

2005

EKİM

3 AYDA BİR YAYIMLANIR



**Erdem GÜMÜŞ**

Avukatlık Meslek Kurallarımız

**Mustafa ŞENEL**

Yargıtay'ın Son Kararları Doğrultusunda İşe İade Davaları

**Erol ÖZCAN**

İşe İade Davaları ve Sonuçları

**Mehmet SÜRÜCÜ**

Ceza Muhakemesinde İşbirliği ve Birlikte Çalışmada Avukatın Rolü

**Ahmet ODABAŞ**

Ermenilerin Sigorta Atağı

**Yargı Kararları**

**Yitirdiklerimiz**

YIL: 70

4

# *İZMİR BAROSU DERGİSİ*

*Yıl: 70 • Ekim 2005 • Sayı: 4 • Üç ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X*

*İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.*

## İÇİNDEKİLER

### ERDEM GÜMÜŞ

AVUKATLIK MESLEK KURALLARIMIZ .....5-6

### MUSTAFA ŞENEL

YARGITAY'IN SON KARARLARI DOĞRULTUSUNDA İŞE İADE  
DAVALARI .....7-50

### EROL ÖZCAN

İŞE İADE DAVALARI VE SONUÇLARI .....51-58

### MEHMET SÜRÜCÜ

CEZA MUHAKEMESİNDE İŞBİRLİĞİ VE BİRLİKTE ÇALIŞMADA  
AVUKATIN ROLÜ .....59-66

### AHMET ODABAŞ

ERMENİLERİN SİGORTA ATAĞI .....67-71

YARGI KARARLARI .....73

YİTİRDİKLERİMİZ .....144

**İZMİR BAROSU DERGİSİ****YIL: 70 • SAYI: 4 • EKİM 2005****ISSN 1305-757X****ÜÇ AYDA BİR YAYIMLANIR****SAHİBİ:**

İzmir Barosu Adına Başkan

**Av. Nevzat ERDEMİR****YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ:****Av. Erdem GÜMÜŞ****YAYIN KURULU****Av. Abbas ERDOĞAN****Av. A. Kadir ÖN****Av. Erdem GÜMÜŞ****Av. Ertuğrul PERİM****Av. Hüseyin DURDU****Av. Kurtuluş KANAT****Av. Mehriğül KELEŞ****Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ****Av. Nizamettin ERKUL****Av. Özcan ÖGÜTÇÜ****YÖNETİM YERİ****İZMİR BAROSU****1456 Sokak No: 16 Kat: 6 Barohan****35220 Alsancak / İZMİR****Tel: 0232 463 00 14 PBX 12 Hat****Fax: 0232 463 66 74****www.izmirbarosu.org.tr.****e-posta: info@izmirbarosu.org.tr.****e-posta: yayin.kom@izmirbarosu.org.tr.****BASIMA HAZIRLIK: Egetan Bas. Yay. Ltd. Şti. • 0232 421 08 96****BASKI: Uşşak Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti. • 0232 464 99 67****CİLT: Kardeşler Ciltevi • 0232 4449 17 79****Basım Tarihi: 16.12.2005**

## Avukatlık Meslek Kurallarımız

n Erdem GÜMÜŞ(\*)

“Hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine and içerim!” diye and içerek başlıyoruz mesleğimize.

Bu andımıza özenle bağlı kalarak, sürdürmeye çalışıyoruz mesleğimizi.

Staj döneminde en çok üzerinde durulan konulardan birisinin “meslek kurallarımız” olduğu bilinmektedir.

Her insan doğal olarak yaratılışından farklı özelliklere sahiptir. Bu farklılık meslek kurallarımızı algılamakta, yorumlamakta ve uygulamakta farklılıklara neden olmaktadır ki, istemediğimiz halde birçok olumsuz durumlarla karşılaşabilmekteyiz. Bu olumsuz olduğuna inandığımız durumlarla karşılaştığımızda bazılarımızın hemen abartıp, büyütüp olumsuz karşı tavır almamız olumsuzluğu gidermemekte, tam aksine çoğu kez daha da büyümektedir, olumsuzluklar olumsuzlukları getirmekte, kısır bir döngüye dönüşmektedir. Dolayısıyla hiç bir insanın istemediği mutsuz bir toplu yaşam ortamı oluşmaktadır. Halbuki her insanın en büyük isteği daha mutlu yaşamak değil mi?

İnanıyorum ki, biraz hoşgörölü ve sabırlı olsak mutsuz yaşam ortamını mutlu yaşam ortamına çevirmeye büyük katkılarımız olur. Meslek kurallarımızın da en büyük amacı bu değil mi?

Meslektaş atalarımızın yüzlerce yıllık deneyimlerinden, birikimlerinden süzülerek gelen meslek kurallarımız; hepimize aynı uzaklıkta, hepimizin üstünde ve hepimize eşit olan kurallar olduğu tartışmasızdır. Bir bakıma pozis-

---

(\*) Avukat, Yazı İşleri Müdürü

tif hukuk kuralları gibidirler. Hukukun üstünlüğünün kendine özgü örnekleridir diyebiliriz.

Avukatların, baroların bağımsızlığına saygı gösterilmesini;

Mesleğin itibarını zedeleyecek, her tür tutum ve davranıştan kaçınılmasını, özel yaşantısında da buna özen göstermesini;

Avukatın yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamasını;

Avukatın salt ün kazanmaya yönelik her türlü gereksiz davranışlardan kaçınmasını;

Temiz bir kıyafet giyinmesini;

Zorunlu olmadıkça davanın uzatılmamasını;

Mahkemelerde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerde meslek onuruna ve ağır başlılığına uygun tutum ve davranış gösterilmesini,

Meslektaşlarımız hakkında küçük düşürücü nitelikte kişisel görüş ve düşünce açıklanmamasını,

Mesleki çalışmada avukatlar arasında usule ilişkin işlemlerde, dosya incelemelerinde dayanışma gereği sayılabilecek yardım ve kolaylığın esirgenmemesini;

İş sahiplerinin sırlarına saygı gösterilmesini;

İşlerin savsaklanmamasını, kötüye kullanılmamasını;

Meslektaşlara yönelik satışmaların önlenmesini;

istemez miyiz?

Kısacası Değerli Meslektaşlarım, hukukun üstünlüğünü egemen kılmak için Yunus'ça bir deyişle; Bir olalım. İşleri kolay kılalım. Sevelim, sevilelim. Bu dünya kimseye kalmaz... diyorum.

Saygılarımla.

# Yargıtay'ın Son Kararları Doğrultusunda İşe İade Davaları

n Mustafa ŞENEL(\*)

## I. İş Güvencesi (İşe İade) Kavramı ve Tarihsel Gelişimi

Özellikle 19. yüzyıl'daki ekonomik gelişmeler sonucunda, işçilerin hizmet akitlerinin, işverenler tarafından keyfi olarak veya işçi maliyetlerini en aza indirmek amacıyla feshedilmesinin; toplumda, iş ilişkilerinde ve işçi ve ailesinde yapmış olduğu sosyolojik ve psikolojik olumsuz etkenler giderek iş güvencesi kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Keyfi olarak işten çıkarılan işçiler nedeniyle, toplumun huzurunun bozulduğu ve bu sebeple toplumun değişik kesimlerinin karşı karşıya geldiği ve sürekli bir menfaat çatışmasının yaşandığı gerçektir. Bu nedenle ve iş sözleşmesi herhangi bir gerekçe gösterilmeden feshedilen işçinin ve ailesinin yaşayacağı psikolojik ve ekonomik yıpranmaların ve iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanamaması sonucu üretimdeki ve verimlilikteki azalmaların önüne, işçilere iş güvencesi hakkının tanınması ile geçilebileceği düşünülmüştür, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak amacıyla işçinin açmış olduğu davaya da "işe iade davası" denilmektedir.

Yukarıdaki açıklamamız doğrultusunda, iş güvencesi kavramı ile anlatılmak istenen hususun, "işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi halinde, yapılan feshin geçerli bir nedene dayanması ve bu kurala işveren tarafından uyulmaması halinde, bunun dava konusu yapılması hakkının işçiye tanınması" olduğunu söyleyebiliriz.

İş Hukuku'nun en önemli konularından biri, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin varlığını korumak ve devamını sağlamak olmuştur. Süregelen sos-

(\*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

yal gelişmeler sonucunda, işçinin işini güvence altına almak, (19. yüzyıldan bu yana iş güvencesi), başta Avrupa olmak üzere, birçok ülkede mevcut ekonomik kuramın (liberal iktisat kuramı), ruhuna uygun olarak başta medeni yasalarda, daha sonra alana özgü iş yasalarında yer almaya başlamıştır.<sup>1</sup>

Ülkemizin iş güvencesi kavramıyla ilk karşılaşması 1949 yılında, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni kabul etmesi ve onaylaması ile olmuştur. Birleşmiş Milletler tarafından da 1948 yılında kabul edilen bu bildirgenin 23 ncü maddesinde; "herkesin, çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır" denilmek suretiyle, herkesin iş güvencesinden yararlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Ancak pekçok ülkede olduğu gibi Türkiye'de de iş güvencesi kavramının oluşmasını sağlayan belge Birleşmiş Milletler'in bir kuruluşu olan Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO)'nun çalışmaları sonucunda ortaya çıkan "Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme"dir. Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO)'nün almış olduğu kararlar tavsiye niteliğinde olmasına rağmen, pek çok ülkenin iş güvencesi hükümlerini iç hukuklarına uyarlamaları bu sözleşmenin etkisiyle gerçekleşmiştir.

Türkiye, 1994 yılında İLO'nun 158 sayılı sözleşmesini imzalamış ancak 15 Mart 2003 tarihine kadar iş güvencesi ile ilgili olarak iç hukukta herhangi bir düzenleme yapmamıştır. 15 Mart 2003 tarihine değin iş güvencesinin tek uygulama alanı, Sendikalar Yasasının 30 uncu maddesindeki işyerinin temsilcisine ilişkindi. 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 1475 sayılı İş Kanunu'nda değişiklikler yapan 4773 sayılı yasa ile iş güvencesi hükümleri, 158 Sayılı İLO Sözleşmesine uygun olarak mevzuatımıza girmiştir. Bu tarihten kısa bir süre sonra 22.05.2003 tarihinde T.B.M.M. tarafından 4857 Sayılı İş Kanunu kabul edilmiş ve 10.06.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanun önceki 1475 Sayılı Kanunun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi hariç tüm hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır.

10.03.2003 Tarihinden itibaren mevzuatta yerini alan iş güvencesi hükümleri ile ilgili Yargıtay kararları yeni yeni ortaya çıkmakta olduğundan, bu konuya ilişkin içtihatlar da yavaş yavaş şekillenmektedir. Bu nedenle bu çalışmanın amacı, mevzuatımıza yeni girmiş olan bu hükümlerin Yargıtay tarafından nasıl yorumlandığının, yayımlanan ve ulaşılabilen tüm içtihatlar incelenmek suretiyle açıklanmaya çalışılmasıdır. Kuşkusuz İş Yasasındaki iş güvencesi hükümlerinin incelenmesi ve yorumlanması çok daha geniş bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu sebeple çalışmada, özellikle uygulamacılar dikkate

1) B. Kar. İş Güvencesi Kavramı, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, Sayı 6, sf. 560.

alınmış ve mümkün olduğunca teorik tartışmalara girmekten kaçınılarak, Yargıtay'ın iş güvencesi hükümlerini nasıl yorumladığı incelenmiştir.

İş Güvencesi (işe iade) hükümleri yorumlanırken, yasanın amacının, işveren tarafından keyfi işe sona vermelerin önlenmesi amacı güttüğünü, bu noktada işverenin keyfi kararlarının yargı denetimine tabi olduğunu, yoksa yasa hükümlerinin işverenin işçi çıkarmasını ortadan kaldıran hükümler olmadığı hususlarının dikkate alınması gerekmektedir.

## II. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda İş Güvencesi

4857 sayılı yasada iş güvencesi hükümleri, "Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması" başlıklı 18 inci maddesinde, "Sözleşmenin Feshinde Usul" başlıklı 19 uncu maddesinde, "Feshin Bildirimine İtiraz ve Usulü" başlıklı 20 nci maddesinde, "Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları" başlıklı 21 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bunların yanında ayrıca iş güvencesi hükümleriyle bağlantılı olması nedeniyle, "Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlıklı 22. madde, "Toplu işçi çıkarma" başlıklı 29. madde ve işyeri sendika temsilcileri ile ilgili olması nedeniyle de Sendikalar Yasasının 30 ve 31. maddeleri de bu çalışmanın inceleme alanını oluşturmaktadır.

### a) İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanacak işçiler:

İş Kanunu'nun 18 inci maddesi gereğince iş güvencesi hükümlerinde yararlanabilecek işçileri şu şekilde sıralayabiliriz;

**1) İşçi, 30 veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışıyor olmalıdır;** İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin olması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. (İş K. Mad. 18/4) Ayrıca iş akdinin feshedildiği tarihteki işçi sayısının dikkate alınması gerekmektedir. İşe iade davalarında ispat külfeti kanun gereği işverende olduğundan, açılacak bir davada, işyerinde otuzun altında işçi çalıştığı işveren tarafından ispat olunması gerekir.

Yargıtay 9. H.D. 11.12.2003 tarih ve 2003/19269 E. - 20526 K. sayılı ilamında, "...30 ve daha fazla işçi çalıştıran işyeri kavramına 4857 sayılı İş Kanunun 18/4. maddesi ile açıklık getirilmiştir. Söz konusu maddede "İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenmelidir." denilmektedir. Somut olayda işverenin İl Milli Eğitim Müdürlüğü olduğu, işverenin Tez-Koop İş Sendikası ile imzaladığı 1.1.2001-31.12.2002 yürürlük süreli işletme düzeyindeki toplu iş sözleşmesinden fesih tarihinde işverenin aynı işkolunda beş adet işyerinin daha bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda 30 işçinin bu altı işyerinde çalışan toplam işçi sayısı nazara alınarak belirlenmesi gerekir... Davalı çalıştırdığı bu işçilerin okulun tatil olduğu aylar içinde aylıklarının ödenmesinin kendisine fazla yük getirdiğini ileri sürerek daha az üç-

*ret ödeyeceği işçileri çalıştırmak amacıyla mevcut işçilerin sözleşmelerinin feshedildiğini savunmuştur. Bu savunma 4857 sayılı iş kanununun ilgili hükümlerinde alan geçerli sebep olarak kabul edilemez. Böyle olunca davacının iş sözleşmesinin feshine ilişkin uygulamanın iptalini ve işe iadeyi isteyen davasının kabulüne karar vermek gerekir..."* denilmektedir. (Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 9. H.D. 10.11.2003 Tarih, 2003/18919 E. - 18913 K.)

Otuz işçi sayısının saptanmasında, işyerinde belirli veya belirsiz süreli ya da tam veya kısmi süreli iş sözleşmesi ile, mevsimlik veya çağrı üzerine çalışanlar, fesih sırasında hasta, raporlu veya izinli olanlar dikkate alınacak; buna karşılık, işçi sıfatı taşımayan çırak ve stajyerler ile hasta ve izindeki işçiler yerine işe alınarak (geçici) çalıştırılanlar hesaba katılmayacaklardır.<sup>2</sup>

İşyerinde çalışan işçi sayısını otuzun altına düşürmek amacıyla, işveren tarafından muvazaalı olarak işyerlerindeki işlerin bir kısmı alt işverenlere devredilmişse, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, işverenin muvazaasını ispat etmesi gerekir.

İş Kanunun/ 1-b maddesi, 50'den az işçi çalıştıran (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerde, iş kanunu hükümlerinin uygulanmayacağını belirttiğinden, tarım ve orman işletmelerinde ya da işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, çalışılan işyerindeki işçi sayısının 51 ya da yukarısında olması gerekmektedir.

Bu konuyla ilgili olarak son olarak şunu ifade etmek gerekir ki, iş güvencesi hükümlerinin uygulanması için işyerinde en az otuz işçinin çalışıyor olması gerektiğine dair hüküm çok eleştirilmiştir. Gerçekten de yapılan bu düzenlemeyle, iş güvencesi hükümlerinin uygulanabileceği pek çok işyeri kapsam dışında bırakılmıştır. Türkiye gibi küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin ekonomideki paylarının büyük olduğu bir ülkede, otuz işçi kıstasının kabul edilmesini anlamak ve açıklamak zordur. Bu sınırlamanın Anayasanın 10 ncu maddesinde güvence altına alınan, kişilerin kanun önünde eşitliği temel hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle, Anayasaya aykırı olduğunu iddia eden görüşler de bulunmaktadır.<sup>3</sup> 1475 sayılı İş Kanununda 4773 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, 4857 Sayılı Yasada belirtilen işyerinde 30 işçinin çalışması koşulu 10 işçi olarak düzenlenmişti ve o dönemde de, bu hükmün Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu yolunda görüşler dile getirilmiştir.<sup>4</sup>

## **2) İşçinin en az altı aylık kıdemi olmalıdır; Altı aylık kıdemin hesaplan-**

2) Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu ile getirilen Yeni Düzenlemeler, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi*, İstanbul, 2004/1 sayı, sf. 32 ve orada belirtilen kaynaklar.

3) Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu ile getirilen Yeni Düzenlemeler, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi*, İstanbul, 2004/1 sayı, sf. 33.

4) E. Özcan, *İş Güvencesi Yasasının Getirdiği Yenilikler ve Uygulama Sorunları*, İzmir Barosu Dergisi, İzmir, Ekim 2002, Sayı 4, sf. 42.

masında İş Kanununun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır. Aynı işverene ait bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir, işverenin değişik iş kollarındaki işyerlerinde çalışmış bile olsa, işçinin kıdem altı aydan fazla işe iş güvencesinden yararlanabilecektir. Kıdemin hesaplanmasında başlama tarihi, hizmet akdinin kurulma tarihi değil, işçinin işe fiilen başlama tarihidir.

Yargıtay 9. H.D. 08.07.2003 tarih ve 2003/12505 E. - 13186 K. sayılı ilamında, "...1475 Sayılı İş Kanunu'na eklenen 13/A maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için en az altı aylık kıdeminin bulunması şarttır. Davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği 24.3.2003 tarihinde davalıya ait işyerinde kıdeminin altı aydan az olduğu anlaşılmakta olup, buna yöre iş akdinin feshinin geçersizliği ile işe iade hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün değildir. Mahkemece bu yön gözetilmeksizin karar verilmesi hatalı olduğundan mahkeme kararının 1475 sayılı İş Kanununun 4773 Sayılı Yasa ile eklenen 13/C son maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermek gerekmiştir..." denilmektedir.

**3) İşçi, belirsiz süreli hizmet akdi ile çalışıyor olmalıdır;** İş Kanununun 18/1 maddesinde yapılan bu düzenlemeyle belirli süreli hizmet akdiyle çalışan işçiler, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır.

Buna karşın **esaslı bir neden** olmadıkça sürekli olarak yenilenen hizmet akitleri, baştan itibaren belirsiz süreli hizmet akdi olarak kabul edildiğinden (İş K. mad. 11/2), iş güvencesi hükümlerinden yararlanırken, esaslı bir neden dolayısıyla yapılan zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini koruyacak (İş K. Mad. 11/3) ve bu sebeple iş güvencesi hükümlerinin dışında kalacaktır.

Belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmasındaki esaslı nedenlerin neler olduğu konusunda yasada bir hüküm olmamakla birlikte Yargıtay'ın ve doktrin görüşüne göre; sosyal ve ekonomik açıdan objektif ve haklı nedenlerin varlığına bakılması gerekir. Özellikle 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasası'na göre çalışan özel okullardaki öğretmenlerin belirli süreli hizmet akitlerinin peş peşe yenilenmesi halinde belirsiz süreliye dönüşmediği Yargıtay'ın yerleşik görüşüdür. Ankara 10. İş Mahkemesi'nin 04.11.2003 tarih, E. 2003/1699, K. 2003/1369 sayılı kararında; Milli Eğitim Vakfı'na bağlı özel ilköğretim okulunda her yıl yenilenen sözleşme ile müdür yardımcısı ve beden eğitimi öğretmeni olarak görev yapan davacının 4857 sayılı yasaya göre değil, 625 sayılı yasa hükümleri gereğince çalıştığını, bu nedenle 4857 sayılı yasa maddelerinin uygulanmasının söz konusu olamayacağını belirterek davanın reddi yönünde vermiş olduğu kararı, Yargıtay 9. H.D. 22.01.2004 tarih ve 2003/23775E, 2004/948 K. sayılı kararıyla onamıştır.<sup>5</sup>

5) A. Bilgili, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Karahan Kitabevi, Adana, 2004, sf. 15.

Öte yandan Yargıtay, her yıl yenilenen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan hemşirenin işveren aleyhine açmış olduğu davada, her yıl yenilenmek kaydıyla işverenin işçi hemşire ile yaptığı sözleşmelerde geçerli sebeplerin var olması nedeniyle, sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmediği kanaatine varmıştır. 9. H.D. 09.05.2002 tarih ve 2001/10847 E., 2002/7404 K. sayılı kararının gerekçesinde bu durumu şu şekilde açıklamaktadır; "...Davalı, davacıya ait işyerinde birbirini izleyen belirli süreli sözleşmelerle hemşire olarak çalışmaktadır. Burada öncelikle aradaki ilişkinin belirli süreli sözleşme olup olmadığı sorunu çözümlenmelidir. Hemşirelik işinin nitelikli olup olmadığı sorununun çözümü bakımından önem taşımaktadır. Çünkü belirli süreli sözleşmenin varlığının kabul edilebilmesi için 1475 sayılı İş Kanunu'nun hem lafzı, hem de ruhu üzerinde durulmalıdır. Bu bakımdan geçerli sebeplerin olmaması halinde aradaki hizmet sözleşmesinin süresi belirsiz olduğu kabul edilmelidir. Belirsiz süreli sözleşme daha çok işçi yararına dır. Dairemizin uygulamasında ve öğretide bu görüşe itibar edilmektedir. Ülkemizin koşulları ve anayasal sağlık hakkı dikkale alındığında hemşirelik görevinin yerine getirilmesi büyük önem taşır. Hastanelerimizde büyük bir hemşire açığının olduğu ve bu açığın bir türlü kapatılmadığı bilinen bir gerçektir. Bu itibarla hemşire ile hastane arasında düzenlenen sözleşmeler birbirini takip etse de bunların her birinin belirli süreli olduklarının kabulü zorunluluğu vardır...". Yargıtay'ın bu kararı "işin nitelikli olması, bununla ilgili yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi için objektif neden oluşturmayacağı" gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>6</sup>

**4) İşçi, 4857 Sayılı İş Yasası veya 5953 sayılı Basın İş Kanunu hükümlerine göre çalışıyor olmalıdır;** 4857 sayılı İş Kanununun 116 ncı maddesi, 13.06.1952 tarihli ve 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi hakkındaki Kanunun 6 ncı maddesine " İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29 maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır" şeklinde bir hüküm koyarak Basın İş yasasına göre çalışan işçilerinde iş güvencesinden yararlanacağını düzenlemiştir.

İş Kanununun 4 ncü maddesinde belirtilen ve iş yasasının kapsamı dışında bırakılan işlerde çalışan işçiler, iş güvencesinde yararlanamayacaklardır. Bunlar, deniz ve hava taşıma işlerinde, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işlerinde, bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, ev hizmetlerinde, iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar, sporcular ve rehabilite edilenler ile 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu-

6) M. Güler, *Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tazda Değiştirilmesi -Karar İnceleme-, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, Sayı 2004/2, Sf. 544.*

nun 2 inci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışanlardır.

Buna karşın, kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yükleme ve boşaltma işlerinde, havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işlerde, tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işlerde, tarım işletmelerinde yapılan yapı işlerinde, halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işlerinde ve Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işlerde çalışanlar hakkında İş Kanunu hükümleri uygulandığından, bu alanlarda çalışan işçiler de iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaklardır.

**5) İşçi, işletmenin bütününe sevk eden işveren vekili veya yardımcısı olmamalıdır;** İş Kanunun mad. 2/4'e göre işveren vekili, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kişidir. Buna göre işletmenin tümünü sevk eden genel müdürler ve yardımcıları iş güvencesinden yararlanamayacaktır,

Ankara 2. İş Mahkemesi'nin "16.09.2003 T., E.2003/1583, K. 2003/1471 sayılı; "Kızılay Genel Müdürü olan davacı işçinin İş Yasası'nın 18/son maddesindeki hükme göre iş güvencesinden yararlanamayacağı, bu nedenle işe iade davasının reddine" şeklindeki kararı Yargıtay 9. H.D.'nin 03.11.2003 tarih ve 2003/18017 E., 2003/18601 K. sayılı kararıyla onanmıştır.

**6) İşçi, işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili olmamalıdır;** burada bahsedilen işveren vekilinin kim ya da kimler olduğunun tespitini, madde metninden yapmak son derece zordur. Daha çok personel müdürleri veya insan kaynakları müdürlerinin bu hüküm kapsamında oldukları şeklindeki yorumlar da yeterli değildir. Zira bunların yetki ve sorumlulukları her işyeri için aynı değildir.

Bu nedenle, bir personel müdürünün durumu, o işletmedeki yetkilerinin incelenerek tespit edilmesi sonucunda ortaya çıkacaktır.<sup>7</sup> Örneğin üç fabrikası olan bir işletmede fabrika yönetimindeki bir fabrika müdürüne, işyerinin bütününe yönetme yetkisi ile birlikte işçi alıp işten çıkarma yetkisi veriliyorsa o takdirde bu işveren vekili iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır.<sup>8</sup> Ancak işyerinin bütününe yönetmekle birlikte, işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmayan bir banka şube müdürü veya işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan, ancak işyerinin bütününe yönetmeyen insan kaynakları/personel müdürü iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır.<sup>9</sup>

İş Kanunu'nun madde 18/son fıkrası gereği, işletmenin bütününe sevk ve

7) A. Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*, Karahan Kitabevi, Adana, 2004, sf.27

8) C.İ. Günay, *İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Yetki Yayınları*, Ankara, 2004, 3. Baskı, sf.459 ve 133 no'lu dipnot

9) A. Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*, Karahan Kitabevi, Adana, 2004, sf. 27.

İdare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında, 18, 19, 21 nci maddeleri ile 25 nci maddenin son fıkrası hükümleri uygulanmaz. Bu sebeple iş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin, 20 nci madde de belirtilen fesih bildirimine itiraz haklarının var olduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar, bu maddeler arasında sayılması gereken 20 nci maddenin gözden kaçırılmış olduğu iddia edilebilirse de, kanaatimizce yasa koyucunun burada bir gözden kaçırması söz konusu değildir. Yasa koyucu, 20 nci maddeyi bilinçli olarak kapsam dışında bırakmıştır. Zira burada amaçlananın, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olan işveren vekillerinin belirlenmesinin yargıya bırakılması ve bu şekilde işverenlerin, bu nitelikteki işçiler hakkındaki tasarruflarının yargı denetimine açılması olduğu kabul edilmelidir. Nitekim, Yargıtay 9. H.D. 28.10.2004 tarih ve 2004/ 7587 E. - 24487 K. sayılı ilamında, işyerinde, "işletme müdürü" sıfatıyla çalışmakta olan işçinin açmış olduğu işe iade davasında, *"...yasanın 18/son maddesinde belirtilen nitelikte işveren vekili olmadığı mesai arkadaşları ve yönetim kurulu üyelerinin huzurunu bozmaktan gerçekleştirilen feshin haklı ve yazılı olmadığı savunmasının alınmadan feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır..."* gerekçesiyle, bu konuda Yerel Mahkeme tarafından verilen kararın haklı olduğunu beyan etmiştir,

#### **b. Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması:**

Feshin geçerli sebebe dayandırılması başlıklı 18 inci madde ile belirsiz sureli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi hali için, geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir. İşçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İş Kanununun 18/3 fıkrası özellikle aşağıda belirtilen hususların fesih için geçerli sebep oluşturmayacağını belirtmiştir. Bunlar;

- 1) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,
  - 2) İşyeri sendika temsilciliği yapmak,
  - 3) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak,
  - 4) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş vb. nedenler,
  - 5) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,
  - 6) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık,
- İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler

25 inci maddenin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Yasa gerekçesinde de belirtildiği üzere, bunlara örnek vermek gerekirse;

### 1) İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler:

\* Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma

İşçinin iş yaparken ortalama olarak benzer işi yapanlardan daha az verimli çalışıp çalışmadığı yolunda karar verilirken, sadece tanık anlatımlarına itibar edilmemeli, yaptırılan işin ve işyerinin standartlara uygun olup olmadığı, gerçekten işçinin benzer işi yapan işçilere göre daha düşük performans sergileyip sergilemediği ve bunun arızı veya kalıcı bir sebeple mi yapıldığı ve bunun işyerinde bir üretim düşüklüğüne yol açıp açmadığı saptanmalı gerekirse, bu konuda uzman bilirkişilerden yardım alınmadır. (Bkz. Yargıtay 9. H.D. 24.06.2004 Tarih ve 2004/3740 E. - 15625 K. sayılı kararı)

\* Gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma

Yargıtay 9. H.D. 2003/19529 E. - 20591 K. sayılı ilamında, Ankara 5. İş Mahkemesi'nin, "... 1475 Sayılı Kanunun 4773 Sayılı kanunla değişik 13 /B maddesindeki hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdinin, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyeceği ancak işverenin 17/11 numaralı bendinde gösterilen sebeplerle fesih hakkının saklı olduğu bildirilmiştir... İşveren, iş aklının geçerli sebebe dayanarak feshettiğini ispatla mükelleftir. Randımsız çalıştığından bahisle iş aklını fesheden işveren, işçinin performansına ilişkin ölçümleme sistemini yeterli açıklıkta Mahkemeye ibraz etmeli ve bu durumu belgelemelidir. Davalı işverence bu husus ispat edilmemiştir..." gerekçesiyle vermiş olduğu karar, Özel Daire tarafından onanmıştır.

\* İşe yoğunlaşmasının giderek azalması

\* İşe yatkın olmama, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği

\* Sık sık hastalanma

\* Çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık

\* Uyum yetersizliği

\* İşçinin emeklilik yaşına gelmiş olması halleridir.

Yargıtay 9. H.D. 11.12.2003 tarih ve 2003/20222 E. - 20604 K. sayılı ilamında işçinin emekliliğinin gelmesinin tek başına geçerli fesih sebebi oluşturmayacağına karar vermiştir. Anılan kararda, "...16.7.2001 tarihinde davalı işyerinde çalışmaya başlayan davacının hizmet aklının 6.8.2003 tarihinde 15.5.2001 günlü alınan Yönetim Kurulu Kararı gereği yapılan organizasyon değişikliği sebebiyle ve geçerli nedenle işten çıkarıldığı kabul edilerek işe iade isteği reddedilmiş ise de dosya içerisinde işyerinde mevcut 37 merkez şu-

be müdürlüklerinin kapatılarak 24 Bölge müdürlüğünün ihdas edildiği, bu uygulama sonucu kaldırılan 37 merkez şube müdürlüğünden 26 sınıf şube müdürlüklerine, 8 inin yeni ihdas edilen bölge müdürlüklerine atandığı; ikisinin emekli olduğu, yalnız davacının hizmet akdinin feshedildiği görülmüştür. Mahkemece akdi feshedilen davacının emekliliğinin gelmiş olmasını haklı gerekçe olarak göstermiş ise de lav edilen merkez müdürlüklerinden diğer görevlere atanan 34 çalışanın durumları incelenmemiştir. Bir mukayeseye tabi tutulmadan davacının işe alınmadan önceki yönetim kurulu kararına dayanarak eksik inceleme ile işe iade talebinin reddedilmesi hatalıdır. Emekliliğin gelmesi tek başına geçerli fesih nedeni değildir. Somut olayda davacı davalıya ait işyerinde işe başlamadan önce bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşundan emekli olmuş bir kişidir. Aktin feshi başvurulacak son çaredir. Davacının, işverenin diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise fesih yolu-na başvurulması doğru değildir..." denilmektedir.

Ancak hizmet akdi işveren tarafından ihbar tazminatı ödenmeden feshedilen işçinin, emeklilik aylığı almak için bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşuna başvurması durumunda, iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam edecek olması nedeniyle, sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği kabul edildiğinden, bu durumdaki işçi feshin geçersizliğini ve işe iadesini talep edemeyecektir. 9 H.D, 21.06.2004 tarih ve 2004/15842 E. ve 2004/15334 K, sayılı kararında konuyu şu şekilde açıklamaktadır; "...Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre," ihbar tazminatı ödenmeden işverence gerçekleştirilen fesihlerde, işçi emeklilik aylığı bağlanması için bağlı bulunduğu kuruma başvurması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu durumda ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir. Bu uygulama gereği önel süresi içinde gerçekleşecek artış ve haklardan işçi yararlandırılmaktadır. Somut olayda davalı işveren iş sözleşmesini feshetmiş, ancak işçi ihbar tazminatı ödenmeden yaşlılık aylığı bağlanması için bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna başvurmuştur. Olayda artık işverenin feshi değil, davacı işçinin feshi söz konusudur. Böyle olunca davacı işçi feshin geçersizliği ve işe iade isteyemez. Davanın reddi gerekir. Yazılı şekilde kabulü hatalıdır..."

## 2) İşçinin Davranışından Doğan Sebepler:

25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak,

- \* İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak,
- \* İşyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek,
- \* Arkadaşlarım işverene karşı kışkırtmak,

\* İşini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek,

Yargıtay 9 H.D. 08.12.2003 tarih ve 2003/19608 E. - 20354 K. sayılı ilamında, "... davacının güvenlik görevlisi olduğu taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Davalı delilleri arasında sunulan talimata göre, davacının saat 22.09'den itibaren çeşitli yerlerdeki saatleri kurduktan sonra bir dahaki saat kurmaya kadar kapıdaki bekçi kulübesinde bulunması zorunludur. Dosyada mevcut tutanaklar ile yargılama sırasında dinlenen tanık anlatımlarına göre, davacının 6.7.2003 günü saat 23.00'te her ne kadar günlük saat kurmalarını gerçekleştirdiyse de, bulunması gereken görev yerini terk edip personel odasında televizyon seyrettiği de sabittir. Buna göre işveren tarafından verilen görevi yapmayan, işyerini korumasız bırakan davacı işçinin hizmet akdinin feshedilmesinde yasaya aykırılık yoktur..." demek suretiyle, işçinin uyarılara rağmen işini eksik, yetersiz veya kötü yapmasının işveren açısından geçerli bir fesih nedeni oluşturacağına karar vermiştir.

\* İşyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek,

\* İş akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak,

\* Sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak,

\* Amirleri ve iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi hallerdir.

Yabancı ülke uygulamaları ve doktrindeki görüşleri de dikkate alarak aşağıda belirtilen davranışları da bunlara ilave edebiliriz;<sup>10</sup>

\* İş arkadaşlarını psikolojik, duygusal ve davranışsal bir şekilde rahatsız etmek,

\* İstirahat raporunu zamanında işverene ulaştırmamak,

Yargıtay 9. H.D. 03.03.2004 tarih ve 2004/1389 . - 4190 K. sayılı ilamında, "...Tarafların yukarıda anlatılan konum ve standartları ile olayın anlatılan seyrine göre; davacının asli görevlerinden olan eğitim seminerleri vermek görevim önce yapmayacağını bildirmesi, işverenin ihtar niteliğindeki yazısında sonra bu semineri vermeye itiraz etmemesine rağmen seminer için duyuru yapılan tarihten iki gün önce aldığı raporu, aldığı ve seminerden önceki tarihte işverene ve ilgililere bildirerek tedbir alınmasını sağlaması gerekirken, seminerin yapılması gereken gün geçtikten sonra işvereni bilgilendirmesi ve bu konularla ilgili savunması istendiğinde, savunma yerine raporunu yeniden ibraz etmek ile yetinmesi; profesyonellik, çağdaş çalışma ilkeleri ve prensipleri ile bağdaşmaz. Bu durum 4857 sayılı İş Yasasının 18/1. maddesine sözü edilen ve işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir sebeptir..." gerekçesiyle Yerel Mahkemenin davanın kabulüne dair vermiş olduğu kararının ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermiştir.

\* Hastalık sürecini uzatacak davranışta bulunmak,

\* İş arkadaşları ve amirleri hakkında uygunsuz davranışta bulunmak veya sözler sarfetmek,

9. Hukuk Dairesi 18.10.2004 tarih ve 2004/6529 E. ve 2004/23507 K. sayılı ilamında, görevi gereği evine bırakmakla yükümlü olduğu bir kadın işçi ile evlilik ve cinsellik üzerine konuşmalar yapmanın, işveren açısından geçerli bir fesih nedeni olduğuna hükmetmiştir. Anılı kararın gerekçesinde, *"...dava işçi iş güvencesi kapsamında kalmakta olup, dava da süresinde açılmıştır. Davacı hakkında, vardiya çıkışı görevi gereği evine bırakması gereken kadın işçiye "araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesi" nedeni ile soruşturma açılıp, savunmasının alındığı ve Disiplin Kurulu kararı ile iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve kadının işçi hem yazılı hem de Disiplin Kurulu huzurunda sözlü beyanlarda bulunmuşlardır. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi söylenen sözlerin adap ve muaşeret kuralları ile bağdaştırılması mümkün değildir. Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Kaldı ki davacı da araç içinde kendisinden yaşça hayli küçük olan kadın işçi ile ailesi hakkında konuştuğunu kabul etmektedir. Davacı görevi kapsamında iş çıkışı servisle evine bıraktığı bir kadın işçiye sözle sataşmıştır. Bu somut olgulara göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı bulunmuştur..."* denilmiştir.

\* Özel amaçla e-mail göndermek ve internet kullanmak,

\* İşyerine ait araç ve gereçleri özel amaçla kullanmak (fotokopi, faks vs.),

\* Kişisel bilgi ve kayıtları zamanında işverene ulaştırmamak,

\* İşyerinde sigara içme yasasına uymamak,

\* İzinsiz olarak amirlerinin veya iş arkadaşlarının özet belgelerini incelemek veya bilgisayarını kullanmak,

\* Çalışan ile ilgili olarak, işyerinin iş ilişkisi içinde olduğu kişi ve kurumlardan sık sık şikayetlerin gelmesi,

\* Cinsel taciz anlamına gelen davranışlarda bulunmak,

\* İş güvenliğini tehlikeye düşürmese bile iş güvenliği ve işçi sağlığı kurallarına uymamak,

\* İşyerinde veya işyeri organizasyonu içinde sayılan yerlerde, diğer işçilerle kavga etmek, (...Dosya içeriğine, toplanan delillere göre davacının mesai saati bitimi evine bırakılma sırasında işyeri servis aracında başka bir işçi ile tartışmaya girdiği, karşılıklı hakaret ve darp eylemlerinin gerçekleştiği sabit olup, esasen bu olgu uyuşmazlık dışıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 2. ve 3. bendlerine göre, "İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer

*eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır; işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür." Görüldüğü gibi, servis aracı işyeri organizasyonu içinde sayılmaktadır. Servis aracı içinde gerçekleştirilen bu karşılıklı eylemler, işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek nitelikte olup, iş ilişkisini etkilemektedir. Olaydan sonra darp nedeni ile rapor alınarak işe gelmeme, karşılıklı şikayetler bunun somut göstergeleridir. İş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenler bulunmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı bulunmuştur. ..Yargıtay 9.H.D. 22.11.2004 2004/19146 E. - 25836 K.)*

9. Hukuk Dairesi, 22.11.2004 tarih ve 2004/20807 E. ve 2004/23839 K. sayılı ilamında, işçinin eli ürünü olmayan, işçi tarafından da düzenlenmeyen sağlık raporlarının işverene ibraz edilmesinin, işveren açısından geçerli fesih nedeni oluşturacağını belirtmiştir. *"...toplanan delillere göre, her ne kadar üç istirahat raporunun ikisi verdiği belirtilen doktorların imzasını taşıyor ve davacı eli ürünü olmadığı anlaşıyor ise de davacının kullandığı ve işverene ibraz ettiği bu istirahat raporları verildiği belirtilen SSK hastaneleri kayıtlarında bulunmamaktadır. Ayrıca ibraz edilen bir raporun sahte olduğu da anlaşılmaktadır. Kayıtlara geçmeyen ve birisinin sahteliği sabit olan bu raporları, davacının işverene ibraz ederek kullanması işveren açısından geçerli fesih nedenidir. Rapordaki imzaların davacı eli ürünü olmaması ve davacı tarafından düzenlenmemesi, iş sözleşmesinin feshinin geçersiz hale getirmez. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır..."*

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler **ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde** geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal veya etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa, geçerli sebep sayılamaz. Yargıtay 9. H.D. 02.02.2005 tarih ve 2004/32049 E., 2005/2901 K. sayılı ilamında, *"...yapılan yargılamada dinlenen davalı tanığı H.E.'nin davacının "çay molası verildiği bir sırada ulu orta bağırarak, herkesin duyacağı bir biçimde, böyle işi sinkaf ederim... diye sözler sarfetmeye başladı, kendisini uyarmama rağmen ağza alınmayacak şekilde küfürlü konuşmasına devam etti..." şeklindeki heyecanın, davacı tanığı O.A.'nın "...Olay akşamı çay kuyruğunda idim. Güvenlik amiri davacının yanına gelerek "sen ne biçim konuşuyorsun, işverene bu şekilde hitap edilir mi..." şeklinde sözler söyledi, davacı ile aramızda 1.5 metre mesafe vardı, ben kendisinin hakaret veya küfür ettiğini duymadım..." şeklindeki beyanı ile biri diğerini tamamlar ve destekler mahiyette olması karşısında işveren ve işçisine sataşma eylemi olmasa da bu hakaretin işyerindeki çalışma düzenini bozacak bir eylem olduğundan davalı işverenin feshin geçerli sebeple olduğunu ispat ettiğinin kabulü ile davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır..."* gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararını bozarak ortadan kaldırmış ve işçinin dav-

ranışından kaynaklanan fesihlerde, eylemin işyerinde olumsuz etkilere yol açması gerektiği de belirtmiştir.

### 3) İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler:

İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir.

a) İşyeri dışından kaynaklanan sebepler;

\* Sürüm ve satış olanaklarının azalması,

\* Talep ve sipariş azalması,

\* Enerji sıkıntısı

\* Ülkede yaşanan ekonomik kriz,

\* Piyasada genel durgunluk,

\* Dış pazar kaybı,

\* Hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi

b) İşyeri içi sebepler;

\* Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması,

\* İşyerinin daraltılması,

\* Yeni teknolojinin uygulanması,

\* İşyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi,

\* Bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.

Üretim yöntemlerinin seçimi, hangi ürünün hangi biçimle nasıl üretileceği ve kaç personel ile yapılacağı işverenin kararına bağlıdır, işveren işletmenin varlığını sürdürebilmesi, rekabet gücünü geliştirmesi, maliyetlerin düşürülerek verimliliğin artırılması amacıyla işletme organizasyonunda çeşitli değişikliklere gidebilir, işverenin alacağı ekonomik ve teknolojik gerekçelerden doğan bu kararlar sonucunda işçi sayısının azaltılması gündeme gelebilir. Toplam işçi sayısı azalmasa bile, teknolojik nedenlerle farklı nitelikteki yeni işçilere ihtiyaç duyulabilir, işletmenin ve işin gereklerinden ötürü işverenin yönetim hakkına ve girişim özgürlüğüne bağlı olarak alacağı fesih kararları bu kapsama girmektedir.<sup>11</sup> Ancak Yargıtay işveren tarafından bu hakkın kullanımında, işyerinde öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemlerin alınması gerektiğini, teknolojik gelişmelerin takip edilmesi gerektiğini, işyerinde fazla mesai uygulamalarının kaldırılması ve işin zamana yayılması ve işçinin rızası ile çalışma sürelerini kısaltılması gibi uygulamaların yapılması gerektiğini, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son

11) Ş. Çalık, *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, sf. 176.

verilmesi gerektiğini ve tüm bu uygulamalardan sonra, işçinin gerçekten ihtiyaç fazlası olduğunun anlaşılması halinde ve feshe en son çare olarak bakılması gerektiğini belirtmektedir.

Yargıtay 9. H.D. 29.12.2003 tarih ve 2003/23204 E. - 22988 K. sayılı ilamında, *"...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalı kuruluşun 1998 yılından bu yana giderek artan oranda zarar ettiği, yıllara göre işçilerin azaltıldığı, bu azalmanın teknolojinin yenilenmemesi, üretimin azaltılması, üretilen gübrenin ithalatına yönelmesi ile gerçekleştiği anlatılmaktadır. İşveren fesih nedeni olarak anılan Bakanlar Kurulunun 4. maddesinin a ve f maddelerini göstermiş, açıkça bir gerekçeden söz etmemiştir. Söz konusu kararda program hedefleri doğrultusunda personel azaltılması yoluna gidileceği ve öncelikle emekliliğe hak kazananların çıkartılması gerektiği belirtilmektedir..... Somut olarak açıklanan bu maddi olgulara göre, feshin işletmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez. Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. İstihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu tür uygulamalara başvurmamış aksine işçi istihdamından kaynaklanmayan gider artırıcı uygulamalara neden olmuştur..."*, aynı Dairenin 18.12.2003 tarih ve 2003/20076 E. - 22156 K. sayılı ilamında, *"...Dosyada mevcut 2003 yılı norm kadro listesine göre 2003 yılı için toplam 524 kadroya yer verildiği halde yine işverence ibraz edilen listelere göre kapsam içi ve kapsam dışı olarak toplam 432 personelin halen çalışmakta olduğu anlaşılmaktadır. Norm kadro listesinde her ünite için ayrı kadro durumu belirlenmiş ise de davacının hangi üniteye bağlı olduğu dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş davacının en son çalıştığı ünite ve bu üniteye fesih tarihi itibarıyla çalışan personel sayısı ile o ünite için saptanan norm kadro durumu karşılaştırılarak davacının gerçekten ihtiyaç fazlası olup olmadığı belirlenmelidir. Yapılacak bu araştırmalardan sonra şayet davacı ihtiyaç fazlası ise fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmeli, aksi halde isteğin kabulüne karar verilmelidir...."*, 10.11.2003 tarih ve 2003/18919 E. - 18913 K. sayılı ilamda da, *"...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; fesih tarihinde davalının henüz zarar etmediği, 2003 yılı ilk 6 ay kârın önceki yıla göre azaldığı, bu azalmanın nedenlerinden birinin de kredi alacaklarının taksitlendirilmesi ve bir kısmından vazgeçilmesi olduğu, davalı işverenin istihdam fazlası personel olduğunu savunmasına karşı yönetim kurulunun fesih tarihine yakın tarihte alınan karar ile kendi bünyesindeki iştiraklerine personel alınmasına karar verildiği, davacının konumu gereği çalıştığı kadro ve yaptığı işte hizmetine ihtiyaç duyulduğu bu olgulara göre, feshin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden bir nedene dayanmadığı davacının verimsizliğinin de ileri sürülmediği anlaşıldığın-*

*dan feshin geçersizliği ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekir..." şeklinde hüküm kurmuştur.*

Yargıtay, iş sözleşmesinin ekonomik koşullar nedeniyle feshedilmesi durumunda, bu sebebin fesih bildiriminde muhakkak bildirilmesi gerektiğini ve feshin geçersizliği ve işe iade davalarında, feshin ekonomik koşullarla feshedildiğine dair delil ve belgelerin işveren tarafından mahkemeye ibraz edilmesi gerektiği belirtmektedir. 9. H.D. 11.11.2004 tarih ve 2004/8753 E. - 25671 K. sayılı ilamında, *"...işveren aynı tarihte davacıya hitahen yazdığı yazıda, istifadan hiç bahsetmeyerek sözleşmenin ekonomik koşullar nedeniyle feshedildiğini belirttiğini göre... Böyle olunca iş aklinin işverence ve ekonomik neden gerekçe gösterilerek feshedildiğinin kabulü gerekir. Ancak davalı işveren ekonomik durumuna ilişkin bir delil ve belge ibraz etmemiş ve feshin ekonomik nedenle feshedildiğini kanıtlamamıştır. Ayrıca fesihten sonra işyerine dokuz yeni işçi alındığı görülmekle feshin nedeninin geçerli olmadığı anlaşılmaktadır..."* gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararını ortadan kaldırarak, işçinin işe iadesine karar vermiştir. Ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi hallerinde, S.S.K. sicil kayıtları incelenmeli, işverenin kadro azaltması iddiasının gerçek olup olmadığı, bu noktada işyerinden başka işçilerin çıkarılıp çıkarılmadığı, işveren tarafından yeni işçi alınıp alınmadığı hususları gerekirse bilirkişi marifetiyle işyerinde keşif yapılmak suretiyle belirlenmeli ve hasıl olacak kanaate göre karar verilmelidir. (Bkz. Yargıtay 9. H.D. 37.05.2004 T, ve 2004/837 E. - 2004/12071 K. sayılı ilamı - Aynı doğrultuda Yargıtay 9. H.D. 14.02.2005 tarih ve 2004/28938 E. ve 2005/4129 K. sayılı ilamı)

Yargıtay, işletmenin, işin ve işyerinin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, işletmenin zarar edip etmediğinin, işyerinde üretimin devam edip etmediğinin, işletmenin herhangi bir bölümünde üretim faaliyetlerinin durup durmadığının, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinden sonra işletmeye yeni işçi alınıp alınmadığının ve işletmede herhangi bir bölümün kapanıp kapanmadığının özellikle araştırılması gerektiğini belirtmektedir. 9. H.D.'nin emsal nitelikteki 08.11.2004 ve 2004/12698 E. ve 2004/25058 K. sayılı kararında bu hususu şu şekilde vurgulamıştır; *"...Belirtmek gerekir ki söz konusu 4857 sayılı İş Kanununun 18 ve devamı maddelerinin gerekçesinde de açıklandığı üzere, işçi çıkarma uygulamasına giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda davalı işverenin bu tür uygulamalara başvurmadağı, aksine işyerinde çalışan kıdemi fazla olan kadrolu işçileri topluca işten çıkardığı, asgari ücretle çalışmayı kabul edenleri tekrar işe aldığı, davalının zarar etmediğı, işyerinde üretimin aralıksız devam ettiğı, fabrikanın herhangi bölümünde üretimin durmadığı aksine, davacı hizmet akdinin feshinden sonra dahi üretimin aralıksız devam ettiğı, davacının çalıştığı bölüm dahil hiçbir bölümün kapanmadığını, ayrıca*

*T. İş Sendikasının şikayeti üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişlerinin dosya içerisine sunulan raporunda ve Adana Bölge Müdürlüğünün 9.4.2004 tarih ve 5473 sayılı dosya içerisindeki yazılarda, toplu çıkarılacak işçilerin bildirilen işçi sayısından fazla çıkartıldığı, üretime yardımcı işler dışında da taşeron sözleşmesi yapılarak taşeron işçilerin çalıştırıldığı, işçi çıkartmaların yanı sıra işçi alımlarının da yapıldığı hususlarının sayısal olarak da tespit edildiği, emsal seri dosyalarda bu nedenlerle feshin geçersizliğine karar verildiği, bütün toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde, feshin geçerli nedenlere dayanmadığı anlaşılmaktadır. Feshin geçersizliği ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken Mahkemece yazılı gerekçe ile ret kararı verilmesi hatalıdır...".*

İşyerinde yeni teknolojinin uygulanacak olması gerekçesiyle yapılan feshlerde, sözleşmeleri feshedilen işçilerin işyerinde çalışmalarına gereksinim duyulup duyulmayacağının, yeni teknolojiyi kullanıp kullanamayacaklarının araştırılması gerekir. Bu hususta öncelikle işçilerin sicil dosyalarının incelenmesi ve gerekirse bu konuda uzman bilirkişilerden rapor alınması gerekir. Ayrıca, işverenin işyerinde uygulayacak olduğu yeni teknoloji için, muhakkak surette yüksek eğitilmiş işçiye ihtiyacı olup olmadığı da araştırılmalıdır. 9. H.D. 01.11.2004 tarih ve 2004/8628 E. - 2004/24546 K. sayılı ilamında, "... Dosya içeriğine göre davalı kurum sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yapısal değişiklikler, teknolojik gelişmeler ve nitelikli, ileri teknolojiyi kullanan personele gereksimi gibi nedenler ileri sürmektedir. Bu nedenler ileri sürülürken sadece komisyon kararına dayanılmaktadır. Davacının ya da emekli edilenlerin çalışmasında gereksimin duyulmadığına, çoğunluğu teknisyen olan bu kişilerin yeni teknolojiyi kullanamadıkları konusunda yeterli bir inceleme ve araştırma yapılmış değildir. Öncelikle işverenin feshe gerekçe gösterdiği rekabet yapabilme ve yeni teknolojiyi kullanma yüksek eğitilmiş, teknolojiyi kullanan kaliteli personele gereksinimi olup olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen davacının bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı hizmetine gereksinim bulunup bulunmadığı somut şekilde işçinin sicil dosyası incelenerek araştırılmalı, bu hususta, telekomünikasyon ve iletişim konularında uzman, tarafsız bilirkişilerden rapor alınmalı, buna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlendikten sonra karar verilmelidir..." denilmek suretiyle, bu tür uyuşmazlıklarda konunun uzmanı bir bilirkişiden rapor alınmak suretiyle karar verilmesinin uygun olacağını belirtmiştir. (Aynı doğrultuda bkz. 06.12.2004 tarih ve 2004/11759 E, 2004/26275 K.)

İşletmeyi, işi ve işyerinden kaynaklanan sebeplerle, iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi hallerinde, iş güvencesi hükümlerinin amaç ve gerekçeleri de göz önünde tutularak, işverenin durumu ve menfaatleri de nesnel olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle Yargıtay 9. H.D. 20.12.2004 tarih ve 2004/14475 E. ve 2004/28303 sayılı kararında, işverenin keyfi kararlarının yargı denetimine tabi olduğunu haklı olarak belirtmiştir. Anılan kararda,

"... 4857 Sayılı İş Kanununun 18. Maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işin ve işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış işe fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.." denilmek suretiyle, işletmesel kararın uygulanması neticesinde, işçinin o işyerinde çalışma olanağının artık ortadan kalkmış olması halinde, feshin geçerli bir nedenle yapıldığının kabulü gerekeceğini belirtmiştir.

İşverenin üçüncü şahıslarla yapmış olduğu sözleşmelerin feshinden veya ifasının imkansızlığından kaynaklanan nedenler gerekçe gösterilerek yapılan fesihlerde, işveren tarafından yapılan sözleşmenin işçiyi bağlamaması nedeniyle, bu sebeplerin geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir, 9. Hukuk Dairesi 09.12.2004 tarih ve 2004/9588 E. ve 2004/26823 K. sayılı kararında, "...davacı davalı şirketin işçisi olup, davalı şirket işveren durumundadır. Bakanlık davalı şirket işveren arasında yapılan sözleşme davacı işçi yönünden bağlayıcı olamaz. Bakanlığın ödenek yokluğu nedeniyle davacının çalıştığı işyerinde iş hacminin daraltılması talimatı işverence akdin feshinde geçerli bir neden değildir. Diğer bir anlatımla bu husus İş Kanununun 18. maddesinde belirtilen iş ve işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep sayılamaz, işveren davacının hizmet akdinin feshinin son çare olduğunu da kanıtlayamamıştır. Bu durumda mahkemenin işe iade talebinin reddine dair kararı hatalı olup, hükmün bu nedenle bozularak ortadan kaldırılmasına..." karar vermiştir.

İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen **feshe en son çare** olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır. Feshin son çare olması ilkesi yasada bulunmamakla birlikte, yukarıda aktardığımız gibi yasanın gerekçesinde var olup, Yargıtay'ın iş güvencesi ile ilgili içtihatlarında belirtilmiş ve benimsenmiş bir ilkedir, "...işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayalı fesihlerde, fesih olarak dayanak yapılan nedenle çelişki içinde olmamalı feshin en son çare olduğu ilkesi gözden uzak tutulmamalıdır. Bu kapsamda iş sözleşmesi feshedilen işçinin, mesleği ve vasfı nedeni ile başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığı da araştırılmalıdır. Ayrıca olanak varsa, kısa süreli çalıştırma, esnek çalışma gibi tedbirler öncelikle düşünülmelidir.. Yargıtay 9. H.D. 07.02.2005 T., 2004/1609 E., 2005/3300 K. sayılı ilamından.", "...Öte yandan, işletmesel ka-

larla varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca **"fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi** gözetilmelidir.... Yargıtey 9. H.D. '16.12.2004 2004/27003 K, 2004/27998 K. sayılı ilamından."

Bu noktada özellikle üzerinde durulması gereken husus yasa gerekçesinde de belirtildiği üzere şudur; Kanunun 25 inci maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak gerekmektedir. Bu madde bakımından geçerli sebepler 25 inci madde de belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.

Yukarıda aktarmış olduğumuz yasa gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin feshinde **haklı neden - geçerli neden** ayırımı oldukça önem kazanmaktadır. Zira, bir işçinin hizmet akdinin 18 inci maddede belirtilen geçerli sebepler sonucunda feshedilmesi halinde, işçinin kusuru 25 inci madde de belirtildiği kadar ağır olmadığından, işçi kıdem tazminatı almaya hak kazanacak iken, işçinin hizmet akdi İş K. 25/11 maddede düzenlenen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerden dolayı feshedilmesi halinde işçinin kusuru daha ağır bir davranış şeklinde belirttiğinden, işçi kıdem tazminatı almaya hak kazanamayacaktır. Yargıtay 9. H. D. 29.01.2004 tarih ve 2004/500 E. - 1490 K. sayılı ilamında, ardı ardına 130 gün rapor alıp, hizmet akdi İş Kanununun 25/1 maddesi uyarınca feshedilen işçinin işe iade davasını, *"...Davacının hizmet akdinin feshinin, 4857 sayılı Yasanın 25/1 maddesi gereğince rapor sürelerinin aynı yasanın 17. maddesindeki bildirim sürelerini altı hafta aşması nedenine dayandırıldığı ve kıdem tazminatının da kendisine ödendiği anlaşılmaktadır. Davacının ardı ardına aldığı rapor 130 günün üzerindedir. Dosya içeriğinden davalının feshinin Yasanın 25/1 maddesindeki koşullara uygun düştüğü anlaşılmaktadır. Böyle olunca aynı yasanın 18-21 maddelerinin olayımızda uygulama koşulları mevcut değildir. Bu nedenle davacının işe iade davasının reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır..."* gerekçesiyle reddetmiştir.

İş Kanununun 26 ncı maddesi 24 ve 25 ncı maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan fesih yetkisinin iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak, işçinin maddi çıkar sağla-

dığı haller ayrık olmak üzere, altı iş günü ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması gerektiği hükmünü içermektedir. 26 ncı maddenin bu hükmü 24 ve 25 nci maddelerdeki fesih nedenleriyle ilgili olduğundan, haklı fesih ve ilgili nedenlere dayanılarak açılan feshin geçersizliği ve işe iade davalarında, 26 ncı maddedeki hak düşürücü sürelerin geçmesi sonuca etkili değildir. Bu nedenle, hizmet akdinin işveren tarafından feshinde altı günlük süre geçmiş olsa bile, tarafların delilleri toplanması ve hasil olacak sonuca göre karar verilmelidir. 9. Hukuk Dairesinin 06.12.2004 tarih ve 2004/10560 E, ve 2004/26027 K. sayılı ilamında; "...4857 sayılı Yasanın 26. Maddesinde düzenlenen hak düşürücü süreler aynı yasanın 25 ve '26. (24) maddelerindeki fesih nedenleriyle ilgilidir. Ancak haklı fesih ve ilgili sebeplere dayanılarak yapılan fesih işlemine karşı 4857 sayılı Yasanın 18-21. maddeleri gereğince feshin geçersizliğini ve işe iadeye ilişkin dava açılması halinde anılan yasanın 26. maddesindeki hak düşürücü sürenin geçmesi sonuca etkili değildir. Bu nedenle mahkemece tarafların delilleri toplanarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." denilmektedir.

### c. Sözleşmenin Feshinde Usul:

İş sözleşmesinin nasıl bir yöntemle feshedileceği İş Kanununun 19 ncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre fesih bildirimi işveren tarafından yazılı olarak yapılacaktır ve işveren bildirmiş olduğu gerekçe ile bağlı kalacaktır. Her ne kadar yasanın gerekçesinde bu durumun işçi tarafından açılacak bir davada ispat kolaylığı sağlayacağı belirtilmiş olsa da, her iki koşul birlikte değerlendirildiğinde, kanunun emredici nitelikte bir hüküm koyduğu ve yazılılık kuralının bir ispat şartı olmayıp, geçerlilik şartı olduğu açıkça çıkmaktadır.<sup>12</sup> İşveren fesih sebebini açık ve kesin bir biçimde bildirmek zorunda olacağı için, ileride fesih sebebini değiştirmesi de mümkün olamayacaktır. Yargıtay 9. H.D. 11.09.2003 tarih ve 2003/14676 E. - 14287 K. sayılı ilamında, "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacının rapor bitim tarihi olan 24.4.2003 gecesini vardiyesi sırasında kart basarak işyerine girdiği ve o gün çalıştığı için gerek bu konudaki iddia gerek Türkiye İş Kurumuna işverence verilen belgede gerek davacının imzasını taşıyan ibranamede işten ayrılış tarihinin 24.4.2003 tarihi olarak gösterildiğinin anlaşılmasına, her ne kadar daha önce 11.3.2003 tarihinde yapılan fesih davasına 12.3.2003 tarihinde tebliğ edilmiş ise de 15.3.2003 günü yürürlüğe giren 4773 sayılı yasayla 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen 13/B maddesinde belirtildiği üzere fesih bildiriminin yazılı olarak ve fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtilmek suretiyle yapılmasının zorunlu olduğu hususundaki bu zorunluluğu feshin fiilen 24.4.2003 tarihinde yapılmış olması da alındığında uyulması gerekirken buna uyulmamış olması

12) A. Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*, Karahan Kitabevi, Adana, 2004, 1. Baskı, Sf. 67.

karşısında aynı yasanın 13/c maddesinde salt sebep göstermenin davacıya işe iade konusunda dava açma hakkı tanıdığına ilişkin hüküm karşısında sonucu itibarıyla doğru olan kararın bu ilave gerekçeyle ONANMASINA, ..." denilmiştir ve yine 13.12.2004 tarih ve 2004/28790 E. ve 2004/27501 K. sayılı kararında, "...işveren fesih yazısında belirtilen nedenle bağlı olup, bunu daha sonra değiştiremez. Davalı işveren fesih bildiriminde salt emekliliğe dayanmış, işyerinden kaynaklanan başka neden ileri sürülmemiştir. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, salt emeklilik fesih için yeterli neden olamaz. Yasanın gerekçesinde de açıklandığı gibi, emeklilik diğer işyerinden kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli kabul edilebilecektir. Somut hu maddi olgulara göre, davanın reddi hatalı bulunmuştur..." gerekçesiyle belirttiği üzere, işveren fesih bildiriminde belirttiği nedenle bağlıdır ve bunu sonradan değiştirmesi de mümkün değildir.

Aynı maddenin 2 nci fıkrasında, bir işçinin iş sözleşmesinin, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerden dolayı feshedilmesi halinde, işçinin o konuyla ilgili savunmasının alınmadan feshedilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu sebeple, davranışı veya verimi gerekçe gösterilerek iş sözleşmesi feshedilen işçinin, savunmasının alınmamış olması, feshin geçersizliği için yeterli bir sebep oluşturacaktır. 9 . Hukuk Dairesi 20.12.2004 tarih ve 2004/14475 E. ve 2004/28303 K. sayılı ilamında, "...4857 Sayılı İş Kanununun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda işveren söz konusu ilkelere uymamıştır. Öte yandan işverence düzenlenen fesih yazısında performans düşüklüğü verim açısından söz edilmiştir. Ancak davacının 4857 Sayılı İş Kanununun 19. maddesine göre bu konuda savunma alınmamıştır. Su durumda geçerli bir fesihten söz edilemez..." demek suretiyle, 19 ncu maddeye riayet edilmeden yapılan fesihlerin geçersiz olacağını belirtmiştir.

İşçinin, yazılı fesih bildirimini imza karşılığı almaktan kaçınması halinde, bunun tutanakla tespiti gerekir, (İş K. mad. 109) Savunmanın şekli ve yöntemi hakkında Kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, işveren işçiye verimsizliğinden ve davranışından kaynaklanan fesih nedenini yazılı olarak bildirdikten sonra, işçiye savunmasını yapabilmesi için uygun bir zaman tanınmalı ve işçiden yazılı savunma talep etmelidir. İşçi süresi içerisinde yazılı savunma vermediği takdirde, savunmadan vazgeçmiş sayılacağı hatırlatılmalıdır.<sup>13</sup>

İşverenin 25/11 nci fıkrasında düzenlenen, bildirimsiz fesih hakkı saklıdır. Yani, işveren işçisinin 25 nci maddenin II nci bendinde belirtilen ve 18 nci

13) Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, İstanbul, 2004/1, sf. 34-35 (dn 37)

maddeye göre daha ağır davranış biçimlerini düzenleyen bir davranışla karşı karşıya kalırsa, işçinin savunmasını almadan, 26 ncı maddedeki altı günlük ve bir yıllık hak düşürücü nitelikteki süreleri de dikkate alarak, iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshedebilecektir. Ancak işveren 18 nci maddede düzenlenen ve işçinin verimi ve davranışlarıyla ilgili bir konuda, işçisinin savunmasını almadan iş sözleşmesini feshedemeyecektir.

4857 Sayılı İş Kanununun 25/son maddesi gereğince, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından 25/2. maddesi hükümleri gereği haklı nedenlerle feshedilmiş olması hallerinde, feshin 19 ncu madde de belirtilen usul çerçevesinde feshedilmesi işverenden beklenmez. Mahkeme bu gibi durumlarda, isnat edilen eylemin gerçekleştiği kanısına varırsa, 26 ncı madde de belirtilen altı iş günlük ve her halde bir yıllık hak düşürücü süre niteliğindeki sürelerin geçmiş olması veya haklı neden olarak gösterilen sebeplerin, bu ağırlıkta olmayıp, geçerli neden olarak kabul edilebilecek nitelikte olduğuna hüküm getirdiği hallerde, fesih bildirimının yazılı yapıp yapılmadığına bakılmaksızın davanın reddine karar vermesi gerekmektedir. 9. Hukuk Dairesi, 24.02.2004 tarih ve 2004/22581 E, ve 2004/3229 K. sayılı kararında konuyu şu şekilde açıklamaktadır; *"...İşveren tarafından davacının hizmet akdinin feshi İş Yasasının 25/2. maddesine dayandırılmış, ancak 26. maddedeki altı iş günlük hak düşürücü süre geçtiği gerekçesi ile işverenin haklı sebeple feshi kabul edilmemiştir. Bu gibi durumlarda, ihbar ve kıdem tazminat talepleri kabul edilebilir ise de, işçinin feshin geçersizliği ve işe iade isteği değerlendirilirken 4857 Sayılı Yasanın 25/son maddesi gereği aynı yasanın 19. maddesi koşulları aranmaz. 18, 20 ve 21. madde hükümleri gereği değerlendirme yapılması gerekir. Bu nedenle Mahkemenin 19. maddedeki usule uyulmadığı gerekçesine dayanarak davayı kabul etmesi yasal bulunmamıştır. Mahkemece, 25/2 maddesi gereğince akdin sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. maddedeki hak duyurucu surenin geçmesi veya haklı neden olarak feshi neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin reddedilmesi gerekir..."*

#### **d. Fesih Bildirimine İtiraz ve Usulü:**

İş Kanununun 20 ncı maddesi fesih bildirimine İtirazın ne şekilde yapılacağını ve bunun yöntemini düzenlemiştir. Buna göre;

İş Mahkemeleri Kanununa göre, uyuşmazlık işçi ile işveren arasında çıktığından, işe iade davalarına bakmakla görevli mahkeme İş Mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise, davalı işverenin ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi olabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkeme de olabilir. Yasa gereği, bunların haricinde bir mahkemenin yetkili olacağı yolunda yapılacak sözleşmeler geçerli değildir.

Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa, uyuşmazlık aynı sürede hakeme götürülür, (İş K. Mad. 20/1) Buna göre, iş sözleşmesinin geçersiz olarak feshedildiğini iddia eden işçi, toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması halinde veya fesihten sonra işverenle anlaşması halinde dilerse, sorunun hakem yoluyla çözümünü talep edebilecek, dilerse de iş mahkemesinde dava açabilecektir, işçi ile işveren sorunun hakem yoluyla çözümüne karar verir ise, seçilecek hakem ya da oluşturulacak hakem kurulu, sadece işçinin işe iadesi ile ilgili olarak karar vermek durumundadır. Yoksa işçi alacakları ile ilgili karar veremezler. Zira İş Kanununda, feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıklarının hakem yoluyla çözülebileceği belirtilmiştir. Bunların dışında kalan diğer iş uyuşmazlıkları 5521 Sayılı Kanunun 1 nci maddesi gereğince iş mahkemelerinde çözümlenecektir.

Yargıtay 9. H.D.'nin konuya ilişkin 22 03.2004 tarihli ve 2004/5846 E. - 5621 K. sayılı kararında, bu hususun gerekçesini, *"...Yukarıda açıklandığı üzere iş hukuku ve yargılaması mevzuatında 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 ve akabinde 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı kanun ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında, kalan diğer uyuşmazlıkların özel hakem yoluyla çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı Kanunun 1. Maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.11.1964 gün ve 1964/251 Esas, 1964 506 K. sayılı kararı bu doğrultudadır. H.U.M.K.'nun 533. maddesinin 4. bendi uyarınca "hakemler yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler". Aksi halde bu bozma nedenidir. Somut olayda hakem kurulu feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı, ile sözleşmeden doğan ücret olacağına da karar vermiştir. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret olacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerekir. Hakem kurulunca izin ve ücret olacağına karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur..."* şeklinde belirtilmiştir.

Husumetin iş sözleşmesini fesheden işverene yöneltilmesi gerekmektedir Şayet işçi, işyerinde çalışan işçi sayısını otuzun altına düşürmek amacıyla, işveren tarafından muvazaalı olarak işyerlerindeki işlerin bir kısmının alt işverenlere devredildiğini veya asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu iddia etmekte ise, husumeti asıl işverene yöneltmek durumundadır. Yargıtay 9. H.D.'nin 27.05.2004 tarih ve 2004/10215 E. - 12744 K. sayılı konuya ilişkin kararında, *"...Dosyada mevcut kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre davalı ile dava dışı müteahhit firma arasında yapılan sözleşmenin yürürlükte olduğu sırada davacı işçi tarafından taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve asıl işverenin tarafı olduğu Toplu İş Sözleşmesin-*

den yararlandırılması gerektiği iddiası ile açılan davaların kabul ile sonuçlandırıldığı ve davacının Toplu İş Sözleşmesinden doğan fark alacaklarının hükmü altına alındığı anlaşılmaktadır. Dairemizin istikrar kazanmış uygulanmasına göre muvazaa söz konusu değilse alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir. Anılan davalarda taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığı tartışılmış ve muvazaa olgusunun mevcut olduğu sonucuna varıldıktan sonra davacı işçinin Toplu İş Sözleşmesinden yararlanması gerektiğine karar verilmiştir. Bu nedenle, mahkemece, söz konusu davalarda muvazaanın varlığı konusunda bir tespit bulunmadığı yönünde yapılan değerlendirme isabetli değildir. Davalı işverence muvazaalı olduğu kesinleşen taşeronluk sözleşmesinin sona ermesinden sonra yeni bir ihale ve yeni bir sözleşme yapılmamış, önceki sözleşme aynı şartlarla, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe kadar aralıksız devam ettirilmiştir. Esasen davalının işten çıkarıldığı tarihe kadar davalı işverenin tarafı olduğu Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılmış olması da davalının gerçek işveren olduğu olgusunun fesih tarihine kadar devam ettiğini göstermektedir. Mevcut delillere göre davacının gerçek işverenin davalı olduğu açık olmasına rağmen alt işveren işçisi olduğu gerekçesiyle davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması hatalıdır.." gerekçesiyle. Yerel Mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına, feshin geçersizliği ile davacının işe iadesine karar vermiştir.

Aynı şekilde, 9, H.D. 21.02.2005 tarih ve 2004/32666 E. ve 2005/5738 K. sayılı ilamında da, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu kanaatine varıldığı hallerde, alt işverenin gerçek işveren olmaması nedeniyle, bu tür durumlarda alt işveren hakkında hüküm kurulmaması gerektiğini belirtmiştir. Anılan kararın gerekçesinde, "... davacı gibi bir çok işçi davalı K.P.A.Ş. işçisi iken 2002 yılından başlayarak işçilik hizmeti teminine yönelik sözleşme yapılan taşeron işçisi olarak kayıtlarda gösterildikleri, işçilerin hangi taşeron işçisi olduklarını dahi bilmedikleri, asıl işverenin işçileri ile birlikte aynı üretim içinde çalıştıkları, asıl işverenin üye sendikanın Toplu İş Sözleşmesi yetkisini olmaması için bu yollara başvurduğu, davalılar arasında muvazaalı işlem olduğu ve feshin sendikal nedenlerle gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Davalı K.P.A.Ş. gerçek ve asıl işveren olup, muvazaa olgusu nedeni ile diğer dahili davalının işverenlik sıfatı bulunmadığım! göre, kabul hükmünün davalı K.P.A.Ş. hakkında kurulması gerekir. Usulüne uygun dava açılmayan ve gerçek işveren olmayan dahili davalı hakkında karar verilmemesi yerinde olacaktır. Mahkemece işveren olmayan dahili davalı hakkında kabul kararı verilmesi hatalı bulunmuştur..." denilmiştir. Özel Daire 07.10.2004 tarih ve 2004/25957 E. - 22245 K sayılı kararında da "...Mahkemenin feshin geçersizliğine ve asıl işveren olan B. işletmeleri A. Ş. hakkındaki hükmü yerindedir. Ancak asıl işverenin yaptığı sözleşme muvazaalı kabul edilerek davacının gerçek işverenin B.A. Ş. olduğu belirtildikten sonra, bu

*kez bu muvazaalı sözleşmede kayden yer alan taşeronunda işveren olarak kabul edilmesi hatalıdır.."* gerekçesiyle, bu asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunun kabul edildiği durumlarda, taşeronlar hakkındaki davaların husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiğini yollandaki görüşünü bu kararda da tekrarlamıştır.

İtiraz aşağıda belirtilen sebeplerden birine dayanmak durumundadır;

- 1) İşverence iş sözleşmesinin feshinin yazılı yapılmamış olması,
- 2) İş sözleşmesinin feshi yazılı yapılmış olmakla birlikte, fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmemiş olması,
- 3) Fesih nedeni yazılı olarak belirtilmiş olmakla birlikte, belirtilen nedenin somut olayda mevcut olmadığı,
- 4) Fesih nedeni yazılı olarak belirtilmiş olmakla birlikte, belirtilen nedenin iş sözleşmesinin feshini gerektirecek geçerli bir neden olmadığı,
- 5) Fesih işçinin davranışı ve verimsizliği nedeniyle yapılmış ise, savunma alınmadan feshin yapılmış olduğu,<sup>14</sup>

Vakılarından biri işçi tarafından ileri sürülmelidir.

Fesih bildirimine itirazın, bildirimin işçiye tebliğ edildiği tarihten itibaren başlamak üzere, **bir aylık süre** içerisinde özel hakeme veya mahkemeye götürülmesi gerekmektedir. Bu bir aylık süre hak düşürücü süre niteliğindedir. Bu sebeple mahkeme veya özel hakem tarafından re'sen göz önüne alınacak hususlardandır. Süresi içerisinde yapılmayan itiraz sonucunda, işverenin feshi geçerli olmasa dahi, geçerli feshin tüm sonuçlarını doğurur.

Yargıtay 9. H.D. 11,12.2003 tarih ve 2003/20424 E, - 20629 K. sayılı ilamında, *"...1475 Sayılı Kanunun 4773 Sayılı Kanunla değişik 13/C maddesine göre fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde dava açılması gerekir. Davacıya fesih 25.4.2003 tarihinde bildirilmiş olup dava 4.7.2003 tarihinde açılmıştır. Anılan maddede düzenlenen süre hak düşürücü süre olup, mahkemece re'sen nazara alınmalıdır. Madde hükmüne göre, fesih tarihinden değil, feshin bildirildiği tarihin esas alınması gerektiği de açıktır. Buna göre davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olduğundan aynı maddenin son fıkrası uyarınca aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur..."* denilmiştir. Aktarmış olduğumuz kararda, davacı işçi, davayı fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren değil, bildirim öneli bitip akdi ilişkinin tamamen ortadan kalktığı tarihten itibaren bir aylık süre dolmadan açmıştır.<sup>15</sup> Bu husus, özellikle uygulamacılar açısından büyük önem arz etmektedir. Zi-

14) A. Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*, Karahan Kitabevi, Adana, 2004, sf. 72, 73

15) C. Tuncay, *İşe İade (Karar İnceleme)*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 2, sf. 535

ra, bir aylık hak düşürücü süre, fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarihten itibaren başlatılmayıp, bildirim önelinin bitmesinden sonra hesaplanacak olursa, kanunun işe iade davalarıyla ilgili olarak koymuş olduğu sürenin hukuki niteliği gereği, davanın reddi sonucunu doğuracak bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Ancak bu görüşe öğretide, "Sürelî fesihlerde dava açma hakkını doğuran fesih bildiriminin tebliği ile feshin gerçekleşmiş olması koşulları aynı tarihte gerçekleşmemektedir. Fesih bildiriminin tebliği birinci koşulu gerçekleştirmekte, sözleşmenin feshedilmesine ilişkin ikinci koşul ise ancak bildirim sürelerinin sonunda gerçekleşmiş olmaktadır. Bu durumda her iki koşulun gerçekleştiği tarih fesih tarihi olduğuna göre, dava açma süresinin fesih tarihinden başlatılmasına bir engel olmamaktadır. Aksine fesih tarihini esas almak yasal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır" gerekçesiyle karşı çıkan görüşlerde bulunmaktadır.<sup>16</sup>

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispatlama görevi işverene aittir. İşveren, sözleşmeyi işçinin yetersizliği veya davranışı ile işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan, "açık ve kesin" olarak belirtilecek bir sebeple iş sözleşmesini feshettiğini ispat etmek durumundadır. İşçi, feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.

Bu noktada üzerinde önemle durulması gereken bir başka husus, işçinin işe dönüşünün işveren tarafından belirli bir takım şartlara bağlanamamasıdır. Yargıtay 9. H. D. 21,06.2004 tarih ve 2004/3377 E. ve 2004/15404 K. sayılı ilamında, İş Kanununun 34 üncü maddesi uyarınca ücret ve diğer haklarının ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanmakta olan işçinin, iş sözleşmesinin feshedilmesinin ardından, işçiye yapılan 34 ncü madde uyarınca eylemde geçen süre ile fesihten sonraki zamanın ücretsiz izinli sayılmak kaydıyla yapılan işe dönüş önerisini, yasanın aradığı koşullara sahip bir işe başlatma önerisi olarak görmemiştir. Alınan kararda Özel Daire, "...Esasen davalı işverenin işe iade davasından sonra davacıyı işe başlatmak istemesi ve bu nedenle cevap dilekçesinde davanın konusuz kaldığından söz etmesi de feshin geçerli nedene dayanmadığının işverence de kabul edildiğini göstermektedir. Davalı işveren davacının işe iade edildiğini savunmuş ise de ileri sürülen koşullar nedeniyle davacının işe başlamadığı dosyadan anlaşılmaktadır. İşe iade davasının mahkemece kabulü ve işçinin süresi içinde başvurusu halinde işçinin boşta geçen süre için en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesi yukarıda anılan yasa hükmü gereğidir. Davalı işveren boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak davacıyı işe başlatmak istemiştir. Davacı 8.9.2003 günü işyerine git-

16) M. Uçum, *İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar*, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, İstanbul, 2004, Sayı 4, sf. 1309.

*miş saat 16.00'ya kadar işyerinde çalışmadan bekletilmiş sonra işverenin söz konusu şartını duyunca ayrılmış ve bir daha işe gelmemiştir. Burada yasanın aradığı anlamda bir işe başlatmadan söz edilemez. Bu nedenle, davacının işe başlatıldığından söz edilerek davanın konusu kalmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalı olduğundan..."* gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermiştir.

Yargıtay işe iade davası açılmazdan önce veya dava devam etmekte iken, işveren tarafından işçiye işe dönüş davetlerinin, talebin işçinin eski çalıştığı işyerine dönmesi yolunda olması gerektiğini, bunun haricinde işçinin işverene bağlı başka işyerlerinde veya nitelik olarak başka işlerde çalışmaya davet edilmesinin, yasal olarak işçinin eski işine davet edilmesi olarak yorumlanamayacağını belirtmektedir. 9. H.D.'nin 03.06.2004 tarih ve 2004/1080 E. - 13416 K. sayılı kararında, *"...Davalı işveren, dava açıldıktan sonra davacıyı Adana'da bulunan işyerinde çalıştığı halde bu defa Ankara'da bulunan işyerinde işe başlamasını talep etmiştir. Davacı eski işyerine davet edilmiş değildir. Bu nedenle davacının bu davete icabet etmemiş olmasının işe iadeyi istemediği biçiminde yorumlanması hatalı olup,..."* demek suretiyle, bu hususu vurgulamıştır.

Akdin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir eylem olduğundan, bu husustaki irade beyanının karşı tarafa ulaşmasından sonra, tek taraflı olarak geri alınabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple fesih gerçekleştikten veya dava açıldıktan sonra, işçinin işveren tarafından işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğindedir ve bu davet geçersiz feshi ortadan kaldırmaz. Bu sebeple, bu tür durumlarda Mahkemelerin davanın konusuz kalmasından bahisle red kararı vermeleri yasaya uygun değildir.

İşe iade davalarının, seri yargılama usulüne göre mahkemelerce iki ay içinde sonuçlandırılacağı, Mahkemece verilecek kararın temyizi halinde Yargıtay'ın bir ay içinde kesin olarak karar vereceği İş Kanunu madde 20/3'de belirtilmiştir. Kanunda, işe iade davalarının mahkemeler tarafından iki ay içinde sonuçlandırılacağı ve mahkeme kararının da temyiz edilmesi halinde Yargıtay'ın kararını bir ay içinde vereceği belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada iş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın yoğunluğu nedeniyle, bu kurallara pek uyulamamaktadır. Ayrıca işe iade davalarında Yargıtay tarafından verilecek kararlar "kesin" olarak verilecektir. Bu, iş mahkemelerinden verilen diğer kararlardan farklı olarak Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu karara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı ve Yerel Mahkemenin de direnme kararı veremeyeceği anlamına gelmektedir. Bu yüzden istisnai bazı durumlar hariç olmak üzere işe iade davalarında Yargıtay bozma kararı vermemekte, Yerel Mahkeme gibi hüküm kurmaktadır, Yargıtay'ın işe iade davalarında bozma kararı vermesi, olayın çözümüne ilişkin bilgi ve belgelerin bazen dosyada tam olarak bulunmamasından yani dosyadaki eksikliklerden

kaynaklanmaktadır ve bu sebeple bozma kararı verilmesi bir zorunluluk halini almaktadır.

Yasanın bu açık hükmüne rağmen. Özel Daire tarafından dosyadaki eksikliklerin tamamlanması amacıyla verilmiş bulunan bozma kararına, "direnme" kararı veren Yerel mahkeme kararını Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.10.2004 tarih ve 2004/9-510 E ve 2004/557 K. sayılı ilamıyla ve şu gerekçelerle bozmuştur. "...*Şu hususta kuşku duyulmaması gerekmektedir; temyiz üzerine önüne gelen kararı inceleyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götürecek mahiyette gördüğü takdirde kararını kesin olarak verecektir. Ancak, Özel Daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozacak ve giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir. Bir başka anlatımla, Yargıtay Özel Dairesinin bu uyuşmazlığı nihai olarak neticelendirebilmesi için, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı olgusunun, dosya içeriğinden tam olarak anlaşılır olması gerekir. Madde ile kesin olarak karar vermeden amaçlanan, yerel mahkemenin dosyasının içeriğinin Özel Daireyi karara götürecek nitelikte olmasıdır.*

Çünkü yasa, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının belirlenebilmesi için taraflara kanıtlama külfeti yüklemiştir. Önemli olan tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda belirttikleri olguların, dayanakları olan bilgi ve belgelerin karara esas olmak üzere dosyaya yansıtılmış olmasıdır. Mahkemece, taraflarca ileri sürülen olgular ve dayanağı delillerin toplanması koşuluyla verilecek karar, Yargıtayca gerektiğinde tekrar ele alınıp kesin sonuca bundan sonra ulaşılacaktır.

Belirtilen nedenlerle: tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda ikame edilmek istenen kanıtlar dosyaya yansıtılarak, sonrasında hüküm kurulmasında yasal zorunluluk vardır. Ancak maddede yer alan, "Yargıtay kesin olarak karar verir" kuralından hareketle uyuşmazlığın eksiklikler de içerse her halükarda Yargıtay Özel Dairesince sonuçlandırılmasını beklemek doğru değildir.

Açıklanan nedenlerle, kesin karar verme hususunun Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğunu amaçladığı, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, "Yargıtayca kesin olarak karara bağlanır" demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır.

O halde özel dairenin bozma kararına bu nedenle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulumalıdır...". Görüldüğü üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Özel Daire tarafından verilen bozma kararının gerekçesinin, verilen kararın adalete uygun olması için, dosyanın eksiksiz olarak Yargıtay'a gelmesiyle mümkün olabileceği gerekçesine dayandırmaktadır.

Ayrıca işe iade davalarının temyiz edilmesi halinde, işin duruşmalı halledilmesi mümkün değildir. 9. H.D. 23.10.2003 tarih ve 2003/18090-17878 sayılı kararında *"...Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de, işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin red-dine incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi..."* demek suretiyle, işe iade davalarında temyiz incelemesinin duruşmalı olarak istenemeyeceğini belirtmiştir.

İşe iade talebiyle birlikte aynı davada diğer işçilik haklarının da (Kıdem, ihbar tazminatı vs.) talep edilmesi, bu davalarda uygulanacak yargılama usullerinin birbirinden farklı olması nedeniyle mümkün değildir. Yargıtay 9. H.D. 11.09.2003 tarih ve 2003/14994 E. - 14267 K. sayılı ilamında, *"...Ancak, işçinin işe iade ile ilgili isteklerinin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacakların da istenmesi halinde, bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iadeyle birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır..."* denilmektedir. Aynı Daire 05.07.2004 tarih ve 2004/12516 E. ve 2004/16973 K. sayılı kararında ise, işe iade davası ile birlikte açılan işçilik alacakları davasının temyiz incelemesini yapmış ve işçilik alacaklarına ilişkin davayı eksik inceleme nedeniyle ve oy çokluğuyla bozmuştur. Söz konusu kararda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 46 ncı maddesi gereğince, yargılama usulleri farklı iki davanın, yargılamanın daha iyi bir şekilde yapılması açısından, davaların ayrılarak görülmesinin uygun olacağı belirtilmekle birlikte, aynı yasanın 48 nci maddesi gereğince bunun tek başına bir bozma sebebi oluşturmayacağı belirtilmiş ve işe iade davası ile birlikte açılan işçilik alacakları davasının temyiz incelemesini, *"...Feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin davada deliller yeleli bulunduğundan bozma kararı ile birlikte yeni hüküm oluşturulmuştur. Ancak ücret alacağı ile ilgili mahkeme hükmü hakkındaki temyiz isteminin Anayasanın 141/son maddesine göre, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yolunda yargıya yüklenen görev nedeniyle bu safhada incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır..."* gerekçesiyle yapmıştır.

Feshin geçersizliği ve işe iade davalarıyla birlikte açılan işçilik alacaklarına ilişkin diğer talep ve davalarda, işçilik haklarına ilişkin diğer taleplerin saklı tutulması hallerinde mahkemelerin bu konuda karar vermelerini gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. 9. H.D. 03.02.2005 tarih ve 2004/749 E. ve 2005/2984 K. sayılı ilamında, *"...işe iade davasının özelliği nedeniyle başka talep ve davaların işe iade ile birlikte görülmesi ve karara bağlanması mümkün değildir. Mahkemece bu nedenle diğer taleplerle ilgili bir yargılama yapılmamıştır. Ancak, buna rağmen davacının ihbar ve kıdem tazminatı hak-*

*larının saklı tutulmasına dair talebinin reddinden dolayı davalı yararına ve-  
kalet ücretine hükmedilmesi isabetli olmamıştır. Esasen davacının bu hakla-  
rının saklı tutulması talebinin reddine karar verilmesine bu davada gerek de  
yoktur..."* demek suretiyle bu hususu belirtmiştir.

#### **e. Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları:**

Feshin geçersiz olduğu kanaatine varan mahkeme ya da özel hakem,

- 1) Feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine,
  - 2) Yasal süresi içerisinde işçilerin işverene işe başlamak için müracaat et-  
melerine rağmen, yasal süresi içinde işe başlatılmamaları halinde 4-8 ay-  
lık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödenmesine,
  - 3) Yasal süresi içerisinde işe başlama başvurusunda bulunan işçiye en çok  
dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarının ödenmesine,
- karar verir.

İşçi hak düşümü süresi içinde dava açtığı ve mahkeme feshin geçersiz ol-  
duğuna karar verdiği takdirde fesih işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kal-  
kar. Mahkemenin verdiği hüküm, niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran  
bir karardır. Böylece, fesih işlemi önce geçerli olmakta, ancak hakimin vere-  
ceği kararla baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir.<sup>17</sup> Bu sebeple, işçinin  
çalıştırılmadığı kanunen 4 aylık süre, çalışma süresinden sayılacağından, kı-  
dem süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay 9.  
Hukuk Dairesi 06.12.2004 tarih ve 2004/28355 E. - 26161 K. sayılı kararın-  
da, Mahkeme "...Mahkemece davacının kesinleşmiş iade kararına rağmen işe  
başlatılmaması sebebiyle çalışılmayan 4 aylık süre ve ilişkin olarak, fark kı-  
dem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı 4857 sayılı Kanunun 14. madde  
sinde işe iade sine karar verilen işçinin boşta geçen 4 aylık süresinin çalış-  
ma süresinden sayılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi, kıdeme  
esas sürenin tespitinde fiilen yapılan çalışma süresi dışında ücretli yıllık iz-  
nin, işverence verilen izinlerin, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin, sınır-  
lı olarak da hastalık sebebiyle çalışılmayan belli bir sürenin çalışılmış gibi  
sayılacağı açıkça bildirildiği, iş mevzuatında ücret ödemesi yapılırsa bile bu  
dört aylık sürenin çalışma süresinden sayılacağına ilişkin bir düzenleme bu-  
lunmadığının yasada düzenlenmeyen bu halin çalışılmış gibi kıdem süresin-  
den sayılması mümkün olmadığı..." gerekçesiyle dava reddedilmiş ve "...Ka-  
nunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan üc-  
ret alacalının ödeneceğine ilişkin kural da, taraflar arasındaki sözleşmenin  
devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğini ve işe iadesine karar  
verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde  
feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi

<sup>17</sup>) B. Kar, İş Güvencesi Kavramı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, Sayı 6, sf. 564.

gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen 4 aylık sürenin kıdem tazminatına esas süre ile yıllık ücretli izin süresinden sayılması yerine mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir... " gerekçesi ile karar, Yargıtay tarafından bozulmuştur.

İşe iade davası devam etmekte iken, işçinin işveren tarafından eski işine iade edilmesi durumunda, uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği hususunda Yargıtay, zaman zaman çelişkili kararlar vermiş olmasına rağmen, vermiş olduğu son kararlarında, işverenin işçiyi eski işine iade etmesiyle, yapmış olduğu feshin geçersizliğini kabul etmiş olduğunu ve bu sebeple geçersiz feshin sonuçlarına katlanması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay 9. H.D. 08.07.2003 tarih ve 2003/12444 E. - 13125 K. sayılı ilamında, "...1475 Sayılı İş Kanununa 4773 Sayılı kanunla eklenen 13/D maddesi uyarınca eklenen 13/D maddesi uyarınca işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurusu koşullarına bağlıdır. Gerçekten, anılan yasanın 13/D maddesi "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlığını taşımaktadır. Geçersiz sebep bulunduğu karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulmalıdır..." denilmiş iken, aynı Dairenin 15.12.2003 tarih ve 2003/20176 E. - 21941 K. sayılı ilamında, "...Ancak; davalı tarafından işe iade talebinin kabul edilmesi daha önce yapılan işveren feshinin de geçerli nedene dayanmadığının kabulü anlamına geleceğinden, 4857 sayılı yasanın 21. maddesinin (1) ve (3). fıkralarında öngörülen ücret ve tazminatlara da hükmedilmesi gerekirken, aksinin kabulü ile bu istemler hakkında karar verilmemesi hatalıdır..." denilmiştir. Yeni tarihli bir kararında da, "...dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 3. ve 5. fıkralarına göre, boşta geçen süre ücreti, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, boşta geçen süre ücretine ilişkin bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlatılmasıyla, önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir. Davanın açılmasına davalı sebebiyet verdiğinden davalı lehine vekalet ücreti takdir edilmemesi isabetlidir. Ancak dava konusuz kaldığından işe iadeye ilişkin davanın reddi hatalıdır. Bu durumda davacı işçi açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir. Dosya içeriğine göre davacı işe başlatıldıktan sonra söz konusu ücret ve diğer haklarından açıkça feragat etmemiş, aksine boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alın-

*masını istemiştir. Bu nedenle, boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalıdır... (Yargıtay 9. H.D. 02.02.2005 tarih ve 2004/31715 E. ve 2005/2889 K. sayılı ilamı) "* demek suretiyle, işe iade davalarında, dava devam ederken işçinin işveren tarafından işe alınmasının, geçersiz feshin kabulü anlamına geldiğini ve bu sebeplerle Yerel Mahkemelerin bu tür durumlarda, yargılamaya devam edip talepler hakkında karar vermesi gerektiğini ve davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına dair kararların verilemeyeceği şeklindeki içtihadında bir değişiklik olmadığı ve giderek bu içtihadın devamlılık kazandığı anlaşılmaktadır.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işverene işe başlamak için müracaat etmek durumundadır, (İş K. Mad.21/5) İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işverene başvuramazsa, geçersiz feshin sonuçlarından yani, işe iadeden, iş güvencesi tazminatından ve en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer haklarını isteme hakkından yararlanamayacaktır. Ancak bu durumda işçi, koşulların var olması halinde İş Kanunundan doğan diğer haklarını (kıdem, ihbar tazminatı vs.) işveren talep edebilecektir.

Kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararını tebellüğ eden işçinin işverene başvurusu herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Fiilen yapılabileceği gibi yazılı olarak da yapılabilir. Ancak ispatın kolay olması açısından her zaman yazılı başvuru yapılmalıdır.

Kararın kesinleşmesinden sonra on iş günü içerisinde işçinin işe başlama başvurusunu alan işveren bir aylık süre içerisinde işçiye işe başlatmak zorundadır. İşçi, işveren tarafından bir aylık süre içerisinde işe başlatılmazsa, işveren iş güvencesi tazminatını ve en çok dört ayla sınırlı ücret tutarındaki tazminatı işçiye ödemekle yükümlüdür. İşçi işveren tarafından bir aylık süre içerisinde işe başlatılırsa, iş güvencesi tazminatı olarak adlandırdığımız 4-8 aylık tutarındaki tazminat ödenmeyecek, buna karşın en çok 4 ay ile sınırlı olan çalıştırılmayan döneme ilişkin ücret ödenecektir.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında iş güvencesi tazminatının alt limitin üzerinde takdir edilmesi halinde, bunu somut gerekçe ve nedenlerinin gösterilmesi gerektiğinden bahsetmektedir. Yargıtay kararlarına göre, kıdemin az olması veya emekliliğe hak kazanmış olma gibi durumlarda iş güvencesi tazminatı alt limitten hükmedilecek buna karşın, işverenin iş sözleşmesinin feskinde ağır bir sebebi gerekçe olarak gösterip, bu sebebin gerçek olmadığına veya ispat edilemediğinin anlaşılması durumunda da, gerekçeleri gösterilerek alt limitin üzerinde iş güvencesi tazminatına hükmedilecektir. Yargıtay 9. H.D. 15.10.2003 tarih ve 2003/16116-17101 sayılı kararında, *"...Somut olayda 10 ay 18 günlük kıdemi olan, ihbar tazminatı da ödenerek işten çıkarılan davacı için herhangi bir gerekçe gösterilmeden bu tazminat üst sınırdan be-*

*lirlenmiştir. Bu durum yasa koyucunun amacına ve hakkaniyete aykırı... ", aynı Dairenin 11.12-2003 tarih ve 2003/20229 E. - 20605 K. sayılı ilamında. "... Mahkemece hiçbir gerekçe gösterilmeksizin 8 aylık brüt ücreti tutarında üst sınırdan tazminat belirlenmesi hatalıdır. Davacının hizmet süresi 1 yıl 2 ay 2 gündür çalışma süresine göre tazminat 4 ay brüt ücretine göre belirlenmelidir..." denmektedir. (Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 9. H.D. 21.10.2003 tarih ve 2003/20205 E. - 20627 K.) Yargıtay önceleri tazminat miktarını rakamsal olarak belirlerken, daha sonra vermiş olduğu kararlarda, tazminat miktarının rakamsal olarak değil, süre yönünden belirlenmesinin yeterli olacağı kanaatine varmış ve tazminat miktarının mahkeme tarafından belirlenmesinin yeterli olacağını ayrıca tahsili yönünde hüküm kurulmaması gerektiğini belirtmiştir. 9. H.D. 15.03.2003 tarih ve 2004/5346 E. ve 2004/8553 K. sayılı kararında, "...Mahkemece davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine dair verilen karar yasaya ve dosya içeriğine uygun ise de; boşa geçen süre ile ilgili ücret ve işe iade edilmemesi halinde ödenmesi gereken tazminatın süre itibarıyla belirlenmesi ile yetinilmesi gerekirken miktar olarak belirlenip hüküm altına alınması Dairemizin istikrar kazanan uygulamasına uygun düşmemiştir. ..." gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararının ortadan kaldırılmasına karar vermiştir.*

Yargıtay'ın işe iade davalarında tazminat miktarının süre yönünden belirlenmesinin yeterli olacağı görüşü, işe iade davalarının hukukî niteliğinin "tespit davası" olmasından kaynaklanmaktadır<sup>18</sup> işe iade davaları sonucunda verilen, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine, işe iade edilmeme durumunda ödenecek tazminat ve boşa geçen süreye ilişkin ücret alacaklarının tümü, yaygın olarak bilinenin aksine birer tespit hükmü niteliğindedir. Zira, mahkemenin kararından sonra, işçinin işverene işe iade hususunda başvurup başvurmayacağı belli değildir, İşçi bu hususta başvurursa bile işverenin, işe başlatmak veya işe başlatmayarak, ücret ve tazminatı ödemek gibi seçimlik bir hakkı bulunmaktadır.

İşe iade davalarının hukuki niteliğinin "eda davası" olmayıp, "tespit davası" niteliğinde olmasının en önemli sonucu, bu dava neticesinde verilen kararın ilamlı icra yoluyla takip edilememesidir. Gerçekten de dava sonucunda verilen işe iade kararının işveren açısından zorunlu olmayışı, işe iade edilmeme halinde ödenecek tazminat ve boşa geçen süreye ilişkin ücret taleplerinin şarta bağlı olması nedeniyle, hükmün yargılama giderleri ve vekalet ücreti ile olan kısmı hariç olmak üzere, ilamlı icraya konu edilmesi mümkün değildir.

Nitekim Yargıtay 12. H.D. 25.02.2005 tarih ve 2005/284 E. - 3780 K. Sayılı ilamında konuyu şu şekilde açıklamaktadır; "...icra takibinin dayanağı olan hüküm fıkrasının incelenmesinde; yargılama gideri ve avukatlık ücreti

18) O.G.Çankaya, C.İ.Günay, S. Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, sf. 273 vd.*

dışındaki kısımların eda hükmünü içermediği anlaşılmıştır, İcra Mahkemesi'nin kabulünün aksine dayanak ilamın 3 notu bendinde öngörülen hususlardan alacaklının, borçluyu işe dönmek için süresinde başvurup başvurmadığının belirlenmesi, diğer haklar ifadesi içerisine hangi hak ve alacakların dahil olacağı ve net alacağın hesaplanması yargılamayı gerektirmektedir. Ayrıca, olayda 4857 sayılı yasanın 21. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi de yargılamaya muhtaçtır. İlamlı takip yapılamaz. İİGK.nun 08.10.1997 tarih ve 1997/12-571 E., 1997/776 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere (ilamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. Diğer bir anlatımla hükmün içeriğinin aynen infazı zorunludur. O nedenle, sınırlı yetkili icra Mahkemesince ilamın infaz edilecek kısmı yorum yoluyla belirlenemez.)" denmektedir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, işçinin söz konusu alacaklarını tahsil etmek amacıyla başlatmış olduğu genel haciz yoluyla takibe, borçlu işverenin itiraz etmesi halinde açılacak itirazın iptali davası işçinin lehine bitmesi durumunda alacağı likit sayılacağından, davanın sonucunda davalı/borçlu işveren, inkar tazminatını ödemek durumunda kalacaktır.<sup>19</sup>

Ayrıca, tazminatın brüt ücret üzerinden hesaplanması ve diğer sosyal hakların da dikkate alınması gerektiğini, zira gelir ve damga vergisi yükümlüsünün işçi olduğu yolunda kararlar da vermiştir. Yargıtay 9. H.D. 16.09.2003 tarih ve 2003/15784-14563 sayılı "... İlgili Yasada mahkemece işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı belirleneceği açıkça vurgulandığını, bu tazminat miktarının mahkememizce belirlenmesi ile yetinilmiş ayrıca tahsili yönünde hüküm kurulmamıştır...." denmektedir. (Aynı doğrultuda Yargıtay 9. H.D. 08.07.2003 tarih ve 2003/12442 E. - 13123 K. sayılı ilamı.) Aynı dairenin 06.11.2003 tarih ve 2003/18733-18729 sayılı kararında, "..Tazminat miktarı belirlenirken davacının brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılmalı; ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır. Öte yandan en çok dört aylık ücret alacağı işçinin işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olacağından faiz başlangıcı da bu tarih olmalıdır. Yazılı şekilde ücret olacağına dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de hatalıdır..." denmektedir.

İş sözleşmesi feshedilirken işçiye ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş ve işçi mahkemeden veya özel hakemden feshin geçersizliğine dair bir karar aldıktan sonra işveren tarafından bir aylık süre içerisinde işe başlatılmışsa, ödenen ihbar ve kıdem tazminatı meblağı, işçiye ödenmesi gereken 4 aylık boşta geçen süre tazminatından mahsubu yapılacak ve buna göre borçlu çıkan taraf bakiye borcunu diğer tarafa ödeyecektir. Yargıtay 9. H.D. 15.10.2003 ta-

19) O.G.Çankaya, C.İ.Günay, S. Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, sf. 273 vd.

rih ve 2003/16116-17101 sayılı kararında, *"...Ayrıca davacı işçinin hizmet akdi ihbar tazminatı peşin ödeyerek feshedildiği ne göre, davacı işçiye ödenen bildirim süresine ait bu ücretin işverence işe başlatılması halinde davacıya ödenecek boşta geçen günler ücretinden mahsubuna karar verilmesi gerekir iken..."* denmektedir.

Yargıtay, işe iade davalarında iş güvencesi tazminatının talep olmasa bile mahkeme tarafından hüküm altına alınması gerektiği kanaatindedir. Feshin geçersizliğinin sonucu öngörülen bu tazminattan, tespit niteliği olan alacaklar olarak görmektedir. 9. H.D. 28.10.2004 tarih ve 2004/7587 E. - 24487 K. sayılı ilamında, *"...işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti talep olmasa da re'sen dikkate alınmalıdır. Keza tespit niteliğindeki bu hüküm ile karar harcı ve vekalet ücretinin maktu olarak takdiri gerekir."* demek suretiyle bu hususu belirtmiştir.

İş güvencesi tazminatı, işverenin işçiye işe başlatması gereken bir aylık sürede işe başlatmaması halinde muaccel olacağından bu tazminata faiz bu tarihten itibaren, çalıştırılmayan dört aylık ücrete ilişkin alacak ise, işçinin işverene işe başlamak için yapmış olduğu müracaat tarihinden itibaren muaccel olacağından ancak bu tarihlerden itibaren tazminatlara faiz işletilebilir. Bu sebeple iş güvencesi tazminatına ve boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağına dair alacaklara dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi doğru değildir.

9. H.D.'nin 10.02.2004 tarih ve 2003/23396 E. - 2004/1896 K. sayılı ilamında bu husus gerekçeyle açıklanmıştır; *"...4857 sayılı İş Kanunun 21/1 fıkrası uyarınca hüküm altına alınan tazminat kararının kesinleşmesinden sonra davacı işçinin süresinde işe başlatılması için işverene başvurusu, bunun üzerine işverenin süresinde davacıyı işe başlatmaması halinde muaccel olur. Bu durumda tazminat ancak işverenin davacıyı işe başlatmama koşuluna bağlı olarak muaccel hale geleceğinden dava konusu talebe dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi hatalıdır. Yine davacı işçinin çalıştırılmadığı süre için hüküm altına alınan dört aylık ücret alacağı da kararın kesinleşmesi üzerine davacının işe başlatılması amacı ile işverene başvurusu durumunda muaccel olur. Diğer bir deyişle bu konuda verilen karar tespit niteliğinde olduğundan işverenin temerrüdü işçinin başvurusuna bağlıdır. Bu nedenle ücret için faize karar verilmesi yerinde değildir...."*

Henüz işe iade davalarının işe iade ile ilgili sonuçları hakkında bizim tespit edebildiğimiz davalar ve kararlar bulunmamaktadır. İşe başlatma veya başlatmama halinde boşta geçen süreler için vergi ve primlerin nasıl geriye dönük ödeneceği, davaların uzun sürmesi halinde dava sırasında işçinin veya bakmakla sorumlu bulunduğu yakınlarının çalışılmayan dönemde hastalık konusunda sosyal güvenlik yardımlarından nasıl faydalanacakları, gerektiğinde vizite kağıdını nasıl ve ne şekilde alacakları, tedavilerinin nasıl yapılacağı konularında düzenleme ve paralelinde uygulama söz konusu olmadığından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uygulamasındaki boşlukların

doldurulması için diğer kanunlardaki anılan eksikliklerin en kısa zamanda düzenlemesi gerekmektedir.<sup>20</sup> Her ne kadar. Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının, işe iade kararı alan sigortalılar için prim belgelerinin verilmesi ve primlerin ödenmesi sürelerine ilişkin 04.03.2005 tarih ve 16 - 330 sayılı genelgede, mahkeme kararının temyiz edilmemesi halinde kararın kesinleştiği, temyiz edilmesi halinde Yargıtay onama ilamının işveren veya vekiline tebliğ edildiği, Yargıtay onama ilamı taraflara tebliğ edilmemiş/edilememiş ise Yargıtay onama ilamının kararı vermiş olan Mahkeme kalemine intikal ettiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar verilmesi ve belgelerde kayıtlı sigorta primlerinin aynı süre içerisinde ödenmesi halinde, idari para cezası ve gecikme zammı uygulanmayacağı belirtilmiş ise de, söz konusu genelgenin özellikle İş Kanununun 21. maddesiyle olan çelişkileri nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir.<sup>21</sup>

#### **f. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve İş Güvencesi ile İlişkisi:**

İş Kanununun 22 inci maddesi, çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshini düzenlemiştir. Bu madde ile amaçlanan, kanunda belirli koşulların oluşması durumunda işverene çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin tanınmış olması nedeniyle, belirli olumsuz koşulların var olması durumunda, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması suretiyle, iş ilişkisinin devamının sağlanmasıdır.

İşveren çalışma koşullarında değişiklik yapmak istediğinde bunu yazılı olarak işçiye bildirecektir. İşçi çalışma koşullarında yapılan değişikliği kabul ettiğini yazılı olarak altı iş günü içerisinde işverene bildirmek zorundadır. İşçi değişiklik önerisini kabul etmezse, işveren değişiklik isteğinin nedenim yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak kaydıyla, iş sözleşmesini feshedebilir. İşveren, iş sözleşmesini başka geçerli bir nedene dayanarak da feshedebilir. Bu durumda işçi, iş güvencesi hükümlerinde istifade ederek, feshin geçersizliğini iddia edebilir. 9. Hukuk Dairesi 06.12.2004 tarih ve 2004/7178 E. ve 2004/26665 K. sayılı kararında, işçinin rızası olmaksızın görev yerleri değiştirilen işçilerin yeni görevlerini kabul etmemeleri üzerine işveren tarafından hizmet akitlerinin feshedilmesini yasaya uygun bulmamıştır. Anılı kararın gerekçesinde, "...Davacının hizmet sözleşmesinin 2- 4,09.2003 tarihlerinde devamsızlık yaptığı gerekçesi ile feshedildiği davalı tarafça savunulmuş ise de; güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı ve bir kısım arka-

20) A. Duran, Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunun'un 21. Maddesi "Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 3, sf. 815.

21) Ö. Ekmemiş, S.S. Kurumu Başkanlığı'nın İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2005 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, 2005, Sayı 7, Sf. 966 vd.

*daşlarının ücretsiz izin dönüşü görev yerlerinin sevkıyat ve temizlik birimlerinde çalıştırılmak üzere değiştirilmek istendiği, davacı ve arkadaşlarının bu hususu kabul etmedikleri, bunun üzerine 01.09.2003 tarihinde fiilen işlerine son verildiği, davacı tarafın 02.09.2003 tarihi fiilen Bölge Çalışma Müdürlüğüne müracaatta bulunduğu, bu tarihten sonra tutulan devamsızlık tutanaklarına itibar edilemeyeceği keza 01.09.2003 tarihi fiilen yapılan feshin geçerli bir nedene dayanılarak yazılı yapılmadığı anlatmakla davacının davasının kabulüne karar vermek gerekir ..." hususları belirtilmiş ve Yerel Mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.*

Çalışma koşullarında yapılacak değişiklikler, geçmişe etkili olarak yapılamaz. Buna karşılık belirli süreli bir iş sözleşmelerinde, işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkı olamayacağından, bu sebeple sözleşmeyi feshetme hakkı da olamayacaktır.

#### **g. Toplu İşçi Çıkarma ve İş Güvencesi ile İlişkisi:**

İş Kanununun 29 ncu maddesine göre işyerinde çalışan işçi sayısı,

- a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin,
- b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin,
- c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin,

işine, 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesini toplu işçi çıkarma olarak kabul edilmiştir.

İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmesi koşulu ile toplu işçi çıkarma yapılabilir.

İşverenin 29/1 nci fıkrası uyarınca hazırlayıp, işyeri sendika temsilcisine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna vereceği bildirimde, işçi çıkarmasının sebeplerini, bundan etkilenecek işçi sayısı ve gruplarının ve işe son verme işlemlerinin hangi zaman dilimi içerisinde gerçekleşeceğini belirtmek zorundadır. Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerin, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması veya çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konularını içermesi gerektiği ve görüşmelerin sonunda, toplantının yapıldığına dair bir belgenin düzenlenmesi gerektiği, 29 ncu maddenin dördüncü fıkrasında belirtilmiştir.

Fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur. Ancak yasada belirtilen koşullara uyulmadan yapılan toplu işçi çıkarmaları sonuçlarını doğurmaz, (İş K. Mad 29/5) 9. H.D. 23-10.2003 tarih ve 2003/18090-17878 sayılı kararında "...Dava konusu olayda davacı işçiye yapılan 9.5.2003 tarihli fesih bildirimden önce ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğüne anılan maddenin birinci fık-

*rası uyarınca herhangi bir bildirimde bulunulmuş olmadığından maddenin dördüncü fıkrasına göre bu fesih işlemi hüküm doğurmamıştır. Davalı idarece 24. maddenin (1475 Sayılı Kanunun) birinci fıkrası uyarınca ilgili yerlere bildirimleri yapıldıktan sonra tekrar 30.5.2003 tarihi fesih bildiriminde bulunulmuş olduğuna göre bu fesih işleminin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığının tartışılması gerekir. Mahkemece, ilk fesih işleminin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu kabul edilerek ikinci fesih işleminin bu nedenle geçersiz olduğu sonucuna varılması isabetsizdir.. Öte yandan davalı kamu kuruluşu bütçe yetersizliği, işçi fazlası, maliyetlerin yüksek oluşu gibi ekonomik nedenlerle 53 yaşını doldurmuş ve emeklilik hakkını kazanmış işçilerin hizmet akllilerini feshetme yoluna giderek tüm ülke çapında genel bir uygulama yapmıştır. İşten çıkartılan işçilerin yerine yeni işçi alındığı da iddia ve ispat edilmiş olmadığından ve kamu kurumlarında ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırıldığı bilinen bir gerçek olduğundan fesih için geçerli bir sebep bulunduğu kabul edilmelidir... denmektedir.*

İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı surette faaliyete son verilmesi durumunda işveren, sadece durumu otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmekle yükümlüdür. Bu durumda fesihlerin hükümlerini doğurması için otuz günlük bekleme süresi de söz konusu olamaz. Ayrıca işverenin, bildiri işyeri sendika temsilcisine yapmak ve işyeri sendika temsilci ile görüşmeler yapmak gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu durumda işveren, toplu işçi çıkarmasının kesinleşmesinin ardından, altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi alımı yapmak istediğinde, daha önce toplu işçi çıkarma ile iş sözleşmeleri feshedilen işçilerden nitelikleri uygun olanları tercihen ise çağırarak durumundadır. Kanaatimizce, işveren altı aylık süre içinde yeniden işçi almaya başlayıp, öncelikle toplu olarak işten çıkardığı işçileri ise davet etmezse, bu işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma haklarının doğduğunu kabul etmek lazımdır.

Mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işlerin niteliğine bağlı olarak yapılıyorsa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz, (İş K. Mad. 11)

İşveren, toplu işçi çıkarma ile ilgili düzenlemeleri iş güvencesi ile ilgili hükümlerin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz. Aksi takdirde işçiler bu maddelere dayanarak dava açabileceklerdir. İşveren toplu işçi çıkarmalarda, kurallara uymak ve hakkı kötüye kullanmamak zorundadır.

Yargıtay 9. H D 29.12.2003 tarih ve 2003/23204 E. - 22988 K. sayılı ilamında, *"...Belirtmek gerekir ki, işverence yapılan feshin sebebi, kesin ve açık olarak yazılı şekilde açıklanmalıdır. Bir an için feshin bu şekilde yapıldığı ve işverence 4857 Sayılı İş Kanununun 29. maddesindeki toplu işçi çıkarma şekli şartlarına uyduğu kabul edilse dahi, anılan 29. maddenin son fıkrası uya-*

rınca "işveren toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümlerini 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz..." denilmektedir.

9. Hukuk Dairesi 14.10.2004 tarih ve 2004/22472 E. ve 2004/23187 K. sayılı ilamında, aralarında muvazaa olmaması kaydıyla, işyerinin bir bölümünün alt işverene devrinin işyerinde yeniden yapılanma tedbiri ve işletme gereği olduğunu, bu sebeple işveren tarafından yapılacak toplu işten çıkarmalarla, işveren tarafından iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacı taşımayacağına karar vermiştir. Anılan kararda davacı işçi, davalı işveren nezdinde temizlik, bahçıvanlık, kalorifer vs. işleri yapmakta oldukları işyerinden kendisiyle birlikte 83 işçinin çıkarıldığını, davalının fesihleri 29. maddedeki sebeplere dayandırmasının kanuna karşı hile olduğunu, asıl sebebin sendikal faaliyetler olduğu sebepleriyle açmış olduğu davada, davalı işveren, Türk Silahlı Kuvvetlerinin son on yıl içinde etkin bir silahlı güç konseptine paralel olarak yeniden yapılanma içine girdiğini, asli görevin yurt savunması olup bu görevinin dışında kalan ve başka biçimlerde idamesi mümkün olan hizmetlerden çekilme kararı aldıklarını, bu nedenle aşamalı olarak askerlik süresi kısaltılıp bedelli askerliğin uygulandığı ordu pazarlarının kapatılıp erat yemek ve servis hizmetlerinin, kantin kafeterya işyerinin profesyonel şirketlere, okul ve kreşlerin Milli Eğitim Bakanlığına devredildiğini, bunların sonucu % 12 oranında küçülmenin sağlandığını ve davaya konu fesih kararına da, alınan bu genel nitelikteki kararının uygulanması sonucu olduğu savunmasında bulunup davanın reddini talep etmiştir. Yerel Mahkeme, " ..davalı işverenin tüm işçilerin akitlerinin yapısal değişiklik nedeniyle feshedildiğini kanıtlayamadığı, akdi fesih edilen işlerin bundan sonra yapılmayacağına dair bir savunmada bulunulmadığı, bu işlerin özel bir şirkete devredilmesi nedeniyle işyerinde yapısal ya da topolojik bir değişiklikleri söz edilemeyeceği, kaldı ki asıl işveren olarak davalının devredilen şirketin çalıştırdığı işçilere sorumluluğunun devam edeceğini ayrıca işverenin ekonomik sıkıntı içinde olmadığı, feshin son çare olarak değerlendirilmesi gerektiği, yapısal değişiklik savunması doğrultusunda kademeli işçi azaltılması yoluna başvurulmadığı ve feshin işçilerin çoğunlukla sendikaya üye oldukları tarihe denk geldiği, davacının feshin sendikal nedenlerle olduğunu kanıtladığı..." gerekçesiyle işe iadeye ve feshin geçersizliğine dair vermiş olduğu kararı Özel Daire, "...Olayın çözümü 4857 Sayılı İş Kanununun 29. maddesinde yer alan toplu işçi çıkarma ve aynı maddenin son fıkrası gereği toplu işçi çıkarmanın yasanın işe iade ile ilgili iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacı ile kullanılıp kullanılmadığı konusunda toplanmaktadır. Dosya içeriğinden davalı işverenin temizlik, kalorifer yakımı, bahçe bakımı gibi yardımcı işleri taşeronla devretme kararı aldığı, bu karar gereği bu işlerde çalışan davacı ve arkadaşlarının hizmet akidlerinin ihbar kıdem tazminatı ve işçilik haklarını ödemek koşulu ile fesih ettiği ve bu işleri usulünce yapılan

*ihale ile ISO kalite belgesi sahibi taşeron devredildiği anlaşılmaktadır. Taşeron devir işleminin muvazaalı bir işlem olduğu yeterli delillerle kanıtlanabilmiş değildir. Taşeron verilen işlerin yapıldığı işyerinde daha önce toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olması muvazaanın kabulü için tek başına yeterli delil sayılamaz. Nitekim Bölge Çalışma Müdürlüğü iş müfettişinin tespitleri de bu doğrultudadır. İşyerinin bir bölümünün alt işverene devri yeniden yapılanma tedbiridir. Yasanın tanıdığı olanaktan yararlanan işverenin yardımcı işleri alt işverene devri hukuki bir yeniden yapılanma tedbiri ve işletme gereğidir. Bu bakımdan söz konusu işte çalışan davacının sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden mevcut olduğunun kabulü gerekir..." gerekçe-siyle,*

Yerel Mahkeme kararının ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermiştir.

#### **h. Sendikal Nedenlerle Fesih ve İş Güvencesi ile İlişkisi:**

Sendikalar Kanununun 30 uncu maddesi gereğince, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde, İş Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Temsilcinin hizmet akdi sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmişse, İş Kanununun 21/1 nci fıkrası uyarınca ödenecek iş güvencesi tazminatı, bir yıllık ücretinden az olamayacaktır.

Ayrıca işveren, Sendikalar Yasası'nın mad. 30/3 fıkrası uyarınca sendika temsilcisinin yazılı rızası olmaksızın, temsilcinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı değişiklik yapamaz. Aksi takdirde değişiklik geçersiz sayılır. Yargıtay 9. H-D. 20.11.2003 tarih ve 2003/19327 E. - 19592 K. sayılı ilamında, "...işyeri sendika temsilcisi olarak çalışan davacının yazılı muvafakati alınmadan müze ve öğrenyeri gelirlerini tahsiline bağlanması ve personel ihtiyacı nedeniyle işyeri değiştirilmesi olup 2821 sayılı sendikalar yasasının 4773 sayılı yasayla değişik 30. maddesinin son fıkrası hükmüne göre sendika temsilcisinin yazılı muvafakati alınmadan işyerinin değiştirilmesi mümkün olmadığından ve davacının işyeri değişikliğinin gerekçesi geçerli bir sebep içermediğinden davanın kabulü yönüne gidilerek aşağıda yazılı olduğu üzere hüküm oluşturulması uygun bulunmuştur..." denilmiştir.

Sendikalar Yasasının 30 uncu maddesinin İş Kanunu hükümlerine yapmış olduğu atıf gereğince, işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için, İş Kanununun 18 inci maddesinde belirtilen, en az altı aylık kıdemin olması ve işyerinde en az otuz işçinin çalışıyor olması koşulları, işyeri sendika temsilcileri hakkında da aranacaktır. Bu durumda, belirli süreli hizmet akdiyle çalışmakta olan işyeri temsilcileri de, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı açıktır.

Sendikalar Yasasının 31. maddesi incelendiğinde görüleceği üzere, bu madde de düzenlenen sendikal tazminat talebinden, maddenin üçüncü ve be-

şinci fıkralarında belirtilen, sadece iş ilişkisinin devamı sırasında işin sevk ve idaresi ve dağıtımı ve tüm çalışma şartları ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin işveren tarafından işçilere farklı uygulanması; aynı şekilde işçilerin sendikaya üye olup olmamaları ya da ayrı sendikaya üye bulunmaları sebebiyle ayırım yapılması, sendikal faaliyetlere katılan işçilerin farklı işlemlere maruz bırakılmaları durumunda söz konusu olabilecek; işverenin bu çerçevede fesih hakkını kötüye kullandığının ispat yükümlülüğü de işçiye terettüp edecektir.<sup>22</sup>

Sendikalar Yasasının 31 nci maddesinin yedinci fıkrası gereğince, 854 Sayılı Deniz İş Kanununa, 818 Sayılı Borçlar Kanuna tabi olarak çalışan işçiler ve tarımdan sayılan işçiler ile İş Kanununun 18 maddesindeki koşulları taşımayıp, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma imkanı bulunmayan işçilerin, hizmet akitleri işveren tarafından sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı feshedilmesi halinde işçinin açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanacak ve işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle fesih ettiği anlaşırsa, işverenin işçiye ödemek durumunda kalacağı tazminat aynı maddenin altıncı maddesi gereğince, işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacaktır.

Bu sebeple, sendika üyeliği veya sendikalar faaliyetlerden dolayı hizmet akdi feshedilen işçi, İş Kanunu'na göre, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşullarına sahip ise, uyuşmazlığın çözümü İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 nci maddelerinin uygulanması suretiyle çözümlenecek ancak bu noktada işveren tarafından işçiye ödenecek tazminatın da miktarı, işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacaktır.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda Yargıtay, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı bulunan işçinin, feshin geçersizliğini ve işe iadesini talep etmeden, sendikal tazminat isteyemeyeceğine karar vermiştir. 9 Hukuk Dairesi, 27.12.2004 tarih ve 2004/20181 E. ve 2004/29411 K. sayılı kararında Yerel Mahkemenin kabul kararını "...Tazminat isteğine dayanak yapılan Sendikalar Kanununun 31/6. maddesine göre *"Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanunu'nun 18, 19,20 ve 21'nci madde hükümleri uygulanır. Ancak İş Kanunu'nun 21'nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık tutarından az olamaz."* Keza aynı maddenin 7. fıkrasında da *"İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanun'un 18, 19, 20 ve 21'nci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere*

22) Ü., Narmanlıoğlu, İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi - Karar İncelemesi - Legal Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, Sayı 5, sf. 246

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır, İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır". Somut olayda davacı, davalı işyerinde 07.02.2003 tarihinde çalışmaya başlatma olup, fesih tarihi 11.11.2003 tarihinde altı aylık kıdemini doldurduğu ve diğer koşullarda birlikte iş güvencesi kapsamında olduğu anlatılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde 6 aylık kıdemi olan işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında feshin geçersizliği ve işe iade isteğinde bulunabileceği açıktır. Yukarıda açıklanan düzenlemeler karşısında davacı iş güvencesi hükümleri olan 4857 sayılı İş Kanun'u'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinden yararlanacağından bağımsız olarak sendikal tazminat isteğinde bulunamaz. Zira iş güvencesi kapsamında kalan bir işçi, feshin geçerli nedenle yapılmadığını ileri sürmez ise, fesih anılan düzenlemeler gereğince geçerli bir hal almaz. Başka bir anlatımla iş güvencesi kapsamında kalıp, sendikal nedenle fesih yapıldığını ve feshin geçersizliğine karar verilmesini istemeyen işçi, sendikal tazminat isteğinde bulunamaz...." gerekçesiyle bozmuştur. Bu karar, sonucu itibariyle doğru olmakla birlikte yasal düzenlemelerden kaynaklanan bir takım sorunlar nedeniyle uygulamada çelişkili sonuçlar ortaya çıkaracağı da açıktır. Anılan yasal düzenleme gereğince, işyerinde sadece birkaç gün çalışan ve 6 aydan az kıdemi olduğu için iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçi, sendikal nedenle işverence iş sözleşmesinin feshinde, doğrudan sendikal tazminat talep edebilecektir. Ancak, işyerinde uzun yıllar çalışan hatta emeklilik hakkını kazanmış olan işçi, iş güvencesi kapsamında kaldığı için böyle bir imkandan yoksun kalacaktır. Bu nedenle 2821 sayılı yasanın 31. maddesinin bu açıdan Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmektedir.<sup>23</sup>

Yargıtay, hizmet akitlerinin sendikal nedenle fesih edilmesi halinde hâkimin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74. maddesi gereğince taleple bağlı olduğunu belirtmiştir. 9. H.D.'nin 24.05.2004 tarih ve 2004/5027 E. ve 2004/12407 K. sayılı ilamında, "...Her ne kadar feshin sendikal nedenle yapıldığı ve bu nedenle de belirlenecek tazminatın 2831 sayılı Yasanın değişik 31. maddesi uyarınca bir yıllık ücret alması gerekir ise de davacının 8 aylık ücret talep etmiş olması karşısında bu husus bozma nedeni yapılmamıştır..." demek suretiyle bu hususu belirtmiştir.

23) Ş. ÇİL, Sendikal Tazminata Dair karar İncelemesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, Sayı 6, Sf. 677.

## KAYNAKÇA

1) GÜNAY, Cevdet İlhan (Doç. Dr.), İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, 3. Baskı

2) İNCİROĞLU, Lütfi, Sorulu - Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, Güncellenmiş 2. Baskı

3) ÖZCAN, Erol, İş Güvencesi Yasasının Getirdiği Yenilikler ve Uygulama Sorunları, İzmir Barosu Dergisi, 2002, Sayı 4

4) BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Karahan Kitabevi, Adana, 2004, 1. Baskı

5) EYRENCİ, Öner (Prof. Dr.), 857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 1

6) EKMEKÇİ, Ömer (Doç. Dr.), Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 1

7) TUNCAY, Can (Prof. Dr.), İşe İade (Karar İnceleme), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 2

8) ENGİN, Murat (Y. Doç. Dr.), İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin -Yargıtay Karar Değerlendirmesi -, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 2

9) GÜLER, Mikdat, Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi -Karar İnceleme-, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 2

10) DURAN, Abdurrahman, Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçtan", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 3

11) UCUM, Mehmet, İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2004, Sayı 4

12) NARMANLIOĞLU, Ünal (Prof. Dr.), İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, Sayı 5

13) KAR, Bektaş, İş Güvencesi Kavramı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, Sayı 6

14) ÇİL, Şahin, Sendikal Tazminat, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, Sayı 6

15) Karşılaştırmalı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu, İzmir Serbest Mu-

hasebeci Mali Müşavirler Odası Yayını, İzmir, 2003

16) ÇALIK, Şefik, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, 3. Baskı

17) UCUM, Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, 1. Baskı

18) ÇANKAYA, Osman Güven - GÜNAY, Cevdet İlhan - GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, 1. Baskı

19) GÜNAY, Cevdet İlhan (Doç. Dr.), İş Kanunu Şerhi (2 Cilt), Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, 1. Baskı

20) EKMEKÇİ, Ömer (Doç. Dr.), S.S Kurumu Başkanlığı'nın İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2005 Tarih ve 16 - 330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2005, Sayı 7

# İşe İade Davaları ve Sonuçları

n Erol ÖZCAN \*

1475 Sayılı İş Yasası'nın uygulandığı 10.06.2003 tarihine kadar işe iade sadece işyeri sendika temsilcileri için olduğu halde, 4857 Sayılı İş Yasası'nın yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihinden itibaren Türk İş Hukuku'na belli koşullarda çalışan işçiler için de işe iade söz konusu olmaktadır.

## İŞE İADE DAVASININ KOŞULLARI

4857 Sayılı Yasa'nın 18.maddesi uyarınca otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde en az altı ay kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi işçinin “yeterliliğinden” veya “davranışlarından” ya da “işletmenin”, “işyerinin” veya “işin gereklerinden” kaynaklanan geçerli bir nedene dayanarak feshedilebileceği öngörülmüştür. Yasanın bu düzenleme şekli ile demek ki **feshin geçerli bir nedene dayanması ve belli koşulların gerçekleşmiş olması** gerekmektedir.

## KİMLER İŞE İADE DAVASI AÇABİLİR

**4857 Sayılı Yasa'nın 18. maddesi uyarınca:**

**a) İşçinin çalıştığı işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışmalıdır.**

İşçi sayısının hesabında işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde ,işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı göz önüne alınarak hesap edilmelidir.

Örneğin X şirketin ya da şahsın süpermarketlerinden birinde tezgahlar olarak çalışan işçinin çalıştığı işyerinde 7 işçi çalışıyor ve X şirketin veya şahsın diğer 5 süpermarketinin her birinde 7 işçi çalışıyorsa toplam 35 işçi çalıştığı için tezgahlar olarak çalışan işçinin çalıştığı işyerinde 7 işçi çalışmasına rağmen 4857 S.Y.'nin 18. maddesinde ki iş güvencesi kapsamındadır.

İşçi sayısının hesabında ister belirli süreli, ister belirsiz süreli, ister kısmi

\* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

sürelî çalışan olsun 30 sayısının hesabında tümü dikkate alınacaktır. Ancak işyerinde çalışan **çıraklar, stajyer öğrenciler, meslek eğitimi gören öğrenciler, geçici iş ilişkisi ile çalışanlar (başka işverenlere ait işçiler), memurlar (Devlet memurları) sözleşmeli personel** (kamuda çalışan sözleşmeli personel) 30 işçinin tespitinde dikkate alınmayacaktır. Ayrıca alt işveren işçileri münhasıran sadece asıl işveren işyerinde istihdam ediliyorsa bu işyeri alt işveren için asıl işyeri sayılacağından 30 işçinin hesabında dikkate alınmayacaktır. Aynı şekilde asıl işveren işçileri de alt işveren işyeri için 30 işçinin tespitinde dikkate alınmayacaktır.

İş sözleşmesi sona erdirilmiş mahkemece işe iade edilen ve kararı kesinleşen işçiler 30 sayısında dikkate alınacaktır. Hastalık, izin gibi geçici olarak işyerinde bulunmayan ama iş sözleşmesi devam eden işçiler 30 sayısında dikkate alınacaktır.

#### **b) İşçinin en az altı ay kıdemi olmalıdır.**

İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilmelidir. Aynı işverenin değişik işkollarındaki hizmetler toplanarak 6 aylık kıdem hesap edilmelidir.

İhbar süresi verilerek iş sözleşmesi sona erdirilmekte ve 6 aylık süre ihbar süresi içinde dolmakta ise yine de 6 aylık kıdem şartının gerçekleşmeyeceği kanaatindeyim. Zira fesih iradesi 6 ay dolmadan açıklanıp önel verilmiştir.

İşçinin deneme süresi ilk gününden itibaren 6 aylık sürede sayılması gerektiği halde çıraklıkta geçen süre ve sözleşmeli personel de geçen süre 6 aylık kıdem de dikkate alınmayacaktır. Zira bu dönemlerde işçilik söz konusu değildir.

Kısa süreli rapor ve izinler çalışma süresinden sayılacak, ancak uzun süreli istirahat raporları 6 aylık kıdem de dikkate alınmayacaktır.

#### **c) İşçi ile işveren arasında ki iş sözleşmesi belirsiz süreli olmalıdır.**

Özellikle 1475 Sayılı Yasa'nın uygulandığı dönemlerde işverenin fesih bildirimi yükümlülüğünden kurtulmak, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini sağlamak, ihbar ve kıdem tazminatı haklarından kurtulmak için birbiri ardına belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmaktaydı. Hakkın kötüye kullanılması durumlarında Yargıtay zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin geçersizliğine ve iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olduğunu kabul etmekteydi. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 09.05.2002 gün 2001/2087 E., 2002/7404 sayılı kararı)

4857 Sayılı Yasa ile belirli süreli iş sözleşmesinin: "belli bir işin tamamlanması, belirli bir olgunun ortaya çıkması" gibi koşulların varlığı durumunda veya "belirli süreli işlerde" yapılacağı kabul edilerek belirli süreli iş sözleşmelerinin alanını hem belirlemiş, hem de sınırlamıştır. Yani belirli süreli, sözleşme yapılabilmesi için; "**esaslı bir nedenin varlığı**" ve "**objektif koşulların**" gerçekleşmesi gerekmektedir. Yine 11. madde ile belirli süreli iş

sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı hükme bağlanmış, aksine davranış halinde iş sözleşmesinin başlangıçtan beri belirsiz süreli olduğu kabul edilmiştir.

Özellikle 4857 sayılı yasa yürürlüğe girdikten sonra bazı işyerlerinde uzun yıllardan beri çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin belirli süreli hale getirilerek yeniden yapıldığı gözlenmiştir. İş güvencesini yok etme amacıyla yapılan bu sözleşmelerin esaslı bir neden olmadan yapılmış olmaları halinde geçerli bir sözleşme kabul edilemez. Sadece kamu kesiminde belirli süreyle çalıştırılan sözleşmeli personel iş güvencesi kapsamında değildir. Aynı şekilde özel okul öğretmenleri de belirli süreli sözleşmeyle çalıştırıldıklarından iş güvencesinden yararlanamazlar.

Her şeyden önce belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için yukarıda açıklandığı gibi esaslı nedenler ve objektif koşulların olması gereklidir. (Yargıtay 9. Hukuk dairesinin 18.03.2004 gün 2004/15449 E.2005/5354K.)

#### **d) Feshin geçerli bir sebebe dayanması gerekmektedir.**

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden olmadan iş sözleşmesinin feshi geçerli bir fesih sayılmamaktadır.

İşçinin yetersizliği bireysel yetenekleri ile ilgili iken, davranışlarından kaynaklanan fesih nedenleri ise işyeri uygulamalarına ve iş sözleşmesine aykırılık oluşturmaktadır. Uyarılara rağmen işçi aykırı davranışlarını sürdürmesi halinde fesih nedeni oluşmuş olacaktır.

İşçi, uyarılara rağmen işini gereği gibi yapmadığı taktirde 4857 S.Y.'nın 25/2 maddesinde ki haklı fesih sebebi oluşturacağı halde, işçinin görevini eksik, kötü ve yetersiz olarak yapması durumlarında işverene geçerli fesih hakkı tanınmış olacaktır.

#### **İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedenleri:**

- Ortalama olarak benzer işi yapanlardan daha az verimli çalışmak,
- Kendisinden beklenen performanstan daha düşük çalışmak,
- İşçinin işine yoğunlaşmasının azalması,
- İşe yatkın olmadığının anlaşılması,
- Öğrenme ve kendini geliştirmede yetersizlik,
- Sık sık hastalanarak görevini yerine getirmede aksaklıkların ortaya çıkması,
- İşe uyum göstermede ki yetersizlik, gibi durumlar işçinin yetersizliğine örneklerdir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenleri ise :

- İşverene zarar vermek ya da zararın tedirginliğini yaşatmak,
- İşyerinde çevresine rahatsızlık verecek şekilde çalışmak,

- Çalışma arkadaşlarını yöneticilerine karşı olumsuz tavır almağa teşvik etmek,
- İş ortamını ve akışını etkileyecek şekilde diğer kişilerle ilişkide bulunmak,
- İş akışını etkileyecek şekilde telefon görüşmeleri yapmak,
- Sık sık işe geç gelmek ve uyarılara rağmen bu davranışı sürdürmek,
- İş aksatacak şekilde işyerinde dolaşmak,
- İş arkadaşları ve yöneticileri ile sık sık tartışmalara girmek,
- İş arkadaşlarını psikolojik ve duygusal davranışları ile rahatsız etmek,
- İzinsiz olarak iş arkadaşlarının bilgisayarlarını kullanmak, özel belgelerini incelemek,
- İsteksiz ve ilgisiz çalışmak, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yapmak,
- İşyerinde genel sigara içme yasağına uymamak,
- İstirahat raporunu zamanında işverene ulaştırmamak,
- İşyerine ait araç ve gereçleri özel işlerinde kullanmak,
- Cinsel taciz anlamına gelecek davranışlarda bulunmak, gibi durumlar işçinin davranışlarından kaynaklanan örneklerdir.

#### **İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih sebepleri:**

4857 Sayılı Yasa'nın 18. maddesine göre işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir neden olduğunda işçinin iş sözleşmesi sona erdirilebilecektir. Bu nedenler tamamen işyeri ile ilgilidir. Bunlar işyeri içinden veya işyeri dışından kaynaklanabilir.

#### **İşyeri dışından kaynaklanan nedenler:**

- Talep ve sipariş azalması
- Enerji sıkıntısı gibi zorlayıcı nedenin ortaya çıkması
- Ülkede ekonomik krizin varlığı
- Piyasadaki genel durgunluk
- Yurtiçi ve yurt dışında Pazar kaybedilmesi
- Hammadde sıkıntısı

#### **İşyerinden kaynaklanan nedenler:**

- Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması
- Yeni teknolojilerin uygulanması
- Yapısal değişikliklerin uygulanması
- İşyerinin ve bazı işlerin daraltılması
- Bazı iş ürünlerinin başka firmalara yaptırılması

**e) İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında işe iade istenemez.**

4857 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile işveren vekili: "işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir." şeklinde ki düzenlemesi ile işveren vekili tarif edilmiştir. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi işveren vekillerini diğer işçilerden ayıran belirgin farklılık işveren vekilleri işverene iş sözleşmesi ile bağlı olsalar da konumları itibari ile vekalet akti ile bağlı olup işveren adına işyerini, işletmeyi sevk ve idare etmektedirler. İşveren vekillerinin bu sıfatları ile işçilere karşı muamelelerinden işveren sorumludur. İşveren vekillerinin sevk ve idare ve işvereni yükümlülük altına sokmaları işyeri veya işletme ile sınırlıdır.

İzmir 3. İş Mahkemesi'nin "TİS'ne işveren vekili olarak katılan ve TİS'ni işveren vekili olarak imza eden personel müdürünün işveren vekili olarak kabul edilip işe iade davasını reddetmesini Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yukarıda açıkladığımız gerekçelerle 4857 S.Y.'nın 18/son maddesi uyarınca işveren vekili kabul etmeyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

## **FESİH SEBEBİ OLAMAYACAK HALLER**

aa) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,

bb) İşyeri sendika temsilciliği yapmak,

cc) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış süreçte katılmak,

dd) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler,

ee) 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,

ff) Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (1) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık,

gibi hallere dayanılarak işçinin iş akti feshedilemez.

## **İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA Kİ İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH SEBEPLERİ**

4857 Sayılı Yasa'nı 18. maddesinde fesih sebepleri belirtilmiş olup, bu sebeplere dayanmayan fesihlerin geçerli bir nedene dayanmadığı kabul edil-

miştir. Bu durumda işe iade için dava açma koşullarının varlığı halinde iş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayanmamamsı halinde iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine, işçinin işe iadesine ve sonuçlarına karar verilmektedir.

## SÖZLEŞMENİN FESHİNDE USUL

İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

Yazılı olarak yapılmayan ve aynı şekilde fesih sebebi açık ve kesin olarak belirtilmeyen fesih bildirimleri geçersiz sayılacaktır.

İşveren işçinin “verimi” veya “davranışı” ile ilgili bir nedene dayanıyor- sa işçinin hakkında ki iddialara karşı savunmasını almak zorundadır. Savun- ma isteme bildiriminde işçiden hangi konuda savunması istendiği, hangi sü- rede savunma vermesi gerektiği, savunma vermediği taktirde hakkında ki id- dalar karşısında savunma yapmaktan vazgeçmiş sayılacağı bildirilmelidir. İşçinin savunması alınmadan işçinin verimi veya davranışı ile ilgili iş akti fe- sihleri geçersiz sayılacak ve işçi eski görevine iade edilebilecektir.

## FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZ ve USULÜ

İş akti feshedilen ve 4857 S.Y.’nın 18. maddesinde ki koşulları taşıyan iş- çii fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilir. Toplu İş Sözleşmesinde hü- küm varsa veya taraflar anlaşırsa yine bir ay içinde işçi ile işveren arasında ki iş aktinin feshine ilişkin uyuşmazlık özel hakeme de götürülebilir.

**İşveren feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat ile yükümlüdür. Şayet işçi feshin başka bir nedene dayanılarak yapıldığı iddiasında ise bu iddiasını işçi ispat edecektir.**

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ayda sonuçlandırılması ve mahke- mece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay’ın da bir ay içinde incelemesi- ni yapip kesin olarak karar verecektir.

Her ne kadar yasal düzenleme böyle ise de yetkili mahkemeler ve Yargı- tay bu sürelerde davayı sonuçlandıramamaktadır. Esasen 4857 S.Y.’nın 21 maddesinde yargılama sürecinin dört aya kadar olan bölümü için işe iade ka- rarı halinde işçinin ücret ve sosyal haklarının ödenmesi gerektiği şeklinde ki düzenleme ile yasa kendi içinde bu davaların 3 ayda sonuçlanıp kesinleşme- yeceğini kabul etmektedir.

## İŞE İADE VE SONUÇLARI

4857 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile geçersiz yapılan feshin sonuçlarını düzenlemiştir.

Yargılama sırasında iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin geçerli bir nedene dayandığını işveren ispatlamakla yükümlüdür. Feshin gerekçesini oluşturan konu hakkında işçinin usulüne uygun savunmasının alındığını, fesih nedeninin geçerli olduğunu ispat yükümlülüğü işverende, fesih gerekçesinin bildirmde ki gerekçe olmadığını başka bir nedene dayandığını iddia eden işçi de iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

Dava reddedildiği takdirde işveren tarafından yapılan **feshin geçerli olduğu** tespit edilmiş olacaktır.

İş sözleşmesinin işveren tarafından haklı ve geçerli bir nedene dayanmadan sona erdirildiğinin özel hakemce veya mahkemece tespiti halinde feshin geçersizliğine karar verilecek, kararın kesinleşmesinden itibaren 10 işgünü içinde işçi işine dönmek istemesi halinde işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır.

Özel hakem veya mahkeme feshin geçerli bir nedene dayanmadığına karar verdiğinde:

a) İş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayanmadığına ve İşçinin işe iadesine,

b) Yargılama sürecinin 4 aya kadar olan bölümü için işçinin ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğine,

c) Süresi içinde başvuruya rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde 4-8 ay arasında ücret tutarında tazminat ödenmesi gerektiğine, şayet iş sözleşmesinin feshi sendikal nedenle olmuş ise işçinin 1 yıllık ücreti tutarında bir tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilecektir.

Mahkemenin bu kararı bir eda hükmü olmayıp tespit hükmü niteliğindedir.

Yasa'nın 20.maddesi uyarınca yerel mahkeme 2 ay içinde davayı sonuçlandıracak,Yargıtay ise 1 ay içinde kesin olarak karar verecektir.

Yerel mahkemede iddia ve savunma değerlendirilip,deliller toplanacak ve Yargıtay incelemesine esas olacak şekilde dosya tekemmül ettirilmiş olmalıdır. Yargıtay incelemesine yeterli olmayan dosya Yargıtay tarafından bozma kararı ile geri çevrilmektedir.

İşçi işten çıkarılırken ihbar ve kıdem tazminatı ödenmiş ise işe iade kararı üzerine işe başlatılırken yapılan bu ödemedan işçinin yargılama sürecinin 4 aya kadar olan bölümü için kararlaştırılan ücret ve diğer hakları mahsup edilir. Mahsuptan sonra kalan ihbar veya kıdem tazminatı olursa işçi bunu iade etmek zorunda olmakla birlikte iade olmadı diye işe başlatmama mahke-

me kararını yerine getirmeme olarak kabul edilir. İşveren işçi üzerinde kalan fazla ihbar ve kıdem tazminatı alacağını yargı veya icra yolu ile işçiden ayrıca isteyecektir.

İşe iade kararında belirlenen boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar için işçinin işe başlama iradesinin işverene ulaştığı tarihten itibaren, işe başlatmama halinde ödenmesi gereken tazminat için ise faiz başlangıcı işçinin işe iade kararının kesinleşmesinden sonra işe başlama isteğinin 10 iş günü içinde işverene başvurusu ve işverenin 1 ay içinde mahkeme kararını yerine getireceği son günden itibaren yasal faiz işlemeye başlayacaktır.

## Ceza Muhakemesinde İşbirliği ve Birlikte Çalışmada Avukatın Rolü

n Mehmet SÜRÜCÜ \*

Öncelikle ulusal mevzuatımız olan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu açısından değerlendirme yapılması gerektiği inancındayım. Kanunun 1. maddesi avukatlık mesleğinin kamu hizmeti ve serbest meslek olduğunu, yargının kurucu unsurlarından olan savunmayı tesil ettiğini ifade etmektedir. Kanunun 2. maddesinde ise “avukatlığın amacı” başlığı altında, hukuki münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukuki anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun çözümü, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasının her dereceden yargı organları karşısında sağlanması olarak tanımlanmıştır.

Bu maddenin ikinci fıkrasında yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadırlar hükmünü taşımaktadır.

İşte öncelikli olarak avukatın işbirliği yöntemini bu madde düzenlemekte, sayılan tüm kuruluşların görevlerini yaparken avukatlara yardımcı olmaları gerektiğini bunun zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Yardımın somut hali avukatın istediği bilgi ve belgeye ulaşmasıdır. Kanun avukatlara bu tür yardımın yapılmasının zorunluluğunu ifade ederken, bu kurumların kanunlarındaki özel hükümlerin saklı olduğunu da ifade etmektedir. Bankalar Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Seçim Kanunu, Tapu Kanunu ve diğer bazı kanunlarda gizlilik prensibi gereğince bilgi ve belgelerin kimseye verilemeyeceğine ilişkin hükümler vardır. Görüldüğü üzere işbirliğini düzenleyen Avukatlık Kanunun’un 2. maddesinde avukatın görevini yaparken her türlü kamu ve özel kurumların bilgi ve belgelerine ulaşabilme hakları olduğunu, bu kurumların avukata yardımcı olmak zorunda oldukları ifade edilmekte ve aynı zamanda bu işbirliğini ortadan kaldıran kendi özel kanunlarına aykırı olmadığı takdirde ifadesi kullanılmaktadır. Böylelikle avukatların her türlü bilgi ve belgeye ulaşacakları görüntüsü verilirken, aslında avukatın böyle bir yetkisinin bulunmadığını diğer kuruluşların kanunları veya uygulamaları engelliyor. Baro-

\* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

ların gayretleri sonucu bazı idari düzenlemeler ile bir takım engellerin aşılmış olmasına rağmen bu yeterli olmamakta, kanunun yasal bir şekilde çözülme kavuşturulması gerekmektedir.

Aslında işbirliği kavramı şeffaf bir devlet anlayışının ifadesidir. Gizlilik genelde insan hakları gaspının bir örtüsüdür. Bu örtüyü kaldırdığımız oranda saydam ve insan haklarına dayalı bir yönetim biçimini tercih etmiş olacağız. Şeffaf yönetimde bireyler adına avukat, idare ve özellikle devletin yargı organlarıyla iş ve çalışma birlikteliği kurar. Anayasamıza göre mahkemeler millet adına karar verirler. Avukat işbirliği sağlanmaksızın verilen yargı kararında millet unsurunu göremezsiniz. Çünkü o karar milleti oluşturan bireyle rin avukatlarının katkısından yoksundur.

Avukatlık mesleğinin ulusal kaynakları arasında meslek kuralları da vardır. Bu kurallar içerisinde gerek işbirliğinin gerekse birlikte çalışmanın etik kuralları düzenlenmiştir. Avukatlık Meslek Kuralları 8-9 Ocak 1971 yılında Adana'da yapılan 4. Genel Kurul Toplantısı'nda kararlaştırılmış ve kabul edilmiştir. 50 maddeden oluşan işbirliği ve birlikte çalışmayla ilgili kuralları aktarmak istiyorum.

Kurallar gereği, Türk Avukatlarının bağımsız olduğunu, iş kabullerinde bu bağımsızlık ilkesinin belirleyici olacağını, avukatın mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranışlardan kaçınması gerektiğini, özel yaşamında da bu ilkeye sadık kalması gerektiği ifade edilmiştir. Avukat yazarken ve konuşurken düşüncelerini objektif ölçüler içerisinde yasaya ve hukuka dayalı ifade edecek, Avukatlar tarafların kin ve düşmanlıkları dışında işlevlerini sürdüreceklidir. Hakim ve savcılarla ilişkilerinde karşılıklı saygı ilkesi esas olacaktır. Avukatın duruşmayı terk edemeyeceği kuralı getirilmiştir. Ancak kişisel ve meslek onuru gerektirdiği takdirde duruşmayı terk edebilecektir.

Birlikte çalışmanın en somut göstergesi olan duruşmada; avukat, kural olarak bu birlikteliği karşılıklı saygı esasına göre sürdürecektir, ancak kişisel ya da mesleğine yönelik saygısızlık olduğu takdirde bu birlikteliğe son verip duruşmadan çıkabilecektir. Duruşmadan çıkmak demek bir istifa ya da görevden çekilme olarak algılanmamalıdır. Avukatın görevi bu davranışına rağmen devam etmektedir.

Genel olarak ulusal sistemde avukatlık mesleğinin yerini ve birlikte çalışmaya esaslarını değerlendirdikten sonra şimdi avukatın ceza yargılaması sürecindeki işbirliği ve birlikte çalışma ilkelerini mevzuatımızın çerçevesinde değerlendirmek istiyorum.

Ceza muhakemesinin başlangıcından ve bu faaliyetin sonucu olan hüküm kurulmasına kadar geçen süre içerisinde emniyet birimleri, savcılık, avukat ve hakim tarafından maddi hakikatin ortaya çıkartılması sürecinde bu ilişki-

ler içerisinde kelimenin tam anlamıyla bir işbirliğinden söz etmek mümkün değildir.

Tam olarak işbirliği kavramından 5237 sayılı kanun 73, CMK'nın 253 ve 254. maddelerinde yazılı bulunan uzlaşma müessesesinden söz edilebilir. Gerçekten de uzlaşma olarak getirilen bu yeni işbirliği modelinde avukatın aktif rolü bulunmaktadır. Şikayete bağlı suçlarda, suçun mağduru, savcının talebi üzerine uzlaşmayı kabul ettiğinde, fail de mağdurun zararını tümüyle veya büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde uzlaşmanın koşullarının tespiti gerekmektedir. Fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşmaları halinde bu avukat tarafından uzlaşma koşulları belirlenecektir. Bir avukat üzerinde fail ve mağdurun anlaşamamaları durumunda barodan uzlaştırmacı avukat tayini istenmek suretiyle uzlaşmanın koşullarını, tayin edilen avukat tespit edecektir. Uzlaşma şartlarının taraflarca kabulü halinde mağdur suçtan doğan mağduriyetini gidermiş olacağından soruşturma aşamasında bu olgunun gerçekleşmesi halinde takipsizlik kararı, aynı hususun yargılama safhasında yani kovuşturma evresinde yapılması halinde davanın düşürülmesine karar verileceği öngörülmüştür.

İşbirliğinin teknik anlamda ceza yargılamasındaki yeri uzlaşma müessesinden ibarettir. Bunun dışındaki yargılama faaliyetleri gerek soruşturma evresindeki ve gerekse koğuşturma evresindeki faaliyetler işbirliği olarak değil, BİRLİKTE ÇALIŞMA İLKESİ içerisinde değerlendirilebilir. Bu faaliyetler emniyet, savcılık ve yargılama aşamalarındaki birlikteliktir.

Birlikte çalışma ilkesi; şüphelinin belirlenmesi aşamasından, hüküm ve hükmün kesinleşmeği aşamasına, mahkumiyet halinde infaz sürecini de kapsayan bir usulü ve etik münasebetleri düzenleyen yazılı ve yazılı olmayan kuralları ifade etmektedir.

TCK ve CMK soruşturma ve kovuşturma evrelerinde polisin, savcının, avukatın ve hakimın hak ve yetkilerini belirlemiş bulunmaktadır, işte bu hak ve yetkilerin birlikte ve zamanında karşılıklı saygı, güven, hoşgörü esasına dayalı olarak paylaşılması maddi gerçeği bulma yolunda hukukumuza ve yargılama işlevine yeni ve çağdaş bir boyut getirmektedir.

Ceza yargılaması haklar yarışmasından ibarettir. Hakları tasnif edecek olursak bu haklar; kamu hakları, mağdur hakları ve sanık haklarıdır. Haklar yarışmasında bu hakların birinin diğerlerinden ön plana çıkartılması halinde, adaletin simgesi olan terazinin dengesini bozmuş ve maddi gerçeğe ulaşmayı engellemiş oluruz. Bu da adil olmayan sonuçların doğmasına neden olacaktır. Hiç bir hakkın diğerine üstünlüğü bu faaliyet içerisinde söz konusu edilemez. Haklar yarışmasında, ceza yargılama faaliyetinin esasını teşkil eden çelişkilerden bir sonuç elde etmek amaçlanmaktadır. Kamu ve mağdur hakları tezi, sanık hakları antitezi oluşturmaktadır. Bu çelişkilerin sentezi so-

nucunda yargıya ulaşılmaktadır. Doğal olarak tez, antitez ve sentez üçgeninde düşünsel bir işbirliğinden söz etmek olası değildir. Yargı faaliyetinin başlangıcı ve devamı süresince hukuktan kaynaklanan hak ve yetkilerin eksiksiz bir biçimde hoşgörü ve nezaket kuralları çerçevesinde kullanılabilmesi amaçlanmaktadır. Unutulmamalıdır ki, her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak, ceza muhakemesinin tek ve mutlak amacı değildir. Maddi gerçeğe ulaşmak için insan hak ve hürriyetlerini feda etmek çağdaş ceza hukukunun reddettiği bir felsefedir.

Yeni işbirliği (birlikte çalışma) modeli denildiğinde yeni CMK ile getirilen haklar bütününden söz etmek gerekmektedir. Eski düzenlemede eski adı ile hazırlık soruşturması yeni adı ile soruşturma evresinde müdafinin katkısı daha sınırlı idi. Yeni CMK da soruşturma evresinde tanık dinleme faaliyeti dışındaki tüm faaliyetlere müdafinin ve vekilin katılma, dilekte bulunma, delil ileri sürme hakları tanınmıştır.

Yargılamanın hangi evresinde olursa olsun işbirliği çerçevesinde müdafii ya da vekilin delille yüzleşmesi ve o delili değerlendirmesi hem bir adil yargılama ilkesi hem de çağdaş anlamda bir işbirliği prensibidir.

İşbirliği modelinde yasal düzenlemelerin yanı sıra insan faktörü çok önemlidir. Bir hakkın suistimal edilmeden, zamanında, yerinde ve eksiksiz bir biçimde kullanılabilmesi aynı zamanda insan faktörüyle de orantılıdır. Bununla ilgili örnek vermek istiyorum ki, CMUK'nun 3206 sayılı kanunla değiştirilmesi işbirliğinin ülkemizdeki ilk ve en önemli aşamasıdır. 3206 sayılı kanun çerçevesinde isteğe bağlı zorunlu müdafilik sistemi getirilmiştir, istek gözaltındaki şüpheli tarafından ileri sürülecektir, ilk uygulamalarda önceden basılmış ifade tutanaklarında "avukat istemedi" şeklinde uygulamalarla bu hak kullanılmaz hale getirilmiştir. Bir uygulamacı olarak mesai saati dışında emniyete gidip şüpheli ile görüşme dileğinde bulunduğumuzda birçok engeller çıkartılmakta idi. Hatta bir seferinde şüphelinin sorgusu alındığı sırada ben şüphelinin müdafii olarak sorgu odasına girmeye kalktım. Sorguyu yapan komiser "adam avukat istemiyor, hem sen bu saatte niye buraya geldin" şeklinde bana müdahalede bulundu ve görevimi fiilen engelledi.

Bir başka olayda, ki bu bir cinayet olayı idi, şüpheli ile yaptığım görüşmede bana suçu işlemediğini söylemişti. Kendisine sorgu sırasında bulunacağımı söyledim, kartımı verdim, hem de soruşturma birimine kartımı vererek telefonla çağrılmamı istedim, şüphelinin yakınları beni aradılar ve şüphelinin adliyede olduğunu söylediler. Adliyeye gittiğimde hayretle şüphelinin suçu kabul ettiğini ve avukat istemediğine ilişkin zaptı gördüm.

Yine bir başka olayda gözaltına alınan bir şüpheli için gece yarısı emniyet müdürlüğüne gittiğimde şahsın gözaltında olanlar arasında bulunmadığı bildirildi. Ama biliyordum ki şüpheli oradaydı ve gözaltındaydı.

70'li yıllara ilişkin bir avukat büyüğümün uygulamada insan unsuru yönünden anısını da anlatmak istiyorum:

Yurt dışına çıkış tahdidi konulan bir kişi ile ilgili olarak bu hukukçu büyüğüm Danıştay'da açtığı davada yürütmeyi durdurma kararı alır. Kararla birlikte Pasaport Şubesine gider, bir Başkomiser'e kararı uzatır ve gereğim ister. Başkomiser'in cevabı "Pasaport çekmecemde, gelsin Danıştay alsın" der.

3206 sayılı kanunla hazırlık soruşturması sanık ve müdafiiine açılmış, bu aşamada sanık ve müdafii hakim yasağı olmadığı takdirde her türlü belgenin bir örneğini alabilme ve sanığın sorgusuna müdafiiin katılım hakkı varken kanunda bu haktan suçtan zarar görenlerin de istifade edeceği açıklığı olmadığı için, 5271 sayılı CMK'nın kabulüne kadar müşteki ve vekiline hazırlık soruşturması gizliliği sürdürülmüş; müşteki ve vekili hazırlık soruşturmasına müdahalede bulunamadığı gibi, evrakın suretini alma hakkı da fiilen tanınmamış. Bu yasakçı anlayış Adalet Bakanlığı Genelgesi ile yazılı bir hale getirilmiştir. Oysa eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda hazırlık soruşturmasının gizliliği kuralı yasal bir kural değildir. Savcının verdiği takipsizlik kararlarına müşteki ve vekili itiraz etmek istediğinde takipsizlik kararına mesnet olan belgeler müşteki ve vekilinden gizlenmekte, savcının takipsizlik kararına hangi gerekçelerle ulaştığı soruşturmanın bir tarafından yasakçı bir zihniyetin sonucu olarak gizlenmekte idi.

Yasal mevzuat kadar insan faktörünün önemine işaret etmek istiyorum. 3206 sayılı kanun sonrası emniyet birimleri suçlarda artış olduğunu belirterek bu uygulamanın kaldırılması gerektiğini defalarca ileri sürmüşlerdir.

Bu olumsuz gelişmeler baro ve avukatların önderliğinde yumuşatılmış, görevini yasaya uygun yapmayanlar hakkında tutanaklar tutulmak suretiyle suç duyurularına gidilmiş, böylelikle gönülsüz bir işbirliği sağlanmıştır.

5271 sayılı CMK'nın kabulü ile birlikte insani anlamda yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeleri avukatlar olarak başından beri bizler istiyor idik. Barolar olarak konuya ilişkin tasarıları düzenleyerek adalet bakanlığına çeşitli dönemlerde ilettik. Ancak avukatlar olarak tüm çağdaş düşüncelerimizi CMK'ya yansıtabilmiş değiliz. Fakat ülkemizde yapılan ileriye yönelik bu değişiklikleri eksikliklerine rağmen alkışlıyor her türlü işbirliğine ve birlikte çalışmaya hazır olduğumuzu bu vesileyle de yineliyoruz.

AB sürecinde memnuniyetle gözlediğim husus bu acı hatıraların yavaş yavaş tarihe gömüldüğüdür. Artık emniyette genel olarak avukat mesleğini icra eden bizler saygı görüyoruz. Eskisi gibi suçların bizim yüzümüzden arttığı açıkça söylenmiyor.

DGM'lerin kalkması ile birlikte soruşturma evresindeki çifte standart büyük ölçüde kalktığı için bu da avukat işbirliğinde yeni bir aşama olarak kay-

dedilmiştir. DGM'nin kısıtlayıcı hükümleri eski deyimi ile hazırlık soruşturmasında genelleştiriliyor, suçların DGM kapsamında olma ihtimalleri var gerekçeleri ile emniyet kapılarından döndürülüyorduk.

Türkiye avukatları çağdaş hukuk düzenine ulaşılması yönünden büyük çabalar sarf etmişlerdir. Bu çerçevede işbirliği önerisi içerisinde bulunduğumuz adalet camiasına önderlik yaptığımızı söyleyebilirim. Gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Bildirgesi metinlerinin, Anayasamızın değişiklikten önceki 90. maddesi çerçevesinde bu anlaşmaların kanunla kabul edildiğini bu nedenle iç hukukumuzda malolduğunu, yargı birimlerini bağlayıcı nitelikte olduklarını Türkiye avukatları olarak özenle ve ısrarla ileri sürdük. Ancak hakimler bu konuda biz avukatlar kadar belirtilen anlaşmaları iç hukuk normu olarak kabul etmemişlerdir. Uzun süre yorum dahi yapmamış, neden bu taleplerimizin reddedildiği gerekçelendirilmemiştir. Bunda hakim bağımsızlığının istenilen düzeyde olmamasının da payının olduğu tartışmasızdır. İşbirliği yapabilecek hakimler hukuki düzenlemeler ve gelişmeler açısından bağımsız olmalıdırlar.

Hakimler, devlet memuru değildirler. Devletten maaş alan hakimler devlet memuru olarak nitelenemezler. Mesleğe kabul ve özlük işleri diğer devlet memurlarından ayrı olan ve özel disiplin ve yargılama yöntemine sahip olan yargı işlevini gören hakimlerin kuvvetler ayrılığı sisteminde etkin ve ayrıcalıklı yerleri altı çizilerek belirlenmeli ve bu husus iş ve birlikte çalışmanın en önemli unsuru olmalıdır. Yargı işlevi içerisinde bulunan hakimlerin siyasi etkilerden arındırılması aynı zamanda hakimnin kendini bağımsız olarak düşünmesi, hissetmesi ve geleceğinden bu anlamda endişe etmemesine bağlıdır. Bu da hakimlerin özlük işlerinde adalet bakanı ve müsteşarın söz sahibi olmamaları ve bu yolda Anayasa'da değişiklik yapılması ile sağlanabileceği düşüncesindeyim.

İş ve birlikte çalışmanın doğal sonucu, yalnızca yargı faaliyetini yürütmek değil aynı zamanda yargıyı yaşayan bir organizma haline dönüştürerek zamanla doğru orantılı olarak çağdaşlaştırmaktır. Yeni TCK ve CMK yalnızca kurallar getirmektedirler. Bu kurallar işbirliği çerçevesinde ruh ve anlam kazanacaklar, içtihat ve doktrinle zenginleştirileceklerdir.

Artık failden delile değil, delilden faile gitme ilkesi günümüzün adil yargılama sisteminin en önemli ve vazgeçilmez bir prensibidir. Adli tıbbın ve kriminal teknolojinin ileri düzeyde olması birlikte çalışmanın yeni ve bilimsel verileri olarak geliştirilmelidir.

Hakimlerimizin savunma almadan hüküm kurmalarını istemiyoruz. Bu yargıda, işbirliği ve birlikte çalışma kuralını baltalayan en önemli faktördür. Usulen savunma alınmamalı karar sümen altından çıkartılmamalıdır. Karar sürecinin savunmadan sonra başlatılması ilkesi benimsenmelidir. Savunma

alınmadan karar sürecinin başlatılması önyargının öne çıkması ve üretilen kararın total doğmasına neden olmaktadır. Karar bir sentezdir. Sentezin unsurları ise tez ve antitezdir. Tez iddia ile birlikte doğmaktadır. Antitez alınmadan üretilen karar yalnızca teze dayandırılmış olacaktır. Bu yöntemle alınan karar teze aykırı dahi olsa antitezin alınmaması yargıcın zihni faaliyetinin çok yönlü oluşmasını engelleyecektir.

Bir gözlemimi aktarmak istiyorum. Mahkeme başkanının sanığa söylediği " bizim kararımız hazır ancak avukatınız gelsin usulen bir savunma yap-sın" sözü, üzerinde durduğum yargı hastalığının en somut göstergesidir. İşte bu tür önyargıdan arınmış, hükmün kollektif bir faaliyet ürünü olduğunu içine sindiren yeni bir hakim anlayışı ön plana çıkartılmalıdır. Burada kastettiğimiz önyargı yalnızca taraflı karar değil, savunma alınmadan verilen karar anlamındadır. Muhakeme faaliyetinin inkarı anlamına gelen bu yargı hastalığına son verilmelidir. Ancak bu halde bir işbirliği ve birlikte çalışma ilkesinden söz edilebilir.

İşbirliği ve birlikte çalışma; nezaket, sabır, hoşgörü ve yasal hakların zamanında, eksiksiz uygulanmasıyla mümkün olabilecektir.

CMK 227. maddesi, karar vermek için ancak hükme katılacak hakimlerin bir araya gelerek karar oluşturacakları kuralını taşımaktadır. Öteden beri eleştiri ile izlediğimiz savcı ittifakıyla karar üretme fiili geleneğine artık son verilmelidir. İşbirliği ve birlikte çalışma ilkeleri ve hakların eşitliği prensibine (silahların eşitliği ilkesine) aykırı düşecek görünümünden ve uygulamalardan kaçınmak gerekmektedir. Ancak üzüntü ile ifade etmek istiyorum ki savcılar hala kürsüde heyetle birlikte karar üretmektedirler. Savcının yargı sürecine tartışma aşamasında katılmasının yanı sıra hakimin de savcıya esas hakkında mütalaa aşamasında süfleda bulunduğu yaşanan bir gerçektir. Bunu kesin olarak engellemenin tek yolu savcının kürsüden indirilmesidir. Savcının mahkeme salonundaki yerinin kürsüde olmasını savunanlar; savcının sanığın lehine de hareket edebileceği, ülkemizde itham sisteminin bulunmadığı, savcının fonksiyonunun yargıya daha yakın olduğu gibi nedenleri ileri sürmektedirler.

Bilinmelidir ki savcının gerektiğinde sanığın beraatini isteyebilmesi onun iddia makamı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Muhakeme faaliyetinde zıt konumda olanların eşit düzeyde olmaları işbirliği ve birlikte çalışmanın en önemli unsurlarından biridir. Bu yargı hastalığına da hemen son verilmeli, birlikte çalışma kuralının ilkelerine avukatlar kadar savcı ve hakimler de uygun hareket etmelidirler.

Yargılama işlevinde sıkıntı yaratan ve birlikte çalışma uyumunu yakından ilgilendiren diğer bir husus duruşma tutanaklarının yazılmasıdır.

Yargılama sürecinde, daktilo ve bilgisayarla yazma geleneğine derhal son

verilmeli ve steno sistemine geçilmelidir. CMK.nün 219/1. maddesi de buna müsaittir. Bu uygulamanın başlaması ile birlikte kimin ne dediği zapta eksiksiz olarak geçecektir. Bu şekilde, zaptın ileri de Yargıtay denetiminde tam ve eksiksiz değerlendirmeye açık olması sağlanacaktır. Hakimin yorumuyla zabıt oluşturulması da sona erecektir. Steno ile birlikte olağanüstü bir zaman tasarrufu sağlanacak ve yargı işlevi hızlanacaktır. Steno aynı zamanda avukatın duruşmada bazı hususların tutanağa geçmediği şeklindeki itirazlarına son verecek, birlikte çalışma ahengi sağlayacaktır.

İşbirliği yalnızca yargılama faaliyetlerinden ibaret değildir. Ceza hukukunun yeni bir alanı suçların doğmadan engellenmesidir. Ayrıca suçun işlenmesinden sonra suçtan zarar görenlerin bu zararların giderilmesi, rehabilitasyonu da başlı başına viktimoloji biliminin alanı içinde değerlendirilmektedir. Biz avukatlar bu konularda da iş ve birlikte çalışmaya hazır olduğumuzu hatta öncülük edeceğimizi ifade etmek istiyorum.

Görüldüğü üzere işbirliği ve birlikte çalışma olgusu suçun doğum öncesinden devlet müdahalesi süreci ve sonrasındaki gerek mağdur, gerekse hükümlü haklarının tamamını içeren bir derinliğe sahiptir.

# Ermenilerin Sigorta Atağı...

n Ahmet ODABAŞ \*

**“Ermenilerin Sigorta Atağı”** 30 Ocak 2004 tarihli Milliyet Gazetesi’nde bir haber başlığı bu. Amerikan sigorta şirketi New York Insurance, 1915-1919 arasında Anadolu’da öldürüldüğü ileri sürülen Ermenilerin hayattaki mirasçılarına 20 milyon Dolar ödeyecek. Kaliforniya’da 4 yıl önce açılan dava 2.400 poliçeyi kapsıyordu. Davayı açan avukat kardeşimiz, bu kararın aynı zamanda Ermeni soykırımının tanınması olacağını belirtmiş.

## 1. Amerikan sigorta şirketinin avukatları ne iş yapar?

Böyle bir alacak -tazminat istemi- karşısına çıkan şirketin ilk yapacağı iş avukatına veya avukatlarına başvurmak olacaktır. Amerika’da yargılama ve avukatların çalışmaları konusunda fazla bir bilgim yok.

Ancak 85-90 yıl önceki hayali sigorta poliçesi ve hayali olaylara atıf yapılarak tazminat ödenmesi inandırıcı görünmüyor.

Gerçekten, bu memlekette zamanaşımı diye bir olay yok mu? Klasik ilk itirazlardan birisi zamanaşımı itirazı olarak ileri sürülüyor mu? Siz bir Avrupa ülkesinde bu şekilde sigorta şirketi aleyhine girişimde bulursanız, belgeler doğru olsa bile karşınıza ilk çıkacak savunma, zamanaşımı itirazı olacaktır. Şu anda Türkiye’de çalışan yabancı sigorta şirketleri var. İsterseniz onların avukatlarına sorabilirsiniz.

## 2. Sigorta şirketinin Türkiye’deki çalışmaları

Bu muhteşem şirket, Osmanlı İmparatorluğu’nun dört bir yandan saldırıya uğradığı bir zamanda, Anadolu’ya gelip, Ermeni yurttaşlarımızı tespit

\* Avukat, İzmir Barosu üyesi

edip, sizin sigorta yaptırmaya ihtiyacınız var. Hadi pamuk eller cebe... demiştir. Ekonomik açıdan zor zamanlar yaşayıp, geçinme hesapları yapan insanlar, “Aman ne güzel, bir de hayat sigortası yaptıralım. Ne olur ne olmaz.” demişler ve sigorta bedellerini ödeyerek, sigorta yaptırmışlar.

Sigorta şirketinin yalnızca Ermenileri bulması ve onlarla poliçe düzenlemesi enteresan bir vaka elbette. İnsanlar arasındaki eşitsizliğin çözümlenmesi gerek.

O tarihte, yani 1915’lerde, Osmanlı geniş bir ülke. Rumlar, Ermeniler, Yahudiler, Kürtler, Türkler, Araplar... bütünün bir parçası. Siz bunların arasında Ermenileri seçin, gidip onlarla sigorta poliçesi imzalayın. Ermeni yurttaşlarımızın kaç tanesi okur-yazar? Kaç tanesi imza atmayı biliyor? Sözde poliçelerde imza, parmak izi... ne var?

Bu olay iki açıdan mizah unsuru içerir. Birincisi öyle kolay lokma sigorta şirketi yoktur. Gerçek olaylarda bile sigorta tazminatı ödememek için pek çok yollara başvurulurken, habere konu olaya biraz gülmüyorsunuz.

İddia edilen sigortalama olayının bir an için gerçek olduğunu var sayın. Demek ki, senaryo hazır. Birileri bir şeyler hazırlamış. Sonucunu da öngörmüş. O kadar ufkunuz açıktı. O insanların ölüm riski taşıdığını biliyordunuz da, neden hiçbir önlem almadınız? Yoksa senaryo sizin mi?

O dönemde geçim sıkıntısı çeken insanlar, poliçe bedellerini nereden ve nasıl ödediler?

Sigorta olayını çözümlemek için hangi hukuk uygulanacaktır? Osmanlı ülkesinde sigorta çalışması yapma yetkiniz var mı? Hangi kurumdan, ne gibi bir izin aldınız?

Sigorta şirketi ile sigorta yaptıran arasında uyuşmazlık çıktığında, hangi ülke hukuku uygulanacaktır? Peki bu ayrıntıya dikkat edildi mi?

Adı geçen dava, Türkiye’yi dolaylı olarak muhatap almaktadır. Amerika’da davanın ihbarı diye bir kurum var mı? Sigorta şirketi ödeme yaparsa, yarın bize dönecek ve rücu davası açacak belki de.

Yoksa tahkim vs. bahanesi ile yargı yetkimiz de devre dışı mı kalacak?

Peki sayın şirket, sen gerekli savunmaları yaptın mı? Osmanlı’nın 1915 tarihindeki sınırlarını biliyor musun? Bu ülkede yaşayan insanları, hayali olaylardan sorumlu tutarken, neden kafatası kriteri alıyorsun?

Göç olayı, belli bölgedeki yurttaşlar için uygulanmıştır. Bu olaydan o bölge dışında yaşayan, örneğin İzmir’de, İstanbul’da vs. yaşayan Ermeni yurttaşları da mı sorumlu tutuyorsunuz?

Yine o geniş ülkenin, kültürel farklılıklar gösteren, Süryani’lerini, Araplar’ını, Yahudiler’ini, Kürtler’ini... mi sorumlu tutacağız? Peki, o tarihte Osmanlı sınırları içinde olan ve şu anda değişik ülkelerin yönetimindeki yerlerde yaşayan halk ne olacak?

Osmanlı ülkesinden koparılan yerler ve insanlar huzura kavuştu. Eğer bu yerler, İsrail, Filistin, Lübnan, Irak, Suudi Arabistan, Yemen, Kuveyt, Yugoslavya, Yunanistan... Osmanlı'dan ayrılmamış olsa ve bugünkü Türkiye Cumhuriyeti'nin bir parçası olsa, oralarda yaşayan insanlar da hayali soykırımdan sorumlu sayılmaya çalışacaktı.

Görüldüğü gibi, sorumuz aynı zamanda çözümünü içeriyor. Sorun Türkiye'nin dağılmamış olması. Ülke sınırının dışında kalan aklanıyor. İçeridekiler yeni saldırılara muhatap.

### 3. Osmanlı Meclisinin Genetik Haritası

Tehcir kanununu çıkaran Osmanlı Meclisinin genetik haritası biliniyor mu? Mecliste, ne kadar Rum, ne kadar Ermeni, ne kadar Arap, ne kadar Kürt, ne kadar Türk vardı?

Böyle net bir harita olamaz. Herkes birbiri ile akraba. Bugünkü Amerika'yı düşünün. Alman, Fransız, İtalyan, Çin... nasıl ayıracaksınız. Evlenirken, kim kimin genetik geçmişi ile ilgileniyor. Ortada bir Amerikalı var. Hepsi bu.

Eski tapu kayıtlarını okuyorum. Osmanlı uyruğundan söz ediyor. Ne din, ne dil, ne ırk... İstavri'den, Yorgo'dan, Maria'dan söz ediyor.

“Kızlarağası Hanı'nda ikamet eden, tebai Osmaniye'den Yorgo...”

### 4. Dedem için de tazminat verilecek mi?

1915'lerde gelip, bir kısım yurttaşlarımızı ölüme karşı sigortalayan şirket, acaba annemin babasını da sigortalamış olabilir mi? Gerçekten, Trabzon'da yaşayan dedem, çeteler tarafından öldürülmüş. Henüz yirmili yaşlarında...

Madem ki iyiniyetli olarak geldin ve Osmanlı ülkesinde yaşayan insanlar için yaşam sigortası poliçesi düzenledin... Dedemi de sigorta etmiş olman gerek. Sayın şirket, benim dedemin, Türk, Rum, Kürt, Ermeni, Yahudi... olup olmadığı konusunda bilgi sahibi değil. Böyle bir bilgiye ulaşması da bilimsel anlamda olanaksız ve bir o kadar da anlamsız.

Dedem de o ortamda, o şartlarda yaşayan bir insandı, tüm diğer insanlar gibi.

İnsanları konu alan her türlü çalışmada, birim insandır. Başka şekilde düşünülmesi ard niyet içerir. Dedemin gelmişini geçmişini... Amerika'da bir şirket bilebilir mi?

### 5. Soykırım varsa kim yaptı?

Osmanlı, kendi kendine mi soykırım yaptı. Böyle bir saçmalık olur mu? Ülkede çeşitli diller ve dinler bir arada yaşıyor. Osmanlı Meclisi'ni kimler

oluşturuyor? Eğer göç kararı bir yasa ile alındı ise, bu yasa hangi ülkenin yasası?

Osmanlı ülkesinde yaşayan ve sonuç itibari ile bugünkü Türkiye’de yaşayan ve yalnızca Müslüman olan Türkler mi bu kararı aldı?

Herhangi bir ülkede veya yerde yaşayan, hristiyan, şaman, budist... dinlerine inanan Türkler değil. Yalnızca Türkiye’de yaşayan ve yalnızca müslüman olanlar...

Anadolu Türkleşme ve İslamlaşma sürecini yaşarken, burada yaşayan halk, genlerine kadar değişti ve türk geni taşımaya mı başladı. Var mı böyle anlamsız bir önerme. Genlerin bir insana ait olduğu düşünülebilir. Ancak, herhangi bir milleti, milliyeti, ırkı, dini temsil eden genler olamaz. Varsa böyle anlamsız teoriler bilmek isteriz.

İnsanlar Türk ve Müslüman oldular diye, çağdaş yobazlar tarafından dışlanmaya çalışılıyor; cezalandırılmaya çalışılıyor.

Birinci Dünya Savaşı yıllarını ve Osmanlı’nın son dönemini iyi bilmemiz, iyi çözümlememiz gerekiyor.

Ülke içinde çatışma ve insan öldürmeyi teşvik eden, destekleyenlere bir sorumluluk yüklemeyeceğiz. Bu ülkenin insanına, kendi insanı ile çatıştı diye leke atacağız. Dikkat edilirse, savaş dinleri karşı karşıya getirmiş görüntüsünde. Ancak Osmanlı’nın Müslüman olan unsurları da, devlete karşı kıskırtılmıştır.

Göç kararı ve uygulamasından, neden Türkiye sınırları içinde yaşayan Müslüman halk sorumlu tutulmak istenir de, farklı dinlerdeki insanlarımız başka türlü?

Yine neden, Osmanlı’nın Anadolu’su suçlanır da, Irak, Suudi Arabistan, Mısır, Lübnan, İsrail... sorumlu tutulmaz? Aslında ülke sınırları yapaydır. Osmanlı sınırlarını ve meslis yapısını bilmeyen hayalperest kardeşlerimizin gösterileri anlamsızdır.

Çanakkale Savaşında, gönüllü olarak savaşa giden ve tamamı ölen Tıp Fakültesi öğrencilerinin, genetik haritası var mı? Bu deyimini sanırım yalnızca ben kullanıyorum. Sanırım neyi anlatmak istediğim yeterince açık.

Çanakkale’yi geçip, İstanbul’u almak ve Osmanlı’ya son vermek isteyen güçlerin, her türlü propogandayı yapması, her tür yalanı söylemesi doğal değil mi? Yaptıkları saldırıyı haklı göstermek için, her yola başvurmaları, her tekniği kullanmaları onlar için doğaldı.

Aynı anda Çanakkale ile birlikte Osmanlı’nın dört bir yanı saldırıya uğramıştır. Arap çöllerinde 2 milyon askerimizin öldüğünü bir kaynaktan okumuştum.

Bunun üzerine bir de Çanakkale’de yenilgiye uğrayan saldırganlar, her türlü propaganda aracı ile Osmanlı’ya sonrasında Türkiye halkına saldırmış-

lardır. O gün başlayan soğuk savaş taktiği aynen devam ediyor. Soğuk savaş alsında birbiri ile içi içe gibi görünüyor.

## 6. Propaganda

Birincisi Dünya Savaşındaki, o zamanın süper güçlerinin planları tutsa, Anadolu'da Hristiyan bir devlet kurulsaydı, böyle anlamsız bir propaganda devam eder miydi?

Irak'ta kimyasal silah, nükleer silah... var gibi bahaneler, propagandadan başka bir anlam taşır mı? Bu günün tarihi, zamana yalan ve yanlış olarak yazılabilir. Kendini haklı çıkarmak için her şey söylenebilir.

Ama, İran-Irak Savaşı'na, her iki tarafa da, el altından silah satıldığı söylenmez. İşkenceye sözde karşı çıkılır ama neden işkence aletlerinin üretilip, aklı evvel ülkelerce satıldığı söylenmez. Her kimyasal ve biyolojik biraz da nükleer silaha sahip ülkeye savaş açmak gerekse, bazı ülkelerin kendi kendine saldırması, kendini imha etmesi gerekir. Buna da gülünebilir.

## 7. Bağımsız Yargı

Bağımsız yargı, sigorta poliçelerinin ödenmesine karar verdi. Bir kısım vakıflar, ölen kendi babalarıymış gibi tazminatlarını aldılar. Bu tazminatlar, yol, su, elektrik ve Türkiye'ye karşı propaganda finansmanı olarak geri dönecek. Peki bu propagandanın kime ya da kimlere yararı olacak?

Ermeni yurttaşlarımıza bir yararı olmayacağı gibi, Ermenistan'da veya dünyanın başka yörelerinde yaşayan Ermenilere bir yararı olmayacak. Avrupa ülkeleri veya Amerika ülkelerinde yaşayan Ermenilere bağımsız devlet mi kurduracaklar? Tabii kendi ülkelerinde. Gülümseyin lütfen. Böyle anlamsız düşünce olur mu?.. Peki hayali poliçeler ile alınan tazminatlar ne olacak?

Birileri malı götürüyor ama, gariban insanlar değil.

Avukat Ahmet, öldürülen dedesi için tazminat davası açsa, yine kabul edilecek mi? Bağımsız yargı meselesi işte... Bu arada dava açılmadan tazminat ödeyen Fransız sigorta şirketine de saygılar. Nasıl olsa bol kepçeden ödeme yapıyorsunuz, benim ödemeyi de yapın. Veraset ilamı isterseniz, birkaç gün içinde hallederim.



## YARGI KARARLARI



## Temerrüt Faizi? Kapital Faizi?

**YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU**

**Esas:** 2004/12-162  
**Karar:** 2004/183  
**Tarih:** 31.3.2004

**Özet:** Temerrüt faizi: Borçlunun para borcunu zamanında ödememesi üzerine yasa gereği kendiliğinden başlayan, alacaklının açık bir talebinin varlığı zorunlu olan bir karşılıktır.

**Kapital Faizi:** Bir paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde bir süre borçluda kalması üzerine faiz ödemesinin ön görüldüğü haldir. Temerrüt faizi kapital adına para alacağına dönüşmüşse ayrıca faiz uygulanır.

Taraflar arasındaki “şikayet” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 2. İcra Tetkik Merciiince davanın kısmen kabul, kısmen reddine dair verilen 31.12.2002 gün ve 2001/1027-2002/982 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13.5.2003 gün ve 2003/7959-10835 sayılı ilamı ile, (...Takip dayanağı ilamda, asıl alacak kalemlerine dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine karar verilmiştir. Bu faiz, niteliği itibarı ile kapitale dönüşmediğinden merci kararının 2. bendinde yer alan Borçlar Kanunu’nun 104/son maddesine aykırı olarak yapılan işlemin iptali doğru ise de; dayanak ilamın 3. bendinde müstakilen faiz alacağı için dava konusu yapılan miktara ilişkin (2.213.682.843 TL) kıdem tazminatı faizi ile (166.794.230 TL) ihbar tazminatı faizinin bu aşamada kapitale dönüştüğü mercice düşünülmeksizin karar tarihinden itibaren bu kalemlere faiz yürütülmesinde yasaya uymayan bir yön olmadığı da nazara alınmadan ve karar yerinde yukarıda açıklanan tefrik yapılmadan yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDENLER:** Davalı vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, (şikayet) ilmalı icra takibinde icra emrinin iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı tarafından davacı aleyhine kıdem tazminatı farkı ve ihbar tazminatı alacağına ilişkin ilamly takip yapıldığını; takip talebinde kıdem ve ihbar tazminatı faiz alacaklarına karar tarihinden itibaren ayrıca faiz uygulandığını, bunun faize faiz yürütülmesi niteliğinde olduğunu, dayanak ilamda da kıdem ve ihbar tazminatlarının faizlerine ayrıca faiz uygulanacağına dair hüküm bulunmadığını, bu durumda söz konusu uygulamanın B.K.nun 104/son maddesindeki, geçmiş günler faizine ayrıca faiz yürütülemeyeceği kuralına aykırı olduğunu, faiz miktarlarının da yanlış hesaplandığını ileri sürerek, icra emrinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili davanın reddini istemiştir.

İcra Tetkik Merciiince verilen; takip dayanağı ilamda hükmedilen kıdem ve ihbar tazminatı faizlerine karar tarihinden itibaren ayrıca faiz istenilmesinin BK.nun 104/son maddesine aykırı olduğu gerekçesine dayalı, şikayetin bu yönden kısmen kabulüne dair karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Davalı işçi tarafından davacı işveren aleyhine açılan dava sonucunda, İzmir 4. İş Mahkemesince, diğer kalemler yanında, 2.213.682.843 TL kıdem tazminatı faizinin ve 166.794.230 TL. ihbar tazminatı faizinin de tahsiline karar verildiği, bu hükme tarihi ile icra takip tarihi arasındaki süre için ayrıca faiz talebinde bulunduğu ve şikayete konu icra emrinin de bu doğrultuda düzenlendiği çekişmesizdir.

Bozma ve direnme kararlarının kapsamı itibariyle Hukuk Genel Kuruluna önüne gelen uyuşmazlık, İş Mahkemesince hüküm altına alınan söz konusu işlemiş faiz alacaklılarının, faiz niteliğinden çıkarak, ana para (kapital) alacağına dönüşmüş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bu noktada, temerrüt faizi ve kapital faizi kavramları hakkında kısa ve genel bir açıklama yapılmasında yarar görülmüştür.

Temerrüt faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine, Yasa gereği olarak kendiliğinden, temerrüdü takip eden günden itibaren başlayan ve temerrüt devam ettikçe varlığını sürdüren, hüküm altına alınabilmesi için alacaklının açık bir talebinin varlığı zorunlu olan bir karşılıktır.

Kapital faizi ise, bir paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde bir süre borçluda kalması üzerine, faiz ödenmesinin öngörüldüğü hallerde söz konusu olur. (Temerrüt faizi ve kapital faizi kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Dr. Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991, sf. 126 ve devamı, Ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.4.1996 gün, E: 1996/19-56, K:

1996/248; Yargıtay HGK.nun 9.10.2002 gün E: 2002/12-709, K: 2002/781; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.1.1991 gün E: 1989/ 8083, K: 1991/206; 21.9.1998 gün, E: 1998/4207, K: 1998/5712; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 3.12.1992 gün E: 3940 E: 3940, K: 6362 sayılı kararları).

Hemen belirtilmelidir ki, Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin 104/son maddesindeki hüküm, hiçbir tereddüde yer vermeyecek bir açıklıkla, geçmiş günler faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesinde dolayı, faiz borcuna ayrıca faiz yürütülemeyeceğini öngörmektedir. Bu hükmün anlamı, para borcunu ödemede temerrüde düşen borçlunun, geçmiş günler faizine mahkum olduktan sonra, geçmiş günler faizini ödemekte de temmürde düşmesi halinde, bunlar için tekrar temerrüt faizi yürütülemeyeceğidir (F. Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 2, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, sh. 251). 3095 sayılı Yasanın 3. maddesindeki yasal faiz ve temerrüt faizinin hesaplanmasında mürekkep faiz yürütülemeyeceğine ilişkin kural da, Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesi hükmüne paralel ve bir bakıma onu açıklayıcı niteliktedir.

Doğal olarak, Yargıtay'ın istikrarlı uygulaması da, bu açık Yasa hükümlerine paraleldir.

Ne var ki, faiz alacağı olarak doğduğu; eş söyleyişle kaynağı ve kökeni itibariyle bir faiz alacağından ibaret bulunduğu halde, sonradan gerçekleşen bazı hukuksal olgular nedeniyle bu nitelikten çıkarak, ana para (kapital) haline gelen alacakların, Borçlar Kanunu'nun anılan 104/son maddesinin kapsamı dışında bulunduğu; böyle hallerde, artık ortada bir faiz alacağı değil, ana para (kapital) alacağı bulunduğu için, o alacağa ayrıca faiz yürütülebilmesine hukuken engel olmadığı da, yine Yargıtay'ın sapma göstermeyen bir başka uygulamasıdır.

Esasen, Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında, belirtilen bu ilkeler temeline ortaya çıkmış herhangi bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Ortaya çıkan ve Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk, yurakıda da belirtildiği üzere, somut olayda, ana paraya dönüşmüş bir faiz alacağının bulunup bulunmadığındadır.

Bu noktada, bir faiz alacağının hangi hallerde ana para alacağına dönüşeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir:

Bir mahkeme hükmüyle belirlenmiş olsun veya olmasın, borçlunun, faiz borcunun varlığını ve miktarını kabul ederek, bu borcunu belirli bir tarihte ödeyeceği yoluyla taahhütte bulunmuş olması halinde, alacaklı yönünden artık ortada bir faiz alacağının değil, borçlunun kabulü ve ödeme taahhüdü karşısında nitelik değiştirerek ana paraya dönüşen bir alacağın bulunduğu, bu nedenle de dava veya icra takibi tarihinden itibaren buna ayrıca faiz istenilebileceği, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasında kabul edilmektedir (Bu konudaki, halen devam eden Yargıtay uygulamasının kararlılığına bir ör-

nek olarak, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin bir çok eserde de yer verilmiş olan 27.4.1989 gün ve 3466-2141 sayılı kararı).

Bu kabulün temel gerekçesi şudur: Böyle hallerde, faiz borçlusu özgür iradesiyle tek taraflı olarak veya alacaklı ile birlikte miktar ve ödeme günü bakımından bir belirlemede bulunmuş olduğu için, Yasa'nın faize faiz yürütülmesini yasaklamasındaki gerekçe de (borçluyu faiz miktarı ve ödeme günü yönünden belirsizlikten ve bunun oluşturacağı tehlikeden koruma amacı) ortadan kalkmış olacaktır.

Buna göre; borçlunun varlığına ve miktarına ilişkin açık kabulünün bulunması ve tek taraflı bir taahhüdüyle ya da alacaklısıyla birlikte bir ödeme gününün belirlenmesi halinde, faiz alacağı Borçlar Kanununun 104/son maddesindeki kural kapsamından çıkarak, bir ana para (kapital) alacağına dönüşeceğinden, bu alacağı, 104/1. maddeyle getirilen koşullar altında ayrıca faiz yürütülmesi mümkündür. Buna karşılık, somut olayda olduğu gibi, bir para alacağının işlemiş faizi şeklinde doğan; ister davadan önce gerçekleşen temerrüt nedeniyle, temerrüt ve dava tarihleri arasındaki dönem için, miktarı açıkça bildirilip hüküm altına alınması istenilen ve mahkemece de o şekilde hüküm altına alınan bir faiz alacağı olsun; ister, davadan önceki dönemde işleyen tutarı hesaplanıp belirli bir miktar olarak dava konusu edilmeksizin, salt, asıl alacağın davadan önceki temerrüt tarihinden itibaren işleyen faiziyle birlikte hüküm altına alınması istemiyle açılan bir dava sonucunda isteme uygun olarak, miktarı tayin edilmeksizin, -örneğin, davadan önceki temerrüt tarihinden itibaren, asıl alacağın ödeneceği tarihe kadar işleyen miktarı- hüküm altına alınmış olsun; eğer, borçlunun yukarıda belirtilen şekilde faiz alacağına ve miktarına ilişkin açık kabulü yanında, bunun belirli bir tarihte ödeneceğine dair taahhüdü yok ise, ortada, alacaklı yönünden hala bir faiz alacağı mevcut olmaya devam edecektir. Borçlu yönünden de bu bir faiz borcudur; dolayısıyla. Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesi kapsamında değerlendirilmesi zorunludur.

Aksinin kabulü, şu sakıncalı sonuca yol açacaktır:

Örneğin, borçlunun 1.2.2000 tarihinde temerrüde düştüğü 500.000.000 TL. tutarındaki para borcuna ilişkin olarak, alacaklı tarafından 1.2.2001 günü açılan ve temerrüt tarihi ile dava tarihi arasındaki dönemin temerrüt faizinin 150.000.000 TL. den ibaret bulunduğu davada;

- 500.000.000 TL. asıl alacağın, (miktar belirtilmeksizin) 1.2.2000 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek temerrüt faiziyle birlikte tahsilinin istenilmesi ve davanın kabul ile sonuçlanması halinde, alacaklı bu ilama dayalı olarak yapacağı icra takibinde, Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesi uyarınca, hüküm tarihinden sonraki dönem için faiz alacağına ayrıca faiz yürütülmesini isteyemeyecektir.

- Buna karşılık, aynı alacaklı, davasında, 1.2.2000 temerrüt tarihi ile

1.2.2001 dava tarihi arasındaki sürenin işlemiş faizini 150.000.000 TL. olarak hesaplayıp talep etmiş ve talebi aynen hüküm altına alınmış olursa, bu ilama dayanarak, işlemiş faiz alacağına ayrıca faiz isteminde bulunabilecektir.

Örneklerde açıktır ki, faiz alacağının kaynağı, doğum sebebi ve başlangıç tarihi aynıdır; her iki halde de, açıkça temerrüt faizi söz konusudur. Aralarındaki tek fark, davadan önce gerçekleşmiş olan temerrüt tarihi ile dava tarihi arasında geçen süreye ilişkin işlemiş faiz alacağının; birinde miktar belirtilmeksizin, diğerinde ise belirli bir miktar olarak bildirilmek suretiyle talep edilmiş ve bu taleplere uygun şekilde hüküm kurulmuş olmasıdır. Salt, faiz alacaklısının davayı açarken kullandığı tercihten kaynaklanan böylesi bir farklılıktan dolayı, hukuksal nitelikçe birbirinin bütünüyle aynı olan faiz alacaklarının açıklanan ve birbirlerinden tamamen farklı olan sonuçlara yol açacak şekilde değerlendirmeye tabi tutulmaları, hukukça korunamaz.

Önemle belirtilmelidir ki, varılan bu sonuç, B.K. nun 104/1. maddesindeki, faiz borcunun ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun, ancak dava veya icra takibi tarihinden itibaren ödemekle yükümlü olduğu (temerrüt tarihi ile dava veya icra takibi tarihi arasındaki dönem için faiz ödeme yükümlülüğü bulunmadığı) kuralı ile çelişmemekte, tersine paralellik göstermektedir. Zira, 104/1. maddedeki "faiz" terimi, temerrüt faizini değil, kapital (ana para) faizini ifade etmektedir. Her ne kadar, anılan hükümde açıkça ana para veya kapital faizi terimleri kullanılmamış ise de, 104. maddenin bir bütün olarak ele alınması halinde varılacak sonuç budur: Zira, birinci fıkrada, tür ayırımı yapmaksızın genel olarak faiz alacağına ayrıca faiz yürütülmesine (başlangıç tarihi itibarıyla sınırlama getirilerek de olsa) izin verilmiş; sadece faizin başlangıç tarihi dava veya icra takibi tarihine kadar ileriye götürülmüş; buna karşılık son fıkrada, tür ayırımı yapılmak suretiyle, açıkça geçmiş günler (temerrüt) faizinden söz edilip, buna hiçbir surette (Mahkemeye veya icra dairesine başvurma tarihinden itibaren dahi) ayrıca faiz yürütülemeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden çıkan sonuç, birinci fıkradaki "faiz" terimiyle "kapital faizi"nin kastedilmiş olduğudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.10.2002 gün ve E: 2002/12-709, K: 2002/781 sayılı kararında da aynı sonuç benimsenmiştir. Öğretide baskın görüş de bu yöndedir (Örneğin: Andreas Von Tuhr/Arnold Escher. Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd.II, 3.Auflage, Zürich 1974 s. 147; Herrmann Becker. Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183, 2.Auflage Bern 1941, s. 105; Prof.Dr.Kemal Oğuzman. Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1.4 Bası İstanbul 1987 s.317; Prof.Dr.Haluk Tandoğan. Türk Mesuliyet Hukuku Ankara 1961 sh.487; Prof.Dr.Hikmet Sami Türk Temerrüt Faizi,Birleşik Faiz Yöntemiyle Hesap Edilebilir mi? Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 9 Nisan 1993, sh.169; Dr.Nami Barlas a.g.e. sh.175).

Yeri gelmişken, şu hususun belirtilmesinde de yarar vardır: Buraya kadar yapılan açıklamalar, asıl alacağın (borçlu yönünden; para borcunun) hangi hukuksal kaynaktan doğduğuna bakılmaksızın, tüm para borçları için geçerlidir; para borcu ister sözleşmeden, ister haksız fiilden ve isterse sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmış olsun, faiz yönünden aynı kurallara tabi olacaktır.

Somut olay bu ilke ve kurallar çerçevesinde değerlendirildiğinde:

Uyuşmazlığın konusunu oluşturan faiz alacağının, işverenin temerrüde düştüğü tarih ile, dava günü arasındaki döneme ait bulunduğu çekişmesizdir. Davacı işçi, dava dilekçesinde bunun miktarını bizzat hesaplayarak talep etmiş ve mahkemece de talep doğrultusunda karar verilip, bu faiz alacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda, ortada, işçilik alacaklarının ödenmesindeki gecikmeden (borçlunun hizmet sözleşmesinden doğan para borcunu ödemedeki temerrüdünden) kaynaklanan bir temerrüt faizi bulunmaktadır. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, somut olayda, faiz borçlusu durumundaki işverenin bu borcunun varlığını kabulü ve belirli bir tarihte ödeme taahhüdü söz konusu değildir. Dolayısıyla, hukuksal koşulları oluşmadığından, ana para (kapital) alacağına dönüşmüş bir faiz alacağı bulunmamaktadır. Ortada, sadece bir temerrüt faizi borcu mevcuttur; buna ayrıca faiz yürütülmesine ise, yasa olanak vermemektedir.

Hal böyle olunca, Yerel Mahkemenin direnme gerekçesi yerine olup, direnme kararı onanmalıdır.

### SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA ve temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 31.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## **– Orman Yönetiminin Taraf Olarak Yer Alamadığı Hiçbir Karar Orman Yönetimini Bağlamaz**

### **– Ormanların Zilyetlik Yolu ile Kazanılmasına Olanak Yoktur**

**YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU**

**Esas:** 2004/20-646  
**Karar:** 2004/657  
**Tarih:** 8.12.2004

**ÖZET:** Dava konusu olan taşınmazın içerisinde yer alan parsel orman vasfı ile Hazine adına kayıtlıdır. Orman Yönetimi, davada davalı sıfatını almaksızın kesinleşen orman tahdidi içerisinde kalan yerlerde mahkemece tescil kararı verilmesinin yasal da-

yanağı bulunmadığı gibi tescil kararının verildiği tarih itibari ile tapuda kayıtlı taşınmaz ile ilgili hüküm kurulması da olanaksızdır. Çünkü tapu ve ziyedlikle ormandan toprak kazanma olanağı sağlayan 3402 sayılı yasanın 45 nci maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

Taraflar arasındaki “tapu iptali ve tescil” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Pozantı Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 16.7.2003 gün ve 2003/56-173 sayılı kararın incelenmesi davalılar Hazine ve Orman Yönetimi vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 11.12.2006 gün ve 9174-9206 sayılı ilamı ile, (...Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine verilen dilekçe ile aynı mahkemede taraflar arasında verilen 2001/177 E. 2002/83 K. sayılı ilamı ve 1996/180 E, 1998/92 K. sayılı ilamlar gereğince 2760 m<sup>2</sup> miktarındaki kısmın adına tesciline karar verildiğini, ancak bu taşınmazın Ömerli Köyü 101 ada 536 sayılı 45.986.818 m<sup>2</sup> miktarında orman olarak tapuda kayıtlı olan taşınmazın içerisinde kaldığını belirterek tapu kaydının iptali ile bu kısmın adına tescile karar verilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne ve 101 ada 536 parselin 2760 m<sup>2</sup> miktarındaki kısmın tapu kaydının iptaline ve davacı adına tesciline dair verilen hükmün Yargıtay’ca incelenmesi davalılar Orman Yönetimi ve Hazine tarafından istenilmiştir.

Yörede 1975 yılında ilan edilerek kesinleşen orman tahdidi bulunmaktadır.

28.09.1992 tarihinde Ömerli Köy tüzelkişiliği adına köy muhtarının bu dosyada davacı olan A. D.’e karşı lokanta binası yaptığı ve köye ait taşınmazı tecavüz ettiği iddiası ile açmış olduğu davada Orman Yönetimi nizalı taşınmazın orman niteliğinde olduğunu, Hazine ise Devletin hüküm ve tasarru-

fu altındaki yerlerden olduğu iddiası ile davaya müdahil olarak katılmışlardır. Bu dosyada uzman orman bilirkişisi düzenlediği raporda yörede kesinleşen orman tahdit haritasını uyguladığını ve nızalı taşınmazın tahdit dışında kaldığını ve orman sayılmayan yerlerden olduğunu açıklamıştır. Mahkeme yaptığı inceleme ve araştırma neticesinde 22.06.1993 tarih ve 1992/125 E., 1993/97 K. sayılı kararı ile davanın reddi yolunda hüküm kurmuştur. Söz konusu kararın temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 23.1.1995 tarih ve 1994/11164E.1995/497K. Sayılı kararı ile öncelikle Orman Yönetiminin usulüne uygun olarak harçlı bir katılımı bulunmadığı belirtilerek Yönetimin temyiz dilekçesinin reddine, Hazine ve köy tüzelkişiliğinin temyiz itirazlarının ise, kabulü ile nızalı taşınmazın eski ve yeni karayolları arasında bulunan dere yatağı içindeki zilyetlikle kazanma koşullarının oluşmadığı yerlerden olduğu anlaşıldığından davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği belirtilerek yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. Bu karara karşı yerel mahkemece direnme kararı verilmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gelmiş ve 1996/20- 429 E.643 K. sayılı karar ile Orman Yönetiminin usulüne uygun harçlı katılımı bulunmadığından temyiz dilekçesinin reddine. Hazine ve köy tüzelkişiliğinin temyiz itirazlarının kabulü ile aktif dere yatağı niteliğinde bulunmayan yerlerde zilyetlikle iktisap koşullarının oluşması halinde iktisabının mümkün olduğu açıklanarak nızalı taşınmazın özel mülkiyete konu olabilecek yerlerden bulunup bulunmadığının, belirlenmesi amacı ile jeolog, ziraat ve fen bilirkişileri marifeti ile mahallinde yeniden keşif yapılarak kamulaştırma kapsamında kalıp kalmadığı veya aktif dere vasfında olup olmadığı hususunun araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Yerel mahkemece bu defa yapılan araştırma ve inceleme neticesinde (c) harfî ile gösterilen nızalı taşınmaza ilişkin olarak davanın reddi yolunda hüküm kurulmuş ve temyiz incelemesinden geçerek kesinleşmiştir.

Davacı gerçek kişi, yukarıda açıklanan dosyada 2760 m<sup>2</sup> miktarındaki kısım ile ilgili olarak lehine hüküm bulunduğunu belirterek Pozantı" Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/177E. Sayılı dosyasında zilyet olduğunu belirterek Hazine, Karayolları Genel Müdürlüğü ve ilgili köy aleyhine tescil talebi ile dava açmıştır. Mahkemece yapılan inceleme sırasında uzmanlığına başvuru- lan orman bilirkişisi nızalı taşınmazın yörede kesinleşen orman tahdit haritasına göre tahdit içerisinde kaldığını, ancak müdahalenin önlenmesi davasında uzman orman bilirkişisi tarafından nızalı taşınmazın hududundaki eski Ankara-Adana Karayolunun Çakıt çayı olarak gösterildiğini bunun ise hatalı olduğunu açıklamıştır. Mahkemece nızalı taşınmazın kesinleşen orman tahdidi içerisinde kalması nedeni ile davanın reddi yolunda kurulan ilk hüküm Yargıtay 8.Hukuk Dairesinin 17.04.2001 tarih ve 2001/1663-3105 Sayılı kararı ile (önceki müdahalenin men'ine ilişkin dosyadaki incelemelerin ve orman tahdidi dışında kaldığına ilişkin olgunun davacı gerçek kişi lehine güçlü delil niteliği taşıdığını, artık bu dosyada nızalı taşınmazın kesinleşen orman

tahdidi içinde kaldığı hususunun kabul edilemeyeceği ve zilyetlik koşullarının da gerçek kişi lehine olduğu anlaşıldığından davanın kabulü yolunda hüküm kurulması gerektiği belirtilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Yerel mahkemece bu bozma ilamına uyularak davanın kabulü ile 2760 m<sup>2</sup> miktarındaki kısmın davacı gerçek kişi adına tesciline karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir.

Dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde 1975 yılında orman tahdidi yapılmış ve kesinleşmiştir. Tüm dosya kapsamı ve bilirkişi incelemelerine göre nizalı taşınmazın kesinleşen orman tahdidi içerisinde bulunduğu tartışmasızdır.

Yukarıda özetlenen müdahalenin önlenmesine ve tescile ilişkin dosyalarda Orman Yönetimi usulüne uygun bir şekilde taraf olarak yer almamıştır. Orman Yönetiminin taraf olarak yer almadığı hiçbir kararı Orman Yönetimini bağlamaz. Ayrıca, kesinleşen orman tahdidi içerisinde kalan bir taşınmaz için tahdidin kesinleştiği tarihten sonra açılan tescil davası yolu ile ve Orman Yönetimi taraf alınmaksızın tescil kararı verilemez.

Ormanların ziyetlik yolu ile kazanılmasına olanak yoktur. Dava konusu olan taşınmazın içerisinde yer aldığı 101 ada 536 sayılı (45.986.818 m2 miktarlı) parsel kesinleşen orman tahdidi ile yörede 1985 tarihinde yapılan arazi kadastro çalışmalarına göre orman vasfı ile Hazine adına tapuda kayıtlıdır. Orman Yönetimi, davada davalı sıfatını almaksızın kesinleşen orman tahdidi içerisinde kalan yerlerde mahkemece tescil kararı verilmesinin yasal dayanağı bulunmadığı gibi tescil kararının verildiği tarih itibarı ile tapuda (orman niteliği ile Hazine adına) kayıtlı olan taşınmaz ile ilgili hüküm kurulması da olanaksızdır. Tapu zilyedlikle ormandan toprak kazanma olanağı sağlayan 3402 Sayılı Yasanın 45. maddesinin ilgili fıkraları, Anayasa Mahkemesinin 01.06.1988 gün ve 31/13-E.K-14.03.1989 gün ve 35/13 E.K. ve 13.06.1989 gün ve 7/25 E.K. sayılı kararları ile iptal edilmiştir. Kaldı ki; davacının dayandığı tescil ilamı esasen infaz edilmemiş ve bu tescil kararına dayalı olarak da bir tapu kaydı oluşmamıştır. Bu hususlar göz önüne atılarak mahkemece davanın reddi yolunda hüküm kurulması gerekirken aksine düşüncelerle davanın kabulü yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN:** Davalılar Hazine ve Orman yönetimi vekilleri

### **HUKUK GENEL KURULU KARARI**

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

### SONUÇ

Davalılar Hazine ve Orman yönetimi vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının Orman Yönetimine geri verilmesine, 8.12.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## Soybağının Olmadığı Beş Yıldan Sonra Öğrenilmesi Halinde de Soy Bağının Ret Edilmesi Davası Açılabilir

**YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU**

**Esas:** 2005/2-554  
**Karar:** 2005/742  
**Tarih:** 22.12.2004

**ÖZET:** Soybağının ret edilmesi davasında beş yıllık yasal sürelerin geçirilmesinden sonra da haklı bir nedenle sürelerin kaçırılmış olduğu ispatlanmasında halinde dava açılabilir.

Taraflar arasındaki “nesebin reddi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Hata 3. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 10.10.2003 gün ve 474-543 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 19.2.2004 gün ve 879-1869 sayılı ilamı ile,

(...1- Dava 04.08.1998 doğumlu İ. N.'un soybağının reddi davası olup mahkemece 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 289.maddesi uyarınca çocuğun doğumundan dava tarihine kadar 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle red edilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 289. maddesi gereğince davalı tarafından haklı bir sebebe dayanarak küçüğün kendi çocuğu olmadığını 15.07.2003 tarihli Acıbadem Merkez Laboratuvarından aldığı raporla öğrendiğini iddia edip davayı öğrenme tarihinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde 14.08.2003 tarihinde açmıştır. Şu halde, davacının dava açmak konusunda haklı sebebe dayandığı iddiası yönünden taraf delillerinin toplanıp 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 289. maddesi şartlarının tahakkuk etmesi halinde işin esas yönünden inceleme yapılarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken hak düşürücü süreden davanın reddi doğru bulunmamıştır.

2- 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4/l. maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından (MK.md. 118-494) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesinde bakılacağını, geçici 1. maddesi de; sonuçlanmamış davaların yetkili ve görevli aile mahkemesine devredileceğini hükme bağlamıştır. Karar bozulmakla sonuçlanmamış hale gelmiştir. Bu açıklama karşısında işin görev yönünün de düşünülmesi zorunludur...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN:** Davacı vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

**Dava,** soybağının reddi istemine ilişkindir.

**A- Davacının isteminin özeti;** Davacı, 14.08.2003 tarihli dava dilekçesi ile, davalı ile 28.2.1996 tarihinde evlendiklerini, 04.08.1998 tarihinde müş-terek çocukları İ. N.'un dünyaya geldiğini, 04.05.1999 tarihinde boşandıklarını, çocuğun velayetinin anneye bırakıldığını, davalının yıllarca çocuğu kendisinden kaçırıp göstermediğini, çocuğun nesebinden şüphelenmesi nedeniyle bir fırsatını bulup, onu İstanbul'a götürüp DNA testi yaptırdığını ve çocuğun kendisinden olmadığını öğrendiğini ileri sürerek, küçük İ. N.'un soybağının reddine, baba hanesindeki nüfus kaydının silinerek, anne hanesine nüfusa kaydedilmesine karar verilmesini istemiştir.

**B- Davalının cevabının özeti;** Davanın reddi gerektiğini beyan etmiştir.

**C- Yerel mahkemenin ilk kararının özeti;** Yerel mahkeme, "Dava Türk Medeni Kanunu'nun 289. maddesinde yer alan nesebin reddi davası olup, davanın (...her halde doğumdan başlayarak 5 yıl içerisinde açılması) gereklidir. Bu süre hak düşürücü süredir. Küçük İ. N.'un doğum tarihi 4.8.1998 olmasına göre davanın 5 yıl dolduktan sonra açıldığı anlaşılmıştır... Açılan davanın hak düşürücü süre geçmiş olması şekliyle reddine" karar vermiştir.

**D) Temyiz Evresi, Bozma ve Direnme:** Davacının temyizi nedeniyle hükmün Özel Dairece, yukarıya aynen alınan kararda belirtildiği gibi, davanın haklı nedenini ortaya çıkmasından itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açıldığından, davacının davayı açmakta haklı nedene dayandığı iddiası yönünden taraf delillerinin toplanıp TMK'nun 289. maddesi şartlarının tahakkuk etmesi halinde işin esası yönünden inceleme yapılarak sonuca gidilmesi gerekçesiyle bozulması üzerine yerel mahkeme davanın kanunda öngörülen beş yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmesinden sonra açıldığına ilişkin gerekçesini tekrarlayarak ilk hükmünde direnmiştir.

Direnme kararı davacı tarafça temyiz edilmiştir.

**E) Gerekçe:**

*a-Türk Medeni Kanunu'nun ilgili 289. maddesi ve gerekçesi:*

- Türk Medeni Kanunu'nun hükme dayanak yapılan ilgili maddesi başlı-

ğıyla birlikte aynen şöyledir:

### "III. Hak düşürücü süreler

"Madde 289- Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır.

"Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır.

"Gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar."

Maddenin gerekçesinde ise "Madde soybağının reddi davasının tabi olduğu süreyi, yürürlükteki Kanundan tamamen farklı bir şekilde yeniden düzenlemekte ve kısmen yürürlükteki Kanunun 242 ve 246 ncı maddelerini karşılamaktadır. Maddede İsviçre Medeni Kanununun 256 c maddesi hükmüne paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Birinci fıkrada, yürürlükteki Kanunun 242 nci maddesinde yer alan ve davanın dokunduğu menfaatler açısından çok kısa bir süre olan bir aylık süre yerine ve 1984 tarihli Ön tasarının 224 üncü maddesindeki altı aylık süreden de farklı olarak, bir ve beş yıllık iki süre düzenlenmiştir. Bir yıllık süre kocanın, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Beş yıllık süre ise, her halde doğumdan itibaren işlemeye başlayacak olan bir süredir. Böylece koca, beş yıllık süre geçtikten sonra, bir yıllık süre henüz dolmamış yahut işlemeye başlamamış olsa bile, soybağının reddi davası açamayacaktır.

İkinci fıkrada, çocuğun dava hakkının tabi olduğu süre, çocuğa dava hakkı tanıyan 1984 tarihli Öntasarının 227 nci maddesinin dördüncü fıkrası hükmünden de farklı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Buna göre çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl dava açmak zorundadır. Hem birinci ve hem de ikinci fıkrada düzenlenen süreler, hak düşürücü sürelerdir.

Üçüncü fıkrada ise, dava açmadaki gecikmenin haklı bir sebebe dayanması halinde, bir yıllık hak düşürücü sürenin bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlayacağı hükme bağlanmıştır. Haklı sebebin neler olabileceği fıkrada belirtilmemiş, herhangi bir olayın haklı sebep oluşturup oluşturmadığını belirleme konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir." denilmiştir.

### *b- Maddedeki sürelerin niteliği:*

TMK'nun 289. maddesinin öngördüğü sürelerin hak düşürücü nitelikte olduğu, başlığından ve gerekçesinden açıkça anlaşılacağı üzere tartışmasızdır. Bu niteliği itibariyle de re'sen gözetilmesi gerekir. Bir başka anlatımla itiraz-

dır, hakim tarafından doğrudan doğruya göz önünde bulundurulması zorunludur.

*c- Uyuşmazlık:*

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 289.maddesinin soybağının reddi davasında öngördüğü bir ve beş yıllık hak düşürücü sürelerin gerçekleşmesinden sonra haklı bir sebebe dayanılmak suretiyle dava açılabilmesinin olanaklı olup olmadığı noktasındadır.

Bir başka ifadeyle yerel mahkeme her halde beş yıllık sürenin geçmesinden sonra dava açılmayacağını öngörmekte; Özel Daire ise 289.maddenin son fıkrası uyarınca, haklı nedene dayanıldığı iddiası ileri sürüldüğünde, şartların tahakkuk etmesi halinde işin esasına beş yıldan sonra da girilebileceğini kabul etmektedir.

*d- Tartışma ve değerlendirme:*

Konunun çözümü için öncelikle, önceki Medeni Kanunun ilgili hükmüne ve onun yanı sıra öğretiye bakmakta yarar vardır.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlükten kaldırdığı 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 242. maddesi kocanın nesebin reddini, çocuğun doğduğuna muttali olduğu günden itibaren bir ay içinde isteyebileceğini amirdi ve yine Türk Kanunu Medenis'i'nin 246.maddesi uyarınca "Koca, sarahatan veya delaleten çocuğu tanıdıktan yahut bu babta muayyen müddet geçtikten sonra, red davası" açamayacağını hükme bağlamıştı.

Yeni Medeni Kanunumuz ise bu konuda 289. madde ile değişik bir kural getirmiş, ilk fıkrasında kocanın soybağının reddi davasını, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorunda olduğunu kabul etmiştir.

Öğretide ilk fıkranın öngördüğü bu bir ve beş yıllık iki sürenin ilki nisbi, ikincisi ise mutlak süre olarak tanımlanmaktadır. (Prof. Dr. Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, sh. 530; Prof.Dr. Gökhan Antalya, Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerini Haklı Sebeplerle Uzaması isimli Makale)

Ancak maddenin son fıkrası, yukarda da belirtildiği üzere, gecikmenin haklı bir sebebe dayanması halinde bir yıllık sürenin bu sebebin ortadan kalktığı tarihten başlayacağı şeklinde bir başka kural daha getirmiştir.

Genel Kurul görüşmelerinde çoğunluk düşüncesi bu hükmün; bir ve beş yıllık sürelerin geçirilmesinden sonra da, bir başka deyişle ilk fıkradaki nisbi ve mutlak sürelerin haklı bir nedenle, örneğin babanın ağır hastalığı, ayırtım gücünü belli bir dönem için yitirmesi, hapiste bulunması, çocuğunun olması-

nın olanaksızlığını daha sonra öğrenmesi, savaş nedeniyle esir kalması, uzun süreli yolculuğa çıkması ve bunun gibi sebeplerle kaçırılmış olması durumunda da uygulanabileceği, kanun koyucunun bunu amaçladığı son fıkranın konuluş gayesinin bu olduğu yolunda olmuştur.

Nitekim öğretide de bu hükmün böyle anlaşılması gerektiği yolundadır. Öztan, age sf. 530; Yrd.Doç. Dr. Mehmet Beşir Acabey, Soybağı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002 sh:151 vd).

Hangi sebeplerin gecikmeyi haklı kıldığı hususu ise, madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, hakimın takdir yetkisine mevduur.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; tararlar 28.02.1996 tarihinde evlenmişler, küçük İ.N. 04.08.1998 tarihinde doğmuş olup, yanlar 04.05.1999 tarihinde boşanmışlardır. Boşanma ilamında çocuk anneye bırakılmış, davacı baba, uzun süre tüm uğraşlarına rağmen çocukla gödüştürülmediğini, açtığı velayetin kendisine verilmesi davasının reddedildiğini, daha sonra ortaya çıkan dedikodular nedeniyle icra aracılığıyla çocuğu teslim alıp, hemen DNA testi yaptırdığını ve baba olma olasılığının %0 olduğunu yeni öğrendiğini, gecikmesinin haklı nedene dayandığını ileri sürmüş, yerel mahkeme davacının gecikmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını irdellemeye gerek görmeksizin, salt beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması yüzünden, davanın esasına girmeyerek redde karar vermiştir.

Özel Daire ise, davacının davayı açmakta haklı nedene dayandığı iddiası yönünden delillerin toplanıp 289. madde şartlarının tahakkuku halinde işin esasının incelenmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Yerel mahkemece yukarıda açıklanan nedenlerle bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır.

## SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK. 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, ilk oylamada çoğunluk sağlanamadığından 22.12.2004 gününde yapılan ikinci oylamada oy çokluğu ile karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## Kaza Olduğunda Aracın Kim Yararına Kullanıldığına Bakılarak Karar Verilecektir

### YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas: 2004/10-165  
Karar: 2004/171  
Tarih: 24.3.2004

**ÖZET:** Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatı ile sicilde kayıtlı görülen veya aracı uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişinin işleten olduğu, ancak ilgisi tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikenin kendisine

ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu olduğu ispat edilmişse bu kişi işletendir.

Taraflar arasındaki "rücuan alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Osmaneli Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 2.10.2001 gün ve 1999/176, 2001/170 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 17.12.2002 gün ve 9388-9793 sayılı ilamı ile; (....Davanın yasal dayanağı 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununun 63. maddesidir.

Söz konusu maddede üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu kanda sayılan yardımların yapılması durumunda, Kurumun yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için araç sahiplerine, (araç sahibinin kusuru olmasa bile) rücu edeceği hükmü öngörülmüştür. Araç sürücüsünün olayda % 100 kusurlu olduğu tesbit edildiğine göre araç maliki davalı S. L. yönünden 1479 sayılı Kanunun 63. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... araç sahiplerine..." ibaresinin Anayasa Mahkemesinin 27.03.2002 tarih 2001/343 Esas, 2002/41 sayılı Kararı ile Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermesi karşısında kanunun 63. maddesindeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı karşısında araç maliki S. L.'in işleten sıfatı yoksa sorumlu tutulamayacak, araç maliki S. L. aynı zamanda işleten ise sorumlu tutulacaktır. Burada değerlendirilmesi gereken husus davalı S.L.'in işleten sıfatı ile sorumlu olup olamayacağına ilişkindir. Trafik sicilinde adına kayıtlı bulunan kişi aracı kendi hesabına ve kendisine ait olmak üzere kullanıyor ve araçtan çıkar sağlıyor ise karşılığında hem şekli hem de maddi anlamda işletenlik sıfatı birleşmiş olur. 2918 sayılı yasanın 3. maddesinde araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatı ile sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kirala-

ma, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişinin işleten olduğu, ancak ilgisi tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikenin kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarruf olduğu ispat edilmişse bu kişinin işleten sayılabileceği hükme bağlanmıştır. Somut olayda araç maliki davalı S.L. olay tarihinden önce otomobili 27.12.1995 tarihli sözleşme ile E. A. isimli şahsa sattığını, ve teslim ettiğini, ancak aracın mülkiyetini devretmediğini savunmuştur. Kaza tarihinden 6 ay önce aracın S. L. tarafından dava dışı E. A.' a satıldığı yolundaki beyan araştırılmalı, 2918 sayılı yasanın 3. maddesinin son cümlesinin burada tezahür edip etmediği, davalı S. L. üzerine kayıtlı araç uzun zamandan beri E. A. tarafından harici satışa dayalı olarak kullanılıp kullanılmadığı araştırılıp davalı A. A.'ın kullanımı dolayısıyla bu kişi yönünden işletenlik kavramının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Araç maliki işleten durumunda değilse sırf araç maliki sıfatı ile sorumlu tutulamayacağı düşünülmeyen davalı S. L.'in sorumluluğuna karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve ve hüküm bozulmalıdır....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN : Davalılar vekili**

### **HUKUK GENEL KURULU KARARI**

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar (Bağ-Kur) Yasası'nın 63. maddesi uyarınca rücu tazminat alacağına ilişkindir.

Davacı Kurum vekili, trafik kazası sonucunda vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan ilk peşin değerli gelir ve cenaze masraflarının kusurlu araç sürücüsü ile araç maliki olan davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini istemektedir.

Davalılardan S. L., trafik kazasına konu aracı kazadan önce, -dava dışı-E. A. isimli şahsa haricen sattığını, aracı teslim etmesine karşın bir miktar alacağının kalması nedeniyle, trafik sicilinden devrini vermediğini, daha sonra ise şahsın izini kaybettiği için devrini veremediğini savunarak hakkında açılmış olan davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, 3.10.2001 günlü kararında, araç sürücüsü davalı A. A.'ın olayda tam kusurlu bulunduğu, diğer davalı S. L.'in ise araç maliki olduğu nedenle istemin kabulüne karar vermiş. Özel Dairece hüküm yukarıda

yazılı gerekçelerle bozulmuş, bu kez Yerel Mahkemece, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girme tarihinin, Yerel Mahkemenin bozmaya konu kararından sonraya ait olduğu. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının ancak Resmi Gazetede yayımından sonra açılacak davalarda uygulanması gerekeceği, iptal kararının ayrıca bir hüküm yoksa geriye etkili olmayacağı" gerekçeleri ile direnme kararı verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 1479 sayılı Bağ-Kur Yasasının 63. maddesi uyarınca; "Üçüncü bir kişinin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar.

Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere, (araç sahiplerine) ve diğer sorumlulara rücu eder..."

Maddede yer alan (araç sahiplerine) ibaresi Anayasa Mahkemesinin 13.11.2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan (27.3.2002 gün,2001/343 Esas, 2002/41 Karar sayılı) kararı ile iptal edilmiştir.

Uyuşmazlık, Anayasa Mahkemesi iptal kararının, görülmekte olan davada, bir diğer ifadeyle, kesinleşmemiş kararlara uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Anayasa Mahkemesince, Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun veya kanun hükmünde kararname veya bunların belli madde ve hükümleri (Anayasa Mahkemesi kararında aksi yazılı değilse) iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar (Anayasa m.153/3).

Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümez (Anayasa m. 153/5). Madde hükmünde yer alan bu ilke uyarınca Anayasa Mahkemesinin iptal hükmü; kanunun iptal edilmesinden önce o kanuna dayanılarak yapılmış ve kesinleşmiş olan, işlemleri, diğer bir anlatım ile, kesinleşmiş mahkeme kararları (maddi anlamda kesin hükmü) ile oluşan hukuki durumların sonucunu ortadan kaldıramayacak, bu hususların yeniden ele alınıp incelenmesine olanak sağlamayacaktır. Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün geriye yürümemesi, kesinleşen ilamlar bakımından geçerlidir. Anayasa Mahkemesinin çok sayıda kararı ile de doğrulanan bu ilke 18.11.1964 gün ve 2/4 ve ayrıca 10.3.1969 gün ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları ile de desteklenmiştir.

Buna karşılık usulü kazanılmış hakkın istisnası niteliğinde olan Anayasa Mahkemesinin iptal kararları, görülmekte olan (derdest) davaları ( kesinleşmemiş olan hükümleri) etkileyecek, henüz kesin hükme bağlanmamış bütün davalarda uygulanması gerekecektir (HGK'nun 21.1.2004 gün ve 2004/10-44-19 sayılı kararı).

İptal edilen kanun hükmü mahkemede görülmekte olan davanın hukuki dayanağını oluşturuyorsa, artık Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilecektir.

Hakim, Türk kanunlarını resen uygulamakla yükümlüdür (HUMK m.76).

Tarafların bildirdikleri vakıalara uygulanacak hukuk kuralını bulup uygulamak, başka bir deyimle bu vakıaların hukuki niteliğini belirlemek Türk Kanunlarını uygulamak demektir (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 B, 6.C, s. 1927). İptal kararı ile yürürlükten kalkan bir hukuk kuralı, görülmekte olan bir davanın hukuki sebebini oluşturamayacaktır. Hakim yürürlükte bulunan yasalar uyarınca vakıaların hukuki sebeplerini, kendiliğinden uygulamak durumundadır."

Somut olayda Yerel Mahkeme, 63. madde (araç sahibinin kusursuz sorumluluğunu öngören) hükmü uyarınca davalılardan S. L. hakkında davacı Kurum lehine rücu tazminatına karar vermişken, kararın tebliği aşamasında. Anayasa Mahkemesince hükmün dayanağını oluşturan "araç sahiplerine" ibaresi iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün Resmi Gazetede yayımlanması ile davanın hukuki dayanaklarından birisi ortadan kalkmıştır. Bu durumda adı geçen davalının sorumluluğunun saptanması aşamasında, "araç sahibi" sıfatından kaynaklanan kusursuz sorumluluğu ile değil, anılan maddede yer alan diğer sorumluluk halleri dikkate alınarak hüküm kurmak gerekecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararında "kişilerin üzerlerine kayıtlı aracı tasarruf edip etmedikleri araştırılmaksızın sadece kayıt işleminin objektif sorumluluğa esas alınmasının" doğru bulunmadığı vurgulanmıştır. Bu belirleme ile 1479 Sayılı Bağ-Kur Yasasının 63. maddesinde açıklanan "Diğer sorumlulara rücu eder" hükmünü işaret ettiği açıktır. Yasada yazılı "diğer sorumlular" dan kastın ise 2918 sayılı Yasanın 85/1 ve aynı Yasanın 3. maddesinde yazılı işleten kavramının ne olduğunun tespiti öncelik taşımaktadır.

Şekli ölçüye göre işleten, satışa esas olan tescil belgesinde (m. 19), aracın fenni muayene ve trafiğe çıkmasının temelini oluşturan trafik belgesinde (m.21), sigorta poliçesi ile (m. 91) vergi kaydında adı yazılı kişidir.

Maddi ölçü ise araçtan ekonomik olarak yararlanmayı ve araç üzerindeki eylemli egemenliği ölçü alır. 2918 sayılı yasa bu temel olgu üzerine oturtulmuştur.

Kimlerin işleten olabileceği Yasada sıralanmıştır. Öncelikle vurgulanmalı ki kimin araç sahibi olduğu konusunda yasa kuralım koymuştur. Trafiğe tescil, tescil belgesi ile sahiplik. Noter tarafından yapılan satış belgesi birer sahiplik belgesidir. 2918 sayılı Yasanın 3. maddesinde "araç sahibi, araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş veya Noterden lehine satış belgesi düzenlenmiş kişi" olarak tanımlanmıştır. Trafiğe tescilli araç, ancak Noter sözleşmesiyle devredilir. 2918 sayılı Yasanın 20/d maddesi uyarınca Trafiğe tescilli araçların haricen satışı geçersiz olup bu husus kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemelerce kendiliğinden (resen) gözönünde bulundurulur. İşte bir kaza olduğunda aracın kim yararına kullanıldığına bakılarak sorumlu kişi tespit edilebilecektir.

Trafik sicilinde adına kayıtlı bulunan kişi, aracı kendi hesabına ve kendi-

sine ait olmak üzere kullanıyor ve araçtan ekonomik çıkar sağlıyorsa bu kişi hem şekli hem de maddi anlamda işletendir. Burada maliklik sıfatı ile işletenlik sıfatı aynı kişide birleşmiştir. Noterlerin düzenleme yoluyla yaptığı satışlar dışında, aracın haricen satışında bu satışlar geçersiz olduğundan bu gibi durumlarda aracın sicilde kayıtlı malikine işleten gözüyle bakmak ve buna ağırlık vermek olayın mağdurları bakımından yerinde olacaktır. (Bkz. Ergun Özsunay, Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu olarak "İşleten" (Araç sahibi) Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar, Batıder Temmuz 1971 C.VI S. 1 Sh.83-110)

2018 sayılı Yasanın 3. maddesinde yazılı işleten kavramına da açıklık getirmek gerekir. Bu maddeye göre işleten, araç sahibi olan veya aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracı uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı ariyet veya rehin alan kişi işleten olarak kabul edilmektedir. Bunların yanında 2018 sayılı Yasanın 17.10.1996 gün ve 4199 sayılı yasa ile değişik 85 nci maddesinde motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi durumunda bu teşebbüs de sorumluluğa katlanacaktır. Teşebbüs sahibi 2018/3 madde tanımlamasına göre işleten değildir. Gerek motorlu aracın işleteni gerekse teşebbüs sahibi zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Bu sayılanların dışında yasa (2018/m.3) varsayımlı işleten kavramına yer vermiştir. Zarar görenleri danişıklı (muvazaalı) işlemlere karşı korumak için bu düzenlemeyi yapmıştır. Maddeye göre "ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır" denilmiştir.

Bu gibi olaylarda öncelikle görünür işletenlerin sorumluluğu yönüne gidilmelidir. Davacıların iddiaları yada davalıların savunmaları varsayımlı işletenliğe yöneldiğinde, muvazaalı işlemler konusunda genel ilkeler gözetilmelidir.

Açıklanan yasal kurallar ışığında somut olaya bakıldığında; kazaya karışan ... plakalı aracın trafik sicilinde S. L. adına kayıtlı olduğu Zorunlu Trafik Sigortasının adı geçen tarafından yaptırıldığı tartışmasızdır. Yerel mahkemece davalı S. L. hakkında 1479 sayılı Yasanın 63 maddesinde gösterilen (Araç sahipliği) sıfatı dikkate alınarak hüküm kurulmuştur.

Yukarıda anıldığı gibi 1479/63 ncü madde de yazılı (Araç sahibi) ibaresi Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Mahkemece yapılacak iş 1479/63 ncü madde de yazılı "diğer sorumlulara" rücu eder ifadeleri ile, 2018 sayılı Yasanın 85, aynı Yasanın 3. maddeleri birlikte değerlendirilmek suretiyle, davalı S.'nin işleten sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılmak, hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

### SONUÇ

Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda yazılı nedenlerden dolayı HUMK 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 24.3.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## Yöntemince Düzenlenip Süresi İçinde Kuruma Verilen İşe Giriş Bildirgesi, Kişinin İşe Alınmış Olduğunu Gösterirse de, Fiili Çalışmanın Varlığının Ortaya Koyulması Açısından Tek Başına Yeterli Kabul Edilemez

YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU

Esas: 2005/21-742  
Karar: 2005/744  
Tarih: 22.12.2004

**ÖZET:** Sigortalılıktan söz edebilmek için, çalışma olgusunu ortaya koyabilecek ücret bordroları, müfettiş raporları, işyeri çalışanlarının ifadeleri, hangi işte ne kadar çalışıldığı gibi somut ve inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalıdır.

Taraflar arasındaki “hizmet tespiti” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 17.09.2003 gün ve 2002/331 E. 2003/421 K. sayılı kararın incelenmesi davalı SSK vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 26.01.2004 gün ve 2003/10218-2004/532 sayılı ilamı ile;

(... Mahkemece bozma ilamına uyulduğu halde gereği yerine getirilmemiştir.

Davacı davalılara alt işyerinde 1.10.1975 yılında sigortalı olarak çalışmaya başladığını ve bu tarihin sigortalılık başlangıcı olarak tespitini istemiştir. Mahkemece ilamda belirtildiği şekilde istemin kabulüne karar verilmişse de bu sonuç usul ve yasaya uygun değildir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmasından sonra sürdürülen yargılama aşamasında kurumda mevcut özlük dosyası örneği getirtilmiştir. Gelen belgeler arasında dönem bordroları olmadığı gibi, komşu işyerleri ve kayıtlara geçmiş kişilerde araştırılmamıştır. Dinlenen davacı tanıkları kayıtlara geçmiş kişiler değildir. Mahkemece yapılacak iş, işe giriş bildirgelerindeki işyeri sicil nosu yazılarak dönem bordrolarını getirtmek, davacıdan başka çalışan varsa bilgisine başvurmak, yoksa komşu işyerlerinde çalışanlar araştırılıp tespit edilerek tanık sıfatıyla bilgilerine başvurmak olayın aydınlanması bakımından zaruridir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik araştırma ve incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya ay-

*kırı olup bozma nedenidir.*

*O halde davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır..)*

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN:** Davalı SSK. vekili

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**A- Davanın konusu:** Dava, sigortalılığın başlangıcının tespiti istemine ilişkindir.

**B-Davacının isteminin özeti;** Davacı, 01.10.1975 tarihinden 31.12.1975 tarihine kadar davalı firmaya ait işyerinde çalışmasına rağmen, bu çalışmasının diğer davalı kurum tarafından kabul edilmediğini, davalı firmanın 01.10.1975 tarihinde işe giriş bildirgesini düzenleyip kuruma göndermesine karşılık, dönem bordrolarında ve sigorta bildirgelerinde kendisinin gösterilmediğini, bunda hem işyeri sahibi firmanın, hem de burasını denetlemekle görevli SSK'nun kusurlu olduğunu ileri sürerek, 1.10.1975 tarihinde çalışmaya başladığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

**C- Davalının cevabının özeti;** Davalı SSK vekili davanın haksız olduğunu ileri sürerek reddi gerektiğini savunmuştur.

**D- Yerel mahkemenin kararının özeti;** Mahkemece; gelen belgelerin ve tanık sözlerinin birbirini tamamladığı, işe giriş bildirgesi verilmesinin ve bunun kurum kayıtlarına geçmesinin o işyerinde en az bir gün süre ile çalışmaya karine oluşturduğu, davalı kurumun bu karinenin aksini kanıtlayan bir delil sunmadığı gerekçeleriyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

**E- Temyiz evresi ve direnme;** Hüküm, davalı kurum vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece, yukarıya aynen alınan gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme bu bozmaya karşı önceki gerekçeleri yineleyerek direnmiş ve davanın kabulüne karar vermiştir.

**F- Uyuşmazlık ve Gerekçe;** Davacıya ait 01.10.1975 tarihli işe giriş bildirgesinin davalı kuruma süresi içerisinde verildiğinde uyuşmazlık bulunmamaktadır.

506 sayılı Kanunun 108. maddesi uyanınca, sigortalılık başlangıcı yönünden salt işe giriş bildirgesi verilmiş bulunması yeterli olmayıp, ayrıca Kanu-

nun 2. maddesinde öngörülen şekilde fiili çalışmaların aranması da gereklidir.

Bu nedenledir ki, somut olayda uyumsuzluk fiili çalışma olgusunun yönetimince kanıtlanmış olup olmadığı, mahkemece bu yönde yapılan inceleme ve araştırmanın hükme yeterli bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtmelidir ki, fiili veya gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işe giriş bildirgesiyle birlikte 506 sayılı Kanunun 79. maddesinde belirtilen ve sigortalının çalışma gün sayısını, kazanç durumu çalışma tarihleriyle birlikte ortaya koyan aylık sigorta gün bilgileri ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 17. maddesinde belirtilen dört aylık prim bordroları gibi kuruma verilmesi zorunlu belgelerdir.

Yönetimince düzenlenip süresi içinde kuruma verilen işe giriş bildirgesi, kişinin işe alınmış olduğunu gösterirse de, fiili çalışmanın varlığının ortaya koyulması açısından tek başına yeterli kabul edilemez. Sigortalılıktan söz edebilmek için, çalışmanın varlığı, Yargıtay uygulamasında 506 sayılı Kanunun 79/8. maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul edilen ilkelere uygun biçimde belirlenmelidir. Zira, sigortalılığın başlangıcına yönelik her dava, aynı zamanda sigortalılığın tespiti istemini de içerir. Aksi-ne düşünce, özellikle yaşlılık aylığının kabulü için öngörülen sigortalılık süresi yönünden çalışanlar ile çalışmayanlar arasında, adaletsiz ve haksız bir durum yaratır. Bu nedenle, işe giriş bildirgesinin verildiği, ancak, yasal diğer belgelerin bulunmadığı durumlarda, çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalı ve Anayasa'nın 60. maddesinde tanımlanan sosyal güvenlik hakkını niteliği gereği bu tür davalarda, hakim, doğrudan soruşturmayı genişleterek, sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemelidir.

Bunun için de bu tür davalarda işyerinde tutulması gerekli dosyalar ile kurumdaki belge ve kanıtlardan yararlanılmalı, ücret bordroları getirilmeli, müfettiş raporları olup olmadığı araştırılmalı, işyeri çalışanları saptanmalı ve sigortalının hangi işte ne kadar süre ile çalıştığı açıklanmalı, gereğinde komşu işyerlerinde çalışanlarının bilgilerine de başvurularak gerçek çalışma olgusu, somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde kanıtlanmalıdır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.6.1999 gün ve 1999/21-510- 527; 30.6.1999 gün ve 1999/21-549-555; 5.2.2003 gün ve 2003/21-35-64 sayılı, 24.11.2004 gün ve 2004/21-538-621; 15.12.2004 gün ve 2004/21-745-712 sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

Somut olayda; dinlenen davacı tanıklarından M. K.'un beyanı yer ve zaman içermeyen, soyut sözlerden ibaret olup, diğer tanık R. M.'nin ifadesi işe; herhangi bir resmi belge ile kontrol imkanı olmayan soyut bir anlatımdan iba-

rettir. Bu nedenlerle de yukarıda açıklanan ilkelere uygun sayılamaz. Çalışmanın tespiti istenen işyerinin bir işhanı içerisinde bulunması nedeniyle, komşu işyerlerinden istenen tarih itibari ile kayıtlara geçmiş kişilerin tespiti imkan dahilindedir. Bu itibarla yerel mahkemece; dinlenen tanıklar dışında özellikle komşu işyerleri araştırılıp, istenen tarihler itibari ile firma isimleri ile birlikte SSK'dan kayıtlara geçmiş çalışanların isimleri belirlenip, tanık sıfatıyla bilgilerine başvurularak çalışma olgusunun hiçbir tereddüde yer bırakmayacak ve kontrol imkanı sağlanacak şekilde tespiti zorunludur. Açıklanan nedenlerle, Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken direnme hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Direnme karar bozulmalıdır.

### SONUÇ

Davalı SSK vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, 22.12.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## Cezai Şartın Geçerliliği

### YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

**Esas:** 2004/9-652  
**Karar:** 2004/658  
**Tarih:** 8.12.2004

**ÖZET:** Geçerli olduğu kabul edilen bir hizmet sözleşmesinde cezai şart maddesi var ise bu maddeden ret kararı verilemez.

Taraflar arasındaki "cezai şartın tahsili" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 1. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 14.7.2003 gün ve 2002/1050-2003/968 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 8.3.2004 gün ve 15363-4491 sayılı ilamı ile, (...Mahkemece 1.7.2000 tarihli belirli süreli aktin geçersizliği sebebiyle bu sözleşmeye dayalı cezai şart alacak isteği reddedilmiş ise de, taraflar arasında fesih tarihinde yürürlükte bulunan 1.11.2001- 31.10.2002 tarihli belirli süreli hizmet aktinin olduğu mahkemenin de kabulündedir. Bu sözleşmenin 7.maddesinde özel şartlar düzenlenmiş olup "h" bendinde davacı aleyhine "j" bendinde de davalı aleyhine karşılıklı olarak cezai şart düzenlendiği saptanmıştır.

Geçerli olan bu hizmet sözleşmesindeki cezai şart düzenlemesi irdelenmeden cezai şart alacağının yazılı şekilde reddetmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN:** Davacı vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

## SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile,direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 8.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## Kefalet Sözleşmesi Yazılı Olmalıdır ve Kefilin Sorumlu Olacağı Miktar Sözleşmede Açıkça Belirtilmelidir

YARGITAY  
HUKUK GENEL DAİRESİ

Esas: 2004/13-761  
Karar: 2004/708  
Tarih: 15.12.2004

**ÖZET:** Sözleşme seberbestisi ilkesini benimseyen ve kural olarak sözleşmele-ri geçerlilik yönünden şekil koşuluna tabi tutmayan BK'nun Kefalet Sözleşmesini şekle bağlanmasının nedeni, tarafları o sözleşme konusunda bir kez daha etraflıca düşünmeye sevk etmek

ve böylece onları sözleşmenin doğurması muhtemel risklerinden korumaktır.

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Trabzon Asliye 3. Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 29.4.2003 gün ve 2001/381-2003/172 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 20.2.2004 gün ve 2003/9437-2004/1903 sayılı ilamı ile,

(...Davacı, davalıya kefaleten Trabzon 2. İcra Müdürlüğünün 1999/2268 sayılı dosyasına toplam 1.608.700.000 TL. ödediğini belirterek bu miktarın ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalı, kredinin kendisi tarafından kullanılmadığını, faizin başlangıç tarihinin doğru olmadığını, zamanaşımının gerçekleştiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece 1.296.607.000 TL. asıl alacağını ödeme tarihlerinden itibaren yasal faizi ile tahsiline, davacının banka hesabına 11.1.2000 tarihinde yatırılan 334.314.000 TL.nin ise işlemiş faizden mahsubuna karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı deliller/e yasaya uygun gerek- tirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmama- sına göre davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı, davalıya kefil olması nedeniyle alacaklıya ödediği meblağın ödeme tarihlerinden itibaren yasal faizi ile tahsilini istemiştir. Mahkemece yapılan inceleme sonucu davacının alacaklarından kesinti yapılarak icra dosyasına toplam 1.296.607.000 TL. ödeme yapıldığı ancak yapılan bu öde- menin 334.314.000 TL. lık kısmının davacının bankada açılan hesabına vir- man yapılarak iade edildiği, böylelikle davacının kefil olması nedeniyle yap-

*tığı ödemelerinin neticede 962.293.000 TL. olduğu dosya içeriğiyle sabittir. Mahkemece davacının yaptığı ödemelere her ödemenin yapıldığı tarih itibarıyla faiz yürütülmüştür. BK.101 maddesi gereğince muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur. Temerrüde düşmeyen borçludan temerrüt faizi istenemez. Davacı davadan önce davalıyı temerrüde düşürmediğinden faize dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Mahkemece aksine düşüncelerle ödeme tarihinden itibaren faize hükmedilmesi usul ve yasa aykırı olup bozma nedenidir....)*

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN:** Davalı vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla HUMK. nun 2494 Sayılı Yasa ile değişik 438/II.fıkrası hükmü gereğince duruşma isteminin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü

**Dava,** kredi sözleşmesinde davalının kefil durumundaki davacının, kefaleti nedeniyle dava dışı alacaklı bankaya icraen ödediği davalıya ait borçtan dolayı, alacak istemine ilişkindir

#### A- DAVACI İSTEMİNİN ÖZETİ:

Davacı vekili, kefil olduğu davalıya ait borç nedeniyle davacı hakkında dava dışı alacaklı Banka tarafından yapılan icra takibi sonucunda, eczacı olan davacının çeşitli kurumlardaki alacaklarına haciz konulup kesintiler yapıldığını ileri sürerek, davacının bu şekilde ödemek zorunda kaldığı toplam 1.608.700.000 TL. nin, kesintilerin yapıldığı tarihlerden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

#### B-DAVALI CEVABININ ÖZETİ:

Davalı vekili, icra takibine konu borcun, davalının yöneticisi davacının ise üyesi olduğu dava dışı bir kooperatif için alınan ve kooperatif hesabına aktarılan krediden kaynaklandığını, kooperatifin iflası üzerine, kredi veren bankanın bireysel kredi borçluları ve kefiller hakkında icra takibi yaptığını, dolayısıyla borcun davalıya ait olmadığını, gerçekte taraflar arasında kefalet ilişkisi de bulunmadığını, davacının kredi sözleşmesini borçlu olarak imzaladığını, davacının kefalet nedeniyle ödediği miktarın dava dilekçesinde ileri sürülenden çok daha az olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

#### C- YEREL MAHKEME KARARININ ÖZETİ:

Yerel Mahkeme, kefil sıfatıyla imzaladığı kredi sözleşmesi nedeniyle alacaklı Bankaca taraflar hakkında yapılan icra takibi sonucunda, davacının de-

ğişik tarihlerde toplam 1.296.607.000 TL. ödemek zorunda kaldığı, sonradan 11.1.2000 tarihinde hesabına 334.314.000 TL. yatırıldığı; Borçlar Kanunu'nun 496. maddesi uyarınca ödemek zorunda kaldığı miktarlar nedeniyle alacaklının haklarına halef olan davacı kefilin, borçlu davalıyı ayrıca temerrüde düşürmesi gerekmez, ödeme tarihlerinden itibaren yasal faiz isteyebileceği gerekçesiyle, bilirkişi raporunu esas alıp, sonradan yapılan kısmi ödemeyi de gözeterek, davanın kısmen kabulüne, farklı tarihlerde yapılan ödemeler toplamı 1.296.607.000 TL. nin, her bir ödeme tutarına, ödeme tarihinden dava tarihine kadar yasal faiz uygulanmak suretiyle davalıdan tahsiline, dava tarihinden sonraki dönem için sadece 962.293.000 TL. tutarındaki asıl alacağa yasal faiz yürütülmesine karar vermiştir.

#### **D- TEMYİZ EVRESİ VE DİRENME:**

Davalı vekilince cevap dilekçesindeki savunma tekrarlanmak suretiyle ve ayrıca mahsup işleminin yanlış yapıldığı öne sürülerek temyiz edilen karar. Özel Dairece yukandaki gerekçeyle ve oyçokluğu ile bozulmuş;

Yerel Mahkeme gerekçesini tekrarlayarak önceki kararında direnmiştir.

Bu karar davalı tarafça temyiz edilmiştir

#### **E- MADDİ OLAY:**

Dava dışı İş Bankası Trabzon Şubesi ile davalı arasındaki 25.12.1997 tarihli "*Genel Nakdi ve Gayrinakdi Kredi Sözleşmesi*" ile, davalıya 6.000.000.000 TL. nakdi kredi kullanılmış, daha sonra 13.9.1998 tarihinde limit 15.000.000.000 TL. ye çıkartılmış ve sözleşmeyi davacı "Müşterek Borçlu/Müteselsil Kefil" sıfatıyla imzalamıştır. Alacaklı Banka vekilince 15.7.1999 tarihli takip talebiyle, kredi borçlusu davalı ile aralarında davacının da bulunduğu kefiller hakkında, kredi sözleşmesine dayalı olarak 20.028.426.845 TL. nin 12.7.1999 tarihinden itibaren temerrüt faiziyle birlikte tahsil istemiyle yapılan ilamsız icra takibi kesinleşmiş, borçlular hakkında hacizler uygulanmış, davacının muhtelif kurumlardaki alacakları için haciz ihbarnameleri gönderilmiş ve bu şekilde, eczacı olan davacının kurumlarındaki alacaklarından değişik tarihlerde farklı miktarlarda kesintiler yapılmak suretiyle toplam 1.296.607.000 TL. tahsil edilmiştir.

#### **F- GEREKÇE**

Maddi olgu, bozma ve direnme kararlarının içerikleri itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davaya konu paranın, üçüncü kişilerdeki alacaklarından muhtelif tarihlerde ve muhtelif miktarlar üzerinden kesintiler yapılmak suretiyle tahsil edilmiş olması karşısında; davadan önce davalıya ihtarname de göndermemiş olan davacının, eldeki davada, her bir kesinti tutarına, kesintinin yapıldığı tarihten itibaren faiz istemesinin mümkün bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yukarıda "Maddi Olay" başlığı altında belirtildiği üzere, taraflar arasında, davacının davalıya ait kredi borcuna kefil ol-

masından kaynaklanan, borcun ticari nitelikte olması nedeniyle müteselsil kefalet niteliği taşıyan, esasen bu niteliği sözleşmede de açıkça vurgulanmış olan bir kefalet ilişkisinin varlığı çekişmesizdir. Dolayısıyla, Hukuk Genel kurulu önüne gelen uyuşmazlığın, kefalet müessesesi çerçevesinde çözümlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu, kefaleti 483. ve ardından gelen maddelerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş; bir çok sözleşme türüne ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak, 484. maddede, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olma koşuluna bağlamış; biçime ilişkin bu koşula içerik yönünden başka bir koşul daha eklemiş; sözleşmenin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesini zorunlu saymıştır.

Sözleşmenin serbestisi ilkesini benimseyen ve kural olarak sözleşmeleri geçerlilik yönünden şekil (biçim) koşuluna tabi tutmayan Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin geçerliliğini şekle bağlamasındaki temel nedenin, tarafları o sözleşme konusunda bir kez daha, etraflıca düşünmeye sevk etmek ve böylece onları sözleşmenin doğurması muhtemel risklerden korumak olduğu, öğretide ve kararlılık kazanan yargısal kararlarda oybirliğiyle benimsenmiştir.

Kefalet sözleşmesi yönünden, geçerliliğin, şekle ilişkin koşula ek olarak, içerikle ilgili başka bir koşula daha (kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi koşuluna) bağlamasındaki amacın; kendisine ait olmayan bir borç için sorumluluk altına giren, hatta, müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda asıl borçludan bağımsız olarak tek başına doğrudan doğruya takip edilebilmesi bile olanaklı bulunan kefil, mümkün mertebe korumak olduğu da kuşkusuzdur.

Kısaca, Yasa Koyucu kefaleti borçların ifasını sağlamanın zorunlu bir yolu ve borçlar hukukunun vazgeçilmez bir kurumu olarak düzenlemekle birlikte; kefilin hukukun cevaz vereceği tüm olanakları kullanmak suretiyle koruyup, kollama amacını da hep ön planda tutmuştur. Örneğin, Borçlar Kanunu'nun, az önce sözü edilen 484. maddesindeki kuraldan başka, 486. maddede, adi kefile yönelinebilmesinin koşulları sınırlı olarak gösterilmiş, 490. maddede kefilin dava masrafları ve faiz yönünden sorumluluğunu kısıtlayan hükümler getirilmiş, 491. maddede muacceliyet, 494. maddede sınırsız zamanlı kefalet yönünden kefilin koruma amaçlı düzenlemelere yer verilme 496. ve sonraki maddelerde de, kefilin sahip olduğu haklar ayrıntılı biçimde gösterilmiştir.

Bunlardan, 496. madde, kefilin ödediği borç miktarı oranında, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu haklar yönünden, onun halefi olacağını ve bu halefiyetten önceden feragat edilemeyeceğini öngörmektedir.

Dolayısıyla, kefaletle ilişkin tüm yasal kuralların, kefilin kefaleti altındaki borçtan alacaklıya karşı sorumluluğunu yerine getirmesine olanak tanıyacak

ve ancak, kefil olduğu borçluya karşı mağduriyetini de önleyecek şekilde yorumlanması zorunludur. Bozma ilamındaki karşı oy yazısında da aynı gerekçeye dayanılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Davacı kefil, dava dışı kredi alacaklısı Banka tarafından yapılan icra takibi sonucunda, davalıya ait borcun bir kısmını, muhtelif kurumlardaki ilaç bedeli alacaklarından yapılan kesintilerle ödediğine göre, Borçlar Kanunu'nun 496. maddesi hükmü uyarınca, ödeme miktarıyla sınırlı olarak, alacaklı Bankanın davalıya karşı sahip olduğu haklar bakımından, onun halefi durumuna gelmiş; eş söyleyişle, eğer davacı kefil bu şekilde bir ödeme yapmamış olsaydı, alacaklı banka, borçlusu durumundaki davalıya karşı hangi haklara sahip olacak; ondan neyi, hangi koşullarla isteyecek idiyse, davacı da davalıdan aynıısını isteyebilme hakkına sahip olmuştur. Yargıtay uygulamasında, somut olay bakımından bu kurala getirilen tek istisna, alacaklının sıfatından (tacir olmasından) kaynaklanan hakların kefile tanınmamasıdır.

Davalının kredi borcunu sözleşmede öngörülen sürede ödemediği çekişmesiz olduğuna göre, sözleşme hükümleri uyarınca temerrüdün gerçekleştiği tarih bir yana, bu borç yönünden en geç icra takip tarihinde temerrüde düşmüş olacağı açıktır. Bu durumda, alacaklı Banka, davalıdan en azından icra takip tarihinden itibaren faiz isteme hakkına sahip olacağına göre, ödeme nedeniyle onun halefi durumuna gelen davacının da, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, doğal olarak takipten daha sonraki tarihlerde gerçekleşen her bir kesinti tutarı için, kesintinin yapıldığı günden itibaren davalıdan faiz isteme hakkına sahip bulunacağına kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Yukarıda değinildiği üzere, kefil durumundaki davacı, alacaklı Bankanın sadece sıfatından kaynaklanan haklar bakımından onun halefi sayılamaz. Somut olay bakımından, alacaklının tacir sıfatından kaynaklanabilecek tek hak, alacağa yasal faizin üzerindeki bir oranda faiz istemektir; ki, somut olayda davacı yasal faiz istemiş olmakla, bu istisnanın da uygulama yeri yoktur.

Hal böyle olunca, davacı kefilin, her bir ödeme tutarı için ödeme tarihinden itibaren yasal faiz istemesi haklı; Yerel Mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı da yerindedir. Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kapsamı itibariyle, faiz başlangıç tarihleri yönünden Özel Dairece incelenmesi gereken bir husus da bulunmadığından, usul ve yasaya uygun olan direnme kararı onanmalıdır.

## SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA ve aşağıda dökümü yazılı (59.900.000) lira bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına 15.12.2004 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/Yargıtay Hukuk Genel Kurul Başkanı**

## İhbar ve Kıdem Tazminatının Ödenmiş Bulunması Önceki Dönemin Tasfiye Olduğunu Gösterir

**YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU**

**Esas:** 2004/9-655  
**Karar:** 2004/714  
**Tarih:** 15.12.2004

**ÖZET:** Aynı işverene bağlı olarak, önceki döneme ait çalışmasının ihbar ve kıdem tazminatını alan işçinin, daha sonra aynı işveren ile öncekinden bağımsız 6 ay süreli bir sözleşmeye dayalı olarak çalışması halinde fark kıdem tazminatı isteyemez.

Taraflar arasındaki “fark kıdem tazminatı ve yıllık izin alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 4. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 08.07.2003 gün ve 2002/718 E. 2003/401 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.3.2004 gün ve 2003/15449 E.2004/5354 K. sayılı ilamı ile; (...Davacı işçi belirsiz süreli hizmet akdi ile çalışmakta iken hizmet akdi davalı işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödemek suretiyle feshedilmiş, bir gün sonra kendisi ile bu defa 6 ay süreli sözleşme yapılmış, bu sözleşme 31.3.2002 tarihinde son bulmuştur. Davacı kıdem tazminatının tüm süre üzerinden hesaplanması gerektiğini ileri sürerek fark kıdem tazminatı ile yine anılan 6 aylık süreden kaynaklanan yıllık izin alacağı isteğinde bulunmuş, mahkemece istek gibi hüküm kurulmuştur.

Davacı Elektrik ve Elektronik mühendisi olup, son olarak Araştırma ve Geliştirme Grup lideri unvanı ile çalıştırılmıştır. Somut olayda, davacının niteliği ve yaptığı iş itibarıyla belirli süreli hizmet akdinin yapılmasını gerektiren haklı bir neden bulunmaktadır. Ayrıca işverence ihbar ve kıdem tazminatının ödenmiş bulunması önceki dönemin tasfiye olduğunu göstermektedir. Böyle olunca ikinci dönemin ayrı ve öncekinden bağımsız bir sözleşmeye dayalı olduğu kabul edilerek fark kıdem tazminatı ve izin alacağı isteğinin reddine karar verilmelidir. Yazılı şekilde isteğin kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN :** Davalı vekili

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

## SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 15.12.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## Kesin Hükümün Amacı Kişiler Arasındaki Uyuşmazlıkların Kesin Bir Biçimde Çözülmesidir

YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU

Esas: 2004/9-726  
Karar: 2005/715  
Tarih: 15.12.2004

**ÖZET:** Kesin hüküm, hem kişiler hem de devlet için hukuksal durumda istikrar sağlar. Hukuksal güvenlik ve yargı erkine güven, kesin hüküm kurumu ile sağlanır.

Taraflar arasındaki “yıllık izin ücret alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Aliğa İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 20.02.2004 gün ve 2003/51 E- 2004/48 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.05.2004gün ve 2004/12628-12290 sayılı ilamı ile;

*(...Daha önce sendikaya üyelik tarihinden fesih tarihine kadar kullanılmayan yıllık ücretli izinlerin karşılığı alacak isteminde bulunduğunu, bu ilk davanın kısmi dava olduğunu iddia eden davacı, bu dava ile işe giriş tarihinden sendika üyeliğinin bildirildiği tarihe kadar olan yıllık ücretli izinlerin karşılığı alacak isteminde bulunduğunu belirterek dava açmıştır.*

*Mahkemece; "Davacı ilk davada işe giriş tarihi esas alınarak kıdemine göre sendika üyeliğinin bildirildiği tarihten fesih tarihine kadar kullanılmayan izin ücret alacağını istemiş ve bilirkişice buna göre hesaplanan izin alacağı hüküm altına alınmıştır. Bu davada ise işe girişten sendika üyeliğinin bildirildiği tarihe kadar ki kullanılmayan yıllık ücretli izin alacağı talep edilmektedir. Taraflar aynı ise de, sebep ve konu farklıdır. Kesin hükümden söz edilemez." gerekçesi ile istek kabul edilmiştir.*

*Dosya içeriğinde ve özellikle açılan ilk davada dava dilekçesinde, davacı tarafı “TİS hükümleri gereği kullandırılmayan ve eksik kalan izin ücretinin işe giriş tarihinden fesin tarihine kadar olan tüm sürenin göz önüne alınarak hesaplanması” şeklinde maddi olayı açıklamış, açıkça sendika üyeliğinin bildirildiği tarihten fesih tarihine kadar olan yıllık ücretli izinden söz etmemiştir. Bilirkişinin hesapladığı ve TİS dönemini kapsayan izin alacağına davacı taraf itirazda bulunmadığı gibi, belirlenen miktarı ıslah işlemi ile art-*

*tırarak karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, kısmen kabul kısmen red şeklinde hüküm kurulmuş ve verilen karar davacı tarafından temyiz edilme-  
yerek kesinleşmiştir. Tüm bu hukuki olgulara göre, ilk davadaki istem tüm sü-  
reyi kapsadığından; konusu, tarafları ve sebebi aynı olan bu dava için kesin  
hüküm vardır. Kesin hüküm nedeni ile davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile  
kabulü hatalıdır...)*

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan  
yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN:** Davalı vekilleri

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz  
edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görü-  
ldü:

**A- Dava:** Dava, önceki davada hükmedilmeyen yıllık izin ücreti farkının  
ödenmesi istemine ilişkindir.

**B- Davacının isteminin özeti:** Davacı, yanlar arasında daha önce görülen  
dosyada Toplu İş Sözleşmesi yapılmasından sonraki döneme ilişkin olarak  
ücret alacağına hükmedildiğini, bundan önceki döneme ilişkin yıllık ücretli  
izne hükmedilmediğini ileri sürerek, iş sözleşmesinin kurulmasından başla-  
yarak, sendikaya üye olduğu tarihe kadar lehine doğmuş olan ücretli izin ala-  
cığının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

**B- Davalının cevabının özeti:** Davalı, yanlar arasında bu konuda daha  
önce görülen davanın görülmekte olan dava açısından kesin hüküm oluşturu-  
duğu savunması ile davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

**C-Yerel mahkemenin kararının özeti:** Mahkemece, her iki davanın yan-  
ları aynı olmakla birlikte, davanın konusu ve nedeninin farklı olduğu, görül-  
mekte olan davada, önceki davada hükmedilmeyen ve saklı tutulan döneme  
ilişkin olarak istemde bulunulduğu, bu nedenle yanlar arasında daha önce gö-  
rülen davanın, görülmekte olan dava açısından kesin hüküm oluşturmayaca-  
ğı gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

**D- Temyiz evresi ve direnme:** Hüküm, davalı vekilinin temyizi üzerine  
Özel Dairece, yukarıda açıklanan biçimde, yanlar arasında daha önce aynı  
konuda görülen davanın, bu dava açısından kesin hüküm oluşturduğu kana-  
ati ile bozulmuştur.

Yerel mahkeme, daha önce açılan davada, sendika üyeliğinin bildirildiği,  
dolayısıyla Toplu İş Sözleşmesinden yararlandığı tarihten sonrası için talepte  
bulunulduğunu ve bu dönem bakımından karar verildiğini, oysa görülmekte

olan davada önceki kısmi davada talep edilmeyen, işe giriş tarihi ile aktin feshi tarihine kadar hak ettiği yıllık izin ücretinden, ilk davada hükmedilen miktarın düşülmesi suretiyle hesaplanacak yıllık izin ücretine hükmedilmesini istediğini, bu nedenle önceki davanın bu dava açısından kesin hüküm oluşturmayacağını açıklayarak ilk kararında direnmiştir.

**E- Uyuşmazlık:** Yanlar arasında aynı konuda daha önce görülüp kesinleşen davanın, bu dava açısından kesin hüküm oluşturma oluşturmadiğı noktasında toplanmaktadır.

**F- Gerekçe:** Bu dosya açısından kesin hüküm oluşturduğu ileri sürülen dava Aliğa Asliye (İş) Mahkemesinin 24.09.2001 gün ve 2001/2412-4212 sayılı ilamı ile karara bağlanmıştır. Bu davada yanlar aynı olup, istek kalemleri arasında ücretli izin alacağı da bulunmaktadır. Ne var ki, davacı buradaki talebinde Toplu İş Sözleşmesinden yararlandığı dönemden sonrası için TİS m.71'e dayalı olarak hak kazanıp, kullanmadığı yıllık izin ücretinin hesaplanarak ödenmesini istemiştir. Alınan bilirkişi raporunda, davacının sendikaya üye olup, toplu iş Sözleşmesinden yararlandığı dönem sonrası için hesaplama yapmıştır. Davacı vekili rapora ilişkin beyanında, "sadece en son yılın yıllık izin ücretinin hesaplandığını, bu nedenle dikkate alınmayan yıllara izin ücreti konusunda ayrıca dava açma hakkını saklı tuttıklarını" belirtmiştir. Yerel mahkeme gerekçesine davacının bu beyanını işlemiş ve bilirkişi hesabı doğrultusunda, sendika üyelik tarihi olan 13.10.1999 ile iş aklının feshi tarihi 12.01.2001 tarihi arasındaki dönem bakımından davacının hak ettiği yıllık izin ücreti konusunda karar vermiş, verilen karar temyiz edilmeksizin 02.10.2001 tarihinde kesinleşmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, kesin hükmün amacı kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir biçimde çözümlenmesidir. Bu amacın gerçekleşmesinde hem kişilerin hem de Devletin yararı vardır. Çünkü kişiler aralarındaki uyuşmazlığın kesin bir biçimde sonuçlanması için dava sırasında bütün olanaklarını kullanırlar ve dava sonucunda verilecek kararla artık, bu uyuşmazlığın sona ermesini isterler. Bu açıdan, Devletin de menfaati söz konusudur. Çünkü Devlet, mahkemelerin sınırsız bir biçimde aynı uyuşmazlık (dava) ile sürekli ve yinelenerek meşgul edilmesini istemez.

Kesin hüküm, hem kişiler, hem de devlet için hukuksal durumda istikrar sağlar. Hukuksal güvenlik ve yargı erkine güven, kesin hüküm kurumu ile sağlanır.

Kesin hüküm ikiye ayrılır. Bunlar şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hükmüdür.

Şekli anlamda kesin hüküm, sözü edilen karara karşı artık bütün olağan yasa yollarının kapandığı anlamına gelir. Şekli anlamda kesin hükmün amacı, davanın sona erdirilmesine hizmet etmektir. Bir son karar, şekli anlamda

kesinleşince, yanların o davada izledikleri amaç gerçekleşmiş olur. Bazı son kararlar verildikleri anda kesindirler (Örneğin 20.6.1996 tarihinde kabul edilen 4145 sayılı yasa gereğince HUMK m. 427'de yapılan değişiklikle 1.1.2000 tarihinden itibaren miktar ve değeri 40.000.000 TL.yi geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin verilen son kararlar kesindir. Bu kararlara karşı herhangi bir olağan yasa yoluna başvurulamaz).

Yasa yolu açık olan bir karar, yasa yoluna başvurma süresi geçmekle de kesinleşir. Öte yandan, temyiz yolu açık olan bir karar temyiz edilip sonuçta onanmış ve karar düzeltme süresi geçirilmişse, ya da karar düzeltme istemi de reddedilmişse, veyahut yasa yoluna başvurmadan feragat edilmişse verilen hüküm şekli anlamda kesinleşir.

Bir hüküm bir kere şekli anlamda kesinleşirse, artık bu hükmeye karşı, olağan yasa yollarına başvurulamaz. Bir kararın maddi anlamda kesinleşmesi için öncelikle şekli anlamda kesinleşmesi gerekir.

Diğer yandan, maddi anlamda kesin hüküm, yargısal kararlara tanınan hukuksal gerçeklik niteliğidir. Maddi anlamda kesin hüküm sayesinde, mahkeme kararlarına güven duyulması ve bu kararların uygulanması, yanlar arasındaki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için son bulması, çelişik kararlar verilmesine engel olunması, toplumsal yaşam için zorunlu olan hukuksal istikrarın sağlanması amaçlanır.

Maddi anlamda kesin hükmün koşulları HUMK m.237 de açıklanmıştır. Bunlar; dava konularının (müddeabihlerinin), dava nedenlerini ve yanlarının aynı olmasıdır.

Görülmede olan davada, yanlar konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık dava nedeni ve konusunun aynı olup olmadığı noktasındadır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde somut olaya baktığımızda, ilk açılan davada, davacı vekilinin dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hakkını saklı tuttuğu ve yalnızca davacının sendikaya üyelik tarihinden iş aktinin feshine kadar döneme ilişkin talepte bulunduğu, bilirkişi raporunun ve bu rapora karşı beyanlarının da aynı yönde olduğu, mahkemenin bu hususu gerekçesinde açıkça belirttiği ve yalnızca sendikaya üyelik tarihinden sonrası için karar verildiği, işe giriş tarihinden, sendikaya üyelik tarihine kadar olan dönem bakımından bir karar verilmediği, görülmekte olan davada ise önceki karar kapsamı dışında olup, saklı tutulan sendikaya üyelik öncesi döneme ilişkin yıllık izin ücreti alacağına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, her iki davanın konularının nedenlerinin aynı olmamasına göre hükmün bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Hal böyle olunca bu yönleri amaçlayan direnme hükmü doğrudur.

Bununla birlikte işin esasına ilişkin davalı vekilinin temyiz itirazları incelenmediğinden dosyanın Dairesine gönderilmesi gerekir.

### SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, yerel mahkemenin direnme kararı doğru olup, işin esasına yönelik davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Yargıtay 9. Hukuk Dairesine gönderilmesine 15.12.2004 günü oybirliğiyle karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## İsteğe Bağlı Sigortalılığını Sona Erdiren Dilekçedeki İmzanın Dilekçeciye Ait Olup Olmadığı Belirlenip Ona Göre Karar Verilmelidir

YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU

Esas: 2004/10-740  
Karar: 2004/743  
Tarih: 22.12.2004

**ÖZET:** Yöntemince yapılacak araştırma sonucunda dilekçedeki imzanın sigortalıya ait olduğu anlaşılırsa dilekçe tarihinden ilk isteğe bağlı sigorta priminin ödemeye başladığı tarihe kadar olan süre sigortalılıktan sayılır.

Taraflar arasındaki “emeklilik aylığına hak kazandığının tespiti ve kurumun sataşmasının önlenmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İskenderun Asliye 1. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 23.12.2003 gün ve 97-1288 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 8.6.2004 gün ve 2558-5145 sayılı ilamı ile;

(...1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerek-tirici sebeplere göre, davalı Sosyal Sigortalar Kurumu vekilinin temyiz itiraz-larının reddi gerekir.

2- Davacının asıl amacının isteğe bağlı Sosyal Sigortalar Kurumu sigor-talı olduğu 01.01.1991 tarihinden sonraki isteğe bağlı sigortalılığının ge-çerliliğinin tespitiyle 05.10.2001 tahsis tarihli dilekçesine göre 01.11.2001 tarihinden itibaren yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitine karar verilme-si istemine ilişkin bulunduğu görülmektedir.

506 sayılı yasanın 85. maddesine göre isteğe bağlı sigortalılık, sigortalı-nın talebine istinaden sona erer. Davaya konu somut olayda sigortalının is-teğe bağlı sigortalılığını sona erdiren 13.02.1991 tarihli dilekçedeki imzanın davacıya ait olup olmadığı araştırılması şayet imzanın davacıya ait olduğu tespit edilirse, dilekçe tarihinden ilk isteğe bağlı sigorta primlerinin toptan ödemesinin yapıldığı 17.05.1996 tarihine kadar ki süre yönünden isteğe bağ-lı sigortalılığa geçerlilik tanınmamasına ve buna göre yaşlılık aylığı bağlan-ma koşullarının irdelenmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı olduğu şekilde davanın kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve ya-saya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul

*edilmeli ve hüküm bozulmalıdır....)*

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN :** Davalı vekili

## **HUKUK GENEL KURULU KARARI**

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre. Özel Dairenin bozma ilamının 1.bendinde yazılı olan "...davalı Sosyal Sigortalar Kurumu vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekir" tümcesinden, davalı Sosyal Sigortalar Kurumunun sair temyiz itirazlarının reddinin amaçlandığı açıkça anlaşıldığından, bu hususa sadece değinilmekle yetinilmesi uygun görülmüştür.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 85.maddesine göre, isteğe bağlı sigortalılık, sigortalının istemi ile sona erebilir.

Davaya konu somut olayda sigortalının isteğe bağlı sigortalılığını sona erdiren 13.2.1991 tarihli dilekçedeki imzanın kendisine ait olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Yöntemince yapılacak araştırma sonucunda bu dilekçedeki imzanın sigortalıya ait olduğunun anlaşılması durumunda söz konusu dilekçe tarihinden ilk isteğe bağlı sigorta priminin ödenmeye başladığı tarih olan 11.4.1994 tarihine kadar olan süre bakımından, isteğe bağlı sigortalılığa geçerlik tanınmaması ve bu duruma göre yaşlılık aylığı bağlanma koşullarının irdelenmesi, aksi durumda ise, baştan itibaren isteğe bağlı sigortalılığın geçerli sayılması gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu, yazılı olduğu biçimde davanın kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

## **SONUÇ**

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 22.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU**

## Anayasa Mahkemesi Kararları Geriye Yürümez İleriye, Geleceğe Etkili Olur

**YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU**

**Esas:** 2004/21-66  
**Karar:** 2004/93  
**Tarih:** 23.2.2005

**Özet:** Bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereğidir. Davanın her aşamasında, mahkeme kesin hükmü varlığını kendiliğinden yönetmek zorundadır.

Taraflar arasındaki “kurum işleminin iptali-yaşlılık aylığı bağlanması” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 4. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 11.2.2004 gün ve 2001/939-2004/8 sayılı kararın incelenmesi davalı SSK vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 15.6.2004 gün ve 3434-5920 sayılı ilamı ile,

(...Uyuşmazlık 3201 sayılı Yasaya göre yapılan borçlanma işlemini iptal eden Kurum işleminin iptali ile borçlanma işleminin geçerli olduğunun ve kesin dönüş tarihi itibarıyla yeniden yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tesbitine ilişkindir.

Davacının uzun yıllar Almanya’da işçi olarak çalıştıktan sonra yurt dışında 14.7.1972-18.8.1995 tarihleri arasında geçen hizmetlerine ilişkin, yurda kesin dönüş yaptığını bildirerek davalı Kuruma 3201 sayılı yasa uyarınca borçlanmış, prim borçlarını ödedikten sonra yaptığı başvuru üzerine kendisine yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Ancak daha sonra Almanya Sosyal Güvenlik Kuruluşundan getirtilen hizmet cetveline göre davacının 15.10.1995 tarihine kadar yurt dışında çalıştığı ve 26.12.1995 tarihine kadar da işsizlik yardımı aldığı anlaşıldığından, yurda kesin dönüş yapmadığı kabul edilerek borçlanması ve yaşlılık aylığı iptal edilmiştir. Bunun üzerine davacı, Ankara 1.İş Mahkemesinin 1997/957 Esas ve 1997/2062 Karar sayılı dosyasında Sosyal Sigortalar Kurumunu hasım göstererek, Kurumun borçlanma ve yaşlılık aylığını iptal eden işleminin iptali, borçlanmanın geçerli olduğunun tesbiti ve kesilen aylıkların ödenmesi istemli dava açmıştır. Mahkemece yargılama neticesinde davanın kabulüne ilişkin karar Yargıtay 21. Hukuk Dairesince kesin dönüş şartı gerçekleşmediği gerekçesiyle 24.11.1997 tarihinde bozulmuş, bozma ilamına uyularak verilen davanın reddine dair karar temyiz edilmek-

sizin kesinleşmiştir.

Daha sonra davacı, Ankara 5. İş Mahkemesine 21.06.2000 tarihinde 2000/794 Esas sayılı dosya ile yeniden Sosyal Sigortalar Kurumunu hasım göstererek Kurumun borçlanma ve yaşlılık aylığını iptal eden işleminin iptali, borçlanmanın geçerli olduğunun tesbiti istemli dava açmıştır. Bu dava kesin hüküm nedeniyle reddedilmiş, Dairemizin 14.5.2001 tarihli ve 2001/3576 Esas ve 2001/3713 Karar sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir.

Davacı kesinleşen bu karardan sonra bu defa Ankara 4. İş Mahkemesinde 2001/939 Esas sayılı dosyasında dava açarak yeniden 3201 sayılı Yasa çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin 3201 sayılı Yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş.." sözcüklerinin Anayasaya aykırı olması nedeniyle iptaline ilişkin 12.12.2002 tarihli kararı uyarınca borçlanmayı iptal eden Kurum işleminin iptalini ve borçlanmanın geçerli olduğunun ve kesin dönüş tarihi itibarıyla yeniden yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tesbitini istemiş, mahkemece hükümde belirtildiği şekilde istemin kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, uyumsuzluk konusunda daha önce verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararı vardır. Dava konusu uyumsuzluğun daha önce bir kesin hükümle çözümlenmiş olması olumsuz dava koşuludur. Maddi anlamda kesin hükümden söz edebilmek için HUMK.'nin 237. maddesi uyarınca birinci ve ikinci davanın konusunun dava sebebinin (vakıalar) ve taraflarının aynı olması gerekir.

Ankara 5. İş Mahkemesinin ve Ankara 1. İş Mahkemesinin yukarıda özetlenen dosyaları kapsamında, aynı davacı tarafından aynı davalı Sosyal Sigortalar Kurumu aleyhine, aynı maddi vakıalara dayanarak ve aynı isteklerle daha önce açılan davanın reddine ilişkin kararlar kesinleşmiştir. Eldeki davanın tarafları, konusu ve maddi vakıaları önceki davalar ile aynı olup, kesin hükmün olduğu ortadadır.

Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir. Yeni bir niza söz konusu olmayıp, redle sonuçlanan 3201 sayılı Yasanın 3. maddesine dayalı ilk dava ile bu davanın vakıaları, diğer bir deyişle sebepleri aynıdır. Davacı her üç davada da yurt dışı borçlanmasının geçerli olmasını istemektedir. Birinci davada yurt dışı borçlanmasının geçerli olmadığı saptanmıştır. Borçlanmanın geçerli olmadığı yolundaki bu hüküm davacı yönünden bağlayıcıdır. Artık borçlanmanın geçerli olduğu yönünde yeni bir dava açamaz. İşbu davanın dinlenebilmesi için, bu vakıaların önceki davalardaki vakılardan farklı olması gerekir. Son açılan davanın dayandığı vakıalar aynı, sadece dayandığı delil farklı işe (davacı Anayasa mahkemesinin iptal kararına dayanmaktadır) dava sebebi aynı olduğundan, bu davanın dinlenebilme olanağı yine yoktur.

*Benzer bir olay nedeniyle Y.H.G.K.'nın 5.2.2003 gün ve 2003/21-30-57 Sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere, kesin hükme karşı açılan ve tarafları, dava konusu, dava sebebi, dayanakları aynı olan ikinci davanın dinlenebilmesine olanak olmadığı gibi, davanın görülmesinden sonra Anayasa Mahkemesince verilen 3201 sayılı Yasanın 3. maddesindeki yurda kesin dönüş koşulunun iptalini öngören kararın bu davaya etkisi yoktur. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümez. İleriye etkili olur. Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sonrasındaki bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereğidir.*

*Bu nedenle mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın davanın kesin hüküm nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...)*

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir,

**TEMYİZ EDEN:** Davalı vekili

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kesin dönüş yapılmadığı gerekçesi ile iptal edilen, 3201 sayılı Kanuna göre yapılan borçlanma işleminin geçerli sayılması ve yurda kesin dönüş tarihi olan 18.05.1998 tarihinden itibaren aylığın yeniden bağlanması istemine ilişkindir.

**A- DAVACININ İSTEMİNİN ÖZETİ :** 1972 - 1998 tarihleri arasında yurt dışında işçi olarak çalıştığını, 1995 yılında 3201 sayılı Kanundan yararlanmak için borçlanma isteminde bulunmuşsa da, davalı kurum tarafından önce istemi kabul edilip aylık bağlandığını, arkasından aylık bağlama işleminin iptal edilip, bağlanan aylıkların kesildiğini, bu işlemin iptali için açtığı iki davanın, reddedildiğini, buna karşılık bu davada müvekkilinin yurda kesin dönüş yapmış olduğu 18.05.1998 tarihinden geçerli olmak üzere yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğini açıklayarak, davalı kurumun aksi yöndeki işleminin iptali ile 18.05.1998 tarihinden geçerli olmak üzere yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini istemiştir.

**B- DAVALININ CEVABININ ÖZETİ:** Davalı, davacının 15.10.1995 tarihine kadar yurt dışında fiilen çalıştığı, 16.10.1995 ila 26.12.1995 tarihleri arasında hastalık ve işsizlik sigortası yardımı aldığı anlaşıldığından, yurda kesin dönüş yapmış sayılamayacağı gerekçesi ile borçlanma işleminin iptal

edildiğini, davacının bu konuda daha önce açtığı iki davanın da reddedilip kesinleştiğini, bu nedenle görülmekte olan davanın da kesin hüküm nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini bildirmiştir.

**C- YEREL MAHKEME KARARININ ÖZETİ;** Mahkeme; davacının yargı kararları doğrultusunda işlem yapılması için Sosyal Sigortalar Kurumu Tahsisler Dairesine, 04.06.2001 tarihinde başvuruda bulunduğu. Kurumca davacı bakımından verilmiş bir yargı kararı bulunmadığından istem reddedildiği, davacının kesin dönüş yapmadan başvurmuş olduğu borçlanma işleminin Anayasa Mahkemesi'nin 3201 sayılı Kanunun 3. maddesini iptal etmesi karşısında geçerli olduğu, davacının son tahsis talebi tarihinde yurda kesin dönüş yapmış olduğu anlaşılmakla, bu tahsis talebim takip eden aybaşından itibaren yaşlılık aylığına bağlanması gerektiğine ve buna aykırı kurum işleminin iptaline karar vermiştir.

**D- TEMYİZ EVRESİ, BOZMA VE DİRENME:** Yerel mahkeme kararı, davalı vekilinin temyizi üzerine; Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle karar bozulmuş, mahkeme; önce görülen ve Kesinleşen mahkeme kararları ile görülmekte olan davanın hukuki sebeplerinin aynı olmadığını, önceki dosyalarda dayanılan yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilip, yeni bir hukuki durumun ortaya çıktığını, bu durumda önceki kararların görülmekte olan dosya açısından kesin hüküm oluşturmayacağını açıklayarak, önceki hükmünde direnmiştir.

**E- MADDİ OLAY:** Davacı 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşların Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'dan yararlanarak yurt dışında geçen 14.07.1972-18.08.1995 devresine ait hizmetini 19.08.1995 tarihinde yurda kesin dönüş yaptığını bildirerek davalı kuruma borçlanıp, tebliğ edilen prim borcunu yasal koşullarına uygun şekilde ödemiştir. 18.12.1995 tarihinde yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmuş, 01.01.1996 tarihinden geçerli olmak üzere de davacıya yaşlılık aylığı bağlanmış, daha sonra Kurumca Alman Sigorta Mercii'nden getirtilen hizmet cetvelinden davacının borçlanma ve tahsis talep tarihi ile sonrasında 26.12.1995 tarihine kadar yurt dışında işsizlik yardımı aldığı anlaşıldığından “*yurda kesin dönüş yapmadığı*” kabul edilerek borçlanması ve yaşlılık aylığı tahsis işlemi iptal edilmiş, davacının, Ankara 1.İş Mahkemesinin 1998/1853 Esas ve 1998/66 Karar sayılı dosyasında 09.05.1997 tarihinde açtığı davada; Kurumun borçlanma ve yaşlılık aylığını iptal eden bu işleminin iptalini istemiş, mahkemece verilen davanın reddine ilişkin 18.02.1998 günlü karar temyiz edilmeksizin 27.02.1998 tarihinde kesinleşmiştir.

Bundan sonra davacı tarafından Ankara 5. İş Mahkemesinin 2000/794 Esas ve 2001/112 Karar sayılı dosyasında 21.06.2000 tarihinde açılan davada, davacı 1995 yılı itibarıyla borçlanmasının kabulünün gerektiğini, olmadı-

ğı takdirde ise 1998 tarihinde yurt dışındaki kaydını silerek kesin dönüş yaptığundan borçlanma işleminin 18.05.1998 tarihi itibarıyla geçerli olduğunun tespiti ile Kurumun borçlanma ve yaşlılık aylığını iptal eden işleminin iptalini istemiş, mahkemece kesin hüküm nedeniyle davanın reddine dair verilen karar Yargıtay 21.Hukuk Dairesi'nin 14.05.2001 tarih ve 2001/3576 Esas ve 2001/3713 Karar sayısı ile onanarak, 14.05.2001 tarihinde kesinleşmiştir.

**F- GEREKÇE:** Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Davacı tarafından daha önce açılıp, kesinleşen; *"Kurum işleminin iptali ile borçlanmanın geçerli olduğunun tespitine"* yönelik davanın *"reddine"* ilişkin mahkeme hükmünün açılan bu davada, talep yönünden kesin hüküm teşkil edip etmediği, 3201 sayılı Kanunun 3. maddesinde yazılı, *"yurda kesin dönüş yapma"* koşulunu iptal eden ve 25.04.2003 günlü Resmi Gazetede yayımlanan 12.12.2002 gün ve 2000/36-2002/198 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının kesin hükme karşın eldeki davaya etkisinin olup olmayacağı, noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle; yargılama hukuku açısından *"dava şartı"* ile *"kesin hüküm"* kurum ve kavramlarının temel hukuki esasları üzerinde durulmasında yarar vardır.

Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; Dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan Kamu Düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp, inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartları dava açılmasından, hüküm verilmesine kadar varolmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığından öğrenilmesi durumunda mahkeme davanın mesmu (dinlenilebilir) olmadığından reddetmesi gerekir.

Bu bağlamda, olayla sıkı bağlantısı nedeni ile hemen vurgulayalım ki, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile çözümlenmemiş olması da (olumsuz) dava şartıdır. Birinci dava ile ikinci davanın müddeabihlerinin (konusunun), dava sebeplerinin (vakıaların) ve taraflarının aynı olması maddi anlamda kesin hüküm oluşturur (H.U.M.K. m.237). Kesin hüküm, hem bireyler için hem de Devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla, hukuki güvenlik ve yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir.

Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemede; (Yargıtay'da) davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, varsa davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa

dahi, ilk defa Yargıtay'da 'temyiz veya karar düzeltme aşamasında) da, daha- sı bozmadan sonrada ileri sürülebilir. Bu bakımdan usuli kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O nedenle kesin hükmün varlığı, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez.

Yeri gelmişken, uyuşmazlığın diğer ayağını oluşturan Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün özelliği, geriye yürüme (ex tunc) etkisinin hukuki kapsam ve uygulama alanı üzerinde durulmasında yarar vardır.

Öncelikle belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğurur. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının etkisi henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalar yönünden geçerlidir.

Gerçekten de, Anayasal yargıda; idari yargıdaki iptal kararının (ex tunc) geriye yürüme etkisi ilke olarak kabul edilmemiş ve iptal edilen kuralın baştan beri geçersiz duruma geldiği esası benimsenmemiştir. Diğer bir anlatımla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının geri yürümezliği kuralına öncelik tanınmıştır (Anayasa m. 153).

Genel Kuruldaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce üzerinde durulan bir başka husus da, yaşlılık aylığının hukuksal niteliğidir. Bu anlamda yaşlılık aylığının Anayasal ve yasalar karşısındaki konumuna göre sürekli kullanılması zorunlu bir hak olduğu ve bu haktan vazgeçilemeyeceği ve kaçınılmayacağı vurgulanmış ve kesin hüküm dahil diğer özel hukuk alanında yer alan kurumlarla karşılaştırılmayacağı ve bu kurallarla açıklanamayacağı, sosyal güvenlik hukuku çerçevesinde çözümü gerektiği vurgulanmıştır. Ne var ki, Anayasa'nın 153/V maddesine bakıldığında, iptal kararının geri yürümeyeceği ilkesine, yasa koyucu tarafından bir istisna tanınmadığı konusunda bir kuşku ve duraksama bulunmamaktadır.

Türk Anayasal sisteminde benimsenen iptal kararının geriye yürümezliği kuralının getiriliş amacı, Devlete güven duygularını sarsmamak Devlet yaşamında kargaşaya neden olmamak, toplum huzurunun sarsılmamasını sağlamak olarak özetlenebilir. Bu hükmün Anayasa'da yer almasının nedeni, 1961 Anayasası'nın 150. maddesinin gerekçesinde "*içtimai huzur mülhazasına*" dayandırılmıştır. Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların (kazanılmış haklar) korunması hukuk devletinin gereğidir. O nedenle hukuksal ve maddi alanda etkisini göstermiş hukuk kuralları uyarınca tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bulunan kazanılmış haklara Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün geriye yürümeyeceğinin (ceza mahkumiyetlerinde durum farklıdır) kabulü kaçınılmazdır.

Kazanılmış hakları Hukuk Devleti kavramı temelini oluşturan en önemli unsurlardandır.

Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar" Anayasa'nın 2. maddesinde açıklanan "*Türkiye Cumhuriyeti Sosyal bir Hukuk Devletidir*" hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarının mahkemeleri bağlayıcı niteliği açıktır. Bu etki yukarıda da açıklandığı üzere, hem kararın yayımlanması ile ortaya çıkar hem de yayımlandığı sırada derdest olan davalar açısından etkiye sahip olabilir.

Uyuşmazlığın çözümünde akla gelebilecek bir başka yön ise; borçlanmanın geçerliliği için aranan fakat, Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilen 'kesin dönüş' koşuluna bu kez geçerlilik koşulu olarak yer vermeyen, 06.08.2003 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4958 sayılı Kanunun 56. maddesi ile 3201 sayılı Kanunun 3. maddesine getirilen yeni düzenlemenin, aynı nedene dayalı iptal ile oluşan kesin hükme etkisinin olup olamayacağıdır.

Yasa değişikliği ile getirilen bir düzenlemenin, ancak bu yönde bir ihya hükmü içermesi durumunda buna olanak bulunmaktadır. Ne var ki anılan yeni düzenlemede bu tür bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, kesin hüküm olgusu nedeniyle oluşan hukuksal engeller tekrar karşımıza çıkmaktadır.

3201 sayılı Kanun, kendisinden önce yürürlükte bulunan 2147 sayılı Kanun ile birlikte; yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarına; yurt dışında çalıştıkları süreleri, döviz karşılığı borçlanma ve buna bağlı yaşlılık sigortasından yararlanma hakkı vermiş ve bu kişilerin, yurt dışındaki ülke sosyal güvenlik kuruluşları kapsamında sosyal güvenliklerine gerek kalmaksızın Anayurt Türkiye'de sosyal güvenceye kavuşma hakkı tanımıştır. Böylece Türkiye'de çalışıp, belli bir sosyal güvenlik kurumu kapsamında bulunan Türk vatandaşları ile yurt dışında çalışanların sosyal güvenceleri açısından bir farklılık kalmamıştır.'

Davanın yasal dayanağı olan 3201 sayılı Kanunun 3. maddenin iptal öncesi orijinal metninde;

*"Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş tarihinden itibaren yazılı istekte bulunmak ve yurt dışında geçen sürelerin tamamını veya dilediğini döviz olarak ödemek şartıyla borçlanabilirler."* hükmüne yer verilmiştir.

Diğer taraftan "*aylık tahsisi ve aylığın başlama tarihi*" başlıklı 6. maddede;

*"A.) Bu kanuna göre değerlendirilen sürelere istinaden aylık tahsisi yapılabilmesi için;*

*a) Yurda kesin dönülmüş olması,*

b) Tahakkuk ettirilen döviz borcunun tamamının ödenmiş olması;

c) Döviz borcunun tamamının ödenmesinden sonra yazılı istekte bulunulması şarttır.

Yukarıdaki şartları yerine getirenlerden tahsise hak kazananların aylıkları, yazılı istek tarihini takip eden ay başından itibaren başlatılmak üzere ilgili sosyal güvenlik kurumu kanunu hükümlerine göre bağlanır.

B.) Bu kanunun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren aylıkları kesilir.

Bunlardan yeniden kesin dönüş yapanların, bu hizmetlerini 4'ncü 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."

Hükmü bulunmaktadır.

Konu ile ilgili temel hukuk kurallarının açıklanmasından sonra bu ilkele-  
rin ışığında somut olayı değerlendirdiğimiz de;

Ankara 5.İş Mahkemesi'nin 14.03.2001 gün ve 2000/794 E. ve 2001/112 K. sayılı dosyasının yukarıda açıklanan içeriğinden anlaşılabileceği üzere; aynı davacı tarafından davalı SSK aleyhine aynı maddi vakıalara dayanılarak ve aynı isteklerle (18.05.1998 tarihi itibarıyla borçlanma işleminin geçerliliği) dava açılmış, yapılan yargılama sonunda davanın reddine karar verilmiş ve Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin ilamıyla onanarak kesinleşmiştir. Eldeki davanın tarafları ve konusu önceki dava ile aynı olup, dayandıkları maddi vakıalar da aynıdır. Bu açık durum karşısında kesin hükmün varlığında kuşku bulunmamaktadır. Kesin hükme rağmen açılan ve tarafları, dava konusu, sebebi, dayanakları aynı olan ikinci davanın dinlenmesine olanak bulunmadığı gibi, bu ikinci davanın yargılama aşamasında verilen Anayasa Mahkemesi iptal kararının yine yukarıda açıklanan ilkeler karşısında bu davaya etkisinin olabileceği de düşünülemez. Diğer önemli bir husus ta, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile (H.U.M.K. Md. 237) çözümlenmiş olmasının dava şartı olması ve olumsuz dava şartı olarak nitelendirilen bu nedenin başkaca bir araştırma yapılmaksızın, davanın salt bu yönden reddini gerektirmesidir. Kısacası; eldeki davada davanın görülebilirlik şartları yoktur ve ileriye etkili olacak bir iptal kararının bu olumsuz şartı oluşturan kesin hükmü ortadan kaldırıcı bir niteliği de bulunmamaktadır.

"Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının kural olarak Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğuracağı unutulmamalıdır. Bu nedenledir ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal

kararından önce iptal edilen yasa kuralına dayanılarak kesinleşmiş mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi kararından etkilenmeyeceği açıktır. Daha açık anlatımla, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının, iptal edilen yasa kuralına dayanılarak daha önce verilip kesinleşmiş olan hükme etkili olması olanaklı değildir.

Hal böyle olunca; mahkemece Özel Daire'nin bozma ilamına uyularak davanın kesin hüküm nedeniyle reddi gerekirken direnilmesi yerinde olmamıştır.

### SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Dairenin bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı, H.U.M.K.nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, 23.02.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

### KARŞIOY YAZISI

Davacının istemini kısmen kabul, kısmen red eden mahkeme kararım yerinde bulmadığından bozan Yüksek 21. Hukuk Dairesinin 15.6.2004 tarihli kararım ise yerinde bulan Hukuk Genel Kurulu'na ait 23.2.2005 tarihli kararını aşağıda anlatılan nedenlerden dolayı katılamamaktayım.

Davacı yurtdışında geçen hizmetlerinin bir bölümünü 3201 sayılı yasaya göre kuruma borçlanarak tahakkuk ettirilen prim borcunu da ödediğinden kendisine 01.01.1996 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlamış ise de davacının 15.10.1995 tarihine kadar yurt dışında çalıştığı ve 26.12.1995 tarihine kadar da işsizlik yardımı aldığı ve yurda kesin dönüş yapmadığı gerekçe gösterilerek yurtdışı borçlanması işlemi ve neticeten bağlanan yaşlılık aylığı tahsis işlemi iptal edildiğinden yerinde olmayan kurum işleminin iptal edilerek borçlanma işleminin geçerli olduğunun tesbitine ve yeniden kesilen aylığının bağlanmasına ilişkin eldeki davayı açmış bulunmaktadır. Yapılan yargılama neticesinde tüm deliller dosyaya getirtildikten sonra mahkemece istemin kısmen kabulüne davacının 3201 sayılı yasaya göre yaptığı borçlanmanın geçerli olduğunun tesbiti ile aksi yöndeki kurum işleminin iptaline aylıklarının 1.7.2001 tarihinden itibaren başlatılmasına dair hüküm kurulmuştur. Bu hüküm Yüksek 21.Hukuk Dairesi üye çoğunluğunca yerinde bulunmayarak davacının daha önce aynı istemli olarak Ankara 1. İş Mahkemesine tesbit ve iptal davası açtığı 1997/1853 Esas ve 1998/66 Karar sayılı ilamı ile bu davadaki isteminin reddine karar verilip temyiz edilmeksizin kesinleştiği; yine tarafı ve istemi aynı olan 21.6.2000 tarihinde dava açılmış ise de bu kere doğrudan I devre sözkonusu edilip kesin hüküm nedeni ile reddedilmiş ve 21.

Hukuk Dairesince 14.5.2001 tarihinde onandığından 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 yurtdışı borçlanması geçrilliliği ve yaşlılık aylığını iptal eden kurum işleminin iptaline dair iki dava açtığı ve redle sonuçlandığı görölmekte ise de eldeki dava ile tarafları ve istemin aynı olması dışında benzerlik taşımamaktadır. Diğer bir anlatımla kesin hükmün varlığını teşkil eden iki unsur (taraf 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 08.05.1985 tarihinde kabul edilip 22.05.1985 de yayınlanarak yürürlüğe giren 3201 sayılı yasadır. Bu yasa gereğince açılıp sonuçlandırılan tesbit ve iptal davalarının red ile sonuçlandırılıp kesinleşmiş bulunması son derece isabetlidir. Çünkü borçlanma koşullarım belirleyen 3201 sayılı yasanın 3.maddesinde sigortalıların borçlanma yapabilmesi için yurtdışından kesin dönüş yapmaları gerektiği zorunlu bulunmakta olduğundan ve davacının da işsizlik sigortası alması nedeniyle yurtdışından henüz kesin dönüş yapmadan borçlanma yapmış bulunduğunun kabulü o tarihte yürürlükteki yasa ve yüksek mahkeme içtihatlarına uygun düşmekteydi. Ancak 3201 sayılı yasanın 3. ve 6. maddelerinde konu edilen yurda kesin dönüş yapma olgusu uygulamada yurtdışında çalışan vatandaşlarımıza borçlanma yapmaları için zorlaştırmalar getirdiği ve yurtiçi çalışanlarının çalışma olgusu ve yaşlılık aylığı bağlatma koşulları arasında eşitsizlik yarattığından Anayasanın 10., 49., 60. ve 62. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle bir Ankara İş Mahkemesince Anayasa Mahkemesine Anayasanın 152. maddesi gereğince itiraz davası açılmış olup bu mahkemece yapılan somut dava incelemesi neticesinde 12.12.2002 tarihli açıklanan kararla 3201 sayılı yasanın kesin dönüşü konu eden 3. maddesindeki kesin dönüş ibaresinin iptal edildiği tefhim edilmiştir (6. madde için olan iptal istemi red edilmiştir.) ve 25.04.2003 tarihinde de Resmi Gazetede yayınlanarak eski yasa yürürlükten kaldırılıp iptal edilen şekli ile 3201 sayılı yasa yürürlükte uygulanmaya devam edilmiştir. Bunun anlamı doğal olarak yurtdışında çalışan işçiler artık yurda kesin dönüş yapmaya gerek kalmaksızın çalışma sürelerini bir gün karşılığı iki dolardan olmak üzere borçlanabilme hakkını elde etmiş bulunmaktadırlar.

Ancak aylık bağlanması ise yurtdışından kesin dönüş yapılması gerekliliğini korumuş bulunmaktadır. Davacı 3201 sayılı yasada aranan kesin dönüş olgusunun iptal edilmesinden sonraki döneme rastlayan tarihte eldeki davayı açmış bulunduğundan artık bu dava için yürürlükteki 3201 sayılı yasanın 3. ve 6.maddesinde ki kesin dönüş koşulu aranmayacaktır. Davacının istemi yi-

ne birinci davadaki gibi borçlanmanın geçerliliği ve iptal edilen yaşlılık aylığının kesildiği tarihten ödenmesi ise de bu isteme uygulanacak yasa maddesi artık birinci dava ile aynı yasa maddesi değildir. Anayasa Mahkemesinin 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 DEĞİŞMİŞTİR. Gerek doktrinde gerekse yargısal uygulamalarda bu konuda yazılmış çok fazla doküman bulunmamakta ise de davanın sebebinden anlaşılan hukuki ve maddi sebeptir. Hukuki sebep: Açılmış bulunan davaya dava tarihinde yürürlükte bulunan yasa maddelerinin uygulanmasının gerektiği kuralıdır. Maddi sebep ise: davanın açılmasına neden olan muarazalar ve nizalardır. Eldeki davada davanın maddi sebepleri aynı ise de hukuki sebebi artık farklı olduğu için kesin hükmün varlığını belirlenmesini teşkil eden unsurlardan birisi hukukun kalkmış bulunmaktadır. Bu nedenle de birinci dava ile eldeki dava aynı şartları ve sebepleri taşımayacağından kesin hükmün varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu anlatılanlar iç hukuktaki HUMK. 237. maddesinde anlatılan ve mahkemece resen gözönüne alınması gereken dava şartlarının irdelemesine ilişkin ve onu ortadan kaldıran kişisel görüşümdür.

Diğer yandan Sosyal Güvenlik Hukukuna ait davalar iş mahkemelerinde görülmekte olup yargılama usulü 5521 sayılı iş mahkemeleri yasası gereğince yürütülür. Yasanın 15. maddesinde " bu kanunda sarahat bulunmayan hallerde HUMK'nun hükümleri uygulanır" denmekte, 7. maddesinde yargılama usulünün şifahi usul olduğu yazılıdır. Buradan iş mahkemelerinde görülmekte olan bu tip davalar gerek yargılama usul ve esaslar gerekse nitelik ve sonuçları itibariyle genel mahkemelerde görülen eda davalarından farklılık arz etmektedir. Eda davalarında taraflara karşılıklı olarak bir işin yapılması, bir hakkın kullanılması veya malın, gayrimenkulun diğer tarafa verilmesi şeklinde edimler yüklediğinden artık bu sonuca rağmen ikinci kez aynı konuda aynı taraflarca aynı sebebe dayalı ikinci bir davanın açılarak hukuka güven açısından mevcut otoritenin sarsılması doğru bulunmayacaktır. Sosyal güvenlik hukukuna ait davalarda ise taraflardan birisi sigortalı gerçek kişi karşında ise idare (devlet) bulunmaktadır. Bu nedenle ilgi alanı kamusal olup otoritesi kamu düzenini ilgilendirmektedir.

Yargılama sürecinde mahkemeler tarafların ileri sürmediği ancak gerekli olan delilleri resen araştırabilmektedirler. Çünkü oluşabilecek aksi bir sonuç eşitlik ilkesini bozduğunda kamu düzenini doğrudan olumsuz etkileyecektir. Bu tip davalarda hüküm, bir hakkın tesbiti, geçerliliği veya kurum işleminin iptali şeklinde kurulduğundan bir ucu açık bulunmaktadır. İnfaz kabiliyete ancak idareye sunulduğunda oluşacaktır. Genel mahkemelerden verilen hükümlere ilişkin edim davalarına bu nedenle hiç benzememektedir. Koşullara göre sigortalı bireyler kendileri için oluşan haklardan yararlanabilmek için önce idareye, niza çıkartıldığında da iş mahkemelerine başvurumaktadırlar.

Bir dönem yasa maddeleri gereğince kişisel çalışma şartları uygun bulunmadığında istemleri mahkemelerce red edilse de zaman içinde koşullarda değişiklik oluştuğunda şartları elvermişse o haktan çalışan birey ..artık yararlanabilmelidir. Öncesinde aynı istemden dolayı davası red olunmuş bulunsada hi "**HAKKIN ÖZÜ**" kaybolmadıkça devletten bunu isteme hakkı ve imkanı her zaman bulunması doğaldır. Bu nedenle tesbit davalarının neticeleri kesin hüküm nedeniyle kısıtlanmamalıdır.

Olayımızda devlet sigortalı bireyler için bu vecibelerini yerine getirmiştir. Yurtdışında çalışan sigortalılara borçlanma için zorluk teşkil eden 3. maddedeki kesin dönüş koşulunu ortadan kaldıran değişikliği yasal organı Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile ortadan kaldırmış ve yerine uygun yasal hükümleri koyarak borçlanma işlemlerini basitçe kullanılan hak haline dönüştürmüştür. Ancak gereğini uygulamak öncelikle idareye düşmekte olup niza oluştuğunda ise çözüm mahkemelerde yer almaktadır.

Davacı gelişen şartlara göre bu hakkını kullanmakta ise de istemi yargı engeline takılmıştır. Sosyal Güvenlik hakkı gibi en doğal ve zorunlu bir hakkın kullanımından aynı nedene dayalı davalar açılıp olumsuz sonuçlandığından bahisle HUMK'nun 237. maddesi gerekçe gösterilerek kesin hükmün varlığından bahisle yasal engel konulmaktadır. Mevcut bir hak, ait olduğu kişiye kullandırılmayarak devlette kaldığı sürece bireyin yaşamını sürdürme hakkı dahi engellenmiş olacaktır. Buda sosyal devlet anlayışını yok eden olumsuz bir sonuç doğurur. Sosyal Güvenlik Hukukuna dair hiçbir talep ve davada feragat edilemeyeceği gibi bu hakkı engelleyen hiçbir mahkeme kararı da isabetli bulunmayacaktır.

Hukuk Genel Kurulunun 11.2.2004 tarihli 2004/21-54 Esas 2004/54 karar sayılı ilamında sosyal Güvenlik hakkından feragat edilemez devredilemez yoksun bırakılamaz diye özetlenen Yüksek 21. Hukuk Dairesi bozma kararı Hukuk Genel Kurulunca da kabul görerek bu hususta aksi yönde hüküm içeren yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Karardaki dayanak noktası alınan yasa maddesi HUMK'nun 91 ve devamı maddeleridir. Aynı gerekçelerle dava dosyamızdaki yaşlılık aylığı elde etmeye ilişkin yurtdışı çalışmasını borçlanmak isteyen davacının isteminin de engellenmemesi gerekmektedir. HUMK'nun 237. maddesindeki bu hakkın kullanımını 2. kez dava açıldığı için engelleyen unsurların mahkemece bertaraf edilmesi gerekmektedir. Üstelik bu iki unsura (feragat edilemez yoksun bırakılamaz) kuvvet veren güç ise bağımsız yargı erkidir. Bazen devlet yanlışı bazen birey yanlışı olmak yüce yargının tarafsız olma ilkesine uygun düşmeyecektir. Anlatılan nedenlerle daha önce dava konusu yapıp 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 tarafımda uygun bulunmamaktadır.

Dairenin Bozma ilamında emsal olarak alınan 05.02.2003 gün ve 2003/21-30-57 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararı kapsam olarak aynı özellikte değildir. Özetle bu kararda yerel mahkemenin kesin hükmün varlığından ötürü ikinci kez açılan davayı reddeden mahkeme kararının Onanmasına karar verilmiş olup gerekçeli karar incelendiğinde Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 de tefhim edilen 3201 sayılı yasanın 3. maddesinde yer alan kesin dönüş ibaresini kaldıran karar daha Resmi Gazetede yayınlanmadığından yüksek dairece bozma şeklinde hüküm kurulmuş bulunduğundan eski yasa halen yürürlükten kalkmamış olup ancak iptal kararları resmi gazetede yayımlandıktan sonra eski yasa yürürlükten kalkıp yeni şekli yürürlüğe gireceği için bu kurala uyulmadığından yerinde bulunmamıştır.

Ayrıca Anayasa iptal kararları 153. madde gereğince geriye yürümediğinden bu davada yasanın yeni şeklinin uygulamasının yer alamayacağına dair görüş bildirilmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi yargılamasının bu kuralının bu şekilde ifade edilmesine katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesine Anayasanın 152. maddesi gereğince itiraz yolu ile somut dava açan dava mahkemelerinin iptal istemleri yapıp bitirilen Anayasa yargılamasının sonucuna göre iptal veya red kararı ile sonuçlandırılmadan mevcut yargılama bitirilemez. Eğer dava mahkemesince hüküm kurulmamışsa dava kesinleşinceye kadar yasanın yeni şekli üst mahkemelerce de uygulanmak zorundadır. Çünkü iptal ararları bağlayıcıdır. Ayrıca benzer konulara bakan ilgili ve görevli mahkemeler dahi bu itiraz mahkemesinin başvurusu nedeniyle oluşacak iptal kararlarından etkileneyeceği için bu mahkemeler dahi Anayasa Mahkemesinin başvuruya ilişkin kararının sonucunu beklemeli ve Erga Omnes= herkese eşit kuralından hareketle tüm yasalar herkes için eşit uygulanmak zorundadır. Aksi yöndeki Hukuk Genel Kurulu kararındaki gibi düşünüldüğünde itiraz yoluyla yasaların iptal isteminin bir gereği ve yararı olmayacaktır. Mahkemeler uygulayamayacakları Anayasa iptal kararlarını beklemelerinin bir anlamı olamazdı. Yerel mahkemelerde ki mevcut uygulamalarda yasal için Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda çıkacak sonuç beklenmektedir. 1982 Anayasasının oluşumu bu zorunluluğu getirmiştir. Bir önceki 1961 Anayasasında ise sadece itiraz yoluna başvuran mahkeme için iptal kararı geçerli olmakta diğer mahkemeleri bağlamamakta idi. Diğer yandan kazanılmış haklar geri verilmez ilkesinin uygulamadaki yeri ancak Anayasanın 150. maddesi gereğince soyut norm davalarının maddede belirtilen kişi ve kurumlarca açılması halinde uygulanmakta olup geriye yürümezlik ilkesinin bir neticesi burada yerini bulmaktadır. Ancak Anayasanın 152. maddesi gereğince itiraz yoluyla açılan davalarda ise tam aksi bekleyip sonucundan etkilenilmesi yargılamanın zorunluluğudur. Eldeki dava ile Anayasanın 150. maddesindeki iptal davası prosedürü ile hiçbir ilgisi yoktur.

Diğer yandan çalışan kesimin sosyal güvenceden yoksun bırakılmaması ve mevcut koşulların en uygun biçimde çalışanlara tanınarak yaşamın kolay-

laştırılması Devletin ana temel görevlerinden birisidir. Bu hak diğer yandan Türkiye Cumhuriyeti hükümetlerinin katıldığı Avrupa Sosyal şartı anlaşmalarının da bir gereğidir. Sosyal güvenlik haklarını belirleyen Anayasanın 60., 65. maddelerinde anlatıldığı gibi özellikle 62. maddesinde yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bazı Batı Avrupa ülkeleri ile Türkiye Cumhuriyeti hükümetleri arasında sosyal güvenliğe ilişkin ikili sözleşmeler imzalanmış olup yine Anayasanın 90. maddesinde usulüne göre yürürlüğü konulmuş milletler arası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz denilerek Uluslararası hukuktaki sözleşmelere yurt içinde yürürlükte bulunan Kanunlara oranla üstünlük tanınarak titizlikle mutlak uyulmasının sağlanması düşünülmüştür. Bu nedenlerdir ki sosyal güvenlik haklarından vazgeçilemez bu haklardan kimse yoksun bırakılamaz, miras yoluyla yakınlarla geçer. İlgili kişi kadar Devlet tarafından da korunması sağlanmalıdır. Bu hakların korunduğu en yüce makamda bağımsız yargıdır. Amaç hayatı zorlaştırarak hukuk normları arasında boğmak değil kolaylaştırmak olmalıdır. Dava konusu edilen uyumsuzluklarda davacının sosyal sigortalar kurumuna yurtdışı borçlanması için yatırmış olduğu borçlanma bedeli halen uhdesinde bulunmaktadır. Bunun karşılığı davacı yaşlılık aylığına kavuşturulmuş ise de iptal edilerek işlem askıya alınmış bulunmaktadır. Demek oluyor ki bu kişilerin yaşamlarını sürdürebilmelerine ilişkin olan gelirlerden mahrum bırakıldığı ortadadır. Bu sosyal gerçek karşısında bazı hukuk normlarının engelleyiciliği bahane edilerek yasalarca dahi sağlanan kolaylıklar ve yeni haklardan kişiyi yoksun bırakmak Türk Hukuk sistemindeki Adalet anlayışına da uygun düşmeyecektir. Artık engel teşkil eden tüm şartlar uygun hale getirildiği için (Anayasa mahkemesinin iptal kararı buna olanak sağladığından) davacıya çok önemli bir sosyal hak olan yaşlılık aylığına kavuşturmak gerektiği bu görüşün aksine hüküm içeren çoğunluğun oluşturduğu bozma gerekçesine bu nedenlerle katılamamaktayım yerel mahkemenin kararını isabetli bulduğum için benimsemekteyim.

Yukarıda anlatılan nedenlerle yerinde olan mahkeme kararının Onanması gerektiğini düşündüğümünden Yüksek Hukuk Genel Kurul çoğunluk görüşüne katılamamaktayım.

**Asuman CELKAN**

21. Hukuk Dairesi Üyesi

**Gönderen: Mehmet Handan SURLU/  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı**

## Önalım (Şuf'a) Hakkı Dava Dışı İrade Bildirimi ile Değil Ancak Alıcıya Karşı Dava Açılarak Kullanılabilir

**YARGITAY  
HUKUK GENEL KURULU**

**Esas:** 2005/6-358  
**Karar:** 2004/470  
**Tarih:** 21.09.2005

**ÖZET:** Yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibince alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz.

Taraflar arasındaki “şuf’a” davasında dolayı yapılan yargılama sonunda; Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 29.01.2004 gün ve 2003/246 esas-2004/26 karar sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 01.06.2004 gün ve 2004/4456 Esas:2004/4387 karar sayılı ilamı ile;

*(...Dava önalım hakkı nedeniyle davalı adına olan payların iptali ile teskiline ilişkindir. Mahkemece istem gibi karar verilmiş ve hukum davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*

Önalım davasına konu edilen pay 13.03.2003 tarihinde 15.000.000.000 lira bedelle davalılara satılmıştır. Davacı 04.04.2003 tarihinde davalılara keşide ettiği ihtarname ile şuf'a hakkını kullanacağını bildirmiş ve davayı 02.09.2003 tarihinde ikame etmiştir. İhtarnamenin keşide edildiği tarih ile davanın ikame edildiği tarih arasında 3 aydan fazla süre geçmiştir. Medeni Kanunun 734. maddesine göre önalım hakkı dava dışı irade bildirimi ile değil ancak dava yolu ile kullanılabilir. Aynı Kanunun 733. maddesinde dava açma süresi 3 ay ve 2 yıla sınırlandırılmıştır. Bu maddede açıklanan 3 aylık süre içinde açılmayan davanın reddi gerekirken bundan zuhulle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.

*Hüküm bu nedenle bozulmalıdır...)*

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN :** Davalılar vekili

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**Dava,** 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 732 ve devamı maddelerine dayalı önalım (şuf'a) istemine iliskindir.

### A- DAVACININ İSTEMİNİN ÖZETİ:

Davacı vekili 02.09.2003 tarihli dava dilekçesinde, müvekkilinin paylı mülkiyet ile ortağı bulunduğu arsanın davalı tarafından satın alındığını öğrendiğinde 04.04.2003 tarihinde noterden gönderdiği ihtarname ile şuf'a hakkını kullanacağını davalı tarafa bildirdiğini, davalı tarafın önce iadeye yanaşmışken daha sonra bundan vazgeçtiklerini ifadeyle, 1/6 eşit hisselerle tapu maliki görülen davalıların tapularının iptali ile mahkeme veznesine gayrimenkul tapu değerinin depo edilmesi ve müvekkili adına tesciline karar verilmesi istemiyle eldeki davayı açmıştır.

Davacı vekili 23.10.2003 tarihli cevaba cevap dilekçesinde; satıştan sonra alıcı ve satıcının yasa da aranan anlamda bir ihtarları olmadığını ve yasal sürenin başlamadığını, işlemesi olanağı da bulunmadığını, karşı tarafın yaratıkları inandırıcı ortam nedeniyle bekleme süresinin geçtiğini, işin esasının incelenmesini istemiş ve esasa ilişkin ifadelerle yer vermiştir.

Davacı vekili 18.12.2003 tarihli dilekçesinde de; yasanın yerine getirilmesini istediği ihtar mükellefiyetini yerine getirmeyen davalıların bu ihtarın sağlayacağı haktan yararlanmak istediklerini, üstelik te kendilerince çekilen ihtarnameyi kullanarak, bu hakkı elde etmek istediklerini, bunun yasal olmadığını, uzlaşma yaklaşımı nedeniyle kendilerini oyaladıklarını, davalı yanın savunmaların yerinde olmadığını bildirmiştir.

### B- DAVALININ CEVABININ ÖZETİ:

Davalılar ortak imzalı cevap dilekçelerinde, İzmir 7. Noterliğinden çekilen 04.04.2003 tarih ve 06579 yevmiye numaralı ihtardan davacı tarafın dava konusu yerin satın alınmış olduğunu 17.03.2003 tarihinde öğrendiğinin anlaşıldığını, Medeni Kanunun 733. maddesinde öngörülen öğrenme tarihinden itibaren 3 aylık hak düşürücü sürenin geçtiğini, ifadeyle, davanın reddini savunmuştur.

Davalılar vekili 03.10.2003 ve 18.11.2003 tarihli dilekçelerinde de ayrıca; 4829 sayılı Kanunla değişik 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi gereğince muhatabın beyan ettiği tarihin tebliğ tarihi olarak alınması gerektiğini, ıttılın 17.03.2003 tarihi olmasına göre de Medeni Kanunun 733. maddesinde öngörülen öğrenme tarihinden itibaren 3 aylık hak düşürücü sürenin

geçtiğini, satıcı ve alıcının ayrıca tebliğine gerek bulunmadığını, davacı tarafın şuf'a hakkını kullanacağını ifade etmesinin bir anlamı olmadığını ifade etmiştir.

### **C- YEREL MAHKEME KARARININ ÖZETİ:**

Mahkeme "Yapılan satışın MK.733/3 hükmünce alım veya satım tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesi halinde dava süresinin başlayacağı, böyle bir bildirim yapılmadığından 3 aylık hak düşürücü sürenin başlamadığı gerekçesiyle işin esasına girerek davanın kabulüne karar vermiştir.

### **D- TEMYİZ EVRESİ, BOZMA VE DİRENME:**

Davalı tarafın temyizi üzerine Özel Daire, "..ihtarnamenin keşide tarihi ile dava tarihi arasında 3 aydan fazla süre geçtiğinden davanın reddi gerektiği" gerekçesiyle kararı bozmuş; davacı tarafın karar düzeltme istemi Özel Dairece 21.09.2004 gün ve 2004/6970-6363 sayılı ilamı ile oybirliği ile esastan reddedilmiş; mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Hükmü davalı taraf temyiz etmektedir.

### **E- KANITLAR:**

**1) Önalım (şuf'a) istemine konu satış işlemi:** İzmir ili, Seferihisar ilçesi, Doğanbey köyü Köy içi mevkii 2486 parsel sayılı 1030 m<sup>2</sup> yüzölçümlü cinsi kargir ev ve arsası olan taşınmazda 1/2 hisse sahibi K. G. bu hissesini esit hisselerle 13:03.2003 gün ve 595 yevmiye numarası ile 15.000.000.000 TL bedelle davalı N. M. A., B. İ. ve E. İ.' na satmıştır.

Satış bedeli 15.000.000.000 TL masrafları da toplam 520.000.000 TL dir.

Taşınmaz tapuda halen; davacı E. G. 1/2 ve davalılar N. M. A. 1/6, Banu I. 1/6 ve E. İ. 1/6 adına kayıtlıdır.

### **2) İhtarnameler:**

**a) Davacı E. G. vekili vasıtasıyla İzmir Yedinci Noterliğinin 04.04.2003 gün ve 6579 yevmiye numaralı Davalılar N. M. A., B. I. ile E.İ.'nu muhatap olarak gösterdiği ihtarnamesinde aynen:**

*"Konusu: Şuf'a hakkı kullanma beyanı ve ihtaradır.*

*1- Müvekkilemin paylı mülkiyet ile ortağı bulunduğu, İzmir, Seferihisar, Doğanbey, Köyiçi mevki, 2543 parselde kayıtlı, 1400 metrekare arsa ile, yine aynı yer 2486 parselde, 1030 metrekarelik kargir evin sizler tarafından, diğer yarı hisse sahibi muvekkilimin kardeşi K. G.'ten satın alındığını 17.03.2003 tarihinde öğrenmiş bulunuyoruz.*

*2- Söz konusu taşınmazlar ile ilgili, 1/2 hisse üzerinden şuf'a hakkımızı kullanacağımızı, bir aylık kanuni süre içerisinde sizlere bildiriyoruz.*

*Satın aldığımız payları, tapuda gösterilen değerleri ile aynı şartlarla siz-*

den geri almaya hazırız. Bu işlemler tarafınızdan yapılmadığı takdirde Medeni Yasanın ilgili maddeleri uyarınca, hakkımızda gerekli tapu iptali ve tescil davası açılacağını, yapılmış ve yapılacak tüm masrafların sizlerden talep edileceğini ihtaren bildiririz."

Şeklinde (ihtarname muhatabın aynı adreste oturan babası imzasına 26.04.2003 tarihinde tebliğ edilmiştir).

b) Davacı E. G. vekili vasıtasıyla İzmir 3. Noterliğinden gönderdiği 02.09.2003 tarihli 15169 yevmiye nolu ihtamame ile de el atmanın önlenmesi ve ecrimisil davası açacaklarını ihtar etmiştir. İhtarname kapsamı aynen soyledir;

*Konusu: El Atmanın önlenmesi ve ecrimisil davası ihtarındır.*

1- Müvekkilemin paylı mülkiyet ile ortağı bulunduğu, İzmir, Seferihisar, Doğanbey, Köyiçi Mevkii, 2543 parselde kayıtlı, 1400 metrekare arsa ile, yine aynı yer, aynı mevkii, 2486 parselde, 1030 metrekarelik kargir evin sizler tarafından, diğer yarı hisse maliki müvekkilemin kardeşi K. G.'ten satın alındığında İzmir Yedinci Noterliği 'nin 4.4.2003 tarih, 8579 yevmiye nolu ihtarnamesi keşide edilerek bu yerlerle ilgili şuf'a hakkımızı kullanacağımızı beyan etmiştir.

Bilahare avukatınız .... konu ile ilgili tarafımızdan bilgi istemiş ve satın aldığınız malın iadesinin nasıl yapılacağı konusunda mutabık kalınmıştı. Müteakip zaman zarfında bir hareket görülmemiş ve işlemin ne zaman yapılacağı konusunda kesin bilgi alabilmek için aile fertlerinden M. A. 'a ulaşılarak Sorulduğunda muhatapların hisse alımında ödedikleri bedelin kaybı olarak nitelendirilen bir faiz farkı talebiyle karşılaşmıştır. Haliyle bunun kabul edilemeyeceği ifade edilmiş geçen zaman içinde tekrar avukat vasıtasıyla kesin sonuç sorulduğunda, ertesi gün, 18.8.2003 tarihinde, avukat tarafından yazıhanesinde muhatapların babası R. Beyin bulunduğunu ve kesin cevaplarını (işten vazgeçtikleri yolunda olduğunu) bildirmiştir.

2- Hisse satın alınan yerlerde bu bildirimler yapılmasına rağmen işgaliniz olduğu öğrenilmiştir. Müvekkilem anne ve babasının ölümünden sonra orada kalan menkul eşyalarını dahi alamamış ve evi hiç kullanamamıştır. Anne ve babasının samimi aile dostu olduğunuz için dava yoluna gidilmesini hiç uygun görmediğinden sabırla işgalinizin sona ermesini, sulhen hakkı teslim edileceğini beklemiş; fakat bir türlü izah edemediği ısrarınız karşısında haklarını korumaya karar vermiştir;

3- Söz konusu gayrimenkulleri işgalinizle müvekkilemin kullanma hakkına da tecavüz edilmiştir. Bu bakımdan müvekkilemin payı oranında ecrimisil bedeli ödemek zorunluluğunuz doğmuştur. Söz konusu yerin emsal kira değerlerine nazaran aylık ecrimisil değeri işgal edilen hisse için 200.000.000. TL. 3.03.2003 ile 13.09.2003 tarihleri arasındaki işgal dönemi için altı aylık

1 .200.000.000.TL ecrimisil alacağımız tahakkuk etmiştir. Bu bedeli ödeyerek işgale son vermenizi talep ediyoruz.

Aksi takdirde şuf'a davasıyla ilgili haklarımız saklı kalmak kaydıyla - ecrimisil alacağımız için ve müdahalenin önlenmesi için dava açacağımızı ve bu yolda sarfedilecek tüm masraf ve avukatlık ücretlerinin sizden talep edileceğini ihtaren bildiririz."

şeklindedir.

c) Davalılar N. M. A., B. İ. ve E. İ.'nin İzmir 9. Noterliğinden gönderdiği davacıya muhatap 12.09.2003 tarihli 8382 yevmiye nolu cevabi ihtarnamesinde aynen;

"KONUSU: 4.4.2003 tarihli ve 02.09.2003 tarihli ihtamamelere cevaptır.

1. İhtar konusu gayrimenkullerin iki paydaşından K. G. ve şuf'a hakkını kullanmak isteyen E. G. gayrimenkulün satımından bir yıl önce 2002 yılında gayrimenkulu satışa çıkarılmışlar hatta ağustos eylül aylarında da evin satımı için her ikisinin de telefon numaraları ile gazeteye ilan vermişlerdir.

2. Gazete ilanından önce ve sonra muvekkiliniz o zaman şuf'a hakkını kullanmamış parası olduğu halde buraya talip olmamış, İzmir Hatay semtinden ev almış parası da artmıştır. Bu dönem zarfı içerisinde Seferihisar Doğanbey köyü mevkiindeki gayrimenkulün alımı için E. G. hiçbir tesebbüste bulunmamıştır.

3. Gazete ilanlarından olumlu bir cevap alamayınca kardeşler gayrimenkulu bize teklif etmişlerdir. Bizde E. ve K. G.'ün üzerlerine düşen hisseleri almak konusunda anlaştık. K. G. ait payı aldık. Satış aşamasında E. G. hisselerini satmak istemekteyken (şahitlerde mevcuttur) avukatı ile yaptığı görüşmeden fikri tamamen değişmiş, 20 yıllık dostlarına ters düşmüş ilişkisini de anlaşılmadık bir şekilde kesmiştir.

4. Bunun üzerine E. G.'ün avukatı O.G.'le yaptığımız görüşmede gayrimenkule bilirkişi göndereceğini ve bilirkişi raporuna göre bize evi devredeceğini şahitler huzurunda söylemiştir. Avukatın bu sözü üzerine ev için bilirkişi raporu beklerken 04.04.2003 tarihli 7. Noter vasıtasıyla müvekkilinizin şuf'a hakkını kullanmak istediğinizi belirten bir ihtamame aldık. Bunun üzerine sizinle ortak arkadaşımız olan Avukat V. G. ilk irtibata geçip paramızın derhal verilmesi karşılığında hissemizi devretmeye hazır olduğumuzu bildirdik fakat paramızı alamadık.

5.02.Eylül 2003 tarihli 3. noter vasıtası ile şuf'a hakkınızın saklı kalmamasından bahsediyorsunuz. M.K. 733 vd.göre süreyi doldurmuş bulunuyorsunuz. 4.4.2003 tarihinde öğrendiğinizi açıkça belirttiğinize göre artık şuf'a hakkınız kalmamış zaman aşımına uğramıştır.

....ihtaren bildiririz."

Şeklindedir.

## F- KONU İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER:

### 4721 sayılı TÜRK MEDENİ KANUNU

#### II. Devir hakkının kısıtlamaları

##### 1. Yasal önalım hakkı

##### a. Önalım hakkı sahibi

**Madde 732. (659)-Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. (TMK Md 688, 708)**

**“Madde gerekçesi:** Önalım hakkıyla ilgili olarak bu maddeleri karşılayan İsviçre Medeni Kanununun 681-683 üncü maddelerinde Ocak 1965’de yürürlüğe giden yasayla önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler gözönünde tutulmak suretiyle bu kısımda yeni 733 üncü madde düzenlenmiştir.

Maddede paylı mülkiyette herhangi bir paydaşın kendi payını ister tamamen ister kısmen bir başkasına satması halinde, diğer paydaşların önalım haklarını kullanabilecekleri öngörülmüştür. Bu suretle, önalım hakkının, bir payın üçüncü kişiye tamamen veya kısmen satılması durumunda da kullanılabilceği vurgulanmıştır.”

##### b. Kullanma yasağı, feragat ve hak düşürücü süre

**Madde 733. (--) - Cebri artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılmaz.**

**Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması (TMK Md. 5, 7, 706) ve tapu kütüğüne şerh (TMK Md 1009, 1010, 1011) verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle (TMK Md 5) tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.**

**Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir.**

**Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.**

**“Madde Gerekçesi:** Maddenin birinci fıkrası 1984 tarihli Öntasarının 643 üncü maddesinin üçüncü fıkrasından alınmıştır. Bununla önalım hakkının, paylı mülkiyetteki payın, pay sahibinin iradi satışlarında kullanılabileceği vurgulanmış, bu satış pay sahibinin kendi serbest iradesine dayanmıyor, cebri arttırmaya dayanıyorsa önalım hakkının kullanılamayacağı öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrası İsviçre Medeni Kanununda 1991 yılında yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmış bulunan 682 nci maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen “önalım hakkının kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin

anlaşmaların resmi şekle tabi olduğu ve tapu siciline şerh edilmesi gerektiği” şeklindeki hükmünden alınmıştır. 1984 tarihli Öntasarının 653 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında da mevcuttur. Bu fıkra ile önalım hakkından feragatin resmi şeklinde yapılması ve tapu siciline şerh edilmesi koşulu getirilmiştir. Buna karşılık, böyle bir haktan feragati içermeyen, sadece belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaya yönelik vazgeçmenin herhangi bir yazılı şekilde yapılabileceği, bu vazgeçmenin satıştan önce ya da sonra verilebileceği kabul edilmiştir. Böylece önalım hakkından feragati içeren anlaşmalar, feragat eden açısından önemli sonuçlar doğurduğundan resmi yazılı şekle tabi tutulmuş ve tapuya şerh edilme koşuluna bağlanmış iken, belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmenin adi yazılı şekilde de yapılabileceği öngörülmüştür. Ancak bu ikinci halde de, öngörülen yazılı şekli ispat değil geçerlilik şekli olarak düzenlenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrası satışın alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi yükünü getirmiştir. Bu bildirimin noter aracılığı ile yapılması öngörülmüştür. 1984 tarihli Öntasarının 653 üncü maddesinin beşinci fıkrasında da yer alan bu hüküm sayesinde uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, “önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabilmesi üst süre olan 10 yılın bitimine kadar” bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Maddenin dördüncü fıkrası önalım hakkının kullanılma süresiyle ilgilidir. yürürlükteki 658 inci maddenin son fıkrası satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay, satıştan itibaren on yıllık bir süre öngörmüştür. İsviçre Medeni Kanununda 1991 yılında yapılan değişiklikle yeni 681a maddesiyle bu süreler bir ay ve iki yıl olarak düzenlenmiştir.

Yürürlükteki metinde önalım hakkının kullanılması için öngörülen on yılın uzun, İsviçre’de yapılan değişiklikle kabul edilen iki yılın ise kısa süre olduğu düşünüldükçe, 1984 tarihli Öntasarının 653 üncü maddesinin altıncı fıkrasında olduğu gibi, bu süre beş yıla indirilmiştir. Yürürlükteki metinde bu konuda on yıllık sürenin başlangıcı olarak öngörülen “herhalde sicile şerh verildiği tarihten itibaren” ifadesi yerine daha anlaşılır ve açık bir anlatım olarak beş yıllık sürenin başlangıcı olarak “her halde satışın üzerinden” ifadesine yer verilmiştir.”

### c. Kullanılması

**Madde 734. (--) - Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.**

Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hakim tarafından belirlenen süre içinde hakimın belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür.

**Madde gerekçesi:** Yürürlükteki Kanunda bu maddeyi karşılayan bir hüküm mevcut değildir.

*Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler önalım hakkının, dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle, uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir dava açılmasını gerektirmesi, kanun hükmü haline getirilmiş bulunmaktadır.*

*Maddenin ikinci fıkrası, önalım bedelinin depo edilmesine ilişkin uygulamada kabul edilen esas kanun hükmü haline getirmektedir. Burada hak sahibinin satış bedeliyle birlikte, alıcıya düşen tapu giderlerinin hâkim tarafından belirlenen süre içinde ve belirlenen yere depo edilmesi öngörülmüştür. Önalım hakkı sahibinin depo edeceği bedelin, zaman zaman uygulamada sorunlar yaratan ve haksızlıklara yol açan banka teminat mektubu olarak da tevdi edilebilmesine son verilmiştir. Bedelin “nakden” yatırılması koşulu öngörüldüğünden, nakit dışında yapılacak tevdiatlar geçerli kabul edilmeyecektir.”*

#### **G- GEREKÇE:**

Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 732 ve devam maddelerine dayalı önalım (şuf'a) istemine ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “Yasal Önalım (Şuf'a) Hakkı”nı düzenleyen 732 ve devamı maddeleri karşısında dava açma süresinin başlangıcına esas alınacak tarihin nasıl belirleneceği; bu cümleden olarak, eldeki davanın yasal sürede açılıp açılmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Mahkeme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 733. maddesinde satış isleminin diğer paydaşlara bildirilmesi mükellefiyetinin alıcı ve satıcı da olup, yasada aranan anlamda Noterden bir bildirim yapılmadan paydaş için-satışı başka yolla öğrense bile- dava açma süresinin başlamayacağı görüşündedir. Özel Daire ise şuf'a davacısının öğrenmiş ve alıcıya bu iradesini bildirmiş olmasını dava açma süresinin başlaması için yeterli görmekte; üç aylık sürede şuf'a hakkı dava yoluyla kullanılmadığından davanın reddi gerektiğini, kabul etmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle yasal önalım (şuf'a) hakkının hukukumuzdaki tarihsel gelişiminin ve hukuki niteliklerinin kısaca irdelenmesinde yarar vardır.

Önalım (şuf'a) hakkı, 4721 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde 658.(sözleşmeden kaynaklanan şuf'a) ve 659. (Kanuni şuf'a hakkı) maddelerinde düzenlenmişti. Bu sistem içinde önalım hakkı, mülkiyet hakkının takyitlerinden birisi olup. hukuksal niteliği itibarıyla yenilik doğuran kurucu bir hak olarak kabul edilmiş ve ya-

sal önalım hakkıda aynı hak niteliğinde, yasadan doğduğu için tapuya şerhi gerekmeyen ve satın alan herkese karşı kullanılabilir bir hak olarak düzenleme altına alınmıştır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 659. maddesinde düzenlenen kanunî (yasal) şuf'a (öналım) hakkı müşterek mülkiyette söz konusu olmaktadır. Müşterek taşınmazı parçalanmaktan kurtarmak, giderek bir elde veya daha az kişi uhdesinde toplayarak işletilmesinin daha yararlı hale getirilmesini sağlamak amaçlı olduğu ağırlıklı görüş olarak kabul edilmiştir. Şuf'a iradesinin hukuki sonuç doğurabilmesi için bu iradenin kullanıldığı zaman irade sahibinin o taşınmazda paydaş olması gerekir. Şuf'a hakkının konusu taşınmaz maldır ve bu hak müşterek mülkiyete konu bir payın üçüncü şahsa satışıyla doğar; eş söyleyişle, bu hakkın doğumu için satış sözleşmesinin kurulması şarttır ve yeterlidir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin kabul ettiği sisteme göre, şuf'a hakkı satışı ve onun esaslı unsurlarını öğrenen paydaş tarafından kullanılan yenilik doğurucu bir haktır ve sahibinin kullanma beyanıyla vücut bulmaktadır. Bu hak dava açılarak kullanılabilirdiği gibi şuf'a hakkının kullanılacağını ortaya koyan ve herhangi bir surette muhatabına iletilen bir irade açıklaması ile de kullanılabilir. Beyanın herhangi bir şekli yoktur ancak ispat yönünden yazılı olması yeterlidir. Şuf'a ile ilgili bu eski yasal düzenlemede, **a)** hakkın devamı süresi, **b)** hakkın kullanım süresi ve **c)** hakkın korunma süresi olmak üzere üç tür süre söz konusu olup; hakkın devamı süresi, müşterek mülkiyet halinin devam ettiği süre içinde hakkın varlığını korumasını; hakkın kullanım süresi, satışı öğrenmeyle başlayan ve hakkın kullanılması gereken yasal hak düşürücü süreyi hakkın korunma süresi ise satış tarihinden başlayarak hakkın kullanılabileceği en fazla süreyi ifade etmektedir. Şuf'a hakkı sahibinin bu hakkı kullandığını yasal süresi içinde karşı tarafa açık irade beyanı ile bildirmiş olması halinde, satış tarihini takip eden on yıllık süre içinde dava açabileceği kabul edilmektedir. Yasal düzenlemedeki boşluklar uygulamada İçtihadı Birleştirme Kararları ile giderilmeye çalışılmıştır.

Eski kanunda kabul edilen bu sistemin ortaya çıkardığı aksaklıklar nedeniyle Türk Medeni Kanunu'nun değişiklik çalışmaları sırasında şuf'a (öналım) hakkı üzerinde özellikle durulmuş ve bir sistem değişikliğine gidilmesi yolunda düzenlemeler yapılmış; en son haliyle de 4721 sayılı yasadaki şekline almıştır.

Nitekim, Türk Medeni Kanunu'nun 1984 tarihli ön tasarısında "Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitler bahsinde *"Temlik hakkının takyitler"* üst başlığı altında *"Kanuni öналım hakkı - a. Kullanma şartlar"* alt başlığını taşıyan 653. maddede:

*Kanuni öналım düzenlenmiş ve öналım hakkından feragat resmi şekle bağlanarak bu feragatin tapu siciline şerhi hususu getirilmiş; yapılan satışın*

alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirileceği ve önalım hakkının, hak sahibine satışın bildirildiği tarihten itibaren bir ay ve herhalde satıştan itibaren beş yıl geçmekle düşeceği,

belirtilmiştir.

Bu maddenin gerekçesinde ise;

“Madde, yürürlükteki Kanunun 659. maddesini karşılamaktadır. Bu madde, uygulamadaki ihtiyaçlar, ülke şartları, doktrin ve Yargıtay içtihatları ve özellikle İçtihadı Birleştirme Kararları göz önünde tutularak, altı fıkra halinde yeniden düzenlenmiştir.

«Şuf’a hakkı» deyimini yerine uygulamada yerleşen «önalım hakkı» deyimini kullanılmıştır. Diğer taraftan, ülkemiz uygulamasında kanuni önalım hakkı önemli bir yer işgal ettiği için, bu hak, şerh verilen akdi önalım hakkından daha önce düzenlenmiş ve kurallar buna göre ifade edilmiştir. Bu husus, hakkın kullanılmasına ilişkin olan müteakip madde için de geçerlidir.

Dördüncü fıkra, önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılmasını ve tapu siciline şerh verilmesini öngörmektedir. Buna karşılık belirli bir satışta önalım hakkını kullanmama taahhüdü yazılı şekle tabi olacaktır ve bu satıştan önce yapılabileceği gibi, sonra da yapılabilir. Önalım hakkından feragatin resmi şekle tabi olduğu hususu da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile belirtmiştir. Önalım hakkını kullanmama taahhüdü, Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu öngördüğü miktarı aşarsa kanuni delille ispatı gerektiği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul edilmişse de, tasarıda bu taahhudun geçerliliğinin yazılı şekle tabi tutulması uyuşmazlıktan azaltmak açısından uygun görülmüştür.

Beşinci fıkra, önalım hakkını kullanabilecek paydaşlara pay satışını öğrenmenin ve böylece hakkı kullanmada hak düşürücü sürecinin işlemeye başlamasını ve önalım hakkının kullanıp kullanılmayacağının açıklığa kavuşmasını sağlamak için, yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirileceği hükmüne yer verilmiştir.

Yürürlükteki Kanun, kanuni önalım hakkının kullanılmasında hak düşürücü süreyi düzenlememiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile akdi olmasına ilişkin sürelerin kıyasen uygulanacağı kabul edilmişse de, boşluğun kanun hükmü ile doldurulması yararlı görülmüş ve konu altıncı fıkra düzenlenmiştir. Fıkra iki süreyi öngörmektedir. Bir aylık hak düşürücü süre, beşinci fıkra uyarınca hak sahibine yapılan bildiriden itibaren işlemeye başlayacaktır. Satışın başka yolla öğrenilip öğrenilmediği uyuşmazlıklarına yer bırakılmamıştır. Beş yıllık süre ise payın satışının yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Sürenin on yıl değil beş yıl olması daha adil görülmüştür.”

İfadeleri yer almaktadır.

Yine 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde karşılığı bulunmayan 1984 tarihli on tasarının "b. Hakkın kullanılması" başlıklı 654. maddesinde de;

Önalım hakkının dava yoluyla kullanılacağı,

Düzenlenmiş.

Maddenin yasal gerekçesinde;

*Dava dışı beyanla şuf'a hakkının kullanılmasının, uygulamada bu hakkın suresinde kullanıp kullanılmadığı konusunda ortaya çıkardığı uyuşmazlıklar nedeniyle, yeni düzenlemeye gidilerek dava yoluyla kullanılması esasının getirdiği,*

Hususuna yer verilmiştir.

Diğer taraftan kaynak kanun durumundaki, İsviçre Medeni Kanunu'nun 681 a/11. maddesinde ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 216'e maddesine göre;

*Sürenin başlaması için önalım olayının gerçekleşmesi ve sınırlı önalım hakkı söz konusu ise içeriği hakkında emin bir bilgi edinilmesi gerekir.*

İsviçre Hukukuna göre; önalım hakkı satışın yapılmasına ve içeriğinin hak sahibi tarafından öğrenilmesinden itibaren üç ay içerisinde kullanılmalıdır.

Nitekim, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin kabul ettiği sistem de "öğrenmeyi" esas almakta iken açıklanan gelişim içinde bundan vazgeçilerek "bildirim" esasına geçilmiştir.

Yasal Önalım Hakkı konusunda en son düzenleme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Devir hakkının kısıtlamaları" üst başlığı altında birinci sırada "Yasal Önalım hakkı" başlığı altında yer almaktadır.

Yukarıda ilgili bölümde gerekçeleri ile birlikte aynen yer verilen "a. önalım hakkı sahibi" başlıklı 732, "b. Kullanma yasağı, feragat ve hak düşürücü süre" başlıklı 733 ve "c. Kullanılması" başlıklı 734. madde hükümleri ile yasal önalım hakkı önceki kanundan farklı düzenlenmiştir.

Yürürlükte bulunan bu hükümlerle; yasal önalım hakkının, paylı mülkiyette paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen ve kısmen üçüncü kişiye satması halinde kullanılabileceği; önalım hakkından feragatin yöntem ve koşullarının neler olduğu; bunun yanında -somut olay açısından da uyuşmazlık konusu olan-satışın diğer paydaşlara bildirilmesi gereği; bu bildirimden ve satış tarihinden itibaren uygulanacak yasal sürelerin neler olduğu; bu hakkın dava açılarak kullanılabileceği; önalım bedelinin ve giderlerin nakden yatırılması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

Bu saptamalar yapıldıktan sonra, açıklanan değişikliklerle kabul edilen sistemin ne olduğu üzerinde durulmalıdır.

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete konu bir taşınmazın paydaşlarından

birinin payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlarla aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır. Payın tamamının veya bir kısmının satılması arasında bir fark yoktur. Kişiye değil paya bağlı bir haktır ve kim paydaş olursa bu hakka sahiptir. Önalım hakkı kullanılınca paydaş payını yasal önalım hakkını kullanan diğer paydaşa devretme yürürlüğü altına girmektedir. Böylece önalım hakkı taşınmaz mülkiyetinin dolaylı sınırlama biçimlerinden birisidir. Bu hak kullanılmadığı sürece ortada bir kısıtlama olmayıp, önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkar. Yasal önalım hakkının kullanılması, ancak paydaş olmayan birisine yapılan satışta söz konusu olur. Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimi ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.

Eldeki uyuşmazlığın da konusunu teşkil eden yasal önalım hakkının kullanılmasında satışın bildiriminin süre başlangıcına esas alınıp alınmayacağı ve kullanılacak yasal sürelerin neler olduğu 4721 sayılı Kanunun 733. maddesinde düzenlenmiştir.

4721 sayılı Kanunun 733. maddesinin 3. fıkrasında;

“Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir.”

Aynı Kanunun 733. maddesinin 4. fıkrasında da;

“Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.”

Denilmekte;

Maddenin gerekçesinde ise;

*“...Maddenin üçüncü fıkrası satışın alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi yükümü getirilmiştir. Bu bildirimin noter aracılığı ile yapılması öngörülmüştür. 1984 tarihli Öntasarının 653 üncü maddesinin beşinci fıkrasında da yer alan bu hüküm sayesinde uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, “önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabileceği üst süre olan 10 yılın bitimine kadar” bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır.*

*Maddenin dördüncü fıkrası önalım hakkının kullanılma süresiyle ilgilidir. Yürürlükteki 658 inci maddenin son fıkrası satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay, satıştan itibaren on yıllık bir süre öngörmüştür. İsviçre Medeni Kanununda 1991 yılında yapılan değişiklikle yeni 681a maddesiyle bu süreler bir ay ve iki yıl olarak düzenlenmiştir.*

*Yürürlükteki metinde önalım hakkının kullanılması için öngörülen on yılın uzun, İsviçre’de yapılan değişiklikte kabul edilen iki yılın ise kısa bir süre olduğu düşünülerek, 1984 tarihli Öntasarının 653 üncü maddesinin altıncı fıkrasında olduğu gibi, bu süre beş yıla indirilmiştir. Yürürlükteki metinde bu konuda on yıllık sürenin başlangıcı olarak öngörülen “herhâlde sicile şerh verildiği tarihten itibaren” ifadesi yerine daha anlaşılır ve açık bir anlatım olarak beş yıllık sürenin başlangıcı olarak “herhâlde satışın üzerinden” ifadesine yer verilmiştir.”*

İfadelerine yer verilmektedir.

Böylece, kanun önalım hakkının kullanılmasını hak düşürücü sürele tabi tutmaktadır. Üç aylık hak düşürücü süre; madde metninde, gerekçede 1984 tasarısının gerekçesinde de açıkça yer verildiği üzere “pay satışının hak sahibine bildirildiği tarihten” itibaren işlemeye başlar. Bu bildirim de kanunda özel bir şekle tabi tutulmuş; noter aracılığıyla bildirim öngörülmüştür. Noter bildirisinin paydaşa tebliğ tarihini izleyen günden itibaren üç aylık hak düşürücü süre işleyecektir. İki yıllık süre ise, yapılan pay satışı tarihini izleyen günden başlar. Süresinde önalım hakkını kullanmayan paydaşın sadece o pay satışı için önalım hakkı düşer, başka pay satışları için önlamı hakkı ise sona ermez.

Kanun, yasal önalım hakkından feragatin geçerliliğini de yazılı şekilde yapılmasına bağlamıştır.

Şu durumda; 4721 sayılı Kanunla yasal önalım hakkı için getirilen yeni sistem daha sıkı kurallar ortaya koymakta; bu tür taleplerin belli sürelerde, belli şekil ve koşullarda kullanılması gereğini önemli bir yenilik ortaya getirmektedir.

Kısacası, yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; “öğrenme” olgusu değil “bildirim” olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde “bildirilir” şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin “bildirimden” başlayacağı da devamı fıkra da açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir.

Eş söyleyişle; yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz.

Somut olaya gelince; yasal önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcılara gönderilen ihtarname ile satışı öğrendiğini ve önalım hakkını kullanacağını bildirmiş olması; açıklanan hükümler karşısında yasanın aradığı anlamda ve sürenin başlamasına yol açacak nitelikte bir bildirim değildir. Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir ve davacı dava yoluyla önalım hakkını kullanmıştır. Mahkemenin davayı süresinde kabulü usul ve yasaya uygun olup, önceki kararında direnmesi de yerindedir.

Ne var ki, işin esasına yönelik temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden dosyanın Dairesine gönderilmesi gerekir.

### SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı direnme kararı uygun olup, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 6. HUKUK DAİRESİNE gönderilmesine, 21.09.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

**Gönderen: Av. Onur GÜVEN**

## Yitirdiklerimiz

**Av. Yasemin KARTEFE**

Sicil No : 7419  
Doğum Tarihi : 27.11.1979  
Ölüm Tarihi : 14.11.2005

**Av. Mustafa Temel ÖZDİRİL**

Sicil No : 1175  
Doğum Tarihi : 10.09.1948  
Ölüm Tarihi : 22.11.2005

**Av. Muammer KARAŞAHİN**

Sicil No : 505  
Doğum Tarihi : 1340  
Ölüm Tarihi : 22.11.2005

Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu