili yerel mahkeme yargılamanın yenilenmesi istemini yasanın açık hükmü uyarınca kabul etmesi gerekirken, açılan davayı reddetmiştir<sup>4</sup>. Bizim bu çalışmada

<sup>2</sup> **Bicik**, Mehmet, Meşhurların Vasiyetleri, Akis Kitap yayını, İst. 2006, s. 210-212.

<sup>3</sup> 21. Hukuk Dairesi üyesi sayın yargıcın **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**'nun 2004/93 sayılı, 23.2.2005 tarihli kararına yazdığı karşı oy üzerinde "Yenilenmenin Hukuku Temeli" başlığında geniş biçimde durulacaktır.

<sup>4</sup> Yüksek Mahkemenin 2006/8187 sayılı kararı hakkında fazla bilgi için bak. Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 33, sayı 4, Nisan 2007, s. 647-648.

üzerinde durduğumuz önemli girift konu ise, hassasiyetiyle söz konusu basit durumu kat kat aşmaktadır.

## I – Uyuşmazlığın Temel Yasal Dayanağı

Uyuşmazlığın yasal temel dayanağını 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”un **madde 3/2 fıkrasının** değişiklikten önce ve daha sonra 29.7.2003 tarihinde 4958 sayılı Kanun’un 56. maddesiyle yapılan **temel değişiklik** oluşturmaktadır<sup>5</sup>. Ne yazık ki, yargı organımız ne değişiklikten önce ve ne de değişiklikten sonra yasayı yerinde uygulayabilmiştir.

## II – Olayın Kısa Öz Geçmişi

### 1 – Genel Bilgi

Bir yurttaşımız olan davacı Bayan Z. G. Almanya’da yaklaşık **22 yıl** bilfiil sigortalı çalıştıktan sonra emekli olmak amacıyla **25.2.1994** yılında Türkiye’ye gelerek yasa uyarınca Sosyal Sigortalar Kurumu’na başvurur. Başvurusu uygun karşılanıp yasal borçlanmayı takiben (SSK Sicil No: 8935745) davalı kurumca kendisine emekli aylığı bağlanır. Anılan olumlu gelişme üzerine hem Almanya’da ameliyat geçiren eşini almak, hem ev barkını toparlamak, hem de diğer sosyal yaşam sorunlarını tasfiye etmek amacıyla geçici bir süre için oraya geri döner. Doğal olarak söz konusu sorunların giderilmesi birkaç ayını alır. Bu sürede eşinin çalışmaması dolayısıyla ailenin aylık geliri asgari geçim standardının altına düştüğünden, oranın mevzuatı uyarınca kendilerine sosyal fondan kısa bir süre için işsizlik yardımı ödenir. Nitekim işleri biter bitmez de eşiyile birlikte **20.7.1995** tarihinde Türkiye’ye geri döner. Gerçekten anılan tarihten sonra da yurt dışına hiç çıkmaz.

SSK, Alman mevzuatına göre işçi (davacı) ülkesine kesin dönüş yaptığından dolayı artık Almanya’ya 5 yıl süreyle bir daha geri dönemeyeceğini bildiği bir dönemde, ailece yaklaşık iki yıl önce alınan birkaç

<sup>5</sup> RG. 6 Ağustos 2003 – 25191, s. 30-31.

aylık sosyal yardımı<sup>6</sup> bahane ederek **Eylül 1997** tarihinde, yani Türkiye'ye temelli dönüşünden iki yıl sonra “*yurda kesin dönüş yapmadığı*” savıyla bir yandan işçinin kazandığı emeklilik hakkını iptal edip bağlanan aylığı keser, ardından ödentilerini faiziyle birlikte geri almak suretiyle aileyi tam anlamıyla köşeye sıkıştırıp yüksek enflasyon yıllarında yaşamı onlara zehir edip çekilmez hale getirir.

Davacı karşılaştığı işbu zalimane idarî tasarruf karşısında er geç adalet tecelli eder diye Türk adaletine başvurup hakkını aramaya başlar. Bunun üzerine İzmir 2. İş Mahkemesi'nde idarî kararın iptali ve emekliliğinin tespiti istemiyle açtığı dava yetkili mahkemece “*Davacının yeniden talepte bulunması halinde şartları olduğu takdirde kurumdan emeklilik talebinde bulunması hakkının saklı tutulması*” kaydı ile reddedilmiştir (24.3.1999)<sup>7</sup>.

Bunun üzerine davacı kuruma yeniden başvurur. Fakat bu kez de SSK “*borçlanmak için 2 yıllık başvuru süresini geçirdiği*” gibi yanlış bir gerekçe ile istemini yine işleme koymayıp reddetmiştir.

İdarenin söz konusu olumsuz ret kararı üzerine açılan ikinci iptal - tespit davasında tarafımdan sunulan iki olumlu rapora, ardından yayınlanan bilimsel bir makaleye rağmen, ne yazık ki ne yerel mahkeme, ne de temyiz aşamasında Yargıtay 21. Hukuk Dairesi **bilirkişi diye** hukukî ilgi ve bilgisi asla yeterli olmayan, düpe düz idare memurluğundan emekli bir memurunun verdiği sıradan hukukî içtihadına itibar ve iltifatla mevcut hukukî gerçek ve gerekçeleri göz ardı ederek davayı yeniden reddetmiştir.

Açılan davada gerek ilk derece mahkemesi, gerekse Yüksek Mahkeme küçümsenemez hukukî hatalara göz yummuşlardır. Şöyle ki, bir yandan önceki ilamın **saklı hükmünü** (kaydını) yeterince değerlendiremeyip gereğince yorumlayamamış; öte yandan **dava sürecinin yargısal usulî sonucuna** sahip çıkmamışlardır.

<sup>6</sup> **Sadrüleşrafi**, Hüseyin Ali, “3201 Sayılı Kanunun Uygulamasında Yabancı Ülkelerde Çalışan Türk Vatandaşlarının Türkiye'ye Kesin Dönüş Yaptıktan Sonra Oradan Kısa Bir Süre “İşsizlik Yardımı” Almalarının Sosyal Güvenlik Hakkına Etkisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, yıl 22, sayı 2, İstanbul 2002, s. 665 – 720; Manisa Barosu Dergisi, yıl 23, sayı 88, 2004/1, s. 27-77.

<sup>7</sup> Fazla bilgi için bak. **Sadrüleşrafi**, Hüseyin Ali, “3201 Sayılı Kanunun Kapsamında Yabancı Devletlerde Çalışan Türk Vatandaşlarının Ülkeye Kesin Dönüşlerinde Türkiye'de Sosyal Güvenlik Hakkından Yararlanmaları”, s. 86 – 87.

Dava açılmasının genel sonuçları bakımından belirttiğimiz bu görüş bir prensip biçiminde öğretilde çoğu hukukçularca da paylaşılmaktadır. Nitekim ünlü hukukçu Prof. Dr. Baki Kuru, Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz'ın Usul Hukukuna ilişkin olarak yazdıkları bilimsel eserde *“Dava açılması ile dava konusu hak için zamanaşımı kesilir. Mücerret davanın açılması ile zamanaşımı kesilir; bunun için dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmiş olmasına gerek yoktur”* derler<sup>8</sup>. Aynı görüş yine çok açık bir biçimde değerli meslektaşlarımız Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez, Prof. Dr. Oğuz Atalay ve Doç. Dr. Muhammet Özekes tarafından birlikte yayınlanan “Medeni Usul Hukuku” adlı eserlerinde *“Davanın açılması ile dava konusu alacak veya hak için söz konusu olan zaman aşımı kesilmiş olur (BK. m. 133, b. 2)* dedikten sonra, en can alıcı bir başka konu olarak da *“Davanın açılması ile hak düşürücü süreler de korunmuş olur”* şeklinde kayıt düşmüşlerdir<sup>9</sup>.

Yukarıdaki değinilen bilgilerin ışığında davacı avukatının -davalının savunmasına karşı- dava sürecine ve zamanaşımının niteliğine ilişkin *“Bu itibarla müvekkile açısından ... 3201 sayılı yasaya göre borçlanma isteminde kesin dönüş tarihinden itibaren 2 yıllık sürenin açılan davanın kesinleşme tarihine göre değerlendirilmesi gerekir”* biçimindeki ifadesinde prensip itibariyle haklılık ve savında doğruluk payı vardır.

Sonuç itibariyle denebilir ki, yargı organı olaya belirtilen olumsuz yaklaşım ve bakış açısıyla bir bakıma idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemine arka çıkarken, davacı ile birlikte yüzlerce hak sahibinin sefaletini perçinlemiştir. Bu suretle anılan kesimin haklı olarak huzurlu yaşamaları gerekirken, uzun yıllar yokluk ve ıstırap içinde **Viktor Hugo**'nun Sefiller'ini onlara yaşatmıştır. Yaklaşık on yılları ıstıraplar içinde boşa akıp gitmiştir. Belirtilen olumsuz sonuçtan sonra artık onlar için daha da elverişsiz olan bir ortamda uzunca sürecek yeni dönem hak arayışı maratonu başlamıştır. O ana değin adeta kendilerini üç maymun kabarede bulmuşlardı, bu yüzden hangi kapıyı çalsalar, üzerlerine iyice kapanmıştı. Bununla beraber kendilerini haklı görüyor ve bunun gücüyle “umutsuzlukta sonsuz umut var” öz deyişi uyarınca tüm zorluklara karşın umutlarını yitirmiyorlardı ve yitirmediler. Zira yaşamlarında bu davayı kazanmaktan başka çare ve seçe-

<sup>8</sup> Fazla bilgi için bak. Medeni Usul Hukuku, 13. bası, Ankara 2001, s. 361 vd.

<sup>9</sup> Bak. Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s. 296 – 297.

nekleri yoktu. Zira geçip giden 20 – 30 yılı geri getirmek bir daha mümkün değildi. Bundan dolayı adeta ölüm kalım mücadelesine dönüşmüş savaşımalarına yeni seçenek ve arayışlarla ara vermeden devam ettiler.

İşte anılan umutsuz koşullarında beklenmedik çok önemli gelişme oldu ve umut ışığı doğdu. Hızır gibi yetişip değinilen ışığın yakılmasına değerli **Anayasa Mahkemesi** neden oldu. Ardından başka gelişmeler de onu takip etti. Böylece beklenmedik bir anda adalete susamış yüreklerine su serpildi. Fakat bu sanıldığı gibi yine hiç kolay olmadı. Önce idare, ardından mahkemeler, özellikle Yargıtay değişik gerekçelerle eski görüşünde boşu boşuna yine direttiler. Daha sonra idare bir nebze de olsa kendisine çeki düzen verirken, maalesef yargı organımız tam anlamıyla çuvallayıp ikinci kere sınıfta kaldı, hem de pek farkına varmadan, hatta daha da cesurca diyebilirim ki, **başkaları farkında olmadan** kendini inkâr edercesine... Aşağıdaki açıklamalar uzunca bir süreyi kapsayan hukukî serüvenin hem idarî hem de yargısal boyutuna ilişkin bilgileri içermektedir.

## 2 – Yeni Hukukî Gelişmeler

Davacı aleyhine verilen ret ilamı kesinleştikten kısa bir süre sonra, hukukumuzda öteden beri beklenen iki belirleyici yeni gelişme bir birini kovalamıştır. Birincisi yargısal, ikincisi yasal nitelikte olan gelişmeleri iki ana başlıkta toplayabiliriz.

### A - Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı<sup>10</sup>

İlkin Anayasa Mahkemesi E. 2000/36 ve 2002/198 sayılı çok önemli kararıyla 3201 sayılı yasanın madde 3/I. fıkrasında yer alan “**yurda kesin dönüş koşulu**”nun başka anayasal gerekçelerin yanı sıra, özellikle Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen “eşitlik ilkesi”ne aykırı bularak iptal etmiştir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının etkisi hakkında Yargıtay Genel Kurul'un E. 2004/21-156, K. 2004/194 nolu önemli bir kararı için bak. Yargıtay Kararları Dergisi, c. 30, sayı 5, Mayıs 2004, s. 664-678.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararı hakkında bak. RG. 25. 4. 2003 – 25089, s. 21-30.

## B – 4958 Sayılı Kanunla Gerçekleştirilen Köklü Değişiklikler

Bilahare çıkmaz sokağa dönüşen, mevcut mağduriyetleri gören değerli kanun koyucu sıkıntıları gidermek amacıyla bizzat kendisi 29.7.2003 tarihli 4958 sayılı *Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu*'nun 56. maddesiyle iki önemli değişikliği birlikte gerçekleştirmiştir (m. 56). Şöyle ki, bir yandan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına uyarak **“yurda kesin dönüş koşulu”**nu yasadan çıkardı, öte yandan **“iki yıllık başvuru koşulu”**nu da yasadan temelli kaldırarak başvuru hakkını koşulsuz yeni baştan düzenlemiştir. Böylece anılan yasal değişiklikle birlikte tüm hak sahiplerinin yanı sıra, eski mağdurlara da kuruma **yeni baştan** -*eski istemlerinden sarfi nazar, önceki hakları asla canlandırma amacı gütmeyen*- başvuru hakkı tanıyarak yeniden borçlanmak suretiyle emeklilik hakkı olanağı sağlamıştır. Doğal olarak benimsenen yeni başvuru hakkı, önceki istemlerle ilgi ve ilişkisi olmayan yepyeni bir talep niteliğindedir.

Değişik 56. maddeyle gerek “yurda kesin dönüş” gerekse “iki yıllık başvuru” koşulundan tümüyle arındırılarak “başvurulacak kuruluşlar” başlığı altında yeniden düzenlenen 3. maddenin 1 ve 2. fıkraları aynen şöyledir:

**“Madde 3-1) Halen yurt dışında bulunanlar;**

...

**2) Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler... ”**

Açıkça görüldüğü üzere yasanın 1. fıkrası söz konusu tarihte “halen yurt dışında bulunanların” durumu ile ilgili olmasına, 2. fıkrası ise “Türkiye'ye dönmüş” olanların borçlanmasıyla ilgili bulunmaktadır. Böylece kanun koyucu sonsuz kayıplara uğrayan mağdurlar için elinden gelen ne varsa hepsini yapmış adeta hiçbir mazeret bırakmamıştır.

## C – Değerlendirme

Doğal olarak yukarıda belirtilen iptal ve değişiklikten daha önce kesinleşen ilamlar, her iki değişikliğin kapsamının dışında kalmışlardır. Bunun sonucu olarak davacı aleyhine verilen ilamlar da değinilen ta-



rihlerden önce kesinleştiğinden dolayı, değişikliklerin kapsamına girmediğinden onlardan yararlanamamıştır.

### Ç - Karar Düzeltme Mekanizmasının Bulunmaması

Usul hukuku sistemimizde genellikle Yargıtay kararlarına karşı tefhim ve tebliğden itibaren 15 gün içerisinde belirli önemli sebepler altında "karar düzeltilmesi" istemi düzenlenmiş bulunmaktadır (HUMK. m. 440/I). Söz konusu nedenlerden biri de "Yargıtay kararının...kanuna aykırı bulunması"dır (m. 440/ I - 4).

Ancak çalışma hukukumuzda İş Mahkemelerinin kesinleşmiş kararlarına karşı "karar düzeltme" hakkı tanınmamıştır. Belirtilen istisna hükmü **İş Mahkemeleri Kanunu**'nda açıkça yer almıştır:

*"İş mahkemesinin nihaî kararları tefhim tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz olunabilir...Yargıtay'ın bu kararlarına karşı karar tas-hihi istenemez"* (m. 8).

Benimsenen istisnaya gerekçe olarak işçi haklarının gereğinden fazla sürüncemede bırakılmaması gösterilmiştir. Ne var ki üzerinde durduğumuz somut olayda ileri sürülen gerekçenin işçinin yararına değil, aksine aleyhine olan ender olaylardan biri olduğu ortaya çıkmıştır.

### D - Başka Makam ve Mercilere Yapılan Kişisel Başvurular

Aşırı enflasyonda ezilen ve pahalılıkta hayatlarından bıkmış olan davacı dileğini kaâle almayan yargı mercilerinin olumsuz tutumlarından, bu meyanda kendisine "**karar düzeltme**" hakkı tanımayan usul sistemi yüzünden bazı Anayasal organların başkanlarına müracaat etmek zorunda kalmıştır. Sözü edilen makamlar arasında Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'nın yanı sıra **Yargıtay Başkanlığı**'na da başvuruda bulunmuştur. Sayın Yargıtay Başkanı'nın davacıya gönderdiği cevabî yazı ve ekleri doyurucu olmanın ötesinde, gelecekteki uygulamalara ışık tutucu olması açısından yararlı olmuştur.

Davacı aleyhine İş Mahkemesi'nce verilen kararın kesinleşmesinden kısa bir süre sonra hukukumuzda meydana gelen değişikliklerin, uygulamada yol açacağı yeni gelişmeler Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Baş-

kanlığı'nca "Yüksek Yargıtay Birinci Başkanlığı"na sunulup davacıya da bir nüshası Sayın Başkanı'nca gönderilen 27.1.2004 tarihli 2004 / 25 sayılı yazıda da gayet açık bir biçimde dile getirilip vurgulanmıştır. İleride konunun esasına girildiğinde değinilen cevabi yazının üzerinde ayrıca durulacaktır.

Bu arada Başkan'ca ekte gönderilen evraklar arasında tarafımdan da savunulan yaşlılık aylığının güçlü hukukî niteliği ve belirgin konumunu *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu* E. 2003 /21–30 ve K. 2003/57 sayılı ilamında etkin bir biçimde hüküm altına alındığı görülmüştür. Değinilen ilamda özetle şöyle denmektedir: "Bu hak 506 sayılı yasanın 6. maddesinde öngörüldüğü üzere devredilmeyen ve vazgeçilmeyen haklardandır. Ayrıca sözü edilen yasanın 99. maddesinde açıkça gösterildiği üzere yaşlılık aylığında; hak düşürücü süre hatta zamanaşımı süresi gibi durumlar dahi söz konusu bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla; yaşlılık aylığı kişiye bağlı, geleceğe uzanan ve herhangi bir süre ile kısıtlanmayan temel anayasal bir sosyal güvenlik hakkına ilişkindir. Bu durumda bu hakkın geleceğe yönelik büsbütün ortadan kaldırılması düşünülemez".

### E – Yepyeni Bir İçerikle "Yeniden Borçlanma İstemi"

Davacı, doğal olarak davasının olumsuz sonuçlanmasından sonra meydana gelen yasal yeni değişikliklerden **kendiliğinden** (ipso jure) yararlanamadığından dolayı, yasanın tüm hak sahiplerine sağladığı kişisel başvuru hakkını kullanmak suretiyle kurumdan –eski taleplerinden sarfi nazar- "**yeni baştan borçlanma**" isteminde bulunmuştur. Değinilen yeni idarî başvuruda Bayan Z. G. açıkça 29.7.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanun'un 56. maddesiyle değişik 3201 sayılı "*Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun*"un madde 3/2 fıkrasının hükmü ışığında "**yeniden borçlanmak**" suretiyle emeklilik hakkının tanınmasını istemiştir.

Önceki taleplerden tamamen bağımsız olarak idareye yapılan yeni istemle her şeyin artık yolunda gideceği beklenirken, maalesef beklenmeyen bir gerekçeyle söz konusu yasal istem de hoyratça geri çevrilmiştir. Bu yüzden yetkili mahkemede sözü edilen yeni istemle başka bir dava açmak zorunda kalmıştır.

**Şöyle ki**, davalı kurum hukukumuzda meydana gelen bunca önemli yargısal gelişme ve köklü değişikliğe rağmen, hak sahibinin değişiklik yasasına uygun yaptığı yepyeni girişimine karşın, daha önce kendisine defalarca verdiği cevabî yazılarından birini (eski görüşünü içeren yazıyı) gözden geçirme gereğini bile duymadan aynen göndermekten kaçınmamıştır. Gönderilen yazıdan kurumun, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı iptal kararı ile 4958 sayılı kanunla gerçekleştirilen değişiklik arasında sağlıklı bağ kuramadığı apaçık anlaşılmıştır. Bu yüzden davacı avukatı değişikliğe binaen müvekkili hakkında verilen idarî ret kararının iptali ve emeklilik hakkının tespiti için yeni bir dava açmıştır.

Bu yeni aşamada ise dava konusu açıklanan yasal değişiklik uyarınca, davalı kuruma yapılan başvuru hakkının tanınarak yeniden borçlanmak suretiyle emeklilik hakkının temin edilmesidir. Savunma avukatınca (Sn. **Nadi Özkara**) yetkili İş Mahkemesi Hâkimliği'ne sunulan 25.6.2004 tarihli dilekçede özetle davalı kurumun yasayla bağdaşmayan ve yasaya açıkça aykırı olan olumsuz tavrı yüzünden müvekkilinin büyük mağduriyete uğradığından sözle, davanın kabulü ile yasanın aynen uygulanması, yasaya aykırı karşılaşılan haksızlığın giderilmesi suretiyle başvuru hakkının karar altına alınarak emekliliğinin sağlanmasını talep etmiştir<sup>12</sup>. İstemin **temel yasal dayanağı** 4958 sayılı değişiklik yasası olup, **güdülen temel amacı** ise eski taleplerden tamamen arındırılmış olarak **yeniden borçlanma istemi-ne** ilişkindir.

Davalı kurum mahkemeye sunduğu cevap layihasında eski görüşünde diretince savunma avukatı, tarafımızca da desteklenen cevap layihasında /karşı tez olarak şunları savunmuştur: "*Sayın davalı kurumca yüksek mahkemenize dava dilekçemize karşı sunulan 06.11.2004 tarihli cevap layihası çok önemli temel yanlış ve yanlışlar içermektedir. Şöyle ki, ne kuruma başvurumuz, ne kurumdan isteğimiz, ne davamız, ne amacımız ve ne de istemimize uygulanmasını istediğimiz 29.7.2003 tarih 4958 sayılı kanunun **asla geçmişe doğru uygulanması söz konusu olmayıp, tamamen hepsi geleceğe yöneliktir. Başka bir deyişle istemimiz yasaya uygun olarak geçmişe ilişkin (makale şâmil) olmayıp tümüyle geleceğe matuftur. Hiçbir surette geçmişte kalan herhangi bir hakkı veya talebi diriltme peşinde de değiliz.***

<sup>12</sup> İzmir 5. İş Mahkemesi, Dosya No: 2004 / 536 Esas.

*Davalıca mahkemenize verilen cevaptan anılan kanunu doğru yönde uygulamakla görevli kurumun maalesef yasanın yeni başvurulara karşı uygulanmasında nasıl algılama zorlukları çektiği ve bunun pek farkında olmadığı apaçık anlaşılmaktadır. Bu yüzden yasaca hak sahiplerine tanınan başvurulara ve bu arada işbu dava karşısında tümüyle yasaya aykırı olarak hâlâ nice yanlışıca direndiği görülmektedir. Bundan dolayı kurumun boşuna giriştiği gayretler sonucu sergilediği olumsuz tutum ve davranışı tipik yasanın ihlali biçiminde gayrını izar niteliğindedir. O nedenle davalı kurumca girişilen yorumlar, davamız açısından ilgisi olmayan suni yapılan yanıltıcı gayretlerdir.*

*Davamız, yalnızca 4958 sayılı kanunun uygulanmaya girdiği tarihten itibaren yasa uyarınca müvekkile tarafından emekliliği için yeni baştan kullandığı başvuru hakkının tanınması ve kabulüne ilişkindir. Kısaca bu istemimiz yasanın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana uygulanmasını içermektedir. Böylece bu dava -önceki talep ve davalarla hiçbir ilgi ve ilişkisi bulunmayan- sadece ve sadece geleceğe yönelik yepyeni bir talep ve başvuru hakkından ibarettir. Başka bir deyişle derdest olan bu dava önceki davalar gibi müvekkilin emekliliğini iptal eden idari işlemin alındığı tarihten itibaren (Eylül 1997) iptaline ve eski haklarını diriltmeye yönelik değildir. Bu itibarla SSK'nın gayretleri boşu boşuna olmakla kalmayıp, çok ağır bir biçimde hak sahiplerinin emeklilik haklarını ihlal edici, geciktirici ve en önemlisi zarar verici niteliktedir".*

Davalının olumsuz tavrına karşı önemli başka bir sav olarak denilebilir ki, davalı kurumun yeni yasa ve derdest işbu dava karşısında -fazladan- giriştiği iddia ve yorumlar ile sergilediği olumsuz tutum bir an doğru kabul edilse bile, söylemlerinin hepsi artık geçmişte kalmıştır. **4958 Sayılı Kanun** geçen zaman içerisinde sebep olunan tüm haksızlıkları ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ortaya çıkan tüm gelişmeleri de göz önünde tutarak söylemlerinin hepsini tarihe gömerek yepyeni bir beyaz sayfa açmıştır. İşbu yeni hak arama sayfasında tüm hak sahiplerine önceki koşullardan arındırılan koşulsuz başvuru hakkı tanımıştır. Maalesef davalı kurum takındığı yapay ve yanlış tutumuyla bu yalın gerçeğin uzunca bir süre farkına varamamıştır.

Bundan dolayı 21. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın **Ali Güneren** tarafından Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilen yazının son paragra-

finda yer verilen “Öte yandan davacının aynı konuda daha önce açtığı dava kesinleşmiştir” biçimindeki görüşünde doğruluk payı yoktur.

### III - Ret İlamının Eleştirisi

#### 1 - Temel Kavramlar

##### A - İnsanın Hukukî Varlığı ve Kişiliği

Bilindiği üzere kişi, eşitlik kuralı çerçevesinde haklara sahip ve borçlarla yükümlü varlıktır (TMK. m. 8). Prensip itibariyle kişi yaşamını sürdürdükçe, ölünceye kadar hak ehliyeti onunla birlikte nefes alır verir gibi varlığını devam ettirir (MK. m. 28).

##### B - Temel Hakların Niteliği ve Türü

Yine bilindiği üzere temel haklar kişinin korunması güdüsüyle ilke olarak kişiliğe bağlı, ayrılmaz, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez (feragat edilmez) nitelikte ve türde haklardır (İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin başlangıç hükmü; Anayasa m. 12; MK. m. 23).

##### C - İnsan Haklarının Düşünsel Temelleri

Mevcut bir hakkın ve kurallara uygun yapılan bir çalışmanın yok sayılması ne aklen, ne fiilen ve ne de hukuken mümkün değildir. Başka bir deyişle hiçbir zaman hukuken yapılmış bir şeye yapılmamıştır denemez. O nedenle dış alemde yapılmış bir eylem, gerçekleştirilmiş bir hak hukukî sonuçlarını şöyle böyle doğurur. Nitekim uluslararası ve ulusal ana kaynakların hemen hemen hepsi bu yolda etkin önlemler alarak hangi gerekçe ve ne pahasına olursa olsun tanınan temel hak ve özgürlüklerin asla **yok edilemeyeceğini** hüküm altına alıp, aksine bir tutum ve yorumlara kesinkes meydan ve fırsat vermemişlerdir (İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 30; Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme m. 17; Anayasa m. 14/son).

## 2 - Sosyal Güvenliğe İlişkin Anayasal Esaslar

**A-** Yapılan herhangi bir temel hakkın özü ve varlığı (örneğin yapılan çalışma) ortadan kalkmayıp mevcudiyetini sürdürdükçe adalet anlayışı çerçevesinde gözetilerek hukuk düzeniyle korunur (İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Başlangıç; Anayasa m. 2, 5). Başka bir deyişle prensip olarak fiilen var olan şeyi veya olguyu hukuken yok saymak mümkün değildir. Nitekim anılan hükümlerde devletin temel amacı ve görevinin de söz konusu hakların korunması ve kollanması yönünde olduğu belirtilmiştir.

**B-** Gerek ulusal (Anayasa m. 60) gerekse uluslararası temel kaynaklar uyarınca, yasal çalışma süreleri olan çalışanlar için **emeklilik hakkı** zamanaşımına uğramayan en temel haklardan biridir.

**C-** Ayrıca Anayasa'nın 62. maddesinin direktif hükmünde "**yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları**"na birçok hakkın yanı sıra, "**sosyal güvenliklerinin sağlanması... ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır**" denilerek devletin yönetim organlarına önemli yükümlülükler yüklenip, sözü edilen çalışanların **emekli yaşam ve haklarını** özel güvenceye bağlamayı lüzum görmüştür.

## 3 - Geçerli Olan Hukukî İlkeler

**A-** 4958 sayılı değişiklik kanunu yayınlandığı tarihten itibaren (6 Ağustos 2003) ileriye doğru ayırım yapmaksızın yabancı ülkelerde çalışan **tüm Türk vatandaşlarına** emeklilik hakkı için Türk Sosyal Güvenlik Kurumlarına -önceki koşullar aranmaksızın- **koşulsuz başvuru hakkı** tanımıştır.

**B-** **Şimdiye değin** herhangi bir neden ve gerekçeyle emeklilik hakkı bakımından **çalışma süreleri değerlendirilmeyen hak sahipleri** de -**hakkın özü için**- herhangi bir ayırım gözetilmeksizin yetkili kurumlara aynen başvurma hak ve yetkisine sahip kılınmışlardır. Başka bir deyişle yasa kendilerine emeklilik hakkından başka bir koşul aranmaksızın yararlanma hakkı sağlamıştır.

**C-** İlgili **Sosyal Güvenlik Kurumları** yasanın hükümleri ışığında emeklilik başvurularını kabul edip işleme koymakla yükümlü kılınmıştır.

Ç- İdarî tasarrufları denetleyen **yargı organlarının** ise, başvuru halinde söz konusu kurallar çerçevesinde, hak sahiplerinin yasal emeklilik hakkını tanıyarak kendilerine teslim etmeleri gerekir.

**D- Kazanılmış haklar** ilkesi insan haklarının hukukî korunması ve himayesine ilişkin bulunmaktadır. Sözü geçen kural uyarınca edinildiği tarihte yürürlükte olan yasaya uygun olarak kazanılan haklar korunur.

#### 4 – Genel Olarak Yargılamanın Yenilenmesinin Sebepleri

##### A – Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra

a) **Anayasa Mahkemesi'nin prensip iptal hükmünden sonra** ülkeye kesin dönüş koşulu, kararın yayınlandığı tarihten itibaren (R.G. 25.4.2003 - 25089) artık –borçlanma- başvurusu için aranmaz<sup>13</sup>.

b) İptal kararından önce kesin dönüş koşulu gerçekleşmediği gerekçesine dayanılarak verilen ret kararları, **iptalden sonra yeni istemlere karşı** ileri sürülemez. Yani başka **yeni uyuşmazlıklarda** önceki kararların kesin hüküm kuralına –bu bakımdan- dayanılamaz.

##### B – 4958 Sayılı Değişiklik Kanunundan Sonra

a) 4958 sayılı değişiklik kanunu yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kesin dönüş koşulu ile birlikte iki yıl içinde kuruma başvuru zorunluluğunu da salt olarak kaldırmıştır.

b) Yeni yasa başvuranlar açısından bir ayırım gözetmeksizin eşitlik kuralı çerçevesinde tüm hak sahiplerine başvuru olanağı sağlamıştır. Bundan dolayı önceden iptal edilen gerekçelerle istemleri ve başvuruları kabul edilmeyip bu yüzden davaları ret edilenlere de yeni baştan koşulsuz başvuru hakkı tanımıştır.

c) Bundan dolayı önceden anılan nedenlerle verilen ret kararlarının kesin hüküm kuralı, yasanın yürürlüğe girişinden sonra yeni istemle açılan **yeni davalara** karşı ileri sürülemez ve kesin hüküm kuralına dayanılamaz.

<sup>13</sup> Dosya esas sayı: 2000/36, karar sayısı: 2002/198, k. günü: 12.12.2000.

## C – Değerlendirme

### a – Genel Olarak

aa) Kesin hüküm kuralı –aksi yasada açıkça belirtilmedikçe- sadece **geçerli olduğu döneme** ilişkin konularda hüküm doğurur.

bb) **Kesin hüküm kuralının** yargısal etkisi, yenilik doğuran değişiklik yasasının tanıdığı yeni bir başvuru hakkına karşı ileri sürülerek **kapsamı ve uygulama alanı** hukuka aykırı bir biçimde genişletilemez, amacı dışında kullanılamaz. Aksi takdirde yeni yasanın uygulama alanı hukuka aykırı olarak sınırlandırılmış olur.

cc) Kesin hüküm kuralı, prensip olarak kamusal alanda yasama erkini geleceğe yönelik kayıtsız şartsız kullanan yasama organının **iradesinin önüne geçemez** ve buyruğunu engelleyemez.

çç) Kesin hüküm kuralı salt bir hukuk kuralı değildir. Nitekim HUMK (m. 445), İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUD) ve CMUK (m. 327) bizzat kendisi hangi hallerde kesin hüküm kuralının etkisinin bertaraf edileceğini hüküm altına almıştır.

Hatta bu konuda daha ileri gidilerek Avrupa Birliği ile uyum yasaları çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları bile yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak benimsenmiştir. Birkaç yetersiz adımı takiben AİHM kararlarının daha fazla etkinleştirilmesi konusunda önemli adım son olarak 23.1.2003 - 4793 sayılı “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*” ile atılmıştır. Yasa değinilen yeni iade sebebini “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu” ile “Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu”nda yaptığı değişiklikle Türk hukukuna taşımıştır<sup>14</sup>.

Kanunun 1. ve 2. maddelerine göre Türk mahkemelerince verilen hüküm, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme veya ek protokollerinin ihlali suretiyle verildiği, AİHM’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi halinde yargılamanın yenilenmesi istenebilir. Yargılamanın yenilenmesi isteminin süresi kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır (m. 445/11 ve 447/III).

<sup>14</sup> Sözü edilen sebebin iç hukuklardaki yeri, ihlâl nedeniyle gerekli koşulları, yapılan değişikliklerin kapsamı ve kaynakçalar hakkında ayrıntılı araştırma için bak. **Erdem, Mustafa Ruhan / Korkmaz, Ömer**, “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İhlali”, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 5, sayı 2, İzmir 2003, s. 182-212. Değişiklik yasasının metni için bakınız R.G. 4.2. 2003 – 25014.



Geçici madde 1'de ise, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş olan AİHM kararına karşı muhakemenin iadesi istemi, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yine bir yıl olarak tespit edilmiştir.

### **b – Somut Olarak**

aa) Anayasa Mahkemesi kararınca kesin dönüş koşulu iptal edilip ardından 4958 sayılı değişiklik yasasınca ortadan kaldırıldığından dolayı, önceden aranan **kesin dönüş koşuluna** binaen verilen ret kararları nakz olunup **kaziye-i muhkeme kuvvetleri** başka uyuşmazlıklarda bertaraf olmuştur. Başka bir deyişle önceki eski gücü mürtefi olur.

bb) İptal ve ilgâdan sonra derdest olan davada verilen ilamda ise, hükme esas ittihaz edilen eski ilamların kesin hüküm gücü, öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve müteakiben 4958 sayılı değişiklik yasasından sonra ona dayandırılmaz.

cc) Yargıtay'ın ret gerekçesinde kazanılmış hak teorisine yer verilmiştir. İlamda iddia edilenin aksine kazanılmış bir hakkın korunması söz konusu olmayıp, tam tersine önceden davacının kazandığı emeklilik hakkının bilahare SSK tarafından geri alınması söz konusudur. Deyim yerinde ise uyuşmazlıkta kazanılmış hakkın korunması değil, aksine ihlâli durumu mevcuttur.

### **c – Teorik Temel Gerekçeler Açısından**

Açıklanan temel ilke ve esasların ışığında başka uyuşmazlıkta verilen ilam, aşağıda sıralanan yasal gerekçeler karşısında, olayda yargılamanın yenilenmesine yadsınamaz sebep teşkil etmektedir. Yargılamanın yenilenmesine temel oluşturan gerekçeler şunlardır:

aa) Kesin dönüşe ilişkin başvuru ve red koşulları Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilip, bilahare o doğrultuda çıkarılan 4958 sayılı değişiklik yasasınca 23.04.2003 tarihinden itibaren temelli kaldırılan -salt önceden verilen- bir ret ilamına dayanılarak ret kararı verilemez.

bb- Anayasa Mahkemesi'nce yapılan iptalden ve yasaca gerçekleştirilen ilgadan sonra, kesin dönüş koşulu gerçekleşmediği gerekçesiyle önceden verilen yargısal ret kararları, **başka yeni istemlere karşı** ileri sürülemez. **Yeni istemli başka uyuşmazlıklarda** da bu tür kararların kesin hüküm kuralına dayanılamaz.

cc) Yasada aksi açıkça belirtilmedikçe kesin hüküm kuralı sadece **geçerli olduğu döneme** ilişkin konularda hüküm doğurur.

çç) **Kesin hüküm kuralının** yargısal etkisi, yenilik doğuran anılan yeni yasanın tanıdığı yeni bir başvuru hakkına karşı ileri sürülüp **kapsamı ve uygulama alanı hukuka aykırı** bir biçimde genişletilemez. Aksi takdirde yeni yasanın uygulama alanı hukuka aykırı olarak sınırlandırılmış olur.

dd) Kesin hüküm kuralı, prensip itibariyle kamusal alanda yasama erkini kayıtsız şartsız kullanan **yasama organının** iradesinin önüne geçemez ve buyruğunu önleyip engelleyemez.

ee) Nitekim kesin hüküm kuralı salt bir hukuksal kural olmayıp istisnaları yasalarda belirtilir (HUMK m. 445).

ff) Derdest olan davada verilen ilamda, hükme esas ittihaz olunan ka-tiyet iktisap etmiş olan eski ilamların kesin hüküm gücü ve engeline, öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve müteakiben 4958 sayılı değişiklik yasası karşısında dayanılamaz.

gg) Zira yapılan iptal ve gerçekleşen kanuni kaldırma sonucu kesin dönüş şartını içeren ilamların koşulları ileriye yönelik olarak huku-ken nakz olunmuştur.

hh) Temel varlık koşulu iptal ve sonradan nakz olunan bir ilamın sırf kesin hüküm gücüne dayanarak bertaraf edilmiş olan uyuşmazlıklar-da temel ittihaz alınması yargılamanın yenilenmesi nedenlerinden bi-risini oluşturur.

ii) Yenilenme isteminin en önemli bir başka kanıtı ise dava dilekçesinde belirtilip fakat bilirkişinin yanlış görüşüne dayanılarak yıllarca mahkemelerce göz ardı edilip zamanında değerlendirilmeyen görüş, gerekçelerin doğruluğu ve yerindeligi mevzuatımızda herhangi bir de-ğişiklik olmadan, kurumun bilahare yanlışlığın farkına varıp –durup dururken- 29 Mart 2006 günü yürürlüğe koydukları **tek taraflı ge-**

**nelge** ile kanıtlanmıştır. Söz konusu genelgeyle ilgili kurum Anayasa Mahkemesi'nin iptal tarihinden beri sürdürdükleri yanlış uygulamayı tümüyle terk edip -adeta günah çıkarırmışçasına- hak sahiplerinin başvurularını kabul etmeye başlamıştır. Bu açıdan bakıldığında malesef yargı organımız ısrarlı uyarılara rağmen anılan şans ve önderliği kaçırmıştır.

Yukarıda değinilen gerekçelere dayanılarak özetle diyebiliriz ki;

aaa) Önceki yasaya göre aranan koşullar uyarınca verilen ilamların kesin hüküm etkisi (kesinliği), söz konusu koşulların aranmayıp ortadan kalktığı bir zamanda başka istemi içeren yeni bir davada söz konusu olmaz. Bundan dolayı belirtilen gerekçeye dayanarak verilen ret kararı iade-i muhakeme sebebi teşkil edip, mahkemece anılan kararın nakzını gerektirir.

Aksine bir iddia ve uygulama ise değişiklik yasasına açıkça aykırılığın yanı sıra, ciddi surette Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ihlali olgusunu oluşturacağından, Anayasa'ya aykırılık da teşkil eder.

bbb) Yeni başvuru istemi (yeniden başvuru) içeren bu davada, önceki ilamların kesin hüküm gücüne dayanılarak verilen ret kararları geçersiz olup (keenlemyekün) HUMK. m. 445/3 bendi uyarınca mahkemenin yenilenmesini muciptir. Diğer bir deyişle başka istemi içeren yeni bir davaya karşı, mülga şartları taşıyan ilamların kesin hüküm gücü ileri sürülüp ret kararı verilemez. Aksi takdirde kanunen kaldırılarak aranmayan koşullara fiilen geçerlilik kazandırılıp zımnen aranarak mevcut bir hak yok edilmiş olur. Nitekim fiili durum ve somut sonuçta öyle olmuştur.

#### ç - Sonuç İtibariyle

aa) Anayasa Mahkemesi kesin dönüş koşulunu arayan yasayı, eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edip, 4958 sayılı yasa ise iptal kararı doğrultusunda söz edilen koşulu kaldırdığından, kesin dönüş şartını içeren ilamların koşulları deyim yerinde ise hukuken nakz olunmuştur.

bb) Sonradan temel varlık koşulu iptal ve nakz olunan bir ilamın hukukî değeri usulen zedelenmiş olduğundan kesin hüküm gücü başka yeni davalarda geçerli olmaz.

cc) Önceden kesin dönüş koşulu bulunmadığı gerekçesiyle verilen ret ilamlarının kesin hüküm gücü, iptalden sonra yapılan yeni başvuru istemlerine karşı ileri sürülemez.

çç) Önceki yasaya göre aranan koşullar uyarınca verilen ilamların kesin hüküm etkisi (kesinliği), söz konusu koşulların aranmadığı bir zamanda başka istemi içeren yeni davada söz konusu olmaz.

dd) Ret koşulları bilahare iptal edilip kanun tarafından da temelli kaldırılan bir ilamın kesin hüküm gücü, yeni yasaca bahşedilen koşulsuz başvuru hakkını önleyemez.

ee) O nedenle yeni başvuru istemi içeren bu davada gerek ilk derece mahkemesinin, gerekse temyiz ilamlarında Anayasa Mahkemesi'nce açılan bir uyuşmazlıkta temel başvuru koşulu kesin olarak iptal edilip, ardından çıkarılan değişiklik yasası uyarınca tümünden kaldırılan önceki ilamların kesin hüküm gücüne dayanılarak verilen ret kararları geçersiz olup (keenlemyekün) HUMK. m. 445/3 bendi uyarınca yargılamanın yenilenmesini oluşturur. Diğer bir deyişle başka istemi içeren yeni bir davaya karşı, mülga şartları taşıyan ilamların kesin hüküm gücü ileri sürülüp ret kararı verilemez. Aksi takdirde kanunen kaldırılıp aranmayan koşullara (kesin dönüş koşulu ile iki yıl içinde başvuru zorunluluğu) fiilen geçerlilik kazandırılıp zımnen aranarak mevcut yeni bir hak yok edilmiş olur. Kanun mevcut hakkı yok sayan böyle bir uygulamaya cevaz vermez.

ff) Aksine diretilen bir tutum ve davranış izan ve vicdanla bağdaşmanın ötesinde, masum hak sahiplerini kanun koyucunun açık buyruğuna aykırı olarak zarara sokan muzır bir hukukî çabadan başka bir şey değildir. Nitekim yüzlerce vatandaşımız söz konusu gecikme yüzünden yasaya aykırı olarak aylarca mağdur edilmiştir.

## 5 - Olayda Yargılamanın Yenilenmesi

### A - Genellikle

2003 tarih 4958 sayılı değişiklik kanununun geçmişten tümüyle ayrılan koşulsuz başvuru düzenlemesi karşısında (madde 56) "**kesin hüküm**"(Kaziye-i muhkeme) kuralına dayanılmaz. Değişiklik kanununun uygulanması "**kesin hüküm**" savıyla geçiştirilemez niteliktedir.

Böyle bir iddia hukukî ve yasal dayanaklardan kesin olarak yoksun olup geçersizdir. Yenilik doğuran anılan yeni hüküm karşısında kesin hüküm engeli geçerli değildir. Bu olayda kesin hüküm kuralı ketum durumdadır. Yürürlüğe konulan yasanın hak sahiplerine tanıdığı yaşamsal hakkın kullanılması ve edinilmesi hiçbir surette engellenemez. Bu nedenle şimdiye değin herhangi bir suret ve gerekçeyle değerlendirilemeyen -yabancı ülkelerde geçen- çalışma sürelerinin emeklilik hakkı bakımından değerlendirilmesi 4958 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 6.8.2003 tarihinden itibaren hak sahiplerinin inisiyatifinde olanak dâhilindedir. Hak sahiplerinin yetkili sosyal güvenlik kurumlarına başvurmaları halinde, idarî mercilerin istemlerini işleme koyması gerekir. Anılan işlemin yapılması yasanın idareye yüklediği yasal bir yükümlülüktür. İdarenin kaçınması ya da yasaya uymaması durumunda, yargı organları, idarenin geçersiz işlemlerine o tarihe değin sergiledikleri tutum ve tavrın aksine, hak sahiplerinin belirtilen yaşamsal hakkının kendilerine teslim edilmesine yardımcı olmalıdır. Çünkü kanun koyucu sözü edilen düzenlemeyle bu tür hak sahiplerine ileriye yönelik koşulsuz başvuru hakkı bahşetmiş ve tanımıştır. Kanun koyucunun iradesi bu doğrultuda olup, açık hükmü bu yöndedir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından yürürlüğe konulan 4958 sayılı değişiklik yasının sosyal, hukukî ve yasal gerekçelerini irdelemek gerekir. Niçin düzenlenmiştir? Neden iptal edilmiş ve değişikliğe başvurulmak zorunda kalınmıştır? Hangi ihtiyaçtan doğmuştur? Hangi eksikliği gidermek istemiştir? Hangi hakları ve sahiplerini korumak istemiştir? Kimlere başvuru hakkı tanımış, kimlere tanımamıştır? Değişikliliğin temel amacı nedir? Ne hedeflenmiştir? Neden yürürlüğe konulmuştur? Hangi engelleri kaldırmak istemiş ve kaldırmıştır? Bu ve bunun gibi pek çok önemli felsefi, mantıki, yasal ve hukukî soruları yanıtlamadan yasanın doğru ve istenen doğrultuda yürütülmesi ve uygulanması mümkün değildir. Nitekim son direnme anına kadar bu husus ne mümkün oldu, ne başarılabilirdi, ne de yasa koyucunun amacı gerçekleşti ve iradesi uygulanabilirdi.

Önceki yasa metninin yürürlüğünden başlayan ve cereyan eden olumsuz ortamda ilk önemli ve anlamlı adımı **Anayasa Mahkemesi** iptal kararıyla atmıştır. Yüksek Mahkeme girilen çıkmaza önemli çıkış ışığı tutmuştu. Bu kere de maalesef ilgili makam ve merciler Yüksek Mahkeme'nin bir ilke niteliğinde açtığı çığırdan yararlı bir çıkış yolu

arayıp üretmekten çok, ardı arkası gelmeyen çetrefil teorik tartışmalara girişerek konuyu yine çıkmaza sokmuşlardır. Mevcut çıkmaz durumu fark eden yasa koyucu, anayasal kararın sınırlı etkisini de göz önünde tutarak fazla vakit kaybetmeden 2003 tarih ve 4958 sayılı yasayla anayasal ilamın doğrultusunda “kesin dönüş” koşuluyla birlikte “iki yıllık başvuru süresini” de dışlayarak koşulsuz yepyeni bir yasa hükmü çıkarmıştır. Yeni hükmün anlamı ve amacı nedir? Böylece bu düzenleme ile kanun koyucu prensip olarak önceki taleplerin üzerine sünger çekerek yeni bir kapı açmıştır. Şöyle ki, **yasanın Resmi Gazete’de yayınlandığı tarihten itibaren ileriye doğru geçerli olmak üzere** yeni bir sayfa açıp, yabancı ülkelerde halen çalışan diğer Türk vatandaşları gibi, şimdiye değin herhangi bir nedenle emeklilik hakkı bakımından çalışma süreleri değerlendirilemeyen eski çalışanlara (eski hak sahiplerine) –geçmişe ilişkin taleplerini kapsam dışı bırakarak- sadece geleceğe yönelik yeni bir başvuru hakkı tanımıştır. Mevcut olumsuz koşullarda atılan bu yasal adım da çok yerinde olmuştur. Bu bir bakıma yeniden 1985’ten önce yürürlükte olan 2147 sayılı yasanın koşulsuz uygulama durumuna geçilmesidir.

Yeni hükümlerle yasa koyucu üzerine düşen görevi layıkıyla yerine getirmiş, gereğini yapmış olduğu gibi uygulamaktan başka geriye bir şey bırakmamıştır. Her şeyin çözümlenerek işlemlerin yasal yolda cereyan etmesi beklenirken, ne yazık ki devam ettirilen eski ketum, anlamsız tutumlar yüzünden sonuç sanıldığı gibi olmamıştı. Sorun çıkarıcılar her taraftan sorun üretmeye, denetleme makamında olan yargı mercileri de söz konusu aykırı duruma seyirci kalmaya devam etmişlerdir. Belirtilen başarısız sonuç davacının yeni bir umutla açtığı davada **İzmir 5. İş Mahkemesi’nin** verdiği 9.6.2005 tarih 2004 /536 esas ve 2005 /321 sayılı ret kararı ve ardından ilamın temyizi üzerine Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 2005 /10874 esas ve 2006 /943 sayılı onama kararı ile ortaya çıkmıştır.

Yüksek Mahkeme genellikle verdiği ilamlarda görüşünü desteklemek için yer verdiği “**kazanılmış hak**” ilkesine ilişkin savı da yerinde kullanmamıştır. Olayda değinilen savın ileri sürülmesi bir yanılgıdan ibarettir. Kazanılmış hak teorisi insan haklarının korunmasına yönelik olup herhangi bir hakkın edinildiği anda yürürlükte olan yasalara uygun olarak kazanılan hakların korunmasına yöneliktir. Hâlbuki derdest olan davada herhangi bir kazanılmış hakkın korunması değil, tam aksine çok olumsuz koşullarda, hak sahiplerinin daha önce ka-

zandıkları ve güvendikleri emeklilik haklarının bir çırpıda idarenin tek taraflı kararıyla ellerinden geri alınması söz konusudur. Daha açıkçası bir kazanım değil, tam tersine bir ihlalin sonucu bir hakkın zedelenmesi durumu mevcuttur.

Yerleşmiş içtihatlarına göre **bilirkişilerin teknik bilgiye sahip uzman kişilerden seçilmesi** gerekmektedir<sup>15</sup>. Davacı vekilinin yetkili yerel mahkemeden ısrarla böyle bir istekte bulunmasına karşın, senelerden beri yargı organlarının işin içinden çıkamayıp ortasında sıkışıp kaldığı çok önemli yaşamsal nazik bir **hukuksal uyuşmazlık** konusunda, düpedüz idare memurluğundan emekli olan -daha öncede birkaç defa kıt ve yetersiz olumsuz görüşünü ortaya koyan- bir kişiyi bilirkişi tayin etmekte ısrarcı olması kabul edilemez ilginç bir tutumdur.

Burada tuhaf bir husus fazlasıyla dikkat çekmektedir. Savunma avukatı mahkemece yeniden atanan bilirkişinin niteliğine ve teknik hukuk bilgisizliğine yönelik ısrarla yaptığı itirazlarının kale alınmadığını görünce, doğrudan yetkili mahkemeye ülke çapında sosyal güvenlik alanında yetkin uzman öğretim üyesi ve bilim adamlarından oluşan bir bilirkişi listesi sunmuştur. Bu kadar açık ve seçik ret, itiraz ve ısrarla uzman bilirkişi atanması istemine karşın, mahkemenin bu talebi adeta vurdumduymazlığa getirip sessiz kalmıştır. Gerçeğin ortaya çıkması ve adaletin peşinde olan yansız bir mahkeme, bile bile ret edilen yetersiz bir kişi üzerinde sürekli ısrar etmesi, verdiği fetvalara uyması, ardından temyiz aşamasında Yüksek Mahkeme'nin dahi bunu görmemezlikten gelmesi, benim zihnimde asla cevabını alamadığım bir soru olarak kaldı.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına bakınca durum daha fazla aydınlanır. Anayasa Mahkemesi "kesin dönüş" koşulunu kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yürürlükten kaldırdı. 4958 sayılı yasa ise, katmerli olarak anılan karar doğrultusunda söz konusu koşulla birlikte iki yıllık başvuru zorunluluğunu da ortadan kaldırdı. Üstelik işin çok ilginç ve o kadar da tuhaf ve anlaşılmaz olan yanı ise, davacı (Z. G.) 20.7.1995 tarihinden beri ülkemize kesin dönüş yapıp, o yıldan itibaren de Türkiye'de ikamet etmekte olup kanunî ikametgâha sahip bulunmaktadır. Asla yurt dışına da çıkmış değildir. Ayrıca davacı ba-

<sup>15</sup> Örneğin bak. Yargıtay Kararları Dergisi, c. 31, sayı 6, Haziran 2005, s. 907-908.

kımından Alman mevzuatına göre ilk beş yıl içinde kesin dönüş yapanlara ilişkin Almanya'ya yeniden giriş yasağı yürürlüğe girmiştir.

Davacının sürüp giden süreç içinde Yargıtay Başkanlığı'na yaptığı idarî başvuru üzerine kendisine gönderilen cevabî yazı anılan tartışmaları bir bakıma gereksiz kılmıştır. Davacı tüm çabalara karşın dava yoluyla hakkına kavuşmayınca 26.12.2003 tarihinde (tam geçiş döneminde) Yargıtay Başkanlığı'na bir dilekçe ile başvurmuştur. Değinen dileğe ilişkin olarak 21. Hukuk Dairesi yargıcı Sayın **Ali Güneren** imzasıyla Yüksek Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilen 27.1.2004 tarih 2004/25 sayılı resmî yazıda tartışma konusuna ilişkin olarak şöyle denilmiştir: *"Anayasa Mahkemesi 25.4.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan kararı ile 3201 sayılı yasanın 3. maddesinde yazılı kesin dönüş koşulunu iptal etmiş ve 4958 sayılı yasa 6.8.2003 tarihinde yürürlüğe girerek 3201 sayılı yasadan 2 yıllık başvuru koşulunu kaldırmıştır. Dairemizin onama kararı 31.3.2003 gününde verildiğinden Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve 4958 sayılı yasa hükümlerinin karar tarihi itibari ile göz önünde tutulması mümkün bulunmamaktadır. Öte yandan davacının aynı konuda daha önce açtığı dava kesinleşmiştir..."*

Sayın Başkan'ın yukarıda özetle açıklanan görüşü, son tümcesinin dışında geleceğe yönelik olarak gayet umut verici niteliktedir. Belirtilen sözlerin mefhumu muhalifinden iyice anlaşılıyor ki, eğer dava iptal ve değişikliklerden önce değil, yürürlüğe girdikten sonra açılmış ve sonuçlanmış olsaydı, pekâlâ değişikliğin sağladığı haktan yararlanılabilecekti. Yerindeliğinde şüphe edilmeyen bu görüşe katılmamak elde değildir. Yazıdan da görüldüğü üzere Sayın **Ali Güneren** görüşünü *"Öte yandan davacının aynı konuda daha önce açtığı dava kesinleşmiştir"* biçiminde belirttiği bir tümce ile sınırlandırmıştır.

Konumuzla ilgili olarak hemen önemle belirtelim ki, iptal ve değişiklikten sonra açılan davanın hukukî konusu önceki davaların taleplerinin aksine kurum kararının iptaline ilişkin olmayıp yeniden borçlanmaya ilişkindir. **Önceki davaların konusu iptal edilen emekliliğin iptal tarihinden itibaren geçerli sayılarak (makale şamil olarak) kesilen aylıkların kesildiği tarihten itibaren geriye doğru ödenmesine** ilişkindir. **Hâlbuki derdest olan -son- davanın konusu**, tamamen yepyeni bir isteme ilişkin olup asla önceki davaların konusuyla herhangi bir ilgi, ilişki ve irtibatı yoktur. Bu nedenle bu davanın uyuş-



mazlık konusu önceki davaların “kesin hüküm” kuralı ile hiçbir ilgisi olmayıp, onun uygulama alanı dışındadır. Kısaca bu dava önceki davalar gibi eski taleplerin diriltilmesi ile asla ilgili olmayıp, ileriye doğru yeniden borçlanma başvurusunun kabul edilmesine ilişkin bulunmaktadır. Bundan dolayı Sayın Başkan’ın son tümcede dile getirdiği “kesin hükme” ilişkin savına katılmıyoruz.

Anılan iptal kararından sonra idareden beklenen adımlar da atılmayınca, yasa koyucu Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2002 günlü direktif iptal hüküm uyarınca uygulamada sürekli sorun yaratan ve tartışmalara yol açan 3. maddedeki başvuru koşullarını tümünden ortadan kaldırıp 29.7.2003 – 4958 sayılı kanunu yeni bir içerikle yürürlüğe koydu. Fakat ne yazık ki, umut bağlanan bunca esaslı değişikliğe rağmen, yetkili idari kurum (SSK) ketum bir tutumla yasaya uygun gerekli adımları yine atmadı. Bunca olumlu gelişmeye rağmen idarenin takındığı olumsuz tutum karşısında hak sahipleri yasaca kendilerine tanınan “**yeniden borçlanma**” istemiyle -önceki dava ve taleplerinden tamamen ayrı bir içerik ve istemle yetkili İş Mahkemesi’nde dava açmak zorunda kaldılar. Sözü geçen 2004 / 536 esas sayılı davada davacı, yasa uyarınca kuruma yaptığı yeni baştan borçlanma isteminin kabul edilerek yasanın aynen uygulanmasını istemiştir. Ne yazık ki, o tarihte tümüyle yasaya uygun istemini idareye dinletemediği gibi, yerel mahkemeye de atadığı elverişsiz bir bilirkişinin geçersiz görüşü yüzünden anlatamamıştır. Olan yine acılar içinde kıvranan ve adalet isteyen davacılara olmuştur.

Bununla birlikte idare hak sahiplerinin sürekli yaptıkları takip, talep ve girişimleri karşısında -adeta bunalıma girerek- daha fazla diretemeyeceğini anlayınca, uzun bir zamandan beri yasaya uygun yapılan istemler ve davalar karşısında sürdürdüğü yersiz itiraz ve yanlış tutumunu bir çırpıda tek taraflı olarak bir yana bırakıp vazgeçmiştir. Şöyle ki, mevzuatımızda herhangi bir başka değişiklik olmadan, durup dururken eski görüşünden bir çırpıda çark edip **29.3.2006 günlü B.13.2.SSK.5.1.11.00/XI.O31-234548 sayılı bir “Genelge”** ile 2003-4958 sayılı yasa doğrultusunda işlemde bulunmaya geçeceğini kararlaştırıp ilân etmiştir. Mahkemelerde açılan davalar, başvuru koşulları sonradan iptal ve ilga ile tümüyle ortadan kaldırılan eski bir ilamın kesin hüküm gücüne iltifatla binaen reddedilirken, böyle bir varsayım dayanan tutum, yaklaşım ve yorumun geçersiz olduğuna bizzat Genelge’nin kendisi kapı gibi yanıt oluşturmuştur.

## B – Yenilenmenin Hukukî Temeli

Olayda yargılamanın yenilenmesinin hukukî temeli Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından ve 4958 sayılı değişiklik yasasının yürürlüğünden daha önce İş Mahkemesi'nce verilen bir ret kararının kesin hükmünün esas ittihaz edilmesine dayanmaktadır. Başka bir deyişle ilk derece mahkemesinin yegâne red gerekçesi, başvuru koşulları ve red sebepleri daha sonra ilkin Anayasa Mahkemesi'nce iptal ve müteakiben anılan yasayla tümüyle ortadan kaldırılan bir ilamın kesin hüküm savına dayandırılarak verilmiş olmasıdır. Oysaki, değinilen iptal ve fesihten sonra durum tamamen değişmiştir. Tümüyle apayrı bir istemi içeren, önceki dava istemiyle hiç ilgisi olmayan ve ilişiği kesilmiş olan başka yeni bir davanın söz konusu varsayımla reddi doğru olmadığı bir yana, hukuken yanlıştır.

Davalı kurum cevap layihasında davanın yeni hukukî istemin içeriği gerekçe ve sebeplerini doğru dürüst takdir edememiştir. Davalının ileri sürdüğü sav aşağıdaki nedenlerle yerinde değildir. Çünkü davanın reddine esas ittihaz olunan ilamın koşulları, daha sonra bir yandan Anayasa Mahkemesi'nce iptal, diğer yandan da 4958 sayılı kanunla tümüyle ortadan kaldırılarak nakız olunmuştur. Yasal alanda bir yandan meydana gelen anayasal iptal, öte yandan gerçekleştirilen değişiklik sonucu, derdest davada anılan ilamın kesin hükmü, önceki davaların konusu ile ilgi ve alakası olmayan yeni bir oluşum sonucu doğan uyumsuzlukta ileri sürülemez. Şöyle ki önceki davaların istemleri makale şamil olmasına karşın, iptal ve değişiklikten sonra açılan yeni davanın konusu ileriye, yani geleceğe ilişkindi. Başka bir deyişle, önceki davaların istemi 1995'ten beri bağlandıktan sonra **“kesilen maaşların ödenmesine”** yönelik iken, son davanın isteminin içeriği tümüyle farklı olup **“yeni baştan borçlanmaya”** ilişkindir. Yasal dayanak ve hukukî gerekçesi ise 2003 tarihli 4958 sayılı kanunun başlı başına tanıdığı yeni başvuru hakkıdır.

Kısaca özetlemek gerekirse yargılamanın yenilenmesinin temel gerekçeleri:

- a- Öncelikle verilen ilam, başvuru koşulları ve bunun sonucu olarak ret koşulları bilahare iptal ve fesih ile nakz olunmuş bir hüküm esas temel yapılarak verilmiştir.
- b- Başvuru ve ret koşulları daha sonra iptal ve temelli kaldırılan bir

ilamın kesin hüküm karinesi, koşulsuz yeni oluşumlar içeren başka taleplere karşı ileri sürülemez.

c- Bu nitelikte olan bir ilam ise HUMK. m. 447/3 bendi uyarınca “yargılamanın yenilenmesi” sebeplerinden birisidir.

Şöyle ki;

aa) 2004/536 sayılı kararın, daha önce başvuru koşulları gerçekleşmediği gerekçesiyle verilen bir ret ilamının (2001/804 sayılı karar) kesin hükmüne dayandırılması, iptal ve nakızdan sonra kaldırılan koşulların aranmayan başka bir uyuşmazlık alanına yeniden taşınmasını ifade eder. Böyle bir yaklaşım ise aslında dava tarihinde yasa hükmünde mevcut olmayan koşulların fiilen katmerli uygulanmasından başka bir şey değildir. Bu tutum yanlış olup asla doğru değil, zira bir yandan yasaca temelli kaldırılan ret koşullarının hukuka aykırı bir biçimde ayrı bir zemine taşınıp kapsamının daha da genişletilmesini içerir. Öte yandan artık yasal alanda mevcut olmayan söz konusu eski koşulların varlığını dolambaçlı yoldan sürdürmesi ve uygulanması sağlanmış olur. Her iki durum da hukuka aykırıdır.

bb) Bu fiilî durum açıkça önceki koşulların fesih nedeniyle kaldırılması sonucu salt kesin hükmü zedelenmiş olan bir hükmün, başka bir uyuşmazlığın ilamına temel ittihaz edilmesinden ibarettir. Bu olgu da yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir durumdur.

Nitekim uygulamada Yüksek Mahkeme'nin üyelerinden Sayın **Asuman Celkan** Yargıtay Genel Kurulu'nun bir ilamına (Esas. 2004/21-66, Karar. 2004/93, Tarih 23.2.2005) konu teşkil eden benzer bir uyuşmazlıkta yargı organınca tutulan yolun doğru olmadığını başka bir anlatımla ortaya koymuştur. Yüksek yargıç yazdığı çok önemli ve pek güçlü gerekçeli “**karşı oy**” yazısında değinilen gerçeği etkin bir biçimde şöyle dile getirmiştir: “...aynı taraflarca aynı istemle dava söz konusu olup HUMK. 237. maddesi gereğince kesin hükmün varlığından söz edilerek eldeki davanın reddedilmesi gerekirken kabulünün yerinde bulunmadığından bahisle bozulmasına karar verilmesi gerektiği yolunda hüküm kurulmuştur. Dava dosyası ekinde davacının bozma kararında belirtildiği gibi iş bu davadan önce tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan davacının yurt dışı borçlanmasının geçerliliği ve yaşlılık aylığını iptal eden kurum işleminin iptaline dair iki dava açtığı ve retle sonuçlandığı görülmekte ise de eldeki dava ile tarafları ve

istemin aynı olması dışında benzerlik taşımamaktadır. Diğer bir anlamla kesin hükmün varlığını teşkil eden iki unsur ( taraflar ve konusu) aynı olmakla birlikte üçüncü unsur olan dava sebebi artık birinci dava ile aynılık arz etmemektedir. Şöyle ki; önceki davaların açılıp sonuçlandığı tarihte yürürlükte olan yasa 8. 5.1985 tarihinde kabul edilip 22.5.1985'te yayınlanarak yürürlüğe giren 3201 sayılı yasadır.... Ancak 3201 sayılı yasanın 3. ve 6. maddelerinde konu edilen yurda kesin dönüş yapma olgusu ...Anayasa Mahkemesi'nce ... yasanın kesin dönüşünü konu eden 3. maddesindeki kesin dönüş ibaresinin iptal edildiği tefhim edilmiştir... Bunun anlamı doğal olarak yurt dışında çalışan işçiler artık yurda kesin dönüş yapmaya gerek kalmaksızın çalışma sürelerini ... borçlanabilme hakkını elde etmiş bulunmaktadır. İsteme uygulanacak yasa maddesi artık birinci dava ile aynı yasa maddesi değildir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile yeni bir şekil almıştır. Benzer tüm davalarda uygulanması zorunludur. Bu sonuç Anayasa Mahkemesi yargılamasının bir gereğidir. Oysa ki, kesin hükmün varlığını belirleyen davanın sebebi artık değişmiştir. Gerek doktrinde gerekse yargısal uygulamalarda bu konuda yazılmış çok fazla doküman bulunmamakta ise de davanın sebebinden anlaşılabilir hukukî ve maddî sebeptir. Hukukî sebep: Açılmış bulunan davaya dava tarihinde yürürlükte bulunan yasa maddelerinin uygulanmasının gerektiği kuralıdır. Maddî sebep ise: davanın açılmasına neden olan muarazalar ve nizalardır. Eldeki davada davanın maddî sebepleri aynı ise de hukukî sebebi artık farklı olduğu için kesin hükmün varlığını belirlenmesini teşkil eden unsurlardan birisi hukuken kalkmış bulunmaktadır. Bu nedenle de birinci dava ile eldeki dava aynı şartları ve sebepleri taşımayacağından kesin hükmün varlığından söz etmek mümkün değildir..."

Sayın Celkan bizce de desteklenen görüşünü şöyle sürdürmektedir: "...Bir dönem yasa maddeleri gereğince kişisel çalışma şartları uygun bulunmadığında istemleri mahkemelerce reddedilse de zaman içinde koşullarda değişiklik oluştuğunda şartları elvermişse o haktan çalışan birey artık yararlanabilmelidir. Öncesinde aynı istemden dolayı davası red olunmuş bulursa dahi "hakkın özü" kaybolmadıkça devletten bunu isteme hakkı ve imkânı her zaman bulunması doğaldır. Bu nedenle tespit davalarının neticeleri kesin hüküm nedeniyle kısıtlanmamalıdır... Anlatılan nedenlerle daha önce dava konusu yapılar o tarihte yürürlükteki yasalar gereğince elde edilemeyen sosyal güvenlik

*hakkının daha sonra yasal şartlar oluştuğunda olumsuz dava şartı mevcut diye davacıya idare ve yüksek mahkemece kullandırılmaması tarafımca uygun bulunmamaktadır ”* <sup>16</sup>.

Ancak burada hemen önemle vurgulayalım ki, bizim üzerinde durduğumuz özgün uyuşmazlıkta davanın şartlarından sadece “hukuki sebepleri” ayrı değil, aynı zamanda “maddî sebepleri” dahi değişti. Başka bir deyişle incelediğim davada dava şartlarındaki farklılık daha katmerli ve daha güçlü bulunmaktadır.

Ayrıca benzer gerekçeler ve fakat yanlış istemlerle açılan bir başka ilginç uyuşmazlık konusu Yargıtay 21. Hukuk Dairesi önüne gelmiştir. Yetkili dairenin 2004/1087 sayılı bozma ilamına konu teşkil eden davada kesin hüküm kuralı karşısında ikinci davanın açılıp açılmayacağına ilişkin hukukî durum enine boyuna tartışılmıştır. Verilen bu önemli ilamda (Esas No: 2004/11297, Tarih: 16.2.2004) “**Kesin hüküm**” (**kaziyeyi muhkeme**) kuralı karşısında hangi durum ve şartta “ikinci dava” açılmayacağı, buna karşı hangi gelişme veya değişiklikler sonucu “ikinci dava” açmanın mümkün olduğu açıklanmıştır. Böylece “kesin hüküm” muvacehesinde hem ikinci dava açmanın hangi şartlarda mümkün bulunmadığı, hem de hangi yeni koşullar altında ikinci davanın olanak dâhilinde bulunduğu sorunu gayet açık biçimde ortaya konmuştur. Bu suretle anılan kararda mevcut **kaziyeyi muhkeme** kuralı karşısında bir yandan ikinci davanın “**olumsuz koşulları**” (Metin 1-9 paragraflar), öte yandan daha önemli olarak ikinci dava açabilmenin “**olumlu koşulları**”nı (Metin 10-11 paragraflar) birlikte ortaya koymuştur. Kararın ikinci davanın olumlu ve olumsuz koşullarını birlikte açıklığa kavuşturması -dava yoluyla- hak arama da karşılaşılan güçlükleri giderici nitelikte olduğundan pek yararlı ve önemlidir<sup>17</sup>. Söz konusu hususları incelediğimiz dava ile ilintili olarak şöyle açıklayabiliriz:

### a – Derdest Olan Davada İstenilmeyenler

Sözü geçen bozma ilamı, üzerinde durduğumuz uyuşmazlıkta açılan davanın haklılığının kanıtlanması bakımından tipik bir kanıt ve güçlü gerekçe teşkil etmektedir. Şöyle ki derdest olan dava, bozma ilamında belirtilen olumsuz unsurların hiçbirini taşımamaktadır. Şöyle:

<sup>16</sup> Söz konusu “karşı oy” için bak. İzmir Barosu Dergisi, Ekim 2005, s.116-129.

<sup>17</sup> Sözü geçen karar için bak. [www.martiyazilim.com.tr](http://www.martiyazilim.com.tr).

- aa) Davada önceki borçlanmanın geçerli olduğu ileri sürülmemiştir.
- bb) Borçlanma işlemini iptal eden kurum işleminin iptali amaçlanmamıştır.
- cc) SSK'ca iptal edilen işlemin canlanması hedeflenmemiştir.
- çç) Borçlanma tarihinden itibaren kesilen aylıkların ödenmesi talep edilmemiştir.
- dd) Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının geriye doğru uygulanması istenmemiştir.
- ee) Nihayet HUMK'nun kesin hükme ilişkin olumsuz dava koşulları da inkar edilmemiş ve zedelenmemiştir (m. 237).

Bizim üzerinde inceleme yaptığımız davada, davacı yukarıda belirtilen istemlerin hepsinden vazgeçmiş olup, tabir caizse onları toprağa gömmüştür. Başka bir anlatımla davacı, değişiklikler yürürlüğe girdikten sonra açtığı davada geçmişe ilişkin olarak hiçbir şey istemiştir.

### **b - Derdest Olan Davada İstenilenler**

İşbu dava yasa değişikliğiyle davacıya bahşedilen başvuru hakkına dayanılarak yepyeni bir taleple açılmıştır. Dava konusu önceki davalardan tamamen farklı olup o ana değin bir türlü değerlendirilmeyen yabancı ülkede geçen 22 yıllık çalışma yıllarının emeklilik hakkı bakımından değerlendirilmesini istemiştir. Bu davanın içerdiği yeni vakıa ve dayanakları şu noktalarda toplayabiliriz:

**aa) Davanın Konusu Bakımından:** Önceki davaların konusu borçlanma işlemini iptal eden kurum kararının iptaline ilişkin; bu davada anılan idarî kararın iptali söz konusu değildir. Aksine bu dava yepyeni bir başvuru hakkını içermektedir: Yeni baştan borçlanma.

**bb) Hukukî Dayanağı Bakımından:** Bu davanın hukuki dayanağı ve yasal gerekçesi öncekilerle aynı olmayıp tamamen farklıdır. Şöyle ki, mevcut başvurunun yeni yasal dayanağı daha önce mevcut olmayan 29.7.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanun'un 56. maddesiyle değişik 3201 sayılı Kanun'un madde 3/2 fıkrasının önceki koşullardan arındı-

rılmış yeni hükmü temel teşkil etmektedir. Önceden böyle yasal dayanak mevcut değildir.

Belirtilen nedenlerle açılan dava kesin hüküm kuralı açısından herhangi bir olumsuz unsur içermemekte, aksine ikinci davanın açılması bakımından önemli iki yeni vakıa ve dayanak içermektedir. İstem, değişiklik kanununun **salt uygulanmasından** ibarettir. Başka bir deyişle yeni yasa hükmünün bahsettiği yeni başvuru hakkının kullanılması ve tanıdığı haktan yararlanmasına ilişkindir. Bu yasanın da nasıl uygulanacağı bellidir.

Özetle ve önemle belirtelim ki, bozma ilamında yer alan açıklamalar ile yapılan yorum ve ayrımlar Yüksek Mahkeme'nin adım adım uygun bir çözüme yaklaştığını göstermektedir. Kanımızca söz konusu çözüm için derdest dava, ideal bir uygulama alanı ve dönüm noktası olabilirdi, ne yazık ki değinilen şans elden kaçırmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bozma ilamı uyarınca geçmişe yönelik istemi içeren davanın kesin hüküm nedeniyle yerel mahkemece reddi gerekirken kabulü, ne kadar yanlış olmuşsa, bizim bu çalışmada incelediğimiz davada mevcut olumlu koşullar nedeniyle reddi de o kadar yanlış olmuştur.

### Genel Sonuç

Davacının derdest son davası bakımından istemin reddini sağlayan ve esas gerekçe yapılan hükmün **esas varlık koşulları** sonradan iptal ve fesih ile temelli kaldırıldığından kesin hükmü zedelenmiş bir ilam durumundadır. Bu yüzden anılan davada temel varlık ve başvuru koşulları tümüyle ortadan kalktığından dolayı sırf böylesi bir ilamın kesin hükmüne dayanarak istemi yeni, içeriği başka, yasal dayanağı ayrı olan bir davada ret kararı verilemez. Değişikliklerden sonra verilen ilama, koşulları ortadan kaldırılıp yok edilmiş olan bir hükmün temel ittihaz edilmesi HUMK'nun değinilen kuralı uyarınca "yargılamanın yenilenmesi" nedenidir.