

**3201 SAYILI KANUNUN KAPSAMINDA
YABANCI DEVLETLERDE ÇALIŞAN TÜRK VATANDAŞLARININ
ÜLKEYE KESİN DÖNÜŞLERİNDE TÜRKİYE’ DE SOSYAL
GÜVENLİK HAKKINDAN YARARLANMALARI**

**Yurt Dışında Geçen Çalışma Sürelerinin Borçlanmasında Türk
Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına Başvurma Süresi Ve Buna İlişkin Sorunlar
Mahkemenin Verdiği Hüküm Karşısında
Sosyal Sigortalar Kurumu’ nun Tutumu
ve
Söz Konusu Kararların Işığında Bilirkişi Raporun Değerlendirilmesi**

Dr. Hüseyin Ali Sadruleşrafi *

Kavram

Sosyal Güvenlik kavramı genellikle 19. Yüzyılda başlayıp 20 asırda popülerliği giderek artan bir biçimde hızlanıp kurumsallaşan sosyo - ekonomik ağırlıklı önemli temel insan haklarından birisi olarak ortaya çıkmıştır. Zamanla “Sosyal Güvenliğe” duyulan gereksinim, “Sosyal Devlet” sisteminin yapısının gelişimine paralel olarak gerek bireysel ve toplumsal yaşamda, gerekse ulusal ve uluslararası bazda insanoğlunun yadsınamaz asli dayanak ve temel güvencelerinden birisini oluşturmuştur¹.

I – Kaynaklar

* Dokuz Eylül Üniversitesi Adalet Yüksekokulu ve Hukuk Fakültesi “Devletler Özel Hukuku” öğretim üyesi.

¹)Toplumsal güvenliğin ve politikaların tarihsel gelişimi hakkında geniş ve kapsamlı bir araştırma için bak. Talas, Cahit, Toplumsal Politika, Ankara 1990.

Sosyal güvenlik kavramının hem uluslararası, hem de ulusal düzeyde temel bir hak olarak tanınıp önemsenmesine bağlı olarak belli başlı ana kaynaklarına her iki hukuk alanında rastlanmaktadır. En önemlilerine özetle deyinacağız².

A - Uluslararası Kaynaklarda

Sosyal Güvenlik kavramının uluslararası alanda, evrensel boyutta temel bir hak olarak ortaya çıkışına başta “1948 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi” nin 22. maddesi ve devam eden gelen birkaç maddesinde çok geniş boyutta ilan edildiğine tanık olmaktadır.³ Evrensel bildiride ilan edilen söz konusu hak, 16 Aralık 1966 tarihli “Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi” nde daha da güçlendirilerek tanınmıştır (m. 9).

Birleşmiş Milletlerin uluslararası çapta yabancı ve göçmen işçileri de kapsar biçimde başka bir düzenlemesi 1952 tarihli “Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşme” mevcuttur.

Avrupa çapında bağlayıcı nitelikte olan önemli kaynak ise 1961 tarihli “Avrupa Sosyal Şartı” nın 12. maddesi ve devam eden kurallarında daha kapsamlı ve etkin bir sosyal güvenlik sistemi ve ağının tam anlamıyla sağlanması amacıyla güçlü düzenlemelerin yapıldığını görmekteyiz⁴.

Avrupa konseyinin doğrudan doğruya yabancı işçilere ilişkin olarak yürürlüğe koyduğu diğer etkin kaynak ise, 1977 tarihli “Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi” oluşturmaktadır.

B – Ulusal Kaynaklarda

Anayasanın 2. maddesi uyarınca bir sosyal hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti “Sosyal Güvenlik” hakkını vatandaş - yabancı ayrımı gözetmeden prensip itibarıyla herkese tanımıştır (Anayasa, m. 60). Söz konusu genel kuralın hemen ardından “Yabancı Ülkelerde Çalışan Türk Vatandaşları” başlığını taşıyan madde 62 de ise, birkaç öncelikli ve özellikli hususun yanı sıra, büyük

²) Uluslararası Hukuk ile Türk Hukukunda sosyal güvenliğin temel düzenlemeleri hakkında fazla bilgi için bak. Sadruleşrafi, Hüseyin Ali, “Türkiye’de Yabancıların Sosyal Güvenlik Hakkı’ na İlişkin Düzenlemeler”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’ e Armağan, İstanbul 2001, s. 853 - 873 .

³) Sosyal Güvenlik hakkının evrensel bildirideki geniş boyutu için bak. Güzel, Ali – Okur, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Bası. İstanbul 1992, s. 41 vd; Tunçomağ, Kenan, Sosyal Sigortalar, 5. Bası, İstanbul 1990, s. 34 vd.

⁴) Fazla bilgi için bak. Güzel, Al – Okur, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 45 vd; ; Tunçomağ, Kenan, Sosyal Sigortalar, s. 37.

nüfus yoğunluğuna ulaşan bu kitlenin “sosyal güvenliklerinin sağlanması” için gereken tedbirlerin alınmasını devlete yüklemiştir.

Anılan anayasal gerekler doğrultusunda kanun koyucu, değişik temel çalışma alanlarına yönelik olarak kanuni gereksinimleri karşılamak amacıyla ulusal ve uluslararası düzeyde yoğun bir yasama çabasına girişmiştir. Bu arada özellikle bir hizmet sözleşmesine bağlı olarak ücret karşılığı çalışanlar için, 1964 tarih ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK) kanununu benimserken, pek çok özel maksatlı düzenlemeleri yürürlüğe koymuştur.

Konumuzla yakından ilgili olarak da yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının Türkiye’de Sosyal Güvenlik Kuruluşlarından yararlanmalarını temin amacıyla ilkin 1978 tarih ve 2147 sayılı kanun, daha sonra ortaya çıkan sorunları gidermek üzere kapsamı genişletilerek 1985 tarih ve 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun” çıkarılmıştır⁵.

II – Konuya Giriş

A – Genel Olarak

Bu inceleme, bir Türk vatandaşının yabancı bir devlette (Almanya) geçen uzun çalışma yıllarının ardından Türkiye’de sosyal güvenlik hakkı bakımından değerlendirilmesine ilişkin bulunmaktadır. Yabancı ülkede uzun bir süre çalıştıktan sonra “kesin dönüş” yapıp borçlanarak suretiyle Türkiye’de uzun vadeli “yaşlılık aylığı” bağlanmasında ortaya çıkan hukuki sorunlar ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin konulardır.

Yabancı ülkelerde çalışan 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının Türkiye’de Sosyal Güvenlik Kuruluşlarından birinden emekli olabilmek amacıyla 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun” önemli kolaylıklar sağlamıştır⁶. Kanundan yararlanmak isteyenlerin “yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerini” (m. 1) genel olarak “ülkeye kesin dönüş tarihinden” itibaren en geç iki yıl içinde yazılı borçlanma talebinde bulunmasına bağlanmıştır (m. 3/I - II). Bu arada yasa, yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat

⁵) RG. 22 Mayıs 1985 – 18761; Düstur 5. Tertip, c. 24.

⁶) Söz konusu yasanın yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına sosyal güvenlikleri açısından getirdiği köklü imkanlar hakkında detaylı bilgi edinmek için bak. Yelekçi, Memduh, Notlu – İçtihatlı Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi”, Ankara 2001, s. 993 vd.

süresi içerisinde ölenlerin hak sahiplerinin yararlanması için de “ölüm tarihinden” başlamak üzere iki yıllık bir sürede ilgili sosyal güvenlik kurumuna baş vurma hakkını saklı tutmuştur (m. 3/III).

Genellikle idari ve yargısal alanda “hak düşürücü” nitelikte telakki edilen söz konusu baş vurma sürelerinin aşılması, Türkiye’de anılan hakkın yitirilmesine sebep olmaktadır. Yabancı ülkelerde çalışanların kanundan yararlanmaları açısından biri süreye (zamanaşımı) , ikincisi “yazılı isteme” ilişkin olmak üzere iki önemli etken belirleyici rol oynamaktadır. Zira yasada başvuruya ilişkin anılan özellikli hususlar gerçekleşmediği takdirde, önemli hak kayıplarına yol açmaktadır. Sosyal güvenlik kurumlarının periyodik ödediği emekli aylıkları ve sağladığı sair sosyal desteklerin ekonomik ve mali boyutu düşünüldüğünde anılan yaşamsal maddi kaybın geriye dönülmez tehlike ve riskinin ne denli ağır olduğu kolayca anlaşılır.

Bu araştırmada incelenen karakteristik olay, bizzat hak sahibinin sosyal güvenlik kurumlarına başvurusunu düzenleyen 3. maddenin ikinci fıkrasına ilişkin bulunmaktadır. Olay hakkında mahkemece verilen ilamının hukuksal değeri yorumlanıp tartışılırken, özellikle idari kararlar üzerinde etki ve sonucu irdelenmektedir.

B – Olay

Türkiye ile Almanya arasında imzalanan 1964 tarihli temel sosyal güvenlik anlaşması uyarınca uzun süre orada çalıştıktan sonra, davacı bayan Zişan Göçmenler yurda kesin dönüş yaptığını belirtip kanundan yararlanmak amacıyla (m. 3 / a) borçlanmak için “Sosyal Sigortalar Kurumu” ndan yazılı istekte bulunmuştur (m. 3/a).

Kurum başlangıçta hak sahibinin başvurusunu olumlu karşılayıp kendisine yaşlılık aylığı başlamışsa da, ancak daha sonra Almanya sigortalar kuruluşundan bir süre önce işsizlik yardımı aldığı anlaşıldığından, kesin dönüş yapmadığı sonucuna varılıp bilahare kurumca emeklilik işlemleri iptal edilmiştir. Değınilen iptal kararı üzerine, bir yandan kendisine bağlanan yaşlılık aylığı kesilmiş, öte yandan ödenen paraların faiziyle birlikte iadesi “ödeme emri” ile istenmiştir.

Başlangıçta gönderilen ödeme emrine borçluca itiraz edildiğinden icra takibi durmuşsa da, müteakiben davacının İzmir 2. İş Mahkemesinde “ıdari işlemin iptali” istemiyle açtığı tespit davası, “kuruma yeniden başvurma hakkı saklı tutmak” kaydıyla reddedilip 24. 3. 1999 günlü vicahi kararla emekliliğın iptali işlemleri kesinleşmiştir (E. 1997 / 659; K. 1999/ 133) . Bilahare SSK. nca, ödeme emrine itirazın refi istemiyle takibin devamına ilişkin açılan tespit konulu davanın kabulü ile takip kesinleşmiştir.

III – Kurumdan Yeniden Borçlanma İstemi ve Buna Karşı İdarenin Olumsuz Tutumu

Söz konusu yeni durum karşısında davacı bir yandan kesinleşen takip gereğince kuruma ödemede bulunarak borçtan kurtulurken, öte yandan anılan kararın hüküm fıkrası uyarınca da mecburen kurumdan emeklilik için yeniden yazılı istemde bulunmuştur (2. 4. 2001).

SSK, davacı vekilinin 2. 4. 2001 tarihli yeniden emeklilik istemine karşı, “Vekili bulunduğunuz ... sigorta sicil numaralı Zışan Göçmenler’ in dosyasının tetkikinde 20. 7. 1995 tarihinde yurda kesin dönüş yaptığı ve bu tarihten itibaren 2 yıl içinde kurumumuza 3201 sayılı yasaya göre borçlanmak üzere yeniden müracaat etmediğı anlaşıldığından anılan kanuna göre borçlanmasına kanunen imkan bulunmamaktadır” savı ve gerekçesiyle olumsuz kararını bildirip, talebini reddetmiştir.

IV - Kurumun Kararına karşı İptali Davası

Davacı, Kurumun red kararına karşı, bu kez İzmir 4. İş Mahkemesinde (E. 2001/ 804) “idari işlemin iptali” istemiyle ve “emekliliğinin tespiti” amacıyla tespit davası açmıştır (27. 7. 2001).

Davalı kurum, davanın reddini isterken, özetle “*Davada alınan 24. 3. 1999 tarih, 1999/133 sayılı kararın, hüküm kısmının 2. fıkrasında davacının yeniden talepte bulunması halinde şartları olduğu takdirde kurumdaki emeklilik talebinde bulunması hakkının saklı tutulmasına ilişkin ibaresinin yer alması, 3201 kanuna göre borçlanmak için 2 yıl içinde yazılı istekte bulunmayı öngören ve niteliği itibariyle hak düşürücü süre olan bu süreyi durdurmaz ve kesmez*” demiştir.

V - Kanuni Düzenlemeler Ve Yargıtay’ın Görüşü

Konuyu iyice kavramak için, uyumsuzluğu doğrudan değerlendirmeden önce, kanuni düzenlemelerin yeterince gözden geçirilmesinin yanı sıra, yüksek mahkemenin içtihatların öğrenilmesinde hayli yarar vardır.

A - Kanuni Düzenlemeler

Kanuni düzenlemeyi içeren 3201 nolu kanun “borçlanmaya” ilişkin olarak gerek “yurt dışında geçen çalışma süreleri” gerek “yazılı istekte bulunma süreleri” gerekse “aylık kesme ve yeniden bağlanma” hakkında çok önemli direktifli hükümler taşımaktadır. Belirtilen konular şu başlıklar altında toplayabiliriz.

1 - Çalışma Süreleri ve Şartları

“Amaç ve Kapsam” başlığını taşıyan 1.nci madde borçlanmak için yurt dışında geçen çalışma sürelerinin değerlendirilmesi konusunda şu hükmü taşımaktadır: “*18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri, bu çalışma süreleri arasında ve sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ve yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, 2. nci maddede belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim, kesenek ve karşılık ödenmemiş olması ... halinde bu kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir*”.

Hükümden yurt dışında geçen çalışma sürelerinin Türkiye’de sosyal güvenlik bakımından değerlendirilmesinde aşağıdaki hususların arandığı anlaşılmaktadır. Çalışma süreleri açısından aranan hususlar kısaca şunlardır:

A - İlgilinin Türk vatandaşı olması. Yasa, yurt dışında Türk vatandaşı olarak çalışmış ve çalışacak olanların çalışmalarını kapsamaktadır. Bundan dolayı yabancı statüsünde çalışmış olanların çalışmalarının bu kanun uyarınca değerlendirilme olasılığı yoktur.

- a) Kişinin 18 yaşını doldurmuş bulunmuş olması.
- b) Yurt dışında geçen çalışma sürelerinin belgelendirilmesi. Kanunun 5. nci maddesinde belgelendirilecek sürelerin tespiti ve sigortalılığın başlangıcı hakkında düzenlemeler mevcuttur.
- c) Değerlendirilebilen sürelere ek olarak “*bu çalışma süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri*” hesaplanır.
- d) Ayrıca “*yurt dışında çalışmaksızın ev kadını olarak geçen süreler*” de hesaba katılır. Böylece kanun sadece çalışanları değil, önemli bir adım daha atarak yurt dışında hiçbir işte çalışmamış ev kadını Türk vatandaşlarının dahi dışarıda geçen oturma sürelerini de istekleri halinde sosyal güvenlik bakımından değerlendirilmesine imkan sağlamıştır⁷.
- e) Söz konusu çalışmalar bakımından sosyal güvenlik kuruluşlarına önceden herhangi bir prim, kesenek veya karşılık ödenmemiş olmalıdır.
- f) Çalışanlar yurt dışı hizmetlerinin tamamını veya diledikleri kadarını borçlanabilirler (m. 9, 12). Böylece kanuna göre kısmi borçlanmalar da mümkün olmuştur.

2 - Sosyal Güvenlik Kuruluşundan Yazılı İstemde Bulunma

Kanundan yararlanmak vatandaşın isteğine bırakılmıştır. Bundan dolayı zorunlu değil, ihtiyari bir sigorta ve emeklilik tipidir. Madde 1’ de sözü edilen çalışma sürelerinin değerlendirilmesinde açıkça “*ve istekleri halinde bu kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir*” denilerek, yurt dışında çalışanların Türkiye’de ilgili Sosyal güvenlik kuruluşundan istemde bulunmasını aramıştır. Hükümde düzenlenen sosyal güvenliğin, tür itibariyle “zorunlu” olmayıp aksine “ihtiyari” nitelikte olduğu; ayrıca istemin bir şart niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Borçlanmaya dair seçim hakkının kullanılması tümüyle çalışanın iradesine bırakılmıştır. Bundan dolayı değinilen sosyal güvenlik hakkından yararlanma konusunda çalışan kişi bir option hakkına (hakkı hıyar) sahiptir. İstemde bulunmadığı takdirde, tabiatıyla Türkiye’deki sosyal güvenlik kuruluşlarının sağladığı haklardan yararlanamayacaktır. Madde 2/c bendinde “istek” (talep) şartı ayrıca yenilenmiştir.

⁷) Yelekçi, Memduh, Notlu – İtihatlı Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi”, s. 993 - 994.

İstem koşulu 3. ncü maddenin II. fıkrasında hak sahiplerinin “*borçlanmayla ilgili yazılı isteklerini sosyal güvenlik kurumuna ... yapmaları gerekir*” biçiminde dile getirilmiştir.

Madde 2/a bendinde, yetkilendirilen sosyal güvenlik kuruluşlarının tanımı yapılmış, ardından (d) bendinde ise, para birimi döviz kabilinden ABD doları tayin edilmiştir. 4.nci maddede ise döviz ile değerlendirme biçimi düzenlenmiştir.

3 – Çalışma Sürelerinin Belgelendirilmesi

Sosyal güvenlik bakımından borçlanmak suretiyle saydırılacak yurt dışındaki çalışma sürelerinin belgelendirilmesi gerekmektedir. İlgili hükümde “yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri” nden söz etmiştir (m.1).

Nitekim Kanunun uygulama yönetmeliğinin⁸ 8. maddesinde “Hizmetlerin belgelendirilmesi mecburiyeti” ve 9. maddesinde ise “Hizmetlerin belgelendirme esasları” geniş bir biçimde açıklanmıştır⁹.

4 - Yurda Kesin Dönüş Yapmış Olma Gereği

Yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanmak suretiyle Türkiye’de değerlendirebilmek için kanunca aranan önemli başka bir husus ise “ yurda kesin dönüş” yapmak koşuludur. Başka bir deyişle borçlanacak vatandaşın bazı istisnalar dışında kanundan yararlanabilmesi için, yurda kesin dönüş yapması şarttır¹⁰. Gerçekten kanunun değişik hükümlerinde genellikle “*yurda kesin dönüş yapanlar / yapmış olanlar*” ve “*kesin dönüş tarihinden itibaren*” veya “*yurda kesin dönüş yaptıktan sonra*” tümcecikleri birkaç kere tekrar edilerek “kesin dönüş” koşulu bir kural biçiminde aranmıştır (m. 3/I, II ve III). Bu nedenle yurda kesin dönüş yapmadan sözü geçen süreleri borçlanmak mümkün olmadığı gibi, başvurmaya da olanak yoktur.

5 – Başvuru süresi

a – Genel Olarak

Kanun koyucu, ihtiyari sosyal güvenlik hakkından yararlanmak için kurumlara başvuru süresini bizzat kendisi belirlemiş ve sınırlandırmıştır. Kanunda başvuru süresi prensip olarak iki yıl ile sınırlı tutulmuştur. Gerçekten madde 3/ II’ de sürenin saptanmasına ilişkin olarak “*yurda kesin dönüş yapmış olanların*

⁸) RG. 15 Eylül 1985 – 18869.

⁹) Yelekçi, Memduh, age, s. 994.

¹⁰) Yelekçi, Memduh, age, s. 994.

borçlanmayla ilgili yazılı isteklerini sosyal güvenlik kurumuna kesin dönüş tarihinden itibaren en geç 2 yıl içinde yapmaları gerekir” hükmünü koymuştur.

Süreye ilişkin düzenlemeden şu bilgilere kolayca ulaşılmaktadır:

- a) Hükümde saptanan başvuru süresi asgari olmayıp, azami süredir.
- b) Süre azami nitelikte olduğundan - mücbir sebep dışında – kural olarak uzatılamaz ve aşılamaz.
- c) Sürenin başlangıcı Türkiye’ye kesin dönüş tarihidir.
- d) Yasaca benimsenen başvuru süresi, uygulamada genellikle “hak düşürücü” zamanaşımı niteliğinde kabul edildiğinden, onun hüküm ve etkisine sahiptir. Bilindiği üzere hak düşürücü nitelikte olan sürelerde, bir hakkın korunmasına yarayan fiillerin yapılmaması ile hakkın kendisi sona erer. Başka bir deyişle hak düşürücü olan sürelerde hakkın sona ermesinin esas nedeni, belirlenen zamanın geçmesi olmayıp, söz konusu süre içerisinde gerekli bazı fiillerin hiç yapılmamış olmasıdır¹¹. Bundan dolayı aksine açıkça bir düzenleme olmadıkça yasada öngörülen sürelerin aşılması ilke olarak mümkün değildir.

b – Ölüm Halinde Özel Başvuru Süresi

Başvuru süresine ilişkin olarak kanunda zorunlu nedenle önemli bir istisnai düzenlemeye tanık olunmaktadır. Bu saklı durum hakkında m. 3/III’de şöyle denilmektedir: *“Yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat süresi içerisinde ölenlerin hak sahipleri de ölüm tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde ilgili sosyal güvenlik kurumuna müracaat etmek suretiyle bu kanunla getirilen haklardan yararlanırlar”*.

Belirtilen hükümden de görüldüğü üzere kanun koyucu hümanist bir düşünceyle çalışanın bizzat kendisine tanıdığı iki yıllık zamanaşımı süresini, onun ölümü halinde kanuni mirasçıları için uzatmıştır. Gösterilen toleransa nazaran, anılan hak sahiplerinin kanundan yararlanmaları amacıyla belirlenen iki yıllık sürenin başlangıcı - kesin dönüş tarihi olmayıp - çalışanın ya da murisin ölüm tarihidir. Özetleyecek olursak diyebiliriz ki, kural olarak çalışanın kesin dönüş tarihine göre saptanan iki yıllık başvuru süresi, çalışanın ölümünde hak sahipleri açısından murisin ölüm tarihine göre belirlenmiştir.

Ölüm iki şekilde ortaya çıkabilir. Vefat, yurda kesin dönüş yaptıktan sonra gerçekleşebileceği gibi, yurda dönüş yapmadan önce yabancı ülkede çalışırken

¹¹) Duygulu, Ercan, İşveren Yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu Mevzuatı, Manisa 1992, s. 121 – 122.

de gerçekleşebilir. Hak sahipleri her iki durumda da, saklı tutulan hüküm uyarınca behemehal “ölüm tarihini” göz önünde tutarak her halükarda o günden itibaren en geç iki yıllık süre içerisinde yetkili güvenlik kuruluşlarına başvurmaları gerekir. Aksi takdirde başvurma haklarını kaçırmış olacaklardır.

6 – Aylık Tahsisi İçin Yazılı İstemde Bulunma

Madde 6’ da sosyal güvenlik kuruluşları tarafından ilgililere aylık bağlanması ve aylık kesilmesine ilişkin olarak iki önemli konu daha düzenlemiştir.

a – Aylık Tahsisi İçin Başvuru

Kanun, emekli aylığı bağlanmasına ilişkin olarak 6. nci maddenin (A) bendinde özel bir düzenlemeye girişmiştir. Bir koşul biçiminde öngörülen kurala göre, hak sahiplerine aylık tahsisi yapılabilmesi için, aşağıdaki hususlar bir arada toplanmalıdır :

- aa) Çalışanın yurda kesin dönüş yapmış olması;
- bb) Tahakkuk ettirilen döviz borcunun tamamının ödenmiş olması;
- cc) Döviz borcunun tamamının ödenmesinden sonra yazılı istekte bulunması şarttır.

Maddenin açık hükmünden anlaşıldığı üzere kanun, başvuru sahiplerine emekli aylığı bağlanabilmesi amacıyla döviz borcunun tamamının ödenmesinden sonra, ayrıca kurumdan yeniden yazılı istekte bulunmasını aramıştır. Zira hükümde “*yukarıdaki şartları yerine getirenlerden tahsise hak kazananların aylıkları, yazılı istek tarihini takip eden ay başından itibaren başlamak üzere ilgili sosyal güvenlik kurumu kanunu hükümlerine göre bağlanır*” denmiştir.

b – Aylık Kesme Ve Yeniden Ödemeye Başlamak

Kanun incelediğimiz uyuşmazlığı da yakından ilgilendiren m. 6/B bendinde, aylık bağlandıktan sonra yeniden yurt dışına çıkarak orada tekrar çalışmaya başlayanlar ile ilgili özgün hükümler düzenlemiştir. Hüküm iç içe biri “aylık kesme” öteki “tekrar aylık ödemeye” dair çok önemli somut sonuçları olan konuları şöyle hükme bağlamıştır.

aa) Bağlanan Aylığın Kesilmesi

Kanundan yararlanmak yoluyla kendilerine emekli veya yaşlılık aylığı bağlanmış olanlardan yurt dışına gidip yeniden yabancı ülkelerde çalışmaya

başlamaları durumunda bağlanan maaşın kesileceğine hükmetmiştir. Madde 6/B - I. fıkra hükmü aynen şöyledir:

“Bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir”.

İleride de detaylı açıklanacağı üzere olayda dava konusu bu hükümle yakından ilgili bulunmaktadır. Zira uyuşmazlığın temelinde yatan gerekçe ne olursa olsun, idarece yapılan hukuki işlem maaş kesmeye ilişkin olup, davacının ise buna karşı ilkin idari itirazı, daha sonra ise de söz konusu tasarrufun iptali ve emekliliğinin tespiti suretiyle yeniden tesisi teşkil etmiştir. Kuruma aylık kesmeye yetki veren tek kanuni düzenleme işbu buyurucu hüküm fıkrasıdır.

bb) Kesilen Aylığın Yeniden Ödenmeye Başlanması

Kanun Koyucu idari uygulamada hak sahipleri yönünden bazen aleyhe olumsuzluklar içeren, yıpratıcı sorunlar yaratan böylesi hassas bir konuda doğrudan doğruya düzenlemeye girişmiş olması, kanımca en hayırlı düşünce ve etkin bir koruma ve önlem olmuştur. Yerindeliğinde şüphe olmayan söz konusu düzenleme uyarınca, kendilerine aylık bağlananlardan sonra yurt dışına gidip orada çalışanların yeniden yurda kesin dönüş yapmaları halinde aylıklarının müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanacağı hükme bağlanmıştır.

Yasada yurt dışında tekrar çalışma durumunda çalışanın iradesine bağlı olarak iki türlü –yeniden- aylık bağlanma ve ödeme biçimi normun II. fıkrasında öngörülmüştür:

“Bunlardan yeniden kesin dönüş yapanların, bu hizmetleri 4. madde hükümleri gereğince¹² borçlanmaları şartıyla aylıkları bu süreler de dikkate alınarak yeniden hesaplanır. Bu borçlanmayı yapmayanların eski aylıkları yurda kesin dönüş tarihini takip eden ay başından itibaren müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanır”.

İşbu açık hüküm uyarınca “yeniden kesin dönüş” yapan kişiler için çalışma açısından iki varsayım söz konusudur. Şöyle ki :

aaa) Anılan kişi yabancı ülkeye geri gittikten sonra orada tekrar çalışmaya başlamış ise, yeni çalışma sürelerini de borçlanmak şartıyla kendisine söz konusu sürelerde eklenerek yeni aylık bağlanır.

bbb) Yeniden çalışmış fakat borçlanmak istememişse, eski aylıkları yurda kesin dönüş tarihini takip eden ay başından itibaren başvurmaları üzerine tekrar

¹²) Sözü edilen 4. madde “Döviz ile Değerlendirme” hakkındadır.”

ödenir. Normda sözü geçen “*eski aylıkları ... müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanır*” ibaresi sosyal güvenlik kuruluşu bakımından bir yükümlülüğü ifade ederken, kanuni bir gerekliliği de ortaya koymaktadır. Sosyal güvenlik kuruluşları yönünden kanuni direktifi içeren bu hüküm, eski sigortalının yurda kesin dönüş yaptıktan sonra yeniden başvurusu üzerine kendisine aylık bağlanmanın geciktirilemeyeceği ve savsaklanamayacağını gözler önüne sermektedir. İdareye yüklenen bu yükümlülük, görevin yerine getirilmemesi nedeniyle bir mazeretin kabul edilmeyeceğinin kesin göstergesidir.

Hükmün akıcı ifadesinden ve buyurucu direktifinden kolayca anlaşılabilir somut sonuca göre, kurumca aylık kesmenin tek yasal gerekçesi tekrar yurt dışına gitmek olmayıp, yeniden yurt dışında çalışmaktır. Bunun dışında emeklinin aylığının kesmesi söz konusu değildir.

cc – Değerlendirme

Kanuni hükümlerin irdelenmesinden anlaşıldığı üzere incelediğimiz uyuşmazlıkta da ister kurumca aylık kesmenin gerekçesi, ister yeniden aylık bağlanmaya ilişkin istemin temel yasal dayanakları doğrudan doğruya m. 6/B bendinin I ve II fıkralarıyla yakından, hatta direkt ilgili bulunmaktadır.

Her şeyden önce yasada açıkça “yurt dışında yeniden çalışmadan” söz edilmesine karşın, uyuşmazlıkta asla yurt dışında bir çalışma söz konusu olmadığından dolayı, idari yolla aylık kesmeye kanunen mahal yoktur.

6 – Transfer Edilen Primlerin Hak Sahiplerine Geri Verilmesi

10. madde “Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri ile Transferi Sağlanan Primlerin İadesi” başlığını taşımaktadır. Kanun “*Türk vatandaşları hesabına yabancı ülkelerdeki sosyal güvenlik kurumlarına yatırılmış bulunan primlerin ülkelerarası anlaşmalarla Türkiye’ye transferlerinin sağlanması halinde*” söz konusu primlerin hak sahiplerine geri verilmesi hakkında iki ayrı durumu öngörmüştür. Yasa hükmüne göre;

a) Transfer olunan primlere ilişkin sürelerin tamamını borçlanarak tahakkuk ettirilen döviz borcunu ödemiş olanlara, transfer olunan primlerin tamamı iade edilir (m. 10/a).

b) Buna karşı transfer olunan primlere ait sürelerin bir kısmını borçlanarak tahakkuk ettirilen döviz borcunu ödemiş olanlara, transfer olunan primlerin borçlandıkları süreye isabet eden orandaki miktarı geri verilir (m. 10/ b).

Hak sahiplerine iadeye ilişkin karşılık, sosyal güvenlik kuruluşunca transfer zamanındaki cari döviz kuru üzerinden Türk Lirası olarak yapılır (m. 10/II) .

Kuralların açıklamasından kolayca anlaşıldığı üzere, Türk uyrukluların hesabına yabancı ülkelerde yatırılmış bulunan primler Türkiye'ye transfer edildiğinde, borçlanılan süreye ilişkin tahakkuk ettirilen döviz borcu ödendiği takdirde, söz konusu primler hak sahiplerine Türk lirası karşılığı olarak iade edilir. Ancak iade kapsamı, borçlanma süresi ve ödeme miktarına göre değişiklik gösterir. Şöyle ki; transfer edilen primler kısmi ödeme halinde kısmen, tam ödeme durumunda ise tamamen hak sahiplerine geri verilir¹³.

B – Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'ın başvuru koşullarına ilişkin görüşlerini içeren kararları mevcut bulunmaktadır.

Yüksek mahkeme 21. HD. 30. 9. 1999 tarihli borçlanmaya dair süre konusunda özetle şöyle karar vermiştir: *“Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelendirilen süreleri borçlanabilmeleri için yurda kesin dönüş yapmaları ve en geç 2 yıl içinde borçlanma için başvurmaları gerekir. Yasanın öngördüğü süre hak düşürücü süredir. Bu sürenin değiştirilmesi veya uzatılması mümkün değildir”*¹⁴.

Görüldüğü üzere Yargıtay, yurt dışında geçen çalışma sürelerinin borçlanılması için yurda kesin dönüş koşulunu ararken, iki yıllık yasal sürenin de hak düşürücü zamanaşımı süresi olduğuna karar vermiştir.

Yine aynı daire bir başka ilamında söz konusu yasal süre konusunda görüşünü şöyle dile getirip vurgulamıştır: *“Yurt dışında geçen hizmetlerin borçlanılabilmesi için yasalarda belirtilen hak düşürücü sürelerin geçirilmemiş olması gerekir ... 3201 sayılı yasaya göre yurt dışında geçen hizmetlerin borçlanılabilmesi için belli bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Bu sürenin*

¹³) Yelekçi, Memduh, age, s. 998.

¹⁴) Yarg. 21. HD., E 1999/ 6247, K. 1999 / 6346 (Kapsamlı bak. YKD, C. 26, Sayı 7, Temmuz 2000, s. 1097 – 1098.

geçirilmesinden sonra artık borçlanma isteminde bulunulamaz ... Bu sürelerin geçirilmesinden sonra ihyası mümkün değildir”¹⁵.

Nitekim Yargıtay HGK 14. 2. 2001 tarihli yeni bir kararında isabetli bir şekilde yurda kesin dönüş koşulunun gerçekleşmesini ararken, çok ilginç bir tespitle daha bulunduğunu özetle şöyle öğrenmiş bulunmaktayız: “506 sayılı yasanın 60. maddesinde öngörülen yaşlılık aylığından yararlanma koşulları, 3201 sayılı yasanın 6. maddesinde de yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarına aynen uygulanmış; sadece “işbu ayrılma koşulu” yurt dışındaki ülkeden ayrılıp Türkiye’ye dönüş biçiminde belirlenmiştir.

Öyleyse; bu durumda yaşlılık aylığı bağlanması sırasında, yurda kesin dönüş koşulu gerçekleşmezse, yaşlılık aylığının bağlanmaması, kesin dönüş tarihine kadar işlemin askıya alınması, istek halinde yatırılan borçlanma bedelinin iadesidir. Bağlanması halinde aylığın kesilmesi ve ödenen aylıkların geri alınmasıdır ...

En önemlisi “işten ayrılma” veya “yurt dışından dönüş” koşulunun yokluğu, kişinin sosyal güvenlik haklarının bütünü ortadan kaldırıcı bir neden olarak, yasalarda öngörülmemiş, sadece; aylığın başlatılmaması veya bağlanan aylığın kesilmesi biçiminde yaptırıma bağlanmıştır.

Buna karşın; görülmekte olan bu davada olduğu gibi 3201 sayılı yasa yönünden de, kurumun bu tür durumlarda uyguladığı hukuki statü ne Anayasal Sosyal Güvenlik ilkeleri ne de yasaların öngördüğü sosyal sigorta sistemi ile bağdaşır durumdadır. Gerçekte de belirtilen koşulların yerine getirilmediğinin saptandığı durumlarda; kurumun uygulanması ile;

a) Kişinin borçlanması ve buna bağlı yaşlılık sigortası iptal edilmekte, kişi Türk Sosyal Sigortalar sisteminden dışlanmakta, ...

d) Kişinin yasadaki hak düşürücü süreyi kaybedip etmediği dikkate alınmamakta, ...

f) Ayrıca kişinin, yurt dışındaki Sosyal Sigortalar Kurumundan primlerini alıp almadığı ve oradaki sosyal güvenlik kuruluşundan haklarını kaybedip etmedikleri gözetilmemekte, kısaca kişi, sosyal güvencesiz bir şekilde ortada bırakılmaktadır. Böyle bir uygulama ise hiçbir yönden hukuksal kabul edilemez ve yasalarca korunmaz”¹⁶.

¹⁵) Geniş bilgi için bak. YKD, E 2000 / 1185, K. 2001 / 1307, s. 1071 – 1072.

¹⁶) Yarg. GHK, E. 2001 / 21 – 105, K. 2001 / 139 (Kapsamlı bilgi için bak. YKD, C. 27, Sayı 6, Haziran 2001, s. 814 – 819).

Yüksek mahkeme, mükemmel olan tespitleri içeren işbu içtihadî kararında, 3201 sayılı kanunun uygulamasında SSK'nın ne denli yetersiz olduğunu ağır ifadelerle bütün çıplaklığıyla gözler önüne sermiştir. İnsan haklarının ağır ihlali nedeniyle adeta azarlarcaasına kararda hayli önemli ve kayda değer bulgular belirlenmektedir:

aa – Yaşlılık aylığının bağlanması sırasında yurda kesin dönüş koşulu gerçekleşmediği takdirde, aylık bağlanmayıp, kesin dönüş tarihine kadar işlemin askıya alınması gerekir.

bb – Kurumca kişinin yaşlılık aylığı iptal edildiğinde, kişi Türk sosyal sigortalar sisteminden dışlanmaktadır. Bu kabul edilemez.

cc – Kurumun kabul göremez ve af edilemez yanlış ve ahlaki olmayan ağır kusuru ise, söz konusu ihlali yaparken, kişinin yabancı sosyal güvenlik kuruluşundan hakkını kaybedip etmediğine dahi bakmadan vatandaşımızı sosyal güvencesiz ortalarda bırakmaya kalkışmış olmasıdır. Böyle bir acımasız uygulamayı hiçbir yönüyle ne hukuk kabul eder, ne de yasa korur.

VI – Uyuşmazlığın Niteliği Ve Hukuksal Boyutu / Yönü

1 – Çalışma Süresi

Gerek olayda, gerekse davada çalışma süresi konusunda taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık mevcut değildir.

2 – Yurda Kesin Dönüş Yapmak

Başlangıçta kesin dönüş konusunda taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olmamıştır. Nitekim kurum, davacının kesin dönüş beyanına binaen başvurusunu uygun görüp kabul ederek borçlandırmak suretiyle kendisine emekli aylığı bağlamış ve uzun bir süre de ödemiştir. Ancak bir süre sonra SSK, Almanya'dan gelen bir yazı üzerine oradan bir süre önce işsizlik yardımı aldığı savıyla kesin dönüş yapmadığı sonucunu çıkarıp emekliliğini iptal ederek maaşını kesmiştir.

3 – Aylık Kesmeye İlişkin Tasarruf Ve İşlemin İptaline Yönelik Tespit Davası

İşbu idari işleme karşı davacı bayan Zişan, kurumun aylık kesmeye ilişkin kararına hemen itiraz etmiş, fakat yaptığı idari itiraz kabul edilmeyince, İzmir 2. İş Mahkemesinde kararın iptali istemiyle dava açmıştır (Dosya E. No: 1997/659). Ancak davanın hukuki dayanakları ve iddianın kanuni gerekçeleri kesin ve isabetli bir biçimde yeterince ortaya konulamayıp mahkemeye

sunulmadığından – bilirkişinin olumsuz raporu ile de desteklenerek - istemi reddedilmiştir (Karar No : 1999/ 133).

Bilindiği üzere, kanundan yararlanmak suretiyle kendilerine aylık bağlananların maaşlarının kesilmesine ancak tek bir koşulda, “*tekrar yurt dışında çalışmaya başlamaları*” durumunda cevaz vermiştir. Kuralın belirtilen ifadesi sınırlı olup, yalnızca sözü edilen duruma münhasırdır. Metin yoruma müsait olmadığından, doğal olarak kapsamı yorumla da genişletilemez. Oysa ki, dava konusu olayda aylık kesmeyi gerektirecek biçimde ve nitelikte yabancı ülkede bir çalışma eylemi asla mevcut olmayıp kurumca da iddia edilmemiştir. Kurumun gerekçesi Almanya’da bir süre “işsizlik yardımı” aldığı iddiasına dayanmıştır. Belirtilen nedenle idari tasarruf bizzat kanunun ihlali niteliğinde olup, açıkça ona aykırıdır.

Dosyadaki mevcut eksiklikler ve olumsuzluklara rağmen, mahkeme verdiği kararda sözü edilen saklı hüküm fıkrası ile bir yandan davacının kuruma yeniden başvurma hakkını korumak suretiyle tümünden kaybını önlerken, öte yandan işbu kayıtla hükmünü kanunun ratio legis’ ine yaklaştırmıştır.

4 – Süresi içinde Başvuru

Başlangıçta taraflar arasında temel uyumsuzluk konusu ilkin “yurda kesin dönüş yapılmadığı” gerekçesiyle “aylık kesmek” ve buna karşı “kararın iptali” iken, daha sonra -ikinci aşamada- nitelik değiştirerek, bu kez “süresi içinde başvuru yapılmadığı” gerekçesiyle borçlanma isteminin reddi konusuna kaymış ve dönüşmüştür.

Gerçekten davacı, mahkemece saklı tutulan hüküm uyarınca yeniden borçlanmak amacıyla süresi içerisinde SSk. ya başvurmuşsa da, bu kere kurum iki yıllık başvuru süresini geçirdiğinden sözle, davacının dileğini geri çevirip yerine getirmekten kaçınmıştır. Kurumun bu olumsuz tutumuna karşı davacı, mecburen anılan kararın iptali amacıyla İzmir 4. İş Mahkemesinde tespit davası açmak zorunda kalmıştır (Dosya E. No: 2001/ 804).

VII - İkinci İptal Ve Tespit Davası

Sosyal Sigortalar Kurumu’nun aldığı kararı iptal amacıyla davacı bayan Zişan’ı temsilen 4. İş Mahkemesinde açılan emekliliği tespit davasında, taraflar arasında daha önce cereyan etmiş olan iptal davasına ve red kararında saklı hüküm fıkrasına atıfla “*müvekkile açısından ... 3201 sayılı yasaya göre borçlanma isteminde kesin dönüş tarihinden itibaren 2 yıllık sürenin açılan davanın kesinleşme tarihine göre değerlendirilmesi gerekir*” denilmiştir. Dava dilekçesinde en can alıcı konu olarak dile getirilen işbu savda haklılık payı

yüksek olmakla birlikte, ne yazık ki, dava ve iddianın temel hukuki ve kanuni gerekçeleri, ayrıca idarenin tutumunun yersizliği -yerme nedenleriyle birlikte - somut bir biçimde ortaya konulamamıştır.

Mahkeme uyuşmazlığın çözüme ulaştırılmasında, hukuk kisvesi hiç olmamasına rağmen, daha önceki davada olumsuz rapor sunan kişiye, yeniden bilirkişilik yetkisi tevdi etmiştir.

A - Bilirkişi Raporunun İncelenmesi Ve Değerlendirilmesi

1 – Raporun İncelenmesi

İzmir 4. İş Mahkemesi Hakimliği'nce 2001 / 804 nolu dosyada bilirkişi olarak tayin edilen Sayın Selçuk Bekiroğulları sunduğu raporda, olay ve uyuşmazlığı gerek toparlayıp özetlemesi, gerekse anlatıp açıklaması bakımından genel olarak başarılı bir çalışma yapmıştır. Ancak raporda, davada yetki ve takdiri, hatta yorum ve uygulaması tamamen yargıç ve mahkemenin yargısal faaliyet alanına giren belirleyici çok önemli iki hukuksal konuda hukukçu kimliği olmamakla birlikte, yanlış yorumda bulunmak suretiyle sonuca gitmiş bulunduğu gözden kaçmamaktadır.

Söz konusu yanlış yorum ve değerlendirmeyi özellikle ve öncelikle şu iki noktada toplamak mümkündür:

1- İzmir 2. İş Mahkemesince verilen ilgili karar hükmünde bilhassa önemsenerek saklı tutulup kayda ve zapta alınan *“Davacının yeniden talepte bulunması halinde şartları oluştuğu takdirde kurumdan emeklilik talebinde bulunması hakkının saklı tutulması”* hükmünü yeterince değerlendirememiştir (Rapor : 10 /B , sayfa 3 / son iki paragraf).

2 - Anılan değerlendirme üzerine bilirkişi raporunu *“3201 sayılı yasada yer alan ve borçlanmak için 2 yıl içinde yazılı istekte bulunmayı öngören hak düşürücü süreyi durdurmayacağı ve kesmeyeceği ortadadır”* mealinde tümüyle yanlış bir iddia ve görüşe bina etmiştir (Rapor, aynı paragraf).

Bürokrasiden geldiği anlaşılan, hukuk nosyonu ve kisvesi olmayan sayın bilirkişinin görüşünün aksine idari bir karara karşı süresi içerisinde yetkili mahkemede iptal davası açılması prensip olarak hak düşümü süresinin işlemlerini keser. Anayasanın, idarenin her türlü eylem ve işlemine yargı denetimine açan genel kuralı uyarınca (Anayasa m. 125) hukuk sistemimizde bu husus tartışmasız temel bir hukuk ve usul kuralıdır. Bundan dolayı süresinde açılan bir dava üzerine devam eden yargı süreci, idari prosedür sürelerini etkiler, zaman aşımını keser ve durdurur. Zamanaşımı sürelerinin yeniden başlayıp işlemesi, ancak yargı sürecinin sonunda kararın kesinleştiği tarihten itibaren başladığından da yine herhangi bir kuşku yoktur. Aksi takdirde dava

açmanın anlamı ve önemi azaldığı oranda, ister istemez bilirkişinin yanlış iddiası kanuni süreleri kaçırma gibi telafisi kabil olmayan büyük bir tehlike ve riski de sinesinde barındırmış olurdu.

Rapordan dava konusu olay ve uyuşmazlığın aşağıdaki şekilde seyir takip ettiği anlaşılmaktadır :

a - Davacı Zişan Göçmenler 25. 2. 1994 tarihinde Almanya'dan dönüş yaptığını belirterek SSK'dan yazılı olarak emeklilik isteminde bulunmuştur. Bu arada davacı 4. 7. 1996 tarih itibariyle kurumdan "*Almanya'daki primlerinin iadesini*" istemiş (Rapo s. 2 /9), kurumda Almanya'daki primlerin ülkeye transferini sağlamış ve kendisine de uzunca bir süre emeklilik aylığı bağlayıp Eylül 1997 yılına kadar da aralıksız maaşını ödemiştir.

b – Davacı kısa bir süre kocasının çalışma sorunları yüzünden yeniden Almanya'ya gitmek zorunda kalmıştır. Alman Sigorta idaresinden gelen resmi yazıdan oradan bir süre önce bir kaç aylığına sosyal nitelikte "**işsizlik yardımı**" aldığı anlaşılmıştır.

Almanya'dan gelen yazı üzerine SSK, davacının yurda kesin dönüş yapmadığı sonucunu çıkararak davacıya bağladığı emekli aylığını iptal ederken, ayrıca kendisinden kurumdan o tarihe kadar aldığı aylıkları faiziyle birlikte geri istemiştir.

c - SSK'nın anılan iptal kararına karşı davacı, avukatının tavsiyesi üzerine, İzmir 2. İş Mahkemesinde iptal davası açıp kararın iptalini istemiştir (Esas No: 1997 / 659). Yetkili mahkeme 1999 / 133 sayılı kararının hüküm fıkrasında "**kurumdan yeniden talepte bulunma hakkını**" saklı tutmak kaydıyla davasını reddetmiştir. Mahkemenin, davacının talep hakkını saklı tutmasının (idari prosedürün uygulanması aşamasında anlaşılmaması açısından), yüz yüze gelinen olaylar karşısında ne denli isabetli olduğu şayanı takdirle anlaşılmaktadır.

Dava aşamasında davacı İdare Hukuku açısından hukuksal değeri ve yararı büyük olan önemli başka bir idari işlemi daha gerçekleştirmiştir. Şöyle ki, davacı dava devam ederken, hukuki statüsünü derinden güçlendiren çok olumlu etkin bir hukuki girişimde bulunarak hakkını koruyup güvence altına almakla kalmayıp, aynı zamanda zamanaşımı süresini de kesmiştir. Gerçekten davacı "yazılı talep" kriterinin yerine getirilmesi bakımından ileride bürokraside karşılaşacağı muhtemel zorlukları hatta olumsuzlukları da gözetip hesaba katarak ihtirazı kayıtla **emeklilik hakkını saklı tutmak, mağduriyetini önlemek ve ileride değerlendirmek amacıyla** dava devam ederken 31.7.1998 tarihinde çok nitelikli önemli bir dilekçe daha verip kuruma kaydettirmiştir. Böylece

olayda kurumca aranan yazılı talep - maaş kesiminden sonra ve fakat dava sırasında - bu başvuru ile yine gerçekleşmiştir. Yenilenen dilekçenin amacının bir hakkı korumaya yönelik olduğu apaçıktır. Yargılama sonucu gözetilerek davacı tarafından sunulup kurumca gerçekleştirilen bir idari işlemin, hukuki niteliği ve karakteri itibariyle şarta bağlı (muallak) “taliki şart” olduğu ortadadır. Deyinilen taliki şart ise, yargılamanın sonuçlanmasıdır.

Bu arada davacı dilekçesinde SSK'nın kararına karşı bir önlem olarak yeniden 20. 7. 1995 tarih itibariyle yurda kesin dönüş yaptığını belirtmek zorunda kalmıştır.

Davacı, ret kararını temyiz yerine ısrardan vazgeçerek ilamın ışığında bir yandan borçlarını faiziyle birlikte SSK'ya yatırırken, öte taraftan 3201 sayılı K. m. 3 , 6 gereğince kurumdan yeniden yazılı istekte bulunmuştur.

ç - SSK, davacının ilamın kesinleşmesinden sonra sunduğu 2. 4. 2001 tarihli dilekçesini kayda almışsa da, sonuçta emeklilik aylığı bağlanması konusundaki istemini “2 yıl içinde kurumumuza 3201 sayılı yasaya göre borçlanmak üzere yeniden müracaat etmediği” bir sav ve gerekçeyle reddetmiştir (SSK, 6. 6. 2001/ 459923 aylık yanıt).

İşbu ret kararı üzerine, davacı vekili süresi içinde (27. 7. 2001) 4. İş Mahkemesinde emeklilik hakkının tespiti amacıyla deyinilen idari kararın iptali istemiyle dava açmıştır (Dosya No: 2001/ 804). Mahkeme bir kez daha tamamen hukuki bir konu ve uyumsuzlukta hiçbir hukuki nosyonu olmayan aynı kişiyi bilirkişi tayin etmiştir. Bilirkişi ise, yukarıda kısaca deyinilen kabul edilemez gerekçeyle olumsuz görüşünü mahkemeye vermiştir (8. 3. 2002).

B - Raporun Genel Olarak Değerlendirilmesi

Gerek SSK'nın ret kararından, gerekse bilirkişinin olumsuz raporundan anlaşıldığı üzere, uyumsuzluğun çözüm odağını ağırlıklı olarak aşağıdaki iki etken konu oluşturmaktadır.

1 - İdari karar aleyhine açılan iptal davası hak düşürücü süreyi durdurur mu; durdurmaz mı?

2 - İzmir 2. İş Mahkemesince verilen karar hükmünde saklı tutulan “*Davacının yeniden talepte bulunması hakkının*” hukuksal anlamı var mı? Varsa değeri, önemi ve etkisi nedir?

Yukarıda verilen bilgilerden de kolayca anlaşıldığı üzere, iki sorunun her iki hukuksal etken bakımından yanıtı baskın olarak olumludur. Şöyle ki; açılan

iptal davası zaman aşımı süresini durdurmuştur. Mahkemece saklı tutulan başvuru hakkı, bilinçli olup önemli ve sonuç doğurucudur. Bundan dolayı hem kurumun ret kararının, hem de bilirkişinin olumsuz raporunun dayanağını teşkil eden “3201 sayılı kanuna göre borçlanmak için 2 yıl içinde yazılı istekte bulunmayı öngören ve niteliği itibariyle hak düşürücü süre olan bu süreyi durdurmaz ve kesmez” mealinde ileri sürüp paylaştıkları iddianın tam aksine (Davalı SSK 27. 11. 2001 tarihli cevap layihası), süresi içinde idari karara karşı açılan “iptal davası” hem süreyi kesmiş, hem de hak düşürücü süreleri korumuştur.

Tüm bu nedenlerle:

a) Yetkili İş mahkemesinin “*Davacının yeniden talepte bulunması halinde şartları oluştuğu takdirde kurumdan emeklilik talebinde bulunması hakkının saklı tutulması*” biçiminde hüküm fıkrasında ifadesini bulan ibare karşısında, gerek yasaca, gerekse kurumca aranan şartların en başta geleni olan “yurda kesin dönüş” (avdet) kesinkes gerçekleştiğinden, yapılan yeni başvuru üzerine hem SSK’ nın ret kararına, hem de o kararı destekler nitelikte teyit eden bilirkişinin olumsuz raporuna -isabet payı olmadığından- katılmak mümkün değildir. Hükümdeki yalın anlatımın anlamı şüpheye yer bırakmayacak kadar açıktır. Bir yandan sarih olarak davacıya yeniden talepte bulunma yetkisini tanıırken, öte yandan emeklilik hakkını saklı tutmuştur. Saklı tutulmaya çalışılan hükümde sözü edilen “*Davacının yeniden talepte bulunması halinde*” ki bir cümlenin geleceğe yönelik bir anlam taşıdığı ve bu suretle ileriye matuf talep hakkı yaratma çabası olduğu aşikardır. Sürenin başlangıcı, kararın kesinleştiği tarih olduğundan kuşku yoktur. Davacı, kuruma karşı talebini daha önce dava sürerken 31.7. 1998 tarihli dilekçesiyle ortaya koymuş olmasına karşın, karar kesinleştikten sonra da süresi içerisinde yenilemiştir (27. 7. 2001). Başka bir deyişle dava sonuçlandıktan sonra yaptığı başvuru bir yana, ayrıca bir önlem olarak da dava cereyan ederken daha önce de yerine getirmiştir. Hukuki anlamda işbu önlem ve koruma, hak sahibi bakımından “**kazanılmış hak**” niteliğindedir. Gerçekten 31.7. 1998 tarihli nitelikli dilekçenin verilmesinin, kurumca alınıp kaydedilmesinin temel amacı olduğu, anılan hakkı koruma özelliği taşıdığı bellidir.

Ayrıca önemle belirtebiliriz ki, böyle maddi ve ekonomik yaşamsal bir konuda davalı kurum, kararın işbu hüküm fıkrası ve ibaresi hakkında aksi iddiasında ısrarlı (musir) olup direttiğinde ya da “**tereddüt**” ettiğinde, doğal olarak ilam mahkemesinden “Açıklama” da istenebilirdi (HUMK. m. 455). Ancak bu istek ne kurumca, ne de kararın uygulanmasını isteyen davacı Avukatınca istenmiştir.

b) Usul Hukukunda “Jura Novit Curia” yani “Yargıç tüm hukuku bilir” kuralı bir varsayım olarak geçerli olduğundan dolayı, prensip itibariyle hukuk kurallarının ispatına gerek olunmamasına karşın¹⁷, bir ilke biçiminde davanın ispatı bizzat ve bilfiil iddia sahiplerinin öncelikli olan başlıca yargısal görevini teşkil eder (MK. m. 6). Davacı, davanın çözümüne yarayacak münakaşalı hususları ispat için somut kanuni delillerini topluca güçlü bir biçimde ortaya koymalıdır (HUMK. m. 238). Zira davacı davasında ne kadar haklı, doğru ve güçlü olursa olsun, iddiasını kanunen ispatlayamazsa, davayı kaybedebilir. Nitekim belirtilen ispatlanamama olgusu yüzünden, nice haklı davalar ve makul istemler usulün labirentlerinde kaybolup gitmiştir. Bundan dolayı davanın dayanağını oluşturan maddi vakıalar yeterince ortaya konulup, mümkün olduğunca somut bir biçimde pozitif hukuki delilleri mevzuata (yasa) bağlanmak suretiyle üzerine oturtulmasında çoklu pratik yarar vardır. Her ne kadar hukuk kurallarının araştırılıp bulunarak maddi vakıaya uyarlanması yargıcın kanuni görevi ise de (HUMK.m. 76), ancak bu husus bir yandan hakların doğumunu ve sona ermesini belirli vakıaların varlığına bağlayan maddi hukukun; öte yandan hakimin tarafsızlığını sağlamak amacıyla taraflara yardımcı olamama konusunda usulen getirilen sınırlamalar (HUMK. m. 75) ispatın görünmez bir versiyonu hatta handikapları olarak ortaya çıkar. İşbu somut yaklaşımda herkesten önce, davasını sıkıntısız, üzüntüsüz ve risksiz kazanmak isteyen herkesten önce bizzat davacı ve iddia sahibinin çoklu yararı olduğunda kuşku yoktur. Hukuksal yaşamın bu pratik gerçeğine, hukuk devletinde ileri sürülen iddiaların hukuka - kanuna bağlanarak dayandırılması ve ispatlanması gereğinin, pragmatik hukuki realizminin bir sonucu ve rasyonalizminin yükümlülüğüdür denilebilir.

Nitekim bu davada da hakkın doğrudan doğruya karara bağlanıp uyuşmazlığın çözümünü sağlayacak hukuki gerekçeler ve yasal dayanaklar, yargıcın sözü geçen kanuni görevinin varlığına ve hukuk kataloğunda, mevzuat rafında uzun zamandan beri durmasına, iki bilirkişi raporuna rağmen, yargılamanın başladığı 1977’den Nisan 2002 tarihine kadar hakkıyla ortaya çıkarılıp tartışılmamıştır bile. Gerçekten davacının çok haklı olduğu birinci dava sırf bu yüzden kaybedilmiştir. Karar aşamasına gelen ikinci dava dahi kayıp edilmek üzereyken, davacının şahsi isteği üzerine ancak tarafımdan aceleyle sunulan raporla benzer akibetten son dönemeçte kurtarılabildiği görülmüştür.

¹⁷) Devletler Hususi Hukukunda “Jura Novit Curia” faraziyesi aynı katiyette geçerli olmamıştır. Nitekim önceleri HUMK. nun 76. maddesi yürürlükte iken, yabancı kanuna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla yükümlü tutulmuştur. Ancak 1982’de yürürlüğe giren 2674 sayılı “Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” (Milk). m. 2 uyarınca bu yükümlülük hakim ile ilgili taraflar arasında dengeli paylaşılırak birazcık yumuşatılmıştır (Fazla bilgi için bak. Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 11 bası, İstanbul 2002, s. 166 vd; Sadroleşrafi, Hüseyin Ali, Şematik Devletler Özel Hukuku, İzmir 1991, s. 184 vd).

c) Dava açılmasının genel sonuçları bakımından belirttiğimiz bu hukuksal görüş bir prensip biçiminde öğretide çoğu hukukçularca da paylaşılmaktadır. Nitekim ünlü hukukçu Prof. Dr. Baki Kuru, Prof Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile birlikte Usul Hukukuna ilişkin olarak yazdıkları bilimsel eserlerinde **“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”** derler¹⁸ Aynı görüş yine çok açık bir biçimde Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Doç. Dr. Oğuz Atalay ve Yrd. Doç. Dr. Muhammet Özkes tarafından birlikte yayınlanan “Medeni Usul Hukuku” adlı eserlerinde **“Davanın açılması ile dava konusu alacak veya hak için söz konusu olan zamanaşımını kesmiş 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”**¹⁹ açıklaması getirilmektedir.

d) Mevzuatımızda mevcut bir çok hükmün yanı sıra, zamanaşımının kesilmesi hakkında TTK. 662. maddesinin genel hükmü gayet açıktır. Maddenin açık hükmü aynen şöyledir: **“Mürürüzaman; dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesi sebepleriyle kesilir”**. Maddenin yorumu bile gerek duyulmayan çok sarih olan doyurucu hükmünden açıkça görüldüğü üzere **“dava açılması”** doğrudan doğruya zamanaşımının kesilme sebeplerinin en başında sayılmıştır.

Konu gerek doktrinde, gerekse yasalarda tartışmaya yer bırakmayacak kadar açık olmasına rağmen, ne yazık ki, tayin edilen bilirkişi, meslekten hukukçu olmadığından ve uzman bulunmadığından dosyadaki yüzeysel bilgilerle yetinip sonuca gitmesi davaya gerçek anlamda hukuki boyut kazandıracığına, davayı rayından çıkarıp, hukuki ve kanuni mecrasından uzaklaştırmıştır. Bilirkişi davanın hukuka uygun çözümüne ışık tutacağına, davayı çıkmaza sürükleyerek deyim yerinde ise, tam köstek olmuştur.

Davacı vekili Av. sayın Hüseyin Suna 27. 7. 2001 günlü dava dilekçesinde kurumun ret kararına karşı, özellikle yerme nedenlerini, davanın ana hukuki dayanaklarını ve savın kanuni gerekçelerini somut bir biçimde ortaya koymamışsa da, sonuçta dile getirdiği: **“Bu itibarla müvekkile açısından ... 3201 sayılı yasaya göre borçlanma isteminde kesin dönüş tarihinden itibaren 2 yıllık sürenin açılan davanın kesinleşme tarihine göre değerlendirilmesi gerekir”** biçiminde ki ifadesinde - davacının önceki idari girişimi saklı tutulduğu takdirde- prensip itibariyle haklılık ve savında doğruluk payı vardır. Oysa bilindiği üzere, davacı dava sürerken ihtirazı kayıtla sunduğu 31. 7. 1998 tarihli dilekçesi vardır. Ancak sonuç doğurucu olan bu önemli dilekçe mahkeme dosyasında mevcut değildi.

¹⁸) Bak. Medeni Usul Hukuku, 13 bası, Ankara 2001, s. 361 vd.

¹⁹) Bak. Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s. 296 – 297.

Maaş bağlanması için yazılı başvuru arandığında, olayda davacının kuruma önceden yaptığı bir değil, iki başvurusu zaten vakidir. Birincisi üzerine yapılan işlemler sonradan iptal edilse de, söz konusu başvuru üzerine kurumca kendisine yaşlılık aylığı bağlanıp ödenmiştir. Bundan daha önemlisi dava devam ederken -ihtirazı kayıtlı- verilip kaydı yapılan ikinci başvurusu zaten yürürlüktedir”.

Davacı, bilirkişinin mahkemeye sunduğu olumsuz raporunun şaşkınlığı ve korkusu içinde hemen **şahsıma** başvurup, ilgili makam ve mercilere sunmak amacıyla ilmi görüşümü rica etmiştir. Rapor üzerinde yaptığım ilk inceleme hakkında vardığım bilimsel görüşü yukarıdaki değerlendirmeler ışığında 20. 3. 2002 tarihli bir raporla belirttikten sonra, raporu destekler nitelikte tarafımdan verilen 5. 5. 2002 tarihli gerekçeli “ek rapor” da ise özetle şöyle denilmiştir : “Sayın Zişan Göçmenler, İzmir 4. İş Mahkemesinde açtığınız Esas No: 2001 / 804 sayılı davada sayın bilirkişice değerli mahkemeye sunulan “Rapor” hakkında istediğiniz görüşümü içeren 20 . 3. 2002 tarihli gerekçeli raporda **ileri sürdüğüm sav**, 8 Mayıs 1985 tarih ve 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun” un **madde 6/ B - II. fıkrasının** bir emri ve gereğidir. Gerçekten II. fıkrada anılan kanundan yararlanmak suretiyle kendilerine aylık bağlananlardan, sonra yurt dışına gidip orada çalışanların yeniden yurda kesin dönüş yapmaları halinde aylıkları müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanacağı amir bir biçimde kesin hükme bağlanmıştır. İdarenin sözü edilen yasal görevini herhangi bir kuşkuyla mahal vermeyecek biçimde düzenlemiş olan emredici hüküm aynen aşağıdadır: “Bunlardan yeniden kesin dönüş yapanların, bu hizmetleri 4. Üncü madde hükümleri gereğince borçlanmaları şartıyla aylıkları bu süreler de dikkate alınarak yeniden hesaplanır. Bu borçlanmayı yapmayanların eski aylıkları yurda kesin dönüş tarihini takip eden ay başından itibaren müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanır”.

Kanunun Uygulama Yönetmeliği”nin 12. maddesinin II. fıkrası bu görüşe aynen şu güçlü açıklamayı getirmiştir: “Yurda tekrar kesin dönüş yapanlara; **talepleri üzerine eski aylıkları** dönüş tarihini takip eden ay başından itibaren **ödenmeye devam edilir**” (RG. 15 Eylül 1985 – 18869).

Davada, özellikle davacı temsilcilerinin ve kendisine başvuru yapılan bilirkişinin belirtilen buyurucu hükümden söz etmemeleri, gerekçe göstermeyip üzerine tartışma açmaları sırf bu bakımdan bir talihsizliktir.

Ayrıca olayda, uyumsuzluğun başından beri önemle tartışılması gerekirken, önemszenmeyip geçiştirilen daha önemli bir konu dikkat çekmektedir. Söyle ki,

madde 6/B – I. fıkrası açık bir biçimde, kanundan yararlanmak yoluyla kendilerine emekli veya yaşlılık aylığı bağlanmış olanlardan yurt dışına gidip yeniden yabancı ülkede çalışmaya başlamalarında bağlanan maaşın kesileceğine hükmetmiştir. Başka bir deyişle kanunda aylık kesmenin yasal gerekçesi olarak yalnızca **“tekrar yurt dışında çalışmaya başlamış”** olma benimsenmiştir. Halbuki bu uyuşmazlıkta aylık kesmenin gerekçesi Almanya’da yeniden çalışmış olmak değil, aksine oradan kısa bir süre işsizlik yardımı almış olması ileri sürülmüştür. **Oysa ki**, olayda davacının yabancı ülkede hiçbir surette yeniden çalışması söz konusu olmamış ve iddia da edilmemiştir. Sırf bu açıdan, SSK. nun aylık kesmeye ilişkin idari işlemi başlangıcından beri kanunun amir hükmüne aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim yasanın “yabancı ülkede tekrar çalışmayı” bir “koşul” olarak arayan deyinilen madde fıkrası şu direktif hükmünü taşımaktadır: “Bu kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir”.

Nitekim yönetmeliğin m. 12 / I. fıkrası bu hususu güçlü bir şekilde desteklerken, şu açıklığı getirmiştir: “Yurt dışındaki hizmetlerini borçlanarak aylığa hak kazananların bu aylıkları Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yapılmış olup, olmadığına bakılmaksızın herhangi bir ülkede **çalışmaya başladıkları takdirde**, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren kesilir.

Asıl tartışılması gereken önemli bir konu iken, her iki davada hiç tartışılmamış olmasına karşın, yasa metninde **“çalışma”** kavramı iki kere vurgulanarak yer almıştır. Eylemin söz konusu önemi ve özelliğine binaen, idarece alınan iptal kararının bizatihi kendisinde bu bakımdan yasaya uygun bir yön bulunmamaktadır. Bu nedenle davada 3. maddece aranan zamanaşımı koşulunun tartışmasının bile füzuli olduğu söylenebilir.

Olayın gelişme şekliyle özetle, davacının ilk ifadesiyle 25. 2. 1994 tarihi itibariyle yurda kesin dönüş yaptığını belirtip kuruma belgelendirdiği; bu istemini SSK. uygun bularak borçlandırmayı sonuçlandırıp kendisine emekli aylığı bağladığı; **bu arada davacı** “yurda kesin dönüş yaptığının önemli kanıt sayılacak bir adım” daha atmış **4. 7. 1996 tarih** itibariyle SSK’dan **Almanya’daki primlerinin iadesini resmen istediği**, bu isteminin ise, kurumca kabul edilerek sigorta primlerinin dahi yurda getirildiği; bilahare kurum tarafından Eylül 1997 yılında -yurda kesin dönüş yapmadığı iddiasıyla- aylığı kesilince, İzmir 2. İş mahkemesinde açtığı iptal - tespit davasının yanı sıra, önemli bir tedbir olarak 31. 7. 1998 tarihinde kurumdan – ihtirazi kayıtla - yeniden bir istemde daha bulunduğu, bu arada ikinci bir kez daha 20. 7. 1995 tarih itibariyle yurda kesin dönüş yaptığını belirtmek zorunda kaldığı anlaşıldığından, artık dava konusunun madde 6/A ile ilgisinin kalmayıp yukarıdaki deyinilen açıklamalar ışığında ağırlıklı olarak madde 6/B nin fıkrası

hükümlerinin uygulama alanıyla ilgili ve ilişkisi vardır. Takdir ve tensibi yüce yargı makamındır”.

Verdiğim bilimsel raporların davacı tarafça yetkili mahkemeye sunulmasıyla birlikte, davanın davacı aleyhine gelişen olumsuz seyri yargılamanın son safhasında değiştirmiştir. Gerçekten mahkeme raporunda savunulan aksi görüşler üzerine aynı bilirkişiden “ek rapor” istemek zorunda kalmıştır. Bilirkişi sunduğu 14 .10. 2002 tarihli ek raporda, fazlaca bir araştırma ve incelemeye gerek kalmadan, rapora herhangi bir eleştiri getirilmeden, sadece önceki görüşlerini özetlemekle eski savında direnmiştir. İşbu olumsuz rapor, davacıyı adeta hiddetlenerek çileden çıkarmaya yetmiştir. Nitekim davacı karşılaştığı söz konusu olumsuz durum karşısında mahkemeye sunduğu 24. 10. 2002 tarihli dilekçede bilirkişinin ek raporuna şiddetle itiraz ederken, aşağıdaki önemli hususlara değinmek suretiyle kendisini savunmuş ve raporu şöyle irdelemiştir :
“Mahkemenizce bilirkişiden istenen ek rapor bilahare 4 ay gecikme ile duruşma günü mahkemenize verilmiştir. Sayın bilirkişi raporunda önceki raporun yazılarını özetleyerek eski görüşünü tekrarlamıştır. Halbuki, bu arada ben Devletler Hususi Hukukçusu sayın Dr. Hüseyin Ali Sadruleşrafi’ den rica edip aldığımız bilimsel görüşü içeren –iki- raporu mahkemeye sunmuş, değerli mahkemeniz de bu rapora binaen söz konusu kişiden ek rapor istemiştir.

*Sayın hoca sunduğu raporda, önemli hukuki dayanak, yasal gerekçeler, teorik ve doktrinel görüşleri açıklamak suretiyle, mahkemenizce tayin edilen bilirkişinin raporunu hukuksal dayanaktan yoksun, temel yanlış ve yanlışlığını değişik yönleriyle açık ve net bir teşhisle ortaya koymuştur. Hal böyle iken, sayın bilirkişiden ek raporunda söz konusu görüşleri tartışıp eleştirmesi, kabul veya çürütüp reddetmesi beklenirken, özellikle bu bilimsel gerçeği ve gereği **görmezlikten gelerek** yetersiz ve yanlış bilgileriyle mahkemenizi yanıltmaya devam etmiştir. Sunulan bilimsel rapora hiç değinmemiş, hatta lafını dahi ağzına almamıştır? Zira görüşünü tepe taklak eden bilimsel rapordan, yanlış ve yanlışlığını fark edecek kapasitede olmadığı ve dile getirecek cesarete de sahip değildir.*

*Dr. Sadruleşrafi raporunda bu davada haklı olduğumun ötesinde, idari iptal işleminin alındığı andan itibaren geçersiz olduğuna bile yer vermiştir (Ek Rapor). Hoca, dava kapsamında ise, sözünü ettiği hukuki ve yasal çözüm ile temel bilgilerin “**Bilirkişisiz**” dahi değerli mahkemenin bilgisi dahilinde ve bilincinde olduğunu şahsıma iletmiştir.*

*Uzun yıllar bürokrasi çarklarında bilfiil çalışırken “hukuk işlerine” karışamayan bir kişi, **maalesef** emekliliğinden sonra mahkemelerimizde bilirkişi unvanı ile özel ihtisas gerektiren hukuk ilminde adeta fetva verir gibi rahatlıkla kendisine hatırlatılan ilmi görüşleri de bir yana bırakmak suretiyle ileri gidip “**Görüş ve kanaatimizi değiştirecek herhangi bir husus bulunmamaktadır**”*

diyecek kadar cesaret kazanmıştır. Ne yazık ki, “Hukuk ilmi” ile yakından ilgi, ilişki ve bilgisi olmayan böyle bir kimse, özel bilgi, bulgu, hatta akademik uzmanlık isteyen teknik bir dava konusunda bilirkişi sıfatıyla, temelsiz ve geçersiz görüşleriyle mahkemede adaletin dağıtılmasında “hukuki görüş” ileri sürüp adalete yarayacağına, aksine onu yanıltmaktadır. Böylece hakkıma kolayca ulaşmada en önemli engel ve handikap teşkil etmektedir. Anılan sebeplerle bilirkişinin sunduğu ek raporu da öncekiler gibi hukuka aykırı olduğundan asla kabul etmeyip şiddetle reddetmekteyim. Bilirkişi hukuka aykırı olan bu yersiz ve yanlış görüşleriyle bizi süründürüp sürekli zarar vermiştir. İdarece hakkı ihlal edilip elinden haksızca alınan bir vatandaş olarak bu zulme isyan ediyorum. Bu düpe düz bir bilirkişi felaketidir. Doğru olmayan temelsiz görüşleri “tazminatı” gerektireceğinin yanı sıra, aynı zamanda açıkça insan haklarının ihlali niteliğindedir. Hukuk devletinde bilirkişi adı altında temel insan haklarının ihlali bilinçsizce bu kadar basit tehlikede olmamalı ve buna izin verilmemelidir.

Yukarıda belirttiğim önemli nedenlerle şahsen tarafımdan sunulan bilimsel raporda yer alan hukuki gerekçeler ve gerekler doğrultusunda büyük haksızlığa uğramış ve yaşamı alt üst olmuş bir vatandaş olarak hüküm verilmesini saygılarımla talep ederim. Bu haykırımlar haksızlığa uğramış bir kimsenin feryatlarıdır”.

C –Sonuç

1 – Genel Olarak

Yabancı ülkede geçen çalışma yıllarını borçlanmak suretiyle aylık bağlanması için yazılı başvuru arandığında, olayda daha önce dava (2. İş mahkemesinde) devam ederken verilir kayda geçirilen 31. 7. 1998 tarihli başvurusu zaten mevcut olup yürürlükte olduğu anlaşılmaktadır.

Yazılı talep konusuna ilişkin olarak Yargıtay, yabancılarla ilgili benzer “Sosyal Güvenlik” olaylarında eskiden beri SSK. m. 3, II /A fıkrasında sözü geçen “yazılı isteği” karşılaşılan idari handikapları da hesaba katarak “sıhhat şartı” değil, toleranslı bir biçimde “ispat şartı” olduğunu benimsemiştir²⁰. Ayrıca Türkiye’de Çalışan “Türk Soylu Yabancıların Sosyal Güvenlik Hakkı” adlı yazdığım kapsamlı makalede de yine aynı hususa değinilmiştir²¹

²⁰) Fazla bilgi için bak. Şanlı, Cemal, “Türkiye’de Yabancıların Sosyal Güvenliği”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Sayı 2, İst. 1881, s. 26; Çelikel, Aysel, Yabancılar Hukuku, 7 bası, İst. 1997, s. 165 - 169 .

²¹) Bak. Sadruleşrafi, Hüseyin Ali, agm, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, İzmir 1999, s. 190 vd; özellikle 221 – 228.

Davacının bir yandan yeniden aylık bağlamaya ilişkin olarak dava esnasında kuruma yaptığı 31.7. 1998 günlü başvurusunun kendisine sağladığı güçlü “kazanılmış hak” pozisyonunu, öte yandan mahkemenin hüküm fıkrasında “*İnsan haklarının en önemli yaşamsal alanını oluşturan sosyal güvenlik hakkına* yönelik açıkça saklı tutulan talep hakkını da özellikle önemseyerek isteminde haklı olduğundan şüphe yoktur. Bu nedenlerle ister idarenin ret kararında, ister onu destekleyen bilirkişi raporunda savunulan görüş ve gerekçelerde isabet payı olmadığı bir yana, yukarıdaki gerekçelerin ışığında değinilen prensibi ihlal etmek suretiyle doktrinel görüş ve hukuksal uygulamalara da aykırı olduğu ortadadır.

Olayda, 31. 7. 1998 tarihli dilekçe ile saklı tutulan hüküm fıkrasının hukuki değeri görmezlikten gelinemez. Bundan dolayı uyumsuzluk konusunun çözüme ulaştırılmasında “yargı kararı”nın anılan başvuru ile birlikte değerlendirilmesi ve uygulanmasında hukuki zorunluluk vardır. Kararda “*Davacının yeniden talepte bulunması halinde şartları olduğu takdirde kurumdan emeklilik talebinde bulunması hakkının saklı tutulması*” biçiminde hüküm fıkrasında ifadesini bulan “**talepte bulunma şartı**” davacı tarafça bilinçli bir girişimle sözü geçen tarihte zaten yerine getirilmiş bulunmaktadır. Davacının yeniden kesin dönüş yaptığına ilişkin yaptığı başvuru üzerine emeklilik işlemlerinin yeniden başlatılarak gerçekleştirip sonuçlandırması m. 6/B – II. fıkrasının bir gereği ve kurumca yerine getirilmesi gereken kanuni bir göreviydi. Yasal olarak bilfiil yapılması gereken emeklilik işlemlerini üstelik anılan hüküm fıkrasını da göz ardı edip yapmaması sonucu davacı bir yandan önemli oranlarda maddi kayıp ve zarara uğratılmış, başka taraftan manevi olarak ağır bir biçimde yıpratılmıştır.

2 - Görüş

Uyumsuzluğun yasal çözümünün iki ayrı alt başlık altında irdelenebilir olduğu düşüncesindeyiz.

a – İdari Yoldan

Kanımızca SSK. ikinci bir davaya sebebiyet vermeden, dava sırasında ya da en geç kararın kesinleşmesinden hemen sonra, sigortalının 31. 7. 1998 tarihli dilekçesini m. 6/B – II fıkrası uyarınca, emekli işlemlerine yeniden başlayıp devam etmek suretiyle, ona yaşlılık aylığı bağlayabilirdi. Bunun yapılmaması, idare bakımından önemli bir kusurdur. Önerdiğimiz bu radikal görüş, bu arada anılan fıkranın kıyasen bir sonucu olarak da ortaya çıkar. Maddede geçen “*Bunlardan yeniden kesin dönüş yapanların ... eski aylıkları yurda kesin dönüş tarihini takip eden ay başından itibaren müracaatları üzerine tekrar ödenmeye başlanır*” biçimindeki açık hüküm savunulan bu görüşü desteklemektedir.

Her ne kadar dava dilekçesinde bu husus “ *bu dava devam ederken davalı kuruma ihtirazi kayıtla mahkeme sonucuna göre emeklilik müracaatının kayda alınmasını bildirmiştir*” şeklinde güçlü bir biçimde dile getirilmişse de, kanuni hükme ulaşıp dayandırılmadığından, bundan yeterince yararlanılamamıştır.

b – Dava Yoluyla

aa – Madde 6/B – I Fıkrası Uyarınca Kurum Kararını Ortadan Kaldırmak

Dava usulü ile hak arama yolunda kurum kararının ortadan kaldırılmasında tavsiyeye şayan en kolay ve aynı zamanda makul olan kestirme ve o kadar da kesin bir düzeltme yöntemi olarak doğrudan 3201 sayılı kanunun m. 6/B – I. fıkrasını ileri sürüp ona dayanarak makul ve güçlü kanıtlarla ispat etmek olabilirdi. Bu yolla idari işlemi, kanunu açıkça ihlal ettiğinden bahisle alındığı tarihten beri iptal etmek pekala mümkündür. Nitekim birinci davada istemin konusu genel olarak bu yönde olmakla beraber, ancak deyinen sebepler yüzünden bu başarılamayıp, maalesef bilirkişinin yanlış yönlendirmesiyle de o fırsat kaçırılmıştır. 4. İş mahkemesinde açılan ikinci davada da sözü edilen gerekçeyle kararın alındığı tarihten itibaren geçersizliği sağlanabilirdi. Ancak davada istenmediğinden, ileride bu husus “iadeyi muhakeme” ye yol açacak niteliktedir.

bb – İlamdan Sonra

aaa – Genellikle

Mevcut nesnel hukuksal durum karşısında ilgili sosyal güvenlik kurumu (SSK) 2. İş Mahkemesinin sözü edilen kararı kesinleşince, yine m. 6/B – II hükmü uyarınca davacının “yeniden kesin dönüş” yaptığına ilişkin bildirimini 31. 7. 1998 tarihinden itibaren başlamak üzere isteğini işleme koyup – muhtemelen davacının yeni bir başvurusunu dahi beklemeden - emeklilik işlemlerine (makale şamil) başlayıp davacı lehine sonuçlandırması gerekirdi. Bu nedenle davacı vekilinin kuruma sunduğu 2. 4. 2001 tarihini taşıyan dilekçe “yazılı talep” kriterinin aranması açısından katmerli bir girişim olmuştur diyebiliriz. Hukuk devletinin gerekleri uyarınca, İş Mahkemesinin hüküm fıkrasında saklı tutulan hakkın ışığında, şartları oluşan bireysel talep hakkı karşısında hem SSK. nın tutumunda, hem de sayın bilirkişinin ileri sürdüğü görüşte haklılık payı yoktur. Zira olayda, davacının kurumdan yazılı isteme ilişkin **kuralsal ve kuramsal gereklerin yerine getirilmesi** yönünden fazlası olup, eksisi yoktur. Bundan dolayı gerek kurum, gerek bilirkişi, hem davacının dilekçelerini, hem de mahkeme kararının saklı hüküm fıkrasını, kanuni mecrasında değerlendiremeyip uygulayamamışlardır. Sonuç itibarıyla görüşlerine katılmak mümkün olmamaktadır.

Tüm bu nedenlerle davacının yeniden emeklilik hakkı, anılan hüküm fıkrası uyarınca, maaş kesimini takiben sunduğu dilekçe ışığında 31. 7. 1998 tarihi itibarıyla ortaya çıkmaktadır. Davacının kuruma sunduğu dilekçede sözünü ettiği **“dava devam ederken davalı kuruma ihtirazi kayıtla mahkeme sonucuna göre emeklilik müracaatının kayda alınması”** biçimindeki ibarenin anlamı ve içeriği, hem hakkı güvence altına alması, hem de idarenin sergilediği kanuna aykırı olumsuz tutumuna karşı koruma amacı taşıdığı apaçık ortada olup, hukuksal yönünden tek kelime ile çok önemli ve mükemmeldir. Kanımca sunulan 2. 4. 2001 tarihli dilekçe, mahkeme kararı hakkında hem bilgilendirme, hem de durdurulan idari işlemi yeniden işleme koydurma ve devam ettirme eylemi doğrultusunda uygulama istemi niteliğindedir.

bbb – Madde 6/B – I Fıkrası Uyarınca İdari Tasarrufun Geçersizliğinin Saptanması

İleri bir düşüncenin ürünü olan bu tez, genel olarak uyuşmazlık konusunun davacı lehine tümden çözümlenmesini gerektirecek niteliktedir. Fikrimizce dava konusu uyuşmazlığın, mevzuata uygun bir biçimde tam çözümlenebilmesi için, aylık kesmeye dair kararın alındığı tarihte yurda kesin dönüşün gerçekleştiği ve davacıda buna ilişkin kesin irade, niyet ve manevi unsurun başvuru tarihinden beri mevcut bulunduğu hususları göz önüne alınmalıydı. Ayrıca m. 6/B bendinin I fıkrası hükmü uyarınca yasaca aranan **“yurt dışında yeniden çalışma”** koşulunun olayda bulunmadığı olgusu da idari işlemin başından beri geçersizliğini sağlayabilirdi.

Not : Bu makalenin yazıldığı tarihte yetkili ilk derece mahkemesi kararını vermiş değildi.