ISSN 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

TEMMUZ - AĞUSTOS / JULY - AUGUST: 2017 YIL/YEAR: 30 SAYI/ISSUE: 131

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TEMMUZ - AĞUSTOS / JULY - AUGUST: 2017 **YIL/YEAR: 30** **SAYI/ISSUE: 131**

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Sabiha Tekin, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabiha Tekin, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu
Özlem Bilgilioğlu
Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 24. 06. 2017

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. **a)** Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.

b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.

c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.

4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makal**e ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece** *eser adı İtalik* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**

Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

6. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.

7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.

8. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.

9. Yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez.

Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçedir.

11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.

12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 İlhan AKBULUT
Türkiye'nin Hukuk ve Adalete Her Zamankinden Daha Çok İhtiyacı Var Ölüm Cezası Geri Gelmeli Mi? / Should Death Penalty Be In Force?

31 Murat GÜVEN
Ötanazi Hakkına Dair Genel Bir Değerlendirme / A General Evaluation on Euthanasia

57 Kahan Onur ARSLAN
Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları/ Determination of the Characteristics of Public Property and the Rules of Utilization of the Public Properties

87 Güven SÜSLÜ
Disiplin Soruşturmalarında Memurun Akıl Sağlığının, Alkol Alıp Almadığının Rızası Olmaksızın Tespiti / Determination of Mental Health and Intoxication of Civil Servant without his Consent According to Disciplinary Proceeding

115 Hasan DURSUN
(Marksist Kuram Açısından) Kapitalist Düzende İdare Hukuku ve Kuramın Görüşlerinin Bu Hukuka Yansımaları Konusunda Türkiye'den Bir Örnek / (From the Marxian Theory) Administrative Law within the Capitalist System and an Example on the Reflections of the Theory's Ideas Regarding This Law in Turkey

179 Müzeyyen EROĞLU DURKAL
Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat / Indemnity for Non-Pecuniary Damage in Full Remedy Action

211 Gamze TURAN BAŞARA
Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi / Evaluations on the Turkish Civil Code Provisions Regulating the Relationship between the Mother and her Natural Child

239 Gökçe KURTULAN
Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği / The Arbitrability of Consumer Disputes under Turkish Law

261 Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY
Asgari Alım Taahüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler / Contractual Penalty Clauses in Distribution Contracts- Thoughts on the Decision of the Turkish Court of Cassation General Asssembly Dated 16Th Of January, 2013

295 M. Gökhan TÜRE / Oğuzhan TÜRE
Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı / Physician's Right to Refuse Treatment

347 İbrahim ERTUĞRUL
6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Meselesine Bir Bakış / A Review of Severance Pay in Individual Labour Law After Enactment of Law No. 6701 on Turkey Human Rights and Equality Institution

MAKALELER / ARTICLES

373 Talih UYAR
Avukatın "Özen Yükümlülüğü"(Av. K. M. 34; TBK.m.506/III) ve "Görevi Kötüye Kullanma Suçu" (TCK. M. 257/2)

başkan'dan

ADALET MÜCADELESİ...

1. Türkiye Barolar Birliği'nin Türkiye'de hukuk devletinin inşası, vatandaşlarımızın hak ve hürriyetlerinin güvenceye kavuşturulması için yılmadan yürüttüğü mücadele, Milletimizin ve meslektaşlarımızın malumlarıdır.
2. Sadece bir kaç örnekle hatırlayalım:
   - Ergenekon, Balyoz, Odatv, Casusluk gibi F tipi örgütün arkasına siyasi destek alarak kurguladığı kumpas davaların çökertilmesinde;
   - 2010 Anayasa değişikliği sürecinde, anayasa paketinin amacının yargıyı ele geçirmek olduğunun halkımıza, "yetmez ama evetçi" kanaat önderlerine rağmen anlatılmasında;
   - Özel görevli mahkemelerin kaldırılmasında ve başta Türk Ordusu'nun şerefli subayları olmak üzere vatanseverlerin tutulduğu zindanların kapılarının açılmasında;
   - Baskıya ve hukuksuzluğa karşı en içten, en samimi bir tepki olan, Gezi protestolarının silahsız saldırısız, provokatörsüz kısmında masum insanların polis şiddetine karşı korunmasında ve polis teşkilatının da manevi kişiliğinin itibarının müdafaasında;
   - Sözde açılım günlerinde, bunun bir toplumsal barış süreci değil, Türkiye Cumhuriyeti'nin teslimi ve parçalanmasının adımları olduğunun anlatılmasında;

- Sosyal medyaya yönelik kabul edilemez kısıtlamaların kaldırılmasında;
- F tipi suç örgütünün ele geçirdiği yargı eliyle seçilmiş hükümete yönelik operasyonun iç yüzünün ortaya çıkarılmasında;
- Yolsuzluk soruşturmalarına zarar vermeye yönelik yapılan Adli Kolluk Yönetmeliği değişikliğinin iptalinde;
- Maden facialarında mağdurların yanında;
- Şiddet mağduru kadınlar, istismar mağduru çocuklar, uyuşturucu batağına sürüklenen gençlerimiz için verdiğimiz mücadelede;
- Bölücü terör örgütünün kökünü kazımak için devlet aklıyla mücadele edilmesi adına ısrarla yaptığımız uyarılarda;
- 15 Temmuz kalkışmasının daha ilk saatlerinde aldığımız kararlı tutumda;
- OHAL'in baskı aracı olarak kullanılıp, temel hak ve özgürlüklerin ölçüsüz kısıtlanmasına karşı duruşumuzda;
- 80 milyon vatandaşımızı adalet paydasında buluşturmak, her vatandaşımızın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığıyla güven ve gurur duymasını sağlamak için tüm Türkiye'yi defalarca dolaşarak halkımızı bilgilendirmek için yaptığımız faaliyetlerde;
- Yargıyı tam anlamıyla bağımlı hale getireceğini düşündüğümüz son anayasa değişikliği paketinin içeriğine dair halkımızı bilgilendirmek için yorulmak nedir bilmeden yürüttüğümüz çalışmalarda önceliğimiz daima Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Türk Milleti oldu.

3. Amacımız, vatandaşlarımızın hukuki güvenlik içinde, çoğulcu - demokratik bir refah devletinde yaşamasıdır. Yolumuz ise, ilk günden bugüne ve son nefesimizi verinceye kadar, Atatürk'ün ışıklı, akılcı, bilimci, gerçekçi yoludur.

DOĞRUYA DOĞRU, YANLIŞA YANLIŞ DEDİK

4. Bu mücadelemiz sebebiyle; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni ele geçirmek veya bölmek ya da yıkmak isteyen terör örgütlerinin hedefi olduk. Bu tehditleri, doğru yolda yürüdüğümüzün kanıtı olarak görüp, yolumuza devam ettik. Hukuk devletini, kurmaya çalıştıkları mutlak egemenliklerinin önünde engel gören siyasi iktidarların, siyasetçilerin, devletin en üst kademe yöneticilerinin hedefi olduk. Bunu da, haklılığımızın tescil edilmesi olarak gördük, aynı kararlılıkla çalışmalarımızı sürdürdük. Hiçbir tehditten, baskıdan, abalarının altından ya da üstünden sopa gösterenlerden, kim olurlarsa olsunlar çekinmedik. Çünkü, çok önemli bir amacımız var; O da Türkiye Cumhuriyeti'nin aydınlık geleceğidir.

5. Hiçbir zaman günlük heyecanlarla ve sosyal medya iniş çıkışlarıyla hareket etmedik. Daima çok boyutlu düşündük, çok yönlü değerlendirdik. Doğruya doğru, yanlışa yanlış derken, kimin doğrusu ya da yanlışı olduğuna bakmadık. Asla hiçbir siyasi partinin destekçisi veya rakibi de olmadık. Siyasi iktidarın yanlışını söylerken, hiçbir terör örgütüne meşruiyet kazandırmadık. Doğrusunu söylerken de iktidar alkışçılığı yapmadık. Siyasi muhalefetin eksiğini, yanlışını veya doğrusunu da, yine görev alanımız çerçevesinde şahsi bir beklenti içinde olmadan dile getirdik. Tüm Türkiye'yi sarsan yanlışları, önceden görüp, tabiri caizse "başımıza kaya düşebilir" diye uyardık hep. Maalesef zamanında yaptığımız bu uyarıların doğru olduğu hep ortaya çıktı ama çoğu zaman kaya başımıza düştükten sonra!

6. Türkiye Cumhuriyeti'nden yana taraf, siyasi partilere karşı eşit mesafeli bu duruşumuz sayesinde, çok farklı siyasi görüşlerden ve dünya görüşlerinden on milyonlarca vatandaşımızın güvendiği, değer verdiği, dinlediği, izlediği bir kurum olduk. Türkiye'nin hukuk devleti mücadelesinin kalesi olarak adlandırıldık. Sorumluluğumuzu arttıran ve "iyi ki avukatlar var, iyi ki barolar var" cümlesiyle somutlaşan bu büyük teveccühten gurur duyuyoruz.

HUKUK DEVLETİ MÜCADELESİNE DEVAM

7. Hukuk devletinin ön şartı olan tarafsız, bağımsız, keyfilikten uzak kararlar veren bir yargıya kavuşmak için tüm siyasi partilerle ve sivil toplum örgütleriyle el birliğiyle çalışmamız gereğini yineliyoruz.
8. Yıllar önce başladığımız ve hiç yorulmadan, yılmadan siyasi partiler üstü sürdürdüğümüz adalet yürüyüşümüze Türkiye Barolar Birliği olarak kararlılıkla devam ediyoruz.

Hak mücadelesinin yılmaz savaşçısı tüm meslektaşlarımıza ve desteğini bizden hiç esirgememiş vatandaşlarımıza teşekkürlerimizle…

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ÖLÜM CEZASI GERİ GELMELİ Mİ?

SHOULD DEATH PENALTY BE IN FORCE?

İlhan AKBULUT*

Özet: Bir toplumdaki insanların ortak yaşamlarını belirli bir intizam içinde sürdürebilmeleri için aralarında belirli bir düzenin ve bunun sonucu olarak yaptırımlar düzeninin kurulması zorunludur. Her sistem kendi düzenini korumak, toplumdaki bireyin sosyal normlara uygun bir şekilde hareket etmelerini sağlamak için toplumda var olan kontrol mekanizmalarının yanı sıra üstün bir otorite tarafından yaptırımlar düzeninin kurulmasını da zorunlu kılar. Günümüzün gelişen toplumlarında sosyal düzeni bozan fiil ve hareketler topluma zarar veren hareketlerdir ve daha çok toplumdaki bireyi ilgilendirdiğinden zarar meydana geldiğinde zarara sebebiyet veren bireyin hürriyetini sınırlama veya birey için önemli olan diğer bazı haklardan yoksun bırakma gibi yaptırımlar uygulanmaktadır.

Düzensiz bir toplum düşünülemeyeceğine göre bu düzeni bozan kişiye karşı işlediği fiil sebebiyle toplumun kınama duygusunu belirten bir yaptırımın uygulanması zorunludur. Uygulanış şekli ve türleri bugün değişmiş olsa dahi toplumun kınama duygusunu açıklayan, kusur ile orantılı olarak verilen, uygulandığı kişi üzerinde acı ve ıstırap veren, bozulmuş olan toplum düzenini eski hâline getirmeyi amaçlayan yaptırım cezadır.

Toplumdan tasfiye edilme amacını taşıyan "ölüm cezası" ülkemizde 1984 tarihinden beri fiilen ve 2004' ten itibaren de hukuken bulunmamaktadır. Ölüm cezası önce 2001 tarihinde savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışındaki suçlar için kaldırılmış, 3 Ağustos 2002 tarihinde de " Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar hariç" şartı ile kaldırılmıştır. 7.5.2004 tarihli 5170 Sayılı kanun ile Anayasa' dan ölüm cezaları ile ilgili maddeler kaldırılarak Avrupa Birliği kriterlerine uyum çalışmalarının en önemlisi gerçekleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Devlet, Sosyal Düzen, Yaptırım, Ölüm Cezası

Abstract: It is obligatory that an order, as a result of an order, an order of sanctions should be established for the members in a society to lead their common life in a particular regularity. Each system

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Kavram Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi (E. Hâkim), ilhanakbulut@hotmail.com

requires an order of sanctions to be established by a supreme authority as well as prevailing control mechanisms in order to maintain its own order and to have individuals in the society act complied with social norms. Deeds and acts which disrupt social order in today's developing countries are harmful actions for society. Also when a disrupting action is seen, since the fact is mostly concerned with individuals, restriction of freedom or deprivation of some other rights are applied as necessary sanctions to the person leading to this disruption.

As it can not be possible to imagine a disorderly society, it is necessary to apply a sanction to reflect the society's feeling of reprobation owing to the act committed by the person who has disrupted this order. Even though the way it is performed and the kinds have changed today, sanction manifesting society's reprobation, giving pain and suffering to the person applied which is proportional to the fault, aiming to restore societal order that has been disrupted becomes punishment.

"Capital punishment" with which is aimed to liquidate a person out of society has not been existed in our country since 1984 *in specie* and 2004 *de jure*. In the first place, capital punishment was terminated against the crimes except for the cases of war threat and terror crimes in the year of 2001. "Except for the ones committed in case of war and immediate war threat", it was also terminated on August 3, 2002. Through the law 5170 dated on 7 May 2004, the items related with capital punishment were removed from the Constitution and through the law 5218 in the year of 2004, the items related with capital punishment were removed from Turkish Criminal Law. Thus, the most significant work was implemented in order to adapt to the European criteria.

Keywords: The State, Social Order, Sanction, Death Penalty

1. Giriş

İnsanların toplumsallık özelliği birbirleriyle barış içinde, birbirlerinin hak ve hukukuna el atmadan yaşamasını zaruri kılar. Dolayısıyla bir hukuk düzeni ortaya konması gerekir. Hukuk düzeni, insan ilişkilerinin her alanıyla ilgilidir. Düzensiz bir toplum düşünülemeyeceğine göre, bu düzeni bozan kişiye karşı, işlediği fiil sebebiyle toplumun kınama duygusunu belirten bir yaptırım uygulanması zorunludur. Kusur ile orantılı olarak verilen, uygulandığı kişi üzerinde acı ve ıstırap veren, bozulmuş olan toplum düzenini eski haline getirmeyi amaçlayan yaptırım cezadır.

2. Cezanın Hukuki Esası ve Amacı

2.1. Cezanın Tanımı

Sözlükte isim olarak "bir şeyin bedeli ve karşılığı", mastar olarak da "iyi veya kötü olan bir fiil ve davranışın tam ve yeterli karşılığını vermek" anlamına gelir.[1]

Hukuk kurallarının belirli bir dönemde, bu dönemin şartlarına göre belirli bir biçimde oluştuğu bilimsel bir gerçektir. Tarih içinde görülmüştür ki, ne zaman esaslı bir hukuk anlayış ve sistem değişimi gerçekleşmiş olsa, bu değişimden önce mutlaka toplumsal bir değişimin varlığı göze çarpmaktadır. Bu değişim süreci içinde ceza uygulaması anlayışı da değişmektedir.

Cezanın tanımı sosyologlara, hukukçulara ve felsefecilere göre değişmektedir. Sosyologlar çoğunlukla cezayı suçun toplum hayatında yarattığı tepkiye, sosyal yapıda meydana getirdiği tahribata bir karşılık olarak toplum tarafından belirlenen bir bedel olarak kabul ederler. Nitekim Levy - Bruhl ' e göre ceza, suçun yarattığı sosyal tepkiye denir. Ve cezanın şiddetini suçun kolektif şuurda yarattığı tahrik tayin eder.[2]

Durkheim'e göre ise ceza, esas itibariyle cemiyetin bazı davranış kurallarını ihlal etmiş olan üyeleri aleyhine seçilmiş bir heyet marifetiyle icra ettiği ve şiddeti derecelere tâbi, ihtirası bir tepkiden ibarettir.[3]

Her iki sosyolog da cezayı, suç olarak nitelendirilen fiilin toplum bünyesinde yarattığı tahribatı ve kolektif bilinçte meydana getirdiği tahriki esas alarak tanımlamaktadırlar. Ve her ikisi için de ceza toplumun suç işleyene, işlediği suç ölçüsünde tayin ettiği bir "kefaret" (bir günaha karşı tutulmak üzere yapılan şey veya verilen nesne) den ibarettir.

Hukukçulara göre ise ceza muhtelif şekillerde tanımlanmaktadır. Bir tanıma göre ceza ; "Topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı Devlet'in son çare olarak kanun ile yarattığı ve izlediği diğer yapıcı

---

1 Ali Bardakoğlu, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, "Ceza Maddesi", Cilt: 7, İstanbul 1993 s.469.

2 Bruhl Levy, Suç Sosyolojisine Giriş, Çev. Ümit Meriç, İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Yayını, İstanbul 1984, s.289.

3 Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyolojik Açıdan Hukuk), Cilt: II, Yayıncılık Ltd. Şti. 1. Baskı, Ankara 1984, s.73.

amaçlar yanında, özellikle suç işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve toplumun işlenen fiili onamama tutumunu belirtmek üzere ilke olarak bir yargı kararı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde uygulanan korkutucu, caydırma bir müeyyidedir.[4]

Felsefecilerden Bentham' da, cezanın kendisinin kötü bir şey olduğunu ve ancak daha büyük bir kötülüğü yok etmek için kullanılabileceğini belirtmektedir.[5]

Verilen tanımların çoğunda, cezanın acı, ızdırap verici, bir şey olduğu üzerinde durulmaktadır.

Gerçekten "acı" ceza kavramının esasını oluşturur. Suçlunun, hukuki menfaatlerini tehdit etmiş olmasından dolayı ceza yalnız hukuki bakımdan değil, psikolojik bakımdan da bir acıdır.

Ceza hukuku kuralları, toplumsal ve siyasal yapının muhafazasına yönelik olup, toplumsal ve siyasal yapıya göre biçimlenir. Siyasal ve toplumsal yapı değişimlerine paralel olarak, ceza normlarının da değişmesi zorunluluk olarak ortaya çıkar. Suç, belirlenmiş yasaklara aykırı hareketlerde bulunmak, belirli yasaklara uymamaktır. Bu emir ve yasaklar, gerek devletin doğrudan siyasal, idari veya adli öz yapısını korumak amacına yönelik olabilir. Ayrıca toplumsal düzeni sağlama amacı da güder. Gerçek olan bir şey varsa o da belirli siyasal koşul ve nedenlerin ceza kanunu yapısını etkilediğidir.

Devletin yetkili organları tarafından konulmuş olan ve insan davranışlarını düzenlemeye yönelik olan kural ve yasakların ceza hukuku kuralı olabilmesi için cebir ile müeyyidelendirilmiş olmaları gerekir. Kişi bu yasaklara uymadığı takdirde ceza yaptırımı ile karşılaşmış olacaktır. Ceza, devletin bireye karşı uyguladığı en etkili ve kesin zorlama aracıdır. Önce ceza yoluyla korunan emir ve yasaklar konulmakta, daha sonra bu emir ve yasağı ihlal edenler mahkûm edilip cezalarının infazı yoluyla kişi hürriyetine etkili ve derin bir müdahale gerçekleştirilmiş olmaktadır.

---

4 Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II,10. Bası, İstanbul 1994, s.544.; Ayrıca Bk. Sulhi Dönmezler "Suçla Mücadele", *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi*, Yıl:2, Sayı:16, Şubat 1997, s.3 vd.

5 Jeremy Bentham, The Principles of Morals and Legislation, Newyork 1948, s.170.

2.2. Cezanın Amaçları

Ceza Hukuku, sadece Ceza Kanunu'nda değil, aynı zamanda diğer genel ve özel kanunlarda yer alan cezai hükümlerin tümünden meydana gelir. Her bir kanun hükmüne " Ceza Normu" denir. Ceza Normu "emredici özelliğe " sahiptir. Ceza Normu, devlet tarafından konulan bir davranış kuralı olarak uyulması zorunlu bir normdur.[6]

Ceza Normları, genelde iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, kural ve müeyyidedir. Kural, belirli bir davranışta bulunma emridir. Yani belirli bir hareketi yapma veya yapmama emridir. Müeyyide ise, hukuk kuralının ihlaline tepki olarak gösterilen, hukuk düzeni tarafından öngörülen ve devlet tarafından uygulanan bir zorlamadır.[7] Bu zorlama kişinin hayatına, hürriyetine, mal varlığına yönelik olabilir. Bu zorlamalara fert uyup uymamakta serbest değildir. Fert bunlara uymak zorundadır. Zira hem ceza kanununun ihlali hem de kamunun belirlediği yasaklar ihlal edilmiş olur.

Suçlulara verilecek cezanın da adil ve haklı olması gereklidir. Cezalar sisteminin ana amacı olanak ölçüsünde çok kişinin Ceza Hukuku kurallarına uymalarını sağlamak, dolayısıyla suçluluğu azaltmaktır. Cezaların önleyici etkisi, şahısların bulunduğu sosyal sınıf, yaş, yaşayış tecrübeleri, zekâ, eğitim ve diğer etmenlere bağlı olarak değişir.[8]

Bir üstyapı kurumu olarak hukuk açısından ceza bir amaca yönelik olmalıdır. Amaçlar yönünden ceza konusunda öne sürülmüş çeşitli görüşler gözden geçirildiğinde; cezanın kefaret, genel önleme, ıslah yöntemi olduğunun savunulmakta olduğunu görebiliriz. Bu anlamda, bir cezanın meşruluğu, uygulandığı devrin ahlak ve insanlık ölçülerinin dışında olamaz. Kanunlar insanlarda aklın ve vicdanın etkinliğini sağlamak zorundadır.

Ceza hukuku kaidelerinin ahlak kaideleri ile benzerlik gösterdiği bilinmektedir. Ancak ahlak kaidelerinin çok fazla olması bu benzerliğin dışında kalmaktadır. Her şeyden evvel ahlak kaideleri o kadar fazladır ki, bir kere bütün bunları suç olarak kanunlara koymak başlı

---

6 Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu, 2. Baskı, Ankara 1996, s.322.; Ayrıca Bk. Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, C. I, İstanbul 1966, s.202.

7 Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 1991, s.11.

8 P.W. Tappan, Crime Justice and Correction, London 1960, p.248' den zikreden Mustafa Tören Yücel, Kriminoloji Suç ve Ceza, Ankara 1986, s.190.

başına bir sorun teşkil etmektedir. Bütün ahlaksızlıkların suç sayılması halinde, hem ferdi hürriyet çok tahdit edilmiş olacak, hem de takibat yapılması zorlaşacaktır. Netice itibariyle hukuk ile ahlakın müşterek tarafları olduğu gibi, müstakil tarafları olduğu unutulmamalıdır.

Hukukumuzda süresi belli mahkûmiyet sistemi geçerlidir. Mahkûmiyet kararına hükmedilirken özgürlüğü bağlayıcı cezanın süresi belirlenmektedir. Somut tayinde hâkim suç tanımındaki cezayı uygular. Sadece özgürlüğü bağlayıcı ceza gösterilmişse yalnızca buna hükmedilir. Maddeye özgürlüğü bağlayıcı ceza ile para cezası birlikte konulmuş ise; hâkim bunların ikisini de dikkate almak zorundadır. Ancak yasa maddesinde seçimlik ceza varsa birini seçer Bu durum cezanın bireyselleştirilmesine yardımcı olur. Cezanın bireyselleştirilmesi, suçun işlenmesini gerçekleştirmek veya kolaylaştırmak yönünde maddi veya manevi fonksiyon icra edenlerin suçlu sayılması ve sadece onların cezalandırılması olarak tanımlanabilir.

Bireyselleştirme ceza tayininde önemli bir işlemdir. Aynı tür ve miktardaki ceza kişiler üzerinde çok değişik etkiler meydana getirir. Gerçekten aynı cezanın suçlular üzerinde meydana getirdiği acı, ızdırap ve ağırlık sosyal ve ekonomik durumuna, karakterine göre değişir. Bu nedenle suçlunun kişiliği sorunu cezaların bireyselleştirilmesi olarak çağdaş ceza hukukuna girmiştir.[9]

Somut eylemi yargılayan hâkimin yargıladığı suç için ceza belirlemesine cezanın saptanması denilir. Somut cezanın belirlenmesi niteliğinde bu işleme cezanın hesaplanması veya cezanın mahkemece tayini de denilmektedir.[10]

Cezanın amaçları konusunda netice olarak diyebiliriz ki, istenen amaçlara ulaşmak için:

a) İzlenen çeşitli amaçlar göz önünde tutulmak suretiyle cezala-

---

9 Nur Centel, "Cezanın Tayini", Ceza Hukuku Reformu (Sempozyum 20-23.10.1999), Umut Vakfı Yayını, Yayın No:5, İstanbul 2001, s.262.; Ethem Çalık, Suç ve Cezaların Şahsileştirilmesi ve Cemiyet Tipi Münasebeti Üzerine Bir İnceleme, Milli Eğitim Bakanlığı Yayını, 2832, İstanbul 1996, s.49.

10 Zeki Hafızoğulları, "Cezanın Tayin Edilmesi", Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s.481 vd.; Cezanın Saptanmasına İlişkin İsviçre Ceza Kanunu Ön Tasarısındaki Hükümler ve Bu Hükümlerin Gerekçeleri için Bk. Yener Ünver, - Ayşe Nuhoğlu, İsviçre Ceza Kanunu Ön Tasarısı, İstanbul 1997, s.11 vd.; Ayrıca Bk. Erhan Günay, Uygulamada Suçların Tespiti ve Cezaların Tayini, Ankara 1995, s.1 vd.;

rın türleri itibariyle çeşitli olmaları ve bir sistem içinde aralarında bir denge ve ahenk kurulması gerekir.

b) Cezalar çeşitleri itibariyle, cezaların değişik amaçlarını sağlayıcı nitelikte olmalı ve yerine göre bu amaçlardan bazıları üstünlük göstermelidir. Her halde cezalar insancıl olmalıdır.[11]

c) İnsanların hangi fiilleri suç sayılmalı, hangileri sayılmamalıdır? Bu sınırın mutlaka yeniden çizilmesi gereklidir.

d) Zamanın geçmesi tesirini toplumda da gösterir. Çok önceleri işlenmiş bir suçun bugün cezalandırılmasında fayda yoktur. Zira bu suç unutulmuş, eski bir hadiseyi örtmüştür. Cezalandırma amacı güdülmesi, adaletten ziyade işkence tesiri yapar.

e) Ceza, ona çarpılan suçluyu "ıslah" suretiyle yeniden suç işlemesine engel olmalıdır.

2.3. Cezanın Özellikleri

İyi bir cezanın haiz olması gereken vasıfları arasında kanunilik, eşitlik, telafi edilebilir olması, insanilik, ahlakilik, kişisellik en önemlileri arasında sayılabilir.

a) Suçlar ve Cezalar Kanuni Olmalıdır: Suç adı verilen "yasak eylemlerin" mutlaka kanunda gösterilmesi gerekliliği suçta kanuniliği, suça karşılık verilecek cezanın da yalnız kanunda bulunması zorunluluğu "Cezada Kanuniliği" meydana getirir. Ceza hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran en önemli özellik bu ilkedir. Kişi, hangi eylemlerin suç olarak düzenlendiğini ve bu suça karşılık verilecek cezayı, ceza kanunlarına bakarak tespit edecektir.[12] İlkenin fert bakımından faydası, suç teşkil eden fiillerin daha evvelden kanunlarda gösterilmesi suretiyle, bunun dışında kalan fiilleri hiçbir endişe içinde kalmadan işleyebilmesini temin etmektir. Bu sayede vatandaşların keyfi olarak cezalandırılmasının önüne geçilmiştir. Yasak edilen fiillerin evvelden gösterilmesi aynı zamanda mantıki bir zaruret olarak kabul edilmektedir.[13]

---

11 Sulhi Dönmezer, – Sahir Erman, age.s.566.

12 Mazhar Arıkan, "Suç Mefhumu Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi ve Müteselsil Suçlar", *Adalet Dergisi*, Sayı: 3-4, Ankara 1963,s.301 vd.; Hakkı Demirel," Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı: 21, Ankara 1979, s.37 vd.

13 Öztekin Tosun,"Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", İÜHFM.,

b) Ceza İnsancıl Olmalıdır: Anayasa'nın 17. maddesine göre, "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." Ceza hukuku alanında geçmiş devirlerde uygulanan kafa kesme, suçlunun gövdesini parçalara ayırma, yırtıcı kuşlara parçalatma, ağıza taş tıkama, güneşte bırakma, boğma, ateşte yakmak, deri yüzme, filin ayakları altında ezdirme, çengele takma, boyuna veya ayaklara ağır cendereler, çantalar takılarak teşhir gibi cezalar artık çağdaş ceza hukukunun uzun gelişme sürecinden sonra terk edilmiştir.[14] Cezalar ahlaki, insan haysiyet ve şerefine bağdaşır olmalıdır. Buna ceza hukuku alanında "cezaların insanilik ilkesi" denilmektedir. Belirli bir kültür düzeyine ulaşmış olan toplumlarda suç karşılığı uygulanacak olan cezaların bu kültür düzeyindeki kişilerin duygularına uygun olması gerekir. Esasen bu husus bazı kanunlarda insan onuruna yakışmayan cezaların uygulanamayacağı şeklinde açıkça belirtilmektedir.[15]

c) Ceza Kişisel Olmalıdır: Anayasa'nın 38. Maddesine göre, "Ceza Sorumluluğu şahsidir". Şahsilikten maksat, suçu kim işlemiş ise cezanın ona verilmesi demektir. Ceza suç işleyen faile verilmelidir. Bu ceza verilirken failin dışında bulunan kişilere doğrudan doğruya etkili olmamasına gereken özen gösterilmelidir.[16]

d) Ceza Neticeleri İtibariyle Tamiri ve Geri Alınması Kabil Olmalıdır: Adli İşlemlerde hata imkânsız değildir. "Adli hata" nadir de yapılsa neticeleri ağır olur. Adli hata, vatandaşta uyandırdığı korku ile sosyal bir felaket halini alabilir. Pek çok suçun cezasız kalmasından doğacak felaketten daha büyüktür.[17] Tamiri kat'i surette imkânsız yegâne ceza "Ölüm Cezası"dır. Ancak ölüm cezası ülkemizde yapılan uzun tartışmalardan sonra kaldırılmıştır.[18]

Sayı: 1-4, Cilt: XXVII, İstanbul 1962, s.47.

14 Metin And, "XVI. Yüzyılda Osmanlılar' da Cezalar", *Hayat Tarih Mecmuası*, Yıl:5, Sayı: 3, 1 Nisan 1969.s.29 vd.

15 Ayhan Önder, age. s.486. Bk. Faruk Erem, Mahpusların Tabi Tutulacağı Asgari İnsani Muamele Hakkında Birleşmiş Milletler Teşkilatınca Tespit Olunan Esaslar, Ankara 1954.

16 Vİdal et Magnol, Cours de Droit Criminel et de Science Penitentiaire,Paris 1974,s.597.;Donnedıeu De Vabres, Traite de Droit Crımınel et de Legislation Penale Comparee,Parıs 1974, s.282., no:481.

17 Francesco Carrara, Programma del corso di Diritto Criminale, VII,Firenze 1923,s.65l.

18 Emin Artuk, "Ölüm Cezası", Jale Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk

e) Ceza Devlete Mümkün Olduğu Kadar Az Masraf Gerektirmelidir: Olay bakımından cezanın amacı ceza çeşitleri arasında herhangi birinin uygulanması ile gerçekleşebilecek ise, Devlet bu amaca en az masrafla ulaşabileceği ceza nev'ini tespit etmelidir. Özellikle para cezalarının etkili olabileceği hallerde hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesinden sakınılmalıdır.

2. 4. Ülkemizde Ölüm Cezasını Gerektiren Suçların Seyri

765 Sayılı eski Ceza Hukuku sisteminde "Ölüm Cezası" ağır nitelik taşıyan bazı suçlara uygulanan bir ceza olarak kabul görmüştür. TCK' nın 11. maddesinde "İdam Cezası" cürümlere mahsus cezalar arasında sayılmıştır. Örneğin, TCK' nın 125. maddesinde düzenlenen "Vatan Hainliği ile Devletin Ülkesi ve Egemenliğine Karşı Suçlar"; 126. maddesinde düzenlenen " Vatandaşın Devlete Karşı Silah Kullanması veya Harbe Katılması Suçları", Asker Toplama, hasmane hareketlerde bulunma (m.128); Düşman Askeri Harekâtına Yardım, Düşmana İaşe (m.129); Gizli Askeri Bölgelere Girme, Devlet Güvenliğiyle İlgili Belgeleri Bulundurma (m.135); Vatandaşın Yabancı Ülkede Milletine Zararlı Faaliyeti (m.140); Anayasa'ya Karşı İşlenen Suçlar (m.146); Yürütme Gücünü Vazifesini Yapmaktan Zorla Menetme (m.147); Halkı İsyana ve Birbirini Öldürmeye Teşvik (m.149); Askeri Komutanlıkların Gaspı (m.152); Cumhurbaşkanına Suikast (m.156) gibi suçlar sayılabilir.[19]

3 Aralık 1981 tarih ve 5844 sayılı kanunla devlet düzenini sınıf esasına dayandırmak amacıyla örgütleme (m.141) suçu için ölüm cezası, 9 Temmuz 1953 tarih ve 6123 sayılı kanunla uyuşturucu ticareti (m.403,406,407), mevsuf ırza geçmeler (m.418), mevsuf halde kız kaçırmalar (m.439) için ölüm cezası öngörülmüştür. 28 Ekim 1971 gün ve 1490 sayılı kanun adam kaldırma suçu için ölüm cezasını öngörmüştür.

Fakültesi Yayını, Konya 1991, s.174. Şakir Derkut, "Ölüm Cezası", Cumhuriyet Gazetesi, 7.8.1980.

19 Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler için Bk. Çetin Özek, T.C.K.'nın Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul 1976, s.77 vd.; İlhan Akbulut, Devlet,Terörizm ve Ülke Bölücülüğü, Boğaziçi Yayınları, İstanbul 1990, s.125 vd.; İlhan Akbulut, "Devletin Şahsiyetine Karşı Suçlar ve Ülke Bölücülüğü Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 76,Sayı:1, İstanbul 2002, s.22 vd. Ayrıca Bk. Ersan Şen, "Ölüm Cezası", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt : 70, Sayı:1-2-3, 1996,s.53-59.

21 Kasım 1990 tarih ve 3679 sayılı kanun ve bu tarihe kadar hakkında idam cezası öngörülmüş olan 13 suçun cezasını ağır hapse çevirmiş; bazı suçların cezalarının içtimaı ve tekerrürü halinde idam cezasını ortadan kaldırmıştır.

Dolayısıyla, eski Türk Ceza Kanunu'nda mevsuf adam öldürmeye ilişkin 450. Madde ayrık tutulursa, yalnız Devletin Şahsiyetine ilişkin cürümlerden 12 suçtan dolayı idam cezası öngörülmüştür.

(m.125,126, 127, 129, 131, 133, 136, 137, 146, 147, 149, 156).[20]

Devletin şahsiyetine, varlığına karşı cürümlerin, çok ağır nitelikte suçlar oluşu, bunların uygulanmasının sınırlılığını ve bu sınırlılığın sağlanması da, bu cürümlerle ilgili normların dar yorumuna bağlı bulunmaktadır

"Devletin himayesi" veya "devlete karşı" suçlar esasında bir bütünlük taşır. Devlet, siyasal, idari ve adli menfaatleri ile tüm olarak devletin kendine has menfaatleri bütününü oluşturur. Bu açıdandır ki, devletin siyasal menfaatleri kadar, idari ve adli menfaatlerinin de korunması gerekir.

Eski Türk Ceza Kanunu'ndan başka 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda, 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun' da, 6831 Sayılı Orman Kanunu'nda İdam Cezası yer almaktaydı. Askeri Ceza Kanunu'nda 23 madde ölüm cezasını öngörmekteydi.[21]

1961 tarihli Anayasamız yürürlükte iken ölüm cezasının Anayasa' nın 11 ve 24. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştü. Anayasa Mahkemesi gerek uluslararası Antlaşmalar ışığında gerek Anayasa' nın ölüm cezasına cevap verdiği esaslardan hareket ederek, bu cezanın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermişti (An. Mah. Kar. 1.7.1983,207/175). Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı şu sebeplerden eleştirilmekteydi. Eleştiri noktası da, yaşama hakkı olmadan diğer hakların olamayacağı, hakların sınırlandırılabileceği ancak özüne dokunulamayacağı bir kural olduğuna göre, ölüm cezası bu kurala aykırı olmaktadır denilmiştir.

---

20 Maddelerin geniş açıklamaları için Bk. İlhan Akbulut Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması, İstanbul 1993, s.48 vd.;

21 Doğan Soyaslan, "Ölüm Cezası", 20-22 Ekim 1999 tarihinde yapılan Ceza Muhakemesi Hukuku Reformu Sempozyumuna Sunulan Tebliğ. Ceza Hukuku Reformu, Umut Vakfı Yayınları. Yayın No: 5, 1.Bası, İstanbul Mayıs 2001, s.692.

Ülkemizde 1920 tarihinden itibaren, 1984' te ölüm cezalarının fiilen uygulanmayarak kaldırılmasına kadar geçen 64 yıllık dönemde, TBMM tarafından onaylanan ve infazı gerçekleştirilen ölüm cezası kararı sayısı 712'dir. Bunlardan 15' i kadın hükümlüdür. 1980 ila 1984 yılları arasında ise 53 ölüm cezası yerine getirilmiştir.[22]

2.5. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunumuzda Belirtilen *"Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar"*

Türk Ceza Kanunu'nun " Dördüncü Kısmında Yer Alan Suçlar ; "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlığını taşımaktadır. Beşinci bölümde ise; "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" yer almaktadır. Bunlar ; "Anayasayı İhlal" m.309. ; " Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı " m.310.; "Yasama Organına Karşı Suç" m.311.; "Hükümete Karşı Suç " m.312.; "Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine Karşı Silahlı İsyan" m.313.; "Silahlı Örgüt" m.314.; " Silah Sağlama " m.315; "Suç İçin Anlaşma" m.316. yer almaktadır.

Bu sayılan suçlardan "Hükümete Karşı Suç" önem arz etmektedir. Maddede yapılan tanım şöyledir:

1) Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlatılmış müebbet hapis cezası verilir.

2) Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur".

Hüküm, 1926 tarihli 765 Sayılı Eski TCK'nın 147. maddesi'nden değiştirilerek alınmıştır. Maddede "Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten cebren men edenlerle bunları teşvik edenler" cezalandırılmıştı. Maddede 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu'nun 118/3 maddesi örnek alınmak suretiyle kanuna alınmıştı. Kanunda : " Hükümetin biçimini zor kullanarak değiştirmek…" tanımı yer almaktaydı. Buna mukabil 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu yoruma elverişli bir tanım vererek "…geçici de olsa bütünüyle ya da bir kesimiyle hükümetin çalışmasını doğrudan engellemeye yönelik eylem" den söz etmiştir (m.289/1). 1992 tarihli Fransız

[22] Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992,s.493.

Ceza Kanunu ise, " Kurumları tehlikeye düşürecek nitelikte bir ya da daha çok davranışla işleme olgusu" nu suikast suçunun temel unsuru olarak kabul etmiştir.[23]

Yabancı ülke mevzuatlarında da, Devlete yönelik saldırıları düzenleyen hükümler bulunmaktadır: RİTTLER, Hükümeti ortadan kaldırmaya yönelik hareketleri "Vatana İhanet" olarak nitelendirmekte ve vatana ihaneti, devlete yönelik bir cinayet olarak kabul etmektedir. Vatana ihanet fiilleri olarak da;

1) Hükümet şeklini ve/ veya Anayasa' yı zorla değiştirmeye teşebbüs.

2)Avusturya' nın üniter devlet birliğinin bir bölümünü ve/ veya eyaletlerin bir kısmını zorla koparmaya teşebbüs ya da dışarıdan devlete yönelik bir tehlikenin oluşmasına ve/ veya büyümesine neden olmak, 3- İçerde bir isyana ya da iç savaşa katılmayı göstermektedir. RİTTLER, Vatana ihanet suçunun bu şekilde tanımlanmasının avantajını da şu şekilde açıklamaktadır: "Zamanın ve devlet hukuku sisteminin sık sık değişmesine karşın, ceza yasasının değişmesi zorunluluğu ortaya çıkmamış, bu ya da bütün değişik sistemlerde uygulanabilmiştir. Bununla beraber, şu dezavantajı da mevcuttur: Yasa suçun esaslarını tam tanımlamamakta, bir metin ortaya koymakta, bunun yorumlanıp, uygulanmasını ise, yürürlükteki kanun çerçevesinde hâkimlere bırakmaktadır. Böylece cezalandırılması gereken davranışların hudutları kesin olarak çizilmemektedir. Hukuk bilimi, hâkimin bu zor görevini kolaylaştırmak için oluşturulmuştur. Anayasa deyimiyle devletin hukuki ana düzeni anlaşılır. Anayasa' daki bir değişiklik, kimlerin devletin yapısındaki ana prensiplere bir saldırıda bulunmuş sayılacağının tarifini amaçlamaktadır. Bu ana prensipler şunlardır: demokratik kurallar ve bunların etkileşme alanları; bütün vatandaşların kanun karşısında eşit olmaları, serbestçe konuşma ve iradelerini kullanma hususunda eşit haklara sahip olma; halkın, devletin irade kullanımında etki hakkı olması; hürriyet ile ilgili hakların garantisi. Daha sonra ise, federal prensip gelir. Bu prensiplerin zirvesi ise, Anayasa Mahkemesi'dir. Şu hâlde, yasal olmayan bir yolla halkın bir sınıfına üstünlük sağlanmaya teşebbüs edilmesi veya parlamen-

[23] Sami Selçuk, "Hükümeti Ortadan Kaldırmaya ve Görevini Engellemeye Kalkışma" Düşünenlerin Düşüncesi, 22.6.2013 tarihli Milliyet Gazetesi.

tonun bertaraf edilmesi, ya da Anayasa' nın garantisi olan Anayasa Mahkemesi'nin ortadan kaldırılmasına yönelik fiillere girişilmesi vatana ihanet sayılabilir. Burada söz konusu olan münferit bir vaka halinde Anayasa'yı çiğnemek değil, aksine Anayasa' nın prensip niteliğinde olan bir maddesini hükümsüz hale getirmek ve böylelikle devletin yasal düzenini önemli şekilde değiştirmektir. Buna karşılık Parlamento'nun havaya uçurulması veya Anayasa Mahkemesi'nin münferit bir olay konusundaki kararının zorla değiştirilmeye kalkışılması vatana ihanet olarak değil de, diğer cezai hukuk yönünden ele alınabilir. Bu gibi durumlarda Anayasa' yı değiştirme söz konusu değildir. Bu cürmü işleyenin amacı da bu değildir. Sadece hükümet şeklinin ve/veya Anayasa'nın zorla değiştirilmesine teşebbüs edilmesi vatana ihanettir.[24]

2.6. Uluslararası Sözleşmeler Bağlamında Ölüm Cezası Yasağı

1991 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nda eleştiriler alan Türkiye "İnsan Hakları Raporu"nda 88 ülke arasında 40 puanla 66. Sırada ve "en az özgür ülkeler" arasında yer almaktaydı. Yabancı kaynaklı İnsan Hakları İhlal iddiaları arasında şu noktalar üzerinde durulmuştu: İşkence iddiaları, işkence ve kötü muamele yapan görevlilerin Memurin Muhakematı Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde korunmaları, CMUK değişikliklerinin olağanüstü hal bölgesinde uygulanmaması, düşünce ve basın özgürlüğüne yönelik kısıtlama ve saldırılar, şüpheli kaybolmalar, faili meçhul cinayetler, özellikle Güneydoğu Anadolu'dan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yapılan kişisel başvurular.[25]

Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 1954 yılında onaylayarak iç hukukun bir parçası haline getirmiştir. Buna göre Türkiye, sözleşmeye taraf olan diğer ülkeler gibi, Anayasa ve yasalar dâhil bütün mevzuatını, ayrıca yargısal ve idari uygulamalarını sözleşmenin öngördüğü özgürlükler düzenine uyumlu hale getirmeyi taahhüt etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Anayasamızın 90. maddesine göre yasa hükmündedir. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na

---

24 Theodor Von Rittler, Lehrbuch Des Österreıchıschen Strafrechts,Vien 1962, s.340 vd.;

25 Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3.Baskı, 1994, s.159.

kişisel başvuru hakkını 28 Ocak 1987 tarihinde; İnsan Hakları Divanı' nın zorunlu yargı yetkisini ise 22 Ocak 1990 tarihinde tanımıştır. Bu tanımın sonucu olarak, Türkiye' nin yetki alanı içinde bulunan kişilerin İnsan Hakları İhlali iddiası ile Türkiye' yi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na şikâyet edebilme yolu açılmıştır.

Türk Ceza Hukuku sisteminde "Ölüm Cezası" ağır nitelik taşıyan bazı suçlara uygulanan bir ceza olarak kabul görmüştür. Ölüm Cezası' nın gerekliliği üzerinde hayli görüş ileri sürülmüştür: İngiliz filozofu Bentham "Cezalar ve Mükâfatlar– Theorie des peines et des recompences" adlı eserinde, "ceza verme hakkının toplum yararı" na dayandığını ileri sürmüştür. Alman filozofu ünlü Kant 1797 yılında yayımladığı " Hukuk Öğretisinin Metafizik Esasları- Elements metaphisiques de la doctrine du Droit" adlı eserinde, " Ceza, işlenen suç ile bozulan manevi dengeyi sağlar" demiştir. Yine, İtalyan hukukçusu Garafalo ise "Suçlu toplum muhitine intibak edememiş ve bu sebeple de toplum için tehlike yaratmış kimseler olup böyle suçluların toplum muhitinden uzaklaştırılması zarureti sebebiyle ölüm cezasının uygulanması gerekir" demiştir.

Ülkemizde ölüm cezasını savunanlar şu görüşleri ileri sürmüşlerdi: Devlet, her türlü zararlı hareketlere ve tehlikelere karşı kendini korumak zaruretindedir. Tehlikeli suçluların zararsız hale getirilmesi Devlet için bir zaruret ve hatta bir toplum savunmasıdır. Ağır ve tehlikeli suçluların bu sebeplerle, ölüm cezası ile cezalandırılması kaçınılmaz olmuştur. Cezanın gayesi yalnız uslandırma değildir. Korunma ve başkalarını korkutma da vardır. Bu gayelerin elde edilmesinde en tesirli cezalardan biri ölüm cezasıdır.[26] Doktrindeki görüşler böyle olmakla beraber, Anayasa Mahkemesi 1962 yılından beri birçok kararında AİHS'ne atıfta bulunmuştur. Bazı kararlarında da Sözleşme kurallarını referans norm olarak kullanmıştır. Sözleşme kuralları, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetiminde esas aldığı normlar bloku içinde yer almıştır.[27]

---

26 Abdullah Pulat Gözübüyük, "Ölüm Cezası Üzerine", *Adalet Dergisi*, Yıl:73, Mayıs-Haziran, Sayı:3, Ankara 1982.; Ayrıca Bk. O. Kadri Keskin "İdam Cezası ve Takdiri Tahfif", *Adalet Dergisi,* Yıl:73, Mart-Nisan , Sayı:2, Ankara 1982.

27 Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Mahkemesi' nin İnsan Hakları Konusundaki Genel Tavrı", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi,* Mayıs 1993, C. XVII, Sayı: 155, s.24.

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' ni tek başına bağımsız bir ölçü olarak değil, Anayasa hükümlerine " destek ölçü norm" olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi Sözleşme' ye, denetlediği kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu saptarken dayandığı gibi, Anayasa' ya uygun bulurken de dayanmıştır.[28]

Uluslararası İnsan Hakları ve temel özgürlüklerine ilişkin değer sistemi ve özellikle uluslararası hukuk mevzuatı, bu konuda doğrudan uygulanabilirlik kabiliyetine sahip olmaması nedeniyle biçimsel de olsa, ulusal devletlerin, bir hukuk devletinin temel ilkelerini ve kurumsallaşmasını benimsememesini, dolayısıyla demokratik bir toplum yapısı yaratma yükümünü ilkesel ve programsal nitelikte öngörmektedir.

1990 yılında İnsan Hakları alanında Siyasal denetim konusunda, TBMM bünyesinde "İnsan Hakları İnceleme Komisyonu" kurulmuştur. Komisyona, İnsan Hakları konusundaki gelişmeleri araştırmak, yasal düzenlemeler önermek, uygulamanın uluslararası antlaşmalara, Anayasa ve yasalara uygunluğunu incelemek ve bu konularda çözümler önermek, ihlallerle ilgili başvuruları incelemek ve ilgili mercilere iletmek, kamu ve özel kurumlardan bilgi istemek, ilgilileri çağırıp bilgi almak, başkent dışında da çalışabilmek, TBMM 'ne raporlar sunmak, Başbakanlık ve bakanlıkları ilgilendiren hususlardaki raporlarının bu makamlara iletilmesini istemek, sorumlular hakkında kovuşturma ve işlem yapılabilmesi için TBMM Başkanlığını harekete geçirebilmek gibi önemli görev ve yetkiler verilmiştir.[29] Komisyon kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde çalışmalar yapmıştır.

İnsan Hakları İhlallerinin önlenmesinde gerek ferdi olarak ve gerekse de kuruluşlar olarak herkese sorumluluklar düştüğünü belirten ROBERTSON ve MERRILS, bu konuda şu görüşlere yer vermektedirler: "…İnsan haklarıyla ilgilenen ve gelişmesi için çaba gösteren insan-

---

28 Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi,* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, C. II, Sayı 1, Mayıs 1994, s.31.

29 İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, No: 3686, Kabul Tarihi:5.12.1990 (R.G.8.12.1990,20719). Bu konuda bknz. M Kazancı," The Human Rıght Commission of The Turkısh Grand National Assembly and the Human Rights in Turkey", Turkısh Yearbook of Human Rights, Vol.14,1992,p.3958.

ların sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Bugün Avrupa İnsan Hakları Komisyonu sayesinde birçok insan ve sivil toplum kurumları, uluslararası kurum ve kuruluşlar, ulusal ve uluslararası parlamentolar ve sivil toplum kurumları insanlardan temel hak ve özgürlüklerle ilgilenmesini istemektedir. Kamuoyunun artan baskısı, insan haklarını zedeleyen kararlar alan hükümetleri caydırmak konusundaki etkisini sürdürecektir. Bu anlamda uluslararası organizasyonlar ve hukukçulara büyük bir rol ya da özel bir sorumluluk düşmektedir. Birleşmiş milletler, bütün organlarını eğitim ve öğretim yoluyla insan hak ve özgürlüklerine gereken saygıyı sağlama konusunda çaba göstermeye devam etmektedir".[30]

Ülkemizde insan hakları ihlali iddialarına karşı şu tedbirleri almak gereklidir:

- İnsan hakları ihlali iddialarına karşı en önemli hukuksal vasıtalar, bu konularda vaktinde tutulmuş belge ve dokümanlardır. Bu belge ve dokümanların usulüne uygun tutulması ve muhafazası büyük önem arz etmektedir.
- Gözaltına alma ve sorgulama işlemlerinde tüm kayıtlar sıhhatli bir şekilde tutulmalıdır.
- Şahıslarla ilgili işkence iddialarını önlemek için, gözaltında tutulan şahıslarla ilgili olarak bu şahısların nezarete giriş ve çıkışlarında durumları doktor raporu ile belgelenmeli, ayrıca bu şahısların imkân varsa giriş ve çıkışta fotoğraf ve video filmleri çekilmelidir.
- İstenmeden de olsa şahıs mallarında meydana gelen zararlar, belgelenmeli ve yasal olarak tazmin edilmelidir.
- İhlal iddialarının 1-2 sene sonra gündeme getirileceği düşünülerek, belgelerin düzenli bir şekilde arşivlenmesi ve muhafazası sağlanmalıdır.
- Bir olay meydana geldiğinde mutlaka mahalli adli mercilere derhal haber verilmelidir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, her ne kadar, doktrindeki görüşler "Ölüm Cezası" nın cezalar sisteminde bulunması gerektiğine işaret et-

30 A.H. Robertson – J.G. Merrılls, .,Human Rıghts İn the World, Third Edition, Manchester Unıversity Press,New York 1992, p.304.

miş ise de; Artık günümüzde dünyanın çoğu ülkelerinde artık insan haklarının hayli değerli olduğu ve her geçen gün de değer kazandığı, vazgeçilmez bir hak olduğu ortaya çıkmaktadır.

Geçmiş dönemlerde, ülkemizde bilhassa Devlete Karşı Suç işlemiş kişilere karşı, ele geçtiklerinde gözaltında iken zor kullanıldığı, şiddet uygulandığı herkesçe bilinmektedir; ama artık teknolojinin de gelişmesiyle herkesin yaşamında nerede bulunduğu, ne yaptığı, kimlerle görüştüğü, ne konuştuğu hatta ne yiyip içtiği bilinmektedir. Bu itibarla devamlı bir değişim yaşanmaktadır.

Geçmişte çocuğunuza şiddet kullandığınızda çocuğunuz haklarının ne olduğunu bilmediği veya bu konuda daha yasal düzenlemeler olmadığı için hiçbir makama gidip şikâyette bulunamıyordu; ama bugün her türlü kitle iletişim araçlarıyla her türlü bilgi alınmakta şikâyetlerde bulunulabilmektedir.

Türkiye, Avrupa Konseyi üyesi olarak, yarım yüzyıla yaklaşan süreçte Avrupa Birliği ile üyelik hedefli ilişkilerini sürdürmektedir. 1987 yılında yapılan AB üyelik başvurusunun ardından, 3 Ekim 2005' te üyelik müzakerelerine ilişkin süreç başladı. Bu süreçte ölüm cezasını kaldırmaya yönelik iç mevzuatta gerekli değişiklikler yapıldı. Zira AB ve daha geniş olan Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde idam cezası yoktur. Konulması da hukuken imkânsızdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir parçası olan 6 no.'lu Ek Protokol' de idam cezası yasaklanmıştır. Bu gelişmeler içinde 3 Ağustos 2002 tarihinde ülkemizde idam cezaları "yakın savaş tehlikesi ve savaş hali" durumu ile sınırlandırıldı. Yine 2002 yılında 4771 Sayılı Kanun ile ilgili yasalarda yer alan ölüm cezaları müebbet ağır hapis cezasına çevrildi. İdam cezasını tamamen kaldıran " 6 no.'lu Protokol"ü Türkiye, 13 Ocak 2003 tarihinde imzaladı. Bugün Anayasa' ya göre " ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez."

2004 yılında çıkarılan ve 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda idam cezasına yer verilmemiştir. Türkiye, Ek 6 no.'lu Protokol' de olduğu gibi, iç hukukunda ölüm cezasının her koşulda kaldırılmasına ilişkin 13 no.'lu Protokol' a ilişkin onay sürecini de 2006 yılında tamamlayarak yürürlüğe koydu.

Sonuç

Halen dünya üzerinde "Ölüm Cezası" uygulayan ülkeler mevcuttur. Ancak modern Ceza Hukuku Mevzuatı'na sahip ve İnsan Hakları konusunda taviz vermeyen ülkeler bu cezayı artık gayri insani olarak kabul etmektedirler.

Her ne kadar, bir ülkenin mevzuatında "Ölüm Cezası" uygulaması mevcut olsa bile, mahkeme failin yargılama sürecindeki tutum ve davranışlarını, ceza hukukunun temel prensiplerini, müesseselerini uygulayarak bu cezayı hapis cezasına çevirebilmektedir. Yani mutlaka failin isnat edilen ölüm cezasını gerektiren bir fiilden dolayı yargılanması halinde bu ceza uygulaması ile cezalandırılacağı neticesine varılmamalıdır. Geçmişte böyle olmuştur. Birçok olayda failler, ceza kanununda idam cezası öngören bir fiil nedeniyle yargılandığı halde, ceza kanunlarının indirim sağlayan müesseseleriyle ölüm cezasından kurtularak hapis cezası ile cezalandırılmışlardır.

Günümüzde artık ölüm cezası uygulamasının geri gelmesi mümkün değildir; zira artık ülkeler dünya milletleri arasında hem mevzuatlarına hem de "ölüm cezası" bulunup bulunmamasına göre değerlendirilmektedirler. Bu değerlendirilmeye göre de AB üyesi olup olmayacaklarına dair karar verilmektedir. AB üyeliği de ülkemiz için hayati öneme sahiptir. AB üyeliğinin ülkemize sağlayacağı avantajlar saymakla bitmez. Sadece diğer ülkelere serbestçe hiçbir zorluk çekmeden, herhangi bir işleme takılmadan seyahat bile bir avantajdır. Son zamanlarda meydana gelen tüm toplumumuzca lanetlenen, devlete karşı kalkışma olayları nedeniyle ülkemizde yeniden " ölüm cezası" nın mevzuatımıza konulması düşünülmekte ise de; konunun kitle psikolojisindeki heyecanların ötesinde "dış politika" sorunu olduğu unutulmamalıdır.

Kaynakça

Akbulut İlhan, Devlet, Terörizm ve Ülke Bölücülüğü, Boğaziçi Yayınları, İstanbul 1990.

Akbulut İlhan, Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması, İstanbul 1993.

Akbulut İlhan, "Devletin Şahsiyetine Karşı Suçlar ve Ülke Bölücülüğü Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi,* Cilt:76,Sayı:1, İstanbul 2002.

Aliefendioğlu Yılmaz, "Anayasa Mahkemesi'nin İnsan Hakları Konusundaki Genel Tavrı" *Mülkiyeliler Birliği Dergisi,* Mayıs 1993.

And Metin, "XVI. Yüzyılda Osmanlılarda Cezalar", *Hayat Tarih Mecmuası*, Yıl:5,Sayı:3, 1 Nisan 1963.

Arıkan Mazhar, "Suç Mefhumu Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi ve Müteselsil Suçlar", *Adalet Dergisi*, Sayı: 3-4, Ankara 1963.

Artuk Emin, "Ölüm Cezası", Jale Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya 1991.

Bardakoğlu Ali, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, "Ceza Maddesi", Cilt:7, İstanbul 1993.

Bentham Jeremy, The Principles of Morals and Legislation, Newyork 1948.

Carrara Francesco, Programma del Corso di Diritte Criminale, VII, Firenze 1923.

Centel Nur, "Cezanın Tayini" Ceza Hukuku Reformu (Sempozyum 20-23.10.1999) Umut Vakfı Yayını, Yayın No:5, İstanbul 2001.

Çalık Ethem, Suç ve Cezaların Şahsileştirilmesi ve Cemiyet Tipi Münasebeti Üzerine Bir İnceleme, Milli Eğitim Bakanlığı Yayını, 2832, İstanbul 1996.

Demirel Hakkı, "Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı: 21, Ankara 1979.

Derkut Şakir, "Ölüm Cezası", Cumhuriyet Gazetesi, 7.8.1980.

Dönmezler Sulhi, "Suçla Mücadele", *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi*, Yıl:2, Sayı:16, Şubat 1997.

Dönmezler Sulhi - Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, 10. Bası, İstanbul 1994.

Erem Faruk, Mahpusların Tabi Tutulacağı Asgari İnsani Muamele Hakkında Birleşmiş Milletler Teşkilatınca Tespit Olunan Esaslar, Ankara 1954.

Erem Faruk, Türk Ceza Hukuku, C. I, İstanbul 1966.

Günay Erhan, Uygulamada Suçların Tespiti ve Cezaların Tayini, Ankara 1995.

Gözübüyük Abdullah Pulat, "Ölüm Cezası Üzerine", *Adalet Dergisi*, Yıl:73, Mayıs-Haziran, Sayı:3, Ankara 1982.

Hafızoğulları Zeki, "Cezanın Tayin Edilmesi", Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.

Hafızoğulları Zeki, Ceza Normu, 2.Baskı, Ankara 1996.

Kazancı M., " The Human Right Commission of the Turkish Grand National Assembly and the Human Rights in Turkey,"Turkish Yearbook of Human Rights, Vol.14,1992.

Keskin O. Kadri, "İdam Cezası ve Takdiri Tahfif", *Adalet Dergisi*, Yıl:73, Mart-Nisan, Sayı:2, Ankara 1982.

Levy-Bruhl Henri, Suç Sosyolojisine Giriş, Çev. Ümit Meriç, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayını, İstanbul 1984.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Özek Çetin, TCK' nın Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul 1976.

Rıttler Theodor Von, Lehrbuch Des Österreıchıschen Strafrechts, Vıen 1962.

Robertson A.h. – Merrils, J.g. Human Rights In the World, Third Edition, Manchester Unıversity Press, New York 1992.

Selçuk Sami, "Hükümeti Ortadan Kaldırmaya ve Görevini Engellemeye Kalkışma", Düşünenlerin Düşüncesi, 22.6.2013 tarihli Milliyet Gazetesi.

Soyaslan Doğan, "Ölüm Cezası", 20-22 Ekim 1999 tarihinde yapılan Ceza Muhakemesi Hukuku Reformu Sempozyumuna Sunulan Tebliğ, Ceza Hukuku Reformu, Umut Vakfı Yayınları, Yayın No:5, l. Bası, İstanbul Mayıs 2001.

Şen Ersan, " Ölüm Cezası", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 70,Sayı:1-2-3,İstanbul 1996.

Tanör Bülent, Türkiye' nin İnsan Hakları Sorunu, 3.Baskı, 1994.

Tappan P.w. Crime Justice and Correction, London 1960.

Topçuoğlu Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri, (Sosyolojik Açıdan Hukuk) C. II, Yayıncılık Ltd Şti., 1.Baskı,Ankara 1984.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 1991.

Tosun Öztekin, "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", İÜHFM, Sayı:1-4, Cilt:XXVII, İstanbul 1962.

Ünver Yener – Nuhoğlu Ayşe, İsviçre Ceza Kanunu Ön Tasarısı, İstanbul 1997.

Vidal et Magnol Cours de Droit Criminel et de Science Penitentiaire, Paris 1974.

Yücel Mustafa Tören, Kriminoloji Suç ve Ceza, Ankara 1986.

Yüzbaşıoğlu Necmi, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, C. II, Sayı: 1, Mayıs 1994.

ÖTANAZİ HAKKINA DAİR GENEL BİR DEĞERLENDİRME

A GENERAL EVALUATION ON EUTHANASIA

Murat GÜVEN*

Özet: Bu makalenin konusu, geçmişten günümüze "ötanazi"nin toplumlar arasında algılanış biçimi ve ülke uygulamaları konusunda okuyucuya genel bir bilgi sunmaktır. Ayrıca yazıda ötanazi ile intihar ayrımı da detaylı olarak incelenmiştir. Ötanazinin çeşitleri, sınırları ve yasal çerçevesi temel olarak anlatılmış olup; ülkemiz açısından ötanazinin ne anlam ifade ettiği ve yaygın olarak bilinen yanlışlar da yazıda sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ötanazi, İntihar, Ölme Hakkı, Aktif – Pasif Ötanazi

Abstract: The matter of this article is to introduce some information about the perception of euthanasia between societies and different implementations of countries, from the past until today. Besides, the difference between euthanasia and suicide is particularly analyzed. Kinds of euthanasia, its borders and its legal limitations have been basically explained; the perception of euthanasia in our country and the false euthanasia facts have been presented.

Keywords: Euthanasia, Suicide, Right to Die, Active and Passive Euthanasia

Günümüzde insanoğlunun başlangıcı ile ilgili, başka bir deyişle insan açısından canlılık faaliyetlerinin ortaya çıkışı konusunda elimizde tam olarak bilinen bir tarih bulunmasa da, insanın dünya üzerinde var olduğu zaman itibariyle bir yaşamsal döngüden bahsetmek mümkündür. Bu döngü ilk andan itibaren temel olarak doğmak-yaşamak-ölmek olarak sırasıyla işlevini sürdürmektedir. Doğal devinimin yalnızca insan açısından değil tüm canlılar açısından bir anlam ifade ettiğini sabit kabul edecek olursak, bir konu da değerlendirme yaparken değişkenlerin elimizden geldiğince çoğunu analiz çerçevesinde ele almak durumundayız. O nedenledir ki meseleye en başından itibaren yaklaşmak, konu açısından son derece önemlidir.

* Anayasa Mahkemesi Raportör Y.

Bu bağlamda "ötanazi" konusunda değerlendirme yapmaya başlarken; yaşamanın ve yaşama hakkının, yaşamak bir haksa ölmenin de bir hak olup olamayacağının, ölme hakkının başrol oyuncusu olan intihar olgusunun ne olduğunun, nerden geldiğinin, insanlık ve devletler açısından neler ifade ettiğinin tartışılmasının, bu konu hakkında bir sonuç ortaya koymak kadar önemli olduğu açıktır.

İnsanoğlunun dünya üzerindeki faaliyetlerinin tamamına yaşam dediğimizde, bu faaliyetleri sürdürebilmesi için gene insanoğlundan almak zorunda olduğu belli haklar ortaya çıkmaktadır. Burada akla gelen ilk hak da var olabilmek için "yaşama hakkı"dır. Temel haklar tabirinin, "temel" kısmı bu bakımdan gerçekten önemlidir. Çünkü var oluştan beri insana has özellikler bu tabirin alt başlıklarının en önemlilerinde yerini almaktadır. Yaşama hakkı da bu hakların en önünde yerini alır. Zaten hakkın bir kişi ya da herhangi bir canlıya verilmesinin bir anlam ifade edebilmesi için yaşam denen hakikatin var olması kaçınılmazdır.

İnsan doğası gereği dünyaya geldiği günden beri sürekli diğer insanlarla bir mücadele içerisinde olmuştur. Klanlar, aileler, kabileler… Derken süreç devletin ortaya çıkmasına neden olmuş ve toplum düzeninin koruyucusu olma şiarı çerçevesinde devletler ve onları yönetenler ortaya çıkmıştır. Hak meselesinde de devletin var oluş amacının önemli olduğu açıktır. Çünkü bir önceki paragrafta belirtildiği gibi; dünyaya gelmekle kazanmış olduğumuz şey biz insanların hakları olmakla birlikte, hiçbir kişi ya da kurumun inisiyatifine bırakılacak da bir konu değildir. Ancak bugün modern olarak adlandırılan ve en iyi yönetim biçimi olarak sunulan demokrasiye sahip devletlerde dahi, insana ait olan "yaşam hakkı"nın her platformda belirtilmesi adata bir zorunluluk halini almıştır. Şüphesiz bu durumun ortaya çıkmasına neden olan birçok sebep mevcut olsa da 21. yüzyılda yaşam hakkına yönelik bu "verme" olgusunun değişeceği söylenebilir. Çünkü bir otorite ya da sistemin adeta kendisini var eden insana, "yaşam"ı bir hak olarak sunması ilk bakışta fark edilmese de içerisinde birçok çelişki barındıran bir durumdur. Aslında çelişkinin kaynağını "yaşam"a dair felsefi anlayış ile sonradan bir takım olaylar neticesinde "yaşatma" gayesinin ortaya koymuş olduğu kavramsal kalıpların oluşturduğunu söylemek çok da yanlış sayılmaz.

Yaşamın bir hak olup olmadığı konusunu bir tarafa bırakıp, mevcut durumuyla yani verilmiş bir hak olarak alıp konumuza devam edecek olursak, yaşamın sonlanışı yani ölme durumunun da bir hak olarak görülmesinin mantıksal tutarlılık açısından olağan olması kaçınılmazdır.

Yaşam hakkı şüphesiz tarihi vakıalar neticesinde bu denli önem kazanmıştır. Otoritelerin, otoritesinin tanınması için ortaya koyduğu tutumlar; siyasi, dini gayeler; insanların ve devletlerin, güçlü ve zengin olma hırsları gibi olgular, insanların birbirlerini yok etmelerine neden olmuş ve ardından "yaşam hakkı" adlı çocuk doğmuştur. Bu perspektiften baktığımızda "ölüm"ün bir hak olarak verilmeyişinin altındaki temel cevabın; bu birbiri ile mücadele durumundan, kişinin kendi isteği ile –eğer ruhsal açıdan bir bozukluk yoksa- ölmek isteyebileceğinin çok fazla akıllara gelmemiş olması, akıllara gelse bile düzenlemeye ihtiyaç duyulacak kadar bir fikir birliğinin sağlanamamış olduğunu söyleyebiliriz.

Konumuz her ne kadar "ötanazi" olsa da, ölme hakkının "intihar"ı da kapsadığı açıktır. Ayrıca ötanazinin kabul edilip edilmemesi yönündeki en büyük tartışma da onun bir intihar çeşidi olup olmadığı ile alakalıdır. Bu bağlamda intihar olgusunu tarihi ve güncel çerçevede değerlendirmeden ötanazi hakkında bir fikir sahibi olmanın çok aydınlatıcı olamayacağı söylenebilir. Şimdi bu konuyu detaylı şekilde açarak değerlendirmemize başlayalım.

Toplumsal açıdan önemli bir sorun olan intihar olgusu diğer bütün toplumsal olgulara göre farklı bir özelliğe sahiptir. Bütün toplumsal olguların temelinde insan yaşamını devam ettirebilme çabası vardır. Bir kişi, yaşamını devam ettirebilmek için basit bir suçtan tutun da toplu katliam yapmaya kadar varan birçok eylemi yapabilmekte; kendisi için olumsuz olan şartları değiştirebilmek için elinden gelen tüm çabayı gösterebilmektedir. Bu durum adeta insan doğası ile özdeşleşmiş, güçlü olanın güçsüzü yiyerek hayatta kalması bir hakikat halini almıştır. Fakat intihar eden bir kişi, tüm bu mücadele yollarını bırakarak, kendi yaşamına karşı bir eyleme girişmiştir. İşte intihar olgusunu diğer tüm olgulardan farklı kılan yön de budur: *"Kendi yaşamını devam ettirmeye çabalamamak ve bu tarihsel süreci tamamen tersine çevirircesine bir davranışta bulunmak."*[1]

[1] www.intihar.de, 2012 (Erişim Tarihi, 5.16.2012)

Ayrıca her ne kadar günümüzde ötanazi intihar olarak kabul edilmese de, ötanazinin bir intihar çeşidi olduğu görüşü de tarihi ve güncel bir tartışma olarak doktrinde yerini almaktadır. Zaten ötanazi ile ilgili tartışmaların önemli bir ayağı bu sorundan kaynaklanmaktadır. Çünkü intihar olayı tarihin hiçbir döneminde toplumun çoğunluğu tarafından tasvip edilmiş bir durum değildir. Şüphesiz bunda, başta kutsal kitap indirildiği kabul edilen semavi dinlerin intiharı kesin bir şekilde yasaklaması ve toplumun kanaat önderleri olarak görülen kişilerin her dönem intihara, yapılmaması gereken bir şey olarak bakmasının büyük bir rolü olmuştur.

Toplumların devamlılık kazanıp, tarihi kökleri olan milletler olabilmesi için, kendi insanlarının hayatta kalabilmesi ve yaşamsal faaliyetlere katılabilmesi gerekir. Bu nedenle, insanlık tarihi boyunca toplumsal kurumlar genellikle intihara karşı bir tavır takınmışlardır. İlkel toplumlarda bir takım geleneksel inanışlar ve adetler yoluyla kendini gösteren bu tutum, özellikle tek tanrılı dinlerin ortaya çıkması ile iyice kurumsallaşmıştır. Doğu uygarlıklarında ise genellikle, intihara karşı daha ılımlı bir tutum süregelmiştir. Hatta intiharı onurlu bir davranış olarak görme eğilimi de bu toplumlarda olmuştur. Bunun en tipik örneklerinden biri Japon kültürüne ait olan "harakiri"dir. Bu anlayış Japon samuraylarında onursal bir eksiklik görüldüğünde (efendiye itaatsizlik, savaşta yenilgi vs.) baş gösteren bir hadisedir ve günümüze kadar etkisini sürdüren bir anlayıştır. Burada dikkat çeken bir husus da; insanın kendini öldürmesi olarak "intihar"ın, eski toplumlarda, toplumun kendisi ona dokunmadan, ölüme zorlaması olarak ortaya çıkmış olabileceğini düşündürmesidir. "Ölümümden kimse sorumlu değildir" anlayışının genelliği bu açıdan çok dikkat çekicidir. Baktığımızda Japon harakirisi, bireysel bir intihar olduğu kadar, toplum karşısında sorumlu konuma düşen bir kişinin kendini onurlu bir cezalandırma biçimi olarak da görülmektedir. Japon kültüründe, insanın doğal akıştan farklı bir şekilde de ölüme gidebileceğini içselleştirilmiştir. Yöntemsel olarak da bıçakla, kan dökerek ölme, daha onurlu bir yöntem kabul edilmiştir.[2]

Tarihin belli evrelerinde, farklı bölgelerde bu konuya bakış farklılık göstermiştir. İntihar, geçmişte bazı toplumlarda benimsenmiş ve

[2] Ahmet Turla/Çağlar Özkanlı, *Adli Bilimler Dergisi*, 5 (3): 35-39, 2006

hatta bazı durumlarda başvurulması zorunlu bir davranış biçimi olarak kabul edilmiştir. Örneğin eski İskandinav inanışında doğal ölüm, utanç verici kabul edilmiş ve yaşlanan kişiler, daha onurlu bir ölüm biçimi olarak kabul edildiği için kendilerini uçurumdan atmışlarıdır. Bugün bile bazı Güney Pasifik adalarında intihar onurlu bir davranış olarak değerlendirilmektedir. Bazı antropolojik incelemeler ilkel kabilelerin bazılarında intihar olaylarına hiç rastlanılmadığını bildirirler. Bu gibi sonuçlar ilkel insanlarda intihar olaylarının hiç olmadığını değil; modern toplumlarda neden daha fazla görüldüğünü düşündürmelidir! İlkel insan, uygar insanla kıyaslandığında kendi içindeki intihar eğilimin farkında değildir. İlkel insanlar yüksek uygarlıktan haberdar olunca intihar oranları artmaya başlamıştır. Örneğin; Eski Yunanlılar, Roma uygarlığına katıldıklarında intihar oranı o dönemin en yüksek seviyesine ulaşmıştır. Tarihsel süreç içinde intihar oranları genellikle nispi bir artış göstererek günümüzde önemli toplumsal sorunlardan biri haline gelmiştir. Farklı toplumlarda ve farklı zamanlarda intihar oranları genellikle, toplumsal normların bireyleri etkileme derecesiyle ölçülmüştür. Bu türden toplumsal engelleme veya desteklemeler intihar olgusunun hukuksal boyutunu oluşturmaktadır.[3]

Yüzyıllar boyu, dinlerin intihara karşı olan tutumları, intihar olaylarını engelleyememiş ve intihara bazı yaptırımlar getirmiştir. Toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde dinsel kuralların egemen olduğu dönemlerde intihar, büyük bir suç ve günah olarak değerlendirilmiştir. Bu ise, o dönemlerde intihar olaylarını engelleyememişse de, düşük seviyelerde kalmasında büyük ölçüde rol oynamıştır.

Tek tanrılı dinlerin intihara karşı ağır yaptırımlar uygulamaları, bu dinlerin ortaya çıktığı dönemlerde intihar olaylarının oldukça yaygın olduğunu göstermeleri açısından ilgi çekicidir. Judaizm (Yahudilik dini), Hristiyanlık ve İslamiyet gibi tek tanrılı dinlere göre insan hayatı Tanrı'ya aittir; canı Tanrı yaratır ve geri alması gereken de O'dur. İnsanın kendini öldürmesi, Tanrı'ya karşı gelmedir ve bu kişi sonsuzluk içinde devamlı ıstırap çekecektir.

Yahudilerin kanun ve tefsir kitabı olan Zalmut, intiharı bir günah saymakta ve intihar eden kişi için geleneksel cenaze merasimini ka-

[3] www.intihar.de, 2012 (E.T. 5.16.2012)

bul etmemektedir. İntihar eden kişinin cesedi, katillerin ve toplumdan dışlanmış kişilerinki gibi cenaze merasimi yapılmaksızın ayrı bir yere gömülmektedir.

Hristiyanlık dininin ilk dönemlerinde, Hristiyanlar arasında intihar oldukça yaygındı. İlk olarak St. Augustin intiharı Hristiyanlık inancındaki 10 emirden altıncısı olan "*öldürmeyeceksin*" emrine, karşı bir hareket olarak görmüş ve intiharın her çeşidini günah sayarak cinayetle eşdeğer olduğunu bildirmiştir. Bu yaklaşım etkisini Hıristiyan dünyasında uzunca bir süre korumuş ve Ortaçağ'da intihar edenler insanlık dışı muamelelere uğramışlardır. Örneğin intihar edenleri sürükleyerek bir odun yığınında yakıp veya bir fıçıya koyarak nehre atmak bir adet halini almıştır. Gene 1789 devrimden sonra Fransa'da intihar edenlerin bir kalbur üzerinde ata bağlanıp sürüklenmesi, mezarlığa gömülmemesi ve hatta bütün ailesinin bu olaydan sorumlu tutulması, İngiltere'de ise o dönemlerde, intihar edenlerin vücutlarından kazıklar geçirilerek bir yola gömülmesi, intihara bakışı açıkça yansıtmaktadır. Kilisenin baskısının azalması ile daha sonraları bu tür uygulamalar yavaş yavaş kalkmıştır. 325 yılında Roma İmparatorluğu'nun resmi dininin Hristiyanlık olarak ilan edilmesiyle birlikte intihar "katl" ile aynı görülmüştür. Bugün Katolikler'de, intihar edenler Katolik mezarına gömülmez ve cenazesinde rahip bulunmaz. [4]

Protestan mezhebinin ortaya çıkması ile intihar oranlarında bir artış görülmüştür. Rönesans dönemindeki bu artışı, o dönemin düşünürleri en önemli sorunlardan biri olarak görmüşlerdir. J. Dumas ve M. Montaigne, kendi dönemlerinde intiharın bütün Hristiyanlık âleminde yayıldığını ve artış gösterdiğini belirtmişlerdir. İntihar oranlarındaki bu artış günümüze kadar gelerek, bugün batı toplumlarında en önemli toplumsal sorunlar arasında yer almıştır.

İslamiyet'in de intihara bakış açısı diğer tek tanrılı dinlerden farklı değildir; hatta İslamiyet'te intiharın, başkasını öldürmekten daha büyük bir günah olduğu belirtilmiştir. Susuzluk, açlık gibi nedenlerle olanlar dışında intihar edenlere, cenaze namazı kılınmaması gibi bir yaptırım da uygulanmaktadır. Cinayet işleyen ve idam edilenlerin dahi cenaze namazlarının kılınması, İslam dininin intihar karşısındaki

[4] Hamdi Kalyoncu, Ölümsüzlük ihtiyacı, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 2011

tutumunu açık bir biçimde göstermektedir. Ayrıca ölümden sonraki ahiret inancına göre intihar edenleri ölümden sonra büyük bir azabın beklediğine inanılır.

Bu konuya belli düşünce adamlarının bakışları da farklılık göstermiştir. Eski Yunan'ın en önemli düşünce adamlarından Platon'un intihara bakışı orta çağdakilere çok benzemekle birlikte, Platon "Kanunlar" adlı kitabında bir noktaya da ayrıca dikkat çekmiştir: " *Kendini öldürenden söz ediyorum; kaderini talihin yazgısından zorla koparıp alan insan, devletin aldığı bir kararla ya da çok acı veren kaçınılmazlık bir talihsizlikle zorlanmadığı halde korkakça ve alçakça kendisine haksız bir ceza veren insan… Her şeyden önce bu şekilde ölenlerin mezarları ayrı bir yerde olacak, yanına bir başkası gömülmeyecektir; sonra devlet toprağının on iki bölümünün sınırında, ıssız ve adı olmayan yerlerde törensiz gömülecekler mezarlar; mezar taşı ve ad yazılarak belirtilmeyecektir."* [5] Platon, "*…çok acı veren kaçınılmaz bir talihsizlikle…*" sözüyle ötanazi anlayışını intihardan ayırmış bulunmaktadır. Burada Platon'un ötanaziyi desteklemesi her ne kadar dini temellerden çok faydacı yaklaşımlardan kaynaklı olsa da, ayırım noktasında önem arz eder.[6]

Toplumlar her ne kadar birçok konuda gelişme göstermiş olsa da, asırlarca kabullendikleri anlayışların etkisinden kurtulmuş değildirler. Tüm gelişme ve neticesinde değişimlere rağmen sosyal kabuller, her platformda etkisini sürdürmektedir. Bir şeye kesin doğru ya da yanlış demenin tarih karşısında pek anlam ifade etmediği açıktır. Dinin yarattığı toplumsal hukuktan insan aklı ile ulaşılan pozitif hukuka geçildiği dönemlerde bile birçok konuda anlayışın değişemediğini rahatlıkla görebiliriz. Günümüzde ABD gibi gelişmiş bir ülkenin bile bazı eyaletlerinde intihar girişiminde bulunup da başaramayanlar adam öldürme suçu ile yargılanabilmektedir. Bugün, dünya genelinde intihar bir suç sayılmamaktadır; fakat başkasını intihara teşvik etmek veya yardım etmek suç sayılmaktadır.

Ülkemizde de, Cumhuriyetin ilanından sonra, intihar suç sayılmamıştır. İntihar girişiminde bulunan kişi, ölümden kurtulursa bir cezaya çarptırılmaz. Ancak, intihar için uyuşturucu madde kullanan veya ruhsatsız silahla intihar girişiminde bulunanlar 6136 sayılı Kanun'a

5 Platon, Yasalar, Çev. Candan Şentuna-Saffet Babür, Kabalcı Yay. İstanbul, 2004
6 Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yay., İstanbul, 1999

muhalefetten; yani uyuşturucu madde kullanmaktan veya ruhsatsız silah taşıma suçundan yargılanırlar. Kolektif intiharlarda, birbirini intihara ikna eden kişilerden birinin ölmesi, diğerinin kurtulması halinde, kurtulan taraf başkasını intihara ikna suçundan ve yardım etmekten şerik konumuna düşer.

Elbette bir insanın kendisini öldürmesine iyi bir şey olarak bakmak insani bir düşüncenin yansıması olamaz fakat aylarca acılarından kıvranan, yaşama şansı kalmayan bir insanın acısını artık dindirmek istemesi, binlerce yıldan beri genel olarak kabul görmeyen intihar kavramı ile ne kadar örtüşmektedir? Sanırım temel mesele de bu sorunun cevabında gizli bulunmaktadır!

İntihar sözcüğü köken olarak Arapça'dır. Kurban anlamına gelen "nahr"dan gelmekte olup genel olarak sözlüklerde "kendi kendini öldürme durumu" olarak tanımlanmıştır.[7] Ünlü sosyolog E. Durcheim intiharı; "*Mağdurun kendi tarafından yapılan ve ölüm neticesini doğuracağı, onun tarafından bilinen icabi (gerekli) veya selbi (zorunlu) bir hareketten doğan her ölüm olayı, bir kimsenin sonucunun ne olacağını bilerek olumlu ya da olumsuz bir davranışla doğrudan veya dolaylı olarak kendini ölüme sürüklemesi.*" olarak tanımlamıştır.[8] Bu tanımdan yola çıkacak olursak ötanaziyi intihar saymamız kaçınılmazdır. Fakat bir değerlendirme yaparken içinde bulunulan şartları göz önünde almak mecburiyetinde olduğumuzdan ve tıp biliminin 20. yüzyılda adeta bir sıçrama yaptığını kabul edildiğinden, ötanazi ile ilgili tartışmalara da bu tarih ekseninde bakmanın daha faydalı olacağı kanaatindeyim.

İntihar sosyal, psikolojik, tıbbi ve hukuksal açıdan değerlendirilmesi gereken bir konudur. Yapılan araştırmalar intiharın en büyük sebebinin psikolojik sebepler olduğu yönündedir.[9] Psikiyatrik sıkıntıları olanların olmayanlara göre intihar riskinin 312 kat daha fazla olduğu gözlenmiştir. İntihar etme eğiliminde olan kişiler, sıkıntılarına çare olarak denemedikleri tek yol olarak gördükleri ölme durumunda çare ararlar. Bu tip kişilerde mezar, ölüm sonrasına ait düşünceler ve

---

7 Mehmet Akif İnanıcı/Oğuz Polat/Mustafa Ercüment Aksoy, Adli Tıp, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul, 1997

8 Faruk Erem, Adalet Psikolojisi, Adil Yayınevi, Ankara, 1997 (Aktaran: Ahmet Taşkın, Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri, Eda Yay., Ankara, 2005, 2005:145)

9 Kaan Arslanoğlu, Psikiyatri El Kitabı, Adam Yayınları, İstanbul, 2003

geride bırakılanlara dair bir düşünce bulunmamaktadır. Genel olarak intihar isteklilerinin davranışlarında ölmek düşüncesinin yanında daha iyi şartlarda yaşamak konusunda da bir kararsızlık bulunduğunu, yüksek bir yerden atlamadan önce beklenme eylemine bağlayan psikoloji bilimi, intihar nedenlerini de kısaca şöyle özetlemektedir: Hastalık, ruhsal bozukluk, aile geçimsizliği, duygusal ilişki veya istediği ile evlenememe, öğrenim başarısızlığı, ticari başarısızlık, iflas, parasızlık, işsizlik, ailenin dağılması, boşanma, yakın ölümleri, cinsel saldırıya maruz kalma, cinsel istismar, göç etme ve hayatı tam olarak anlamlandıramamaktır. İntihar nedenlerinin belirlenmesinde yapılan tasnif bunlardan ibaret olmayıp, intiharın biyolojik, coğrafi, felsefi ve sosyolojik nedenleri olduğu da ileri sürülmektedir.[10]

İntihar olgusu ile ilgili açıklamalarımızdan sonra asıl konumuz olan "ötanazi"nin tarihsel sürecini, toplumsal ve kişisel etkilerini, hukuksal ve sosyolojik yansımalarını değerlendirmeye başlayalım.

Ötanazi (Euthanasia) özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra gelişen tıbbi vakıalarla beraber tıbbı ilgilendirdiği kadar hukuksal açıdan da düzenlenmesi gerektiği düşünülmüş bir kavramdır. Her iki bilimin de bakış açıları farklılık arz ettiği için ayrı platformda tartışılmaları da doğaldır. Ötanaziye her ne kadar farklı tanımlamalar yapılsa da genel olarak kabul edilen tanımı: ölüm durumunun kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içerisinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek kişiyi ölüme terk etme durumudur.[11]

Kelime köküne inecek olursak; "eu", güzel, iyi anlamında olup, "thanatos" ise ölüm anlamına gelmektedir. Yani ötanazi kavramı iyi ölüm, güzel ölüm manasındadır.[12] Tarihte ilk kez Francis Bacon tarafından 17. asırda kullanıldığı kesin olarak bilinmekte olsa da "ötanazi" sözcüğünü ilk kullananın Romalı tarihçi Suetonius'un olduğu bazı çevrelerce kabul edilmektedir.[13] Zaten böyle bir bulgu olmasa bile kavramsal açısının ötesinde ötanaziyi 17. yüzyıla indirgemek tarihsel

10 www.psikiyatrist.org, 2003 (Aktaran: Ahmet Taşkın, 2005:147; E.T. 6.8.2012)
11 Kudret Güven, Kişilik hakları ve Ötanazi, Nobel Yay., Ankara, 2000
12 Bedi N. Şehsuvaroğlu, Tıbbi Deontoloji, İstanbul, 1986
13 Ömür Elçioğlu/Tarık Gündüz/Nedime Köşgeroğlı, Tıp,Hukuk ve Etik açısından Eutanasia, Tıbbi Etik, 1994

açıdan pek bir şey ifade etmez. Çünkü ötanazinin varlığı milattan öncelere Eski Yunan ve Eski Roma'ya kadar gitmektedir. Bunun birazdan da inceleyeceğimiz düşünce adamlarının söylevlerinde de açıkça göreceğiz.

Antikçağ'da beş büyük düşünce akımı olarak kabul edilen Pitagoras, Platon, Aristoteles, Stoa ve Epikuros felsefelerinin tartışma alanlarından bir tanesi de, kişinin yaşamı terk etme hakkının olup olmadığı ile ilgili olmuştur. Bu tartışmalar kuşkusuz intihar ile daha içli dışlı da olsa zaman zaman ötanazi kapsamına girmiş ve tartışmalar bu eksende dönmüştür. Bu tartışmalardan genel olarak ortaya çıkan sonuç intiharı tasvip etmeme olsa da, faydacı bir yaklaşım söz konusu olduğunda ötanaziye karşı bakış açısı intihardan farklı görünüp, ötanazinin olabileceğine vurgu yapılmıştır. Bu dönemde devlete olan bakış açısı her zaman bireyin üzerinde görüldüğü için kişinin acı ve ıstırap çekmesinin önlenmesi maksatlı bir ötenaziden ziyade, devlete fayda sağlayamayan bir bireyin, yaşamasının da bir anlam ifade etmediğine yönelik söylemler hâsıl olmuştur.[14] Platon'un Devlet adlı kitabında Sokrates şöyle konuşmaktadır: " *İşte Asklepios (Eski yunanda hekimlik tanrısı) bu gerçeği biliyordu. Onun için de, hekimliği yalnız bedenleri sağlam olup da, geçici bir hastalığa tutulmuş insanlar için kullandı. Bu hastaları ilaçla bıçakla iyi ederken, onları gündelik işlerden, yaşayışlarından ayırmıyordu. İçini hastalık sarmış bedenleri kan alma, kusturma, içini temizleme gibi yollarla iyi edeceğim diye kötü bir hayatı uzatmaya uğraşmazdı. Böylelerinin kendilerine benzeyecek çocuklar yapmalarını doğru bulmazdı. Tabiatın verdiği ömrü yaşamaya gücü yetmeyen adamı, iyileştirmenin ne o adama, ne de topluma fayda vermeyeceğini biliyordu."*[15] Görüldüğü gibi faydacı bir yaklaşım yanında bugünkü şekliyle tartışılmış olmasa da, ötanazinin bariz bir şekilde mümkün olabileceği görülmektedir. Ayrıca daha önceki paragraflarda "Kanunlar" adlı eserde intihara karşı konulan açık tutumun burada olmaması o dönemde dahi açıkça bir ayrıma gidildiğini bize göstermektedir.

Yine o dönemden sonra gelen ünlü Romalı düşünür ve Roma İmparatoru Neron'un hocası olan Seneca bu konuyla ilgili olarak: " *Yaşa-*

---

14 Sibel İnceoğlu, S.17-31

15 Platon, Devlet, Çev. Sebahattin Eyüboğlu-M.Ali Cimcoz, Remzi Kitabevi, İstanbul,1992

ma bir girişin fakat birçok çıkışın izin verilmesi, ebedi kanunun takdir ettiği en iyi şeydir. İşkencenin ortasından çıkacak ve sıkıntıları silkip atacakken, insanın ya da hastalığın zulmüne dayanmak zorunda mıyım?" bir yerde de: " *Eğer yaşlılık aklımı sarsmaya başlarsa, eğer melekelerimi tek tek harap ederse, bana yaşam değil de nefes bırakırsa, çürük veya yıkılmak üzere olan binayı terk ederim. Eğer iyileşme ümidim olmadan acı çekmek zorunda olduğumu bilirsem, acının kendisinin yol açtığı korkudan değil, uğruna yaşadığım her şeyden mahrum ettiği için giderim."*[16] Diyerek konuyu felsefi açıdan tartışmıştır. Seneca'nın, Neron'un kendisini ihanetle suçlayıp idama mahkûm edeceğini bildiği için, bileklerini keserek intihar ettiğini de düşünürsek; söylediklerinde ne denli derin hisler beslediğini düşünebiliriz. Zaten burada önemli olan kimin ne dediğinden öte, ötanaziye olan bakışın ne zamandan beri intihardan ayrılmış olduğu ve hangi süreçlerden geçtiği meselesidir.

Ötanazinin tarihsel sürecinde dikkat çeken başka bir olgu da ötanaziyi genel olarak uygulayacak olan doktorların ötanaziye karşı pek de sıcak yanaşmamış olmalarıdır. Tabi bunu doktorluk mesleğinin felsefesine aykırı geldiği için anlayabiliriz. Üstelik yaklaşık 2500 yıl önce yazılmış tıp tarihinin babası olarak bilinen Hipokrat'ın bugün dahi doktorların mezuniyetlerinde tekrar ettikleri yemininde de, "*Benden talep edilse bile, hiç kimseye ne öldürücü ilaç vereceğim ne de öldürücü bir etkiye neden olacak bir şey tavsiye edeceğim."*[17] deyişi, doktorluk mesleğinde etik açıdan nasıl bir kaide yaratıldığını görebiliriz.

Ötanazinin hukuki durumuna tarihsel açıdan bakacak olursak, her dönem farklı anlayışların mevcut olduğunu görebiliriz. Örneğin Babil'de ve Asurlularda iyileşemeyeceği kesin olan bir hastaya hekim müdahalesi yasaklanmıştır. Yani ölmesine izin verilmiştir.[18] Eski Roma'da ise, hastanın acılarına son vermek için de olsa, hekimin onu öldürmesi, "kasten adam öldürme suçu" sayılmıştır. Yahudilerde, şifası olmayan hastalık sahiplerine çabuk ölmeleri için "frankincese" (günlük) verilmiştir.[19] Eski Yunan'da, Atina'da ölmek isteyenler sena-

16 Sibel İnceoğlu, S.25
17 Ludwig Edelstein, The Hippocratic Oath, USA, 1967 (Aktaran: Sibel İnceoğlu, 1999:170)
18 Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972
19 Jale Bafra, Ötanazi, Yayımlanmamış Adli Tıp Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990 (Aktaran Hamdi Kalyoncu 2011:81)

toya geçerli bir mazeret sunup kabul ettirebilirlerse baldıran zehri ile öldürülmeleri yasal kabul edilmiştir. Ayrıca Antik Yunan'da ötanaziye gerekçe olarak asillerin yaşlandıklarında veya aşırı hastalandıklarında halka karşı kötü görünecekleri düşüncesi hâkim olmuştur.[20] Kilisenin Aziz mertebesine çıkartmış olduğu Thomas More (1478–1535) "Ütopya" adlı kitabında tedavisi mümkün olmayan bir hastanın ölme hakkının bulanacağından söz etmiştir.[21] Prusya kralı Frederic, can çekişmekte olan hastayı öldüren kimseye "taksirle adam öldürme" cezasını 1794'te yayımladığı kanunla yürürlüğe sokmuştur.[22]

17. asırda Francis Bacon farklı bir bakış açısı getirerek, doktorun vazifesinin ıstırapları azaltmak olduğuna göre, doktorun hastayı tedavi etmesinin yanı sıra, bazı hallerde hastaya kolay bir ölüm sunmak suretiyle de yapabileceğini savunmuştur.[23]

Nietzche, olaya aşırı faydacı bir yaklaşımla bakarak "*Hasta, toplum için bir parazittir ve belirli bir süreden sonra yaşamaları uygun değildir.*" diyerek adeta Hitler'e bir fikir sunmuş ve neticede Hitler de "*Yaşaması faydasız ve bozuk bünyeli insan, cemiyetten atılmalıdır.*" diyerek tedavisi imkânsız olan 20.000 hastayı gaz odalarına göndererek onları öldürtmüştür.[24] Bu durumun tam olarak ötanaziye girip girmediği tartışmalı bir konu olsa da, gerekçenin tedavinin imkânsız olarak sunulması dikkat çekicidir. Zira Hitler gibi birinin insan öldürürken gerekçeye çok da ihtiyacı olmasa gerek!

1947 yılında Amerika'nın New York kentinde 2000 kadar doktorun ötanazinin yasal hale getirilmesi için hazırladıkları taslakta; New York'da şifası bulunmayan hastalığa sahip kişiler için; 21 yaşını bitirmiş olmak ve şuuru yerinde olmak kaydı ile mahkeme ve heyet raporu neticesinde ötanazi uygulamasına izin verilmesi istenmiştir.[25]

Tarihsel sürece kısaca değindikten sonra şimdi ötanazinin türlerine, uygulanış biçimlerine ve tartışılan hususlara değinelim.

---

20 Sibel İnceoğlu, S.17
21 Mehmet Artuk/Ahmet Gökçen /Caner Yenidünya, Ceza hukuku Makaleleri, İstanbul, 2002
22 Köksal Bayraktar, S.150
23 Muhtar Çağlayan, Ötanazi ve İntihar, *Adalet Dergisi,* 1966, (Aktaran: Hamdi Kalyoncu 2011:82)
24 Muhtar Çağlayan, Ötanazi ve İntihar, 1966 (Aktaran: Hamdi Kalyoncu 2011:82)
25 Hamdi Kalyoncu, S.83

Ötanazi, uzun bir geçmişe sahip olması sebebiyle bir takım farklı yöntemlerle uygulanma olanağı bulmuştur. Bu yöntemler hasta kişinin kendi iradesine bağlı olup olmaması veya ötanazi uygulanırken görülen usuller bakımından çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur.

Öncelikle iradeye bağlı-irade dışı ötanaziye (Volonter-Non volonter) bakacak olursak; iradeye bağlı ötanazi, bilinci yerinde olan bir hastanın isteği doğrultusunda yapılan ötanazidir diyebiliriz. Bilinci yerinde olma durumu hukukta, tıpta olduğundan farklı anlamlar içermektedir. Bu duruma temyiz kudreti ile eş anlam yüklemek mantıken tutarlı olabilir. Fakat hukukta temyiz kudretine sahip olmak, iradenin ön şartıdır. Çünkü irade temyiz kudretine sahip olan bir kimsenin melekelerini kullanması suretiyle ulaştığı bir algılama yeteneğidir. Bu halde temyiz kudretine sahip olmayan bir kimsede, kendisinde hukuken hüküm ve sonuç bağlanabilecek bir iradeden bahsedilemeyeceğine göre, kendi iradesine dayanarak ötanazi de uygulanamaz. Burada iradi ötanazi için hastanın temyiz kudretine sahip ve bilinci açık iken, hata, hile, tehdit algılaması olmadan, bağımsız bir kararla istemde bulunması gerekir diyebiliriz.[26]

Ötanazinin yasallaştırılması, çoğunlukla iradi-istemli ötanazi şeklinde savunulmuştur. Ötanazinin yasallaştırılmasını savunan grupların sundukları bildiriler çoğunlukla, ölmek üzere olan, acı çeken ve bilinci açık hastaların ölüm taleplerini içermektedir.[27] Örnek olarak, 1992 yılında California'da referanduma sunulan ve reddedilen yasa önerisinde şöyle bir gerekçe sunulmuştur: "*Acıyı bertaraf etmeyi seçme hakkı ve ölümcül hasta iken seçtiğimiz yer ve zamanda onurla ölme hakkı, kendi kaderimizi kontrol etme hakkımızın bir parçasıdır.*" Öneri, hastanın altı ay içerisinde iki hekimin belgelemesi halinde, hastanın seçtiği yer ve zamanda ölümünü talep eden bir direktif verebileceğini düzenlemektedir. Bu direktif yazılı veya sözlü olabilir fakat hekimin, hastanın yakınının veya hastanın ölümünden bir yararı olacak kişilerin haricindeki iki kişinin şahitliği ile söz konusu karar verilebilecektir.[28]

---

26 Kudret Güven, S.12

27 James Rachels, The End of Life, Oxford Uni. Press, Oxford, 1986 (Aktaran: Sibel İnceoğlu, 1999:158

28 Ronald Dworkin, Euthanisia And Individual Freedom, Alfred A. Knopf Press, Newyork, 1993

Görüldüğü üzere yasal yönden meşru kılma gayretlerinin ana merkezi kişinin öz iradesine yapılan vurgudur. Zaten bu bağlamda yasal izin verilen ülkelerde bu konu son derece önemlidir. Örneğin Avustralya'da ötanaziyi hukuka uygun hale getiren düzenleme sadece istemli-iradi ötanaziyi içermektedir. Hollanda'nın uygulamasında da esas olarak istemli ötanazi serbest bırakılmış olup çok istisnai durumlarda istemsiz ötanaziye de izin verilebilmektedir.[29]

Burada yeri gelmişken belirtmekte fayda var ki o da; kişinin kendi öz iradesine bağlı bu tip istemler, son dönemlerde gündemde olan bir hak olan "*özerklik hakkı*" ile de doğrudan ilişkilidir. Özerklik hakkı, temyiz kudretine sahip reşit bir insanın kendisi için, kendi yaşamını belirleyecek ya da tarif edecek önemli kararları verme hakkı olarak tanımlanmaktadır.[30] Bu hakkın özellikle insanın öz iradesine vurgu yapması hususunun, 21. yüzyılda her daim gündeme gelebilir nitelikte olduğu açıktır. Çünkü özgürlükler genel olarak insan temelinde vücut bulan bir meseledir.

İrade dışı ötanaziye (Non-volonter) gelecek olursak; istem dışı ötanazi, hastanın yakınlarının veya onu kanunen temsile yetkili kimsenin bulunmadığı hallerde de hastanın mevcut olduğu varsayılan iradesine bağlı olarak gerçekleştirilen ötanazi türüdür.[31] Bu konu tanımdan da anlaşılacağı üzere çok tartışmalı bir konu olup, genel olarak Hollanda dışında hiçbir ülke tarafından kabul edilmemiştir. Hollanda'da yasal olarak kesin bir özgürlük yoktur; bununla beraber uygulamalar neticesinde yargı organı bu durumu kasten ve taksirli adam öldürme gibi değerlendirmiş de değildir.[32] Zaten ötanazinin uygulama alanı bulduğu ülkelerde ötanazinin tamamen serbest bırakılmış olması gibi bir husus da söz konusu değildir. Genel olarak belli düzenlemelerle şartlar ortaya konulmuş olup, bu şartlara uymamış olmak, ötanazinin boyutunu tamamen değiştirir niteliktedir. O nedenle ötanazi çeşitlerinin usulü son derece önemlidir.

Burada önemli olan bir tür de, istem dışı ötanaziden farklı fakat genellikle istem dışı ötanazi ile karıştırılan istemsiz (involonter) ötana-

29 Sibel İnceoğlu, S.192-210
30 Sibel İnceoğlu, Ölme hakkı S.160-161
31 Kudret Güven, S.13
32 Sibel İnceoğlu, S.192-210

zidir. Bu tür ise hastanın ne iradesine ne de varsayılan iradesine dayanma söz konusu olmayıp, tamamen doktor iradesine bağlı bir ötanazi türüdür. Burada hasta yaşama iradesini kaybetmemiş ancak doktorun hastalığı tabi seyrine bırakmak dışında bir şansı kalmamıştır. Bu tür bir sonraki konuda açıklanacak olan "pasif ötanazi"nin bir çeşididir.[33]

Şimdi de iradi-iradi olmayan ayrımından farklı, usulü yöntemler açısında bir bir ayrım olan "aktif-pasif" ayırımına bakalım.

Aktif ötanazi; bir eylemle tıbbi yoldan ölüm durumunun sağlanmasıdır. Burada ölümü sağlayan etkenler doğrudan kullanılır. Bu tür genel olarak –daha önce de tarihi seyirde belirtildiği gibi- çok tasvip edilen bir tür değildir. Tıp mensupları birazda var olma amaçlarından kaynaklı olarak, aktif ötanazi konusunda biraz hassas davranmaktadırlar. Belli araştırmalar aktif ötanazinin yasal bir hal olmasında dahi doktorların bu türe pek yanaşmadıklarını ortaya koymuştur.[34]

Pasif ötanazi ise hastanın bir süre daha yaşamasını sağlayan yaşam destekleyici tedaviyi hastaya sunmayarak veya yaşam destekleyici tedaviyi sona erdirmek suretiyle ölümü hızlandırmak olarak kabul edilmektedir.[35] Pasif ötanaziyi ölümü hızlandırmak olarak anlamak doğru değildir. Çünkü pasif ötanazide ölüm olayı vaktinden önceye alınmış değildir. Yalnızca ölümü geciktirici bir takım müdahalelere başvurmama durumu mevcuttur. Burada ölümün sebebi hastanın çok kötüleşen ve iyileşme şansının kalmaması durumudur.[36]

Pasif ötanazide dikkat çeken şey, hareketsiz kalmış olmanın hukuken ne ifade edeceğini kestirmektir. Elbette kanunen aktif müdahale her şart ve durumda geçerli ise de sorumluluk kaçınılmazdır. Fakat buradaki durumu hukukun ötesinde, ahlaki olarak yorumlamak sorumluluk açısından daha geçerli bir yol olabilir. Çünkü bir şeyi yapmış olmakla, yapmamış olmak arasındaki fark bu konuda salt olarak değerlendirilebilecek bir şey değildir. Bunun sebebi de olaydaki dışsal faktörlerin yerlerini alması neticesinde ortaya çıkan hakikattir. Zira basit bir müdahale de dahi doktorun becerisinde veya bilgisindeki eksiklik kişiyi hayatından edebilirken, pasif ötanazi durumunda şartlar

33 Ahmet Taşkın, S.173
34 Kudret Güven, S.15-16
35 Sibel İnceoğlu, S.135
36 Ahmet Taşkın, S.173-174

bunun çok daha ötesindedir. Bu sebeplerden ötürü dünya genelinde birçok disiplinde klasik anlamda kullanılan ötanazi kavramı yerini daha kabul edilebilir bulunan pasif ötanaziye bırakmıştır.

Genel olarak tıp camiası da pasif ötanaziyi, aktif ötanaziye nazaran çok daha kabul edilebilir bulmaktadırlar. Ayrıca ötanazinin Hollanda gibi kesin olarak kabul edilmediği birçok Avrupa ülkesinde ve Amerika'da pasif ötanazi ile ilgili konular konunun boyutu ve şartlarına göre mahkeme kararları ile serbest hale getirilmeye başlanmıştır.[37]

Türkiye'de daha önce belirttiğimiz gibi aktif ötanazi kasten adam öldürme suçu sayılmış olup, pasif ötanazide; hekimin hastanın öleceğini öngörmesine rağmen, hastanın talebi üzerine tedaviyi sona erdirmesi, taksirle adam öldürme suçunu oluşturmaktadır. Tabi burada taksirle adam öldürme suçunun şartlarına bakacak olursak, Türk Ceza Kanunu'na (TCK) göre taksire: "*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.*" denilmiş olup, kişinin talebi neticesi ile tedaviyi sürdürmemenin ne kadar bu tanımın içine girdiği tartışmaya açıktır. Ayrıca burada belirtilmesinde yarar olan bir konu daha var ki, o da; Sağlık Bakanlığı'nın 1998 yılında yayımlamış olduğu "*Hasta Hakları Yönetmeliği*"dir. Buna göre tedavi başlamadan tedaviye rıza göstermeme mümkündür. Buradan çıkan sonuç ise hastalık ölümcül olsa dahi tedaviye başlanması hastanın rızasına bağlıdır. Tedaviye başlandıktan sonra tedaviyi reddetme hakkı ise yoktur. Aynı yönetmeliğin 13. maddesinde ise ötanazi ile ilgili olarak: "*Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.*" denilmiştir. Tabii ki burada işin felsefi kısmında zannımca ciddi çelişkiler mevcuttur. Çünkü bir yandan pasif ötanaziye kapı aralanmışken diğer yandan ötanazinin topyekûn yasaklanması hususu konusunda kani olunmuştur Bu çelişkilerin sebebi de konuya yönelik tartışmalara çok yer verilmemesinden kaynaklıdır. Basit bir varsayım yapacak olursak; hastanın uzman bir doktor olup, hastalığının belirtilerinin kaçınılmaz olarak ölümle neticeleneceğinin farkında olması ve bundan dolayı da tedavi olmaya gerek duymamasında sorun olmaya-

37 Faruk Aşçıoğlu/Jale Bafra/Çetin Seçkin, Yaşamsal Desteklerin Kesilmesi ya da Sınırlandırılması, *ATD*, İstanbul, 1995

caktır. Çünkü burada olaya kimse müdahale etmemektedir ve bu sebeple de doğal olarak sorumlu olan kimse de yoktur. Fakat durumunu tıbbi yardımla öğrenen bir kişinin aynı süreci yaşaması neden farklı yorumlanmaktadır? Burada akla gelen ilk soru: *"Devletin asıl gayesinin insanı yaşatmak mı yoksa ilgilileri görevleriyle ilgili sorumlu tutmak mı?"* olduğudur. Türkiye'de ikinci ihtimal daha ağır basmaktadır. Çünkü insanı yaşatma gayesinde olan bir devlet hastanın rızasını maddi-manevi birçok unsur ile kazanabilir. Fakat buna ihtiyaç hiç duyulmamıştır!

Tabii ki burada temel sorun belirttiğimiz üzere konunun derinlemesine incelenmemiş olması ile doğrudan ilişkilidir. Aksi takdirde konuya yönelik bir takım araştırmalar mevzu bahis olmuş olsa, ötanazi ile ilgili binlerce yıldır yapılan ayrımlar ve türler ülkemizde de bilinir ve düzenlemeler bu perspektifte oluşturulabilirdi.

Her ne kadar konunun incelenmesinde eksiklikler olsa da ötanazi bakımsızlık yüzünden ölmek isteyenlerin başvurduğu bir yöntem değildir. Bu nedenle "Hasta Hakları Yönetmeliği"nde ötanazinin yasaklanmış olması ve böylece düzenlemenin evleviyetle aktif ötanaziyi de reddetmesi yerindedir, denilebilir. Çünkü: aktif ötanazi, sağlık sisteminin oturduğu, sosyal güvenlik haklarının tam olarak uygulandığı ve donanım açısından bir eksikliğin hissedilmediği sistemlerde, ölme hakkının kişiye doğrudan sunulması olarak önümüze çıkar. Fakat saydığımız bu unsurların sınırlı olduğu ülkemizde, aktif ötanazinin, özerklik hakkının bir parçası olmaktan ziyade, maddi, teknik ve psikolojik eksikliklerden kaynaklı, zorunlu bir seçim halini alması muhtemeldir. Bu durumda da ötanazi uygulaması olağan bir durum, hatta mecburiyet haline gelebilecek ve bu ölçüde onu meşru kılan en önemli faktör olan özerklik hakkından da uzaklaşacaktır.[38]

Ayrıca pasif ötanazinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi olan "yaşam hakkı"na karşı da bir aykırılık oluşturmadığı görüşü hâkimdir. Çünkü burada temel gerekçe yaşama hakkının pasif ötanazi ile bir kimsenin elinden kasten alınmış olmayacağı fikrinden kaynaklıdır.[39] Bu perspektif ışığında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun yayımlanmamış Widner V.- İsviçre kararı, 2. maddede yer alan yaşama hakkının, pasif ötanaziyi tanımayı engellemediği-

38 Sibel İnceoğlu, S.253
39 Ahmet Taşkın, 174-175

ni belirtmektedir. Komisyona göre, sözleşmenin 2. maddesi, devlete, tedavi etmeyerek bir kişinin ölmesine izin vermeyi, bir suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmemektedir.[40]

Şimdi de iradi ötanazinin türleri olarak karşımıza çıkan iç ötanazi-dış ötanazi ayrımına bakalım. İç ötanazi kişinin kendi ölümüne kendi iradesi ile razı olmasına denilir. Buna self ötanazi de denilmektedir. Bu tür genellikle intihar ile benzeşse de daha önce de intihar ile ilgili yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere intihar kişinin hayatına kendi bildiği yöntem ve yollarla son vermesi halidir. Oysa iç ötanazi de, irade hastadan gelmiş olsa da, ölüm sonucunu doğuran eylem tıp adamlarınca yerine getirilir.

Dış ötanazi ise kendisine bu konuda yasal olarak yetkilendirilmiş kişilerce ortaya koyulmuş iradenin sonucunda 3. kişinin ölümünün sağlanması halidir. Hasta yakınlarının iradesine bağlı olarak gerçekleşen non-volonter ötanazi (irade dışı) ya da mahkeme kararı ile kabul edilmiş volonter (iradi) ötanazi, dış ötanazi çerçevesinde tanımlanır. Dış ötanazi doktor talebi üzerine de gerçekleştirilebilir.[41]

Ötanazi türlerinin son ayrımı da kazai - medikal ötanazi ayrımıdır. Ötanazi uygulanan ülkelerin tamamında süreç ve yöntemler anlaşılabileceği üzere farklıdır. Bir takım ülkeler ötanazi kararını mahkemelere bırakmış durumdadır. Buna kavramsal olarak "Kazai ötanazi" denilir.

İntiharın yasaklanmadığı bir takım ülkelerde sadece hekimin kararı ötanazinin uygulanması için yeterli bir sebeptir. İşte bu da medikal ötanaziyi tanımlar. Buna örnek olarak Hollanda, Belçika ve Amerika'nın belli eyaletleri gösterilebilir.[42]

Ötanaziye yönelik kabul edilmiş ayrım ve türlerden sonra da ötanazinin gerçekleşmesi için kabul edilmiş genel olarak bilinen unsurlardan da kısaca bahsedelim:

- Günümüzde tıp biliminin ulaştığı son noktada hastanın iyileşme olanağının mümkün görülmemesi.
- Hastalığın dayanılmaz seviyede ızdırap ve acı verir nitelikte olması.

40 Sibel İnceoğlu, S.113
41 Kudret Güven, S.16-17
42 Kudret Güven, S. 17

- Amacın sadece, hastayı tahammül edilemez seviyedeki acılardan kurtarma isteğinin olması.
- Ötanazinin hekim tarafından yapılması.
- Hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması.[43]

Bu unsurlar zaten ötanaziyi intihardan da ayıran en temel noktalardır. Zira bunlar konunun düzenlenmesinde rol alan ana kaynaklardır da. Çünkü insanın en temel unsuru olan "yaşam"ın, "ölüm" halini alması telafisi mümkün olmayan en ciddi konudur. Haliyle devletleri oluşturan kurucu unsurun insan olması, bu konuda hassas bir bakış açısını da yanında getirmiş bulunmaktadır. Tabii ki böyle hassas bir konunun, ciddi bilimsel ve kültürel alt yapısı olmayan toplumlarda amacına uygun bir şekilde uygulanması zor bir iştir. Zira bu tip toplumlarda "özerklik hakkı"nın ne kadar anlaşılabileceği ve bu ölçüde buna ne kadar saygı gösterileceği muammalıdır. O nedenle, konunun hassasiyeti "ötanazi tüm dünyada uygulanmalıdır" gibi bir hüküm vermenin pek doğru bir hüküm olmayacağı düşüncesini de beraberinde getirmiştir.

Genel değerlendirmelerinin ardından ötanazi ayrımlarına girmeden bazı örneklere göz atalım: Fransa'da ötanazi yasak olmasına rağmen 2005'te çıkan Leonetti Yasası; doktorlara aktif ötanazi hakkından ziyade heyet kararı ve hastanın yakınlarının onayı ile, hastaya sakinleştirici ve ağrı kesici ilaçlar vererek "ölüme terketme" yetkisi verdi. Fransız anket şirketi BVA'ya göre, Fransızların %89'u ötanazi hakkında olumlu düşünse de, Fransa'da aktif ötanazi hakkı yoktur. Yakın zamanda Fransa'da Marwa Bouchenafa isimli küçük kızın Fransız Danıştayındaki davası büyük yankı uyandırmıştır. Marwa Bouchenafa isimli 15 aylık bir bebek; sağlıklı olan ikizinin aksine, dört duyusunu felç eden ciddi ve kesin bir nörolojik hastalık ile dünyaya geldi. Bunun üzerine toplanan doktorlar heyeti, bebeği besleyen kanalı kesmeye karar verdiler; zira bebek için hiç bir umut yoktu. Lakin ailesi bebeğe ikinci bir hayat şansı verilmesini istediler. Bunun üzerine Marwa'nın babası, "Marwa'sız asla" isimli, kızını besleyen kanala devam edilmesi için bir hareket başlattı ve 244.000 imza toplayıp, Facebook üzerinden 94.000'den fazla beğeni aldı. Bununla da yetinmedi, Marseille idare mahkemesinde dava açıp, lehine karar aldı; Marseille hastanesi işi

[43] Ahmet Taşkın, S.176-177

Danıştay'a götürünce; Danıştay da kararı onamıştır. Bu noktada Fransa'daki kanunun yeterliliği ve etkililiği tartışılabilir.[44]

Belçika'da ötanazi 2002'den beri yasal olup; hasta ve doktor bakımından sıkı koşullar gerektirmektedir. Hasta için ötanazide, reşit olmak, geri dönülemez ölümcül bir hastalığa yakalanmak, talep etmek gibi koşullar aranırken, doktor için ise, hastalığın genel seyri hakkında bilgi sahibi olmak, diğer bağımsız bir doktora danışmak gibi koşullar aranmaktadır. Yakın zamanda yaşanan bir olayda 17 yaşındaki reşit olmayan bir hastanın hayatına ötanazi ile son verme olayı Belçika'da büyük yandı uyandırmış olup; 2015'e kadar 2.000'den fazla ötanazi vakası tespit edilmiştir.[45]

Hollanda 2001'den itibaren, Ceza Yasası ötanaziyi yasaklasa da, dünyada bunu yasal hale getiren ilk ülke olma özelliğine sahiptir. 1981'de Rotterdam Mahkemesi'nin koyduğu bazı kurallar; ötanaziyi belli koşullar altında uygulama imkânı sağlamaktadır; ilginç olan Hollanda'da 12 yaşından itibaren her bireyin ötanazi talep edebilme hakkının olmasıdır. Diğer Avrupa ülkelerine göre ötanazi hakkının kullanılabilmesi daha gevşek koşullara bağlamış olup; geçtiğimiz günlerde Langedijk soyisimli bir adam, alkolik olduğu için talep ettiği ötanazi kabul edilmiş ve hayatına enjeksiyonla son verilmiştir.[46]

2009'dan beri ötanazinin legal olduğu Lüksemburg'da, yasal düzenlemeler hayatına son vermek isteyen kişinin ayrıca yakınına da izin kullanma hakkı vermektedir. İnsanın haysiyetine yaraşır bir şekilde yaşayıp ölmesine yardım etmek üzere kurulmuş olan Dignitas isimli bir kuruluş, Lüksemburg dışından gelen kişilere de bu hizmeti sunmaktadır. İsviçre Ceza Kanunu'nda ise ötanazi tam anlamıyla yasal olmasa da, "desteklenmiş intihar" adı altında kişinin yaşamına son verilebilmektedir. İsveç'te de Fransa gibi pasif ötanazi mümkündür; zira pasif ötanazi hakkındaki yasal boşluktan da yararlanılmaktadır.[47]

Ötanazi günümüzdeki gibi olmasa da daha önce de belirtildiği

---

44 Ayrıntılı bilgi içiz bkz: http://www.lemonde.fr; http://www.lefigaro.fr (E.T. 2.6.2017)
45 Ayrıntılı bilgi içiz bkz http://www.20minutes.fr (E.T. 1.6.2017)
46 Ayrıntılı bilgi içiz bkz: www.saphirnews.com (E.T. 28.5.2017)
47 Ayrıntılı bilgi içiz bkz: www.lefigaro.fr (E.T.2.6.2017)

gibi tarihin birçok evresinde tartışılmış bir konudur. Bu tartışmaların bir tarafı doğal olarak onu savunan taraf; diğeri de reddeden taraf olarak yerini almıştır.

Ötanaziyi savunan, onu suç saymayan görüşün temel materyallerinde; failin davranışının, mağdura acı vermek değil, onun acılarını tatlı bir şekilde sona erdirmek olduğu belirtilmiştir. Hastasını rahata kavuşturan hekim, insani ve ahlaki bir amaçla hareket etmiştir.[48] Talep üzere birisini öldüren kişinin niyetinde kötülük ve başkasına zarar verme kastının olmadığı, ölmek isteyenin hayattan ve gelecekten bir beklentisinin bulunmadığı ve özellikle de iyileşmesinin imkânsız olduğu durumlarda bir hastanın yaşamına son verilmesinde, failin mağdura iyilik yaptığı gerekçeleriyle; rıza ile öldürme fiilini gerçekleştiren kişilere ceza verilmemesi gerektiği, doktrinde birçok kişi tarafından ileri sürülen bir görüştür.[49]

Gene bu konuyla ilgili diğer bir gerekçe de: "Madem ötanazi intihar olarak algılanıyor, intihar söz konusu iken cezai açıdan bir hal gerektirmeyen kanunlar neden kişinin talebinden ötürü öldürme eyleminin başkasına yaptırılmasını 'kasten adam öldürme' olarak algılıyor?" sorusundan kaynaklıdır.[50] Aslında bu gerekçe teorik olarak doğru bir mantık barındırmaktadır. Çünkü nihayetinde bir fikir tartışılırken taraflara ait argümanlar kendi içerisinde de değerlendirilirse ancak bir şey ifade edebilir. Burada da intihar eşittir ötanazi diyen bir görüş, bundan ortaya çıkacak sonuçları da tutarlı bir anlayışla kabul etmeli hatta bunu savunmak durumundadır. Aksi takdirde kendi içsel çelişkileri o düşünceyi her platformda çürütmeye maruz bırakır.

Doktrinde bir başka önemli görüş de illiyet bağı eksenli olandır. Bu görüşe göre; ölüm, hekimin eylemi ile değil, bundan önce beliren hastalık neyse ondan ötürü meydana gelir; çünkü ötanazi hasta yönünden değerlendirilince ortaya, "bitkisel bir hayat sahibi, içgüdülerden uzak, ölüme kadar kaderi sadece uyumak ve yatmak olan, yemek yerine ilaç alan, su yerine serumlarla hayatını idame ettiren, her daim ızdırap sa-

48 Sulhi Dönmezler/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 1997

49 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yay., Ankara, 1999

50 Oktay Bahadır, Yaşama Hakkı, Adalet Yay. Ankara, 2009

hibi, ölüme gelsin artık diyen" bir profil çıkmaktadır. Bu profil de, kişi de yaşamanın anlamının olmadığı sonucunu, doğal olarak doğurur.[51]

Kişinin yaşama hakkının çok hassas olarak korunması gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur. Fakat en temel ihtiyaçlarını insan onuruna yakışan bir biçimde yerine getirebilmekten, insanın biyolojik ve psikolojik gereksinimlerinin neredeyse tamamından uzaklaşma durumu, "yaşama hakkı"nın bu hayata mahkûm olmayı da kapsayıp kapsamadığı konusunda çelişkiler uyandırmakta olup, akıllara yazının başında sunduğumuz, "ölüm hakkı"nın, belli şartlar içerisinde "yaşam hakkı" kadar gerekli ve önemli olabileceği gerçeğini de ortaya çıkarmaktadır.[52]

Ötanaziye her şart ve koşulda karşı duran görüşün en temel argümanı intiharla ötanaziyi eşit tutmaktır. Bu keskin bakışın açıklamasını yapmak anlamsızdır. Çünkü intiharla ilgili görüşlerin tamamı burada da geçerli olacaktır.

Bu temel gerekçenin yanı sıra bir başka güçlü düşünce de ötanazinin amacına uygun yapılamayacağından kaynaklı "kötüye kullanmalar"dır. Şüphesiz bu görüşe katılmamak ilk bakışta mümkün değildir. Çünkü kötüye kullanma olarak tasvir ettiğimiz şey insanın hayatıdır! Fakat tartışmanın bu boyutunun uygulamaya yönelik bir takım problemlerden kaynaklandığını açıktır. Bu da aslında ötanaziye karşı olan bir görüşün elindeki güçlü gibi görünen gerekçenin teorik bir tartışmada çok bir şey ifade etmeyeceği gerçeğini de ortaya çıkarmaktadır. Zira bu gerekçe ötanazi olmalı mı olmamalı mı sorusunun bir cevabı olmaktan uzak olup, ötanazinin kabul edildiği bir ortamda onun nasıl uygulanacağı ile alakalıdır. Aksi takdirde "kötü niyetli olma ihtimalinin yüksek olduğu birçok konuda düzenleme yapmak yanlıştır" gibi bir çıkarım yapmak gerekir, bu da mümkün değildir. Bir konuya başlamadan önce ortaya konulan gaye ile yapılan işler arasında fark olma ihtimali zaten her şartta mevcuttur. Burada da devlete düşen, bu farkı olabildiğince ortadan kaldırmaktır. O nedenledir ki, bu tartışmaların öbeğinde de devlet vardır. Çünkü ötanazi devletten başka bir otorite tarafından yönetilecek bir konu değildir.

---

51 Köksal Bayraktar, S.151-152

52 Olcay Bağcı, "Ötanazi konusunda Hukukçular Üzerine Bir Anket Çalışması", *Maltepe Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi* Yay, İstanbul, 2002

Ötanaziye karşı oluşturulmuş bir başka görüş ise, karma görüştür. Bu görüşe göre ötanazi talep üzere yapılmış ise kasten adam öldürme suçundan değil, daha hafif bir suçtan yargılanmalıdır. Buradaki anlayış amaçsal bir yorumla ortaya konulmuştur. Amaç kişinin acılarını dindirmek ise bu kasten adam öldürme olarak nitelendirilemez fakat cezasız da kalamaz, düşüncesi bu görüşü ortaya çıkarmıştır. İtalya, Almanya, Avusturya, Danimarka, ispanya, Yunanistan, İzlanda, İsviçre gibi ülkelerde bu görüş hâkim olup, ötanazi için ayrı bir düzenleme mevcuttur.[53]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ötanazi konusunda çok fazla kararı yoktur. Tabii ki bunun sebebi çok yaygın olmamasındandır. Zira insanın her hal ve şekilde kendi hayatına son vermek istemesi, zor bir karardır. Ayrıca bir adım sonrasını ölüm olarak düşünen bir insanın, haklarının otoriterce tanınması için mücadele etmesi de çok beklenecek bir durum değildir. Gene de bu şartlara rağmen AİHM'e İngiltere'ye karşı dava açan Dianne Pretty ötanazi hususunda dava konusu olmuştur. (Pretty–2002) 1958 doğumlu Pretty, kaslarının felce uğraması neticesinde, iyileşmesi imkânsız olan ölümcül bir hastadır. Boyun kısmından itibaren felç olmasına karşın, beyinsel aktiviteleri çalışmaktadır. Hastalığın son dönemlerinde ağır acılar çeken hasta, bu acıları yaşamamak ve kendi hassasiyetleri çerçevesinde saygın olmayan bir ortamda ölmemek için, ölüm zamanını kendisi tercih etmek istemektedir. Ancak bunu yardım almaksızın yapması imkânsızdır. Bu sebeple Bayan Pretty kocasının yardımıyla ölmek istemiştir. Ve bu yönde başvuruları olmuştur. Fakat başsavcılık konunun imkânsız olduğunu eğer kocasının böyle bir şey yaparsa cezalandırılacağını bildirmiştir. İşte bu sebeple de Bayan Pretty AİHM'e, 2. maddeyi gerekçe göstererek -yaşam hakkının ölme hakkını da kapsadığını belirterek- İngiltere'de gerekli yasal düzenlemelerin yapılarak böyle bir durumda kocasının ceza almaması gerektiğini savunarak başvuruda bulunmuştur.[54]

AİHM, Bayan Pretty'nin ileri sürmüş olduğu tüm iddiaları oybirliği ile reddetmiştir. Bu kararın gerekçesinde ise; AİHM kararlarında sü-

---

53 Oktay Bahadır, S.14

54 Durmuş Tezcan/Mustafa Erdem/Oğuz Sancakdar, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin, Ankara, 2002

rekli olarak, devletin görevinin yaşamı korumak olduğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nce (AİHS) güvence altına alınan 2. maddenin yani yaşama hakkının, olumsuz bir yönde yorumlanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Görüldüğü üzere ötanazi konusunda dünyada birçok otorite ve neticesinde birçok düşünce mevcut bulunmaktadır. Bir konuda fikir sahibi olabilmek, öncelikle düşünmeyi, araştırmayı ve o konuda tartışmayı gerektirir. Bunlardan uzak bir hüküm ortaya koymak ise derinlikten uzak, sığ bir yorumun ötesine geçemez. Neredeyse 2500 yıl önce ortaya atılmış düşüncelerin bugün hala anlaşılamaması gerçekten kaygı vericidir. Burada temel konu olarak aldığımız ötanaziye karşı, her konuda olacağı gibi, enine boyuna tartışılmadan yasaklanması ya da kabul edilmesi hususunun çok doğru bir kanaat olamayacağı açıktır. Bu makalenin genel olarak amacı ülkemiz açısından bir değerlendirme yapmak olmadığından, ülkemizde şöyle olmalı ya da olmamalı şeklinde bir yorum yapmak da doğru olmayacaktır; fakat bir karar verilecekse; "Her nerede olursa olsun, tarihin akışının sürekli değiştiği gerçeği göz önünde bulundurularak karar verilmelidir." denebilir. Zira 80 yıl önce kadınların seçme hakkı dahi yokken 80 yıl sonra bu ülke de kadın başbakan seçilebilmiştir. Bunun temel gerekçesi kadına bakış açısının değişmesidir. Bu durum her konuda böyledir. Bakış açınız, sizin düşünceleriniz üzerinde etki sahibi olur ve kararlarınızı yönlendirir.

İşte bu perspektifler ışığında şöyle bir değerlendirme yaparsak: "*İntihar, hastalıklı bir ruh halinin kişide cereyan eden yansımaları neticesinde, kendisini etkisiz hale getirme, sıkıntılardan kurtulma gibi düşüncelerle ortaya çıkan bir durumdur, kısaca intihar doğanın akışına karşıdır, olağan değildir, dini ve ahlaki otoritelerce dışlanır, binlerce yıl devletler tarafından dışlanmıştır ve dışlanmaya da her daim devam edecek kötü bir şeydir. Ötanazi dediğimiz şey ise intiharın bir çeşididir. O halde intihar kötü bir şey ise doğal sonuç ötanazi de kötü bir şeydir.*" Bu çıkarım çok açıkça görülebileceği gibi içerisinde sebebi, sonucu ve neticesinde ortaya çıkması gereken hükmü içerisinde taşımaktadır. Ancak ne kadar tatmin edicidir? Örneğin özerklik hakkı olarak bilinen "*kişinin geleceğini her yönden tayin etmesi*" düşüncesi bu düşünceyi anında reddedecektir. Veya "*yaşama hak diyorsak ölmek doğal olarak hak olmalıdır*" diyen anlayışın görüşleri ile doğrudan çelişecektir. Ya da ötanazinin birçok türünü kabul etmiş Hollanda Devleti ve onun düşünce sisteminde, kendi sitemini benim-

semiş birçok kişi bu anlayışa karşı çıkacaktır. Peki, bu reddetmeleri veya karşı çıkmaları yok mu sayacağız? Eğer kendimizi demokratik, bağımsız, hukuka ve insan haklarına saygılı bireyler olarak görüyorsak, cevabımız bellidir; hayır! O halde yöntemsel açıdan takınacağımız tavır, özgür fikirlere açık olmak durumundadır.

Sonuç olarak, ötanazi bir intihar çeşidi değildir. Ötanazi salt olarak tek bir yöntem ve amaçla yapılan bir durum da değildir. Ötanazi yukarıda ki bölümlerde anlatmaya çalıştığımız gibi birçok çeşidi olan, uygulanma alanı farklı bölgelere göre farklılık gösterebilecek, bu anlayış çerçevesinde düzenlemesi gereken bir konudur. Aktif ötanaziyi bir ülkenin kabul etmemesi, pasif ötanaziyi de evleviyetle kabul etmeyeceği anlamına gelmemelidir. Keza iradi ötanaziyi kabul eden bir düzenleme de, iradi olmayanı da kabul etmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Burada en önemli mesele üzerinde çok durduğumuz, konunun enine boyuna tartışılması meselesidir.

Bu tartışmalar şüphesiz tek bir disiplinde ortaya konulamayacak kadar geniş konuları içerisinde barındırır. Hukuki boyutu, psikolojik ve sosyolojik boyutundan, psikolojik ve sosyolojik boyutu ise tıbbi ve biyolojik boyutundan bağımsız düşünülemez. Bunların hepsinin ise tarihi ve güncel çerçevede değerlendirilip bir fikir birliği içerisinde ortaya konulması, belli konuları aşmış, insan temelli düşünebilen her toplumda, gerekliliği artık zorunludur.

Kaynakça

İnceoğlu Sibel, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yay., İstanbul, 1999

Platon, Yasalar, Çev. Candan Şentuna-Saffet Babür, Kabalcı Yay. İstanbul, 2004

www.intihar.de

Turla Ahmet/Özkanlı Çağlar, *Adli Bilimler Dergisi*, 5 (3): 35-39, 2006

Kalyoncu Hamdi, Ölümsüzlük ihtiyacı, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 2011

İnanıcı Mehmet/Polat Oğuz/Aksoy Ercüment, Adli Tıp, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul, 1997

Erem Faruk, Adalet Psikolojisi, Adil Yayınevi, Ankara, 1997

Arslanoğlu Kaan, Psikiyatri El Kitabı, Adam Yayınları, İstanbul, 2003

www.psikiyatrist.org, 2003

Güven Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Nobel Yay., Ankara, 2000

Şehsuvaroğlu Bedi, Tıbbi Deontoloji, İstanbul, 1986

Elçioğlu Ömür/Gündüz Tarık/Köşgeroğlu Nedime, Tıp, Hukuk ve Etik Açısından Eutanasia, Tıbbi Etik, 1994

Platon, Devlet, Çev. Sebahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimcoz, Remzi Kitabevi, İstanbul,1992

Edelstein Ludwig, The Hippocratic Oath, USA, 1967

Bayraktar Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972

Bafra Jale, Ötanazi, Yayımlanmamış Adli Tıp Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990

Artuk Mehmet/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza hukuku Makaleleri, İstanbul, 2002

Çağlayan Muhtar, Ötanazi ve İntihar, 1966

Rachels James, The End of Life, Oxford Uni. Press, Oxford, 1986

Dworkin Ronald., Euthanisia And Individual Freedom, Alfred A. Knopf Press, Newyork, 1993

Taşkın Ahmet, Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri, Eda Yay., Ankara, 2005

Aşçıoğlu Faruk/Bafra Jale/Seçkin Çetin, Yaşamsal Desteklerin Kesilmesi ya da Sınırlandırılması, *ATD*, İstanbul, 1995

Dönmezler Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 1997

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yay., Ankara, 1999

Bahadır Oktay, Yaşama Hakkı, Adalet Yay. Ankara, 2009

Bağcı Olcay, "Ötanazi konusunda Hukukçular Üzerine Bir Anket Çalışması", *Maltepe Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi* Yay, İstanbul, 2002

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa/Sancakdar Oğuz, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yay., Ankara, 2002

www.saphirnews.com

www.franceculture.fr

www.lemonde.fr

www.lefigaro.fr

www.20minutes.fr

KAMU MALI NİTELİĞİNİN TESPİTİ VE KAMU MALLARINDAN YARARLANMANIN ESASLARI

DETERMINATION OF THE CHARACTERISTICS OF PUBLIC PROPERTY AND THE RULES OF UTILIZATION OF THE PUBLIC PROPERTIES

Kahan Onur ARSLAN*

Özet: Bu çalışmada öncelikle kamu malı niteliğinin nasıl kazanıldığı ve hangi malların kamu malı niteliği taşıdığı incelenmiştir. Ardından, kamu mallarından yararlanma esasları, hâkim ilkeler doğrultusunda belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Malı, Kamusal Mal, Genel Yararlanma, Kolektif Yararlanma, Özel Yararlanma, Bireysel Yararlanma

Abstract: In this study, first of all, which properties have the characteristics of public property and how to gain these characteristics are examined. Then, the rules of utilization of the public properties in the light of dominant principals are determined.

Keywords: Public Property, Public Good, General Utilization, Corporate Utilization, Exculisive Utilization, Individual Utilization

I. KAMU MALI KAVRAMININ TANIMLANMASI

Mal kavramı özel hukuk temelli bir tanımlama çerçevesinde haklara konu olabilecek bütün şeyleri ifade etmektedir.[1] Bir başka ifadeyle, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan ve kişi ve hayvanlar dışında kalan cismani varlıklar hukukta mal olarak tanımlanmaktadır.[2]

İdare de üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için personele ihtiyaç duyduğu gibi taşınır ve taşınmaz mallara ihtiyaç duymaktadır. Bu anlamda idarenin sahip olduğu malların tamamı idarenin malvarlığını ya da geniş anlamda idarenin mallarını oluşturur.[3]

* Arş. Gör. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku A.B.D.

1 Jale Akipek; Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Yay. İstanbul 2009, s. 25.

2 Kemal Oğuzman, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 8.

3 Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 731.

Bu geniş anlamı bakımından kamu malı kavramı, "kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu kamu hukukuna ya da özel hukuka tabi bütün malları" ifade etmek üzere kullanılabilir.[4]

Her ne kadar doktrinde ve içtihatlarda kamu malı kavramı zaman zaman bu geniş anlamında kullanılmakta ise de günümüzde çeşitli mal kategorilerinin, sahiplerinin niteliklerine ya da kullanıldıkları amacın özelliklerine göre diğer malların genel rejiminden belli farklılıklar içeren hukuki düzenlemelere tabi tutulmaları ihtiyacı vardır. Bu sebeple, kamu malı kavramı bu geniş anlamıyla kullanıldığında çoğunlukla ihtiyaca cevap vermekte yetersiz kalmaktadır.

Özellikle toplum halinde yaşamanın bir sonucu olarak mutlaka ortak kullanılması gereken mallar ile kamu hizmetlerinin sürdürülmesi için gerekli olan malların hukuki rejimini diğer malların tâbi olduğu özel hukuk rejiminden farklı bir şekilde ele alarak kamu hukuku içinde değerlendirmek kamu mallarına özgü bir hukuki yaklaşımın doğmasına yol açmaktadır.[5]

Bu bakımdan her ne kadar doktrinde farklı kavramlar önerilmiş ve kullanılmış olsa da[6] "kamu malları" kavramı idarenin, kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için sahip olduğu taşınır ve taşınmaz malları ifade etmek üzere kullanılan kavramlar içerisinde en çok tercih edilen kavramdır.[7]

Türk mevzu hukuku kaynaklarında kamu malı tanımlanmış değildir. Fransa'da Medeni Kanun (code civil) değişikliği sırasında benimsenmiş ve yargı organlarına da esin kaynağı olmuş bir tanıma göre kamu malları kavramı dar anlamıyla ele alınarak, "kamu idare ve kurumlarının gerek kamunun doğrudan kullanımına ayrılmış, gerekse nitelikleri gereği veya hizmetin amacına uygun düzenlenmiş olmak

---

4 Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Bas. Yay. Dağ., Bursa, 2009, s. 819.

5 Aydın Gülan, "Kamu Malları", İl Han Özay, Günışığında Yönetim İçinde, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 584.

6 Doktrinde Kamu Malları kavramı yerine, "devlet malları", "kamu hizmeti eşyası", "amme emlaki", "idare malları", gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bkz. Aydın Gülan, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi olduğu Hukuki Rejim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999, s. 9-10.

7 Gözler, s. 815. Esasen pozitif hukuk metinlerimizde genellikle kamu malları kavramı yerine bir malın aidiyetini gösteren "devletin hüküm ve tasarrufu altında" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Gülan "Kamu Malları", s. 589.

koşulu ile kamu hizmetine özgülenmiş malların tümü"[8] olarak ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında kamu mallarını dar anlamıyla ele alarak, "Doğal nitelikleri gereği herkesin ortak yararlanmasına açık olan sahipsiz mallar ile kamu tüzel kişileri tarafından herkesin ya da halkın bir kısmının yararlanmasına ayrılan orta malları ve kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin konusu ve aracı olan mallar, şeklinde tanımlamaktadır.[9]

Danıştay'a göre ise "idare hukuku ilkelerine göre, kamunun kullanma ve yararlanmasına ait olan veya bu amaca tahsis edilen eşya ve mallarla bir kamu hizmetinin unsuru ve ayrılmaz parçası sayılabilecek olan mallar kamu malı olarak kabul edilmektedir"[10] Bu bakımdan Danıştay'ın da, Anayasa Mahkemesi'nin tanımına benzer bir tanım benimsediği söylenebilir.

Bu tanımlar ışığında kamu mallarını geniş anlamıyla devletin veya kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu kamu hukukuna ya da özel hukuka tâbi bütün mallar şeklinde tanımlanmak yerine, dar anlamıyla; "devlet ve kamu tüzel kişilerinin mevzuat hükmü uyarınca ya da yürütülen hizmetin niteliği dolayısıyla belli bir kamu hizmetine tahsis edilmiş malları"[11] şeklinde tanımlamak daha isabetli olacaktır.

Her ne kadar yukarıdaki tanımlar kavramı açıklamak noktasında bir çerçeve çizmekte ise de idarenin sahip olduğu malları tek bir sınıflandırmaya tabi tutmak mümkün değildir. Çünkü idare mülkiyetindeki mallardan farklı usul ve amaçlarla yararlanmaktadır. Ayrıca malların nitelikleri ile kamunun yararı ve kamunun kullanımına sunulması ve bu anlamda tahsis işlemi bakımından da farklılıklar söz konusudur.[12]

Bu sebeple öncelikle kamunun özel malları ile kamusal mallar arasındaki ayrım üzerinde durmak gerekmektedir. Bu ayrımın temelde

---

8 Şeref Gözübüyük; Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1076-1077.

9 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: E. 996/66, K. 997/7, R.G. 28.10.1997, Sayı: 23154.

10 Danıştay, 8. Daire, Karar Tarihi: 13.10.1980, E. 980/157, K. 980/181.

11 Atay, s. 732.

12 Atay, s. 732.

kamu malı kavramının geniş anlamı ile dar anlamı arasındaki farktan kaynaklandığı söylenebilir.

İdarenin kimi malları sadece gelir sağlamaya yönelik iken kimi malları kamu hizmetinin görülmesi amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. Örneğin idarenin bir başkasına kiraya verdiği bir binaya sahip olması birinci duruma örnek olurken, idarenin sahip olduğu ve sağlık hizmeti vermek amacıyla kullandığı taşınmaz ikinci duruma örnektir. Bu bakımdan öncelikle idarenin bu iki farklı türdeki malları arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir.

Fakat tam da bu noktada söz konusu ayrımın hangi kriterler çerçevesinde yapılacağı problemi karşımıza çıkmaktadır.

Maalesef, ne Türk hukukunda ne de Türk hukukunda benimsenen kamu malları teorisinin esin kaynağı olan Fransız hukukunda hiçbir kanunda bu sorunu çözümleyebilecek kriterlere yer verilmemiştir. Bu sebeple, kamunun özel malları ile kamusal mallar ayrımı bugün de güncel bir sorun olma özelliği göstermeye devam etmektedir.

Bu sorunun çözümünde kullanılan hâkim görüşe göre, bir kamu tüzel kişisine ait ve fakat kanunla niteliği belirlenmemiş bir malın kamusal mal olup olmadığı ikili bir kritere göre tespit edilmektedir. Buna göre ya kamunun doğrudan yararlanmasına ya da bir kamu hizmetine, o hizmet için yapılan özel bir düzenleme ile tahsis edilmiş mallar, kamu malları arasına girerler. Bunların dışında kalan ve fakat kamuya ait olan mallar ise kamunun özel mallarıdır.[13]

A. Kamunun Özel Malları

Devlet veya bir kamu tüzel kişisinin yani kısaca kamunun mülkiyetinde bulunan fakat kamu hizmetinin yürütülmesine doğrudan doğruya etkisi olmayan mallara *kamunun özel malları* denir. Bu mallar sağladıkları gelir ile dolaylı olarak kamu hizmetlerinin yürütülmesine katkı sağlarlar. Bir başka ifadeyle bu tür mallar kamu yararına ya da kamunun kullanımına tahsis edilmiş değildir. Ayrıca bu tür malların kamu yararından çok gelir getirme amacını taşıdıkları da söylenebi-

13 Gülan, "Kamu Malları", s. 591.

lir.[14] Kural olarak bur tür mallara özel hukuk hükümleri uygulanır. Yani, idarenin bu mallar üzerindeki yetkisi esasen özel hukuk kişilerinin malları üzerinde sahip oldukları yetki ile aynıdır. Fakat bazı durumlarda bu tür mallara da kamu hukuku kuralları uygulanması mümkündür.

Örneğin, kural olarak kamunun özel malları da tıpkı kamusal malları gibi haczedilemez[15] ya da kamu kuruluşları özel mallarını diledikleri gibi satamaz ya da kiraya veremezler. Bu gibi işlemler için ihale mevzuatı ve kamu malî yönetim ve denetimi mevzuatına uygun hareket edilmesi gerekmektedir.[16]

Bunun yanında, özel kişilerin mülkiyetinde bulunup da bir kamu hizmetine ya da kamunun yararlanmasına sunulmuş bir mal ise kamu malı sayılmamaktadır. Örneğin, bir özel hukuk kişisinin tarlasının yola bakan kenarı üzerinde gelip geçenlerin yararlanması için yaptırdığı bir çeşme her ne kadar maliki tarafından kamunun hizmetine sunulmuş olsa da kamu malı sayılmaz. Ancak doktrinde, özel kişilere ait olan yani bir kamu tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunmayan bu tür mallara işlevleri bakımından "virtüel kamu malı" denilmesi önerilmiştir.[17]

B. Kamu Malları (Kamusal Mallar)

Kamunun doğrudan kullanımına ya da özel düzenlemelerle bir kamu hizmetinin görülmesine tahsis edilen ve kamu hukuku tüzel kişilerine ait bulunan mallara kamusal mallar ya da kısaca kamu malları denilmektedir.

Bu tanımdan da çıkarılabileceği üzere bir malın kamu malı olması için bu malın "kamu tüzel kişisinin mülkiyetinde olması" ve "kamu

---

14 Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer; Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2013, s. 574.

15 Ancak, kamu malları ile kamu mallarının kullanılmasından elde edilen gelirleri bu nokta birbirinden ayırmak gerekmektedir. Örneğin Danıştay, bir kararında, kamu malı da olsa kiralanan yerden elde edilen gelirin idarenin haczi mümkün özel geliri niteliğinde olması gerekçesiyle haczedilebileceğine hükmetmiştir. Danıştay, 4. Daire, Karar Tarihi: 06.07.1993, E. 1992/3386, K. 1993/3528.

16 Oğuz Sancakdar, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yay. , Ankara, 2008, s. 677.

17 Yıldızhan Yayla, "Kamu Mallarının Çağdaş Tanımı", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.7, S. 1-3, 1992-1993, s. 16.

yararına tahsis edilmesi" olmak üzere iki koşulu taşıması gerekmektedir. Birinci şarta "kamu mülkiyeti şartı", ikinci şarta ise "tahsis şartı" denilebilir.[18]

Bu bakımdan özel kişinin mülkiyetinde bulunan bir mal, herkesin kullanımına sunulmuş bir mal olsa bile kamu malı sayılamaz. Örneğin ülkemizde çokça rastlanan hayrat, çeşme ve sebiller, salt bunlardan herkes yararlandığı için kamu malı sayılamazlar. Bu gibi mallar halen özel kişilerin mülkiyetinde olan, özel mallardır.[19]

Kamu malı olmanın ikinci şartı olan tahsis şartının gerçekleşmesi için ise iki alternatif şart gerekmektedir. Buna göre, söz konusu mal ya "kamunun doğrudan kullanımına" ya da "bir kamu hizmeti ifasına" tahsis edilmiş olmalıdır.[20]

Örneğin, yollar, akarsular, deniz kıyıları, pazar yerleri, parklar, ibadethaneler ve mezarlıklar "kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş" yerler iken, bir karakol binası, bir okul binası, havaalanı binası metro istasyonları gibi mallar, "bir kamu hizmetine tahsis edilmiş" olan malladır.[21]

Kamusal mallar doktrinde;

- Tahsis amaçlarına göre: "sahipsiz mallar," "orta malları" ve "hizmet malları" olmak üzere üç gruba ayrılarak,
- Maddi içeriklerine göre: "kara kamu malları", "deniz kamu malları", "su kamu malları" ve "hava kamu malları" olmak üzere dört gruba ayrılarak,
- Oluşum tarzlarına göre: "doğal kamu malları" ve "yapay kamu malları" olmak üzere iki gruba ayrılarak,
- Taşınabilir olup olmamalarına göre ise "taşınabilir kamu malları"

---

18 Gözler, s. 821.

19 Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 573.

20 Gözler, s. 823.
Zabunoğlu'na göre, bir malın kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmesi aslında bir kamu hizmetinin ifasına tahsis edilmesi ile aynı şeydir. Bu nedenle doğrudan tahsis ile hizmetin ifasına tahsis arasında bir ayrım gözetilmesi isabetli değildir. Bkz. Zabunoğlu, s. 574.

21 Gözler, s. 823.

ve "taşınmaz kamu malları" olmak üzere iki gruba ayrılarak sınıflandırılmaktadırlar.

Buna göre, doğal nitelikleri gereği herkesin doğrudan doğruya ortak yararlanmasına açık olan, tarıma elverişli olmayan kayalar, tepeler, dağlar; deniz, göl, nehir ve akarsu gibi genel sular; kıyılar, ormanlar, doğal zenginlikler ve kaynaklar ile tarih, kültür ve tabiat varlıkları gibi mallar *"sahipsiz mallar"*dır.[22] Halkın doğrudan doğruya kullanımına sunulmuş olan yollar, köprüler, meydanlar, pazar yerleri, mezarlıklar gibi mallar *"orta malları"*dır.[23] Kamu hizmetlerine, hizmetin parçasını oluşturacak şekilde özgülenmiş olan mallar ise *"hizmet malları"*dır.[24] Hizmet mallarına örnek olarak, okul ve hastane binaları, adliye sarayları, stadyumlar, müzeler, karakollar örnek olarak gösterilebilir.

Bir devletin kara ülkesi üzerindeki ve kamu hizmetlerinin ifasına tahsis edilmiş veya hizmetlerin ana araç ve gereçlerini oluşturan tüm taşınır ve taşınmaz mallar, *"kara kamu malları"*nı;[25] deniz ve okyanusta bunların bir parçası olmakla beraber uluslararası hukuk gereğince devletin egemenlik yetkilerine dâhil edilmiş karasuları ile su malları kategorisine dâhil edilmeyen körfez, koy, liman, fener, şamandıra ve işaretlerden oluşan mallar *"deniz kamu malları"*nı, devletin ülkesi üzerinde yer alan atmosfer parçası ise *"hava kamu malı"*nı oluşturur.[26]

Doğanın kendi düzeni içinde oluşan, oluşumunda insan müdahalesi bulunmayan ve kendi doğal ortamında yer alan mallar, "doğal kamu malları"dır. Doğal kamu mallarının kamu malı niteliğini kazanmaları için idarenin alacağı bir tahsis kararına ihtiyaç yoktur. Bu mallar nitelikleri gereği kamu hizmetine ve kamusal yarara özgülenmiş bulunmaktadırlar. Denizler, göller, akarsular, nehirler ve benzeri mallar doğal kamu mallarının örnekleridir.

"Yapay kamu malları" ise insan eliyle yapılmış veya üretilmiş ve kamu hizmetine tahsis edilmiş mallardır. Anlaşılacağı üzere yapay kamu mallarının en önemli özelliği bir idari işlemle/kararla (tahsis ka-

22 Sadık Kırbaş, Devlet Malları, Adım Yayıncılık, Ankara, 1988, s. 18-29.
23 Turan Yıldırım; Melikşah Yasin; Nur Karan ve diğerleri, İdare Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 493.
24 Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 1081.
25 Zabunoğlu, s. 578.
26 Atay, s. 737-738.

rarı ile) kamu malı olarak kamusal bir hizmetin görülmesine özgülenmiş olmalarıdır. Kamu hizmetine tahsisli tüm binalar, yollar, köprüler, meydanlar, istasyonlar, pazar yerleri, araç ve gereçler yapay kamu mallarıdır.

Sahip olduğu nitelikler değişmeden bir başka yere nakledilemeyen, yeri değiştirilemeyen kamu malları, "taşınmaz kamu malları"; bunlar dışında kalan tüm kamu malları ise taşınır kamu mallarıdır.[27]

Bu bakımdan kamu hizmetine tahsisi edilmiş binalar, meydanlar, anıtlar, mezarlıklar taşınmaz kamu mallarına örnek olurken; idarenin sahip olduğu araç ve gereçler, otomobiller taşınır kamu mallarının örnekleridirler.

Devletin kamu malları üzerindeki hakkının niteliği konusunda ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Örneğin, klasik idare hukuku doktrininde idarenin kamu malları üzerinde sadece denetim ve gözetim yetkisi olduğu ileri sürülmüştür. Bir diğer görüş ise idarenin kamu malları üzerinde kamu hukuku kuralları ile sınırlandırılmış bir tür özel mülkiyete sahip olduğu şeklindedir.[28] Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Çünkü kamu tüzel kişileri, kamu malları üzerinde mülkiyet hakkının malike verdiği kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarrufta bulunma (abusus) yetkilerini özel hukukta olduğundan daha farklı olarak belli ölçülerde kullanmaktadır. Kamu malları üzerinde kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu mülkiyete "kamu mülkiyeti", "idare mülkiyeti" ya da "idare/kamu hukuku mülkiyeti" de-

---

27 Bu konuda Gözler farklı düşünmektedir. Yazara göre, Kamu hizmetine tahsis edilmiş her taşınır mal kamu malı değildir. Çünkü bunların özel bir düzenlemeye tabi kılınmış olmaları gerekir. Yazara göre örneğin, kamu hizmetine tahsis edilmiş kamu tüzel kişisine ait olan otomobiller ve bürolarda kullanılan daktilo ve bilgisayarlar kamu malı değildir. Yazar bu malların özel kişilerin kullandıkları otomobillerden ve bilgisayarlardan farklı olmadığı çünkü özel bir şekilde düzenlenmedikleri görüşünü savunmaktadır. (bkz. Gözler Kemal; Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Bas. Yay. Dağ., Bursa, 2013, s. 687.)
Kanaatimizce bu görüş kamu malları genel teorisi bakımından isabetli değildir. Çünkü öncelikle her ne kadar belli bir kişinin kullanımına verilmiş gibi görünse de bu mallar bir kişiye değil makama tahsis edilmiş mallardır. Kişiler değişse de mallar aynı şekilde kullanılmaya devam edilecektir. Ayrıca idarenin bir makamı işgal eden kişinin kullanımına tahsis etmiş olduğu malların tahsis amacı kişisel işlerin görülmesi değil bir kamu hizmetinin görülmesidir. Bu bakımdan bir kamu tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmiş bu malları da kamunun taşınır mallarından saymak gereklidir.

28 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 578.

nilmesinin sebebi budur. Kamu mülkiyeti, kamu tüzel kişilerine özel mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilere ek olarak yeni yetkiler tanır ve aynı zamanda ödevler[29] yükler.[30]

Örneğin kamu malının kusurundan ya da kullanımından kaynaklanan zararlar, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarece tazmin edilmelidir. Zararın giderilmesine ilişkin talepler de idare hukuku ilkeleri çerçevesinde idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının saptanması suretiyle idari yargı yerince çözümlenmelidir. Danıştay 10. Dairesi'nin bu duruma örnek teşkil eden bir olay neticesinde verdiği karar şöyledir: "Dava; davacılardan adı geçenin kardeşinin eğitim gördüğü okul binasının bacasından kopan sac parçasının üzerine düşmesi nedeniyle sakat kaldığından bahisle maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır. Okul binalarının, yürütülen eğitim ve öğretim hizmetinin bütünleyici parçası olduğu ve bu hizmetten bağımsız olarak düşünülemeyeceği dikkate alındığında; kamu malı niteliğinde bulunan devlet okuluna ait bina ve bahçede meydana gelen olay nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini isteminden doğan uyuşmazlığın, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının saptanması suretiyle idari yargı yerince çözümlenmesi gerekir."

II. KAMU MALLARINDAN YARARLANMANIN HUKUKİ REJİMİ

Kamu mallarından yararlananların çok büyük bir kısmı, günlük yaşamlarında pek de farkında olmadan bu malları kullanan, bu mallardan elde edilen sonuçlardan doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak fayda sağlayan insanlardır. Yollardan ve kaldırımlardan yürümeler, parklarda oturmalar, okullarda öğrenim görmeler, duraklarda beklemeler gibi…[31]

Bununla birlikte idareleri de kamu mallarından yararlananlar arasında saymak gerekir. Çünkü idare ve idarenin çalışanları kamu malları sayesinde hizmetlerini yürütürler, başarı gösterirler, mesleklerin-

[29] Kararın tam metni için bkz: Danıştay, 10. Daire, Karar Tarihi: 26.04.2011, E. 2011/1371, K. 2011/1607.
[30] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 579.
[31] Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yay., İstanbul, 2009, s. 340.

de yükselirler. Bu sebeple kamu mallarının yeterliliğinin ve kalitesinin sadece kamu mallarını kullanan vatandaşlar bakımından değil bizzat idarenin kendisi bakımından da önem taşıdığı söylenebilir.[32]

Kamu mallarından yararlanmada kamu yararının nasıl sağlanacağı; mala, yararlanan kişiye ve yararlanılan duruma göre değişiklik gösterebilir. Kamu malından yararlanma, mala verilen işleve uygun olmalı ya da en azından bu işlev ile bağdaşabilir olmalıdır. Bu bakımdan, kamu malından yararlanmanın mümkün olup olmadığı, mümkün ise bu kamu malının kim tarafından ve ne kadar süre ile yararlanılacağı tahsisi işlemi ile belirlenmektedir. Dolayısıyla kamu mallarından yararlanmada tahsisin korunması temel bir ilkedir. Bunun sağlanabilmesi için idareye üstün ve bertaraf edilemez yetkiler tanınmıştır. Öyle ki idareye tanınan bu üstün ve bertaraf edilemez yetkiler, gerektiğinde tahsisi değiştirmeyi ve hatta tahsisi ortadan kaldırmayı da kapsamaktadır.[33]

Bunun yanında, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "Mal Yönetiminde Etkililik ve Sorumluluk" başlıklı 48. maddesine göre, kamu idareleri taşınırların yönetimi, kaydı, muhafazası ve kullanımından sorumludurlar. Kamu idarelerine ait malları edinme, kiralama, tahsis, yönetim, kullanma ve elden çıkarma işlemleri mevzuatında öngörülen kurallar dâhilinde hizmetin amacına uygun olarak verimlilik ve tutarlılık ilkesine uygun olarak yapılmalıdır. Bu bakımdan kamu malını korumak[34] ve kamu malından en iyi yararlanmayı sağlamak ilgili idarenin yükümlülüğüdür.[35]

Bir yerin veya şeyin kamu malı olması, o mal veya nesne etrafındaki kişilerin hak ve hürriyetlerini kullanmalarına da bazı sınırlamalar getirir. Çünkü kavramı ifade etmek için kullanılan "kamu" nitele-

---

32 Yayla İdare Hukuku, s. 340.

33 Yıldırım/Yasin/Karan ve diğerleri, s. 534.

34 İdarenin kamu malını korumak görevi Danıştay kararlarında olukça geniş yorumlanabilmektedir. Örneğin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararında, "bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu yararını ilgilendirdiği için bu hizmeti görmek ve bu menfaati korumakla görevli olan idarenin imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahip olduğuna" hükmetmiştir. Kararın ayrıntısı için bkz: Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, Karar Tarihi: 16.09.2009, E. 2009/1533, K. 2009/1729.

35 Yıldırım/Yasin/Karan ve diğerleri, s. 535.

mesinden de anlaşıldığı üzere, kamu malları söz konusu olduğunda "kamu yararı" öne çıkmaktadır. Bu durum da, kişilerin bazı girişimlerini ve faaliyetlerini, bu mallardan özel yararlanmalar bakımından kısıtlamakta veya zorlaştırmaktadır.[36]

Kamu mallarından yararlanmanın hukuki rejimi, yararlanılacak malın niteliğine göre ve yararlanma biçimine göre değişiklik göstermektedir. Örneğin bazı kamu mallarından tüm toplum yararlanırken bazı kamu mallarından sadece belli bir yörede oturan bireyler faydalanabilirler; bazı kamu mallarından kişisel olarak ya da doğrudan doğruya yararlanıldığı halde bazı kamu mallarından kişiler dolayısıyla faydalanırlar.[37] Öyle ki, kamu hizmetlerine tahsis edilmiş kamu mallarının kullanım rejimi ile kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş kamu mallarının kullanım rejimi birbirinden farklıdır. Yine genel ve ortak yararlanma olarak da adlandırılabilecek olan kolektif yararlanmaya hâkim olan ilkeler ile bireysel ve özel yararlanmalara

---

36 Yıldızhan Yayla, "Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesisi" İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 357.
Örneğin, 1982 Anayasası'nın 43. ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 5. maddesine göre, kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Buna göre kanun koyucu kıyı şeritlerinde yapılacak yapılar için özel bazı düzenlemeler ve kısıtlamalar öngörmüştür. Mesela 3621 sayılı Kanun'da 3830 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile sahil şeritlerine yapılacak yapıların kıyı kenar çizgisine en fazla 50 metre yaklaşabileceği öngörülmüştür. Bundan başka, Yaklaşma mesafesi ve kıyı kenar çizgisi arasında kalan alanlar, ancak yaya yolu, gezinti, dinlenme, seyir ve rekreaktif amaçla kullanılmak üzere düzenlenebilir, sahil şeritlerinin derinliği, 100 metreden az olmamak üzere, sahil şeridindeki ve sahil şeridi gerisindeki kullanımlar ve doğal eşikler de dikkate alınarak belirlenir, taşıt yolları, sahil şeridinin kara yönünde yapı yaklaşma sınırı gerisinde kalan alanda düzenlenebilir ve sahil şeridinde yapılacak yapıların kullanım amacına bağlı olarak yapım koşulları yönetmelikte belirlenir. Tüm bu düzenleme ve kısıtlamalar, kıyıların kamu malı niteliğinden ve yararlanılmasında kamu yararı gözetilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Danıştay 6. Dairesi de bir kararında "Kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği, sahil şeritlerinde yapılacak yapıların kıyı kenar çizgisine en fazla 50 m yaklaşabileceği ve sahil şeritlerinde yapılabilecek yapılar ve ıslah imar planının ve bu plan uyarınca yapılacak parselasyon işleminin amacı dikkate alındığında sahil şeritlerinde 2981 sayılı **İmar** ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanunu'nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un uygulanmasının mümkün olmayacağına hükmetmiştir. Bkz. Danıştay, 6. Daire, Karar Tarihi: 22.10.2008, E. 2006/6449, K. 2008/6992.

37 İsmet Giritli; Pertev Bilgen; Tayfun Akgüner; Kahraman Berk, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 877.

hâkim olan ilkeler birbirinden farklıdır. Ayrıca, kamu mallarına giriş ve çıkışlar bakımından da farklı ilkeler benimsenmiş olabilir.

Şimdiye kadar yazılan satırlardan kolayca anlaşıldığı ve Gülan'ın da belirttiği üzere, kamu malları teorisinin ülkemizde genel bir kanuni temeli yoktur. Gülan bu durumu şu cümlelerle ifade etmektedir:

"*Kamu mallarına ilişkin genel bir yasal düzenleme* hâlâ *ortaya konulmadığı, aksine* çeşitli kamu malı türleri için mecbur kalındıkça, *birçok kanunda parça parça, kimi zamanda çelişkili düzenlemeler yapılmakla yetinildiği için; gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde -kamu mallarının- hukuki rejimine ilişkin belirsizlik süregelmiştir.*

Kamu malları rejiminin genel ilkeleri ve istisnaları tutarlı bir şekilde pozitif kurallara kavuşturulmuş, doktrin tarafından sistemleştirilmiş ve yargı kararlarıyla işlenmiş olmadığından, Türk hukuku bakımından kamu mallarının rejiminin ihtiyaçları tatmin edecek bir hukuki kesinlik ve belirginlik düzeyine ulaştığı söylenemez."[38]

Gülan'ın yıllar önce yaptığı bu tespitler günümüzde halen güncelliğini koruduğu içindir ki, doktrinde kamu mallarından yararlanmaya hâkim olan pozitif hukuk kurallarından ziyade, kamu malları rejimine hâkim olan ilkelerden bahsetmek alışkanlığı devam etmektedir. Bu sebeple öncelikle kamu mallarından yararlanma usullerine hâkim olan genel ilkelerden bahsedecek; daha sonra ise kamu mallarından yararlanmada hâkim olan farklı rejimler ile yararlanmaya hâkim olan ilkeleri incelemeye çalışacağız.

A. Kamu Mallarından Yararlanma Usullerine Hâkim Olan Genel İlkeler

Kamu mallarının birbirinden farklı kategorilerden oluştuğu bir gerçek olduğuna göre elbette farklı hukuki rejimlere tabi olan mal kategorilerinden yararlanma usullerinin genel bir teori altında toplanması oldukça güçtür. Ancak bu, yararlanma usulleri bakımından bir takım ortak temeller üzerinde uzlaşılamayacağı anlamına gelmez. Bu uzlaşma her kamu malı kategorisi için yararlanma usullerinin hukuki rejimlerinin aynı olacağı anlamına da gelmemektedir.

38 Gülan, "Kamu Malları", s. 583.

Elbette kamu malının niteliğine göre, üzerindeki tahsise ve kullanıcısına göre yararlanmanın farklı hukuki görünümleri olacaktır. Bu noktada, yararlanma usullerine hâkim olan genel ilkeler, kamu mallarının genel hukuki karakterlerinin temelinde yer alan düşüncenin bir yansımasıdır. Bu çerçevede kamu mallarından yararlanma usullerine hâkim olabilecek genel ilkeler şu şekilde sıralanabilir.[39]

- Bir kamu malından yararlanma, o malın üzerinde bulunan tahsise uygun olmalı, en azından tahsisle bağdaşabilir bulunmalıdır.
- Kamu mallarından yararlanma hakları, idarenin kamu malının tahsisini belirleme ve gerektiğinde değiştirme yetkisini kısıtlayamaz.
- Kamu tüzel kişileri kamu mallarından en iyi yararlanmayı sağlamak zorundadır.[40]
- Kamu malları üzerinde kolluk yetkisinden kaynaklanan düzenlemeler yapmak mümkündür.

B. Kamu Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Kamu Mallarının Kullanımı

Bir malın kamu malı sayılabilmesi için gerekli ikinci şart olan tahsis şartının iki alternatifinden birinin kamu hizmetlerinin ifasına tahsis edilmiş olma olduğuna yukarıda değinilmişti. Örneğin, okullar, hastaneler, idari binalar (bakanlıklar, valilikler, il müdürlükleri vs.), kışlalar, adliye sarayları, ceza infaz kurumları, bireyler tarafından değil, doğrudan doğruya idare tarafından kullanılan kamu mallarıdır. Bu tür kamu mallarının bir kısmı kamu hizmetinin ifası amacıyla münhasıran idare tarafından kullanılırken, bir kısmı bireyler tarafından dolaylı olarak da kullanılmaktadır. Bu bakımdan münhasıran idare tarafından kullanım ile bireyler tarafından dolaylı kullanımı birbirinden ayırt etmek gerekir.[41]

---

39 Çalışmamızın bu bölümünde, Gülan tarafından sıralanan genel ilkeler içerisinde, sadece bizim de katıldığımız ilkeler sıralanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gülan, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin..., s. 161-163.

40 Bu çerçevede kamu mallarından en iyi şekilde yararlanma yollarının araştırılması da idarenin bir görevi olarak ortaya çıkmaktadır.

41 Bkz. Gözler, s. 899.

Örneğin askeri depolar, askeri fabrikalar, elektrik santralleri, kışlalar, münhasıran idare tarafından kullanılan mallar olmaları bakımından halkın girişlerine yasaklanan alanlardır. Kişilerin bu alanlara girmeleri ulusal güvenlik ya da ulusal savunma gibi gerekçelerle yasaklanmıştır. Tahsis edildikleri kamu hizmetinin niteliği bakımından herkes tarafından girilmemesi gereken bu tür kamu mallarına girenlerin cezai yaptırımla karşılaşmaları da mümkündür.[42]

Kişilerin kamu hizmetine tahsis edilmiş kimi mallara girmeleri ise özel izne tabi tutulabilir. Örneğin, Genel Kurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı gibi yerlere girişler yetkili kurumdan alınacak özel izne bağlanabilir.[43] Ya da eğitim hizmeti verilen bir okul ya da üniversiteye öğrenci ya da personel olmayanların özel bir izinle girmeleri öngörülebilir.

Kişilerin bu tür kamu mallarında yararlanmalarının yani kamu mallarının kişiler tarafından dolaylı kullanımının koşulları yine idare tarafından tespit edilmektedir.[44]

C. Kamunun Doğrudan Kullanımına Tahsis Edilmiş Kamu Mallarının Kullanımı

Kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş kamu mallarının kullanımı ise esasen "genel (kolektif) yararlanma" ve "özel (bireysel) yararlanma" olmak üzere iki şekilde söz konusu olmaktadır. Ancak her iki tür yararlanmanın da bağlı olduğu ortak ilkler bulunmaktadır. Buna göre gerek genel yararlanmada gerekse özel yararlanmada:

- yararlanma kamu malının tahsis edildiği amaca aykırı olmamalı, onu tehlikeye düşürmemelidir ve
- idare kamu malını korumak ve en iyi şekilde değerlendirmek durumundadır.

Bu ilke özellikle yararlanma izinlerinin verilmesinde, sona erdirilmesinde ve yararlananlardan alınacak karşılığın saptanmasında etkili olmaktadır.[45]

---

42 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 877.
43 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 877.
44 Gözler/Kaplan, s. 700.
45 Gözübüyük/Tan, s. 1131.

1) Genel (Kolektif) Yararlanma

Genel yararlanma, kamu mallarından tahsisi amaçları çerçevesinde, objektif olarak belirlenmiş statülerdeki kişilerce, hukuki olarak kişiselleştirilmiş bir sıfata sahip olmak gerekmeksizin yararlanma olarak tanımlanabilir.[46]

Genel yararlanmanın temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgisi vardır. İdare genel yararlanmaya tabi malların kişilerce kullanılıp kullanılmayacağına karar vermesi hukuka aykırılık teşkil eder. Çünkü kamu mallarından genel yararlanma ile kastedilen kamu mallarının tahsisi amacına uygun bir şekilde herkes tarafından yararlanılmasıdır.[47] Kişilerin temel hak ve özgürlüklerini kullanmaları sonucu ortaya çıkan genel yararlanma için kişilerin, izin almak, sözleşme yapmak gibi idare ile özel bir hukuki ilişkiye girmelerine gerek yoktur.[48] Genel yararlanma özellikle deniz, göl, nehirler, kıyılar, yollar, meydanlar, parklar gibi orta mallarında görülür.[49] Çünkü orta mallarının temel ölçütü zaten ortak ve genel yararlanmaya sahip olmaktır.[50]

Genel yararlanmanın hukuki rejimini belirleyen üç temel ilke vardır. Bunlar: "serbestlik ilkesi", "eşitlik ilkesi" ve "yararlanmanın karşılıksız olması ilkesi" olarak adlandırılabilirler.

a. Serbestlik İlkesi

Serbestlik ilkesi kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş mallarının kamu tarafından genel ve ortak bir şekilde kullanımının kural olarak izne bağlanamamasını ifade eder. Bu anlamda genel yararlanma bir hak olarak da değerlendirilebilir.[51] Örneğin bir kişinin kaldırımda yürümek için, parkta oturmak için, denize girmek için, nehirde veya gölde balık tutmak için hiçbir makamdan ya da kişiden izin almasına gerek yoktur.

Ancak kamu yararına yönelik olmakla birlikte ticari nitelik taşı-

46 Yıldırım/Yasin/Karan ve diğerleri, s. 535.
47 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 878.
48 Gözübüyük/Tan, s. 1131.
49 Gözler/Kaplan, s. 700.
50 Yıldırım/Yasin/Karan ve diğerleri, s. 535.
51 Pertev Bilgen'e ait olduğu ileri sürülen bu görüş için bkz. Yıldırım/Yasin/Karan ve diğerleri, s. 535, Gözübüyük/Tan, s. 1132.

yan bazı faaliyetlerin icrası için serbestlik ilkesine istisna getirilebilir. Örneğin yollarda halk otobüsü ya da dolmuş işleterek ticari faaliyette bulunmak izne tabi tutulabilir.

Bundan başka, serbestlik ilkesine kamu düzeni ya da kamu yararı gibi gerekçeler ileri sürülerek de istisna getirilebilmesi mümkündür. Örneğin kaldırımda yürümek hiçbir şarta tabi tutulamazken yollarda motorlu taşıt kullanmak için sürücü belgesine sahip olma şartı getirilmesi doğaldır.

Fakat genel yararlanma bir izne ya da şarta bağlanacaksa bu istisnanın mutlaka açık bir düzenleme ile belirlenmesi gerekir.[52]

b. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi ise kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş kamu mallarının kamu tarafından genel ve ortak kullanılmasında aynı durumda bulunan kişilere aynı koşulların uygulanmasını öngören bir ilkedir. Buradan da anlaşıldığı üzere eşitlik ilkesi farklı durumda bulunan kişiler arasında kamu mallarının kullanımı bakımından bir ayrım yapılmasına engel teşkil etmemektedir.[53] Bu bakımdan kamu hizmeti gören toplu taşıma araçları ve polis, itfaiye, ambulans gibi araçlara genel yararlanmada tanınan ayrıcalıklar ya da ağır vasıtaların bazı bölgelere girişlerinin ve park edilmesinin yasaklanması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Eşitlik ilkesi ayrıca kamu mallarından yararlanan kişiler bakımından da başka kişilerin yararlanmasını engelleyecek tutum ve davranışlardan kaçınmak gibi bir yükümlülüğü de gerektirir.[54]

c. Yararlanmanın Karşılıksız Olması İlkesi

Kural olarak kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş kamu mallarının kamu tarafından genel ve ortak kullanılması ücretsizdir. Ancak bu ilkenin diğer ilkler kadar etkili olmadığı, mevzuatta aksi

52 Yıldırım/Yasin/Karan ve diğerleri, s. 536.
53 Gözler/Kaplan, s. 701.
54 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 879.

öngörülmedikçe geçerli olduğu kabul edilmektedir.[55] Örneğin kural olarak yolların kullanımı için bir bedel alınmaz[56] ancak 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun geçiş ücretlerinin belirlenmesi kenar başlıklı 14. maddesine göre: "*Otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarının geçişi ücretli olacak kesimleri Genel Müdürün teklifi üzerine Bakan tarafından belirlenir. Bu karayollarının geçiş ücretleri ile bu ücretlerin yeniden belirlenmesi; ücretlendirilen karayolunun mesafesi, trafik yoğunluğu, aracın cinsi, sosyal ve ekonomik faktörler dikkate alınarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen esas ve usullere göre Genel Müdürün teklifi üzerine Bakan onayı ile yürürlüğe girer.*

Geçişi ücretli olan otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından, işletme hakkı verilen veya devredilenler hariç, ücretsiz olması uygun görülen kesimleri ile ücretsiz geçiş yapmasına izin verilecekler genel hükümlere göre belirlenir."

Anılan düzenlemede her ne kadar "ücret" ifadesi tercih edilmiş olsa da bizim de katıldığımız bir görüşe göre idare tarafından alınan bu paralar, hizmetin tam karşılığı olamayacağı için esasen ücret olarak kabul edilemezler. Bu paralar, giderlere katılım niteliğinde olup sadece harç ve vergi niteliğindedirler.[57]

Ancak kanaatimizce 3996 sayılı kanun usulünce yap-işlet-devret sözleşmesi ile işletilen bir otoyol veya köprüden geçiş için ödenecek bedeller, bir istisna olarak ücret niteliğindedir. Çünkü her ne kadar, burada da ödenecek bedel idarenin bağlı bulunduğu veya ilgili bulunduğu bakan tarafından belirlenecek olsa da, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde hizmet gören sermaye şirketleri veya yabancı şirketler kârlılık esasına göre işletme faaliyeti yürütmektedirler. Bu sebeple ödenen bedel maliyet artı kârı kapsadığı için bir ücrete dönüşmüş olmaktadır.

Örneğin, İstanbul- Bursa-İzmir Otoyolu Projesi, Gebze-Orhangazi-İzmir (İzmit Körfez Geçişi ve Bağlantı Yolları dâhil) Otoyolu işinin,

---

55 Gülan, "Kamu Malları", s. 627.

56 Öyle ki idare doğrudan kamunun kullanımına tahsis edilmiş kamu mallarının kullanımı için kendisi bir bedel almayacağı gibi bu malların harç alınarak dahi olsa geçici işgaline izin verdiği üçüncü şahısların da herhangi bir bedel talep etmesine müsaade edemez. Örnek bir karar için bkz. Danıştay 10. Daire, Karar Tarihi: 14.12.1992, E. 1992/3452, K. 1992/3497.

57 Aynı görüşte bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 878.

Sözleşmesi'ye uygun olarak finansmanının temini, projelendirilmesi, yapımı, işletilmesi, işletme süresi boyunca her türlü bakımı, onarımı ve sözleşme süresi sonunda otoyol'un her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır, kullanılabilir durumda ve bedelsiz olarak İdare'ye devredilmesi işlerinden oluşan bir yap-işlet-devret projesidir.[58] Projenin en büyük ayağını oluşturan Orhan Gazi Köprüsü'nün geçiş ücreti, 2016 yılı için, araç sınıfına ve kullanılan bağlantı yoluna göre 62.10 TL ile 313.20 TL arasında değişebilmektedir.[59] Bu ücretler köprü ve bağlantı yollarını kullananlar için net bir şekilde ücret niteliğindedir. Ayrıca, Orhan Gazi Köprüsü için Otoyol Yatırım ve İşletme A.Ş ile Karayolları Genel müdürlüğü arasında yapılan sözleşme ile projede 4 ayrı kesim halinde trafik garantisi verilmiştir. Bu kesimler ve verilen trafik garantileri şu şekildedir;

1.Kesim: Gebze – Orhangazi için 40.000 Otomobil eşdeğer/Gün,

2.Kesim: Orhangazi – Bursa (Ovaakça Kavşağı) için 35.000 Otomobil eşdeğer/Gün,

3.Kesim: Bursa (Karacabey Kavşağı)- Balıkesir/Edremit ayrımı için 17.000 Otomobil eşdeğer/Gün, ve

4.Kesim: (Balıkesir – Edremit) ayrımı – İzmir için 23.000 Otomobil eşdeğer/Gün.[60]

Buna göre örneğin Gebze-Orhangazi güzergâhında günde 40.000 otomobil veya eşdeğer araç üzerinden yapılacak hesaplamaya göre 365 gün sonunda toplam 14 milyon 600 bin araç geçmesi taahhüt edilmiştir. Bir başka ifadeyle bir yılda geçen araç sayısı 14 milyonda kalırsa, devlet 600 bin aracın geçiş ücreti olan 16.6 milyon doları firmaya ödeyecek ya da mahsuplaşacaktır. Garantinin üzerinde geçen aracın geçiş ücreti de işletmenin kasasında kalacak, mahsuplaşma işlemi yıl sonunda yapılacaktır.

Bu örnekten de anlaşıldığı üzere Orhangazi Köprüsü'nün kullanımı sebebiyle alınan bedeller, hem köprüyü kullananlar hem de trafik

58 http://yapim.otoyolas.com.tr/?page_id=5324. Erişim Tarihi: 22.12.2016.

59 http://www.kgm.gov.tr/SiteCollectionDocuments/KGMdocuments/Otoyollar/OtoyolKopruUcret/OrhangaziKoprusuFiyatlari.pdf. Erişim Tarihi: 22.12.2016.

60 http://yapim.otoyolas.com.tr/?page_id=5324. Erişim Tarihi: 22.12.2016.

garantisinin gerçekleşmemesi halinde açıkta kalan kısım kadar devlet bakımından ücret niteliğindedir. Ayrıca, 3. Köprü olarak bilinen Yavuz Sultan Selim Köprüsü için ve Kuzey Çevre Otoyolu için de benzer bir durum geçerlidir.[61]

Bunun yanında, son yıllarda oldukça yaygın olarak şehir içinde umuma açık olarak bulunan cadde ve sokaklarda belediyelerce istihdam edilen personel vasıtasıyla toplanan yol kenarı park ücretleri kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş kamu mallarının kamu tarafından genel ve ortak kullanılmasında öngörülen yararlanmanın karşılıksız olması ilkesinin istisnası olarak kabul edilemez. Çünkü genel yararlanmanın bir ücrete bağlanması için açık ve hukuka uygun bir düzenleme ile belirlenmesi gerekir. Oysa 01.07.1993 tarih ve 21624 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Otopark Yönetmeliği'nin 9. maddesinde genel otoparktan yararlananlardan ayrıca ücret alınamayacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan hükme göre; "*Bina içinde veya parselinde otopark yapılması mümkün olmayan yapıların durumu belediyece imar durumu ile ilgili ilk müracaat tarihinden başlayarak 30 gün içinde ilgilisine gerekçeleri ile birlikte bildirilir. Belediyeler bina otoparkı yerine otopark sorununun nasıl çözümleneceğini, binanın hangi bölge veya genel otoparkından yararlanacağını da bildirmekle ve bu otoparkları tesis etmekle yükümlüdür.*

Bu durumda bölge veya genel otoparktan yararlananlardan ayrıca kullanım ücreti alınmaz."

---

61 Hatta 9 Aralık 2016 tarihinde İsmail Saymaz tarafından yapılan bir habere göre, İstanbul Emniyet Müdür Yardımcısı Seylan Demir'in 6 Aralık 2016'da bütün şubelere gönderdiği yazıda, "Yavuz Sultan Selim ve Osmangazi köprülerini kullanmak isteyen araçlarımızın alternatif yolları kullanmaları gerekmektedir. Yapılan geçişlerin ücreti ve cezaları bütçemizden ödenmeyecektir" denildiği ifade edilmektedir. Habere göre bir emniyet yetkilisi, yasağa, söz konusu tarihe kadar iki köprüyü ücretsiz kullanabilen makam araçlarının da dâhil olduğunu, iki köprüyü inşa edip işleten şirketlerin, polis araçlarının da ücret ödemesi yönündeki talebi üzerine bu kararın alındığını kaydetmiştir. Hürriyet, 9.12.2016. Bu habere cevaben İstanbul emniyetinden yapılan açıklama ise şu şekildedir: "Emniyet araçlarıyla ilgili herhangi bir yasaklama söz konusu değildir. HGS ve OGS takılı tüm araçların geçiş hakkı vardır. Uyarı yazımızın temel sebebi; bünyemizde bulunan 6 bin 547 emniyet aracının geçişlerinin görev dâhilinde yapılıp, görev dışı geçişlerin engellenmesi ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasının sağlanmasıdır." https://indigodergisi.com/2016/12/polis-araclarina-kopru-yasagi/. Erişim Tarihi: 22.12.2016. Bu örnekten de açıkça anlaşılacağı üzere söz konusu köprülerden geçiş sebebiyle alınan bedeller net bir şekilde ücret niteliği taşımaktadır.

Öyle ki Danıştay 8. Dairesi de bu hükme dayanarak ve "yolların asıl amacına uygun olarak kullanılmasını olumsuz yönde etkileyeceği" gerekçesiyle, belediyelerin sokaklarda, caddelerde parkomat ile veya şahıslara bilet kestirerek vatandaştan otopark ücreti almasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.[62]

Bununla birlikte, örneğin belediyenin görevi kapsamında yapılan şehirlerarası otobüs terminalinin otoparkından yararlanmak isteyen vatandaşlardan süre sınırlaması olmaksızın ücret alınması da genel ve ortak kullanımın ücretsiz olması ile bağdaşmamaktadır. Otobüs terminalinden faydalanmak vatandaşların özel araçlarıyla yolcu indirme, kısa süreli bekleme ve yolcu almak için park yeri temin edilmesi hem genel yararlanmaya tabi kamu malının niteliği hem de Kanunların bir gereği olduğundan amaca uygun kullanımlardan bedel alınması hukuka aykırılık teşkil edecektir. Ancak, bu gibi kısa süreli duraklama yerlerinin amaca aykırı bir şekilde kullanılmasının ve diğer insanların bu yerlerden yararlanmasına engel olunmasının önlenmesi amacıyla belli bir süre geçtikten sonra bu yerlerin kullanımından bir bedel talep edilmesi durumunda bu uygulama hukuka aykırı olmayacaktır.

Nitekim Danıştay da bir kararında: "Belediyenin görevi kapsamında yapılan şehirlerarası otobüs terminalinden faydalanmak isteyen belde sakinlerinin özel araçlarıyla yolcu indirme, kısa süreli bekleme ve yolcu almak için park yeri temin edilmesi Kanunların bir gereği olduğundan talebin bu kısmının reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmediği, ancak, davacı, terminal otoparkının tamamen ücretsiz hale getirilmesini istemekte ise de, bu hal, hem kanunların tanıdığı ücretsiz yararlanma hakkının sınırlarını aştığı ve hem de kısa süreli duraklama yerinin giderek veya zaman zaman azalması sonucunu doğuracağı için otoparktan uzun süreli istifade etmek isteyenlerden belli bir bedel alınmasında isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin, terminalde özel araç sahiplerine sınırlı süreli ücretsiz otopark yeri tahsis edilmemesine ilişkin kısmının iptaline, otoparkın süre sınırlaması olmaksızın tamamen ücretsiz hale getirilmesi yönündeki davanın ise reddine karar verilmesi, usul ve Kanuna uygundur."[63] demek suretiyle bu görüşü onaylamıştır.

---

62 Danıştay 8. Daire, Karar Tarihi: 15.04.2013, E. 2012/9639, K. 2013/3145.
63 Danıştay 8. Daire, Karar Tarihi: 28.06.2006, E. 2005/1852, K. 2006/2747.

2) Özel (Bireysel) Yararlanma

Özel yararlanmalar, kamusal maldan kişiselleştirilmiş bir hukuki durum aracılığıyla belirli kişi veya kişilerin, başkalarının yararlanma imkânlarını da ortadan kaldırabilecek bir şekilde yararlanmalarıdır.[64] Ülkemizde kamu mallarından özellikle kıyılar, yollar ve hatta bazı kamu binalarının belli kısımlarının belli bir özel kişi veya kişilerce kullanımlarının kendilerine özgülenmesi suretiyle ele geçirilerek bunlar üzerinde hakka dayanmayan bir tür zilyetlik kurulduğu görülmektedir.[65] Bu tür yararlanmalar genellikle bir kamu malının bir kısmının bir kişi tarafından işgal edilmesi şeklinde ortaya çıktıklarından bu tür özel kullanımlara *"özel işgaller"* de denilmektedir.[66] Danıştay'a göre, "Kamu malları üzerindeki bu özel ve istisnai yararlanmalar, kişinin siyasal ve genel haklarının (tabii) hürriyetlerinin bir sonucu olmadığı ve kamu emlakinin tabii mahiyetinden veya tahsisi cihetinden çıkmadığı için kamu malları üzerinde özel ve kişisel bir hukuki durum meydana gelmektedir. Bu durum sonucunda kişi, bu mallar üzerinde özel bir menfaat temin etmektedir."[67]

Ülkemizde oldukça yaygın olarak görülen bu tür işgallerin başında kafe ve lokanta ve benzeri mekânların sandalye ve masa koymak suretiyle kamuya açık alanları işgal etmeleri gösterilebilir. Bundan başka, deniz üzerine balık çiftliği olarak kullanılmak üzere yüzer havuz kurulması da bir özel işgal örneğidir. Bu tür işgaller taşınmazın fiziki yapısında değişiklik yapmayan yararlanmalardır. Kaldırım altına benzin tankı koymak, kanalizasyon borusu döşemek şeklinde ortaya çıkan yararlanmalar ise taşınmazın fiziki yapısında değişiklik yapan yararlanmaya örnektir.[68]

Mezarlıkta yer tahsisi, kıyıda şezlong veya şemsiye koyulması suretiyle plaj tesisi ve pazar yerlerinde yer tahsisi kamu malından ama-

---

64 Gözübüyük/Tan, s. 1135.

65 Zabunoğlu, s. 595.

66 Gözer/Kaplan, s. 702.
Çağlayan, bu tür yararlanmaları "özel-istisnai yararlanma" olarak tanımlamaktadır. Öyle ki yazara göre bu tür yararlanma, tahsisin doğal sonucu olmayıp tahsisi tehlikeye düşürmeden istisnai olarak yararlanmadır. Bkz. Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yay., Ankara, 2013, s. 437.

67 Danıştay, Genel Kurul; Karar Tarihi: 03.04.1981, E. 981/4, K. 981/25, *Danıştay Dergisi*, sayı, 44-45, s. 60, Gözübüyük/Tan, s. 1136.

68 Gözübüyük/Tan, s. 1136.

cına uygun özel yararlanmaya; kaldırımda gazete satış kulübesi ya da tren garında büfe ise amaca tam olarak uygun düşmese de kamu malının tahsis amacı ile bağdaşabilir özel yararlanmalara örnek teşkil etmektedir.[69]

Esasen bu tür yararlanmaların ya da özel işgallerin, kamu hizmetine tahsisli malların esas amacının gerçekleşmesine engel olması oranında yasaklanması gerekmektedir. Ancak bu oran sınır değerleri aşmadığı takdirde özel yararlanmaya izin verilmektedir. Bu izin vermenin doğal bir sonucu olarak da işgalcilerden "işgaliye", "ecri misil" ve benzeri bedellerinin alınması yoluna gidildiği görülmektedir.[70] Bu bakımdan idarenin, kamu mallarının özel işgale konu kılınmasını, yararlanmanın geçici olması ve ücretlilik ilkeleri uygulamak suretiyle doğal karşıladığı söylenebilir.[71]

Buradan da anlaşıldığı üzere, kamu mallarından özel yararlanmaya hâkim olan ilkeler, genel yararlanmaya hâkim olan ilkelerden tamamen farklıdır. Bu ilkeleri: "izne bağlılık ilkesi", "ücretlilik ilkesi" ve "yararlanmanın geçici olması ilkesi olarak adlandırmak mümkündür.

a. İzne Bağlılık İlkesi

Kamu mallarının yetkili idareden izin almaksızın özel amaçlarla kullanılması söz konusu olamaz. Bu bakımdan kamu mallarından özel yararlanmanın izne bağlı olması istisnası bulunmadan geçerli olan bir ilkedir. Bir kimsenin kamu malını özel amaçla kullanması için verilecek iznin zımnen verilmesi ya da verilmiş kabul edilmesi de söz konusu olamaz. Bu iznin idare tarafından ruhsat adı verilen tek taraflı bir işlemle ya da sözleşme veya imtiyaz yolu denilen iki taraflı bir işlemle açık (sarih) bir şekilde verilmesi gerekmektedir.

Ancak idare tarafından açıkça verilmiş olan bu iznin zımnen yeni-

---

69 Gözübüyük/Tan, s. 1136.

70 Danıştay da konuyla ilgili verdiği bir kararda, herkesin eşit şekilde yararlanma hakkını sınırlayarak, şezlong ve şemsiye konulmasının kumsal alanının işgali olduğuna, bu sebeple bu işgal nedeniyle ecri misil istenilmesinde hukuka aykırılık olmadığına karar vermiştir. Karar için bkz: Danıştay 10. Daire, Karar Tarihi: 21.03.1994, E. 1992/2421, K. 1994/1092.

71 Zabunoğlu, s. 596.

lenmesi mümkündür.[72] Örneğin idarece bir kişiye bir yıl süreyle kaldırım üzerinde büfe işletebileceğine dair verilen izin bir yıllık sürenin dolmasına rağmen büfeyi kaldırım üzerinde tutan kişiye herhangi bir müdahalenin yapılmamış olması ve büfenin işletilmeye devam edilmesi durumunda idarenin daha önce vermiş olduğu izni zımnen sürdürmesi anlamına gelebilir. Elbette idarenin bu doğrultuda vermiş olduğu bir izni her zaman geri alabilmesi mümkündür.

İdarenin kamu malının özel amaçla kullanımı yönünde açık şekilde verdiği izin, kişisel nitelik taşıyan bir izindir. İzni alan kişinin bunu üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün değildir.[73]

Taşınmazın fiziki yapısında değişiklik yapmayan yararlanmalar ile taşınmazın fiziki yapısında değişiklik yapan yararlanmalarda izni verecek idari merci değişiklik göstermektedir. Birinci durumda, örneğin kahvehanenin önündeki kaldırıma masa sandalye atması durumunda, izinin kolluk makamları tarafından tek yanlı kolluk işlemleri ile verilebileceği kabul edilirken; ikinci durumda, örneğin seracılığın teşvik edilmesi amacıyla sahipsiz mal niteliğindeki ve orman sayılmayan kamusal taşınmazlar üzerinde üst hakkının kurulması durumunda,[74] iznin bu malların sahibi olan kamu tüzel kişisinin yetkili makamlarınca verilmelidir.[75]

İdare bu tür yaralanmalara izin verip vermeme noktasında takdir yetkisini kullanır. Bir başka ifadeyle idareyi bu tür bir izni vermeye zorlayacak hukuki bir araç yoktur. İdareye özel yararlanma için bir izin isteminde bulunulduğu zaman, idarenin bu yararlanmaların halkın kamu malından yararlanmasına engel olup olmayacağını, kamu malının özgüleme amacına aykırılık oluşturup oluşturmayacağını araştırması ve eğer özel yararlanma kamu yararına, kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, halka rahatsızlık verecek bir özellik gösteriyorsa, izin istemini reddetmesi gerekir.[76]

---

72 Gözler/Kaplan, s. 702.

73 Gözler/Kaplan, s. 703.

74 Şahin Akıncı, "Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 1998, C. 6, S. 1-2, s. 767-768.

75 Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri I, Mimoza Basım Yayım, Konya, 2009, s. 310; Gözler/Kaplan, s. 703.

76 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 881.

Ancak, kamu malının tahsis özelliklerine uygun düşen kullanımlarda talepte bulunan kişinin izin alma hakkı olduğu söylenebilir.[77] Aksi takdirde aynı durumda olanlara karşı aynı hukuki muamelenin yapılması şeklinde tarif edilebilecek olan nispi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder ve idari işlem bir tür yetki saptırması durumu ortaya çıkarması bakımından amaç yönünden hukuka aykırı olur. Örneğin, pazar yerinde tabla açarak satış yapmak isteyen bir pazarcıya, gerekli şartları taşıması halinde izin verilmesi gerekir. Ancak yer sayısının sınırlı olması ve çok sayıda şartları taşıyan başvurunun yapılmış olması durumunda idarenin takdir yetkisi kullanması mümkündür. Ancak idare takdir yetkisini kullanırken yani izin taleplerini değerlendirirken kamu malının en iyi şekilde işletilmesini sağlamak ve üstlendiği kamu yararını en iyi şekilde tatmin etmek düşüncesinden hareket etmelidir.[78]

Kamu mallarından özel yararlanma izninin kapsamına bakıldığında, bu iznin, izni alan kişiye kamu malı üzerinde özel hukuk kapsamındaki bir aynî hakkı tanımadığını vurgulamamız gerekir. İzinle kamu mallarından yararlananların hakları "idari ayni hak" niteliğindedir.[79] Kişiler bu izin ile kamu malı üzerinde sadece yararlanma izni hakkına sahiptirler. Bu yararlanma hakkı kapsamı içerisinde izin sahibi, üçüncü kişilerin her türlü müdahalesine karşı, yapılan müdahalenin kaldırılmasını/önlenmesini isteyebilir ya da haksız fiilden doğan tazminat davası açma hakkını kullanabilir. İdarenin izni iptal etmesi yönündeki idari işlemine karşı özel yararlanma hakkı olan kişi, bir iptal davası açarak işlemin hukuka aykırılığını ileri sürebilir ya da tam yargı davası açarak işlem nedeniyle doğmuş veya doğması muhtemel zararların giderilmesini isteyebilir.[80]

İdarenin kamu malının özel kullanımı doğrultusunda vermiş olduğu izni her zaman geri alabileceğine yukarıda değinmiştik. Ancak; idarenin kamu malının özel kullanımı iznini verirken geniş bir takdir yetkisi bulunmasına rağmen iznin iptali hususunda özgülemeye aykırılık veya kamu malının kullanımına engel olma durumunu saptama zorunluluğu olduğunu da söylememiz gerekmektedir. Bir başka ifa-

77 Gözler/Kaplan, s. 703.
78 Gözler/Kaplan, s. 703-704.
79 Gözübüyük/Tan, s. 1139.
80 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 882.

deyle idarenin izin verirken sahip olduğu geniş takdir yetkisi izni geri alırken daraltılmıştır.[81]

Öyle ki, kişiler, kendilerine verilen iznin idare tarafından her zaman iptal edilebilmesi ve zarara uğrayabilmeleri ihtimali karşısında çıkarlarını korumak ve güvence altına almak istemektedirler. Bu durumda özgülemenin gerçekleşmesi bir idari sözleşme ile gerçekleşebilir. Böylelikle, sağlanan özel yararlanmanın süresinden önce idare tarafından geri alınması ile ortaya çıkan karşılıklı hakların ve borçların giderilmesi daha kolay olur.[82] Ancak idare izni iptal etmeden önce yukarıda da bahsedildiği üzere, kamu malının özgülenme yönünü ve kamu yararının gereklerini göz önünde tutmak ve son verdiği etkinliğin kamu hizmetinin yürütülmesine engel oluşturup oluşturmadığını incelemek durumundadır.[83]

Son olarak ifade etmek gerekir ki, kamu mallarından özel yararlanmada geçerli olan izne bağlılık ilkesinin sadece özel kişiler açısından geçerli değildir. Bu ilkenin kamu kuruluşları açısından da geçerli olduğu bazı durumlar vardır. Örneğin, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 16. maddesine göre, "…kamu ve tüm özel radyo ve televizyon kuruluşlarına kanal ve frekans bandı tahsisi ile yayın izni ve lisansı vermek ve bu tahsis ve izni iptal etmek yetkisi, münhasıran Üst Kurula aittir."

b. Ücretlilik İlkesi

Kamu mallarından özel amaçlarla yararlanma, genel yararlanmanın aksine bir bedel karşılığı olan yararlanmadır. Kamu malları üzerinde başkalarının kullanım haklarını kısıtlayacak şekilde tekelci bir kullanım hakkına sahip olan kişilerin idare tarafından serbestçe belirlenecek bir bedel ödemesi özel yararlandırmanın amacıyla da örtüşmektedir.

---

81 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 881.

82 Yine de, idare ile kişi arasındaki sözleşmede yer alan, idarenin tanımış olduğu özel yararlanmanın (işgal izninin) geri alınamayacağına dair hükmün hiçbir geçerliliği yoktur. Çünkü idarenin kişi karşısında özel hukuku aşan yetkileri bulunduğu gibi, idare kişi karşısında her zaman üstün konumdadır. Bu sebeple kazanılmış hak iddiasında bulunulamaz. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 882.

83 Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 882.

Özel kullanım karşılığında idarece talep edilecek bedelin hukuki niteliği, bedelin ödenmemesi durumunda idarenin başvuracağı tahsil usulünün saptanması bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan, özel yararlanma karşılığı idarece istenen bedel resim, harç ve vergi niteliğinde değil ücret niteliğindedir.[84] Bu bakımdan bedelin ödenmemesi durumunda idare tahsil için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Kanunu'ndan yararlanamayacaktır. İdare alacağının takibi için özel hukuk hükümlerine başvurmak durumundadır.

Ücretin tespiti ise kullanımına izin verilen kamu malından elde edilen her türlü avantaj dikkate alınarak tespit edilmelidir.[85] Öyle ki oldukça işlek olan bir caddede 4 metrekare büfe işletmesine izin verilen bir kişiden alınacak bedel, şehrin tenha bir bölgesinde 4 metrekare büfe işletmesine izin verilen kişiden alınması gereken bedelden, iki büfenin iş hacmi ve elde edeceği kâr birbirinden farklı olduğu için, elbette farklı olacaktır.

Her ne kadar özel yararlanmanın ücret karşılığı olması ilkesi temel bir ilke olsa da bu ilkeye özel düzenlemelerle istisna getirilmesi mümkündür.[86] Bir başka ifadeyle, yürütülecek faaliyetin niteliğine bağlı olarak özel yasal düzenlemelerle yararlanmanın bedelsiz olacağı da öngörülebilir. Bu istisna, yasama organının Anayasaya aykırı olmamak şartıyla dilediği her konuda ve istediği kadar ayrıntılı bir şekilde yasama yetkisini kullanabilmesi olarak tanımlanan yasama yetkisinin genelliği ilkesine de uygundur. Bu hususta, 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 24. maddesinde yer alan, "*3996 sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilecek sulama projelerinde görevli şirket tarafından inşa edilecek sulama kanallarının geçeceği alanlara isabet eden Hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, Genel Müdürlüğe tahsisli veya bu amaçla tahsis edilecek taşınmazlar, kullanım esasları sözleşmede belirtilmek suretiyle, sözleşme süresi boyunca bedelsiz olarak görevli şirketin kullanımına bırakılır*" hükmü bu istisnaya örnek teşkil etmektedir.

---

84 Yıldırım/Yasin/Karan ve diğerleri, s. 538; Gözübüyük/Tan, s. 1138; Gözler/Kaplan, s. 704.

85 Gözler/Kaplan, s. 704.

86 Gözübüyük/Tan, s. 1139.

c. Yararlanmanın Geçici Olması İlkesi

Kamu mallarından özel amaçla yararlanılmasının izne tabi olduğuna ve bu iznin ilgilisi lehine özel hukukta tanımlanan kapsamda bir aynî hak tesis etmediğine yukarıda değinmiştik. Bu çerçevede idarenin vermiş olduğu izni her zaman geri alabileceği de vurgulanmıştı. Buradan da anlaşıldığı ve yine yukarıda da değinildiği üzere, idarece verilen izin ilgilisi lehine bir kazanılmış hak da tesis etmemektedir. Tüm bunlardan çıkan sonuç şudur ki özel yararlanmada, yararlanmanın geçici olması esastır.

İzin ile yararlanmada, idarenin kamu malının korunması amacıyla kamu malını her zaman kendi kullanımına alabileceği; verdiği izni süresi bittiğinde yenilemeyebileceği; hatta izin süresi bitmeden de bir yaptırım olarak veya salt kamu yararı amacıyla izni geri alabileceğini kabul etmek gerekir.[87]

Yararlanmanın geçici olması ilkesinin tek istisnası ise mahiyetiyle uygun düştüğü üzere, mezar imtiyazlarıdır.[88]

SONUÇ

Sonuç olarak öncelikle, idare hukuku kapsamında "kamu malı" kavramı, "devlet ve kamu tüzel kişilerinin mevzuat hükümleri uyarınca ya da yürütülen kamu hizmetinin niteliği dolayısıyla belli kamu hizmetlerine tahsis edilmiş malları" şeklinde tanımlanmalı ve devletin veya kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu tüm mallardan ayrılmalıdır denilebilir. Bu ayrım, kamu mallarının kendine özgü bir hukuk rejimine tâbi olması sonucu bakımından da gereklidir.

Ayrıca, kamu mallarının tek çeşit olmadığını da vurgulamak gerekir. Kamu malları, tahsisi amaçlarına göre, maddi içeriklerine göre,

87 Gözübüyük/Tan, s. 1140. Nitekim Danıştay, bir kararında, bir vakfın başvurusu üzerine kamunun kullanımına açık fakat trafiğe kapalı yolun bir kısmının otopark olarak kullanılmak üzere ilgili belediye tarafından vakfın işgaline bırakıldığı fakat daha sonra trafik düzeninde yapılan değişiklik gerekçe gösterilerek vakfın işgaline son verilmesi yönündeki işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddine karar vermiştir. Karar için bkz. Danıştay 10. Daire, Karar Tarihi: 14.12.1992, E. 1992/3452, K. 1992/3497.

88 Gözler/Kaplan, s. 704; Gözübüyük/Tan, s. 1141.

oluşum tarzlarına göre, taşınır veya taşınmaz olmalarına göre, farklı hukuki uygulamalara tâbi tutulabilmektedir.

Bu sebeple, bir malın kamu malı niteliğinin belirlenmesi ve ne çeşit bir kamu malı olduğunun tespiti, bu maldan yararlanmada kamu yararının nasıl sağlanacağını belirlemek bakımından da önem arz eder.

Öyle ki, kamu hizmetlerine tahsis edilmiş kamu mallarının kullanım rejimi ile kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş kamu mallarının kullanım rejimi birbirinden farklıdır.

Genel ve ortak yararlanma olarak da adlandırılabilecek olan kolektif yararlanmaya hâkim olan ilkeler ile bireysel ve özel yararlanmalara hâkim olan ilkeler birbirinden farklıdır.

Ayrıca, kamu mallarına giriş ve çıkışlar bakımından da farklı ilkler benimsenmiş olabilir.

İşte bu sebeple, gerek kamu hizmetlerine tahsis edilmiş kamu mallarının kullanımına hâkim olan kuralların idari mercilerce kamu yararına en uygun şekilde tespit edilmesi; gerekse kamunun doğrudan kullanımına tahsisi edilmiş kamu mallarının kullanımındaki genel (kolektif) yararlanma ile özel bireysel yararlanmanın kendine özgü ilkelerinin tespit edilmesi gerekmektedir. İdare ile idari yargı mercilerinin ise, bu tespitler doğrultusunda kamu mallarının kullanımını sağlaması gerek hukuk devleti bakımından gerekse bu kurumların toplum nezdindeki güvenilirliği bakımından gereklidir.

Kaynakça

Akıncı Şahin, "Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 1998, C. 6, S. 1-2.

Akipek Jale; Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yay. İstanbul 2009.

Akyılmaz Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yay. , Ankara, 2013.

Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yay. , Ankara, 2013.

Giritli İsmet; Bilgen Pertev; Akgüner, Tayfun; Berk Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2012.

Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Bas. Yay. Dağ., Bursa, 2009.

Gözler Kemal; Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Bas. Yay. Dağ., Bursa, 2013.

Gözübüyük Şeref; Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Gülan, Aydın, "Kamu Malları", Özay İl Han, Günışığında Yönetim içinde, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Gülan Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi olduğu Hukuki Rejim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999.

Kırbaş Sadık, Devlet Malları, Adım Yayıncılık, Ankara, 1988.

Oğuzman Kemal, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Sancakdar Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yay. , Ankara, 2008.

Yayla Yıldızhan, "Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesisi" İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 9, S.1-3, 1988, s. 357-364.

Yayla Yıldızhan, "Kamu Mallarının Çağdaş Tanımı", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.7, S. 1-3, 1992-1993, s. 7-18.

Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yay. , İstanbul, 2009.

Yıldırım Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, Mimoza Basım Yayım, Konya, 2009.

Yıldırım Turan; Yasin Melikşah; Karan Nur ve diğerleri, İdare Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

http://www.kgm.gov.tr/SiteCollectionDocuments/KGMdocuments/Otoyollar/OtoyolKopruUcret/OrhangaziKoprusuFiyatlari.pdf. Erişim Tarihi: 22.12.2016.

https://indigodergisi.com/2016/12/polis-araclarina-kopru-yasagi/. Erişim Tarihi: 22.12.2016.

http://yapim.otoyolas.com.tr/?page_id=5324. Erişim Tarihi: 22.12.2016.

Kararlar

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: E. 996/66, K. 997/7, R.G. 28.10.1997, Sayı: 23154.

Danıştay, 8. Daire, Karar Tarihi:13.10.1980, E. 980/157, K. 980/181.

Danıştay, Genel Kurulu; Karar Tarihi: 03.04.1981, E. 981/4, K. 981/25, Danıştay Dergisi, sayı, 44-45, s. 60.

Danıştay 10. Daire, Karar Tarihi: 14.12.1992, E. 1992/3452, K. 1992/3497.

Danıştay, 4. Daire, Karar Tarihi: 06.07.1993, E. 1992/3386, K. 1993/3528.

Danıştay 10. Daire, Karar Tarihi: 21.03.1994, E. 1992/2421, K. 1994/1092.

Danıştay 8. Daire, Karar Tarihi: 28.06.2006, E. 2005/1852, K. 2006/2747.

Danıştay, 6. Daire, Karar Tarihi: 22.10.2008, E. 2006/6449, K. 2008/6992.

Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, Karar Tarihi: 16.09.2009, E. 2009/1533, K. 2009/1729.

Danıştay, 10. Daire, Karar Tarihi: 26.04.2011, E. 2011/1371, K. 2011/1607.

Danıştay, 8. Daire, Karar Tarihi: 15.04.2013, E. 2012/9639, K. 2013/3145.

DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA MEMURUN AKIL SAĞLIĞININ, ALKOL ALIP ALMADIĞININ RIZASI OLMAKSIZIN TESPİTİ

DETERMINATION OF MENTAL HEALTH AND INTOXICATION OF CIVIL SERVANT WITHOUT HIS CONSENT ACCORDING TO DISCIPLINARY PROCEEDING

Güven SÜSLÜ*

Özet: Bu çalışmada, iki sorun ele alınmaktadır. Ele alınan ilk konu, çalıştığı birime alkollü gelme ya da çalıştığı birimde alkol alma halinde, rızası hilafına memura alkol muayenesinin yapılıp yapılamayacağı konusudur. Konu ile ilgili olarak alkol muayenesine izin veren mevzuattaki hükümlere değinilerek bu hükümlerin uygulanma olasılığı irdelenmiştir. İkinci olarak ise devlet memuru olduktan sonra ayırt etme gücünün kaybı ve bu çerçevede akıl hastalığının söz konusu olması halinde disiplin soruşturmasının yapılıp yapılmayacağı konusu ele alınmış olup yine mevzuat hükümleri irdelenerek yargı kararları çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Devlet Memuru, Akıl hastalığı, Disiplin, Sarhoşluk

Abstract: In this study, two different issues are examined. The first one is as to whether a breath test could be made on a civil servant without his consent if he comes to the office alcoholic or drinks in the office. Regarding this issue, the legislation provisions which permit to make breath test and discuss the probability of the application of these rules are mentioned. In the second place, we examine as to whether a disciplinary proceeding could be made on a civil servant who has a mental incapacity afterwards and this issue is estimated according to judicial decisions, discussing the legislation provisions.

Keywords: Civil Servant, Mental İllness, Discipline, İntoxication

GİRİŞ

İdari faaliyetlerin bir düzen içerisinde yürüyebilmesi, idarenin kendi içerisinde de bir düzenin teşkilini şart kılmaktadır. Nasıl ki toplumsal yaşamın bir düzen içerisinde devamını sağlamaya yönelik

* Yaşar Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Görevlisi, guven.suslu@yasar.edu.tr

yaptırımlar söz konusu ise, toplumsal yaşamın bir alt bölümünü oluşturan idari örgütler içerisindeki düzeni sağlayıcı yaptırımlara da yer verilmiştir. İşte disiplin suç ve yaptırımları olarak karşımıza çıkan bu düzenlemeler, özünde toplumsal yaşamı düzenlemeye yönelik ceza hukuku kurallarına kısmi bir benzeşme gösterse de temel özellikleri bakımından farklılıklar arz etmektedir. Çalışmamızda öncelikle bu farklılıklara kısaca değinilecek, ardından devlet memurunun bir disiplin soruşturması sürecinde akıl sağlığı ile ilgili şüphe ortaya çıkması halinde bu durumun tespitinin mümkün olup olmadığı ve mümkünse ne şekilde tespitin yapılacağı üzerinde durulacaktır. Son olarak çalışmamızda memurun görev mahallinde alkol durumu ile ilgili şüphe ortaya çıktığında bu şüphenin giderilmesinin ve alkol durumunun tespiti ile ilgili sorunlar, konu ile ilgili içtihatlar ve mevzuat ışığında irdelenecektir.

I- DİSİPLİN SUÇ VE YAPTIRIMI

A-Kavram

Hukuksal olarak istenilmeyen bir fiilin sonucu olarak uygulanan yaptırımı ifade eden disiplin terimi, idare hukukuna özgü bir kavram olmayıp, disipline ilişkin kuralların uygulama alanı idare olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişileri de olabilir. Özel hukuk tüzel kişileri kendi düzenlerini sağlama adına belirlemiş oldukları kurallara kendi çalışanlarının aykırı davranması sonucu onlar üzerinde disiplin cezası uygulayabilirler.[1]Hemen belirtelim ki çalışmamız özel hukuk tüzel kişilerinin disiplin cezası uygulama yetkisini içermemekte ve kamusal alanda disiplin yaptırımlarına özgülenmektedir.

Disiplin yaptırımı ise memurun mesleği, hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı, kendisine tatbik edilen bir kısım zecri müeyyideler olarak" tanımlamakta olup,[2]yine Danıştay kararında ise kamu işi, kamu görevi ve görevlileriyle ilgili bir ceza türü olarak önceden belirlenen hukuk kurallarına aykırı düşen bütün davranışları önlemek, engellemek amacıyla zorlayıcı özelliği olan müeyyideler şeklinde ta-

---

1 Oğuz Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s.119

2 Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c.2, Hak Kitabevi, İstanbul,1966, s. 1158

nımlanmıştır.[3] 1982 Anayasası m. 38/11'de yer alan "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz" hükmü uyarınca kişinin yaşamına, malvarlığına ya da herhangi bir hürriyetine etki edecek bir disiplin cezası idare tarafından uygulanamayacaktır.[4]

B-Adli Ceza-Disiplin Yaptırımı Ayrımı

1-Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Yönünden Değerlendirme

Ceza hukukunda Kanunilik ilkesi bir taraftan suçun, diğer taraftan ise cezanın kanunda gösterilmesi anlamına gelmekte olup, suçun kanuniliği, fiilin işlenmeden önce cezalandırılacağının kanunda açıkça gösterilmesi gerekliliğini; cezanın kanuniliği ise, cezanın tür ve ağırlığının da fiilden önce tespit edilmiş olması gerekliliğini ortaya koymaktadır.[5]

Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek ortaya konulan "C*ezanın kanuniliği*" ilkesi, idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından "disiplin cezaları" açısından da geçerli olan bir ilkedir.[6] Nitekim Anayasa Mahkemesi, genel olarak disiplin cezalarının kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsendiğini, Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığını ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin de madde kapsamına alındığını ifade ederek disiplin cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olduğuna karar vermiştir.[7] Ancak Mahkemenin bu kararında karşı oy kullanan bir kısım üyeler, ceza hukuku ile disiplin hukukunun farklı alanlar olduğunu, suçun, bir kimsenin yaşadığı ülkenin Devletine yükümlü olduğu itaat borcunun ihlâli iken disiplin suçunun ise bireyin tâbi olduğu belirli bir topluluğa taahhüt ettiği özel bağlılık yükümlülüğüne uymaması ile işlendiğini, bir fiilin disiplin suçunu oluşturması için kişi ile topluluk arasında hiyerarşik bağlılığın olmasının gerekmediğini suçun toplumdaki genel düzeni

---

3 Danıştay 12. D. 26.05.2010, 2007/6148 E., 2010/2851 K.
4 Kemal Gözler, İdare Hukuku, c.II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s.677
5 Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 16. Baskı, Ankara, 2016, s.37-38
6 AYM 14.01.2015, 2014/100 E., 2015/6 K., R.G. 7.4.2015-29319
7 AYM 04.04.1991 , 1990/12 E., 1991/7 K., R.G. 13.08.1991-20959

bozan hukuka aykırı fiiller olduğunu, disiplin suçunu oluşturan davranışların ise sınırlı bir topluluk içinde kabul edilmiş olan düzen kurallarına aykırı davranış olduğunu, suç ile disiplin suçu arasındaki bu temel farkın, suçun müeyyidesini uygulayacak otorite bakımından da ayrım getirdiğini ve bir suçun cezası Devlet tarafından verildiği halde, disiplin cezasının yerine göre kamu otoritesi, yarı kamusal veya tamamen özel nitelikteki kuruluşlar tarafından verilebileceğini, devlet ceza verirken yargı tasarrufunda bulunduğu halde disiplin suçlarının müeyyidesinin idari makamlarca ve idari tasarruf konusu olan kararlarla sağlanacağını, suç ile disiplin suçu arasında zorunlu bir bağımlılık bulunmadığını, nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131. maddesinin 1. fıkrasına göre aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olmasının, disiplin kovuşturmasını geciktirmeyeceğini, bunun anlamının ise, ceza ve disiplin kovuşturmalarının ilke olarak birbirinden bağımsız olmaları olduğunu, memurun hukuka aykırı fiili dolayısıyla hakkında ceza kovuşturması yapılmakla beraber disiplin kovuşturması yapılmayabileceğini, yine ceza mahkemesinin beraat kararına rağmen memur hakkında disiplin kovuşturması yapılarak disiplin cezası verilebileceğini, suçun birinci unsurunun, yapılan hareketin kanundaki tarifine uygun olması olduğunu ve bu sonuca varabilmek için suçların kanunda teker teker gösterildiğini ve tarif edildiğini, disiplin cezalarında ise, bu kuralın geçerli olmayabileceğini, yani, ceza hukukunda suçu belirleyen hükümlerin suçta kanunilik ilkesine tâbi olduğu halde disiplin cezasını gerektiren fiiller hakkında kanunilik ilkesi uygulanmayacağını ifade ederek disiplin suç ve cezalarının kanun hükmünde kararname ile düzenlenme yasağı dışında olduğunu belirtmişlerdir.

"Disiplin suçları" yönünden kanunilik ilkesinin geçerliliği konusunda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararında da görülen doktrinde de söz konusu olup, bir görüşe göre, disiplin suçu teşkil edecek bütün fiillerin eksiksiz bir listesini yapmanın olanaksızlığı karşısında, disiplin hukukunda "Kanunsuz suç olmaz" ilkesi geçerli değildir.[8]

[8] Gözler, s.683; Gözler, disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin istisnası olarak memuriyetten çıkarma cezasını gerektiren halleri kabul etmekte ve bu görüşüne dayanak olarak da anayasanın 13. maddesinde yer alan "Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gerekliliğini düzenleyen kuralı ileri sürmektedir. Memurluğa girme bir temel hak ve özgürlük olduğuna göre memuriyetten çıkarma disiplin

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir iptal kararına[9] dayanan bir diğer görüşe göre memur ve diğer kamu görevlilerinin disiplin cezaları, Anayasa'nın 38. maddesinde belirlenen esaslara tabi olup kanun koyucu disiplin suç ve cezaları konusunda 38. maddedeki ilkelere uymak kaydıyla düzenleme yapmak yetkisini haizdir.[10] Son olarak disiplin cezalarının sadece meslek hayatına ilişkin yaptırımlar olarak değerlendirerek hafife alınmasının ve hukuka aykırı disiplin işlemleriyle devlete duyulan saygınlık ve güvenin zedelenmesiyle toplum düzenine aykırı bir durumun gelişeceğini göz ardı etmenin doğru olmadığı, disiplin mevzuatında idareye geniş takdir yetkisi tanıyan, pek çoğu hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan disiplin suçu kategorisi bulunduğu, özellikle disiplin hukukunda kıyas ilkesini getiren torba hüküm niteliğindeki kuralların adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik ettiği, bu sebeple disiplin suç ve cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin gerektiği, kanun koyucu-

---

cezası bu özgürlüğün ortadan kaldırılması anlamına gelir ve Anayasa'nın 13. maddesi gereği mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir. s.684; Anayasa Mahkemesi'ne göre ise aynı sonuca Anayasa'nın 38. maddesinden hareketle ulaşılabilir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği, bir hukuk devletinde ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin bir biçimde ortaya konmalıdır. Suçun tanımında içeriği çok geniş ve değişik şekillerde yorumlanmaya elverişli kavramların kullanılması, disiplin cezalarının tatbikinde yorum ve değerlendirme farklılıklarından kaynaklanan eşitsizliklere, haksızlıklara yol açabilecek olup, idareye çok geniş takdir yetkisi tanınmasına yol açmaktadır. AYM. 19.04.1988, 1987/16 E., 1988/8 K., R.G. 23.08.1988-19908; Oğuz Sancakdar, "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.83-84; Esin Örücü, "Disiplin Cezaları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", İÜHFD, C.32, S.2-4, 1966, s.797

9 AYM. 19.04.1988, 1987/16 E., 1988/8 K., Anılan kararda Mahkeme, Yönetimin, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamayacağına, suç ve cezaların, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabileceğine, Yönetimin, kendiliğinden suç ve ceza yaratamayacağına, bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırmada, hizmet içi programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de, "uymama"nın tanımının yapılmadığına, hangi eylemlerin "uymama" sayılacağının açıklanmadığına, "hizmet içi eğitim programına uymamak" gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirilerek Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratılmakla kalınmadığına, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok geniş takdir yetkisi vererek "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak konunla konulur" şeklindeki Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırılık yaratıldığına karar vermiştir.

10 Turan Yıldırım, Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı, *Anayasa Yargısı Dergisi,* C.18, 2001, s.439

nun disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenleme yetkisini kullanırken Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelere uymak zorunda olduğu, dolayısıyla kanun hükmünde kararnamelerle dahi disiplin hukukuna ilişkin bir düzenleme yapılamayacağı; uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların ise Anayasa Mahkemesi tarafından da 38. maddeye aykırı bulunmayan açık ceza normu uygulaması ile aşılmasının mümkün olduğu, disiplin suç ve cezalarının 38. madde değil de 128. madde kapsamına girdiği kabul edilse bile maddede açıkça kanunla düzenleme ilkesi kabul edildiğinden disiplin suçlarının da cezalarının da kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğunun açık olduğu ifade edilmiştir.[11]

Anayasa Mahkemesi, 01.03.2014 tarih ve 6528 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Yasanın 53. madde b fıkrasında yer verilen;

"*Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi füllere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.*"

hükmünün iptali istemi ile açılan davada verdiği,14.01.2015 tarih ve 2014/100 E., 2015/6 K. sayılı kararında, "Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, '*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*' denilmiş 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında ise öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği kural altına alınmıştır.

Dava konusu kural ile düzenlenmesi öngörülen hususlar, hangi fiillerin hangi disiplin cezalarını gerektireceği, bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri gibi konuları içermektedir. Kamu görevlileri olarak memurların ve öğretim elemanları-

[11] Bahtiyar Akyılmaz, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2, 2002, s.249

nın disiplin işlemleri konusunda kuralla getirilmiş bir kanuni güvence bulunmamaktadır. Söz konusu disiplin işlemleri, Anayasa'nın yukarıda yer alan hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardır. Bu hâliyle öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığı gibi yasal olarak belirlilik de sağlanmamıştır. Kural, sadece Devlet memurlarına uygulanan usul ve esasların göz önüne alınmasını düzenlemiş ancak bunun dışında herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermemiştir.

Dava konusu kural bu hâliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememektedir. Ayrıca kuralda disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbiri ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 38. 128. ve 130. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 38. 128. ve 130. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." diyerek belirlilik ilkesinin ihlali sureti ile kanunilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Lâkin vurgulamak gerekir ki kanunilik ilkesinin bir diğer uzantısı olan "Kıyas Yasağı" disiplin suçları açısından uygulanma kabiliyetine sahip olmayıp[12] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir" hükmünden de anlaşılacağı üzere disiplin suçlarında kıyas yolu ile disiplin suçu yaratılması mümkündür.[13]

12 Sancakdar, Sempozyum, s.79
13 Gözler, s.683

2-İdarenin Kanuniliği İlkesi Yönünden Değerlendirme

1982 Anayasası'nın 123/1. maddesinde yer alan "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmü uyarınca idari yaptırımlar da dayanak, sebep ve gerekçe itibari ile yasal temele sahip olmalıdır.[14] Bu temele usulü de katmak gerekir ki idari yaptırımların bu arada disiplin yaptırımlarının uygulanma usulünün mutlaka yasal bir temelinin bulunması, yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağının tespitine yönelik soruşturmanın kanuni temele dayanması şarttır. Bu doğrultuda ceza yargılamasında geçerli olan temel ilkeler en başta Anayasada çizilmiş olup, yasal dayanağı ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu oluşturmaktadır.[15] Bu kapsamda adli cezalar ceza mahkemelerince kesin hüküm oluşturacak şekilde verilen yargı işlemi iken; disiplin yaptırımları idari makamlar tarafından verilen, kesin hüküm teşkil etmeyen idari işlem niteliğindedirler[16].

Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" hükmünde yer alan "diğer özlük işleri" kavramının disiplin suç ve cezalarını da içerip içermediği konusunda ise, bu kavramın disiplin suç ve cezalarını da içine aldığı kabul edilmiş[17] olup 128. madde hükmünde düzenlenen kanunilik ilkesi ile kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi esası getirilmiş ise de uygulamada kanunla düzenleme ilkesi, her türlü hususun, tüm detaylarıyla kanunla düzenlenmesi şeklinde anlaşılmamakta; temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli görülerek ayrıntıya ilişkin hususların düzenlenmesi yürütme organının inisiyatifine bırakılmaktadır.[18]

---

14 Sancakdar, Sempozyum,s.76

15 Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2015, s.102-103

16 Gözler, s.675-676; Örücü, s.797

17 Sait Güran, Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.6, 1989, s.64

18 Akyılmaz, s.245; Anayasa Mahkemesi de temel esasların kanunda belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılmasının Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir. AYM. 27.11.1997, 1997/37 E., 1997/69 K. *AMKD*. S.35, C.1, Ankara, 2000, s.134

C-Disiplin Soruşturması Mevzuatının Dağınıklığı

Değinildiği üzere disiplin soruşturmalarında usule ilişkin kuralların toplu olarak yer aldığı bir usul yasası bulunmamakta olup, konu ile ilgili olarak başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere farklı yasalara serpiştirilmiş kurallara rastlanmaktadır.[19] Ayrıca bu kuralların ihtiyacı tam olarak karşıladığını söylemek mümkün değildir. Disiplin soruşturmaları her ne kadar adli ceza uygulanmasını gerektiren suçlar kadar kişi hürriyetlerine müdahale özelliği göstermese de, idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca ve verilen disiplin cezasının türüne göre değişecek ağırlıktaki etkileri de dikkate alındığında usule ilişkin kuralların yer aldığı bir usul yasasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Mevzuatta var olan düzenlemelerin yetersizliği belli noktalarda karşımıza çıkmaktadır. Kendi rızası ile soruşturmacı huzuruna gelmeyen tanığın zorla getirtilip getirtilemeyeceği, niyabet usulüne imkân tanınan hallerde bu imkânın ne şekilde kullanılacağı, özellikle bilirkişi incelemesinin gerektiği hallerde, bilirkişinin ilgili memurun özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan araştırma faaliyetlerini yapmaya ve soruşturmacının da bu faaliyetleri yaptırmaya yetkili olup olmadıkları belirsiz konulardır. İşte burada önemine binaen iki noktaya temas edilecektir.

II- MEMURUN GÖREVE SARHOŞ GELMESİ YA DA GÖREV YERİNDE ALKOLLÜ İÇKİ İÇMESİ-ALKOL DURUMUNUN TESPİTİNDE ALKOL MUAYENESİ SORUNU

A-Genel Olarak

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve haller arasında memurun göreve sarhoş gelmesi ve görev yerinde alkollü içki içmesi de sayılmış olup, memurun bu durumunun tespiti ne şekilde sağlanacaktır? Bu noktada "İhtiyari sarhoşluk" hali disiplin mevzuatı açısından başlı başına suç oluşturmaktadır.

Vücuttaki etil alkolün tespiti amacı ile nefes ve kan testi olarak adlandırılabilecek iki ana yöntem uygulanmakta olup bu testler, sarhoş-

[19] Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015, s.535

luğu değil, kandaki etil alkol miktarını ölçmektedir.[20] Memurun bu tür bir teste rıza göstermesi hali, hukuka uygunluk hali çerçevesinde değerlendirilebilecek ise de rıza göstermemesi halinde ortaya bir hukuki sorunun çıkacağı muhakkaktır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı kapsamında, kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında dokunulamaz; kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. O halde vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerin hukuka uygunluğu, kural olarak, kendisine müdahalede bulunulacak olan kişinin rızasına bağlı olup kişiden rıza alınmadan, onun vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale yapıldığında, bu müdahale hukuka aykırı sayılacak ve müdahalede bulunan kişinin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.[21]

Burada öncelikle sorun iç hukuk düzenlemeleri açısından incelenecek, daha sonra AİHS hükümleri nazarında konu değerlendirilecektir.

B-İç Hukuk Açısından Değerlendirme

Alkolün tespiti ile ilgili iç hukukumuzda gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak uygulanabilecek farklı düzenlemeler söz konusu olup her bir düzenleme konuya değişik bir noktadan yaklaşmaktadır.

1-Vücuttan Örnek Alma Açısından Değerlendirme

Vücuttan örnek alma, bedene müdahale teşkil eden bir işlemdir.[22] Vücuttan örnek alınması, başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmadığı hâllerle sınırlı tutulmaktadır ki ölçülülük ilkesi olarak adlandırılan bu kural uyarınca, sanık ya da şüphelinin vücudundan kan alınarak gerçekleştirilen müdahale, delil elde etme amacına ulaşmak açısından kesin olarak zorunlu ve gerçekleştirilen fiilin ağırlığı ile orantılı olduğu müddetçe hukuka uygun kabul edilmektedir.[23]

---

20 Hakan Kızılarslan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma Doktrin ve Uygulaması, Çetin-Veb Ofset AŞ., Ankara, 2007, s.158

21 Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2, s.100

22 Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği Ve Anayasaya Uygunluğu", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, İstanbul, 2013, s.1162

23 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.522

CMK m.75'te düzenlenen ve delil elde etme amacını taşıyan vücuttan örnek alma kişi dokunulmazlığına müdahale niteliği taşıdığından bir koruma tedbiri olarak nitelendirilebilir.[24] Öte yandan bu işlem bilirkişi incelemesi ve keşif niteliği de taşıdığından karma bir özellik taşıdığı da söylenmelidir.[25] Vücuttan alınacak örnekler, kan, cinsel salgı, tükürük, gaita, sümük, balgam, ter, idrar örneği ya da saç, kıl, tırnak veya deri döküntüsü olabilir.[26] Koruma tedbirlerinin uygulanma koşulları arasında yer alan bir suç şüphesinin varlığı burada da aranacak olup[27] bu tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, 24 saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, 24 saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. CMK m.76/5'de "*Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz*" hükmü bulunmaktadır. Görüleceği üzere CMK m.75 hükmü bir suç şüphesinin varlığını gerektiriyor olması sebebi ile görev yerinde memurun alkol durumunun tespitinde yararlanılabilecek bir hüküm olamaz. Kaldı ki CMK m.76/5'de "*Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz*" şeklindeki düzenleme ile belli bir miktara kadar olan adli cezalar için dahi yasaklanan bir yolun, nitelik olarak daha hafif olduğunda şüphe bulunmayan disiplin cezaları için kullanılabileceğini kabul etmek mümkün değildir.[28] Ayrıca CMK m.80'de, alınan örnekler üzerinde

---

24 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 524

25 Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/ Esra Alan Akcan/Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2016, s. 520

26 Kızılarslan, s.120 vd.

27 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 284

28 Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasını bizzat kendisinin talep etmesi durumunda, CMK 75/5. maddede yer alan yüklenen suçun üst sınırının iki yıl ya da daha fazla olması zorunluluğunun, savunma hakkını sınırladığı, bu sebeple şüpheli ya da sanık vücudundan örnek alınmasını talep ederse, yüklenen suçun üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektirse dahi, bu işlemin yine de yapılması gerektiği ancak elde edilen verilerin şüpheli ya da sanık aleyhine

yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu ve başka bir amaçla kullanılamayacağı, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği düzenlenerek bu verilerin kullanımı da yasaklanmıştır.

2-Karayolları Mevzuatı Açısından Değerlendirme

CMK m.76/7'de özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek trafikte alkol muayenesi ve alkol tespiti amaçlı kan örneği alınması yasal hale gelmiş bulunmaktadır. Nitekim Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 97/2 uyarınca trafik görevlilerince sürücüler her zaman alkol kontrolüne tabi tutulabilirler. Maddenin 3/a bendine göre sürücülerin alkol oranlarının tespitinde; tarih, saat ve ölçüm sonucu ile cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen ve kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazlar kullanılır. Aynı maddenin 3/c bendine göre ise teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen sürücüye 2918 sayılı Kanunun 48/9.maddesinde belirtilen miktarda idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır. Beşinci fıkrada ise yaralanma veya ölümle sonuçlanan kazalar ya da trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazasına karışan sürücülerin alkol oranlarının tespitinde yine teknik cihazların kullanılacağı; yaralanma veya ölümle sonuçlanan ya da trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazasına karışarak teknik cihazla alkol kullanıp kullanmadığının tespitine yönelik ölçüm yapılmasına izin vermeyen ya da yapılan ölçüm sonucuna itiraz eden sürücülerle ilgili olarak trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazalarında sürücünün alkol ve kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla, Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek sürücünün trafik görevlileri tarafından en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürüleceği ve alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler aldırılacağı; yaralanma veya ölümle sonuçlanan trafik kazalarında sürücünün alkol kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla, sürücünün mahalli zabıta tarafından Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek en yakın adli tıp

---

delil olarak kullanılmaması gerektiği şeklindeki görüş için bkz.Umut Karçkay, "Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S. 12, Ağustos, 2007, s. 85

kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürüleceği ve alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler aldırılacağı düzenleme altına alınmıştır.

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 1. maddesinde Yönetmeliğin amacı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca, can ve mal güvenliği yönünden; karayollarında trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren hususlarda alınacak tedbirler ile ilgili olarak, Yönetmelikte düzenlenmesi işaret edilen ve gerekli görülen diğer hükümleri ve bunların uygulanmasına ait esas ve usulleri belirlemek şeklinde belirtilmiş, yine Yönetmeliğin 2. maddesinde de Yönetmeliğin, 2918 sayılı Kanun'un 2. maddesinde sayılan yerlerde uygulanacağını vurgulamıştır. 2918 sayılı yasanın 2. maddesinin:

"Bu Kanun, karayollarında uygulanır. Ancak aksine bir hüküm yoksa; a) Karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerler ile, b) Erişme kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında da, Bu Kanun hükümleri uygulanır" şeklindeki açık hükmü karşısında Yönetmeliğin 97. maddesi de görev yerinde memurun alkol durumunun tespitinde yararlanılabilecek bir hüküm olamaz.

3-Hukuka Uygunluk Açısından Değerlendirme

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu Türk Medenî Kanunu 24/2. maddesi hükmüne göre, üstün nitelikteki kamusal yararın varlığı halinde bu durumun hukuka uygunluk sebebi kabul edilerek kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka aykırı sayılmamasıdır. Görev başında alkollü bulunmamasında üstün nitelikte bir kamusal yararın var olup olmadığının tespiti ve var olduğu kabul edilecek olursa, alkol durumunun belirlenmesi amacı ile rızası dışında alkol testine tabi tutulan ya da kan örneği alınan memura yönelik bu eylemin hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir. Ancak hatırlatmak gerekir ki Türk Medeni Kanunu düzenlemesi, hukuka aykırı eylem sonucu tazminat

sorumluluğu doğması hallerine özgü olup, memura yönelik bu tür bir rıza dışı kan örneği alma eyleminin hukuka uygun sayılması, kişilik haklarına ve vücut bütünlüğüne saldırı iddiası ile memurun tazminata hak kazanmasına engel olacaktır. Bu eylemin suç oluşturup oluşturmayacağı ceza hukukunun konusuna girmektedir.

Ceza hukuku açısından rızası dışında alkol testine tabi tutulan ya da kan örneği alınan memura yönelik eylem ise, eylemin işlenişindeki saik, fiilin işleniş şekli gibi durumlara göre farklılık arz edebilecek olup, asıl burada üzerinde durulması gereken, bu tür bir eylemde hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ihtimalinin değerlendirilmesidir. 5275 sayılı TCK 24/1. maddesi uyarınca kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Kanunun belli statülerde olan kişilere görevleri ile ilgili ve görevlerinin verdiği yetki sınırları içinde yaptıkları hareketler hukuka aykırı olmayacaktır.[29]

4-Devlet Memurları Kanunu Açısından Değerlendirme

Devlet memurunun göreve sarhoş gelme halinin tespitinde ceza muhakemesi kuralları ve karayolları mevzuatının kullanılamayacağı göre soruna 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu penceresinden çözüm bulmak gerekecektir. 657 sayılı Kanun'un "Amir durumda olan devlet memurlarının görev ve sorumluluklar" başlığını taşıyan 10/1. maddede "*Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla amirin, memurun görev başında alkollü bulunmamasını sağlamaya ve bu durumu takip ve kontrol etmeye yönelik kanun hükmünün gereğini yapması, bu doğrultuda da memurun durumunun tespiti için alkol testi ve kan örneği alınması yoluna başvurulması şeklindeki işlem ve bu işleme binaen yapılan eylemler hukuka uygun kabul edilecek ve amir bu kapsamda alkol tespitine yönelik işlemleri gerçekleştirebilecek, ayrıca bu işlemlere dayanarak yapılan eylemler de suç oluşturmayacaktır. Aksine kanun hükmünün gereğini yerine getirmeyen amirin sorumluluğu ortaya çıkabilecek olup, konu ile ilgili olarak Sayıştay tarafından verilen bir

29 Öztürk/Erdem, s.214

kararda[30], 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca devlet memurlarının, maiyetindeki memurları yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten sorumlu oldukları bu sebeple, Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gereken bildirgelerin yasal süresi içinde bildirilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilen idari para cezalarının kurum bütçesinden değil, söz konusu yasal yükümlülükleri yasal süresi içinde yerine getirmeyen memurların yanı sıra bu memurlar hakkında gerekli gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kurum amirleri tarafından ödenmesi gerektiğine hükmedilerek kurum amirlerinin maiyetindeki memurlarını yetiştirmek, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmek konusundaki hukuki yükümlülükleri açıkça ortaya konulmuştur.

C-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından

AİHS 5/1-b madde bendinde yer alan düzenleme uyarınca kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılacağı haller arasında, "yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalama veya tutulu durumda bulundurulma" da sayılmıştır. O halde öncelikle yasanın koyduğu bir yükümlülük ifadesinin anlamının ortaya konulması gerekmektedir. Burada kastedilen, özel olarak yasayla öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlama amacının varlığı olup bu yükümlülüğün yerine getirilmesine kişiyi zorlamak için özgürlüğünden yoksun bırakılmaktadır.[31] Dikkat edilecek olursa burada yükümlülüğün özel olması yani spesifik olması aranmakta, genel yükümlülükler bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Memurların disiplin cezası gerektiren eylemlerinin düzenlendiği 125. madde işte bu yükümlülüğün somut görünüm şekilleri olarak değerlendirilebilir. Konuyla ilgili olarak memurun göreve sarhoş gelmeme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği ve yerine getirmedi ise karşılığında yasada öngörülen disiplin cezasına katlanması, 657 sayılı Kanun'un memur için öngördüğü özel bir yükümlülüktür. O zaman yasayla özel olarak öngörülmüş bu yükümlülüğün yerine getirilmesi yani memurun sarhoş olup olmadığının tespiti için zorla özgürlüğün-

30 Sayıştay 2.D. 27.10.2015 tarih ve K.35344 sayılı kararı; http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/s2d-35344-27-10-2015-1.htm; Erişim Tarihi: 16.05.2017

31 Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2016, s.207

den alıkonulabilmesi mümkün olabilecek midir? Burada bakılması gereken bir diğer düzenleme AİHS 5/1. maddesidir. Fıkra hükmünde kanunda gösterilen yollar dışında kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı belirtilerek iç hukuka atıf yapılmakta, ulusal mevzuatın bu konuda öngördüğü usule uyulması şart kılınmaktadır.[32] Bir diğer anlatımla özgürlükten yoksun kılınmanın kanunda öngörülmüş ve kanunla öngörülen biçimde gerçekleşmiş olması halinde AİHS'ne uygunluğu söz konusu olacaktır.[33] AİHM, 5/1. maddedeki bu şartın birinci fıkra kapsamına giren tüm bentler için geçerli olduğunu Guzzardi/İtalya[34] kararında belirtmiştir[35]. Türk iç hukukunda ise, memurun anılan yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve sarhoş olup olmadığının belirlenmesinde izlenecek prosedüre ve usule ilişkin, mesela Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki vücuttan örnek alma tedbirinde olduğu gibi, bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla AİHS 5/1. madde fıkrasının iç hukuka yaptığı atıf bu konuda karşılıksız kalmakta, yapılacak bir özgürlükten yoksun bırakmanın iç hukuka uygun olup olmadığını tespite imkân bulunmamaktadır. O halde AİHS hükümleri noktasında hukukumuzda memurun göreve sarhoş gelip gelmediğini tespit için rızası hilafına alkol muayenesine tabi tutulması mümkün değildir.

D-Genel Değerlendirme

Türk hukukunda memurun göreve sarhoş gelmesi eyleminin tespitinde, yukarıda belirtildiği üzere 657 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca özgürlüğünden alıkonulabileceği, hatta eylemin hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde hem suç oluşturmayacağı hem de tazminat sorumluluğu yaratmayacağı söylenebilirse de, Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacağından, AİHS 5/1 ve 5/1-b madde hükümleri karşısında iç hukuk hükümlerine başvurma imkânının bulunmadığı dolayısıyla Türk hukukunda memurun göreve sarhoş gelip gelmediğini tespit için

32 A.Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 10. Bası, Ankara 2013, s.224
33 Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.201-202
34 06.11.1980 tarih ve 7367/76 başvuru nolu karar
35 Gözübüyük/Gölcüklü, s.225

rızası hilafına alkol muayenesine tabi tutulmasının mümkün olmadığı söylenmelidir. Yapılması gereken, izlenecek prosedürün iç hukukta yasa ile düzenlenmesi ve böylece özgürlükten yoksun bırakmanın bu prosedüre uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanabilmesini olanaklı hale getirmektir.

E- Sarhoşluk Durumunun Alkol Muayenesi Dışı Delillerle İspatı

Memurun alkol muayenesine rıza göstermemesi halinde görev mahallindeki sarhoşluk durumunun başka delillerle, özellikle tanık beyanı ile ispatının mümkün olup olmadığına ilişkin, eski tarihli bir Danıştay kararında konuya olumlu cevap verilmektedir. Anılan kararda[36] polis memurunun olan davacının karakol amiri tarafından alkol muayenesi için doktora gönderildiği, doktor tarafından az miktarda alkol almış olduğu, şuurunun açık ve yerinde olduğu ve fiili sarhoşluk halinin mevcut olmadığını bildiren rapor verildiği, olay günü sabah karakolda iken içkili olduğuna dair herhangi bir delil bulunmadığı taksiye bindiğinde alkollü olduğunun taksi şoförünün ifadesi ile sabit olduğu ve resmi giysiyle gizlenemeyecek derecede sarhoş olarak görülmek suçunu işlediğinin sabit olduğu gerekçesi ile yerel mahkemece verilen meslekten çıkarma cezasının iptali isteminin reddi kararı onanmıştır. O halde bu karar ile sarhoşluk durumunun tespitinde alkollü olunduğuna ilişkin tanık beyanının yeterli olduğu kabul edilmektedir ki bu durumun çeşitli sakıncalar yaratacağı muhakkaktır. Her şeyden önce disiplin suçu oluşturan eylem göreve alkol kokarak gelmek değil, göreve sarhoş gelmektir. İnsanların fizyolojik yapıları gereği aynı miktarda alkolün yapacağı etki farklı olacağı gibi, yaratacağı kokunun da farklı olması normaldir. Bir kişinin bir sakız çiğnemek suretiyle kolayca halledebileceği ve vücudu alkole dayanıklı ise hiçbir emare göstermeyebileceği içkililik durumu, bir diğerinin çok az miktarda alacağı alkolün yarattığı kokunun fizyolojik sebeplerle giderilememesi sonucu ağır sonuçlara yol açabilecektir. Kaldı ki alkol alınıp alınmadığının tespiti için kullanılan nefes ve kan testi olarak adlandırılabilecek iki ana yöntemin, sarhoşluğu değil, kandaki etil alkol miktarını ölçtüğüne daha önce değinilmiştir. Yine tanık olarak dinlenen kişinin, disiplin so-

[36] Dan. 10.D. 11.03.1987 tarih, 1985/2153 E., 1987/481 K. Sayılı kararı

ruşturmasına maruz kalan memur ile olan ilişkisinin niteliğinin, verilen tanık beyanının gerektiğinde bilirkişi incelemesine tabi tutulmasını dahi gerektirebileceği ileri sürülmüştür.[37] Dolayısıyla memurun özlük durumu açısından akıbetinin bir tanığın beyanına ve burnunun hassasiyetine bırakılması kabul edilebilir bir durum değildir.

Kandaki alkol miktarı ile sarhoşluk durumunun farklı kavramlar olmasına ve 657 sayılı kanunda sarhoşluk olarak kabul edilebilecek bir miktar belirlemesi yapılmamış olmasına rağmen, Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal Ve Nato Pol Tesisleri İşletme Başkanlığı tarafından çıkarılan 22.07.2014 tarihli disiplin işlemleri konulu 2014/14 sayılı genelgenin,[38] Genel Değerlendirmeler başlıklı kısmında, "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-a maddesi uyarınca göreve sarhoş gelmek suçundan disiplin cezası verilebilmesi için memurun en az 0,20 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi, tespitin yapılamaması hâlinde tanık beyanları ile alkollü olduğunun belirlenmesi gerekir." ifadesine yer verilmiştir. 657 sayılı yasada yer almayan böyle bir tespitin bir genelgede yapılması, tespitin hangi bilimsel kriterlere göre yapıldığının belli olmaması ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinin[39] 97. Maddesi ile hususi otomobil sürücüleri için dahi 0,50 promil sınırı getirilmişken, karayollarında trafikte seyir halinde olmaktan daha az tehlike içerdiği muhakkak olan memuriyet görevinin ifasında daha az tolerans tanınması ve limitin 0,20 olarak tespiti, gerek temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması zorunluluğu karşısında hukukilik yönünden ve gerekse yerindelik açısından sorgulanması gereken bir konudur. Keza genelgenin alkollü olma halinin tespitini öngörmesine rağmen bunun usulüne ilişkin bir düzenleme içermemesi, Anayasanın 13. maddesi hükmü çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması zorunluluğu karşısında yerinde olmuş ise de bu tespitin yapılamaması halinde tanık beyanları ile alkollü olunduğunun belirlenmesini öngörmesi, yukarıda belirtilen sakıncaları doğuracak bir hüküm özelliği göstermektedir.

Göreve sarhoş gelme eylemi sebebi ile memura disiplin cezası uygulanabilmesi, isnat olunan fiilin somut olarak ortaya konulması ha-

---

37 Muhammet Kızıl, Tanık İfadesi ve İnandırıcılık, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:72, S.2014/2, s.403

38 https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/73062; Erişim Tarihi: 29.05.2017

39 18.07.1997 tarih ve 23053 mükerrer sayılı R.G.

linde mümkün olup, bu konuda Danıştay tarafından verilen bir kararda[40] "davacının isnat edilen fiili işlediğinin şikâyetçinin tanık olarak gösterdiği iki kişi dışında soruşturma sırasında ifadesine başvurulan altı kişiden hiçbirisince kabul edilmemesi nedeniyle sübuta ermediği sonucuna varıldığı, bu durumda, davacının disiplin suçu sayılabilecek bir eylemde bulunduğunun objektif bir şekilde ortaya konulamadığı ifade edilmiştir.

III- MEMURUN AKIL SAĞLIĞININ TESPİTİ

A-Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından

Bir suç işlenmesi halinde akıl sağlığının yerinde olup olmadığının tespiti ile ilgili ceza muhakemesi kurallarının, disiplin suçları hakkında uygulanıp uygulanamayacağını tartışmak gerekirse, CMK m.74 gereğince fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafisinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilecektir. Şüpheli veya sanığın müdafi yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafi görevlendirilecektir. Bu şekilde gözlem altına alınmayı talep hakkı sadece hekim-bilirkişiye tanınmış olup Cumhuriyet savcısı ya da müdafisinin böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Ancak hâkim kararını vermeden önce mutlaka Cumhuriyet savcısı ya da müdafiyi dinlemelidir.[41]

Gözlem altına alma, ceza yargılamasında şüpheli ya da sanığın şuurunun incelenmesine yönelik bir bilirkişi incelemesi özelliği taşımaktadır ve şüpheli ya da sanığın fiili işlediği yolunda kuvvetli şüphenin varlığı elzemdir.[42] Öte yandan CMK'nın gerekçesine bakıldığında temel hakların sınırlandırılması yönünün ön plana çıkarıldığı ve Anayasa'nın 19. maddesinde belirtilen kişi hürriyeti ve güvenliğini ve Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen kişi dokunulmazlığını çok ya-

40 Dan. 12. D. 16.11.2005 tarih, 2002/5920 E., 2005/4029 K. Sayılı kararı
41 Kızılarslan,s.165-166
42 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 520

kından ilgilendirdiği dikkate alındığında gözlem altına almanın koruma tedbiri olarak nitelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.[43] Bu tedbirin kişi dokunulmazlığı veya vücut bütünlüğünü korumaya yönelik diğer temel haklara müdahale amacı ile kullanılması halinde hukuka aykırılık doğacak olup, şuur analizi için yapılacak muayenede vücut bütünlüğüne de bir müdahale yapılacak ise, bu konuda CMK m. 75'te düzenlenen beden muayenesi için gerekli olan şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Gözlem altına alma, vücut bütünlüğüne müdahale hakkını kamu makamlarına vermemektedir.[44]

O halde memur hakkında yürütülen disiplin soruşturmasında, şüpheli ya da sanık konumunda olmayı gerektiren ve fiilin işlendiği hususunda kuvvetli şüphenin arandığı CMK'da yer alan düzenlemenin kullanılmasına imkân bulunmamaktadır. Bu durumda yukarıda bahsedilen 657 sayılı Kanun'un 10/1. maddesindeki amire verilen maiyetindeki memurlarını yetiştirmek, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmek yetkisini içeren kanun hükmünün, TCK m. 24/1 uyarınca hukuka uygunluk sebebi sayılması ve yapılan işlem ile bu işleme dayalı olarak yapılan eylemleri suç olmaktan çıkarması söz konusu olabilecektir.

B-Medeni Hukuk Açısından

4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebebiyle vesayete ilişkin hükümlerinin disiplin suçları hakkında uygulanıp uygulanamayacağı tartışılacak olursa, Türk Medeni Kanunu'nun vesayet konusunu düzenleyen üçüncü kısmının, birinci bölümünün, birinci ayrımında yer alan 396. maddesinde vesayet organları sayılarak bunların vesayet daireleri ile vasi ve kayyımlar olduğu belirtilmiş; vesayet dairelerine ilişkin kısmında yer alan "*Kamu vesayeti*" başlıklı 397. maddesinde; kamu vesayetinin, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütüleceği belirtilmiş; madenin ikinci fıkrasında vesayet makamının, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamının ise, asliye hukuk mahkemesi olduğu yönündeki hükme yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun

---

43 Elvan Keçelioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/3, s.229-230

44 Keçelioğlu, s.230

anılan bölümünün vesayeti gerektiren hallere ilişkin ikinci ayrımında yer alan 405. maddesinde; akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her erginin kısıtlanacağı belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise; görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idarî makamların, noterler ve mahkemelerin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları yönündeki hükme yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu 432. maddesinde ise akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya alıkonulabileceği; görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlilerinin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları belirtilmiş, 433. maddesinde yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisinin, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yer vesayet makamına ait olduğu; bu tür kararların ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra ve ilgilisi dinlenerek verilebileceği;[45] bu karara karşı ilgilileri ya da yakınlarınca kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebileceği yönünde ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda 5237 sayılı TCK 24/1. madde uyarınca kanun hükmünü yerine getirme bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğinden, Türk Medeni Kanunu düzenlemesine uygun olarak yapılacak bir işlem ve bu işleme dayalı olarak gerçekleştirilecek eylemler suç oluşturmayacaktır.

C-İdare Hukuku Açısından

Disiplin suçu işlediği iddiası ile hakkında soruşturma başlatılan bir memurun, akıl sağlığının yerinde olup olmadığı hakkında şüphe ortaya çıktığında bu durumun tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektir-

45 Aydın Zevkliler/ Şeref Ertaş/ Ayşe Havutçu/ Damla Gürpınar, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.353

diğinden bu durum bilirkişi incelemesini gerektirebilir.[46] Memurun işlediği fiilin kusurlu bir fiil olmasını gerektiren bu durumda memurun bilinçli bir fiilinin bulunması aranmaktadır. Oysa zihinsel yetersizliği sebebi ile görevini gereği gibi yerine getiremeyen memura bu sebeple disiplin cezası vermek mümkün değildir[47]. Konuyla ilgili 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 129. maddesinde sadece memuriyetten çıkarma suçlarına ilişkin olarak, yüksek disiplin kurullarının kendilerine intikal eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin özlük dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkili oldukları ifade edilmiş, diğer disiplin cezaları ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kaldı ki düzenleme bilirkişi dinlemekten bahsetmekte olup, memurun rızası olmaksızın akıl sağlığının tespitine yönelik olarak bir sağlık kurumuna sevke imkân verip vermeyeceği muğlâktır.

Konu ile ilgili önemli bir karar Danıştay 2. Dairesi'nin 13.11.2013 tarih ve 2011/9468 E., 2013/8021 K. sayılı kararıdır.[48] Karara konu olan olayda, İngilizce öğretmeni olarak görev yapmakta olan davacı hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucunda rapor düzenlenmiş olup raporda;

- davacının, gerek ifade vermeme, gerekse ifade almak için davet edildiği esnada konuşmalarından akıl ve ruh sağlığı yönünden şüphe uyandıran davranışlar içerisinde olduğu,
- ifade vermenin bir savunma hakkı olduğu, davacının, kendisini savunması yönündeki telkinleri hiç dikkate almayarak kabul etmediği, kendisi için neyin iyi, neyin kötü olduğunun bile pek farkında olmadığı yönünde kanaat oluştuğu
- davacının fiillerine karşılık gelen disiplin cezalarının uygulanması yanında idari yönden akıl ve ruh sağlığı bakımından, teşhis, ileri tetkik ve tedavisi için bu alanda faaliyet gösteren bir tedavi kurumuna sevk edilerek, bu kurumca verilen rapora göre hareket

46 Sancakdar, Memuriyetten Çıkarma, s.269
47 Gözler, s.688-689
48 http://emsal.danistay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet; Erişim Tarihi: 03.11.2016

edilmesinin yerinde olacağı tespitleri yapılmıştır. Ayrıca davacının okulda yıprandığı da dikkate alınarak bir başka okula atanması yolunda teklifte bulunulmuştur. Getirilen teklif dikkate alınarak başka okula ataması yapılan davacıdan, 14.05.2010 günlü işlemle, akıl ve ruh sağlığı yönünden teşhis, ileri tetkik ve tedavi amacıyla bu alanda faaliyet gösteren bir sağlık kuruluşuna giderek veya kendini sevk ettirerek rapor alması ve alacağı raporu en geç bir hafta içinde okul idaresine teslim etmesi istenilmiş, davacının bu talebi reddetmesi üzerine bu kez İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından bir işlem tesis edilerek davacının kolluk kuvvetleri marifetiyle hastaneye sevkinin sağlanarak rapor alınması yönünde görev yaptığı okul müdürlüğüne talimat verilmiş, davacı tarafından da bu işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Açılan iptal davasının temyiz incelemesi sonucunda verilen kararda 1982 Anayasasının;

- 12. maddesinde; herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu,
- 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların ise, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı,
- "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. maddesinde, herkesin, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu, şekil ve şartları kanunda gösterilen;

*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi

*bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması

*bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi

*toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir

müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi

*usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı tespitleri yapılmıştır.

Kararda devamla Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'nin "Özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı 5. maddesinin;

- birinci fıkrasında; herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, bu fıkrada bentler halinde belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı
- birinci fıkranın e bendinde ise; bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulabileceği hükümlerine yer verildiği belirtilmiştir. Anılan AİHS hükümleri ve bu hükümler doğrultusunda AİHM kararları incelendiğinde; tümünün özünde keyfilik yasağı olduğu, 5. maddede yer verilen güvenlik hakkının da bu kapsamda kişilerin fiziksel özgürlüğünün kısıtlanmaması anlamında kullanıldığı, bu nedenle, gerek Anayasa'nın 19. maddesi, gerekse AİHS'nin 5. maddesi kapsamında kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkının yasal bir dayanak olmaksızın, keyfi bir şekilde sınırlanması temel insan hakkına müdahale anlamını taşıyacağı, ayrıca, herhangi bir özgürlükten mahrumiyetin, söz konusu kişiyi son derece hassas bir konuma düşürerek işkence ve insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakacağı, dava konusu işlemin yukarıda yer verilen Anayasa ve AİHS hükümlerine aykırı bir şekilde, bu yönde Türk Medeni Kanunu'nda açıkça izlenecek yöntem ve bu konuda yetkili makamlar vesayet kurumu ile belirlenmiş iken, davacının iradesi dışında bir yere kolluk kuvveti marifetiyle gitmeye mecbur bırakılarak kişisel özgürlüğünden geçici bir süre dahi olsa alıkonulmasına yol açacak şekilde verilen talimatın yasal dayanağının bulunmadığı da dikkate alındığında, davacının özgürlük ve güvenlik hakkına keyfi müdahale niteliğinde olduğu, bu nedenle idari davaya konu

edilebilecek kesin ve yürütülmesi gerekli işlem özelliği taşıdığı, iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılarak kararın bozulmasına hükmedilmiştir.

Danıştay'ın bu kararında belirtilen AİHS'nin 5. maddesinin birinci fıkra e bendine yakından bakmak gerekirse, bendin uygulanma şartları, Avrupa İnsan Hakları Divanının Winterwerp/Hollanda kararı ile[49] açıklanmıştır. Karara göre, AİHS herhangi bir kişinin yalnızca fikirlerinin veya tutumunun belirli bir toplumda hâkim olan kurallardan ayrılması sebebiyle tutuklanmasına izin vermemekte olup gerçek anlamda bir akli dengesizlik, yetkili ulusal bir makam önünde tarafsız bir tıbbi bilirkişiliğe dayanılarak ispat edilmeli; bu dengesizlik tutuklamayı haklı gösterecek nitelikte veya boyutlarda olmalı ve nihayet, bu tutukluluk durumu, böyle bir dengesizliğin süregelmesi halinde, ancak geçerli usul ile uzatılabilmelidir. Son olarak kişinin hastanede tutulmasının kanuna uygun yollarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.[50]

AİHM tarafından verilen Varbanov/Bulgaristan[51] kararında da, ruhsal rahatsızlığı bulunduğu ve tehlikeli olduğu iddia edilen başvuran hakkında, ölümle tehdit suçlaması ile ceza soruşturması açmaya yeter sebep olup olmadığının tespiti için savcılıkça yapılan tahkikatta, 31.08.1995 tarihi ile 15.09.1995'ten sonra tam olarak belirlenemeyen bir tarih arasında başvuranın hukuka aykırı olarak özgürlüğünden alıkonulduğu, söz konusu zamanda iç hukukta, savcılara, psikiyatrik bir klinikte kapatılmayı emretme yetkisi veren bir düzenleme bulunmadığı ve bu durumun tek başına AİHS'nin 5/1-e bendinin ihlali için yeterli olduğu belirtilmiştir.[52]

AİHM tarafından verilen bu kararlar çerçevesinde Danıştay kararına konu olayda Türk Medeni Kanunu'nda belirlenen ve yukarıda zikredilen prosedüre uyulmadığından açıkça AİHS'ne aykırılık bulunduğu da söylenmelidir.

---

49 24.10.1979 tarih ve 6301/73 başvuru nolu karar

50 M. Aydoğan Özman, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar, *AÜHF Dergisi,* C.35, S.1, 1978, s.138-139

51 05.10.2000 tarih ve 31365/96 başvuru nolu karar

52 http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":["001-58842"]} Erişim Tarihi:28.05.2017

Yine Danıştay tarafından verilen bir diğer kararda[53], polis memuru olan davacının devlet memuriyetinden çıkarılmasına dair işlemde, davacının davaya konu işlemin tesisine neden olan fiili işlediği tarihten önce akıl ve ruh sağlığını yitirmiş olduğu yolunda hakkında ciddi şüphe ve değerlendirmeler bulunduğu, bu sebeple öncelikle uzman kişilerce akıl ve ruh sağlığı yönünden muayenesinin sağlanması ve bu muayene sonucundaki tespitlere göre işlem tesis edilmesi gerekirken bu yönden bir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın tesis edilen davaya konu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı karar altına alınmıştır.

Konunun irdelenmesi gereken bir diğer boyutu ise, akli dengesizlik sebebi ile özgürlükten hukuka aykırı bir şekilde alıkonulmanın yanı sıra, alıkonulma ortamının şartları itibari ile AİHS'nin 3. maddesinin de ihlalinin gündeme gelebileceğidir. AİHM'nin konu ile ilgili olarak verdiği Stanev/Bulgaristan kararında[54] başvurucunun ön onayı olmaksızın akli durumu yerinde olmayan şahıslara yönelik sosyal eve yerleştirilmesi kararının, Bulgar hukukunda geçerli olmadığını ve bu sonucun dahi başlı başına AİHM'nin başvurucunun hürriyetten mahrum bırakılmasının 5. maddeye aykırı olduğunu tespit etmesi için yeterli olduğunu belirttikten sonra, gerek bir ceza prosedürü kapsamında verilen bir tutuklama veya gerekse şahsın yaşamının veya sağlığının korunması amacıyla kendisinin tutulması söz konusu olsun 3. maddenin, makamların elinde bulunan şahıslara insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yapılmasını yasakladığını, başvuranın yerleştirildiği sosyal evdeki yemek yetersiz ve kötü kalitede olduğunu, binanın yeteri kadar ısıtılmadığını ve kışın başvurucunun, kendi ceketiyle yatmak zorunda kaldığını, başvurucunun, kirli ve kötü durumda olan bir banyoda haftada bir defa duş alabildiğini, tuvaletlerin çok kötü durumda olduğunu, ayrıca İşkencenin Ve İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Ceza Veya Muamelenin Önlenmesi Avrupa Komitesinin (CPT), tespitlerine göre, tuvaletlere gitmeni tehlikeli olduğunu, olarak sosyal evde, yıkamadan sonra orada kalanların elbiselerinin değiştirildiğini ve bu durumun, onlarda aşağılanma hissinin ortaya çıkmasına neden olduğunu, başvurucunun yaklaşık olarak yedi sene gibi uzun bir süre boyunca, söz

53 Dan. 12. D. 12.12.2013 tarih ve E.2013/5791, K.2013/10543 sayılı kararı
54 17.01.2012 tarih ve 36760/06 başvuru nolu karar

konusu olan şartların tamamına maruz kaldığını, İşkencenin Ve İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Ceza Veya Muamelenin Önlenmesi Avrupa Komitesinin (CPT) bu yerleri gördükten sonra, söz konusu dönemde sosyal evdeki şartların insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele olarak kabul edileceğini ortaya koyduğuna karar vermiştir.

SONUÇ

Kurum düzeninin sağlanmasında disiplin suç ve yaptırımlarına başvurulması nasıl bir zorunluluk ise, bu yaptırımların yaratacağı manevi, mali ve tasfiye edici sonuçlar dikkate alındığında, disiplin soruşturmalarının ayrıntılı ve güvenceli kurallar çerçevesinde yerine getirilmesi de o derece zorunludur. Türk hukukuna bu açıdan bakıldığında mevzuatta farklı düzenlemelere serpiştirilmiş sayıca az, kapsamı dar ve yetersiz hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Karma sistem olarak adlandırılan ve yaptırım kararının idari mercilerce ve idari usulle verildiği, bu idari işlem niteliğindeki kararın denetiminin ise yargı organlarınca yapıldığı sistemde, idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımı kararının yapılmasına ilişkin bir usul yasası bulunmamaktadır. Disiplin işlemlerinde uyulacak usul kurallarının çıkarılacak bir usul yasası ile tespit edilmesi, bu kuralların sağlayacağı güvencelerle hem idarenin kanuniliği ilkesinin gereği gibi sağlanmasına hem de disiplin soruşturması sürecinde adeta bir obje halinde bulunan memurun soruşturma sürecine aktif olarak katılımına hizmet edecektir. Bu sayede, memurun akıl hastalığı, alkol durumunun tespiti gibi şu an için düzenleme bulunmayan hassas konular da çözüme kavuşturulmuş olacaktır.

Kaynakça

Akyılmaz Bahtiyar, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku Ve Uygulamadaki Sorunlar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2, 2002

Gözler Kemal, İdare Hukuku, C.II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003

Gözübüyük A.Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 10. Bası, Ankara 2013

Güran Sait, Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.6, 1989

İpekcioğlu Pervin Aksoy Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği Ve Anayasaya Uygunluğu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, İstanbul, 2013

Karçkay Umut, Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* Yıl:2, S. 12, Ağustos, 2007

Keçelioğlu Elvan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma, *Ankara Barosu Dergisi,* 2015/3

Kızıl Muhammet, Tanık İfadesi ve İnandırıcılık, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:72, S.2014/2

Kızılarslan Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma Doktrin ve Uygulaması, Çetin-Veb Ofset AŞ., Ankara, 200

OnarSıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c.2, Hak Kitabevi, İstanbul,1966

Örücü Esin, Disiplin Cezaları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi, *İÜHFD,* C.32, S. 2-4, 1966

Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2015

Özbilen Arif Barış, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2

Özman M. Aydoğan, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar, *AÜHF Dergisi,* C.35, S.1, 1978

Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016

Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Kırıt Yasemin F. Saygılar, Özaydın Özdem, Akcan Esra Alan, Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2016

Sancakdar Oğuz, İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, 2009, Ankara

Sancakdar Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001

Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015

Tezcan Durmuş, Erdem M.Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2016

Yıldırım Turan, Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.18, 2001

Zevkliler Aydın, Ertaş Şeref, Havutçu Ayşe, Gürpınar Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015

(Marksist Kuram Açısından) KAPİTALİST DÜZENDE İDARE HUKUKU VE KURAMIN GÖRÜŞLERİNİN BU HUKUKA YANSIMALARI KONUSUNDA TÜRKİYE'DEN BİR ÖRNEK

(From the Marxian Theory) ADMINISTRATIVE LAW WITHIN THE CAPITALIST SYSTEM AND AN EXAMPLE ON THE REFLECTIONS OF THE THEORY'S IDEAS REGARDING THIS LAW IN TURKEY

Hasan DURSUN*

Özet: Marksistler, klasik idare hukuku tanımlarını kabul etmedikleri gibi tanımların içerisinde geçen "hukuk" ve "devlet" kavramlarına da farklı bir anlam yüklemektedirler. Üstelik Marksistler idare hukukunun kamu hukuku içerisine girdiği görüşüne de karşı çıkarak, kamu hukuk-özel hukuk ayrımının isabetsiz olduğunu savlamışlardır. Marksistler, günümüzde kapitalizmin tekelci kapitalizm veya emperyalizm aşamasına geçtiğini, bu aşamada, "icranın" (yürütmenin) güçlendirilmesi eğilimi taşıdığını belirtmişlerdir. Marksistlere göre bu eğilim sonucu, yürütme içerisinde bütün gücün tek bir kişiye yönlendirildiği "kişisel başkanlık sistemi"ne geçilecektir. Türkiye'nin mevcut durumda geçmeye çalıştığı "partili Cumhurbaşkanı" veya "kişisel başkanlık sistemi" modeli dikkate alınırsa Marksistlerin görüşlerinin büyük isabet payı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, İdare Hukuku, Devlet, Kamu Hukuku-Özel Hukuk, Kapitalizm, Tekelci Kapitalizm, Emperyalizm, Başkanlık Sistemi

Abstract: Marxists do not accept the classical definitions of administrative law and give a different meaning to the concepts of "law" and "state" that included in general definitions. Moreover, Marxists argue against the idea of administrative law within the scope of public law. Actually Marxists allege that the distinction between public law-private law is inappropriate. Marxians add that, at the present day, capitalism transposed the monopoly capitalism or imperialism phase and in that phase, there is a tendency to empower "the enforcement" (the executive) authority. As a result of that tendency, "personalized presidential system" that all the power is directed to one person would be chosen. Regarding the "party man / president of the republic" or "personalized presidential" model that Turkey tries to pass, the great appropriateness of Marxians' ideas is automatically emerged.

Keywords: Law, Administrative Law, State, Public Law-Private Law, Capitalism, Monopoly Capitalism, Imperialism, Presidential System

* Dr. (Iur.), Ankara Barosu önceki avukatı

GİRİŞ

Öğreti, klasik anlamıyla idare hukukunu, biri geniş, diğeri dar anlamda olmak üzere iki türlü tanımlamaktadır. Bunlardan geniş anlamda idare hukuku, İdarenin, kamu yararı gereksinimlerini karşılamak veya daha somut bir deyişle, kamu hizmeti görürken yönetilenlerle ilişkilerine uygulanan hukuku ifade etmektedir.[1] Kısacası, geniş anlamda idare hukuku, İdarenin hukuku[2] veya hem organ, hem de faaliyet olarak İdarenin hukuku anlamına gelmektedir.[3]

Dar anlamda idare hukuku tanımında ise İdareye uygulanan hukuk kurallarından yola çıkılmaktadır. İdare, kamu yararını tatmin etme doğrultusunda çalışırken veya kamu hizmeti görürken "karma" (mixte) bir hukuki rejime tabi olup kimi konular bakımından kamu hukuku usullerine, kimi konular bakımından ise özel hukuk usullerine tabidir. Bu ayrımın büyük bir önemi bulunmaktadır. Zira İdarenin kamu hukuku usullerine tabi olduğu durumlarda İdare özel hukuk kurallarını aşan özel bir takım kurallara tabi bulunmakta (kamu gücü, idari kararların hukuka uygun olma karinesi vb.) ve buradan doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi idari yargının (idare mahkemeleri, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay) görev alanına girmektedir. İdarenin özel hukuk usullerine tabi olduğu durumlarda ise İdare özellikle medeni hukuk ve ticaret hukuku olmak üzere özel hukuk kurallarına tabi bulunmakta ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar genel yargı yerleri olan adliye mahkemelerinde çözümlenmektedir. İşte İdarenin hukukundan, İdarenin kamu hukuku kurallarına tabi olduğu usuller dar anlamda idare hukukunu oluşturmaktadır.[4]

Ancak idare hukuku ister geniş anlamıyla isterse dar anlamıyla tanımlansın söz konusu hukukun ne olduğu açık ve kesin bir şekilde saptanmış olmamaktadır. İdare hukuku tanımının kesin ve net bir

---

1 R. Chapus, Droit administratif général Tome 1, 15e Edition, Montchrestien, Paris 2001, s. 1.

2 Krş. M. Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 9. Bası, Ankara 2004, s. 3.

3 Krş. M. Özyörük, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara, 1972-1973, s. 40.

4 Chapus, s. 1. Foillard ise dar anlamda idare hukukunu, İdarenin organizasyonu ve faaliyetlerinde uygulanan özel rejime tabi kurallar bütünü olarak adlandırmaktadır. Bkz. P. Foillard, Droit administratif, 13e édition, éditions Paradigme, Orléans 2008-2009, s. 1.

şekilde ortaya konulabilmesi için öncelikle idare hukukunun konusu ile "İdare" kavramının ne olduğunun organik ve "faaliyet" (işlevsel) olarak somut bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Bu hususta hemen belirtmek gerekir ki idare hukukunun konusunu, Devlet İdaresi, bir başka deyişle, kamu idaresi oluşturur. Bu bağlamda özel sektör idarelerinin, örneğin, bir şirket, vakıf veya dernek yönetimleri, idare hukukunun uğraş ve konusu dışında kalır.[5]

İdare hukukunun konusundan anlaşılacağı üzere organik anlamda idare; yasama ve yargı organları dışında, başında münferit bakanların yer aldığı ve Devlet tüzelkişiliğini temsil eden merkezi idare ile belirli yörelerin mahalli ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan mahalli idareleri ve belirli idari hizmetleri yürütmek üzere oluşturulan öteki kamu tüzelkişilerini kapsamaktadır.[6] Faaliyet veya işlevsel anlamda idare ise yasama ve yargı fonksiyonları ile yürütme organının salt siyasal nitelikli faaliyetleri[7] dışında, Devletin günlük toplumsal gereksinimleri karşılamak amacıyla yürüttüğü bütün kamusal faaliyetlerden oluşmaktadır.[8]

Yapılan bu faaliyet veya işlevsel anlamda idare tanımının Marksistler tarafından benimsendiği düşünülmemelidir. Nitekim Marksizmin ana kurucuları olan Marx ve Engels, günümüze kadar ki bütün toplumların tarihinin bir sınıf savaşımları tarihi olduğunu, özgür insan ile köle, patrisyen ile pleb, bey ile serf, lonca ustası ile kalfa, tek bir sözcükle, ezen ile ezilenin birbirleriyle sürekli karşı karşıya geldiğini, kesintisiz olarak kimi zaman örtük, kimi zaman açık bir savaş halinde her seferinde ya toplumun tümüyle devrimci bir dönüşmesiyle ya da savaşan sınıfların birlikte mahvolmalarıyla sonuçlanan bir savaş sürdürdüklerini ifade etmektedirler.[9]

---

5 Günday, s. 3.

6 Günday, s. 10. Özyörük ise oldukça kısa bir tanımlama yaparak; yasama ve yargı dışındaki tüm devlet kuruluşlarının organik veya yapısal anlamda "idare" kavramı içerisine altlanılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Özyörük, s. 46.

7 Yasama ve yargı fonksiyonları ve yürütme organının salt siyasal nitelikli faaliyetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, s. 10-14.

8 Günday, s. 4, Özyörük, s. 53.

9 K. Marx ve F. Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, Sol Yayınları, [K. Marx ve F. Engels'in Manifest der Kommunistischen Partei (1848) adlı yapıtını İngilizcesinden (Manifesto of the Communist Party, 1888) ve Engels'in (Principles of Communism, 1847) adlı yapıtını Türkçeye çeviren; Muzaffer Erdost] Sol Yayın-

Marx ve Engels, burjuvazinin, tarihte son derece devrimci bir rol oynadığını, burjuvazinin, üstünlüğü ele geçirdiği her yerde bütün feodal, ataerkil, pastoral ilişkilere son verdiğini, insanı "doğal efendileri"ne bağlayan çok çeşitli feodal bağları acımasızca kopardığını ve insan ile insan arasında çıplak çıkardan, katı nitelikteki nakit ödemeden başka hiçbir bağ bırakmadığını, dinsel tutkuların, şövalyece coşkunun, dar kafalı duygusallığın kutsal titreyişlerini, bencil hesapların buzlu sularında boğduğunu, kişisel değeri, değişim değerine dönüştürdüğünü ve sayısız yok edilemez ayrıcalıklı özgürlüklerin yerine o biricik insafsız özgürlük olan ticaret özgürlüğünü koyduğunu, tek bir sözcükle, dinsel ve siyasal yanılsamalarla maskelenmiş sömürünün yerine açık, utanmaz, dolaysız, kaba sömürüyü koyduğunu belirtmektedirler. Yazarlar, burjuvazinin şimdiye dek saygı duyulan ve saygın olarak kabul edilen bütün mesleklerin halelerini söküp attığını, doktoru, avukatı, din adamını, şairi, bilim adamını kendi ücretli emekçileri durumuna getirdiğini savunmaktadırlar.[10]

Marx ve Engels, burjuva sınıfının her gelişme aşamasına karşılık gelen bir siyasal ilerlemesinin eşlik ettiğini, genel olarak bütün monarşilerin temel taşı olan burjuvazinin, en sonunda, modern sanayinin ve dünya pazarının kurulmasından bu yana, modern temsili devlette siyasal egemenliği bütünüyle el geçirdiğini, çağcıl devlette yürütmenin, tüm burjuvazinin ortak işlerini yürüten bir *komiteden* başka bir şey olmadığını ifade etmektedirler.[11]

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Marksistler işlevsel idare tanımında olduğu devletin toplumun günlük gereksinimlerini karşılama doğrultusunda çalışacağı esasını kabul etmemekte, yürütmenin burjuvazinin işlerini gören bir araç olduğu görüşünü benimsemektedirler. Marksistler, ayrıca, yapılan geniş ve dar anlamda idare hukuku tanımlarını da kabul etmemekte ve yapılan bu tanımlar içerisinde geçen "devlet" ve "hukuk" kavramlarına da farklı anlam yüklemektedirler. Konunun daha iyi kavranabilmesi için öncelikle Marksistlerin devlet ve hukuk hakkındaki görüşlerinin irdelenmesi uygun olacaktır. Yine idare hukuku, klasik olarak kamu hukukunun içerisin-

---

ları, Altıncı Baskı, Ankara 2005, s. 116-117.

10 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 119-120.

11 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 118-119.

de kabul edilmesine karşın Marksistlerin kamu hukuku hakkında özgün fikirleri bulunduğundan onların kamu hukuku değerlendirmesine de bir göz atmak uygun olacaktır.

I- MARKSİSTLERİN DEVLET, HUKUK VE KAMU HUKUKU HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİ

1- Marksistlerin Devlet Hakkındaki Değerlendirmeleri

İnsanlık tarihini başlangıcından ortaçağ sonuna kadar devletin kökeni konusundaki ayrıntılı çalışmayı Engels yapmıştır. Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni konusunda oldukça öğretici bir yöntemle devletin tarihsel kökenine inmiştir. Bu bağlamda Engels, bir toplumun, ancak toplumsal sınıfların kendi aralarındaki sürekli ve açık bir savaşımı içinde ya da görünüşte uzlaşmaz karşıt sınıfların üstünde yer alan, onların açık çatışmasını önleyen ve sınıflar savaşımına olsa olsa iktisadi alanda, yasal denilen bir biçim altında izin veren bir üçüncü gücün egemenliği altında varlığını sürdürebileceğinin anlaşıldığını, gentilice örgütlenmenin[12] ömrünün dolduğunu, devletin, gentilice örgütlenmenin yıkıntıları üzerine yükseldiğini daha açık bir deyişle, gentilice örgütlenmenin işbölümü ve bunun sonucunun, toplumun sınıflara bölünmesi ile paramparça olduğunu, yerine devletin geçtiğini ifade etmektedir.[13]

Engels, devletin topluma dışarıdan dayatılmış bir güç olmadığını, Hegel'in ileri sürdüğü gibi "ahlak fikrinin gerçekliği" veya "usun imgesi ve gerçekliği" de olmadığını, devletin daha çok, toplumun gelişmesinin belirli bir aşamasının ürünü olduğunu belirtmektedir. Yazar, toplumun, önlemede yetersiz bulunduğu karşıt uzlaşmazlıklar biçiminde bölünmesinin, kendi kendisiyle çözülmez bir çelişki içerisine girdiğinin kanıtı olduğunu, ancak, karşıtların, bir diğer deyişle, karşıt iktisadi çıkarlara sahip sınıfların, kendilerini ve toplumu kısır bir savaşın içerisinde eritip bitirmemeleri için görünüşte toplumun üstünde

---

12 Çeşitli toplumlarda gentilice örgütlenme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. F. Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni [(Almanca orijinali, Der Ursprung der Familie des Privateigentums und des Staats, 1884) Fransızca'sından (L'origine de la famille, de la propriété et de l'état, Editions Sociales, Paris 1969) Türkçeye çeviren Kenan Somer] Sol Yayınları, Ankara 2005, s. 99-172.

13 Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 197-198.

yer alan çatışmayı hafifletmesi, "düzen" sınırları içinde tutması gereken bir güç gereksinmesinin kendisini kabul ettireceğini, işte toplumdan doğan, ama onun üstünde yer alan ve gitgide ona yabancılaşan bu gücün devlet olduğunu vurgulamaktadır.[14]

Engels, devletin, sınıf karşıtlıklarını frenleme gereksiniminden, daha somut deyişle, bu sınıfların çatışması ortasında doğduğuna göre kural olarak en güçlü sınıfın iktisadi bakımdan egemen olan ve bunun sayesinde siyasal bakımdan da egemen sınıf durumuna gelen ve böylece ezilen sınıfı boyunduruk altında tutmak ve sömürmek için yeni araçlar kazanan sınıfın devleti olduğunu, işte bundan ötürü, antik devletin her şeyden önce köleleri boyunduruk altında tutmak için köle sahiplerinin devleti olduğunu, feodal devletin, serf ve angaryacı köylüleri boyunduruk altında tutmak için soyluların organı, modern temsili devletin ise ücretli emeğin sermaye tarafından sömürülmesinin aleti olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bununla birlikte, ayrıksı olarak, savaşım durumundaki sınıfların birbirlerini dengelemeye çok yaklaştıkları öyle bazı durumların olacağını, böyle durumlarda, devlet gücünün sözde-aracı olarak, bir zaman için, bu sınıflara karşı belirli bir bağımsızlık durumunu koruyacağını belirtmektedir. Yazar, XVII. ve XVIII. yüzyıl mutlak krallıklarının soyluluk ile burjuvazi arasındaki dengeyi böyle kurduğunu, birinci ve özellikle ikinci Fransız İmparatorluğunun proletaryaya karşı burjuvaziyi, burjuvaziye karşı da proletaryayı kullanan bonapartizmin, bu sınıflar karşısındaki bağımsızlık durumunu bu şekilde koruduğunu savlamaktadır. Yazar, bu konuda, egemen olanlarla baskı altında tutulanların aynı derecede komik bir figür oluşturdukları yeni örneğin, Bismarck ulusunun yeni Alman İmparatorluğu olduğunu, burada, terazinin bir kefesine kapitalistlerin, bir kefesine de emekçilerin konduğunu ve ikisinin sırtından da ahlaksız Prusyalı toprak ağlarına çıkar sağlandığını belirtmektedir.[15]

Engels, toplumun bir sömüren bir de sömürülen sınıf biçimindeki ilk büyük bölünüşünün en yüksek gelişmesine uygarlık çağında erişen kölelikle birlikte meydana geldiğini, bu bölünüşün, bütün uygarlık boyunca sürüp gittiğini, köleliğin ilk sömürü biçimi olduğunu, bu biçimin antik dünyaya özgü bir biçim olduğunu, onun yerine ortaçağda

14 Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 199.
15 Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 201.

"toprakbentlik" (servaj), çağcıl zamanlarda da "ücretliliğin" (salariat) geçtiğini, bunların, uygarlığın üç büyük çağını belirleyen üç büyük "kölelik" (servitude) biçimi olduğunu, köleliğin önce açık, sonra da az gizli bir şekilde uygarlığın bütün devirlerinde varlığını sürdüreceğini ifade etmektedir.[16]

Engels, uygarlığın kendisiyle birlikte başladığı ticari üretim aşamasının, iktisadi bakımdan; a) paranın ve parayla birlikte para, sermaye, faiz ve tefeciliğin b) üreticiler arasında aracı sınıf olarak tüccarların c) özel toprak mülkiyeti ve ipoteğin d) üretimin egemen biçimi olarak köle çalışmasının sahneye girişiyle belirleneceğini ifade etmektedir. Yazar, uygar toplumun özetinin, bütün tipik dönemler içinde yalnızca egemen sınıfın devleti olan ve her zaman her şeyden önce ezilen sömürülen sınıfı "bağımlılık" (sujétion) içinde tutmaya yönelik bir aygıt olarak kalan devlet olduğunu savlamaktadır.[17]

---

16 Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 205.

17 Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 205-206. Engels'in devletin egemen veya kapitalist sınıfın bir aracı olduğu şeklindeki görüşü, Amerikalı Marksist Huberman tarafından daha açık ve basit bir şekilde ortaya konulmuştur. Huberman, kapitalist düzende iktisaden egemen olan sınıfın, bir başka deyişle, üretim araçlarına sahip olan sınıfın, siyasal olarak da egemen olduğunu, yasaları yapanlar ile yasaların çıkarları için yapıldığı adamlar arasındaki bağın oldukça sıkı olduğunu bu durumun devlet ile egemen sınıf arasındaki ilişkiyi açıkça ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Yazar, Birleşik Devletlerde demokratlar ile cumhuriyetçiler arasında temelde bir fakın bulunmadığını, farkın ayrıntılarda olduğunu, işçiler için demokrat X ya da cumhuriyetçi Y arasında bir seçim yapmanın, kapitalist sınıfın hangi özel temsilcisinin, Kongrede, kapitalist sınıfın yararına yasalar yapacağı konusunda bir seçim yapma özgürlüğünden başka bir şey olmadığını belirtmektedir. Yazar, Başkan Woodrow Wilson'un 1913 yılında yazdığı bir kitapta Birleşik Devletlerin efendileri, ülkenin kapitalistleri ve imalatçılıklarıdır diyerek bu gerçeği açık bir biçimde ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Huberman; devletin kapitalistleri sınırlandırmak ve gücünü düzenlemek için çıkardığı yasaların da göstermelik olduğunu ve zorunluluktan kaynaklandığını savunmaktadır. Daha somut bir deyişle yazar, devletin, ancak zorlandığı takdirde, mülksüzler adına mülk sahiplerine karşı harekete geçeceğini, şu ya da bu çatışma noktasında boyun eğmek zorunda kalacağını, zira işçi sınıfından gelen baskının büyüklüğüne ödün vermek zorunda kalınacağını, aksi takdirde "yasa ve düzen" tehlikeye girdiği gibi egemen sınıf açısından oldukça tehlikeli olan "devrim"in bile olabileceği görüşünü taşımaktadırlar. Bununla birlikte yazar, böyle durumlarda kazanılan bütün ödünlerin mevcut mülkiyet ilişkilerinin sınırları içerisinde olduğunu, kapitalist dizgenin ana çerçevesinin hiç dokunulmadan öyle kalacağını, ödünlerin hep bu çerçeve içiresinde verildiğini, egemen sınıfın ereğinin, bütünü kurtarmak için bir noktada boyun eğmek olduğunu ifade etmektedirler. Marksistler, devletin, bir sınıfın öteki sınıf üzerinde egemenliğini kurmak ve sürdürmek için bir araç olduğuna göre, ezilen çoğunluk için gerçek özgürlüğün var olamayacağını, duruma ve koşullara uygun olarak şu ya da bu derecede bir özgürlük verilse de

Engels, uygarlığın temelinin bir sınıfın başka bir sınıf tarafından sömürülmesi olduğundan bütün gelişmenin sürekli bir çelişme içinde oluşacağını, üretimdeki her ilerlemenin aynı zamanda ezilen sınıfın, daha açık bir deyişle, büyük çoğunluğun durumunda bir gerileme belirtisi olduğunu, kimileri için iyilik olan bir şeyin başkaları için kesinlikle kötülük olduğunu, sınıfların birindeki her yeni kurtuluşun öbür sınıf için bir baskı oluşturacağını belirtmektedir. Yazar, sonuçları bugün herkesçe bilinen makineli üretimin ortaya çıkışının bunun en çarpıcı kanıtını oluşturduğunu vurgulamaktadır. Engels, haklarla ödevler arasındaki ayrımın, Barbarlarda henüz belli-belirsiz olduğu halde, uygarlığın, sınıflardan birisine hemen hemen bütün hakları, öbürüne ise tersine neredeyse bütün ödevleri vererek ikisi arasında var olan ayrım ve karşıtlığı en yeteneksiz birisine bile açıkça göstereceğini ifade etmektedir.[18]

Bununla birlikte Engels, olması gerekenin bu olmadığını, egemen sınıf için iyi olan şeyin egemen sınıfın kendisiyle özdeşleştiği bütün toplum için de iyi olması gerektiğini, öyleyse, uygarlık ilerledikçe, kaçınılmaz bir sonuç olarak meydan getirdiği kötülükleri, iyiliksever örtüsüyle örtmek, telleyip pullamak ya da yadsımanın, kısacası, ne geçmiş toplum biçimlerinde hatta ne de uygarlığın ilk aşamalarında bilinen danışıklı bir ikiyüzlülüğe bürünmek zorunda olduğunu, bu ikiyüzlülüğün en aşırı derecesinin; ezilen sınıfın, işveren sınıfı tarafından yalnızca sömürülen sınıf yararına sömürülmekte olduğunu, eğer sömürülen sınıf bundan hoşlanmaz ve hatta direnmeye dek de giderse velinimetlerine, bir başka deyişle, sömürücülerine karşı, nankörlüklerin en katmerlisini işlemiş olacağını belirtmektedir.[19]

Engels bir toplumda doğan devletin doğduktan sonra nasıl bir tutum takınacağını ise Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin

---

sonul analizde "özgürlük" ve "devlet" sözcüklerinin sınıflı bir toplumda bir araya getirilemeyeceğini savunmaktadır. Yazar, devletin, hükümeti denetimi altında bulunduran sınıfın kararlarını uygulamak için var olduğunu, kapitalist toplumda devletin, kapitalist sınıfın kararlarını dayatarak yürüteceğini, bu kararların, işçi sınıfının, üretim araçlarının sahiplerinin hizmetinde çalıştığı kapitalist dizgeyi sürdürmek için alındığı görüşünü benimsemektedir. Bkz. L. Huberman, Sosyalizmin Alfabesi (The ABC of Socialism Introduction to Socialism, Modern Reader Paperbacks, New York 1968 adlı yapıtından Türkçeye çeviren Alaattin Bilgi), Yirmiikinci Baskı, Ankara 2014, s. 27-28.

18 Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 207.

19 Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 207.

Sonu adlı eserinde incelemiştir. Yazar, çağcıl dönemlerde bile devletin çok büyük üretim araçlarıyla bağımsız bir gelişmesi olan bağımsız bir alan oluşturmadığını, tersine, onun gelişmesi gibi varlığının da sonul tahlilde, toplumun ekonomik varlığının koşullarıyla açıklanacağını, bu durumun, insanların maddi yaşamının yaptığı üretiminin henüz bu kaynaklardan yararlanamadığı ve dolayısıyla bu üretim zorunluluğunun insanlar üzerinde daha da büyük bir egemenlik kurmuş bulunduğu daha önceki dönemler için çok daha geçerli olduğunu, günümüzde hâlâ geniş ölçekli sanayi ve demiryolları çağında, devletin özünde, üretim üzerinde egemen olan sınıfın ekonomik gereksinimlerinin yoğunlaşmış biçimde yansısından başka bir şey olmadığını ifade etmektedir. Yazar, bu yüzden, bir insan kuşağının maddi gereksinimlerinin karşılanması için bütün yaşamının günümüzde bizim verdiğimizden çok daha büyük bir bölümünü ayırmak zorunda olduğu ve dolayısıyla ekonomik gereksinimlere bugünkünden daha da bağımlı olunan dönemde, egemen sınıfın ekonomik gereksinimlerinin daha büyük ölçüde yansısını oluşturduğunu, geçmiş tarihin incelenmesinden bu durumun açıkça ortaya çıktığını belirtmektedir.[20]

Engels, devletin, kendisini, insan üzerindeki ilk ideolojik güç olarak sunacağını ve toplumun iç ve dış saldırılara karşı ortak çıkarlarını savunmak üzere kendisi için bir organizma yaratacağını, bu organizmanın devlet iktidarı olduğunu ifade etmektedir. Yazar, devletin daha doğar doğmaz kendisini toplumdan bağımsız kılacağını ve belirli bir sınıfın organizması haline geleceğini ve bu sınıfın egemenliğini doğrudan doğruya üstün kıldığı ölçüde bu bağımsızlığının daha da büyük olacağını belirtmektedir. Engels, ezilen sınıfın egemen sınıfa karşı savaşımının, zorunlu olarak siyasal bir savaşım haline, bir başka deyişle, ilkin egemen sınıfın siyasal egemenliğine karşı yürütülen bir savaşım haline geleceğini, söz konusu siyasal savaşımın ekonomik temeliyle olan ilişkisinin bilincinin bulanıklaşacağını, hatta büsbütün kaybolabileceğini, bu kaybolma savaşıma katılanlarda görülmese bile tarihçilerin kafasında hemen her zaman görüleceğini savlamaktadır. Ya-

[20] Bkz. F. Engels, Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu [(Almanca orijinali; Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie, 1888 adlı yapıtını, Fransızcasından (Ludwig Feuerbach et la fin de la philosophie classique Allemande, Editions Sociales, Paris 1968) Çeviren Sevim Belli], Sol Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara 2011, s. 54-55.

zar, Roma Cumhuriyetinin bağrındaki savaşımlara ilişkin bütün eski kaynaklar içerisinde, gerçekte söz konusu olan şeyin toprak mülkiyeti olduğunu açık ve kesin bir şekilde söyleyen tek kaynağın Yunan tarihçisi Appien olduğunu[21] ifade etmektedir.[22]

---

21 Yalnızca Yunan tarihçisi Appien değil büyük düşünür Rousseau da tarih boyunca görülen bütün savaşımların kökeninin mülkiyetten kaynaklandığını savlamaktadır. Bkz. J.J. Rousseau, İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökeni [Fransızca orijinalinden (Discours sur l'origine et les fondemets de l'inégalite parmi les hommes, 1754) Çeviren Aziz Yardımlı], İdea Yayınları, İstanbul 2011, özellikle s. 63-95.

22 Engels, Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu, s. 56. Daha açık bir deyişle Marksistler "devlet" kavramının açıklanmasında özel mülkiyet unsurunun olmazsa olmaz koşul olduğunu öne sürmektedirler. Amerikalı Marksist Huberman'ın açık ifadesiyle, üretim araçları üzerinde bulunan özel mülkiyet, özel türden bir mülkiyet olup söz konusu mülkiyet, ona sahip olan sınıfa, sahip olmayan sınıf üzerinde bir güç vermektedir. Zira bu mülkiyet, sahip olanın yalnız çalışmadan yaşamasını sağlamakla kalmamakta, diğer yandan, sahip olmayanların çalışıp çalışmayacağı ve hangi koşullar altında çalışacaklarını saptama olanağını da vermektedir. Bir başka deyişle, kapitalist düzen, bir çeşit efendi ve hizmetçi ilişkisi kurmakta; kapitalist sınıf, emirler verme durumunda, işçi sınıfı ise bunları yerine getirme durumundadır. Yazar, kapitalist düzende iki sınıf arasında sürüp giden bir çatışmanın bulunduğunu, kapitalist sınıfın, işçi sınıfını sömürerek, servet, güç ve saygınlıkla cömertçe ödüllendirildiğini, oysa işçi sınıfının güvensizlik, yoksulluk ve sefil yaşam koşulları içine itildiğini, azınlığın yararına, çoğunluğun zararına olan bu mülkiyet ilişkisinin devamını sağlamak için bir yöntemin bulunması gerektiğini, zengin azınlığın, emekçi çoğunluk üzerinde, toplumsal ve ekonomik egemenliğinin sürüp gitmesini sağlayacak güce sahip bir kurumun varlığının zorunlu olduğunu, böyle bir kurumun devlet olduğu görüşünü benimsemektedirler. Yazar, kapitalist sınıfın işçi sınıfı üzerinde egemenlik kurmasını sağlayan özel mülkiyet ilişkilerini korumak ve sürdürmek ile bir sınıfın öteki sınıfı baskı altında tuttuğu dizgeyi yaşatmanın devletin işlevi olduğunu, üretim araçlarının özel mülkiyetine sahip olanlar ile olmayanlar arasındaki çatışmada mülk sahiplerinin, devletin kişiliğinde, mülksüzlere karşı güçlü bir silah bulacaklarını, devletin, zengin ya da yoksul, yüksek ya da alt tabakadaki bütün halkı temsil ettiği, kısacası, onun sınıflar-üstü olduğuna dair bir yanılsama yaratıldığını, işin gerçeğinde, kapitalist toplum özel mülkiyete dayandığı için özel mülkiyete karşı yapılacak her davranışın, gerektiğinde şiddet kullanmaya varan devletin direnciyle karşılaşacağını belirtmektedirler. Yazar, aslında, sınıflar var olduğu müddetçe, devletin sınıflar-üstü olamayacağını, egemen sınıftan yana olmak zorunda olduğunu vurgulamaktadır. Huberman, s. 25-26. Aslında devletin egemen sınıftan yana bir tutum takınacağını yalnızca Marksistler değil kapitalist düzen taraftarları da benimsemektedir. Nitekim kapitalist düzenin düşünsel düzeyde kurucusu Adam Smith 1776 yılında ünlü kitabı Milletlerin Zenginliğinde bu görüşü savunmuştur. Daha açık bir deyişle Smith; servet eşitsizliğinin, avcı dönemini aşan ve çobanlık dönemine geçen toplumun ikinci aşamasında doğmaya başlayacağını ve bu aşamada önceden görülmeyecek derecede bir nüfuz ve ast-üst düzeni getireceğini belirtmektedir. Yazar, böylelikle, topluluğun kendisini koruyabilmesi için ister istemez gerekli bulunan sivil hükümeti bir dereceye dek adet haline getireceğini ve bunu doğal olarak, hatta o gereğe bağlı olmaksızın yapacağını belirtmektedir. Smith, sonradan bu gereğin düşünülmesinin, o nüfuzun ve ast-üst

Marx ve Engels; Alman İdeolojisi (Feuerbach) adlı eserinde ise devletin özel mülkiyeti korumak ereğiyle kurulduğunu daha açık bir biçimde ifade etmişlerdir.[23] Yazarlar, çağcıl Fransız, İngiliz, Amerikan

düzeninin sürdürülmesine ve sağlama bağlanmasına büyük katkı sağlayacağını vurgulamaktadır. Smith, özellikle zenginlerin elverişli durumlarını koruyabilmelerinin yalnızca böyle kabil olan işlerin o tertibini desteklemekte ister istemez çıkarlarının bulunduğunu, gerektiğinde az varlıklıların mülkiyetini savunmak için çok varlıklılar birleşebilsinler diye az varlıklıların, çok varlıklıların mülkiyetini elde tutmalarını savunmak üzere bir araya geleceklerini savlamaktadır. Yazar, tüm ikinci derecedeki çobanlar ile "sığırtmaçların" (sığır çobanlarının) deneyim yoluyla, sürüleriyle davarlarının güvenliğinin, büyük çobanın yahut sığırtmacın sürülerinin ve davarlarının güvenliğine bağlı olduğunu, kendi küçük nüfuzlarının sürdürülmesinin, büyük çobanın daha geniş nüfuzunun devamına dayandığını, astlarını kendisine boyun eğdirmede büyük çobanın etkisinin kendilerinin ona boyun eğmesine bağlı olduğunu anlayacaklarını belirtmektedir. Yazar, bunların, küçük çaplı hükümdarlarınca kendi mülkiyetleri savunulup nüfuzları desteklenebilsin diye onun mülkiyetini savunup nüfuzunu desteklemekte çıkarları olduğunu gören bir tür ufak çapta soylular sınıfı oluşturacaklarını savlamaktadır. Smith; sivil hükümetin, mülkiyetin güvenliğini korumak için kurulduğu sürece, aslında zenginin yoksula karşı ya da biraz malı mülkü olanın, hiç malı olmayana karşı savunulması için kurulduğu görüşünü savunmaktadır. Bkz. A. Smith, Milletlerin Zenginliği (Özgün Adı The Wealth of Nations, 1776'dan çeviren; Haldun Derin), Türkiye İş Bankası Kültür yayınları, İstanbul 2006, s. 794-795.

23 Daha doğru bir deyişle, Marksistler, devletin özel mülkiyeti korumak ereğiyle oluşan toplumsal tabakalaşmadan doğduğu görüşünü savunmaktadırlar. Gerçekten de Toplumsal tabakalaşma, devletlerle görülen evrensel bir olgu niteliği taşımaktadır. Gerçekten de Rousseau'dan Marx ve Engels'e, onlardan Fred gibi çağcıl yazarlara dek, erken devletler içinde, devleti, toplumdaki boyun eğdirilmiş gruplar üzerindeki iktidarlarını sürdürmek için yaratıp kullanan yönetici grupların bulunduğu yönetsel denetim sistemleri tanımlanmıştır. Nitekim Rousseau yukarıda bahsedilen İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökeni adlı yapıtında devletin, diğer deyişle, sivil toplumun, başlangıçta, zenginlerce, kendilerini bulundukları konumdan aşağı etmek için saldırabilecek kimselere karşı korunmak için düşünüldüğünü ileri sürmektedir. Rousseau, devletin bu nedenle, özgürlüğü yok edip değişmez mülkiyet yasaları yoluyla zenginlerle yoksullar arasındaki eşitsizliği desteklediğini ve bu yolla sıradan yurttaşı sürekli bir sıkıntı, kölelik ve yıkıntı içerisine ittiğini söylemektedir. Marx ve Engels'te devleti karşılaştırmalı çözümleme yoluyla araştırırlar. Nitekim Marx ve Engels, Rousseau gibi devleti, içinde üretim araçlarının yukarı sınıftan olan sahiplerinin, ayrıcalıklı olan sınıfın çıkarlarını koruyacak bir dizge geliştirmek yolunda birbirlerini etkiledikleri bir sınıf biçimlenmesinin, başka deyişle, tabakalaşmasının bir uzantısı olarak görmüşlerdir. Çağcıl yazarlardan Fred ise devleti, bir başka deyişle, "merkezi yönetim" dediği şeyi, içerisinde, söz konusu toplumun üyelerinin, yaşamın sürmesini sağlayıp yaşamı zenginleştiren kaynaklara ulaşmada eşit şansa sahip olmadıkları toplumsal tabakalaşmadan, yani kaçınılmaz olarak doğduğu yolunda bir kuramla açıklarken aynı tutumu takınmaktadır. Marksistler, devlet ile eşitsizliğin korunup sürdürülmesinin, kuramsal düzeyde, tarihi despotik bir merkezi denetime doğru itip yönetecek biçimde, birbirleri içinde örüleceklerini savlamışlardır. Fazla bilgi için bkz. R. Cohen, Devletin Kökenleri Yeniden Değerlendirme in Erken Devlet (Kuramlar Veriler Yorumlar) Çeviren Alâeddin Şenel, Derleyenler Henri J.M. Cla-

yazarlarının tümünün ayrıksız bir biçimde, devletin ancak özel mülkiyet yüzünden mevcut olduğunu savladıklarını ve bu inancın artık halkın bilincine işlediğini naklederek, devletin egemen bir sınıfın bireylerinin onun aracılığıyla kendi ortak çıkarlarını üstün kıldıkları bir şekil, daha açık bir deyişle, içinde bir çağın bütün sivil toplumunun özetlendiği bir biçim olduğunu, bunun sonucu olarak, bütün kamusal kurumların devlet aracılığından geçeceğini ve siyasal bir biçim alacaklarını, bu yüzden yasanın iradeye dayandığı, hatta daha iyisi, özgür iradeye dayandığı kuruntusunun somut temelinden koptuğunu, aynı biçimde hukukun da yasaya dayandırılmasının bir temelinin olmadığını belirtmişlerdir.[24]

Engels, devlet organlarının mensuplarının, toplumun çıkarına değil kendi özel çıkarına hizmet göreceği düşüncesini taşımaktadır. Yazar, toplumun başlangıçta basit işbölümü aracılığıyla kendi ortak çıkarlarını gözetmek amacıyla kendi öz organlarını kurduğunu, ancak, zamanla, doruğunu devlet iktidarının oluşturduğu bu organların kendi özel çıkarlarına hizmet etmeye başlayarak toplumun hizmetkârları olmaktan çıkıp onun efendileri durumuna düştüğünü, bu gerçekliğin yalnızca soydan geçme krallıkta değil, demokratik cumhuriyette de görülebileceğini ifade etmektedir.[25]

Engels, devlet gücünün başlangıçta, basit bir aletinden başka bir şey olmadığı toplum karşısında nasıl bağımsızlaştığının en iyi örneğinin Amerika'da görülebileceğini, bu ülkede hanedan ve soyluluğun bulunmadığını, Kızılderililerin gözetimine atanmış bir avuç asker bir yana bırakılırsa sürekli ordu, değişmeyen görevler, emeklilik hakkı ile birlikte bürokrasinin bulunmadığını, buna karşın, orada da devlet iktidarını ele geçirmek ve onu hem de en utanmaz erekler, en utanmaz

---

essen ve Peter Skalnik, İmge Kitabevi, Ankara 1993, s. 45-47.

24 K. Marx ve F. Engels, Alman İdeolojisi (Feuerbach) [Marx ve Engels'in Die deutsche Ideologie (1845-1846 [1932] adlı yapıtının Feuerbach başlıklı birinci kısmını Fransızcasından "L'Idéologie allemande, Editions Sociales, Paris, 1975"den çeviren: Sevim Belli], Beşinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2004, s. 116.

25 Engels'in Karl Marx'ın Fransa'da İç Savaş adlı yapıtına yazdığı Önsöz, s. 19. Bkz. K. Marx, Fransa'da İç Savaş [(İngilizce orijinali, The Civil War in France, 1871), Fransızcasından (la guerre civile en France, Editions Sociales, Paris 1975) çeviren Kenan Somer], Sol Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara 2012. Engels burada s. 21'de ise gerçeklikte devletin, bir sınıfın başka bir sınıf tarafından bastırılmasına yarayan bir makineden başka bir şey olmadığını, ülkenin rejiminin krallık ve demokratik cumhuriyet olmasının bu gerçekliği değiştirmeyeceğini savlamaktadır.

araçlarla sömürmek üzere nöbetleşen iki büyük "vurguncu" (spekülatör) politikacılar çetesinin[26] bulunduğunu ifade etmektedir.[27] Yazar, Amerikan ulusunun, sözüm ona onun hizmetinde olduklarını söyleyen ama gerçeklikte ona egemen olup onu soyan bu iki büyük politikacılar karteli karşısında güçsüz olduklarını belirtmektedir.[28]

Marksistlerin devlet hakkındaki görüşlerini özetlemek gerekirse, devlet, egemen veya kapitalist sınıfın lehine hizmet gören bir araç veya teşkilattır.[29] Bu araç veya teşkilatla egemen sınıf yoksul sınıfı zorlamakta ve onun üzerinde zor kullanmaktadır. Kısacası devlet, sınıflar arasındaki ekonomik ilişkinin ifadesi olup ekonomik ilişkilerden doğan fiili duruma resmi ve hukuki bir nitelik vermektedir. Bu bağlamda hükümet veya İdare egemen sınıfın zorlamasına[30] hizmet eden bir "komite" niteliğini taşımakta olup onun kamu hizmeti görmek gibi bir işlevi ve ereği bulunmamaktadır.[31]

---

26 Engels, çete olarak Cumhuriyetçi ve demokratları kastetmektedir.

27 Engels'in savunduğu bu görüş yaklaşık 100 yıl sonra Amerikalı Marksist Huberman tarafından da doğrulanmıştır. Huberman, Birleşik Devletlerde hangi partiden başkan seçilirse seçilsin vurgun düzeninin sürdüğünü belirtmektedir. Yazar, ayrıca, Başkan Roosevelt yönetimi sırasında işçi sınıfı tarafından epeyce fazla sayıda elde edilen bütün kazanımların, üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet dizgesini değiştirmediğini, bir başka deyişle, söz konusu kazanımların bir sınıfın başka bir sınıf tarafından devrilmesini sağlamadığını, Başkan Roosevelt öldüğü zaman işçi ve işverenlerin eski yerlerinde bulunduklarını belirtmektedir. Bkz. Huberman, s.28.

28 Bkz. Engels'in Önsözü in Marx, Fransa'da İç Savaş, s. 19-20.

29 Bu gerçek özellikle emperyalist uluslar bakımından çıplak bir gerçek olarak kendisini hissettirmektedir. Bütün emperyalist ulusların olduğu gibi örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde de özel yatırımlardan gelen bütün paylar, ilgili mali gruplara gitmiş, ancak hükümet politikası, parası ve gücü, bunların özel çıkarlarını sağlamak, korumak ve geliştirmek için harcanmıştır. Nitekim Birleşik Devletler Başkanı Taft, tekelci kapitalizmin gerekleri ile hükümet politikası arasındaki bağ konusunda açık yüreklilikle; "Dış politikamızın hak ve adaletin düz yolundan kıl payı saptırılmaması gerekmekle birlikte, bu politika, emtiamız ve kapitalist fırsatlarımız için kârlı yatırımlar sağlamak üzere etkin müdahaleyi de içerek hale pekâlâ getirilebilir." olduğunu söylemiştir. Bkz. Huberman, s. 24-25.

30 Daha açık bir deyişle Marx, devletin egemen sınıfın bir zorlama örgütünden ibaret olduğunu, her dönemde, üretim usullerinin belirli biçim ve gelişimi derecesinden ekonomik ilişkilerin doğacağını, bu ilişkilerden ekonomik bakımından güçlü olan zengin sınıf ile iktisadi olarak zayıf ve yoksul olan ekonomik sınıfların doğacağını, söz konusu iki sınıf arasındaki ilişkinin öncelikle bir iktisadi ilişki olduğunu, daha açık bir deyişle, bir toplumun üretim usulleri bakımından belirli bir ekonomik gelişim aşamasında bulunmasının sonucu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. S. M. Arsal, Hukuk Felsefesi Tarihi, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını No. 15, İstanbul 1945, s. 297.

31 Krş. Arsal, s. 297-298. Marksistler devletin bu niteliğinden dolayı ondan nefret et-

2- **Marksistlerin Hukuk Hakkındaki Değerlendirmeleri**

Aslında Marksist kuram bakımından "hukuk" için ayrı bir başlık atılmasının gerekip gerekmediği sorgulanabilir. Zira bu kuram açısından hukuk ile devlet kuramı birbirinden ayrılmaz bir bütünlük oluşturmaktadır.[32] Nitekim Marksist kurama göre ekonomik üretim ve toplumsal ilişkilerin biçimleri devlet ve hukuku belirlemekte olup belirleyici nedenlerin ortak olması devlet ve hukuk kuramlarının birlikte ele alınmasına yol açar. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde gösterildiği üzere Marksist kuram, devletin topluma hiç yoktan inme olarak benimsettirilmediğini, onun gelişmenin belirli bir döneminde yer alan toplumun ürünü olduğunu, uzlaşmaz çelişkilerin içinde birbiriyle ekonomik çıkarları için savaşan sınıfların bu sonsuz savaşımlarını yumuşatmak ve düzene bağlamak için toplumun üstünde yer alacak bir güce gerek duyulduğunu ve devletin bu yoldan ortaya çıktığını savunmuştur. Bu bağlamda söz konusu kuram sınıf çelişkilerini denetlemek gereğini gidermek için ortaya çıkan devletin, doğal olarak en güçlü olan, bir

---

mekte ve onun komünist aşamaya geçince ortadan kalkacağını savunmaktadırlar. Nitekim Marx, uyruk zümrelerin egemen zümreye itaatinin iktisadi bakımdan zayıf olmalarından ileri geldiğini, devlet sınıf savaşımından doğan bir teşkilat olduğu için gelecekte sosyalizm tamamen gerçekleştikten ve sınıf mücadelesi ortadan kalktıktan sonra devletin de yok olacağını, devletin sosyalist bir toplumda gereksiz bir kurum haline geleceğini, ancak sosyalist toplumun "başıboş" (inzibatsız) bir toplum olmadığını, bu toplumun kendisine özgü teşkilatının da olacağını benimsemektedir. Bkz. Arsal, s. 298. Engels ise devletin ezeli ve ebedi olmadığını ve belirli bir süre sonra sönümleneceğini vurgulamaktadır. Yazar, devletin düşünülemeyecek bir zamandan beri var olan bir şey olmadığını, hiçbir devlet ve devlet gücü olmayan toplumların olduğunu, toplumun sınıflara bölünmesine zorunlu olarak bağlı bulunan belirli bir iktisadi gelişme aşamasında bu bölünmenin devleti bir zorunluluk durumuna getirdiğini, ancak, üretimde, bu sınıfların varlığının yalnızca bir zorunluluk olmaktan çıkmakla kalmayıp, üretim için gerçek bir engel olduğu bir gelişme aşamasına hızlı adımlarla yaklaştığımızı belirtmektedir. Yazar, bu sınıfların vaktiyle ne kadar kaçınılmaz bir biçimde ortaya çıktılarsa o kadar kaçınılmaz bir biçimde ortadan kalkacaklarını, onlarla birlikte devletin de kaçınılmaz bir biçimde yok olacağını savlamaktadır. Daha açık bir deyişle yazar, üreticilerin özgür ve eşitçi bir birlik temeli üzerinde üretimi yeniden düzenleyecek olan toplumun, bütün devlet aygıtını bundan böyle kendisine layık olan bir kenara, açıkçası, asar-ı atika müzesine, çıkrık ve tunç baltanın yanına atacağını savlamaktadır. Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 203.

32 Daha doğru bir deyişle Marksistler, hukuku devletin bir varlık nedeni olarak benimsemekte ve hukukun genel karakteristiğini devletten alacağı anlayışını benimsemektedirler. Bunlar, hukukun, insanların toplumsal üretim olayını yürütmek için giriştikleri ilişkileri oluşturan toplumun ekonomik temeli üzerinde yer alan bir üst yapı olduğunu, devletin ne kadar sınıflar üstü oluğu kanıtlanmaya çalışılırsa çalışılsın gerçekte egemen sınıfa dayandığını, hukukun toplumun ekonomik yapısının ve kültürel gelişimin üstünde olamayacağını, bazen gerisinde kalabileceğini ve politik savaşımlara neden olacağını, hukukun ekonominin yanı sıra diğer toplumsal ve kültürel olaylardan etkileneceğini de belirtmektedirler. A. Çeçen, Adalet Kavramı, İkinci Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993, s. 130.

başka deyişle, yönetici ve politik bakımından egemen olan sınıfın diğer sınıfları ezen bir aracı niteliğine büründüğü görüşünü benimser.[33]

Marksist kuram açısından hukuk ve devletin birlikte incelenmesi işin doğası gereğidir. Zira Marx[34] ve Engels'in hukuk genel kuramına, daha açık bir deyişle, hukukun temel kavram, kural, ilke ve kategorilerine ilişkin de bütünsel bir çalışması bulunmamaktadır. Bununla birlikte üretim ilişkilerinin birincil yansımaları olan mülkiyet ve sözleşme kurumları, bu anlamda ayrıcalıklı konuları oluşturmaktadır. Gerçekten de Marx ve Engels'in hukuk konusundaki incelemelerinin temel güdüsünü hiçbir zaman derinlemesine bir hukuk incelemesi yapmak olmamış, Marksizm'in hukukla temel sorununu, hukuksal bakışla dünyayı değerlendirmenin yanlışlığını saptamak olmuştur.[35] Bu amacın dışında hukuk, başlı başına bütünsel bir incelemenin konusu yapılmamıştır.[36] Marksistler hukuk hakkında bütünsel bir inceleme yapmamış olsalar da onun hakkında bazı saptamalarda bulunmuşlardır. İdare hukuku bakımından önem taşıyan Marksist saptamaların teker teker incelenmesi uygun olacaktır.

---

33 Çeçen, s. 129-130.

34 Marx bir hukuk doktoru olmasına rağmen onun bütüncül bir hukuk incelemesi yapmaması oldukça ilginçtir. Kanımızca Marksistlerin bütünsel bir hukuk incelemesi yapmamasının temel nedenini hukukun toplum veya dünyadan kopuk olması oluşturur. Marksistlerin toplum veya dünyadan kopuk olan hukuku sevmeyecekleri aşikârdır zira onlar materyalist felsefeyi benimsemişlerdir. Hukuk bir ide bilimi olduğu için Marksistler ondan hoşlanmazlar. Marksizmin ana kurucusu Marx, Karahanoğulları'nın naklettiğine göre günümüze kadar ulaşmayan bir hukuk felsefesi kitabı taslağı hazırlamış ve hukukun dünyadan kopuk olması yüzünden kitabına kendisi bile yoğun eleştiri getirmiştir. Babasına yazmış olduğu bir mektupta kitap hakkında bahsederken, kitabında, hukuku sınıflandırırken hukukun failini esas aldığını, bu bağlamda hukukun akdi hukuk ve akdi olmayan hukuk olmak üzere ikiye ayrılabileceğini belirtmiştir. Mektubunda, bu çerçevede kamu hukuku-özel hukuk ayrımının kullanılabileceğini kabul edip bunun üzerinden bir plan benimsediğini belirtmiş, ancak planında özel hukuk bölümünün ayrıntısını göstermiş olmakla birlikte kamu hukuku başlığı altında bir şey göstermemiştir. Bkz. O. Karahanoğulları, Marksizm ve Hukuk, *AÜSBFD*, C. 57, S. 2, 2002, s. 8-9.

35 Nitekim Marx, ekonomik ilişkilerin hukuksal kavramlar tarafından değil, hukuksal ilişkilerin ekonomik ilişkilerden doğacağını belirtmiştir. Yine yazar, geçmişte belirli bir dönem bir anlam taşıyan kavramların artık günümüzde eskimiş bir sözel saçmalıktan başka bir şey olmadığını, bu kavramları Komünist partisine dogma olarak kabul ettirme girişiminin partiye büyük emeklerle aşılanan ve onda kök salmış bulunan gerçekçi bakış açısını saptırmak olduğunu, hukuk üzerine ideolojik saçmalıklar yapılmasının yerinin olmadığını ifade etmiştir. Bkz. K. Marx ve F. Engels, Gotha ve Erfurt Programlarının Eleştirisi [Fransızcasından (Marx-Engels, Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt, Editions Sociales, Paris 1966) Türkçeye çeviren; Barışta Erdost], Sol Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara 2002, s. 26, 30.

36 Karahanoğulları, s. 2.

Marksistlerin hukuk kaynağı bakımından yaptıkları temel saptama, hukukun devlet iradesinden değil tarihsel olarak toplumsal ve ekonomik ilişkilerden doğduğu[37] görüşüdür.[38] Nitekim Engels bu görüşü

[37] Marksistler özellikle "işbölümü" kavramıyla hukukun kavranabileceği görüşünü savunmaktadırlar. Örneğin Marksizmin kurucularından Engels, toplumların gelişmesiyle işbölümünün zorunlu hale geldiği durumda profesyonel hukukçuların yaratılacağını, bu hukukçuların yaratılmasıyla bağımsız yeni bir alanın açılacağını, bu alanın, genel bir biçimde üretime ve ticarete bağımlı olmakla birlikte, söz konusu alanlara karşı özel bir tepki yeteneğine sahip olmaktan da geri kalmayacağını belirtmektedir. Yazar, çağcıl bir devlette, hukukun, yalnız genel ekonomik duruma uygun düşmesi ve onun ifadesi olmasının gerekmediğini, eşanlı olarak kendi iç çelişkileri yüzünden kendi kendisini yaralamayacak sistemli bir ifade olmasının da gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, hukukun, bunu başarabilmek için ekonomik koşulların hukuka tıpatıp yansımasından giderek daha fazla feragat edileceğini, yasanın, bir sınıfın egemenliğini pervasız, yumuşatılmamış, hile karıştırılmamış biçimde ifade etmesi –ki bu "hak kavramının ihlâlinin kendisidir-ne kadar seyrek olursa bu fedakârlığın o kadar sık görüleceğini savlayarak, aşağıda üzerinde durulacağı üzere hukukun ekonomik ilişkilerin idealleştirilmiş bir yansıması olduğunu ima etmektedir. Yazar, Fransız Medeni Kanunu "Code Napoléon" da bile 1792-1796 dönemi devrimci burjuvazisinin savunduğu arı ve tutarlı hak kavramının birçok yönden yumuşatıldığını ve Kodda yer aldığı kadarıyla da proletaryanın artan gücüne uygun olarak her gün sağından solundan kırpıldığını belirtmektedir. Yazar, bu durumun, Code Napoléon'un, dünyanın her yerinde yeni yasaların temeli olmasını engellemeyeceğini, böylelikle, büyük ölçüde hukukun gelişiminin yolunun, ilkin, ekonomik ilişkilerin hukuk ilkelerine doğrudan aktarılmasından ortaya çıkacak çelişkileri gidermesi ve uyumlu bir hukuk dizgesi kurma çabasıyla ve sonra da yeni yeni çelişkilere yol açan daha ileri aşamadaki ekonomik gelişmelerin etkisi ve zorlamasıyla bu hukuk sisteminde ihlâllerin tekrarına başvurulmasıyla sınırlı kalacağını savlamaktadır. Bkz. F. Engels, Engels'ten Berlin'deki Conrad Schmidt'e in K. Marx ve F. Engels, Seçme Yazışmalar 2 1870-1895. [İngilizce'sinden (Selected Correspondence, Progress Publishers, Moscow, 1975) Türkçeye çeviren Yurdakul Fincancı], Sol Yayınları, Birinci Baskı, Ankara 1996, s. 242-243. Marksistler, üstelik hukukçuların gerçeklikten kopuk olmasına karşın işbölümünü "gerçeklik" olarak kabul edeceklerini de savlamaktadırlar. Örneğin Marx ve Engels, hukukçular, siyasetçiler din adamları gibi ideologların her şeyi baş aşağı koyacaklarını, bir sınıfın içerisinde yapılan işbölümü sonucunda o "işin" (Geschäft) özerkliğe ulaşması sonucunda herkesin kendi işine gerçek gözüyle bakacağını, zanaatları ile gerçek arasındaki bağ konusunda, zorunlu olarak, zaten mesleğin kendi doğasının gerektirdiği kadar hayaller kuracaklarını, hukuk, siyaset gibi ilişkilerin bilinçte kavranacaklarını, bu kişilerin söz konusu kavramların üstüne çıkamadıkları için bu ilişkiler konusunda sahip olunan kavramların onların kafasında sabit kavram oluşturacaklarını, sözgelimi, yargıcın yasaları uyguladığını ve bunun için de mevzuatı gerçek etkin devindirici olarak kabul ettiğini, herkesin kendi metasına karşı saygısının bulunduğunu, çünkü onların yaptıkları işin evrensel ile ilişki içerisinde bulunduğunu belirtmektedirler. Bkz. Marx ve Engels, Alman İdeolojisi (Feuerbach), s. 118-119.

[38] Marksistler yalnızca hukukun değil insan haklarının da devlet iradesinden doğmadığı görüşünü benimsemektedirler. Nitekim Marx insan haklarını çağcıl devletin yaratmadığını, çağcıl devletin, kendi öz evrimi ile eski siyasal engelleri aşmaya götürülen burjuva toplumunun ürünü olduğunu, bu devletin kendi başına insan haklarını ilan ederek, kendi öz köken ve temelini tanımaktan başka bir şey

açık bir şekilde savunmuştur. Engels, Ortaçağda dünya anlayışının temelde "ilahiyatçı" (Tanrıbilimci) bir nitelik taşıdığını, bu dönemde

yapmadığını belirtmektedir. Marx çağcıl devlet tarafından insan haklarının tanınmasının, ilkçağ devleti tarafından köleliğin tanınmasından başka bir anlamda gelmediğini, ilkçağ devletinin doğal temelini kölelik, çağcıl devletin doğal temelini burjuva toplumunun oluşturduğunu ifade etmektedir. Yazar, burjuva toplumu insanının, öteki insanlara özel çıkar ve bilincinde olmadığı doğal zorunluluktan başka hiçbir bağla bağlanmış bulunmayan bağımsız insan anlamını taşıdığını, bu insanın, çıkara dönük emeğin kendi öz bencil gereksinmesi ile ötekinin bencil gereksinmesinin köleliğini oluşturduğunu, doğal temeli işte bu olan çağcıl devletin evrensel insan hakları bildirisinde onu böyle tanıdığını belirtmektedir. Marx, burjuva toplumunun üyelerini atomların oluşturmadığını, atomun ayırıcı özelliğinin, ne tikelliklere ne de bunun sonucu, kendi dışındaki öteki varlıklar ile kendi öz doğal zorunluluğu tarafından belirlenmiş bağlantıya sahip bulunması olduğunu, atomun gereksinimlerinin bulunmadığını, onun kendi kendisine yeteceğini, dünyanın, onun dışında mutlak boşluk olduğunu, bir başka deyişle, atom kendinde tüm bütünlüğe sahip olduğu için ne içeriği, ne yönü, ne de anlamının bulunduğunu, burjuva toplumun bencil bireyinin kendi duyulur olmayan tasarımı ve yaşamsız soyutlamasında, kendisini bir atom, diğer deyişle, en küçük bir bağlantısı olmayan, kendi kendine yeten, gereksinmesiz, mutlak olarak dolu tam bir mutluluk içinde bir varlık olarak görmeye dek boşuna şişineceğini, mutsuz duyulur gerçekliğin, o, bu bireyin imgeleme yetisine kulak asmayacağını ve duyularının her birinin, onu kendi dışında var olan dünyanın ve bireylerin anlamına inanmaya zorlayacağını ve kutsal olmayan midesine dek ona kendi dışındaki dünyanın boş olmadığını, tersine kendisinin, gerçek anlamda dolduran şey olduğunu her gün anımsatmayan şeyin yok olduğunu belirtmektedir. Yazar, özsel etkinlik ve özelliklerden her birisinin, yaşamsal içgüdülerden her birinin, onun bencilliğini, kişisel çıkarını, kendi dışındaki başka şeyler ve öteki insanlar için ilgiye dönüştüren bir gereksinme, bir zorunluluk durumuna geleceğini, ama belli bir bireyin gereksinmesinin, bu gereksinmeyi karşılama araçlarına sahip öteki bencil birey için kendi başına anlaşılır bir anlam taşımadığını, öyleyse gereksinmenin kendi karşılanması ile dolayımsız ilişkisi olmadığından ötürü her bireyin, kendisini aynı zamanda ötekinin gereksinmesi ile bu gereksinme nesneleri arasında aracı durumuna da getirerek bu ilişkiyi yaratma zorunluluğu içinde bulunacağını belirtmektedir. Marx, bunun anlamının, gerçek bağı siyasal yaşam tarafından değil, ama sivil yaşam tarafından oluşturulan burjuva toplum üyelerini birleşik tutan şeyin, doğal zorunluluk olduğunu, ne kadar yabancılaşmış görünürlerse görünsünler insanın özsel özellikleri, başka deyişle çıkarı olduğunu belirtmektedir. Yazar, burjuva toplum atomlarının birliğini sağlayan şeyin, demek ki devlet değil, bu atomların ancak tasarımda, ancak kendi imgelemlerinin göğünde atomlar olmaları ve gerçeklikte atomlardan şaşılacak derecede ayrı varlıklar, tanrısal bencillikler değil ama bencil insanlar olmaları olgusu olduğunu ifade etmektedir. Marx, günümüzde sivil yaşamın birliğinin devlet işi olduğunu sanmanın, sadece siyasal kör inanç olduğunu, oysa gerçeklikte tersine, korunmuş bulunan devlet birliğinin, sivil yaşamın işi olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. K. Marx ve F. Engels, Kutsal Aile Ya Da Eleştirel Eleştiri'nin Eleştirisi Bruno Bauer ve Hempalarına Karşı [Karl Marx ve Friedrich Engels'in Die heilige Familie, oder, Kritik der kritischen Kritik, Gegen Bruno Bauer und Konsorten (1845) adlı yapıtını, Fransızcasından, (La sainte famille, ou critique de la critique critique, Contre Bruno Bauer et consorts, Editions sociales, Paris 1969'dan çeviren; Kenan Somer], Dördüncü Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2009, s. 165, 174-175.

hukuk düşüncesinin hareket noktasını ve temelini kilise dogmasının oluşturduğunu, hukuka uygulanan tek ölçünün ise onun kilisenin öğretimleri ile uyuşup uyuşmadığının oluşturduğunu ifade etmektedir. Yazar, bununla birlikte feodalitenin bağrında burjuvazinin gücünün geliştiğini, Ortaçağdaki büyük toprak sahiplerine karşı yeni bir sınıfın sahneye çıktığını, kentlerin burjuvalarının sadece meta üreticileri olduğunu ve ticaretle geçindiklerini, ancak feodal üretim tarzının esas olarak dar bir çemberin içinde oluşturulan ürünlerin doğrudan tüketimine dayandığını, bu tüketicilerin bir kısmını üreticiler, bir kısmını ise haraç alan feodallerin oluşturduğunu belirtmektedir. Yazar, feodalizmin ölçülerine göre biçilmiş Katolik dünya anlayışının, burjuva sınıfına ve onun üretim ve değişim koşullarına artık yeterli gelmediğini, ancak, hukukun da oldukça uzun bir zaman mutlak güçlü Tanrıbilimin tutsağı haline geldiğini, XIII. yüzyıldan XVII. yüzyıla kadar, dini sloganlar altında bütün reform ve savaşımların, kuramsal yönden eski ilahiyatçı dünya anlayışını yeni ekonomik koşullar ile yeni sınıfın durumuna uygun getirmek için burjuvanın ve kent halkının ve bunların müttefikleri olan isyancı köylülerin yinelenmiş girişimlerinden başka bir şey olmadığını, ancak, bunun yürümediğini, dinsel sancağın Birleşik Krallıkta son kez olarak XVII. Yüzyılda dalgalandığını, 50 yıl sonra ise Fransa'da burjuvazinin klasik yeni kavramı olan hukuksal dünya anlayışının ortaya çıktığını belirtmektedir.[39]

Engels, hukuksal dünya anlayışının ilahiyatçı anlayışın dünyasallaştırılması olduğunu, dogma veya tanrısal hukukun yerini insan hukuku, kilisenin yerini ise devletin aldığını ifade etmektedir. Yazar, kilise onlara onayını veriyor diye önceden kilise ve dogma tarafından yaratılmış gibi kabul edilen ekonomik ve toplumsal ilişkilerin şimdi hukuk tarafından kurulmuş ve devlet tarafından yaratılmış kabul edildiğini savlamaktadır. Yazar, metaların özellikle avans ve kredi vererek toplum ölçeğinde ve tam gelişme içinde kolaylaştırılan değişiminin, karşılıklı sözleşmeye dayanan karmaşık ilişkiler doğurduğunu ve dolayısıyla ancak topluluk tarafından belirlenebilecek genel düzeydeki kuralları, diğer deyişle, devlet tarafından saptanan hukuksal normları

39 Bkz. F. Engels, Hukukçular Sosyalizmi in K. Marx ve F. Engels, Din Üzerine (Karl Marx ve Friedrich Engels'in din konusundaki yazılarından derlenen Sur La religion, Editions sociales, Paris 1968 adlı yapıtından Türkçeye çeviren Kaya Güvenç), Sol Yayınları, Üçüncü Baskı, Ankara 2002, s. 249-250.

gerektirdiği için bu hukuksal normların kaynağının ekonomik olgular olmadığı, onların devlet tarafından resmi olarak ortaya konulduğunun sanıldığını, serbest meta üreticileri arasındaki ilişkilerin temel biçiminin en büyük düzenleyici rekabet olduğu için "kanun önünde eşitlik" ilkesinin burjuvazinin savaş çığlığı haline geldiğini ifade etmektedir. Engels, söz konusu yükselen sınıfın, feodal beylere ve o dönemde onları korumakta olan mutlak monarşiye karşı savaşımının, her sınıf savaşımı gibi zorunlu olarak siyasal savaşım, başka deyişle, devlete sahip olmak için bir savaşım olmak zorunda olduğunu, bu durumun zorunlu olarak hukuksal taleplerin yerine getirilmesi için bir savaşım olduğunu, söz konusu olgunun hukuksal dünya anlayışının sağlamlaşmasına katkıda bulunduğunu savlamaktadır.[40]

Engels, bununla birlikte, burjuvanın, kendi olumsuzunu, kısacası, proletaryayı ve onunla birlikte daha siyasal iktidarı bütünüyle eline geçirmeden patlak veren yeni bir sınıf savaşımını yarattığını, nasıl ki daha önceden burjuva, soyluluğa karşı savaşımda geleneğe uygun olarak ilahiyatçı dünya anlayışını belirli bir süre daha beraberinde sürüklediyse, başlangıçta proletaryanın da hasmından hukuksal kavramları aldığını ve buradan burjuvaziye karşı silahlar sağlamaya çalıştığını savlamaktadır. Yazar, ilk proleter siyasal oluşumlar gibi bunların kuramcılarının da salt "hukuksal alan" üzerinde durduklarını, aralarındaki tek farkın, proleterlerin hukuksal alanlarının burjuvanınkiyle özdeş olmaması olduğunu, daha açık bir deyişle, bir yandan hukuksal eşitliğin toplumsal eşitlikle tamamlanarak eşitlik isteminin genişletilmesi olduğunu, diğer yandan, Adam Smith'in önerisi olan bütün zenginliğin kaynağı emek olduğundan emek ürününün emekçiyle, toprak sahibi ve kapitalist arasında pay edilmesinin haksız olduğunun, bunun ya kaldırılması ya da en azından emekçiler lehine değiştirilmesi gerektiği sonucunu çıkarttıklarını bildirmektedir. Yazar, bununla birlikte, söz konusu sorunun yalnızca "hukuk" alanında bırakılarak burjuva-kapitalist üretim tarzı, diğer deyişle, geniş-ölçekli sanayiye dayanan üretim tarzı tarafından oluşturulmuş kötülükleri ortadan kaldırmayacağını, bu savaşımın verimsiz olduğunu savlamaktadır.[41]

40 Engels F. Hukukçular Sosyalizmi, s. 250-251.
41 Engels F. Hukukçular Sosyalizmi, s. 250-251.

Engels, feodal üretim tarzının kapitalist üretim tarzına dönüşmesiyle üretim araçları üzerinde bütün mülkiyetten soyutlanmış olan ve bu soydan geçme proleterleşme durumu içinde kapitalist üretim sisteminin dizgesiyle durmadan yeniden üretilen işçi sınıfı için, burjuvazinin hukuki yanılsamasının, işçi sınıfının içinde bulunduğu durumu bütünüyle ifade etmeye yetmeyeceğini, işçi sınıfının kendisinin, şeylere ancak kendi gerçeklikleri içinde, hukuksal renklerle boyanmış gözlükler olmadan bakarsa, bu durumu tam olarak tanıyabileceğini savlamaktadır. Yazar, Marx'ın materyalist tarih anlayışıyla, insanların bütün hukuksal düşüncelerinin son tahlilde onların ekonomik yaşam koşullarından, ürünleri üretim ve değişim tarzından geldiklerini kanıtlayarak işçi sınıfına bu iş için yardım ettiğini belirtmektedir.[42] Görüldüğü üzere Marksist görüş, hukukun kaynağının salt kralın veya parlamentonun iradesiyle doğduğu görüşünü kabul etmemektedir.[43]

Yukarıda görüldüğü üzere Marksistler, hukukun, ekonomik ve toplumsal ilişkilerden doğduğu görüşünü taşımaktadırlar.[44] Bununla

---

42 Engels F. Hukukçular Sosyalizmi, s. 252.

43 Nitekim Marx, hukukun, üretim biçiminden kaynaklanan toplumsal gereksinimleri ifade ettiği yönünde yapmış olduğu açıklamasının Meclise ve vergi kanunlarına hakaret ettiği gerekçesiyle yapılan yargılamasında hukukun kaynağı sorununa değinmiştir. Marx, geçmiş sosyal alana ait olan ve kaybolan veya kaybolmakta olan sosyal çıkarların temsilcileri tarafından söz konusu çıkarları koruyan kanunları sürdürmenin kamu yararı aleyhine olacağını, toplumun hukuk üzerine kurulduğu savının bir kurgu olduğunu ifade etmektedir. Düşünür, tam aksine, hukukun, topluma dayanmak zorunda olduğunu, toplumda belirli bir zamanda geçerli olan maddi üretim tarzından doğan toplumun çıkar ve gereksinimlerini dile getirmesi gerektiğini, kişilerin kaprislerinden uzak olduğunu belirtmektedir. Marx savunmasında devamla, elinde tuttuğu Kod Napolyon'un çağcıl burjuva toplumunu yaratmadığını, tersine, XVIII. yüzyılda doğan ve XIX. yüzyılda gelişen burjuva toplumunun hukuksal ifadesini yalnızca bu kodda bulduğunu, toplumsal koşullara uygunluğu sona erer ermez bu kodun bir kâğıt demetine dönüşeceğini savlamaktadır. Yazar, eski toplumsal koşullar tarafından yaratılan eski kanunların yeni sosyal gelişmenin temeli yapılamayacağını da savlamaktadır. Bkz. K. Marx, The Trial of the Rhenish District Committee of Democrats, s. 5-6. (https://www.marxists.org/archive/marx/works/1849/02/25.htm, Erişim Tarihi, 15.2.2016). Ayrıca Marx, araştırmalarının kendisini devlet biçimlerinde olduğu gibi hukuki ilişkilerin de ne kendilerinden, ne de ileri sürüldüğü gibi insan zihninin genel evriminden anlaşılamayacağını, tam tersine, bu ilişkilerin kökenlerinin maddi varlık koşullarında bulunduğunu ortaya çıkardığını savlamaktadır. Bkz. K. Marx, Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı [Karl Marx'ın Zur Kritik der Politischen Ökonomie, 1859 adlı yapıtını Fransızcasından (Contiribution à la critique de l'économie politique, Editions Sociales, Paris 1957) Çeviren; Sevim Belli], Sol Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara 2005, s. 38-39.

44 Marksistler üretim ilişkilerine öyle büyük önem vermektedirler ki yalnızca dev-

birlikte onlar ekonomik ilişkilerin hukuka düz bir şekilde yansımadığını, tersyüz bir şekilde yansıdığı görüşünü benimsemektedirler. Gerçekten de Engels'in, Conrad Schmidt'e 27 Ekim 1890 tarihinde yazmış olduğu mektubunda; ekonomik ilişkilerin hukuk ilkeleri biçiminde yansımasının "tersyüz" (inversion) olduğunu, bu yansımanın, onun bilincine vararak hareket eden kişi olmaksızın devam edeceğini, hukukçunun, "*apriori*" (önsel) önermeler çerçevesinde davrandığını düşündüğünü, oysaki bu önermelerin gerçekte yalnızca ekonomik yansımalar olduğunu ve bu nedenle her şeyin baş aşağı olduğu, bu ters yüzlülüğün, farkına varılmadığı sürece, ideolojik bakış dediğimiz şeyi oluşturduğunu, karşılıklı olarak ekonomik temeli etkilediğini ve belirli sınırlar içerisinde değiştirebildiğini ifade ederek söz konusu ters yüzlüğü açık bir şekilde belirtmiştir. Yazar bu konuda çeşitli örnekler de vererek, miras hakkının temelinin, ailenin gelişme düzeyinin aynı olması koşuluyla, ekonomik bir temel olduğunu, ama örneğin İngiltere'de miras bırakan kişinin mutlak özgürlüğünün, buna karşın, Fransa'da miras bırakan hakkında uygulanan sert ve çok ayrıntılı

---

letin ve hukukun kaynağı bakımından değil toplumsal devrimin temelini de bu ilişkilerin oluşturduğu görüşünü savunmaktadırlar. Nitekim Marx, varlıklarının toplumsal üretiminde, insanların aralarında zorunlu kendi iradelerine bağlı olmayan belirli ilişkiler kuracaklarını, bu üretim ilişkilerinin, onların maddi üretici güçlerinin belirli bir gelişme derecesiyle örtüşeceğini, bu üretim ilişkilerinin tümünün, toplumun iktisadi yapısını, belirli toplumsal bilinç biçimleriyle örtüşen bir hukuki ve siyasi üstyapının üzerinde yükseldiği somut temeli oluşturacağını ifade etmektedir. Düşünür, maddi yaşamın üretim tarzının, genel olarak toplumsal, siyasal ve entelektüel yaşam sürecini koşullandıracağını, insanların varlığını belirleyen şeyin, bilinçleri olmadığını, tam tersine, onların bilinçlerini belirleyenin, toplumsal varlıkları olduğunu savlamaktadır. Marx, toplumun maddi üretici güçlerinin, gelişmelerinin belirli bir aşamasında, o zamana kadar içinde devindikleri mevcut üretim ilişkilerine ya da bunların hukuki ifadesinden başka bir şey olmayan mülkiyet ilişkilerine ters düşeceklerini, üretici güçlerin gelişmesinin biçimleri olan bu ilişkilerin onların engelleri haline geleceklerini, işte o zaman bir toplumsal devrim çağının başlayacağını ifade etmektedir. Yazar, iktisadi temeldeki değişmenin, kocaman üstyapıyı az ya da çok bir hızla altüst edeceğini, bu gibi altüst oluşların incelenmesinde, daima, bilimsel olarak kanıtlanmış iktisadi üretim koşullarının maddi altüst oluşu ile hukuksal, siyasal, dinsel, artistik ya da felsefi biçimlerinin, kısacası, insanların bu çatışmanın bilincine vardıkları ve onu sonuna kadar götürdükleri ideolojik biçimleri birbirinden ayırt etmek gerektiğini, nasıl ki bir kimse hakkında, kendisi için taşıdığı fikre dayanılarak bir hüküm verilmezse, böyle bir altüst oluş dönemi hakkında da bu dönemin kendi kendisini değerlendirmesi göz önünde tutularak bir hükme varılamayacağını, tam tersine, bu değerlendirmeleri maddi yaşamın çelişkileriyle, toplumsal üretici güçler ile üretim ilişkileri arasındaki çatışmayla açıklamak gerekeceğini belirtmektedir. Bkz. Marx, Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı, s. 39-40.

sınırlamaların, yalnızca ekonomik nedenlerden ileri geldiğini kanıtlamanın çok güç olduğunu, bu güçlüğe rağmen onların da karşılıklı olarak ekonomik alan üzerinde çok dikkate değer bir etki yapacağını, zira mülkün dağılımını etkileyeceğini savlamaktadır.[45]

Bundan başka, Marksistler, hukukun, sadece, ekonomik mübadelenin gerçek uygulamasının tersyüz bir yansıması olması anlayışını benimsememekte, bunun yanında idealleştirilmiş bir yansıması olduğu fikrini de taşımaktadırlar.[46] Çünkü Marksistler, hukukun, ekonomik ilişkilerin basit bir yansıması olarak kabul edilmesi durumunda sadece olan şeyin gösterileceğini ve bazı fiillerin sapma olarak kabul edilemeyeceğini, bir başka deyişle hukukun normatif boyutunun açıklanamayacağının farkındadırlar. Marksistlere göre mübadeleler tekrar tekrar oldukça, doğal olarak, insanlar, farklı kişisel olayların ortalamalarını saptayarak onların temel çekirdeğini dikkate alırlar. Eğer kişisel olaylar, temel çekirdekten esaslı bir şekilde ayrılırsa bu durum sapma veya ihlal olarak değerlendirilir. Bu açıdan ekonomik ilişkilerin hukuki yansıması, ekonomik ilişkilerin tam bir kopyası değil, belirli durumlar bakımından idealleştirilmiş bir ortalamayı temsil eden normatif nirengi noktasından ayrılan atipik ve düzensiz fiilleri inceleme eğilimini ifade eder. Bu eğilimin yönü, ortalamada gerçekleşen fiillerden, insanın sosyal varlığının ortak nitelikleri olan normatif durumunun saptanmasına kadar değişen geniş bir yelpazedeki durumların incelenmesidir. Böylelikle, insanların genel olarak ne yapmalarının bekleneceğine ilişkin istatistiki norm eğilimi, insanlardan ne beklendiğine ilişkin moral bir norm hâline dönüşür. Nitekim gelişmiş medeniyete sahip ülkelerde mevcut ticari örf ve adetlerin mahkemeler tarafından sık sık yasal nitelikte bağlayıcı yükümlülükler olarak tanınması, istatistiki bir normun moral bir norm hâline gelmesinin somut kanıtıdır.[47]

---

45 Engels, Engels'ten Berlin'deki Conrad Schmidt'e, s. 243.

46 Nitekim Engels, "...Modern bir devlette hukuk yalnızca genel ekonomik duruma tekabül etmekle ve onun ifadesi olmakla kalmamalıdır; ama aynı zamanda, ülke içerisindeki çekişmelere uyarak kendisiyle çelişmeyen, içsel olarak tutarlı bir ifadesi olmalıdır…" şeklinde düşüncesini açıklayarak bu görüşü örtük bir şekilde savunmuştur. Geniş bilgi için bkz. Engels, Engels'ten Berlin'deki Conrad Schmidt'e, s. 242 vd.

47 Fazla bilgi için bkz. J. Reiman, The Rich Get Richer and the Poor Get Prison Ideology, Class and Criminal Justice, Third Edition, Macmillan Publishing Company, New York 1990, s. 168.

Marksistlerin hukuk hakkında yaptıkları bir başka saptama hukuksal "kuram" (teori) ile "uygulamanın" (pratiğin) birbirinden farklı olabileceği esasıdır. Nitekim Marx, hukuksal varoluş ile "uygulamadaki varoluş" (l'existence reelle) birbirleriyle her zaman örtüşmediği için arasında açık bir ayrım yapmaktadır. Düşünür, 1848 Fransız Anayasanın kurduğu haklar dizgesinin hem hakları savunanların hem de hakların kısıtlanmasını isteyenlerin isteklerini eşanlı olarak karşılayabilecek bir "gizilgüç" (potansiyel) taşıdığını, ancak sonul aşamada burjuvazinin isteğinin gerçekleştiğini savunmaktadır. Yazar, söz konusu anayasada özgürlüklerin genel kataloğunun; kişi özgürlüğü, basın, ifade, örgütlenme, toplanma, öğrenim, inanç özgürlüğü gibi ihlal edilmelerini olanaksız kılan anayasal bir üniformaya büründüğünü, bu özgürlüklerden her birisinin Fransız yurttaşlarının koşulsuz hakkı ilan edildiğini, ancak her zaman ayrıksı bir koşul öngörülerek söz konusu özgürlüklerin "başkalarının eşit hakları ve kamu güvenliği" ile ya da doğrudan bu özgürlüklerin birbirleriyle veya çıkartılacak kamu güvenliği ile ilgili kanunlarla çatışmadığı ölçüde geçerli olacağının kararlaştırıldığını belirtmektedir. Marx, Anayasanın gelecekte çıkartılmasını öngördüğü söz konusu organik kanunların[48] daha sonra düzenin dostları tarafından resmi olarak ilan edildiğini, ancak bütün özgürlüklerin, burjuvazinin bu özgürlükleri kullanırken, öteki sınıfların eşit hakları tarafından engellenemeyeceği bir biçimde düzenlendiğini, bu özgürlükleri "ötekilere" tümden yasakladığında ya da polis tuzaklarından başka bir şey olmayan koşullar altında kullanılmalarına izin verdiğinde, bunun her zaman, anayasanın buyurduğu "kamu güvenliği"nin burjuvazinin güvenliğinin çıkarına dönüştüğünü savlamaktadır. Yazar, bu yüzden izleyen dönemde, bütün bu özgürlükleri ortadan kaldıran düzenin dostlarıyla söz konusu özgürlükleri isteyen-

[48] Marx'ın Anayasa hukukuna kazandırdığı önemli bir kavram "organik kanun" kavramıdır. Bu kavramla anayasanın çeşitli konularda çıkartılmasını öngördüğü yasalar kastedilir. Anayasayı tamamlayıcı nitelik taşıyan bu kanunlar "organik kanunlar" olarak adlandırılır. Örneğin Türk Anayasası'nın 34. maddesinin 3. fıkrasında; toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği ifade edilmiştir. Anayasanın çıkartılmasını öngördüğü Kanun 6.10.1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'dur. Bu kanunla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller düzenlenmiştir. İşte Anayasayı tamamlayıcı nitelik taşıyan 2911 sayılı Kanun "organik kanun" olarak adlandırılır.

lerin savlarını haklı olarak anayasaya dayandırdıklarını, zira anayasanın her fıkrasının kendi anti-tezini, daha açık bir deyişle, özgürlüğü ve özgürlüğün ayrıksı durumlarını birlikte içerdiğini, böylelikle özgürlüğün sözüne saygı gösterildiğini ama fiilen uygulanmasının yasal yollarla engellendiği sürece, özgürlüğün gerçek varoluşuna indirilen darbeler ne kadar ölümcül olursa olsun onun anayasal varoluşunun bozulmadığını ve dokunulmamış olarak kaldığını belirtmektedir.[49]

Marksistlerin hukuk hakkında yaptıkları bir diğer saptama; hukukun mübadelenin özgür iradeyle gerçekleştiği varsayımını benimsememeleridir. Bu bağlamda Marksistler, kapitalistler ile işçilerin sahip oldukları şeyler arasındaki farklılıkların; özgür mübadele yoluyla söz konusu iki sınıf[50] arasında işçi bakımından zorlayıcı bir ilişki doğurduğu görüşünü savunmaktadırlar. Nitekim Marx, bir mübadele ilişkisinde kapitalistin, önde çalımla yürüdüğünü, emek-gücü sahibinin onun emekçisi olarak peşi sıra onu izlediğini, kapitalistin önemli insan pozunda, sırıtkan, iş bilir; emekçinin ise sıkılgan, çekingen, kendi derisini pazara götüren ve yüzülmekten başka umudu olmayan bir kimse gibi olduğunu belirterek işçi bakımından zorlayıcı bir ilişki doğduğunu ima etmekte,[51] Engels ise; hukuksal açıdan iş sözleşmesinin taraflar arasında özgürce yapılmış sayıldığını, ancak bu özgürlüğün, taraflar arasındaki eşitliğin, yasa tarafından kâğıt üzerinde kurulmasına dayandığını, iki tarafın gerçek iktisadi durumuyla veya sınıflar arasındaki ayrılığın taraflardan birisine verdiği gücün, bu güçlü tarafın öbürü üzerindeki baskısıyla hukukun ilgilenmediğini ve iş sözleşmesi süresi

---

49 K. Marx, Louis Bonaparte'ın 18 Brumaire'i [K. Marx'ın Der achtzehnte Brumaire des Loıis Bonaparte (1852) adlı yapıtını Fransızcasından (Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte, Editions Sociales, Paris 1969) Türkçeye çeviren; Sevim Belli] Sol Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara 2007, s. 28-29.

50 Marksistlere göre toplum temel olarak kapitalist sınıf ve "proletaryan" (emekçi) sınıf olmak üzere ikiye ayrılır. Daha somut bir deyişle Marx ve Engels değişik yazılarında, günümüz çağının, bir başka deyişle, burjuvazi çağının ayırıcı özelliğinin sınıf karşıtlıklarını basitleştirmesi olduğunu, tüm toplumun, giderek daha çok iki büyük kampa, doğrudan birbirlerinin karşısına dikilen iki büyük sınıfa ayrıldığını, bu sınıfların kapitalist ve proletaryan sınıfları olduğunu ifade etmektedirler. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. T. Parsons, Social Classes and Class Conflict in the Light of Recent Sociological Theory in Sociological Perspectives, Editörler Kenneth Thompson and Jeremy Tunstall, The Open University, Penguin Books 1971.

51 K. Marx, Kapital Birinci Cilt [Almanca Orijinali; Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Band 1, 1867). İngilizce'sinden (Capital, A Critical Analysis of Capitalist Production, Volume 1, Lawrance and Wishart, London, 1971) Türkçeye çeviren, Alaattin Bilgi], Sekizinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2007, s. 179.

boyunca, biri ya da öbürü açıkça vazgeçmedikçe, iki tarafın da aynı haklardan yararlanıyor sayıldığını ifade etmektedir. Bundan da öte Engels, iktisadi koşulların, işçiyi sözüm ona hak eşitliğinin son kırıntılarından da vazgeçmeye zorlaması durumunun bile hukukun umurunda olmadığını ifade ederek[52] mübadelede işçi bakımından oluşan zorlayıcı ilişkiye vurgu yapmaktadır.[53]

Marksistlerin hukuk bakımından yaptıkları bir başka saptama, hukukun temelde sınıfsal bir olgu niteliği taşımasıdır. Marksistler, bütün toplumsal olaylardaki gibi hukukun kaynağında da egemen sınıfların istekleri ve gücüne dayalı olarak baskılar bulunduğunu, güçlü egemen sınıflar isteklerini belirli kurallar biçiminde ortaya koyduğu zaman, bu kuralların toplamından oluşan bütünün o egemen sınıfın kendi hukukunu meydana getireceği görüşünü savunmaktadırlar. Marksistler, hukukun sınıfsallığının, hukuku yaratan, ortaya koyan istencin ve gücün sınıfsallığından ileri geldiğini, belirli bir dönemde ve belirli bir toplum da hangi sınıf egemense o sınıfın yönetiminin kendi sınıfsal istekleri ve çıkarları doğrultusunda kendi hukuk düzenini kuracağını, bunun için yasalar çıkaracağını, hukuksal düzenlemeler yaparak düzen oluşturacaklarını ifade etmektedirler. Marksistler, hukuk düzenini meydan getiren hukuksal kuralların temeline inildiği zaman toplumda egemen olan sınıfın çıkarlarını bir anlamda savunduğu, isteklerini gerçekleştirmeye çalıştığının görüleceğini, egemen gücün içinde bulunduğu ve temsil ettiği sınıfın istek ve çıkarlarını düzenlemeyen bir hukuk sisteminin düşünülemeyeceğini, toplumda hangi sınıf egemense onun hukuk düzeninin geçerli olduğu esasını benimsemişlerdir. Bu görüş sahipleri, egemen sınıf, toplumsal olaylar veya oluşumlar sonucunda değişirse hukuk düzeninin de değişeceğini, yeni gelen egemen sınıfın önceki sınıfın etkisini kaldırarak kendi hukuk düzenini kuracağını, toplumsal sürecin sürekliliğinde yönetici sınıfın değişmesiyle birlikte yeni hukuk dizgelerinin meydan geleceğini, yönetimi eline geçiren sınıfın özelliklerinin kendileriyle birlikte getirdikleri hukuk düzenine de yansıdığını, toplum içindeki güçler arasındaki değişmenin, doğal sonuç olarak hukuksal değişmeye yol açacağını ifade etmektedirler.[54]

---

52 Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 86.

53 Engels, evlilik sözleşmesinde de özellikle evlenen yoksul kadın açısından sahte bir rızanın bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, s. 86-88.

54 Çeçen, s. 130-131.

Marksistler, hukukun içinden çıktığı devletin sınıflar arası savaşımın ürünü olduğunu ve bu devletin toplumsal üretimden sorumlu sınıflarca koşullandırılacağını, hukukun, sınıfların ekonomik çıkarları ile birlikte gelişeceğini belirtmektedirler. Marksistler, hukuk tarafından korunan toplumun her zaman o an mevcut olan toplum olduğunu, üretimi yöneten sınıfın refahına hizmet etmekle toplumun gönencine hizmet etmiş olunacağını, bu esasın, hukukun bir bütün olarak toplumsal düzenin çıkarı için egemen sınıfın üyelerinin kişisel çıkarlarına karıştığı zaman bile geçerli olduğunu belirtmektedirler.[55]

Marksistler, toplumun tüm gereksinimlerinin yasalar kılığında evrensel egemenliklerini kurabilmek için devlet istencinden süzülmek zorunda olduğunu, asıl sorunun nelerin istendiği olduğunu, devlet gücünün toplumun değişen gereksinimlerince üretici güçler arası ilişkilerce ve belirli bir sınıfın üstünlüğünce belirleneceğini, yukarıda belirtildiği üzere, toplumun yasalara dayanmadığını, tersine yasaların topluma dayandığını ileri sürerler.[56]

3- Marksistlerin Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayrımı Konusundaki Değerlendirmeleri

Kamu Hukuku-özel hukuk ayrımı konusunda ortaya atılan ölçütler yetersiz olsa da "pedagojik" (eğitim-öğretim) açısından geleneksel bir şekilde idare hukuku, kamu hukuku içerisinde veya kamu hukuku dalları arasında gösterilmektedir.[57] Bununla birlikte Marksistlerin konu hakkındaki görüşleri özgün bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda kimi Marksistler hukukun kamu hukuku-özel hukuk olarak bölümlenebile-

---

55 Çeçen, s. 131.

56 Çeçen, s. 131-132. Bundan başka Marksistler "adalet" kavramının da sınıfsal bir nitelik taşıdığı görüşünü savunmaktadırlar. Daha açık bir deyişle Marksistler, bir toplumda egemen sınıf hangisi ise o sınıfın adalet anlayışının geçerli olduğunu, egemen sınıfın dışında kalan diğer sınıflar veya toplum kesimlerinin istediği ve savunduğu adalet anlayışının geçekleşmesinin söz konusu olmadığını, toplumu yöneten sınıfın adalet anlayışının toplumun yönetilmesini sağlayan yasaların belirleyicisi olduğunu, yasalarla gerçekleşen adaletin temelinde o toplumu yöneten sınıfın istencinin yattığını, yönetici sınıfın kendi gücünü kullanarak toplumu istediği yönde biçimlendirirken hukuku nasıl araç olarak kullanıyorsa adaleti de bir amaç veya hedef olarak kendi anladığı biçimde ortaya koyacağını ifade etmektedirler. Bkz. Çeçen, s. 133.

57 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. S. Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, İkinci Bası, AÜHFY No. 473, Ankara 1983, s. 13-22.

ceği esasını kabul etmemekte, kimileri ise böyle bir bölümlemeyi kabul etseler bile gerek kamu hukukunun gerekse özel hukukun kaynağını ekonomik ve toplumsal ilişkilerin oluşturacağı görüşünü benimsemişlerdir.

Yukarıda belirtildiği üzere günümüze kadar intikal etmeyen Hukuk Felsefesi Kitabı taslağında Marx hukukun akdi hukuk-"akdi olmayan" (statü) hukuku şeklinde ikiye bölmüş, akdi hukukun özel hukuka, akdi olmayan hukukun ise kamu hukukuna karşılık geldiği esasını benimsemiştir. Taslak kitabında Marx özel hukukun dallarını göstermiş olmasına karşılık kamu hukukunu dallara ayırmamış, bu hukuku tek bir başlık altında göstermiştir. Bununla birlikte Marx üzerinde durulduğu üzere gerek özel hukukun gerekse kamu hukukunun ekonomik ve toplumsal ilişkilerden doğduğu görüşünü benimsemiştir.

Gerek özel özel hukukun gerekse kamu hukukunun temel olarak ekonomik ve toplumsal ilişkilerden doğduğu konusunda en ayrıntılı incelemeyi Engels yapmıştır. Engels, devlet ve kamu hukukunun ekonomik ilişkilerle belirleneceğini, bunların, belirli koşullar altında bireyler arasında var olan normal ekonomik ilişkileri onaylamaktan başka bir şey yapmadığını, durumun "medeni" (özel) hukuk açısından da "evleviyet" (argumentum a fortiori) yoluyla geçerli olduğunu belirtmektedir. Yazar, devletin ve hukukun oluş biçimin çok çeşitli olabileceğini de ifade etmektedir. Engels bu konuda çeşitli örnekler vererek, Birleşik Krallıkta ulusal gelişmeye uygun olarak eski feodal hukuk biçimlerine büyük oranda burjuva içerik vermek, hatta doğrudan feodal ismine burjuva bir anlam yakıştırmak suretiyle alıkonulduğunu savlamaktadır. Yazar, dünyada meta üreticisi bir toplumun ilk dünya hukuku olan Roma hukukunun basit meta sahipleri arasındaki bütün belli başlı hukuksal ilişkileri "satıcı-alıcı, alacaklı-borçlu, sözleşme, hisse senedi vb." kıyaslanamayacak kadar hassas işleyişi ile birlikte temel alınabileceğini, bunu yaparken de henüz küçük burjuva ve yarı-feodal bir toplumun yararı için bu hukukun ya adli uygulama yoluyla basit olarak bu toplumun düzeyine getirileceğini, kısacası kamu hukukunun oluşacağını ya da sözde bilgili ve ahlakçı hukukçuların yardımıyla yeniden elden geçirileceğini ve o toplumsal duruma uygun düşen, bu koşullarda hukuk açısından bile kötü olacak ayrı bir yasa haline getirilebileceğini, bunun örneğini Prusya hukukunun oluşturduğunu ifade etmektedir. Engels, 1789 yılında yapılan büyük Fransız

devriminden sonra, yine Roma hukuku temel alınmak üzere Fransız Medeni Kanunu kadar klasik olan bir burjuva toplum yasasının hazırlanabileceğini, bu yüzden burjuva hukukunun hükümlerinin, toplumun ekonomik varlık koşullarının hukuksal bir biçimde ifadesinden başka bir şey olmadığını, bu ifadenin koşullara göre iyi ya da kötü bir şekilde yapılabileceğini belirtmektedir.[58]

Engels, devletin, bir kez toplum karşısında bağımsız bir güç haline geldiği durumda kendisinin de artık yeni bir ideoloji yaratacağını, bu bağlamda, meslekten politikacılar, kamu hukuku kuramcıları ve özel hukukçuların gerçekte ekonomik olaylarla bağlantıyı hileyle örtbas edeceklerini savunmaktadır. Yazar, her özel durumda, ekonomik olguların, yasa biçiminde onaylanmak için hukuksal konular biçimini almak zorunda olduklarını ve bununla eşanlı olarak, daha önceden yürürlükte olan bütün hukuk dizgesini hesaba katmak gerektiğinden hukuksal biçimin her şey, ekonomik içeriğin ise hiçbir şey olmamak durumunda olduğunu, kamu hukuku ve özel hukukun kendi bağımsız tarihsel gelişmeleri olan, kendi başlarına sistemli bir açıklamaya elverişli ve bütün iç çelişkilerin tutarlı bir biçimde olmaları nedeniyle böyle bir sistemli bir açıklamadan vazgeçemeyen özerk alanlar olarak ele alınacaklarını savlamaktadır.[59]

Marksist hukukçu Pašukanis ise hukukun özel hukuk-kamu hukuku şeklinde ikiye ayrılmasının kabul edilemeyeceğini savlamaktadır. Yazar, hukukun özel ve kamu hukuku olarak bölünmesinin birçok özgül sorun doğurduğunu, zira sivil toplumun üyesi olarak bencil insanın çıkarı ile siyasal bütünlüğün soyut genel yararı arasındaki sınırın ancak soyutlama düzeyinde belirlenebileceğini, bu alanların iç içe geçtiğini, bu yüzden özel çıkarların tam ve arı biçimde varlık kazandığı somut hukuksal kurumları saptamanın olanaksız olduğunu ifade etmektedir. Yazar kamu hukuku ile özel hukuk arasında ayrım yapmanın bir başka zorluğunu, iki hukuk arasında "ampirik" (görgül) bir sınır belirleyen bir hukukçunun, çözüldüğü sanılan sorunla her bir alan içinde, yeniden, ancak bu kez farklı bir soyut sorunsal çerçevesinde karşılaşacağını, bu sorunsalın nesnel ve öznel hukuk arasındaki karşıtlık biçiminde ortaya çıktığını ifade etmektedir. Yazar, öznel kamu

58 Engels, Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu, s. 55-56.
59 Engels, Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu, s. 56.

haklarının aslında, nesnel hukukun kurallarıyla temsil edilen nesnel genel yararın hüküm sürmesi gereken bir alanda, yeniden dirilen ve dönüşüme uğrayan özel hakları ve dolayısıyla özel çıkarları temsil ettiğini belirtmektedir. Bununla birlikte yazar, temel ve ilkel katmanı konu edinen özel hukukta, öznel hukuk kavramları çok sayıda ve güvenle kullanılıyor olsa da bu kavramların kamu hukuku kuramındaki kullanımının yanlış anlamalara ve çelişkilere yol açtığını, bu yüzden kamu hukuku kuramlarının gülünç sayılabilecek derecede zorlama, yapay ve tek yanlı kurgularla doluyken, özel hukukun, yalınlığı, açıklığı ve olgunluğu ile belirginleşeceğini ifade etmektedir. Yazar, öznel yetkilendirme yönüyle hukuksal biçimin, bencil ve yalıtık özel çıkar sahiplerinden oluşan bir toplumda doğduğunu, bütün ekonomik yaşamın bağımsız iradeler arasında uyuşma ilkesine göre kurulduğu için her bir toplumsal işlevin az ya da çok yansımalı bir hukuksal nitelik kazanacağını, bir başka deyişle, her toplumsal işlevin eşanlı olarak bu işlevi yerine getirene ait olan bir hakkı da doğuracağını belirtmektedir. Ancak yazar, siyasal toplumda özel çıkarların doğası gereği, burjuva toplumunun ekonomisindeki gelişkinliğe ve önem ulaşamayacağı için öznel kamu haklarının geçici, gerçek köklerinden yoksun ve belirsizlikten kurtulamayacak bir şey olarak ortaya çıktığını, ayrıca, devletin, hukuksal bir üstyapı kurumu da olmadığını yalnızca "öyleymiş gibi düşünülebileceğini" ifade etmektedir.[60]

Pašukanis, hukuksal kuramın; yasama organının, yürütme organının ve diğer birimlerin haklarını, örneğin, borç verenin alacak hakkıyla özdeşleştiremeyeceğini zira bunun nesnel ve genel devlet yararının egemenliğiyle, yalıtık bireysel çıkarların yer değiştirmesi anlamına geleceğini, eşanlı olarak her hukukçunun hukuksal biçimi bozmadan bu haklara hiçbir esaslı içerik tanınamayacağının da bilincinde olduğunu ifade etmektedir. Yazar, kamu hukukunun, özel hukuk biçimlerinin siyasal alandaki yansımasından başka bir şey olmadığını veya genel olarak hukuk olma niteliğine sahip olmadığını, toplumsal işlevin, basit bir toplumsal işlev gibi ve hukuk kuralının da basit bir düzenleyici kural gibi değerlendirilmesi girişimlerinin hukuksal biçimin ölümü

60 B. E. Pašukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm [(Rusça orijinali, Obshchaia teoriia prava i Marksizm: Opyt kritiki osnovynykh iuridicheskikh poniatii, 1924) Fransızcasından (La Théorie du Droit et le Marxisme, 1926)'dan çeviren; Onur Karahanoğulları], Birikim Yayınları, İstanbul 2002, s. 102-103.

anlamına geldiğini, hukuksal biçimin ve hukuksal ideolojinin ortadan kaldırılmasının gerçek koşulunun bireysel çıkarla toplumsal çıkar arasındaki karşıtlığın aşıldığı bir toplumsal durum olduğunu savunmaktadır. Pašukanis, burjuva toplumunu diğer toplumlardan ayırt eden özelliğin genel yararın özel yararlardan ayrılması ve bunların birbirine karşıt olması olduğunu, genel çıkarın, söz konusu karşıtlık çerçevesinde, kendiliğinden özel çıkar biçimini, bir başka deyişle, "hukuk" biçimini alacağını, bunun dışında, devlet örgütlenmesinin hukuksal yönünü oluşturan unsurların yalıtık ve karşıt özel çıkarlar şemasına tam olarak uyan unsurlar olduğunu ifade etmektedir.[61]

Pašukanis, A.G. Gojchbarg'ın haklı olarak kamu hukuku ve özel hukuk kavramlarının ayrılmasına bile karşı çıktığını Gojchbarg'a göre hukukun özel ve kamu hukuku olarak bölünmesinin hukukçular için iyi olmadığını, onun yalnızca en gerici hukukçularca tanındığı görüşünü savunduğunu belirtmektedir.[62]

Pašukanis, Gojchbarg'ın kamu hukuku özel hukuk ayrımının isabetsizliği düşüncesini gerekçelendirmek için; serbest ticaret ve devle-

---

61 Pašukanis, s. 103. Pašukanis, Kotljarevskij'in seçim hukukuna ilişkin değerlendirme yaparken (A.S. Kotljarevskij, Vlasti pravo [Hukuk ve Otorite], Moskova 1915, s. 25) "anayasal devlette seçmen, anayasada ifadesini bulan devlet düzeninin yüklediği belirlenmiş bir işlevi yerine getirir. Fakat hukuk devleti bakış açısına göre, seçmene sadece bir işlev tanımak, buna bağlı olan hakkı göz ardı etmek mümkün değildir" görüşünü savunduğunu, kendisinin de bu görüşü desteklediğini, işlev ve hakkın birbirinden ayrılmasını kabul etmenin burjuva mülkiyetin toplumsal işleve dönüşmesi kadar olanaksız olduğunu belirtmektedir. Yazar yine Kotljarevskij'in seçmenin öznel oy hakkını reddedersek "temsilcilerin seçilebilirliği tüm hukuki anlamını yitirir ve teknik bir soruna, elverişlilik sorununa indirgenir" derken de haklı olduğunu, zira burada amaç birliğine dayanan teknik yerindelik ile özel çıkarların ayrılması ve karşıtlaşması üzerine inşa edilen hukuki yapının zıtlığıyla karşılaştığımızı, temsili sistemin, tüm hukuki niteliğini, seçmenlerin hakları için adli veya idari-adli güvenceler getirilmesine borçlu olduğunu, taraflar arasındaki uyuşmazlık ve adli sürecin burada da hukuki üst yapının temel unsuru olarak ortaya çıktığını belirtmektedir. Pašukanis, kamu hukukunun ancak anayasa hukuku olarak, daha somut bir deyişle, kral, parlamento, alt ve üst meclisler, hükümet ve temsili meclis gibi karşılıklı çatışan güçlerin ortaya çıkmasıyla hukuki değerlendirmenin konusu haline geldiğini, idare hukuku açısından da aynı şeylerin geçerli olduğunu, idare hukukunun içeriğinin bir yandan yönetilenlerin öte yandan bürokratik hiyerarşi temsilcilerinin haklarının güvencesi ile sınırlı olduğunu, ayrıca, eskiden kolluk hukuku olarak adlandırılan idare hukukunun teknik kurallarla siyasi ve diğer çözümlerin bir karışımını temsil edeceğini belirtmektedir. Bkz. Pašukanis, s. 103-104 dn. 25.

62 A.G. Gojchbarg, Chozjajstvennoe pravo (İktisadi Hukuk), s. 5'den naklen, Pašukanis, s. 104.

tin ekonomik yaşama karışmaması ilkelerinin XX. yüzyılda aşıldığını, ekonomik yaşamdaki sınırsız bireysel keyfiliklerin bütünün çıkarlarına zarar verdiğini, işçi sınıfı devrimi yaşamamış ülkelerde bile kamu hukuku ile özel hukukun karışımı birçok kurumun bulunduğunu, iktisadi faaliyetlerin esas olarak devletin elinde bulunduğu ülkelerde medeni hukuk kavramlarının diğer kavramlara göre sınırlarını belirlemenin artık anlamsız olduğu saptamalarına dayandığını, ancak bu mantık yürütmenin bir dizi yanlış anlamaya dayandığını, siyasal uygulamalardaki şu ya da bu yönelimin tercih edilmesinin kavramlar arasındaki farkın kuramsal temelleri bakımından belirleyici olmadığını, örneğin, ticari ilişkiler temelinde kurulan ekonomik ilişkilerin pek çok zararlı sonucunun bulunduğunu, ancak bundan "mübadele değeri" ile "kullanım değeri" kavramlarının kuramsal temeli bulunmadığı sonucunun çıkartılamayacağını, ayrıca pek yeni de olmayan özel hukuk ile kamu hukuku alanlarının iç içe geçtiği saptamasının, eğer bu iki kavramı ayırt edemezsek anlamsız olacağını, zira bağımsız varlığı olmayan şeylerin nasıl iç içe geçebileceğini sormaktadır. Yazar, Gojchbarg'ın itirazlarının, kamu hukuku ve özel hukuk soyutlamalarının, tarihsel bir gelişmenin ürünü değil, sadece hukukçuların hayal güçlerinin bir ürünü olduğu düşüncesine dayandığını, gerçekte hukuksal biçimin ayırt edici özelliğinin tam da bu karşıtlık olduğunu, hukukun kamu hukuku ve özel hukuk olarak bölünmesinin hem tarihi hem de mantıki açıdan hukuksal biçimi belirleyeceğini ifade etmektedir. Pašukanis, bu karşıtlığı basitçe yok sayarsak "gerici" hukuk uygulamalarını aşamayacağımızı, tersine, onların kullandığı, biçimsel ve skolastik tanımları kullanmak zorunda kalacağımızı belirtmektedir.[63]

Pašukanis, "kamu hukuku" kavramının, ancak hareketi içinde, kendisini karşıtıyla tanımlayıp özel hukuku ittiği ve yine kendi çekim merkezi olarak özel hukuka döndüğü hareketi içinde gelişebileceğini ifade etmektedir. Yazar, özel hukukun, aslında genel olarak hukukun tanımlarından başka bir şey olmayan temel tanımlarını hukuk kuralından yola çıkarak bulma girişiminin ancak biçimsel ve cansız, dolayısıyla iç çelişkilerden bağışık olmayan yapılar doğuracağını, hukuksal yetkilendirmenin, kendisini destekleyen özel çıkar olmadan kolayca kendi karşıtına bir başka deyişle (zira her kamu hakkı aynı zaman-

63 Pašukanis, s. 104-105.

da bir yükümlülüktür) hukuksal yükümlülüğe dönüşen soyut bir şey haline geldiğinde, işlev olarak hukukun da hukuk olma niteliğini yitireceğini, borcun ödenmesine ilişkin "alacaklının hakkı"nın yalın, anlaşılır ve doğal iken örneğin parlamentonun bütçeyi oylama hakkının o derece belirsiz, istikrarsız ve sorunlu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, özel hukukta uyuşmazlıkların Ihering'in tanımlamasıyla hukuksal belirtiler düzeyinde tartışılsa da burada kuşku konusu haline gelen şeyin hukuk biliminin temeli olduğunu, hukuk bilimini toplumbilimi veya ruhbilime dönüştürme tehlikesi yaratan yöntemsel belirsizlikler ve duraksamaların kaynağının da bu olduğunu belirtmektedir. Pašukanis, ayrıca, söz konusu yöntemsel belirsizlikler ve duraksamaların kamu hukuk alanındaki kavramların istikrasızlığı ve zayıflığının somut bir göstergesi olduğunu da ifade etmektedir.[64]

Buraya kadar görüldüğü üzere Marksistler kapitalist düzende veya klasik olarak yapılan idare hukuku tanımlarını kabul etmemektedirler. Zira Marksistler kapitalist düzende İdarenin kamu hizmeti görme işlevini yerine getirmek yerine egemen sınıf olan burjuvazinin hizmetinde olan bir araç olarak görmektedirler.[65] Marksistlere göre İdare zengin veya egemen sınıfın hizmetinde bir araç olduğuna göre acaba idare hukukunun "hukuk" olup olmadığı sorusu sorulabilir. Bu

64 Pašukanis, s. 105-107.

65 Yürütme veya İdare görevlilerinin çoğunluğu emekçi sınıfını oluşturmasına karşın bu sınıf mensuplarının nasıl olup da kapitalist sınıfın hizmetinde olduğu sorusu sorulabilir. Marx bu soruyu doğrudan yanıtlamasa da İdarede çalışan kamu görevlilerinin halktan soyutlanacağı görüşünü savunmaktadır. Daha açık bir deyişle Marx, yönetici grubun üyelerinin, köy topluluklarından koparılmasını "Losreissung", (yabancılaşma) olarak adlandırarak daha önce aristokrat konumunda olanların avam halk, kısacası, topluluk içine dönmeleri yönündeki eğilimi engellediğini ifade etmektedir. Düşünür, yöneticilerle avam halk kitlesi arasındaki uçurumun derinleşmesinin, aynı zamanda, akrabalık ilişkilerinde, bu iki grup arasında köprülerin kurulmasını engelleyecek kadar büyük bir uçurumun oluşmasında da kendisini gösterdiğini, bu uçurumun, gerçekten, erken devlette avamdan kimseleri, siyasal erk için yapılan yarışmanın dışında bırakacağını, bu yoldaki engellerin ancak yeni bir ideoloji geliştiği zaman ortadan kalkacağını savlamaktadır. P. Skalnik, Bir Süreç Olarak Erken Devlet in Erken Devlet (Kuramlar Veriler Yorumlar) Çeviren Alâeddin Şenel, Derleyenler Henri J.M. Claessen ve Peter Skalnik, İmge Kitabevi, Ankara 1993, s. 268. İdare bünyesinde çalışan kamu görevlileri halktan kolaylıkla kopacağına kendileri emekçi sınıfına dâhil olsa bile kolaylıkla onların kapitalistlerin hizmetine gireceği açıktır. Zira kamu görevlilerinin halktan kopmaları onların kolaylıkla sınıf bilinçlerinin kaybolmasına yol açar.

soruyu da Marx yanıtlamış ve güçlülerin hizmetinde bir araç olan hukukun da "hukuk" olduğu sonucuna varmıştır. Daha açık bir deyişle Marx, üretimin her biçiminin kendi hukuksal ilişkilerini, kendi yönetim biçimi gibi olguları doğuracağını, bu incelik ve anlayıştan yoksunluğun tam anlamıyla birbirleri arasında organik bir bağ bulunan şeyleri olumsal bir ilişkiye, diğer deyişle, salt düşünce bağlantılarına koymakta kendisini göstereceğini, bu yüzden burjuva iktisatçılarının örneğin "en güçlünün hak sahibi olduğu" (Faustrecht) döneme oranla, üretimin çağcıl polis ile daha kolay olduğu basit görüşünü benimsediklerini ifade etmektedir. Yazar, bununla birlikte burjuva iktisatçılarının unuttukları şeyin "en güçlünün hakkının" (Faustrecht) bir hukuk ilişkisi olduğunu ve onların "hukuk devleti"nde başka bir biçim altında da olsa varlığını sürdürdüğünü ifade etmektedir.[66]

Marksistler kapitalist düzende veya klasik olarak yapılan idare hukuku tanımlarını kabul etmedikleri gibi yine yukarıda belirtildiği üzere idare hukukunun tanımı içerisinde geçen "devlet", "hukuk" ve kamu hukuku" kavramlarına da farklı bir içerik vermektedirler. Bu bağlamda Marksistler kapitalist düzende özellikle tekelci kapitalist düzende idare hukuku bakımından önem taşıyan çeşitli varsayımlarda bulunmuşlardır. İnceleme konumuz açısından önem taşıyan iki temel varsayım bulunmaktadır. Bunlarda ilki kapitalist düzende "güçlü yürütme veya icra" olgusuyla karşı karşıya kalınacağı, ikincisi ise bu düzende askeri harcamaların sürgit bir şekilde artma eğiliminde olunacağıdır. Marksistlerin bu varsayımlarını daha derin bir şekilde kavrayabilmek açısından öncelikle "tekelci kapitalizm" kavramı üzerinde durulması faydalı olacaktır.

II- TEKELCİ KAPİTALİZM

Kapitalizmin gelişme aşamaları bakımından en ayrıntılı analizleri yaklaşık 100 yıl önce Lenin yapmıştır. Yapmış olduğu analizler günümüzde bile gerçekliğini koruduğu için[67] Lenin'in analizlerinden konuya giriş yapmak uygun olacaktır.

---

66 Marx, Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı, s. 243-244.

67 Tekelci kapitalizmin Amerika Birleşik Devletlerinde boyutu konusunda bkz. Huberman, s. 15-19, Türkiye'deki boyutları konusunda bkz. M. Sönmez, Kırk Haramiler Türkiye'de Holdingler, 3. Baskı, Özlem Yayınevi, İstanbul 1988.

Lenin, günümüzde rekabetin tekele dönüştüğünü, bu durumun üretimin toplumsallaşmasında büyük bir ilerleme sonucunu doğurduğunu, özellikle teknik yetkinleşme ve buluşlar alanında bu durumun bariz bir şekilde görüleceğini belirtmektedir. Yazar, üretimin toplumsal hale gelmesine karşın, mülk edinmenin özel kalmakta devam ettiğini, toplumsal üretim araçlarının küçük bir azınlığın mülkiyetinde kaldığını, şeklen kabul edilen serbest rekabetin genel kadrosunun sürüp gittiğini ve bir avuç tekelcinin halkın geri kalan kısmı üzerindeki boyunduruğunun yük kez daha ağır, duyulur ve göz yumulmaz duruma geldiğini ifade etmektedir.[68]

Lenin, günümüzde artık büyük ve küçük yapımevlerinin teknik yönden gelişmiş ve geri kalmış işletmeler arasında bir rekabetin söz konusu olmadığını, kendi zorbalıklarına ve tahakkümlerine boyun eğmek istemeyen küçük işletmelerin tekeller karşısında boğulması gerçeğiyle karşılaştığımızı savlamaktadır. Lenin bu durumun kapitalizmin gelişmesinin en yeniş aşaması olan emperyalizmle karşı karşıya kaldığımızı gösterdiğini belirtmektedir.[69]

Lenin, emperyalizm aşamasına geçişte temel rolü bankaların üstlendiğini, bu aşamaya geçişte bankaların rolünü hesaba katmazsak tekellerin gerçek gücü ve rolü konusundaki bilgimizin çok yetersiz, eksik ve sınırlı kalacağını savunmaktadır.[70] Bundan da öte yazar, tasarruf sandıkları ve postanelerin de kapitalist ekonominin toplumsallaşmasında bankalarla rekabet etmeye başladığını, bunların "ademi merkeziyetçi", bir başka deyişle, etkileri daha büyük sayıda yerel birimlere, daha uzak yerlere, daha geniş bir nüfus kesimine yayılan kurumlar olduğunu belirtmektedir. Düşünür, eski kapitalizmin gününü doldurduğunu, yenisinin ise bir geçiş dönemini yaşadığını, tekeller ile serbest rekabeti uzlaştırmak için "değişmez ilkeler" ve "somut bir amaç" peşinde koşmanın boşuna bir çaba olacağını savlamaktadır.[71]

---

68 V. İ. Lenin, Emperyalizm Kapitalizmin En Yüksek Aşaması, [V.İ.Lenin'in İmperyalizm kak noveşy etap kapitalizma, (1916) adlı yapıtını Fransızcasından (L'Imperialisme, stade suprême du capitalisme, Editions Sociales, Paris 1962) Çeviren; Cemal Süreya] Sol Yayınları, Onüçüncü Baskı, Ankara 2013, s. 28.

69 Lenin, s. 29, 33.

70 Emperyalizm aşamasına geçişte bankaların rolü ve mali oligarşi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Lenin, s. 34-65.

71 Lenin, s. 33, 41, 49.

Lenin, kapitalizmin, kapitalist emperyalizm haline ancak gelişmesinin belirli ve çok yüksek bir düzeyinde, kapitalizmin esas özelliklerinden bazıları kendi karşıtlarına dönüşmeye başladığı zaman, kapitalizmin yüksek bir ekonomik ve toplumsal yapıya geçiş döneminin bazı ögelerinin, bütün gelişme çizgisi boyunca biçimlenip belirdiği zaman gelebildiğini belirtmektedir. Yazar, bu süreç içinde, ekonomik yönden de önemli olayın, kapitalist serbest rekabetin yerine kapitalist tekellerin geçmesi olduğunu, serbest rekabetin, kapitalizmin ve genel olarak meta üretiminin temel niteliği olduğunu, tekelin ise serbest rekabetin tam karşıtını oluşturduğunu, ama serbest rekabetin, büyük üretime geçerek, küçük üretimi saf dışı bırakarak, büyüğün yerine daha büyüğünü geçirerek, üretimdeki ve sermayedeki yoğunlaşmayı tekellerin doğduğu ya da tekelleri doğuran bir noktaya değin götürerek, gözlerimizin önünde tekel durumuna dönüştüğünü, karteller, sendikalar ve tröstlerin, milyarları-trilyonları çekip çeviren az sayıda bankanın onlarla birleşip kaynaşan sermayeleri olduğunu, aynı zamanda tekellerin, kendisinden çıkmış oldukları serbest rekabeti yok etmediğini, onun üstünde ve yanında var olduğunu, bu şekilde iyice keskin, şiddetli sürtüşmelere ve çatışmalara yol açtığını, tekelin, kapitalizmden daha yüksek bir düzene geçiş olduğunu belirtmektedir.[72]

Lenin, emperyalizmin, kısa olarak, kapitalizmin tekelci aşaması şeklinde tanımlanabileceğini, bu tanımlamanın temel öğeyi kapsadığını, çünkü bir yandan mali sermayenin, birkaç tekelci büyük banka sermayesinin, tekelci sanayi gruplarının sermayesiyle kaynaşmasının bir sonucu olduğunu, öte yandan, dünyanın paylaşılmasının[73] da herhangi bir kapitalist devletçe el konmamış bölgelere kolayca yayılan sömürge politikasından tamamıyla paylaşılmış yeryüzü topraklarının tekellerin mülkiyetine geçmesi için uygulanan sömürge politikasına geçişi ifade ettiğini savlamaktadır.[74]

Lenin, ekonomik özüyle emperyalizmin tekelci kapitalizm olduğunu, yalnız bunun bile emperyalizmin tarih içerisindeki yerini belirlemeye yeteceğini, zira serbest rekabet toprağında ve bütünüyle

72 Lenin, s. 94-95.
73 Kapitalistlerin dünyayı paylaşımı konusunda bkz. Lenin, s. 72-81.
74 Lenin, s. 96.

serbest rekabetten doğan tekelin, kapitalist rejimin daha yüksek bir toplumsal ve ekonomik düzene geçişini ifade ettiğini belirtmektedir.[75]

Lenin, emperyalizmin şu beş temel özelliği kapsadığını belirtmektedir. Bunlar, a- üretimde ve sermayede görülen yoğunlaşma öyle yüksek bir gelişme derecesine ulaşmıştır ki ekonomik yaşamda kesin rol oynayan tekelleri yaratmıştır, b- banka sermayesi, sınai sermayeyle kaynaşmış ve böylelikle "mali-sermaye" temel üzerinde bir mali-oligarşi yaratılmıştır, c- sermaye ihracının, meta ihracından ayrı olarak özel bir önem kazanmıştır, d-dünyayı aralarında bölüşen uluslararası tekelci kapitalist birlikler kurulmuştur, e- en büyük kapitalist güçlerce dünyanın toprak bakımından bölüşülmesinin tamamlanmıştır. Yazar, emperyalizmin; tekellerin ve mali-sermayenin egemenliğinin ortaya çıktığı, sermaye ihracının birinci planda önem kazandığı; dünyanın uluslararası tröstler arasında paylaşılmasının başlamış olduğu ve dünyadaki bütün toprakların en büyük kapitalist ülkeler arasında bölüşülmesinin[76] tamamlanmış bulunduğu bir gelişme aşamasına ulaşmış kapitalizm olduğunu ifade etmektedir.[77]

Lenin, tekelci kapitalizm veya emperyalizmin başlıca dört temel belirtisinin bulunduğunu ifade etmektedir. Bunlardan ilki, tekel, daha yüksek bir gelişim aşamasına ulaşmış üretimin yoğunlaşmasından doğmuştur ki bunun kuramsal temsilcileri; tekelci kapitalist gruplar, karteller, sendikalar ve tröstlerdir. İkincisi, tekeller, özellikle kartelleşmiş kömür ve demir sanayisini içeren ana-sanayi kollarında başlıca hammadde kaynaklarına el konmasını gerektirmiştir. Üçüncü olarak, tekellerin bankalardan çıkmış olup önceden mütevazı birer aracı olan bankalar, günümüzde mali-sermaye tekelini ayakta tutmuşlardır. Son olarak ise tekeller, sömürgecilik siyasetinden doğmuş, mali sermayenin, sömürge siyasetinin bir sürü "eski" dürtüsüne, hammadde kaynakları için, sermaye ihracı için, "nüfuz bölgeleri" bir başka deyişle, kârlı işlemler, ayrıcalıklar, tekel kârları gibi bölgeleri için, en sonu, genellikle ekonomik önem taşıyan topraklar için savaşımı da eklemiştir.[78]

---

75 Lenin, s. 132.

76 Büyük güçlü ülkeler tarafından dünyayı paylaşımı konusunda bkz. Lenin, s. 82-93.

77 Lenin, s. 95-96.

78 Fazla bilgi için bkz. Lenin, s. 132-133.

Lenin, tekelci kapitalizmin, kapitalizmdeki bütün çelişkileri güçlü bir şekilde ağırlaştıracağını, yüksek fiyatların ve kartellerin zorbalığının bunun açık kanıtı olduğunu, çelişkilerdeki bu ağırlaşmanın, dünya mali-sermayesinin kesin zaferiyle açılmış olan geçici tarihsel dönemin en büyük itici gücü olduğunu belirtmektedir.[79]

Lenin, tekel veya emperyalizm olgusunun güçlü icra eğilimi yaratacağını örtük olarak savunmaktadır. Daha açık bir deyişle yazar, söz konusu olgunun oligarşiyi, özgürlük eğilimi yerine egemenlik eğilimi, sayıları gitgide artan küçük ya da zayıf ulusların zengin ya da güçlü birkaç ulus tarafından sömürülmesinin, emperyalizme, onun asalak ve çürümüş bir kapitalizm haline getiren ayırt edici özellikler kazandırdığını, burjuvazinin gitgide artan bir ölçüde sermaye ihracından gelen kazançlar ve "kupon kırpmak"la yaşadığını, "rantiye (getirimci)-devlet"in tefeci-devletin yaratılmasının gitgide daha belirgin biçimde emperyalizmin eğilimlerinden biri olarak ortaya çıktığını savlamaktadır. Ancak yazar, bu çürüme eğiliminin, kapitalizmin hızlı gelişmesini önleyeceğini sanmanın yanlış olacağını, söz konusu gelişmenin önlenemeyeceğini, emperyalist dönemde, bazı sanayi kollarının, burjuvazinin bazı katmanlarının, bazı ülkelerin, bu eğilimlerden birini ya da ötekini, küçük ya da büyük ölçüde gösterdiklerini, genel olarak, kapitalizmin, eskiye göre çok daha büyük bir hızla geliştiğini, bu gelişmenin, yalnızca genellikle gitgide daha eşitsiz hale gelmekle kalmayıp gelişme eşitsizliğinin, sermaye bakımından İngiltere gibi en zengin ülkelerin çürümesinde kendisini özellikle gösterdiğini belirtmektedir.[80]

Lenin, tekelci kapitalizmin otoriter eğilimler yanında savaş harcamalarını da körükleyeceğini savlamaktadır. Yazar, bu körüklemenin yalnızca günümüzde olmadığını geçmişte de bunun görüldüğünü, zira kapitalizmin asalak olduğu ve çürüdüğünü[81] ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle Lenin, İngiliz-Boer savaşının henüz tazeliğini yitirmemiş izlenimleriyle Hobson'un, emperyalizmle maliyecilerin çıkarları arasındaki savaş taahhütleri ve siparişlerinden kazanılan kâr artışları arasındaki bağı anlatırken onun şu görüşünü nakletmektedir. "Bu kesinlikle asalakça siyaseti yürütenler, kapitalistlerdir; ancak, aynı

79 Lenin, s. 133.
80 Lenin, s. 134.
81 Kapitalizmin asalak olduğu ve çürümesi konularında ayrıntılı bilgi için bkz. Lenin, s. 106-116, Huberman, s. 29-44.

itici nedenler bazı özel işçi gruplarını da etkilemektedir. Birçok kentte, büyük sanayi kolları, hükümetin iradesine göre hareket etmektedir; metalürji ve gemi yapım merkezleri, emperyalizme, önemli ölçüde bağımlıdır". Lenin, Hobson'un, eski imparatorlukların gücünü ekonomik asalaklık ile ordunun bağımlı haklardan meydan getirilmesinin zayıflattığını, bunlardan birincisinin ekonomik asalaklık geleneği olduğunu, egemen devletin bununla, kendi yöneten sınıfını zenginleştirmek ve sakin dursunlar diye alt sınıflarına rüşvet vermek için eyaletlerini, sömürgelerini ve bağımlı ülkeleri sömürdüğü görüşünü taşıdığını naklederek böylesi bir rüşvetin ister şeklen ister ekonomik bakımdan olanaklı olması için, yüksek kârların, daha açık bir deyişle, yüksek tekel kârlarının gerekli olduğunu ifade etmektedir. Lenin, Hobson'un, ordunun bağımlı haklardan meydan getirilmesi bakımından İngiltere'nin çok ileri gittiğini, Hindistan'da kazanılan savaşların çoğunun yerliler tarafından oluşturulan askeri birlikler tarafından kazanıldığını, Mısır ve Hindistan'da pek çok sürekli ordunun İngilizlerin komutası altına verildiğini, Güney Afrika dışında Afrika kıtasındaki bütün savaşların İngiltere adına yerliler tarafından kazanıldığı görüşünü de nakletmektedir.[82]

Lenin, Hilferding'in, ulusların bağımsızlık hareketinin, Avrupa sermayesini, en değerli ve en umut veren sömürü alanlarında tehdit ettiği ve Avrupa sermayesinin ancak askeri güçlerini durmaksızın artırmak yoluyla egemenliğini koruyabildiği görüşünün oldukça isabetli olduğunu belirtmektedir.[83]

Lenin, Avrupalı güçlerin sömürgelerinin, 1876 yılında olduğu gibi Afrika kıtasının onda-birisini geçmediği sıralarda, sömürge siyasetinin de tekelciliğin dışında ve bir çeşit "ilk işgal" hakkının çerçevesinde gelişebildiğini, ama 1900 yılında Afrika'nın onda-dokuzunun ele geçirildiği ve dünyanın paylaşılması gerçekleştiği zaman, kaçınılmaz olarak bir sömürge tekeli çağının açıldığını, bunun sonucu olarak da dünyanın bölüşülmesi ve yeniden bölüşülmesi yolunda son derece şiddetli bir savaşımın başladığı görüşünü savunmaktadır.[84]

82 Lenin, s. 109-110.
83 Lenin, s. 130.
84 Lenin, s. 133.

Lenin, tekelci kapitalizmin savaş kışkırtıcılığı veya körükleyiciliği yapmasının onun doğasından kaynaklandığını savlamaktadır. Daha açık bir deyişle yazar, üretici güçlerin gelişmesi ile sermaye birikimi arasında ve mali-sermaye için sömürgelerin ve "nüfuz bölgelerinin" paylaşılmasında mevcut oransızlıkların ortadan kaldırılması bağlamında kapitalizmin bulunduğu her yerde savaştan başka bir aracın bulunmadığını belirtmektedir.[85]

Kapitalizmin mevcut durumda tekelci kapitalizme dönüştüğü konusunda Marksistler arasında âdeta bir uzlaşı bulunmaktadır. Hatta Marksist düşünürlerden Arzumanyan mevcut durumda tekelci kapitalizmin tekelci devlet kapitalizmine dönüştüğünü savlamaktadır.[86]

---

85 Lenin, s. 105.

86 Zira Arzumanyan'a göre üretimin artan yoğunlaşması ve sermayenin "birikimi" (temerküzü), özel tekellerle devlet tekellerinin gitgide daha fazla birbirine karışması, uluslararası devlet tekelleri birliklerinin ve örgütlerinin ortaya çıkışı, ekonominin askerileştirilmesi ve silahlanma yarışı, kapitalizmin açgözlü sömürme iplerini tek bir merkezde, diğer deyişle milletin tümüne karşı olan çok güçlü olan bir avuç tekelci birlikte toplanmıştır. Yazar, toplumun üretici güçlerinin gittikçe artan bir kısmının dev tekellerin denetimi altında bulunduğunu, dev "şirket birliklerinin" (konsorsiyumların) kârlarını durmadan artırdıklarını belirtmektedir. Yazar, kapitalist toplumlarda mali oligarşinin egemenliğini maskelemekte yarayan yeni olaylar belirdiğini, ancak yalnızca görünüşlerin söz konusu olduğunu, gerçekte, bugünkü kapitalizmin bağrında ortaya çıkan bu yeni süreçlerin burjuva toplumunun ekonomik ve siyasi yaşamında mali oligarşinin saltık gücünün durmadan arttığını, burjuvazinin savunucularının kapitalizmin dönüşümlerini övmek ve mali sermayenin egemenliğini inkâr etmek için yüzeydeki bu görünüşlere başvurduklarını belirtmektedir. Bununla birlikte, yazar, olayların görünüşüyle özü birbirine bütünüyle uygun olsaydı bilimin "varlık sebebinin" (raison d'état) kalmayacağını, bilimin asıl görevinin, olayların özünü keşfetmek, olayların niye o şekilde değil de bu şekilde göründüklerini kanıtlamak olduğunu ifade etmektedir. Yazar, geçekte burjuva devleti çeşitli şekillere bürünse de onun içeriğinin hep aynı olduğunu, bunun de her zaman burjuvazinin diktatörlüğü olduğunu savlamaktadır. Yazar, emperyalizm devrinde burjuva devletinin, mali sermayenin egemenliğinin aracı haline geldiğini, kapitalist girişimlerin hisse senetli şirketler şekline bürünmekle sermayede bir dağılma olduğu, bir başka deyişle, sermayenin halka veya tabana yayılması izlenimini verdiğini oysa burada mali oligarşinin en uygun bir biçime bürünmesinden başka bir şeyin söz konusu olmadığını, tekelci devlet kapitalizminin gitgide büyüdüğünü savunmaktadır. Arzumanyan, büyük şirketlerin zenginleşmesini sağlayan devlet siparişlerindeki bolluğun birçok üretim kolunda önemli bir rol oynadığını, Stanford Araştırma Enstitüsünün yaptığı bir ankette, gelişme ritmi en hızlı olan 100 şirketin kaynaklarının %30'unu devlet siparişlerinin meydana getirdiği, oysa gelişme ritmi en düşün olan 100 şirket için bu oranın %2,5 olduğunun ortaya konulduğunu, tekelci burjuvazinin devlet bütçesini babasının çiftliği haline getirdiğini belirtmektedir. Bkz. A. Arzumanyan, Dünya Kapitalizminin Bugünkü Buhranı (A. Arzumanyan'ın Krizis mirovogo

Yazar, tekelci kapitalistlerin ekonomik ve mali güç ve kudretlerini özenle sakladıklarını, bununla birlikte, onların kapitalist toplumun ekonomik ve siyasi yaşamı üzerinde etkilerinin gittikçe daha fazla hissedildiğini, büyük kapitalist ülkelerin nüfusunun çok küçük bir kısmının milli servetin en büyük kısmını elinde tuttuğunu belirtmektedir. Arzumanyan, tekelci kapitalizmin tekelci devlet kapitalizmine dönüşmesinin, burjuva toplumunun en güçlü tekellerinin ekonomik ve siyasal alanlardaki gücünü artırdığını belirtmektedir. Bununla birlikte yazar, bu dönüşümün kapitalist toplumun gelişme aşamalarında bir değişikliğin meydana getirmediği gibi kapitalizmin en son evresi olan emperyalizmden ayrı bir evre de oluşturmadığını belirtmektedir. Yazar, burjuva ülkeleri içinde tekellerin egemenliğini güçlendiren bu dönüşümün, burjuva devletini, "değişimcilerin" (revizyonistlerin) bizi inandırmak istedikleri gibi emeğin çıkarlarıyla sermayenin çıkarlarını tarafsız bir şekilde garanti edecek, sınıflar üstü bir güç, bir çeşit egemen haline getirmek gibi bir sonuç doğurmayacağını da ifade etmektedir. Yazar, bu sürecin gerçek niteliğinin, tekellerin gücüyle devletin gücünü, tekelleri zengin etmek, devrimci güçleri ezmek, kapitalizmi kurtarmak ve saldırgan savaşlar amacını güden tek bir düzenek haline getirmekten ibaret olduğunu savlamaktadır.[87]

Arzumanyan, tekellerin, daha başlangıçtan itibaren, banka sermayesiyle sanayi sermayesinin şahıs sahip ve yönetici birliğini, mali oligarşi ve devlet cihazı arasındaki sahip ve yönetici şahıs birliği ile tamamlamaya uğraştıklarını, ancak salt bununla da yetinmediklerini, devleti, mali sermaye yararına, kapitalist yeniden üretim sürecine doğrudan doğruya müdahale ettirdiklerini savlamaktadır. Yazar, kapitalistlerin bu bağlamda ekonomideki çeşitli devletleştirme şekillerini ve devletin ekonomiyi düzenlemek için aldığı her önlemi kendi çıkarlarına tabi kıldıklarını, devletin, mali sermayenin işlerini yöneten bir komite olurken, kapitalist ekonominin tekellere dayanmakta devam ettiğini, bu durumun, tekelci devlet kapitalizminin, emperyalizmin içeriğini değiştirmediğini açıkça gösterdiğini belirtmektedir. Hatta yazar, tekelci devlet kapitalizminin, tersine olarak, bu kapitalizmin üretim içerisindeki sınıfların durumunda köklü hiçbir değişiklik meydana

kapitalizma na sovremennom etape adlı eserinin Fransızcaya çevrilmiş olan üç bölümünü çeviren: Orhan Suda), Sol Yayınları, Ankara 1966, s. 49-50.

87 Arzumanyan, s. 49-50.

getirmeksizin, burjuva toplumunun bütün yaşamı üzerinde tekellerin egemenliğini artırdığını ifade etmektedir. Yazar, üstelik bu durumun, sınıf çıkarlarını uzlaştırmak, emekle sermaye arasında bir uyum yaratmak şöyle dursun emek ile sermaye arasındaki, ulusun çoğunluğu ile tekel sahipleri arasındaki uçurumu gittikçe derinleştirdiğini vurgulamaktadır.[88]

Arzumanyan, burjuva devletinin, çeşitli ekonomik önlemleri alırken sosyal "lafebeliğine" (demagojiye) geniş ölçüde başvurduğunu, faaliyetini sınıflar üstü bir görünüşe büründürmeye çalıştığını, işçi sınıfına ve demokratik halk tabakalarına bazı tavizler vermek zorunda kaldığını belirtmektedir. Yazar, bütün bunların tek amacının; kamuoyunu şaşırtıp aldatarak genel refah devleti, sınıfların kaldırılması, gelir dağılımının adil bir hale getirilmesi gibi konularda burjuva ideologlarının gevezeliklerine yeni bir şekil vererek kapitalist rejimi kurtarmak olduğunu ifade etmektedir. Yazar, gerçekte ise emperyalist devletin güttüğü politikanın, yalnızca, zenginleşmesini kolaylaştırdığı mali oligarşinin çıkarlarına yaramakta olduğunu savunmaktadır.[89]

Arzumanyan; tekelci devlet kapitalizminin, tekellerin egemenliği ve muazzam gücünün, halk kitlelerinin felaketlerinin, yoksulluğunun, yoksunluklarının, savaşların ve dünyayı sarsan derin siyasi ve sosyal çelişmelerin tek kaynağı olduğunu açıkça ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu bakımdan tekellerin, toplumun gittikçe genişleyen tabakalarının ve halkın tümünün kendilerine karşı ayaklandıklarını gördüklerini ifade etmektedir.[90]

Arzumanyan, Lenin gibi kapitalist düzenin güçlü icra eğilimi taşıdığını ima etmekte, savaşı ise açık ve kesin bir şekilde körüklediğini savunmaktadır. Daha açık bir deyişle yazar, devlet kapitalizminin gelişmesinin, kapitalizme siyasi ve ekonomik kararlılık getirmediğini, tersine II. Dünya Savaşından beri kapitalizmin kararsızlığının önemli ölçüde arttığını, bu rejimin, kısmi ve geçici olsa da bir kararlılık sağlayamayacağını gösterdiğini ifade etmektedir. Yazar, burjuva kuramcılarının, gerçeğin bir başka tablosunu çizmeye uğraştıklarını, tekelci devleti öven ve savaştan bu yana kapitalist ülkelerin üretiminde bir

88 Arzumanyan, s. 50.
89 Arzumanyan, s. 50-51.
90 Arzumanyan, s. 51.

artma meydana geldiği olgusuna dayanan burjuva propagandasının "tam istihdam" ve kapitalizmin, buhran olmaksızın gelişme çağının başladığını büyük gürültülerle ilan ettiklerini, militarizmi, kapitalizmi kurtaracak her derde deva bir şey olarak göstermeye uğraştığını belirtmektedir. Arzumanyan, kapitalist rejimin yeni sarsıntılar doğuran ve kendi yıkımını hazırlayan büyük bir kararsızlık içinde olduğunu savlamaktadır.[91]

III. MARKSİST KURAMIN GÖRÜŞLERİNİN TÜRK İDARE HUKUKUNA YANSIMASI KONUSUNDA BİR ÖRNEK

Yukarıda Marksistlerin devlet, hukuk ve kamu hukuku hakkındaki görüşlerinin incelenmesinden anlaşılacağı üzere kapitalist düzende güçlü yürütme/idare yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Marksist kuramın bu görüşünün kapitalist bir düzende yürürlükte olan idare hukuku üzerine önemli etkileri olacaktır.

Türkiye 1980'li yıllardan itibaren küresel ölçekte artan bir hızla görülen liberalizm, 1990'lı yıllardan itibaren hızlı bir şekilde görülen "küreselleşme" (globalization) akımlarına uyarak tam anlamıyla kapitalist veya neo-liberal bir ülke haline gelmiştir. Bu kısımda Marksistlerin kapitalist düzende güçlü yürütme/idare yönünde bir eğilim olduğu varsayımının Türk idare hukuku bakımından geçerliliği sınanacaktır. Bu açıklamalardan sonra Türk idare hukuku açısından güçlü yürütme/idare olgusu üzerinde durulması uygun olacaktır. Bu konu üzerinde durulurken yine Marksistlerin kapitalist düzende güçlü yürütme/idare konusu üzerindeki somut görüşlerine temas edilecektir.

Geleneksel kapitalist ülkeleri temsil eden Batıda kökeninde yürütme zayıf olarak örgütlendirilmiştir. Gerçekten de Duverger'in belirttiği üzere Batıda, geleneksel olarak demokrasi fikri ile zayıf yürütme arasında bir bağ bulunmaktadır. Bu bağıntı nedeniyle Avrupa ülkelerinde yürütme az veya çok zayıf bir şekilde örgütlendirilmiştir.[92] Yürütmenin zayıf bir şekilde örgütlendirilmesinin temel olarak iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, demokrasinin tarihsel gelişim sürecidir. Daha açık bir deyişle, Avrupa'da demokrasiler, otoriter rejimlere

---

91 Arzumanyan, s. 51-52.

92 Bkz. M. Duverger, La VI[e] République et le Régime Présidentiel, Librairie Artème Fayard, Paris, 1961, s. 15.

karşı olarak, onların yerine aşamalı olarak kurulmuştur. Kurulan demokrasilerde meclisler, monarşi rejimlerinin yanı başında doğmuş ve en önemli kurumlar olarak örgütlendirilmiştir. Meclislerin temel rolü ise monarşilerin gücünü sınırlandırmak olmuştur. Bu durum, doğal olarak, demokratik devletin temel unsuru olan mecliste bulunan milletvekillerinin rolünü artırmış, otokrat devletin temel unsuru olan icranın ayrıcalıklarını sınırlandırmıştır. Uygulanan bu alışkanlıklar sonucu, devlet bütünüyle demokrasiye geçse bile bir gelenek yaratılmıştır. Bir başka deyişle, icranın zayıf olması gerektiğini doğuran nedenler bütünüyle ortadan kalksa bile icraya olan güvensizlik sürüp gitmiştir. Bu bağlamda demokrasilerde icra organı hiçbir şekilde monarşik kökenini unutamaz. Bu durum, Avrupa'da niçin güçlü bir icraya karşı husumet olduğunu ve onun neden daha küçük bir şekilde teşkilatlandırıldığını açıklayabilmektedir.[93]

Avrupa'da yürütmenin zayıf bir şekilde örgütlendirilmesinin ikinci nedeni, ülkelerin ekonomik yapısı ve ekonominin dayandığı ideolojidir. Gerçekten de Avrupa ülkelerinde uygulanan liberal kapitalizm, zayıf hükümetler öngörmekte ve hükümetin görevlerini askeri ve güvenlik işleriyle sınırlandırarak onun "bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler" (laissez faire, laisses passer) oyununu bulandırması istenmemektedir. Bu bağlamda siyasi liberalizm ve ekonomik liberalizm birleşerek olağan zamanlarda yürütmenin zayıf bir konumda tutulması konusunda anlaşmışlardır. Bunun birinci gerekçesi, güçlü bir hükümetin "baskıcı" (oppresseur) bir tutum takınacağı, ikincisi ise onun "tertipçi" (planificateur) olacağıdır.[94]

Kuşkusuz kapitalist anlayış, icra veya idarenin her zaman zayıf bir şekilde örgütlendirilmesini savunmamaktadır. Kimi durumlarda toplumun karmaşa veya ayaklanmaya karşı korunması gerekmektedir. İşte bu yüzden liberal kapitalist anlayışa göre hükümet, koşulların ve durumun gereklerine göre iyi ve kötü olabilir. Bu bağlamda liberal kapitalist anlayış, kamu düzeni tehlike altına girdiği veya devrim tehdidi altında bulunduğu hallerde güçlü bir hükümeti tasvip etmekte, bu gibi olağanüstü durumlar dışında "silik" (effacé) hükümeti tercih etmektedirler. Bununla birlikte Duverger, Batı toplumlarının ekonomik

93 Duverger, s. 16.
94 Duverger, s. 17.

gelişme sonucunda göreceli olarak bolluğa kavuştuğu durumlarda halkın devrimlerden korkusunun gittikçe azaldığını ve sosyal düzenin de gittikçe pekiştiği için durumun istikrarlı bir hale kavuştuğunu, bu durumun liberal kapitalist destekçilerinin icra organına yönelik çelişkili tutumunu, daha açık bir deyişle, icra organına karşı güvensizliğin gittikçe yaygın hale gelerek onun biraz biraz silikleşmesini açıklayabileceğini belirtmektedir.[95]

Marksistler, liberal kapitalizmin sonundan ve tekelci kapitalizmin başlangıcından itibaren parlamentonun inişe geçtiği ve yürütmenin güçlendirildiği konusunda âdeta bir oydaşı içerisinde bulunmaktadırlar. Nitekim politika bilimi alanında Marksist kurama önemli katkı sağlamış bulunan Nicos Poulantzas, tekelci kapitalizmin başlangıcından itibaren parlamentonun inişe geçmesi ve yürütmenin güçlendirilmesinin devletin belirgin bir vasfını oluşturduğu görüşünü savunmaktadır. Bununla birlikte yazar, devletin tekelci kapitalist düzendeki ekonomik rolünün, rekabetçi kapitalizmin liberal devletinin ekonomiye müdahale etmediği yollu bir düşünceye götüremeyeceği gibi yürütme erkinin güçlendirilmesinin de alabildiğince güçlü bir parlamento ve hemen hemen olmayan bir yürütme erkiyle donatılmış bir liberal devlet imgesinin meşrulaştırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, devlet idaresi-bürokrasinin devletten devlete değişiklik göstermekle birlikte burjuva devletin örgütlenme ve işleyişi içinde her zaman önemli bir yere sahip olduğunu, ancak yürütme erkinin güçlendirilmesinin tekelci kapitalizmin başlangıcından itibaren iş başında olduğunu ve zaten bu olgunun liberal devletten müdahaleci devlete geçişi mühürlediğini belirtmektedir. Poulantzas, yürütmenin güçlendirilmesi olgusunun mevcut şekillerinin tümüyle yeni olduğunu ve eşitsiz derecelerle gelişmiş kapitalist ülkelerin tümünü ilgilendirdiğini, yalnızca Fransa'ya özgü olmadığını savlamaktadır.[96]

Aslında Marksistler, kapitalist devletin, kapitalizmin hangi aşamasında bulunulursa bulunulsun icranın güçlendirilmesi yönünde görünmez bir eğilim taşıyacağını zira yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere devletin kapitalist burjuva sınıfının egemenliğini sağ-

95 Duverger, s. 17.

96 N. Poulantzas, State, Power, Socialism [Orijinali, L'Etat, Le Pouvoir, Le Socialisme, Presses Universitaires de France 1978'den İngilizceye çeviren; Patrick Camiller], Verso Yayınları, London, Newyork 2000, s. 217.

layan bir araç olduğu görüşünü taşımaktadırlar. Nitekim Pašukanis, sınıf egemenliğinin ve dışa karşı savaşın örgütlenmesi olarak devletin, hukuksal yorumlanmaya gereksinim duymadığı gibi buna kesinlikle olanak da tanımayacağını, bu alanın, düpedüz "yerindelik" ilkesinden başka bir şey olmayan sözde "hikmet-i hükümet" düşüncesinin hüküm sürdüğü bir alan olduğunu ifade etmektedir. Yazar, devletin bu yönünün tersine, piyasa mübadelesinin teminatı olarak otoritenin hukuki dilde ifade edilebilmekle kalmayacağını, kendisinin de yalnızca hukuk olarak göründüğünü, bir başka deyişle, soyut nesnel kuralla bütünüyle karışacağını ifade etmektedir. Pašukanis, bu yüzden devletin tüm işlevlerini kavramaya çalışan hukuksal devlet kuramının kaçınılmaz olarak yetersiz olduğunu, onun devlet faaliyetlerinin sadık bir yansıması olamayacağını ve gerçekliğin ideolojik, başka deyişle, bozulmuş bir yeniden üretiminden başka bir şey veremeyeceğini belirtmektedir.[97]

Pašukanis, örgütlenmemiş biçimde olduğu gibi örgütlenmiş biçimde de sınıf egemenliğinin devlet iktidarının resmi alanı olarak tanımladığımız alanından daha geniş olduğunu, burjuvazinin egemenliğinin, hükümetin, bankalar ve kapitalist gruplar karşısındaki bağımlılığında olduğu kadar her bir çalışanın işverenine bağımlılığı ve devlet görevlilerinin egemen sınıfla sıkı bağlılığı olgusunda da ifadesini bulacağını, sayısının sonsuz biçimde çoğaltılabileceği bütün bu olguların resmi hukuksal ifadesinin bulunmadığını, ancak bunların işçinin burjuva devletinin yasasına, yargısına ve benzerlerine tabi olması gibi resmi hukuksal ifadesi olan olgularla tam olarak uyumlu olduğunu belirtmektedir. Yazar, araçsız, doğrudan sınıf egemenliğinin yanı sıra toplumdan ayrılmış özgül bir iktidar olarak resmi devlet iktidarı biçiminde dolaylı ve yansılı bir egemenliğin de oluşacağını, böylelikle mübadelenin çözümlenmesinde karşılaşılan güçlükler kadar önemli güçlükler getiren devlet sorununun doğduğunu ifade etmektedir. Pašukanis, sömürü ilişkisinin "bağımsız" ve "eşit" meta sahibi iki taraf arasındaki bir ilişkinin, işçinin emek gücünü sattığı ve bunu kapitalistin de satın aldığı bir ilişki şeklinde gerçekleştiği oranda sınıfın siyasal iktidarının kamusal iktidar biçimini kazanacağını belirtmektedir.[98]

97 Pašukanis, s. 141-142.
98 Pašukanis, s. 142, 145.

Marksistler, kapitalist düzende hukuk devleti ilkesinin bir aldatmaca olduğu görüşünü benimseyerek söz konusu ilkenin İdarenin gücünü artırma eğilimini sınırlayamayacağını ima etmektedirler. Nitekim Pašukanis, "hukuk devleti" (rechtstaat) ilkesinin bir aldatmaca olduğunu, bu ilkenin, dinsel ideolojiyi parçalayarak onun yerini aldığını ve burjuva egemenliği gerçeğini kitlelerin gözünden gizlediği için tam olarak burjuvaziye uygun düşen bir aldatmaca olduğunu savunmaktadır. Yazar, hukuk devleti ideolojisinin dinsel ideolojiden daha uygun olduğunu, zira hukuk devleti ideolojisinin gerçekliğe dayanmasına karşın, gerçekliği hiçbir biçimde yansıtmayacağını ifade etmektedir. Yazar, otoritenin "genel irade", "hukukun gücü" biçimiyle bu toplum bir pazarı temsil ettiği oranda burjuva toplumunda gerçekleşeceğini belirtmektedir. Yazar, bu bakış açısından kolluk düzenlemelerinin Kantçı "başkasının özgürlükleri ile sınırlı özgürlük" düşüncesinin somutlaşması olarak da görülebileceğini ifade etmektedir.[99] Pašukanis, Lorenz Stein'in, toplumun üstünde konumlanan ideal devlet ile toplum tarafından benimsenen devleti, bir başka deyişle, sınıf devletini karşı karşıya koyduğunu, bununla, büyük toprak sahiplerinin ayrıcalıklarını güvence altına alan mutlakıyetçi feodal devleti ve burjuvazinin ayrıcalıklarını güvenceye alan kapitalist devleti kastettiğini, ancak bir kez bu tarihsel gerçeklerden kopulursa devletin yalnızca Prusyalı bir memurun kuruntusu olarak veya değer üzerine dayanan mübadele ilişkisi koşullarının soyut bir güvencesi olarak görüneceğini, bununla birlikte tarihsel gerçeklikte toplumun üzerinde konumlanan devletin kısacası hukuk devletinin kendi karşıtı olan "burjuvazinin işlerini yürütme komitesi" olarak gerçeklik kazanacağını ifade etmektedir.[100]

Pašukanis, pazarda karşılaşan eşit ve özgür mal sahiplerinin yalnızca soyut devralma ve devretme ilişkisinde bu nitelikleri taşıyacaklarını, gerçek yaşamda küçük tüccar ile büyük tüccar, çiftçi ile toprak sahibi, batmış borçlu ile onun alacaklısı, işçi ve kapitalistin her türlü bağımlılık ilişkileri ile birbirilerine bağlandıklarını ifade etmektedir. Yazar, söz konusu sayısız somut bağımlılık ilişkilerinin devlet örgütlenmesinin gerçek temelini oluşturduğunu, bununla birlikte hukuk devleti kuramına göre her şeyin sanki bunlar yokmuş gibi geliştiğini

99 Pašukanis, s. 150.
100 Pašukanis, s. 150-151 dn. 17.

ifade etmektedir. Yazar, ayrıca, devlet yaşamının türlü siyasal güçlerin, daha açık bir deyişle, sınıfların, partilerin, her türlü grubun mücadelesinden oluşacağını, devlet düzeneğinin gerçek kaynaklarının da burada gizli olduğunu, hukuksal kurama bu hususun da anlaşılmaz geldiğini belirtmektedir. Pašukanis, hukukçunun olaylara uyum sağlamak konusunda az çok bir esneklik ve yetenek gösterebileceğini, örneğin, yazılı hukukun yanı sıra devlet uygulamasında doğmuş yazılı olmayan kuralları da hesaba katabileceğini, ancak bu durumun onun gerçeklik karşısındaki genel tavrında hiçbir değişiklik yapmayacağını ifade etmektedir. Yazar, hukuksal doğru ile tarihsel ve toplum bilimsel araştırmanın amacı olan doğru arasında bir uyumsuzluk olmasının kaçınılmaz olduğunu, bu durumun yalnızca toplumsal yaşamın donmuş hukuksal biçimleri bir kenara iten devingenliğinden ve bu nedenle hukukçunun çözümlemelerinde hep biraz geriden gelmeye mahkûm olmasından kaynaklanmadığını, zira eğer hukukçu, değerlendirmelerinde olaylarla "günü gününe" (a jour) olsa bile değerlendirmelerini toplumbilimcilerden farklı yapacağını ifade etmektedir.[101]

Pašukanis, salt hukukçunun, önemli toplumsal olguları ve bu arada yürütmenin güçlendirilmesi olgusunun bilincine varamayacağını örtük olarak benimsemektedir. Yazar, hukukçunun hukukçu olarak kaldığı sürece, tüm diğer bireysel veya toplumsal güçlere karşıt özerk bir güç olarak devlet kavramından hareket edeceğini, tarihsel ve siyasal bakış açısına göre etkili bir sınıf örgütlenmesinin veya bir partinin kararlarının, meclisin ya da başka bir devlet kurumunun kararları kadar hatta bazen onlardan da önemli hale geleceğini, ancak hukuksal bakış açısının bu tip olguları sanki yokmuş gibi kabul ettiğini savunmaktadır. Yazar, hâlbuki hukuksal bakış açısı bir yana bırakılırsa, parlamentonun her kararında sadece devletin bir işleminin değil, fakat bencil bireysel, sınıfsal veya herhangi bir diğer gruba ait amaçlarla hareket eden belirli bir grup veya hizip tarafından alınmış bir kararın da fark edilebileceğini belirtmektedir. Pašukanis, kuralcılığın en aşırı kuramcısı olan Kelsen'in bu noktadan kalkarak devletin ancak düşüncenin bir nesnesi olarak, kural ve yükümlerin kapalı bir sistemi olarak var olduğu sonucuna vardığını, kamu hukuku kuramının konusunun bu soyut halinin hukuk uygulayıcılarını korkutmuş olduğunu, ger-

101 Pašukanis, s. 151-152.

çekte hukuk uygulayıcılarının, kullandıkları kavramların, yalnızca saf mantığın dünyasındaki yerini değil, özellikle bu haksız dünyadaki kesin pratik değerini de akıllarıyla olmasa da en azından sezileriyle fark edeceklerini, en tuhaf düşlerin bile gerçekliğe dayanması gibi hukukçuların devletinin de ideolojik doğasına rağmen nesnel bir gerçekliğe bağlı olduğunu, bu gerçekliğin her şeyden önce, tüm maddi ve insani unsurlarıyla devlet aygıtının kendisi olduğunu ifade etmektedir.[102]

Pašukanis, burjuvazinin, devletin hukuksal kavranışını, kuramlarının temeline yerleştirdiğini ve uygulamaya taşımış olduğunu, bunu da ünlü "olduğu kadar" ilkesini gözeterek yaptığını ifade etmektedir.[103] Bu bağlamda Pašukanis, diğerlerinden çok daha önce dünya pazarında egemenliğini sağlayan ve ada ülkesi olması sayesinde kendisini güvende hisseden İngiliz burjuvazisinin "hukuk devleti" ilkesini gerçekleştirmekte diğer burjuvazilerden daha ileri gittiğini, iktidarı kullananların rollerini, bir başka deyişle, nesnel bir kuralı somutlaştırma rollerini aşmamaları için en etkili güvencenin devlet iktidarı ile tekil özneler arasındaki ilişkilerde hukuksallık ilkesinin en sistemli gelişiminin devlet organlarının burjuvazi dışındakilere bağımsız bir mahkemenin yargı yetkisine tabi olması ile sağlandığını belirtmektedir. Yazar, Anglosakson dizgesinin, burjuva demokrasisinin bir çeşit kutsanması olduğunu, ancak burjuvazinin farklı tarihsel koşullarda en kötü olasılıkla "mülkiyetin devletten ayrılması" veya "Sezarcılık" olarak nitelendirilebilecek bir sistem ile yetinmeye de hazır olduğunu, bu durumda içeride işçi sınıfına karşı bir çizgi ve dışarıda da emperyalist politika izleyen yönetici hizbin sınırsız baskıcı keyfi yönetimi ile görünüşte "kişinin kendi kaderini özgürce belirlemesi" için sivil hayatta gerekli alanı yarattığını ifade etmektedir. Pašukanis, Kotljarevski'nin "özel hukukun bireyciliği, genel olarak sivil istibdatla uyumludur. Fransız Medeni Kanunu devlet düzeninde, siyasal özgürlüğün eksik olduğu ve ayrıca bu özgürlüğe karşı, 18 Brumaire'de açıkça ortaya çıkmış bir ilgisizliğin görüldüğü bir dönemde doğmuştur. Böylesi bir özel hukuk özgürlüğü, sadece çeşitli devlet faaliyetleri ile uyum sağlamakla kalmaz ayrıca bu faaliyetlere belirli bir yasallık niteliği de verir." sözünün isabetli olduğunu belirtmektedir.[104]

---

102 Pašukanis, s. 152.
103 Pašukanis, s. 154.
104 Pašukanis, s. 154 dn. 21.

Pašukanis, gerçekte burjuvazinin sorunun diğer boyutunu, diğer deyişle, sınıflı toplumun yalnızca, meta sahiplerinin karşılaştığı bir pazar olmadığı ancak eşanlı olarak devlet aygıtının çok güçlü bir silah olarak ortaya çıktığı acımasız bir sınıf savaşımının muharebe alanı olduğu gerçeğini de hiçbir zaman kuramsal saflık adına gözden yitirmediğini, bu muharebe alanındaki ilişkilerin "kişi özgürlüğünün, insanların bir arada yaşaması için zorunlu olan en az kısıtlanması" şeklindeki Kantçı hukuk tanımının ruhuna uygun olarak ortaya çıkmayacağını belirtmektedir. Pašukanis, Gumplowich'in "bu tür bir hukuk hiçbir zaman var olmamıştır, zira birilerinin özgürlüğünün derecesi sadece diğerlerinin egemenlik derecesine bağlıdır. Bir arada yaşama kuralının, bir arada yaşama olasılığıyla değil, birilerinin diğerlerine egemenliğiyle belirlenir" derken son derece haklı olduğunu ifade etmektedir. Pašukanis, iç ve dış siyasette güç unsuru olarak devlet anlayışının, burjuvazinin "hukuk devleti" kuramı ve pratiğine getirmek zorunda olduğu bir düzeltme olduğunu, burjuva egemenliği sarsıldığı oranda bu düzeltmelerin daha da tehlikeli hale geldiğini, "hukuk devleti" ilkesinin hızlı biçimde içeriksiz bir gölgeye dönüştüğünü ve en sonunda sınıf savaşımının olağanüstü şiddetlenmesinin burjuvaziyi, hukuk devleti maskesini tamamen çıkarıp atmaya ve devlet iktidarının toplumun bir sınıfının diğerleri üzerindeki örgütlenmiş şiddeti olma niteliğini açığa çıkarmaya zorladığını ifade etmektedir.[105]

Marksistler, anayasanın parlamentoya verdiği görev ve yetkileri konusunda meclisin edilgen ve daraltıcı bir tutum takındığını buna karşın yürütme veya idarenin anayasada tanınan görev ve yetkilerini daima aşma eğilimi taşıyacağı görüşünü örtük bir şekilde savunmaktadırlar. Nitekim Marx bu konuda bir örnek vererek, 1848 Fransız Anayasasının gerçek iktidarı başkana verdiğini, buna karşılık, ulusal meclisin manevi iktidarını güvence altına almaya çalıştığını, hâlbuki yasa yoluyla manevi iktidar yaratmanın olanaksız olduğunu, ayrıca, başkanı tek dereceli seçimle bütün Fransızlara seçtirmenin, anayasanın, bir kez daha kendi ortadan kaldırılışına yol açacağını ifade etmektedir. Düşünür, daha somut bir deyişle, Fransa'nın oylarının ulusal meclisin 750 üyesine dağılırken burada tersine bir kişide top-

105 Pašukanis, s. 154-155.

lanacağını, her milletvekilinin yalnız şu ya da bu partiyi, şu ya da bu kenti hatta salt 750 kişiyi seçme zorunluluğunu, bir insan üzerinde eşyadan daha fazla titizlik gösterilmediği bu seçme işlemini temsil ettiği halde, o başkanın, ulusun seçtiği kişi anlamına geldiğini ve onun seçiminin, egemen halkın dört yılda bir oynadığı koz olduğunu, seçilmiş ulusal meclisin, seçilmiş ulusal meclisle metafizik bir ilişki içerisinde olmasına karşın, seçilmiş başkanın ulusla kişisel bir ilişki içerisinde olduğunu belirtmektedir. Yazar, ulusal meclisin çeşitli üyelerinde ulusal ruhun başka başka yönlerini temsil etse de bu ulusal ruhun asıl olarak başkanda cisimleşeceğini, başkanın meclis karşısında bir çeşit tanrısal bir hakka sahip olduğunu, onun, halkın lütfuyla orada olduğunu savlamaktadır. Ayrıca Marx, Bakanlar Kurulu veya yürütmenin yapısal olarak parlamenter rejimi sarsma eğilimi taşıyacağını ima etmektedir.[106]

Marksistlerin icra veya yürütmenin görev ve yetkisini daima taşma eğiliminde olduğunu savunan bu görüşleri günümüzde tam anlamıyla yalın bir gerçek hâline gelmiştir. Her şeyden önce günümüzde yasa yapımında "üstünlük" (inisiyatif) meclisten hükümete geçmiştir. Daha açık bir deyişle, günümüzde yasa, iktidar partilerinin ve hükümetin iradesinin ifadesi niteliğine dönüşmüş, bu bağlamda, siyasal parti çoğunluğuna dayalı parlamenter dizgelerde yasama organı, hükümetlerin iradesinin ve idare tarafından hazırlanmış metinlerin ilke kez H. Laski tarafından tanımlanan "kayıt bürosu" (registration chamber) haline dönüşmüştür. Bundan da öte parlamentonun zayıflamasına paralel olarak devlet ile milletvekili arasındaki temsil bağı da kopmuştur.[107] Bu bağlamda yasama tarafından kişi hak ve özgürlerinin korumasının zayıflaması da yasanın genel niteliğinin de tartışma götürmesinden ileri gelmiş, hukukun oluşum tarzında da yasanın önemi azalmıştır. Kanun hükmünde kararnameler bir yandan yürütmeyi güçlendirmiş, öte yandan, birçok düzenleyici işlem kategorisi ile birlikte yasa mevcut olduğu zaman bile onunla sadece uzaktan ilişkisi olan yoğun bir yükümlülükler ağı örülmüş, yasama üstünlüğünü elinde tutan yürütme, meclis gündem ve çalışmasına da egemen olarak, metinler üzerinde ciddi ve derinleştirilmiş bir çalışmayı çoğu kez engellemiştir. Bu konu-

106 Marx, Louis Bonaparte'ın 18 Brumaire'i, s. 30-31, 38.
107 Poulantzas, s. 222-223, İ. Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, AFA Yayıncılık, İstanbul 1993, s. 83.

da gece yarısı yasaları denilen yasama oturumunun son bir iki haftasına sıkıştırma yönündeki uygulamayı anımsamak gerekir.[108]

Günümüzde yasama organının yürütme veya idare üzerindeki denetim işlevinin yerine getirilmesinde de yasama organı aleyhine zayıflıklar bulunmaktadır. Bu bağlamda meclisin denetim, inceleme, araştırma, eleştiri, önerme, tavsiye yetkileri hemen tüm demokrasilerde katı bir biçimde sınırlanmış ve budanmıştır. Yine parlamentonun idari sorumluluğunun, hukuken ve özellikle fiilen yürütme erkinin doruklarına doğru yoğun bir biçimde yer değiştirmesi, meclisin idare üzerindeki yetkilerinin sonul olarak kısıtlanmasına, hükümetin parlamento karşısında özerkleşmesine ve idarenin ulusal temsiliyetten uzaklaşmasına yol açmıştır. Bundan da öte muhalefet özellikle de Majestelerinin muhalefeti rolüyle yetinmediğinde ilk darbeye maruz kalsa da yetkilerdeki söz konusu sınırlamalar çoğunluk milletvekillerini de aynı biçimde etkilemiş, onlar da hükümetin "kurşun askeri" (foot-soldiers) ve "oy verme makinesi" (voting-fodder) konumlarına indirgenmişlerdir.[109] Yine meclis komisyonlarının oluşum ve çalışma genel olarak denetim işlevinde olduğu gibi özgürlüklere ilişkin konularda da etkili olmaktan uzak kalmıştır.[110]

Tekelci kapitalizmin icra organının gücünün artırılması yönündeki eğilimi Türk idare hukukunu da etkilemekten geri kalmamıştır. Nitekim bu eğilime uygun olarak devleti kapitalist veya zengin sınıfın emrinde bir araç olarak kabul eden 12 Eylül Cuntası 1982 Anayasası'na koyduğu hükümlerle devlet yapısı içerisinde yürütme organını güçlendirmiştir. Bundan da öte devlet otoritesinin genel zaafının yanı sıra, 1961 Anayasası'nın yürütme organına yeterince güç vermediği görüşü de zamanın cunta başı Orgeneral Kenan Evren'in Anayasası tanıtma konuşmalarında da sık sık ifade edilmiştir. Örneğin Evren bir konuşmasında, "Devletin ve günlük hayatın bütün yükünü sırtında taşıyan yürütmenin, arz ettiği bütün hayati ehemmiyete rağmen, arka plana itilmiş ve işlemez hale gelmiş olması, 1961 Anayasası'nın belki de en büyük ve tashih kabul etmez zaafını teşkil etmiştir. Yürütme, o anlayış ve hukuki durum içinde kaldıkça ve bırakıldıkça, Devlet bir ayağı

108 Kaboğlu, s. 83-84 ve dn.1.
109 Poulantzas, s. 222.
110 Kaboğlu, s. 84.

olmayan ve koltuk değneğiyle yürüyen bir insan olmaktan öteye geçemezdi… (Y)eni Anayasa, Devlet yapısı ve faaliyetleri itibarıyla bu sakıncayı giderecek bir tarzda bina edilmiştir." şeklinde beyanda bulunarak yürütme organının güçlendirilmesine açıkça destek vermiştir.[111]

Az önce 12 Eylül Cuntasının Anayasaya koyduğu birtakım hükümlerle yürütme veya İdarenin güçlendirilmesi doğrultusunda çaba gösterdiği belirtilmişti. Bu hükümlerden ilki, Anayasanın 8. maddesidir. 1961 Anayasası'nın 6. maddesinde yürütme yalnızca "görev" olarak tanımlanırken 1982 Anayasası'nın 8. maddesinde "yetki ve görev" olarak tanımlanmıştır. Yürütmenin "yetki ve görev" olarak tanımlanması, onun güçlendirilmesi anlamını taşıyacağı ve bu durum tekelci kapitalizmin isteri olması karşın kanımızca dürüst davranılmayarak farklı bir gerekçeyle bu olguya hukuksal bir destek sağlanmaya çalışılmıştır. Gerçekten de 1982 Anayasası'nın 8. maddesinin Milli Güvenlik Konseyince de benimsenen gerekçesinde şu görüşler savunulmuştur: "1961 Anayasası düzenlenirken, Türkiye'mizde fert, hak ve özgürlükleri için tehlikelerin devamlı surette yürütme kuvvetinden geldiği gözlemlenmiştir. Esasen modern çağlarda 1215 Magna Carta'sından beri ferdin devlet başkanının sultasından kurtulup özgür olabilmek için yaptığı mücadelede hedef daima yürütme kuvveti olmuştur. Fert, yürütme kuvvetinin yetkilerini, birer birer koparark, onu mümkün olduğu ölçüde yetkisiz kılmak istemiştir. Bundan dolayı da bütün hukuk düzeni, Devlet Başkanına ve yürütme kuvvetine karşı bir mücadele şeklinde gelişmiştir. 1961 Anayasası, bu felsefeye sadık kalarak yürütmeyi devletin yönetiminde, bütün faaliyetlerinde, yasama kuvvetine bağlı, yasama tabi bir kuvvet olarak düzenlemiş idi. Hâlbuki modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki 1961 ila 1989 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konulmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan

111 Nak. E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1988, s. 49 ve dn. 1.

çıkarılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir."[112]

Görüldüğü üzere 1982 Anayasası'nın 8. maddesinin gerekçesinde; çağcıl yaşamda yürütme erkinin, devletin beyni ve hareket gücünün kaynaklandığı motoru olduğu belirtilmektedir. Hâlbuki çağcıl yaşamda yürütme erki, devletin beyni ve hareket gücünün kaynaklandığı motor niteliğini taşımamakta, bu niteliği "yasama erki" taşımaktadır. Bu gerçeğe rağmen gerekçede yer alan bu hükümler en hafif tabirle gerçeği saptırmaktır. Dürüst bir şekilde davranıldığının söylenebilmesi için 8. maddesinin gerekçesinde; günümüzde tekelci kapitalizm veya emperyalizm aşamasında bulunulduğu ve bu aşamanın gereği olarak yürütmenin güçlendirildiğinden bahsedilmesi gerekirdi.

1982 Anayasası'nın 8. maddesinin gerekçesinde dürüst davranılmadığı gibi anayasa yapım tekniği bakımından da başarılı bir şekilde hareket edilememiş, yürütmenin güçlendirilmesi ereğine ulaşılamamıştır. Zira Teziç ve Özbudun'un belirttiği üzere 8. maddenin gerekçesindeki ifadelere rağmen yürütme "özerk" bir düzenleme gücü olarak düzenlenememiş, o, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da yine yasamaya bağımlı kılınmıştır. Bir kere Anayasa'nın 13. maddesi gereği temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kanun ile yapılabilir. Yasal bir düzenleme mevcut olmaksızın yürütme ve idare bir hak ve özgürlüğü ilk elden düzenleyici işlemlerle sınırlayamaz. Öte yandan Anayasa'nın 91. maddesinin 1. fıkrası gereği temel hak ve özgürlükler kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğine göre bundan daha alt basamakta yer alan idari düzenleyici işlemlerle söz konusu düzenlemenin yapılması hukuken olanaklı da görülmemektedir.[113]

Öte yandan 1982 Anayasası'nın 8. maddesinde, yürütmenin; Anayasaya ve kanunlara uygun olarak yapılacağı ve yerine getirileceği ifade edilmektedir. Bu kural, Teziç'in isabetli olarak belirttiği üzere, 1961 Anayasası'nın 6. maddesinde belirtilen yürütmenin kanunlar çerçevesinde yerine getirilmesinden daha kısıtlayıcı bir nitelik taşı-

112 Bkz. M. Şakar, 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, Beta Yayınları, İstanbul 1989, s. 9.

113 A. Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 1986, s. 12-13, Özbudun, s. 150.

maktadır. Çünkü yürütmenin yapacağı düzenlemelerin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yapılması, aykırı olmayarak düzenlenmesine oranla daha bağımlı bir nitelik taşımaktadır. Buna karşılık, 1961 Anayasası'na göre yürütmenin düzenleyici işlemler yapması "kanunlar çerçevesinde" daha serbest bir biçimde kullanılabilir bir nitelik taşımaktadır. Yine 1982 Anayasası'nın 115. maddesinde öngörülen tüzükler ve 124. maddesinde öngörülen yönetmelikler ancak "kanunlara aykırı olmamak" koşulu ile çıkarılabilirler. Bu bakımdan "kanunlara uygun olarak" kullanılması gereken yürütme yetkisi ve görevi bağımlı ve "türev" (derivé) bir yetki olup özerk düzenleme yetkisini içermemektedir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, yasama organının yürütmeye yetki verdiği konularda yapılan düzenlemeler, sonradan çıkarılacak bir kanunla değiştirilebileceği gibi bunlar hükümsüz de kılınabilir. Bu durum da 1982 Anayasası'na göre yürütmenin özerk bir düzenleme alanının bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır.[114]

1982 Anayasası'nın 8. maddesine göre yürütmenin aynı zamanda yetki olarak düzenlenmesi, onun özerk düzenlemeye sahip olması değil, fakat doğrudan Anayasadan kaynaklanan bazı yetkileri olması ile açıklanabilmektedir. Gerçekten de 1982 Anayasası'nda öngörülen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak artık fonksiyonel açıdan düzenleyici işlem olmaktan çıkmış, yetki kanununa dayanarak, bakanlar kurulu, daha önce kanunla düzenlenmemiş konularda asli, yani ilk elden düzenleme yapabilme olanağına kavuşturulmuştur. Öte yandan 1982 Anayasası'nın 121. ve 122. maddelerine göre olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri) doğrudan anayasadan kaynaklanmakta "halin gerekli kıldığı konularda" yürütmenin bir kanuna hatta Anayasaya bağlı olmaksızın tamamen serbest takdiri düzenlemesini içermektedir.[115] Eğer yürütme bir yetki olarak değil sadece bir görev olarak nitelendirilmiş olsaydı bu kararnamelerin hukuki niteliğini Anayasanın genel dizgesi içerisinde açıklamak hayli güçleşirdi.[116] Aynı şekilde Anayasa'nın 107. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama iş-

114 Teziç, s. 13.
115 Teziç, s. 13, Özbudun, s. 149-151.
116 Özbudun, s. 150.

lemlerinin doğrudan doğruya "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ile düzenlenebilmesi de yürütmenin Anayasadan kaynaklanan düzenleme yetkisinin bir başka örneğini oluşturmaktadır. Anayasadan kaynaklanan bu iki ayrıksı durum dışında, 1982 Anayasası'nın yasama ve yürütme fonksiyonlarının ayrılığı konusunda kabul ettiği formül, 1924 ve 1961 Anayasalarındaki kanunun üstünlüğüne dayanan dizgeyi temelinde değiştirilmemiştir.[117]

12 Eylül Cuntasının yürütmenin güçlendirilmesi doğrultusunda bir başka çabasını; Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenen "suç ve cezada kanunilik ilkesi" (nullum crimen nulla poena sine lege) bakımından idare lehine yetki tanıma çabası oluşturmaktadır. Gerçekten de Anayasa'nın 38. maddesinin 1. fıkrasında; kimseye işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiş, 3. fıkrasında ise ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiştir. Bu fıkra hükümlerinden cuntanın suç ve cezada kanunilik ilkesini katıksız bir biçimde benimsediği sonucu çıkarılabilir. Ancak durum sanıldığı gibi değildir. Zira cunta "cezada kanunilik ilkesi"ni benimsemiş olmasına karşın "suçta kanunilik ilkesi"ni benimsememiştir. Gerçekten de Anayasa'nın 38. maddesinin 1. fıkrasının Konseyce de benimsenen gerekçesinde; kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle kimsenin cezalandıramayacağı, ancak bu hükmün kanun koyucunun "açık suç hükmü" koymasına, yani "fiili" bildirmeden suç konusunu belirtmesine engel olmayacağı, örneğin, Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yaptığı gibi bu gibi hallerde ne yasama yetkisinin devredilmiş ne de "kanunsuz suç olmaz" ilkesinin ihlal edildiği belirtilmiştir.[118]

12 Eylül Cuntasının benimsediği bu gerekçeye katılabilmek bize olanaksız gelmektedir. Zira insanlığın uzun savaşımlar sonucu kazanmış olduğu ve ceza hukukunun temel esası niteliğine kavuşan "suç ve cezada kanunilik" ilkesi hiçbir şekilde birbirinden ayrılamaz. Daha açık bir deyişle söz konusu ilke "suçta kanunilik ilkesi" ve "cezada ka-

117 Özbudun, s. 151.
118 Şakar, s. 50-51.

nunilik ilkesi" şeklinde iki alt ilkeye bölünemez. Zira "suç" ve "ceza" arasında "bütünleyici parça" (mütemmim cüz) ilişkisi bulunduğundan birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi diğerinde de kanunilik ilkesinin benimsenmediği anlamına gelir.[119]

Görüldüğü üzere cunta, tekelci kapitalizmi tatmin edebilmek doğrultusunda insanlığın ve ceza hukukunun uzun savaşımlar sonucu kazandığı suç ve cezada kanunilik ilkesine yine dürüst olmayan bir gerekçeyle açık bir savaş açmıştır. Ancak bereket versin ki söz konusu gerekçe Anayasa metinine yansıtılamadığından ve Anayasanın yorumunda temel hareket veya başlangıç noktasını "metin" oluşturacağından Anayasa gereği suç ve cezada kanunilik ilkesi katı bir şekilde geçerlidir. Cuntanın, kişi hak ve özgürlükleri bakımından yaşamsal bir önem taşıyan suç ve cezada kanunilik ilkesini aşındırma çabaları "başarısız" (akim) kalmıştır.

SONUÇ

Bu çalışmada görüldüğü üzere Marksistler kapitalist düzende veya klasik anlamda yapılan idare hukuku tanımlarını kabul etmedikleri gibi bu tanım içerisinde geçen "devlet", "hukuk", "kamu hukuku" kavramlarına da farklı ve özgün bir anlam yüklemektedirler. Marksistlerin bu tutumunun idare hukuku "değerler dizisini" (paradigmasını) değiştirdiği ve söz konusu hukukun daha iyi anlaşılmasına hizmet ettiği açıktır. Gerçekten de idarenin davranış tarzının altında yatan çıkarlar bilinmeden idare hukukunun iyi bir şekilde anlaşılması olanaksız olmakta ve bu çıkarlara yalnızca Marksistler dikkat çekmektedir.

Öte yandan Marksistler kapitalist düzeninin özellikle tekelci kapitalist düzenin güçlü bir yürütme erki isteyeceği görüşünü savunmaktadırlar. Marksistlerin bu görüşü çıplak bir gerçeklik olarak kendisini gösterdiği gibi Marksist olmayan bazı yazarlar tarafından da büyük oranda paylaşılmaktadır.

Örneğin Marksist olmayan Duverger, kapitalist düzenin bazı aşamalarında güçlü bir yürütme eğiliminin bulunacağını savlamaktadır.

---

[119] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 495 vd.

Duverger, kapitalist düzenin üç aşamasının birbirinden ayrılması gerektiği fikrini taşımaktadır. Yazar, kapitalizmin ilk aşamasında halkın harap, bitkin, yoksul örgütsüz, güçsüz ve zavallı olduğunu, bu yüzden ihtilal tehlikesinin büyük olmadığını, bu aşamada kapitalist düzeninin tam anlamıyla zayıf bir yürütme isteyeceğini ifade etmektedir. Yazar, kapitalizmin ikinci aşamasında proletaryanın baskılanmasının ve mutsuzluğunun her tarafı saracağını ve onun devingen olacağını, bu aşamada kapitalist düzen yandaşlarının devrim korkusuna kapılacaklarını, onların, proletaryanın hareketini bastıracak güçlü bir güvenliğe ve dolayısıyla kuvvetli icraya olan taleplerinin gündeme geleceğini savunmaktadır. Yazar, Louis Bonaparte ve Hitler gibi diktatörlerin sahneye çıkmasına da bu olgunun yol açtığını belirtmektedir. Yazar, kapitalizmin son aşamasında ise genel yaşam seviyesinin yükselmesi nedeniyle söz konusu düzene karşı devrim korkusunun aşamalı olarak kaybolacağını, kapitalist düzene karşı intikam ve direnme duygularının azalacağını, bu durumun ise icra organına karşı güvensizlik duygusunu tekrar canlandıracağını savunmaktadır.[120]

Görüldüğü üzere Duverger, kapitalist düzenin ikinci aşamasında proletaryanın baskıcı bir yönetim altında huzursuz ve mutsuzluğunun her tarafı saracağını, bu yüzden kapitalist düzen yandaşlarının ihtilal korkusuna kapılarak güçlü bir yürütme isteyeceklerini belirtmektedir. Duverger'in bu görüşü 12 Eylül Anayasası özelinde yansımasını bulmuştur. Gerçekten de 12 Eylül Cuntası, kanımızca, Duverger'in kapitalizmin ikinci aşamasında geçerli olan koşulların bulunduğu gerekçesiyle güçlü bir yürütmenin oluşturulabilmesi için elinden gelen tüm çabayı göstermiş ve Anayasayı baskıcı ve ayrıcalıkçı hükümlerle donatmıştır.

Bununla birlikte Duverger'in kapitalizmin son aşamasında icra organına karşı güvensizliğin bulunacağı ve bu aşamada zayıf bir yürütmenin örgütlendirileceğini ima eden görüşü tam olarak doğru değildir. Gerçekten de küresel ölçekte kapitalizmin son aşamasında, kısacası emperyalizm aşamasında bulunulmasına ve halkın refah seviyesinde önemli ilerlemeler görülmesine karşın 11 Eylül 2001 tarihinde Birleşik Devletlerde İkiz Kulelere yapılan saldırılardan sonra özelde

120 Duverger, s. 18.

güvenlik güçlerine, genelde yürütmeye tanınan aşırı yetkilerle icra organı aşırı bir şekilde güçlendirilmiş ve Amerika Birleşik Devletleri ile Birleşik Krallık, Fransa ve İtalya ve Almanya gibi Batı Avrupa ülkelerinde adeta hukuk devletinin sonuna gelinmiştir.[121]

Kapitalizmin son aşaması veya emperyalizmin son aşamasının yürütmenin güçlendirilmesi bağlamında bir başka eğilimi "kişiselleştirilmiş başkanlık dizgesi"dir. Gerçekten de Poulantzas'ın belirttiği üzere, gücün, yürütmenin en yüksek şefinde kişiselleştirilmesi, yazarın adlandırmasıyla kişiselleştirilmiş başkanlık sistemi eğilimi, ancak emperyalizm olgusu dikkate alınarak açıklanabilir. Yazar, bir dolu anayasa hukuku çözümlemelere karşın, söz konusu çözümlemelerin, iktidarın Bonapartistleştirilmesini, daha açık bir deyişle, yürütme/idareye erki aleyhine iktidarın gerçek anlamda tek bir kişi tarafından kullanılmasını açıklayamayacağını ifade etmektedir. Yazar, anayasal metinler, kimi zaman, yürütme erkinin başındaki kişiye "aşırı yetkiler" (exorbitant powers) tanısa bile, kişisel başkanlık sisteminde başkana tanınan despotik ve yalıtılmış yetkilerin tümünü öngöremeyeceğini, anayasal metinde bulunmasa bile başkanın söz konusu yetkileri kullanacağını belirtmektedir. Yazar, kişiselleştirilmiş başkanlık sisteminin, iktidarın çeşitli idari odak ve kanallarının tek bir noktada yoğunlaştırılmasından çok, bunların iktidarın tepesine doğru yöneltilmesi biçiminde işlediğini ve bunun idari düzeneğin çağdaş siyasi rolüne uygun düştüğünü ifade etmektedir. Poulantzas, kişiselleştirilmiş başkanlık sistemiyle yürütme erkinin en yüksek yöneticisinin, geçmişte olduğundan daha çok, siyasi-idari düzeneğin bir güvencesi konumuna geleceğini, bu konumun ona "mümtaz" (preeminent) bir yer biçeceğini savlamaktadır.[122]

Mevcut durumda Türkiye'de geçilmeye çalışılan "partili Cumhurbaşkanlığı" veya "kişiselleştirilmiş başkanlık sistemi" şeklindeki başkanlık sisteminin arka planı ancak Poulantzas'ın görüşleri dikkate

---

121 Konu hakkında geniş bilgi için bkz. J-C. Paye, Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele [Fransızca orijinalinden "La fin de l'État de droit, La lutte antiterroriste de l'état d'exception a la dictature, La Dispute/SNEDIT, 2004"den Çeviren; G. Demet Lüküslü], İmge Yayınevi, Ankara 2009.

122 Poulantzas, s. 228.

alınarak çözümlenebilir. Gerçekten de Anayasa'nın 101. maddesinde 2007 tarihinde yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının halkoyuyla seçilmesi esası benimsenmesine ve böylelikle "başkanlı parlamenter sistem" rejimine geçilmesine karşın kamuoyunda sık sık "başkanlık sistemi"ne geçilmesi tartışması yapılmaktadır. Hâlbuki Cumhurbaşkanının halkoyuyla seçildiği her durumda başkanlık sistemi bulunmaktadır. Bu çerçevede 2007 yılında Türkiye, parlamenter sistemden başkanlı parlamenter sisteme geçmiştir. Türkiye'de yapılan başkanlık sistemi tartışmalarında her ne kadar Cumhurbaşkanının (Başkanın) yetkilerinin az olduğu ileri sürülmekteyse de bunu doğru olarak kabul edemeyiz. Zira Max Weber'in belirttiği gibi halk tarafından seçilen başkan, parlamento tarafından seçilen başkana nazaran olağanüstü güçlü bir yetki taşımakta, bir başka deyişle, halkoyuyla seçilen başkanın yetkisi "halkoyu" faktörü nedeniyle oldukça güçlenmektedir.[123] Bu çerçevede, 10 Ağustos 2014 tarihinde halkoyuyla Cumhurbaşkanı seçilen R. Tayyip Erdoğan, Parlamento tarafından seçilen önceki Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'e göre "halkoylaması" faktörü nedeniyle daha fazla yetkiye sahiptir. Ancak kanımızca Türkiye'de yapılan başkanlık sistemi tartışmalarında amaç başkana geniş yetkiler tanıyan bir başkanlık sistemine geçmek değildir. Gerçek amaç, R. Tayyip Erdoğan'ın şahsını dikkate alarak "kişiselleştirilmiş başkanlık sistemi"ne geçmektir. Bu sistemle iktidarın çeşitli idari odak ve kanallarını tek bir noktada, somut deyişle, Erdoğan'da yoğunlaştırmadan ziyade, bunları iktidarın tepesini oluşturan Erdoğan'a doğru yöneltilmesi hedeflenmektedir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Türkiye kapitalizm sarmalına yakalanarak yürütmenin güçlendirilmesi doğrultusunda hareket etmekte ve bu bağlamda kişiselleştirilmiş bir başkanlık sistemine geçmeye çalışmaktadır. Bu olgunun Türkiye'yi istikrara kavuşturması ve ülkenin az gelişmiş sarmalarından kurtulabilmesi olası değildir. Ülkenin bu sarmaldan kurtulabilmesi için az gelişmişliğe yol açan her bir olgu temelinde köklü önlemler alınması gerekir.

---

123 M. Weber, Gesammelte Politische Schriften, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1958, s. 457.

Bir kere ülkenin yürütmenin güçlendirilmesi doğrultusunda hareket etmekten ve bu bağlamda kişiselleştirilmiş bir başkanlık sistemine geçmeye çalışmaktan uzaklaşması uygun olacaktır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere 12 Eylül Cuntası Anayasaya koyduğu hükümlerle yürütmeyi güçlendirmek için önemli çaba göstermiş, ancak bu çabasında kısmen başarılı olmuştur. Cuntanın söz konusu çabasında başarılı olduğu, temel hak ve özgürlükler bakımından oldukça tehlikeli olan, sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin kaldırılması gerekir. Gerçekten de Anayasanın 121 ve 122. maddelerine dayalı olarak yeki kanununa dayanmadan, konu sınırlamasına tabi olmadığı için temel hak ve özgürlükler, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevlerin düzenlenebildiği ve Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olmayan bu kararnameler kişi hak ve özgürlükleri açısından oldukça tehlikeli sonuçlar doğurmaktadır. Bu yüzden söz konusu kararnamelerin Anayasadan atılması yerinde olacaktır.

Yürütmenin güçlendirilmesi çabalarından vazgeçilmesi gerektiği gibi başkana geniş yetkiler tanıyan Fransız veya ABD tipi başkanlık sistemine de geçilmemesi gerekir. Türkiye'de bu tip bir başkanlık sistemine geçilmesi, sistemin kolaylıkla kişiselleşmesine ve bu bağlamda "kişisel başkanlık sistemi"ne geçilmesine yol açabilir. Başkanlık sistemine geçilmesi durumunda, ülkede demokrasi gerekli ve yeterli ölçüde özümsenmediği, baskıcı ve hoşgörüsüz bir kültür yaygın olduğu için Türkiye'nin otoriter bir rejime sürüklenmesi riski bulunur. Bu riskin belirli bir kişi veya kişilerle ilgisi yoktur, kim başkan seçilirse seçilsin bu risk bulunmaktadır. Zira ülkede demokrasinin içselleştirilmemesi, bağnaz ve baskıcı bir kültür, kolaylıkla otoriter bir rejime kayma tehlikesini doğurabilmektedir.

Sonuç olarak Türkiye'nin yürütme/idarenin güçlendirilmesi çabalarından ve bu bağlamda oldukça sakıncalı olan[124] başkanlık sistemine geçmekten vazgeçmesi uygun olur. Bu yapılmadığı takdirde ülkenin otoriter bir rejime kayabileceği ve çağdaş uygarlık seviyesinin bırakınız üstüne çıkılmasını, o seviyeye ulaşılmasının bile ham bir hayal olabileceği zihinden uzak tutulmamalıdır.

---

[124] Başkanlık sisteminin sakıncaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. H. Dursun, Süper Başkanlık Ya Da Başkancı Parlamenter Örnekleri ve Çıkartılacak Dersler, TBB Dergisi, Sayı 67, 2006, s. 278-283.

Kaynakça

Arsal S.M., Hukuk Felsefesi Tarihi, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını No. 15, İstanbul 1945.

Arzumanyan A., Dünya Kapitalizminin Bugünkü Buhranı (A. Arzumanyan'ın Krizis mirovogo kapitalizma na sovremennom etape adlı eserinin Fransızcaya çevrilmiş olan üç bölümünü çeviren; Orhan Suda), Sol Yayınları, Ankara 1966.

Chapus R., Droit administratif général Tome 1, 15e Edition, Montchrestien, Paris 2001.

Cohen R., Devletin Kökenleri Yeniden Değerlendirme in Erken Devlet (Kuramlar veriler Yorumlar) Çeviren Alâeddin Şenel, Derleyenler Henri J.M. Claessen ve Peter Skalnik, İmge Kitabevi, Ankara 1993.

Çeçen A., Adalet Kavramı, İkinci Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993.

Dursun H., İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Dursun H., Süper Başkanlık Ya Da Başkancı Parlamenter Örnekleri ve Çıkartılacak Dersler, *TBB Dergisi*, Sayı 67, 2006.

Duverger M., La VIe République et le Régime Présidentiel, Librairie Artème Fayard, Paris 1961.

Edis S., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, İkinci Bası, AÜHFY No. 473, Ankara 1983.

Engels F., Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni [(Almanca orijinali; Der Ursprung der Familie des Privateigentums und des Staats, 1884) Fransızca'sından (L'origine de la famille, de la propriété et de l'état, Editions Sociales, Paris 1969) Türkçeye çeviren Kenan Somer] Sol Yayınları, Ankara 2005.

Engels F., Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu [(Almanca orijinali, Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie, 1888) Fransızcasından (Ludwig Feuerbach et la fin de la philosophie classique Allemande, Editions Sociales, Paris 1968) Türkçeye çeviren Sevim Belli], Sol Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara 2011.

Engels F., Anti-Dühring Bay Eugen Dühring Bilimi Altüst Ediyor [Almanca orijinali; Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wiessenschaft, Anti-Dühring, 1878 adlı yapıtını Fransızcasından (Anti-Dühring, M.E.Dühring bouleverse la science, Editions Sociales, Paris 1973) Türkçeye çeviren; Kenan Somer], Sol Yayınları, Dördüncü Baskı Ankara 2003.

Engels F., F. Engels'ten Berlin'deki Conrad Schmidt'e in Marx K. Engels F. Seçme Yazışmalar 2 1870-1895. [İngilizce'sinden (Selected Correspondence, Progress Publishers, Moscow, 1975) Türkçeye çeviren; Yurdakul Fincancı], Sol Yayınları, Birinci Baskı, Ankara 1996.

Engels F., Hukukçular Sosyalizmi in Marx ve Engels F. Din Üzerine (Karl Marx ve Friedrich Engels'in din konusundaki yazılarından derlenen Sur La religion, Editions Sociales, Paris 1968 adlı yapıtından Türkçeye çeviren Kaya Güvenç), Sol Yayınları, Üçüncü Baskı, Ankara 2002.

Foillard P., Droit administratif, 13e édition, éditions Paradigme, Orléans 2008-2009.

Günday M., İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 9. Bası, Ankara 2004.

Huberman L., Sosyalizmin Alfabesi (The ABC of Socialism Introduction to Socialism, Modern Reader Paperbacks, New York 1968 adlı yapıtından Türkçeye çeviren Alaattin Bilgi), Yirmiikinci Baskı, Ankara 2014.

Kaboğlu İ.Ö., Özgürlükler Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, AFA Yayıncılık, İstanbul 1993.

Karahanoğulları O. Marksizm ve Hukuk, *AÜSBFD,* C. 57, S. 2, 2002.

Lenin V.İ., Emperyalizm Kapitalizmin En Yüksek Aşaması [V.İ.Lenin'in İmperyalizm kak noveşy etap kapitalizma, (1916) adlı yapıtını Fransızcasından (L'Imperialisme, stade suprême du capitalisme, Editions Sociales, Paris 1962) Çeviren; Cemal Süreya], Sol Yayınları, Onüçüncü Baskı, Ankara 2013.

Marx K., The Trial of the Rhenish District Committee of Democrats, s. 5-6. (https://www.marxists.org/archive/marx/works/1849/02/25.htm, Erişim Tarihi, 15.2.2016).

Marx K., Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı [Karl Marx'ın Zur Kritik der Politischen Ökonomie (1859) adlı yapıtını Fransızcasından (Contiribution à la critique de l'économie politique, Editions Sociales, Paris 1957) çeviren; Sevim Belli], Sol Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara 2005.

Marx K., Fransa'da İç Savaş [(İngilizce orijinali, The Civil War in France, 1871), Fransızcasından (la guerre civile en France, Editions Sociales, Paris 1975) çeviren Kenan Somer], Sol Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara 2012.

Marx K., Louis Bonaparte'ın 18 Brumaire'i [K. Marx'ın Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte (1852) adlı yapıtını Fransızcasından (Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte, Editions Sociales, Paris 1969) Türkçeye çeviren; Sevim Belli] Sol Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara 2007.

Marx K., Kapital Birinci Cilt [Almanca Orijinali; Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Band 1, 1867). İngilizce'sinden (Capital, A Critical Analysis of Capitalist Production, Volume 1, Lawrance and Wishart, London, 1971) Türkçe'ye çeviren, Alaattin Bilgi], Sekizinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2007.

Marx K. ve Engels F., Kutsal Aile Ya Da Eleştirel Eleştiri'nin Eleştirisi Bruno Bauer ve Hempalarına Karşı [Karl Marx ve Friedrich Engels'in Die heilige Familie, oder, Kritik der kritischen Kritik, Gegen Bruno Bauer und Konsorten (1845) adlı yapıtını, Fransızcasından (La sainte famille, ou critique de la critique critique, Contre

Bruno Bauer et consorts, Editions sociales, Paris 1969) çeviren; Kenan Somer], Dördüncü Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2009.

Marx K. ve Engels F., Gotha ve Erfurt Programlarının Eleştirisi [Fransızcasından (Marx-Engels, Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt, Editions Sociales, Paris 1966) Türkçeye çeviren; Barışta Erdost], Sol Yayınları, Dördüncü Baskı, Ankara 2002.

Marx K. ve Engels F., Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri [K. Marx ve F. Engels'in Manifest der Kommunistischen Partei (1848) adlı yapıtını İngilizcesinden (Manifesto of the Communist Party, 1888) ve Engels'in (Principles of Communism, 1847) adlı yapıtını Türkçeye çeviren; Muzaffer Erdost], Sol Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara 2005.

Marx K. ve Engels F., Alman İdeolojisi (Feuerbach) [Marx ve Engels'in Die deutsche Ideologie (1845-1846 [1932] adlı yapıtının Feuerbach başlıklı birinci kısmını Fransızcasından "L'Idéologie allemande, Editions Sociales, Paris, 1975"den çeviren; Sevim Belli], Beşinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2004.

Marx K. ve Engels F., Seçme Yazışmalar 2, 1870-1895, (Çeviren; Yurdakul Fincancı), Sol Yayınları, Ankara 1996.

Özbudun E., Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1988.

Özyörük M., İdare Hukuku Ders Notları, Ankara, 1972-1973.

Parsons T., Social Classes and Class Conflict in the Light of Recent Sociological Theory in Sociological Perspectives, Editörler Kenneth Thompson and Jeremy Tunstall, The Open University, Penguin Books 1971.

Pašukanis B. E., Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm [(Rusça orijinali, Obshchaia teoriia prava i Marksizm: Opyt kritiki osnovynykh iuridicheskikh poniatii, 1924) Fransızcasından (La Théorie du Droit et le Marxisme, 1926)'dan çeviren; Onur Karahanoğulları], Birikim Yayınları, İstanbul 2002.

Paye J-C., Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele [Fransızca orijinalinden "La fin de l'État de droit, La lutte antiterroriste de l'état d'exception a la dictature, La Dispute/SNEDIT, 2004"den Çeviren; G. Demet Lüküslü], İmge Yayınevi, Ankara 2009.

Poulantzas N., State, Power, Socialism [Orijinali, L'Etat, Le Pouvoir, Le Socialisme, Presses Universitaires de France 1978'den İngilizceye çeviren; Patrick Camiller], Verso Yayınları, London, Newyork 2000.

Reiman J., The Rich Get Richer and the Poor Get Prison Ideology, Class and Criminal Justice, Third Edition, Macmillan Publishing Company, New York 1990.

Rousseau J.J., İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökeni [Fransızca orijinalinden (Discours sur l'origine et les fondemets de l'inégalite parmi les hommes, 1754) Çeviren Aziz Yardımlı], İdea Yayınları, İstanbul 2011.

Skalnik P., Bir Süreç Olarak Erken Devlet in Erken Devlet (Kuramlar Veriler Yorumlar) Çeviren Alâeddin Şenel, Derleyenler Henri J.M. Claessen ve Peter Skalnik, İmge Kitabevi, Ankara 1993.

Smith A., Milletlerin Zenginliği (Özgün Adı The Wealth of Nations'dan çeviren; Haldun Derin), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.

Sönmez M. Kırk Haramiler Türkiye'de Holdingler, 3. Baskı, Özlem Yayınevi, İstanbul 1988.

Şakar M., 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, Beta Yayınları, İstanbul 1989.

Teziç A., Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 1986.

Weber M., Gesammelte Politische Schriften, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1958.

TAM YARGI DAVALARINDA MANEVİ TAZMİNAT*

INDEMNITY FOR NON-PECUNIARY DAMAGE IN FULL REMEDY ACTION

Müzeyyen EROĞLU DURKAL**

Özet: Günümüzde idarenin faaliyet alanının genişlemesi, bu faaliyetler neticesinde bireylerin zarara uğrama ihtimalini de arttırmış ve idare aleyhine açılan maddi ve manevi tazminat istemli tam yargı davalarının büyük önem kazanmasına sebep olmuştur. Kişinin malvarlığı dışındaki manevi değerlerinde meydana gelen zararlar, maddi ölçeklerle hesaplanmaya elverişli olmamasına rağmen, söz konusu zararlar karşılığı talep edilen manevi tazminat, maddi değer taşımaktadır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı, bu durumu zorunlu kılmıştır. Manevi tazminatın belirlenmesinde hâkime büyük ölçüde takdir yetkisi tanınmakla birlikte, hâkim bu takdir yetkisini hem adalet ve hakkaniyet kuralları çerçevesinde hem de öğreti ve yargı kararlarında istikrar kazanmış ilkeler doğrultusunda kullanacaktır. Bu çalışmada idari yargıda manevi tazminatın belirlenmesinde istikrar kazanan ilkeler ve yaşanan sorunlar, büyük ölçüde yargı kararlarından faydalanılarak tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tam Yargı Davası, Manevi Tazminat, Manevi Tazminatın Düşüklüğü Sorunu, Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi, Manevi Tazminatın Belirlenmesi

Abstract: Today expansion of the executive function has also increased the possibility of enduring damages as a result of these actions and as a result pecuniary and non- pecuniary damage actions against administration have became important. Damages on the person's moral values although not financially accountable, the non-pecuniary damage claimed for such damages is of a material value. The absence of any other remedies has led this compulsory. In determining the indemnity for non-pecuniary damage, the judge will use this discretionary power both in the framework of justice and equity principles and in accordance with the principles developped by the doctrine and judicial decisions. In this study, the principles accepted by the administrative jurisprudence for determining non

* Bu çalışma Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda Prof. Dr. E. Ethem ATAY danışmanlığında hazırlanan "Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat" isimli doktora tezinden çıkarılarak genişletilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü

pecunary indemnity and the problems of this process have been tried to be determined especially by researching the jurisprudence.

Keywords: Full Remedy Action, Non-Pecuniary Damages, The Problem of Low İndemnityf for Non-Pecuniary Damage, Apply İnterest to Non-Pecuniary Damage, Determination of Non-Pecuniary Damage

GİRİŞ

Sorumluluk en genel tanımıyla; bir kişinin diğerine vermiş olduğu zararı gidermesine yönelik bir yükümlülüktür.[1] İdarenin sorumluluğu da sorumluluk hukukunun bir parçasını oluşturmaktadır ve idarenin eylem ya da işlemleriyle bireylere vermiş olduğu zararların tazmini anlamına gelmektedir.[2] İdare hukukunun özerk bir hukuk dalı olması nedeniyle, idarenin sorumluluğu, özel hukuktaki sorumluluktan farklıdır.

Günümüzde idarenin faaliyetlerinin oldukça geniş bir alana yayılmış olması, idari faaliyetler sonucu bireylerin zarar görme ihtimalini her geçen gün daha da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkarmaktadır.

İdare, bilerek ya da bilmeyerek, kusurlu ya da kusursuz yapılan bir takım işlem ve eylemler yoluyla çeşitli zararlara neden olabilir. İdarenin faaliyetleri neticesi ortaya çıkan bu zararlar, kişilerin malvarlıklarına yönelik olabileceği gibi kişilik haklarına yönelik de olabilir. Bu anlamda idarenin mali sorumluluğu, idarenin faaliyetleri sonucu meydana gelen her türlü zararın yine idarece tazmin edilmesi anlamına gelir.

Gerek Anayasa'da gerekse Danıştay ve İYUK'da açıkça belirtildiği gibi "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür". İdarenin böyle bir sorumluluğunun ortaya çıktığı durumlarda ise, idareye karşı tam yargı davası açılabilecek ve davalı idareden yargı organı aracılığıyla uğranılan zararların tazmini istenebilecektir.

---

1 E. Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 559.

2 Paul Duez, Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti, Çev: İbrahim Senil, Ankara, 1950, s. 15; E. Ethem Atay, "İdarenin Sorumluluğu", in Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 1061.

Uğranılan zararların tazmini yükümlülüğü, bir dava ile ortaya çıkar. İdareye karşı açılacak tazminat davalarına tam yargı davası denir. Tam yargı davaları, eski ismi ile tam kaza davaları ile idarenin sorumluluğunun tespiti sağlanır ve idare tazminat yaptırımına maruz bırakılır. Bu dava ile idare hukuku alanında ihlâl edilmiş olan bir hakkın yerine getirilmesi ya da uğranılan zararın tazmini istenir.[3] Tam yargı davasının açılabilmesi, belirli şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar; bir zararın varlığı, zararın idareye yüklenebilir olması ve zararla idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Zarar, bütün hukuki sorumlulukların temel şartıdır. Tazmin borcunun doğabilmesinin ön koşulu, zarara uğrayanın maddi ya da manevi varlıklarında bir azalmanın olmasıdır. Zarar gören kişi, birinci durumda maddi tazminat, ikincisinde ise manevi tazminat talebinde bulunacaktır.

Çalışmamızda, kişinin malvarlığı dışında, manevi değerlerinde meydana gelen zararların tazminine ilişkin sorumluluk konusu ele alınacaktır.

Manevi tazminat kavramı, üzerinde çok tartışılan bir hukuki kurumdur. Manevi tazminatta, uğranılan zarar, maddi ölçeklerle hesaplanmaya elverişli olmamasına rağmen, bu zararı gidermeye yönelik tazminat, maddi bir değer taşımaktadır. Başka türlü giderim yollarının olmayışı bu durumu zorunlu kılmıştır. Bu çalışmada, maddi ölçeklerle hesaplanması mümkün olmayan ve büyük ölçüde hâkimin takdirine dayanan manevi tazminat kavramı ile ilgili genel bilgi verildikten sonra, manevi tazminatın hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Çalışma yapılırken büyük ölçüde yargı kararlarından faydalanılacak, yüksek mahkemelerimizin içtihatları doğrultusunda, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde göz önüne alınan hususlar ve sorunlar tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK MANEVİ TAZMİNAT

Manevi tazminat, şahsiyet haklarının ihlâlinin bir sonucu olarak eski toplumlardan çok, özellikle sanayi ve teknolojinin geliştiği toplumlarda önem kazanmış ve böylece hukuk alanında da uygulama

[3] "Tam yargı davaları, idarenin eylem ve işlemi nedeniyle ilgililerin uğradıkları gerçek zararın tazmin aracıdır." Danıştay 10.D., 12.01.2004, E: 2002/2036, K: 2004/91, Akip Açıklamalı Kanun ve İçtihat Programı, Eylül 2006.

bulmuş bir kavramdır. Sanayi ve teknolojinin ilerlemesiyle birlikte maddi zararların sayısında artış olurken manevi zararlar da belirginleşmeye başlamıştır. Böylece manevi zararların giderilmesi, zarar görenlerin çektiği acıların dindirilerek yaşama yeniden bağlanmalarının sağlanması amacıyla, manevi tazminat kurumu benimsenip uygulanmaya başlanmıştır. Manevi tazminat, bugün artık bütün hukuk düzenlerince benimsenmiş bir yaptırımdır ve kapsamı da giderek genişleyerek daha fazla uygulama alanı bulmaktadır.

Tıpkı maddi zarara uğrayan kişiye maddi tazminat ödenmesi gibi manevi tazminat da kişinin manevi bir zarara uğramasının sonucudur. Manevi tazminat, şahıs varlığına ilişkin olup kişinin haksız bir eylem sonucu duyduğu fiziki ve manevi acı, elem, keder, ızdırap ve yaşama zevklerinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan manevi zararları giderecek ya da hafifletecek nakit veya nakitten başka tazmin şekli olarak tanımlanabilir.[4] Ancak manevi tazminat kavramı, maddi tazminat kavramından daha karmaşıktır ve üzerinde tartışmaların yapıldığı bir kavramdır. Bunun da temel nedeni manevi zarar kavramı üzerinde tam bir görüş birliğinin sağlanamamasıdır. Maddi zararın hem tespiti, hem de giderilmesi daha kolay iken; manevi tazminatın tespiti, özellikleri ve karşılanması sorunu oldukça güçtür.

Kişinin malvarlığında meydana gelen zararın tamamen giderilmesi ve eski durumun aynen sağlanması çoğu zaman mümkün iken; manevi varlıkta meydana gelen zararlarda, zararın tamamen giderilmesi ve eski halin iadesi mümkün değildir. Ancak duyulan manevi üzüntüyü gidermek, ruhsal acıyı hafifletmek ve bozulan ruhsal dengeyi tekrar sağlamak için de bir araca ihtiyaç vardır. Bu araç ise belirtildiği üzere çoğunlukla bir miktar para ile olmaktadır.[5] Anayasa Mahkemesi'nin

---

4 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun Manevi Tazminat başlıklı 56. maddesinde de "Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir." denilmektedir; Mustafa Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, İkinci Kitap, 2.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 943; Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 15.02.2001, E: 2000/10596, K: 2001/1501, Kanunum Mevzuat- İçtihat Bilgi Bankası; E. Ethem Atay– Hasan Odabaşı – Hasan Tahsin Gökcan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 256-257; Anayasa Mahkemesi, 11.02.1969, E: 1968/33, K: 1969/12, Kanunum Mevzuat- İçtihat Bilgi Bankası.

5 A.Şeref Gözübüyük, Yönetsel Yargı, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.327; Bahtiyar Akyılmaz, "İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve He-

eski tarihli bir kararına göre: "*…Tazminat, kişinin uğradığı zararları karşılar; bunların acısını çıkartmaya yarar ve bir dereceye kadar saldırıların önlenmesinde etkili olur. Zararlar maddî veya manevî olabilir. Maddî zararların karşılanması zorunlu ve olağan iken çok kez acısı maddî kayıplardan daha ağır olan manevî zararların karşılanma yollarının kapalı tutulması elbette ki düşünülemez. Manevî zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevî varlığına yapılan saldırıların tahriplerini ölçüye vurmaktaki imkânsızlıkta ve manevî kayıpların telâfi kabul etmez niteliğindedir. Ancak bu böyledir diye insanın bir bölüm kişilik hak ve yararlarının korunmayacak yüzüstü bırakılması elbette düşünülemez. Onun içindir ki, konuya ilişkin olarak eksiksiz değilse bile olabildiğince yeterli hükümler yasalarda yer almıştır… Para bugün için hâlâ mübadele aracı ve hesaplaşma birimi olarak fiyatların adlandırılmasında, borçların yerine getirilmesinde, eşya ve hizmet karşılıklarının ödenmesinde, değerlerin, servetlerin ölçülmesinde kullanılan en elverişli tek buluş olduğuna göre, manevî zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir. Paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhî tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevî varlıkların hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevî kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk genel olarak uğradığı haksız saldırıların hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur.*"[6] Anayasa Mahkemesi de söz konusu kararında; maddi kayıplardan daha ağır olan manevi zararların karşılanmasının mutlak bir zorunluluk olduğunu, ancak bu

saplanması", Selçuk *Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 6, S: 1-2, 1998, s.168; Atay-Odabaşı-Gökcan, s. 165; Tuncay Armağan, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 284; Eren K.Gönen, "İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi", *Danıştay Dergisi*, S: 108, Ankara, 2004, s. 33.

6 Anayasa Mahkemesi, 11.02.1969, E: 1968/33, K: 1969/12, RG: 02.07.1969, Sayı: 13238.

zararların telafi edilemez ve belirli bir ölçüye tutulamaz niteliği bulunduğunu, bu niteliği gereği zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağını, paranın manevi kaybın yerini tutmayacağını ama zarar gören açısından bir tatmin aracı olacağını ifade etmiştir.

II. MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda ileri sürülen iki ana görüş vardır. İlk görüşe göre, manevi tazminat ceza niteliği taşır. İkinci olarak savunulan görüşe göre ise, manevi tazminat niteliği itibariyle özel hukuk niteliği taşır. Bu görüş de kendi içinde manevi tazminatın tatmin ya da telafi olduğu noktasında ikiye ayrılmaktadır.

A. Manevi Tazminatın Ceza Olduğu Görüşü

Öğretide bir kısım yazarlar tarafından savunulan bu görüşe göre; manevi tazminatın ceza hukuku niteliği taşıyan bir yaptırımdır. Amaç, manevi zararı veren kişiden bir miktar para alarak onu cezalandırmaktır. Ancak diğer cezalardan farklı olarak devlet lehine değil de mağdur lehine alınan bir para söz konusudur. Manevi tazminat parasının ödenmesiyle, zarar görenin intikam duygusu tatmin edilmekte, zarar verenin malvarlığındaki azalma, zarar göreni psikolojik olarak tatmin etmektedir. Bu görüş taraftarları, mağdurdan hareketle onun manevi zararını belirlemenin zor olacağını, zararı verenin kusurunu tespit etmenin daha kolay olduğunu belirterek manevi tazminata hükmetmek için önemli olan mağdurun durumu değil, tecavüzde bulunanın kusurudur diyerek tazminatın belirlenmesinde failin kusurunu esas almışlardır.[7]

Bu görüşe karşı çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür. İlk olarak medeni hukuk ve ceza hukukunun amacı birbirinden farklı olup; medeni hukukta tazminatın amacı faili cezalandırmak değil, uğranılan zararı gidermektir. Manevi tazminat, para cezasında olduğu gibi zarar verenin mamelekinde bir azalmaya neden olmakla birlikte manevi taz-

---

[7] Henri Deschenaux - Pierre Tercier, Sorumluluk Hukuku, Çev: Salim Özdemir, Ankara, 1983, s. 60- 61; Ahmet Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, 1984/1, s. 15- 16; Tahir Kanık, "Manevi Tazminat Davaları", *Adalet Dergisi*, 1950, S: 9, s. 1166- 1167.

minatta amaç, faili maddi bir kayba uğratmak değil de zarar görenin zararını tazmin ederek onun malvarlığında bir çoğalma sağlamaktır.[8] İkinci olarak, cezalarda şahsilik prensibi geçerli olduğundan failin ölümü ile cezalandırma yetkisi de sona erer. Oysa manevi tazminatta fail ölse bile tazminat borcundan mirasçıları da sorumlu tutulabilmektedir. Yine ceza hukukunda kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince suçların ve karşılığı cezaların kanunda gösterilmesi zorunludur. Aksi takdirde fail sorumlu tutulamaz. Ancak manevi tazminat miktarı kanunda açıkça gösterilmemiş olup miktarı olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tespit edilir. Manevi tazminat cezai nitelikte olsaydı, sorumluluk için failin kusurlu olması şartı aranırdı. Oysa kusur aranmadan da zarar verenin manevi zararlardan sorumlu tutulduğu kusursuz sorumluluk halleri olduğunu da görmekteyiz.[9]

B. Manevi Tazminat Özel Hukukun Bir Kurumu Niteliğini Taşır

Manevi tazminatın amacının faili cezalandırmak olmadığını savunan bu görüş özellikle İsviçre ve Türkiye'de büyük ölçüde savunulmaktadır. Bu görüşe göre manevi tazminatta amaç, zarara uğrayanın malvarlığında bir artış sağlayarak, onun bozulmuş olan bedeni ve ruhsal dengesini yeniden sağlamaktır. Failin aynı fiilden dolayı cezalandırılmış olması manevi tazminata hükmetmeye engel değildir. Manevi tazminatın özel hukuk niteliği taşıdığını savunanlar bunu değişik gerekçelerle açıklamaktadırlar.

1. Telafi Görüşü

Bu gerekçelerden biri, **telafi görüşü**dür. Bu görüşe göre manevi tazminatın amacı, uğranılan manevi zararın aynen ya da nakden telafi edilmesidir. Bu şekilde duyulan acının telafi edilmesi amaçlanmıştır. Manevi zarar, nadir de olsa aynen tazmin ve telafi edilebileceği

---

8 K. Tahir Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", *AÜHFD*, C: XXV, 1973, S: 1- 4, s. 10.

9 Ahmet Kılıçoğlu, s. 16- 17; Şeref Ertaş, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 68; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: 2, 5. Bası, İstanbul, 1994, s. 375; "Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir" Yargıtay 4. HD, 07.05.2002, E: 2001/12830, K: 2002/5435, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

gibi daha çok nakden tazmin edilmektedir. Telafi görüşüne göre zarar görene, uğradığı zarar karşılığında ödenecek para, onun zararı acı ve elem şeklinde hissedip hissetmemesine bakılmaksızın ödenir. Maddi tazminatta, zararın telafi edilmesi nasıl ki kişinin bunu hissetmesine bağlı değilse, aynı şey manevi tazminat için de geçerlidir.[10]

2. Tatmin Görüşü

Öğretide hâkim olan diğer bir görüşe göre ise, manevi tazminat çekilen acı için ödenen paradır ve bu haliyle ceza ile tazminat arasında yer alan bir **tatmin** niteliği vardır.[11] Bu haliyle manevi tazminatın fonksiyonu, zararın telafi edilmesi ya da zarar verenin cezalandırılması değil, zarar görenin uğradığı manevi zararın, acı ve üzüntülerin dindirilmesi veya hiç olmazsa azaltılabilmesidir. Bu görüşe göre, manevi tazminatla, kişinin çektiği acıları yeterince dindirmek, kırılan hayat arzusunu tazelemek ve ruhi dengesini sağlamak amaçlanmaktadır. Bunun gerçekleşmesi için de bir miktar paranın alınıp zarar görene verilmesiyle acı dindirilmek istenmiştir. Zarar gören kişiye verilecek para, kişinin uğradığı zararları tam anlamıyla ortadan kaldıramasa da duyulan acı ve elemin azaltılmasını sağlayarak fiilin yarattığı kötü sonucu hafifletebilir. Ödenecek bir miktar para zarar görende hiç ol-

---

10 Eren, s. 376; Rona Serozan**,** Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara, 1990, s. 86- 87.

11 Ahmet Kılıçoğlu, s. 18; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Genel Gelişmeler I Sempozyumu, 1980, s. 146; "Manevi zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevi varlığına yapılan saldırıların tahriplerini ölçüye vurmaktaki imkânsızlıkta ve manevi kayıpların telafi kabul etmez niteliğindedir…Paranın manevi zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevi kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevi varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevi acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevi varlıklarının hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevi kayıpları için her hangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk, genel olarak uğradığı haksız saldırının hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğine, ferahlığına kavuşur…Hakarete uğrayan kimsenin, manevi tazminat olarak bir para isteminde bulunması, onun dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişilik haklarını ve kişilik haysiyetini bir yana bıraktığını değil; tam tersine kişilik ve haysiyetine bağlılığının ve bunları koruma ve savunma azminin ifadesidir." Anayasa Mahkemesi, 11.02.1969, E: 1968/33, K: 1969/12, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S: 7, s. 242- 243.

mazsa belirli bir rahatlık ve huzur duygusu yaratır. Görüldüğü gibi para manevi zararların tamamını tamir edemese de, büyük bir kısmını tatmin eder, edemediği manevi zararları da BK m. 49'da düzenlenen mahkeme hükmünün ilanı, özür dileme gibi hallerle de telafi edebilir. Manevi zararların giderilmesinde para, mükemmel bir tazmin şekli olmamakla birlikte kullanılabilecek en iyi araçtır.[12] Nitekim manevi tazminatın bir tatmin vasıtası olduğu şeklindeki görüşe daha önce de örneklerini verdiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararlarında da rastlamak mümkündür.[13]

Yargıtay, manevi tazminat adı ile hak sahiplerine verilecek bir miktar paranın aslında mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç edinmediğinden gerçek anlamda bir tazminat olmadığını, davacının menfaati düşünülmeden sorumlu olana hukukun ihlâlinden dolayı yapılan bir kötülük olmadığından da ceza sayılamayacağını, zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu doğurmak suretiyle ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzer bir fonksiyonunun olduğunu kabul etmektedir.[14]

---

12 Ahmet Kılıçoğlu, s. 21; Haluk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981, s. 330- 331; Nisim Franko, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararların Tazmini, Ankara, 1973, s. 123; Kocayusufpaşaoğlu, s. 146; "Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değerin telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek…" Yargıtay HGK, 23.06.2004, E: 2004/13- 291, K: 2004/370, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

13 "Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibariyle manevi zarara karşılık mahkemece takdir edilecek manevi tazminatın manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması zorunlu bulunmaktadır." Danıştay 10.D., 20.04.1989, E: 1988/1042, K: 1989/857, Akip Açıklamalı Kanun- İçtihat Programı; Danıştay 10.D., 12.07.1995, E: 1994/7359, K: 1995/3559, Nakleden: Yakup Bal - Yahya Şahin - Mustafa Karabulut, Danıştay 10.Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 29- 37; Danıştay 13.D., 26.09.2005, E: 2005/1819, K: 2005/4728, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Yargıtay 4.HD, 18.03.2002, E: 2001/12042, K: 2002/3179; Yargıtay 11.HD, 30.11.2004, E: 2004/2521, K: 2004/11741; Yargıtay 11. HD, 23.12.2004, E: 2004/3541, K: 2004/12797 (Akip Açıklamalı Kanun- İçtihat Programı).

14 Yargıtay İBGK, 22.06.1966, E: 1966/7, K: 1966/7, (RG: 27.07.1966, Sayı: 12360) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C: 5, Hukuk, s. 338; Yargıtay HGK,

Danıştay da manevi tazminatla ilgili verdiği kararlarında manevi tazminatın niteliği konusunda; manevi tazminatın, maddi patrimuanda meydana gelen eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, kişinin manevi varlığına yapılan saldırı halinde meydana gelen manevi zarar ve kayıpların giderilmesi için başvurulan bir tatmin aracı olduğuna işaret etmektedir. Yine başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibariyle manevi zarara karşılık mahkemece takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ve ilgililerin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek ölçüde saptanmalıdır.[15]

Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak manevi tazminatın caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Nitekim Yargıtay'ın son dönemdeki kararlarında manevi tazminatın tatmin aracı olmasının yanı sıra, zarar veren açısında da caydırıcı olması gerektiği vurgulanmıştır.[16]

Tatmin görüşü de eleştirilmiş ve alınan paranın zarar görende bir tatmin duygusu yaratabilmesi için, onun böyle bir tatmin yeteneğine sahip olması gerektiği, temyiz gücünden yoksun olan veya bilinç kaybına uğrayan gerçek kişilerle tüzel kişilerin böyle bir yeteneğe sahip olmadıkları için ödenen paranın bu kişilerde tatmin duygusu yaratmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.[17]

27.11.2002, E: 2002/4- 893, K: 2002/1035; Yargıtay 4.HD, 13.12.1999, E: 1999/8861, K: 1999/11038; Yargıtay 4.HD, 31.05.2004, E: 2004/610, K: 2004/6939 (Akip Açıklamalı Kanun- İçtihat Programı).

15 Danıştay 10.D., 10.04.1992, E: 1990/3954, K: 1992/1362; Danıştay 10.D., 02.04.2000, E: 1997/3081, K: 2000/1961 (Akip Açıklamalı Kanun- İçtihat Programı); Danıştay 8. D., 20.12.2004, E: 2004/1274, K.: 2004/4987, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Danıştay 8.D., 25.12.2002, E: 2002/4140, K: 2002/6364; Danıştay 10.D., 20.03.2006, E: 2003/630, K: 2006/1981(Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

16 Yargıtay HGK, 23.06.2004, E: 2004/13- 291, K: 2004/370, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

17 Eren, s. 374- 375.

III. MANEVİ TAZMİNAT MİKTARINI ETKİLEYEN HALLER

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 51.maddesinde; "Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler" denildikten sonra 56.maddesinde de; "Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir." ifadesine yer verilmiştir.

Manevi zararlar nedeniyle açılan manevi tazminat davalarında, zarar sonucu duyulan üzüntüyü tam olarak ölçmek ve karşılamak mümkün değildir. Maddi tazminat miktarının tayininde kullanılabilecek objektif hesaplama yöntemleri, manevi tazminat miktarının tayininde söz konusu olmayacağı için bu miktarın tayini geniş ölçüde hâkimin takdirine dayanmaktadır. Ancak hâkim, bu takdir yetkisini kullanırken adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile sınırlıdır. Uygulamada yargı içtihatlarıyla da bir takım ilkeler geliştirilmiştir. Bu bağlamda, olayın özelliğine göre zarar görenin kusuru, idari faaliyetin niteliği, zarar görenin kişisel durumu ve özellikleri, duyulan fiziksel veya manevi acı, elem ve üzüntü ile orantılı ve haksız zenginleşmeye neden olmayacak bir miktar belirlenmesi gibi faktörler, manevi tazminata hükmedecek yargı mercilerinin göz önünde bulundurması gereken ilkeler olarak belirlenmiştir.[18]

A. Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)

Zarar, tamamen zarar görenin kendi kusurundan kaynaklanırsa, idarenin tazmin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Ancak, zararın meydana gelmesinde, zarar görenin de kusuru (müterafik kusur) varsa, idare aleyhine tazminata hükmedilirken kusur oranında indirim yapılmaktadır. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldıra-

[18] "Manevi zararın tazminine hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir." Danıştay 8.D., 14.11.2005, E: 2004/5371, K: 2005/4632, Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası.

bilir" ifadesine yer verilmiştir. Bu hüküm daha çok maddi zararların tazmininde uygulanmakta ise de düzenlemenin kanundaki yeri itibariyle manevi tazminat taleplerinde de uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda, zararın ortaya çıkmasına neden olan olayda, zarar görenin de kusuru varsa (müterafik kusur), bu durum manevi tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynamaktadır.[19]

Danıştay, müterafik kusurun varlığı halinde, kusur oranında maddi tazminattan indirim yapmaktadır. Davacılar yakınının, trafik polisi tarafından vurularak öldürülmesi nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat istemli davada, idare mahkemesince verilen karar Danıştay tarafından, ölen kişinin de müterafik kusurunun bulunduğu, maddi ve manevi tazminat miktarlarının ölenin kusuru oranında düşürülmesi gerekirken, ölenin kusursuz olduğundan hareketle maddi ve manevi tazminat istemleri hakkında karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle bozulmuştur.[20]

Ancak Yüksek Mahkemenin aksi yönde kararlarının da bulunduğu, bazı kararlarında, manevi tazminatta müterafik kusur nedeniyle indirim uygulamadığı da görülmektedir. Nitekim askeri tatbikat sırasında arazide bırakılan tanksavar mermisinin ot balyaları arasına karışarak boşaltılması sırasında meydana gelen patlama sonucu ölen kişinin anne, baba ve kardeşlerinin açtığı maddi ve manevi tazminat istemli davada, idare mahkemesince, ölenin müterafik kusuru nedeniyle maddi tazminattan indirim yapılmış ancak manevi tazminatta bu husus indirim nedeni olarak kabul edilmeden hüküm kurulmuştur. Davalı idarenin, ölenin kusurunun daha fazla olduğu, manevi tazminattan kusur oranında indirim yapılmadığı, ölenin kusurlu olması ile

---

19 Gürsoy, s. 29; Adli Kısagün, "Müterafik Kusur", Erişim: http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1961-4/2.pdf, s. 11-12; H. Yılmaz Günal, "Müterafik Kusur", Erişim: http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/405/4439.pdf, s. 210-211; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt:2, 2.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 1339-1448; Atay-Odabaşı-Gökcan, s. 181-182.

20 Danıştay 10.D., 09.04.2001, E: 1999/1438, K: 2001/1256, Nakleden: Bal- Şahin- Karabulut, s. 67; "…müterafik kusurun manevi tazminat yönünden de dikkate alınması gerektiği, bu nedenle daha önce hükmedilen 190.000.000 lira manevi tazminattan davacıların ve ölen kişilerin %50 oranındaki kusuru düşülerek 95.000.000 lira manevi tazminatın ödenmesi gerektiği…" Danıştay 10.D., 08.12.1997, E: 1996/9400, K: 1997/5475, Nakleden: Bal- Şahin- Karabulut, s. 121- 122; Danıştay 15.D., 21.02.2013, E: 2011/9487, K: 2013/1480, Danıştay 10.D., 25.10.2015, E: 2012/3275, K: 2015/4623; Danıştay 10.D., 19.11.2015, E: 2012/4355, K: 2015/5110 **().**

kusursuz olmasının aynı manevi tazminat verilmesi sonucunu doğurmayacağı iddialarıyla yaptığı temyiz başvurusu sonucu Danıştay 10. Dairesi, idare mahkemesi kararını onamıştır.[21]

AYİM, manevi tazminat taleplerinde de zarar gören kişinin müterafik kusurunu dikkate almakta ve manevi tazminat miktarını ona göre belirlemektedir.[22] Müterafik kusur konusunda Danıştay kararlarında içtihat birliği bulunmamasına rağmen AYİM kararlarında bu konuda içtihat birliği bulunduğu görülmektedir.

B. İdari Faaliyetin Niteliği

Manevi tazminat miktarını etkileyen hallerden bir diğeri ise, zararı doğuran idari faaliyetin niteliğidir. Daha önce belirtildiği üzere, önemsiz olaylar manevi tazminata hak kazandırmayacaktır. Manevi tazminata hükmedilmesi için zararın belirli bir ağırlıkta olması aranmakta, zararın ağırlığı sonucu manevi zararın da arttığı kabul edilerek, manevi tazminat miktarı buna göre belirlenmektedir. Sonuçta idarenin kusuru sonucu meydana gelen ölüm olayının ağırlığı ile idarenin ajanlarının işkencesi sonucu meydana gelen ölüm olayının ağırlığı aynı kabul edilmemekte ve her somut olayda, ihlalin ağırlığına göre hükmedilecek manevi tazminat miktarı değişmektedir.[23]

---

21 Danıştay 10.D., 08.10.1996, E: 1995/1508, K: 1996/5887, Akip Açıklamalı Kanun ve İçtihat Programı; Danıştay 10.D., 16.12.1996, E: 1995/7885, K: 1996/8299, Nakleden: Bal- Şahin- Karabulut, s. 124- 125; Danıştay 10.D., 27.12.1995, E: 1995/287, K: 1995/6734, Nakleden: Bal- Şahin- Karabulut, s. 189- 190.

22 "Davacının olay sebebiyle duyduğu ve ömür boyu duyacağı acı ve ızdırabını kısmen de olsa karşılayabilmek amacıyla davacıya uygun miktarda manevi tazminat verilmesi kabul edilmiş ve davacının ağır müterafik kusuru nazara alınmıştır." AYİM 2.D., 16.01.1994, E: 1993/118, K: 1994/1788; "Davacının olayın meydana gelmesindeki etkinliği ağır müterafik kusur olarak değerlendirilmiş, bu husus maddi ve manevi tazminatın takdirinde göz önünde tutulmuştur." AYİM 2.D., 30.11.1994, E: 1993/1056, K: 1994/1708; AYİM 2.D.,03.10.2001, E: 2001/264, K: 2001/686; AYİM 2.D., 23.01.2002, E: 2000/679, K: 2002/51; AYİM 2.D., 23.01.2002, E: 2000/679, K: 2002/51 (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si); AYİM 2.D., 07.02.2007, E: 2004/852, K: 2007/139.

23 "…manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması zorunlu bulunmaktadır." Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.11.2007, E: 2004/753, K: 2007/2323; Danıştay 15.D., 04.02.2016, E: 2015/46, K: 2016/560; Danıştay 15.D., 18.04.2016, E: 2013/3929, K: 2016/2660; Danıştay 10.D., 09.03.2010, E: 2008/2007, K: 2010/1843 (Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

C. Zarar Görenin Kişisel Durumu Ve Özellikleri

Hükmedilecek manevi tazminat miktarını etkileyen bir diğer hal ise zarar görenin sıfatı, işgal ettiği makam, sosyal ve ekonomik durumu gibi zarar görene bağlı özelliklerdir.

Bilindiği üzere manevi tazminatın amacı, manevi acıyı bir oranda gidermek, bozulan ruhsal dengeyi onarmaktır. Ancak manevi zarara neden olan bir idari faaliyet sonucu kişilerin uğrayacağı manevi zararlar aynı olmayacaktır. Uğranılan manevi zararın belirlenebilmesi için, idarenin faaliyetinin kişide yarattığı elem ve ızdırabın yanı sıra, kişinin toplumdaki yerinin, olay sırasında toplumda işgal ettiği makamın, toplumdaki saygınlığının, öğrenim durumunun, sosyal ve ekonomik durumunun araştırılması ve göz önüne alınması gerekmektedir. Manevi zarara neden olan idari faaliyetin kişiden kişiye yaratacağı farklı sonuçlara göre, manevi tazminat miktarı belirlenirken de zarar görenin kişisel özellikleri dikkate alınmaktadır.[24]

Manevi tazminat miktarı belirlenirken, her somut olayın özellikleri ayrı ayrı değerlendirileceği için, yukarıda açıklanmaya çalışılan hususlar dışında kalan olaya has özel hususların da dikkate alınması gerekmektedir. Buna örnek olarak, zararın doğduğu çevrenin özellikleri, cismani zarar halinde, zarar görenin vücut yapısındaki değişikliğin niteliği ve süresi gibi özellikler gösterilebilir.[25] Yargıtay, manevi taz-

---

24 "Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır." Yargıtay 4.HD, 10.05.2005, E: 2004/10355, K: 2005/5165; "Mahkemece, ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, davalıların eyleminin niteliği ve atfedilen kusur oranı, davacılarda yaratılan elem ve ızdırabın ağırlığı ve manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin tüm ilke ve kurallar nazara alınarak davacılar lehine hükmedilen tazminat miktarları yerindedir." Yargıtay HGK, 23.06.2004, E: 2004/13- 291, K: 2004/370 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

25 "Manevi tazminatın miktarı tayin edilirken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranı, sıfatı, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınmalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak gösterilmelidir. Bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olana kadar olmalıdır. Haksız zenginleşmeye neden olmamalıdır." Yargıtay HGK, 12.05.2004, E: 2004/4- 274, K: 2004/283; Yargıtay 4.HD, 07.05.2002, E: 2001/12830,

minata hükmettiği bir kararında, dava konusu kazada tek çocuklarını kaybeden ve yaşlan itibariyle bir daha çocuk sahibi olma ve manevi ızdırapların bu çocukları ile dindirme imkânına sahip olmayan davacı anne ve baba için, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, daha uygun bir manevi tazminat belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.[26] Söz konusu kararda ölen kişinin ailenin tek çocuğu olması da somut olayın özelliğine göre, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde göz önüne alınmıştır.

Gerek Danıştay gerekse AYİM'in manevi tazminat konusunda vermiş olduğu kararlarda, bu hususları da göz önüne alarak manevi tazminata hükmettikleri görülmektedir.[27] AYİM, manevi tazminat istemiyle açılan davalarda, tazminat miktarını belirlerken genel olarak şu ifadeye yer vermektedir: "Davacıların olay nedeniyle çektiği (ve ömür boyu çekecekleri) acı ve ızdıraplarının kısmen de olsa telafisi amacıyla olayın meydana geliş şekli, tarihi, paranın alım gücü, işletilecek kanuni faiz, davacıların askerlik statüsüyle sosyal durumu göz önünde bulundurularak uygun miktarda manevi tazminat verilmesine…".[28]

Danıştay'a göre de, manevi tazminata hükmedilirken, "bir yandan ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu manevi acının kısmen giderilmesini ifade edecek, ancak ilgi-

---

K: 2002/5435 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

26 Yargıtay 11.HD, 12.06.2006, E: 2005/6737, K: 2006/6776, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

27 "…dava konusu olay nedeniyle ölen davacılar murisinin ölümünden yakınlarının eşit derecede etkilenmelerinin mümkün olmayacağı açıktır. Bu durumda idare mahkemesince; davacılar murisinin davacılara olan yakınlık derecesi gözetilmek suretiyle manevi tazminata hükmedilmesi gerekmekte olup aksi yönde verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır." Danıştay 10.D., 22.11.1999, E: 1998/28, K: 1999/6195, Akip Açıklamalı Kanun ve İçtihat Programı; "Manevi tazminat olarak zarar gören kişiye verilecek olan miktar zarar görenin sosyal durumu ve zarar verici eylemin niteliği göz önüne alınmak suretiyle her müstakil olayda mal varlığında açıkça bir zenginleştirme husule getirmeyecek oranda taktir ve tespit edilmelidir." Danıştay 10.D., 05.10.1983, E: 1982/4042, K: 1983/1823, Danıştay 5.D., 06.10.1986, E: 1984/1086, K: 1986/962 (Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

28 AYİM 2.D., 17.12.2003, E: 2003/64 , K: 2003/914; AYİM 2.D., 17.12.2003, E: 2002/550, K: 2003/705; AYİM 2.D., 24.12.2003, E: 2002/659, K:2003/924; AYİM 2.D., 29.05.2003, E: 2003/46, K: 2003/448; AYİM 2.D., 23.01.2002, E: 2000/679, K: 2002/51 (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si); AYİM 2.D., 12.07.2006, E. 2006/369, K: 2006/733; AYİM 2.D., 07.02.2007, E: 2006/607, K: 2007/143; AYİM 2.D., 17.01.2007, E: 2006/625, K: 2007/47.

linin zenginleşmesine yol açmayacak, buna karşın da idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir.[29]

III. ZARARIN HESAPLANMASI VE TAM TAZMİN İLKESİ

Özel hukukta uğranılan zararın tazmininde, aynen tazmin ve nakden tazmin ilkeleri uygulanmaktadır. Aynen tazmin, bir şeyin zarara uğramadan önceki haline getirilmesi iken nakden tazmin, kişiye uğradığı zararın karşılığında ve bu zararla orantılı bir miktar paranın ödenmesidir.

Manevi zararların miktarının parayla ölçülmesi mümkün olmadığı için, bu tür zararların tespiti konusunda, zararın hesaplanması değil, takdir edilmesi söz konusu olur ki Danıştay ve AYİM kararlarında da bu husus **"takdiren"** şeklinde ifade edilmektedir.[30]

Maddi tazminatın hesaplanmasında bilirkişiden yararlanılmasına rağmen manevi tazminat miktarının belirlenmesi bir takdir işi olduğundan bilirkişiden yararlanılmaksızın, tazminat miktarı direk mahkeme tarafından belirlenmektedir. Manevi tazminatın kapsamının takdiri tamamen hâkime aittir. Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Bu kural MK'un 4. maddesinde açıkça belirtilmiştir. O halde takdir hakkı kullanılırken göz önünde bulundurulması gereken bazı objektif ölçüler olmalıdır. Ancak bundan maksat, manevi tazminat miktarlarının saptanmasının bir tarifeye bağlanması değildir. Bu miktar, olaydan olaya değişkenlik gösteren bütün durum ve koşulların değerlendirilmesi sonucu tespit edilmelidir.[31] Nitekim bu konuda, hâkime takdir

---

29 Danıştay 10.D., 20.03.2006, E: 2003/630, K: 2006/1981; Danıştay 10. D., 19.02.2003, E:2001/4704, K:2003/551, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si; Danıştay 8.D., 30.06.2003, E: 2002/3101, K: 2003/3190, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Danıştay 10.D., 18.06.2001, E: 1999/5387, K: 2001/2413, Nakleden: Bal- Şahin - Karabulut, s. 133- 134.

30 AYİM 2.D, 13.09.2006, E: 2002/960, K: 2006/778; AYİM 2.D.,03.10.2001, E: 2001/264, K: 2001/686 (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si).

31 Mustafa Reşit Karahasan, Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat, 6. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2001, s. 100- 105; Gözler, s. 1279; Hayrullah Fütuhi Töre, "Manevi Tazminat Davaları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1970, S: 8, s. 545; A. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, İdare Hukuku, C: 2, İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası,

yetkisi tanınması, toplumun taleplerine, yeni durum ve ilişkilere ve değişen hayat şartlarına uygunluğu sağlayarak, hayatın akışına ve değişmesine hukukun ayak uydurmasını ve adaletin gereği gibi tecelli etmesini sağlayacaktır.

Tam tazmin, istemle bağlı kalınmak koşuluyla, zarar gören lehine hükmedilen tazminatın, zarar görenin zararının tamamını karşılamasıdır. Hâkim, tazminat miktarını belirlerken uğranılan zararı bütün açılardan değerlendirir. Tazminat, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde ama zarar görenin zararını da gerçek anlamda karşılayacak şekilde belirlenmelidir.[32] Aslında tam tazmin ilkesi, daha çok maddi zararların karşılanması açısından önemli bir ilkedir. Manevi zararların belirlenmesi ve tazmini sonuçta hâkimin takdirindedir. Çekilen fiziki acıların ya da duyulan üzüntünün parasal değerinin tespiti objektif olarak mümkün olmadığından, manevi zarar karşılığı hükmedilecek manevi tazminatı da hâkim takdir edecektir.[33]

Diğer taraftan idari yargıda manevi tazminat miktarı belirlenirken **"istemle bağlılık"** kuralı geçerlidir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3/d maddesinde "...tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar"ın da dava dilekçesinde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca tazminat talebinde bulunan kişi, talep ettiği tazminat miktarını dilekçesinde belirtmek zorundadır. Her ne kadar

---

Turhan Kitabevi, Ankara, Kasım 2006, s. 810; "Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir." Yargıtay 4.HD, 23.06.2005, E: 2004/10352, K: 2005/6946, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

32 Danıştay 10.D., 29.01.2007, E: 2004/7285, K: 2007/212, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si; "Öte yandan manevi tazminat belirlenirken de bir yandan ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu manevi acının kısmen giderilmesini ifade edecek, ancak ilgilinin zenginleşmesine yol açmayacak; buna karşın da idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir." Danıştay 10.D., 07.11.1996, E: 1995/4814, K: 1996/7156, Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası.

33 Atay- Odabaşı- Gökcan, s. 166- 167; "Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır." Yargıtay 4.HD, 15.04.2002, E: 2002/370, K: 2002/4811; Yargıtay 4.HD, 14.07.2005, E: 2005/8457, K: 2005/8257 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

manevi zararın tazmini hakimin takdirinde olsa da hakim bu yetkisini kullanırken tarafların talep ettiği miktarla bağlıdır. Talep edilen miktarın üzerinde tazminata hükmedemez.

2013 yılına kadar davacı, dava dilekçesinde belirttiği miktar ile bağlı olup, miktarı değiştirememekteydi. Bu açıdan da dava konusu miktarın dava açılırken belirlenmesi oldukça önem arz ediyordu. 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunun 4. maddesiyle İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen ek cümle ile tam yargı davalarında dilekçede belirtilen miktarın, nihaî karar verilinceye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabileceği hükmü getirilmiştir. Söz konusu hüküm bu konuda yaşanan sıkıntıları bir nebze de olsa azaltmakla birlikte ortadan kaldıramamıştır. Zira hukuk yargılamasında kabul edildiği gibi idari yargıda manevi tazminat davalarında da davacının talep sonucu tam olarak belirlemesi her olayda mümkün değildir. Davaya ilişkin belge ve bilgilerin idarenin elinde olduğu durumlarda, davacı bu belge ve bilgilere dava açmadan önce ulaşamamışsa, net bir talepte bulunması kendisinden beklenemeyecektir. Yine dava açıldığı sırada hukuka aykırı durumun devam ettiği hallerde, davacının dilekçesinde net bir talepte bulunması söz konusu olamayacaktır. Öğretide dava açıldığı sırada zararın tam olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterilmeden dava açılabileceği,[34] dilekçede gösterilen miktarı aşan ek zararlar için yeni bir tam yargı davası açılabileceği[35] ya da özel hu-

[34] Gözler, 1367; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 194; "…İdari Yargılama Usulü Kanununun 3/d maddesinde yer alan «tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterileceği» yolundaki hükmün, ancak bunun mümkün olduğu, yani zarar miktarının hesaplanabileceği durumlar için uygulama alanı bulunduğu, kamu görevlilerini ilgilendiren mevzuat dolayısıyla zararın tespit edilememesi nedeniyle uyuşmazlık konusu miktarın dilekçede gösterilmemiş olmasının iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasını engellemeyeceği, dolayısıyla zarar miktarının tespitinin mümkün olmadığı hallerde dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabileceği görüşüne dayanan Beşinci ve İkinci Mürettep Daire kararları doğrultusunda birleştirilmesine 29.12.1983 tarihinde oy- çokluğuyla karar verildi" Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 29.12.1983, E: 1983/1, K: 1983/10, Resmî Gazete, 20.06.1984, S: 18437, Kanunum Mevzuat- İçtihat Bilgi Bankası.

[35] Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 946.

kuktaki gibi belirsiz alacak davası şeklinde tam yargı davası açılabileceği[36] belirtilmiştir.

Tam tazmin ilkesi gereği, dava açıldığı sırada zararın tam olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, uyuşmazlık konusu miktar belirtilmeden dava açılabilmesine ve yargılamanın her aşamasında, talep miktarına etki eden belge ve bilgilere ulaşılmasından ya da net zarar ortaya çıktıktan sonra talep sonucunun belirlenmesine imkân sağlanması gerekmektedir.

IV. MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİNDE FAİZ

Manevi tazminat miktarının belirlenmesi konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da hükmedilen manevi tazminata faiz uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Mahkeme kararları incelendiğinde çoğunlukla, manevi zararları, olay tarihi itibariyle değil de hüküm tarihi itibariyle hesapladıkları zaman, tam tazmin ilkesi gereği faize hükmetmedikleri görülmektedir. Bunun nedeni, manevi tazminatın niteliği gereği çekilen fiziksel acı ya da duyulan üzüntünün kısmen de olsa hafifletilmesi amacıyla verilmesi olup, hüküm tarihi itibariyle hesaplanan manevi zararlara bir de faiz yürütülmesinin zenginleşmeye yol açacağı düşüncesidir.[37] İdarenin hüküm tarihi itibariyle ödemek zorunda olduğu tazminatı ödemekte gecikmesi durumunda, bu miktara hüküm tarihi ile ödeme tarihi arasında temerrüt faizi yürütülmesi kuşkusuz olup bu ayrı bir konudur.

Danıştay maddi zararı belirlerken, sorumluluğu doğuran eylem ya da işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren faiz yürütmektedir. Manevi zararların belirlenmesinde ise, çoğu zaman faizi de kapsayacak şekilde "maktuan ve takdiren" belirleme yoluna gittiği için birçok kararında, uğranılan zarara faiz yürütülmesi konusunda maddi ve manevi zarar-

---

36 Hakan Pekcanıtez, Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 55; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 427; Yasin Sezer- Uğur Bulut, "İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 116, 2016, s. 234-243.

37 Gözler, s. 1402-1403; Danıştay 10.D., 23.06.1982, E: 1982/235, K: 1982/1756, Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası.

lar arasında ayırım yapmakta ve genel olarak manevi zararlar için faiz yürütülmesine gerek olmadığına karar vermektedir.[38]

Oysa maddi tazminat taleplerinde faize hükmedilirken dayanılan nedenlerin manevi tazminat taleplerinde de geçerli olması gerekir.[39] Nitekim hem Danıştay hem de AYİM tarafından bu yönde verilmiş kararlar da mevcuttur.[40]

Danıştay daha önceki yıllarda vermiş olduğu kararlarında, manevi tazminatın belli bir zarar karşılığı olmayıp, olay nedeniyle duyulan üzüntünün kısmen giderilmesi amacı taşıdığı için, niteliği gereği, manevi tazminata faiz yürütülemeyeceğine hükmetmekteydi.[41] Yüksek Mahkemenin son yıllarda vermiş olduğu çoğu kararlarında manevi tazminata da faiz yürütülmesine karar verdiği görülmektedir. Bu gelişme, yerinde olmakla birlikte, manevi tazminatta faize hükmetmediği kararları da mevcut olduğu için, manevi tazminat taleplerinde

---

38 Danıştay 10.D., 10.04.1992, E: 1990/3954, K: 1992/1362; Danıştay 5.D., 23.02.1993, E: 1990/470, K: 1993/786 (Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); 2009 tarihli bir kararında da Danıştay, Ankara 10. İdare Mahkemesi tarafından verilen ve manevi tazminata faiz uygulamadığı kararını onamıştır (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24.12.2009, E: 2006/3106, K: 2009/3385, Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

39 Gözübüyük- Tan, s. 815- 818.

40 "Mahkeme kararının hükmedilen manevi tazminata yasal faiz yürütülmesi isteminin reddine ilişkin kısmına gelince; Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Manevi tazminata hükmedilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi ve idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir. Manevi zararın tazminine hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir. Manevi tazminatın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında manevi zararın telafisi için hükmedilecek miktara idareye başvuru tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca faiz yürütülmesini gerekli kılmaktadır." Danıştay 10.D., 25.03.2003, E: 2002/4177, K: 2003/1089, Akip Açıklamalı Kanun ve İçtihat Programı.

41 Danıştay 10.D., 04.10.1995, E: 1994/6566, K: 1995/6344, Nakleden: Bal- Şahin-Karabulut, s. 84; Danıştay 10.D., 11.03.1998, E: 1996/9720, K: 1998/1097, Nakleden: Bal- Şahin- Karabulut, s. 118; Danıştay 10.D., 06.12.2000, E: 2000/2926, K: 2000/6227, Nakleden: Bal- Şahin- Karabulut, s. 148; Danıştay 10.D., 13.02.2001, E: 1998/3789, K: 2001/487, Nakleden: Bal- Şahin- Karabulut, s. 322.

faiz konusunda, Danıştay kararları arasında birlik olduğunu söylemek mümkün değildir.[42]

Danıştay'ın manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiğine hükmettiği kararlarında, faizin hangi tarihten itibaren işletileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yüksek Mahkemenin kararları ışığında şunu söylemek mümkündür:[43] Zararın tazmini için dava açılmadan önce idareye başvurulması durumunda manevi tazminata, idareye başvuru tarihinden itibaren kanuni faiz yürütülmektedir.[44] İdareye başvuru yapılmadan açılan davalarda ise manevi tazminata, davanın açıldığı tarihten itibaren kanuni faiz uygulanmaktadır.[45] Yüksek mahkemenin genel eğilimi bu olmakla birlikte, manevi tazminata olay tarihinden itibaren faize hükmedildiği kararları da mevcuttur.[46]

Danıştay manevi tazminata faiz yürütülmesi ile ilgili olarak 2004 yılında verdiği bir kararda şu ifadeye yer vermiştir: "*Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Bunun sonucunda manevi zararın telafisi için*

---

42 "…manevi tazminat isteminin ise faiz işletilmeksizin kabulü…" Danıştay 10.D., 10.04.2006, E: 2003/2654, K: 2006/2291; Danıştay 10.D., 17.04.2006, E: 2003/2384, K: 2006/2473; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24.12.2009, E: 2006/3106, K: 2009/3385 (Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

43 "…İdari işlem veya eylemlerden dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davalarda uygulanacak yasal faizin başlangıç tarihi olarak, idareye başvuru tarihinin, başvurunun bulunmaması halinde dava tarihinin esas alınması Danıştay İçtihatlarında genel kabul görmüş ve istikrar kazanmıştır…" Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 14.04.2005, E: 2004/2413, K: 2005/249, Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası.

44 Danıştay 10.D., 08.02.2006, E: 2003/4859, K: 2006/907; Danıştay 5.D., 29.09.2004, E: 2004/1224, K: 2004/3364, Danıştay 15.D., 21.04.2016, E: 2014/633, K: 2016/2747, Danıştay 15.D., 17.12.2015, E: 2014/10106, K: 2015/8975; Danıştay 15.D., 04.02.2016, E: 2014/3213, K: 2016/607; Danıştay 15.D., 28.03.2016, E: 2016/93, K: 2016/2088 (Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

45 "…manevi zararın telafisi için hükmedilecek tazminata idareye başvuru olmadığından, davanın açıldığı 5.5.2000 tarihinden itibaren yasal faiz ödenmesi gerekmektedir." Danıştay 10.D., 20.03.2006, E: 2003/630, K: 2006/1981, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si; Danıştay 10.D., 08.02.2006, E: 2005/6753, K: 2006/906; Danıştay 10.D., 12.01.2004, E: 2002/2036, K: 2004/91; Danıştay 8.D., 30.06.2003, E: 2002/3101, K: 2003/3190; Danıştay 10.D., 16.04.2002, E: 2001/1396, K: 2002/2298 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları); Danıştay 12.D., 26.09.2012, E: 2009/4964, K: 2012/5278;

46 Danıştay 8.D., 12.11.2010, E: 2010/5626, K: 2010/6024; Danıştay 15.D., 31.03.2016, E: 2013/4386, K: 2016/2236 (Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

hükmedilecek miktara, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesi 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun gereğidir. Bu durumda Mahkeme kararının hükmedilen manevi tazminata yasal faiz uygulanması isteminin reddine ilişkin kısmında hukuki isabet görülmemiştir".[47] Kararda Danıştay manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesinin zorunluluğu karşısında aynen maddi tazminatta olduğu gibi para değerindeki düşüşler karşısında manevi tazminata da faiz yürütülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu kararın azlık oyunda ise; "*Bir maddi zararın giderilmesine yönelik açılan tam yargı davalarında tazminat faizi kişinin malvarlığındaki zararının oluştuğu an itibariyle karşılanması gerekirken, gecikerek ödenmesi karşısında bu gecikmeden dolayı para değerinde enflasyon nedeniyle meydana gelecek azalmayı karşılamaya yönelik olarak hükmedilmektedir. Maddi zararlar malvarlığında meydana gelen ve para ile değerlendirilebilen bir azalmayı ifade ettiklerinden, bu azalma miktarının idare tarafından telafi edilmediği süre içinde ayrıca enflasyon nedeniyle de kayba uğrayacağı aşikârdır. Manevi zararlar ise malvarlığında meydana gelen somut bir azalma olmayıp, kişinin manevi varlığında ortaya çıkan olumsuzluklar olduğundan, manevi tazminat değerinin yargılama sonucu para olarak belirlenmesi zarara uğrayanı tatmin ve de bu zararı meydana getireni cezalandırma aracı olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Bu itibarla ilk defa yargı kararıyla para olarak değerlendirilebilen bir manevi tazminatın önceden davalı idarece belirlenmesi ve de ödenmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ödemede gecikmeden bahsedilemeyeceğinden kararın manevi tazminata faiz uygulanması gerektiği yolundaki kısmına katılmıyorum."* denilerek Danıştay'ın uzun yıllardan beri sürdürdüğü uygulama yönünde görüş bildirilmiştir.

AYİM kurulduğu tarihten 1975 yılına kadar Danıştay içtihatlarının etkisi altında kalarak manevi tazminata faiz yürütülmesi taleplerini reddetmiştir. Bu tarihten sonra ise, içtihat değiştirerek, olay tarihinden itibaren başlamak üzere faize hükmetmeye başlamış ve bu içtihadını da 1994 yılına kadar sürdürmüştür.[48] Daha sonra bu içtihadından vaz-

---

47 Danıştay 10.D., 21.01.2004, E: 2002/6052, K: 2004/472, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si; Danıştay 6.D., 19.03.2004, E: 2004/359, K: 2004/1691, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

48 "…hükmedilen manevi tazminat miktarına olay tarihi olan 9 Kasım 1990 tarihinden ödeme tarihine kadar % 30 yasal faiz yürütülmesine" AYİM 2.D., 10.11.1993, E: 1992/277, K: 1993/672 (Erişim) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2709&ctg=00000200003000000100003 6, 21.02.2008; AYİM 2.D.,

geçerek manevi tazminat miktarını hüküm tarihi itibariyle belirlediği için faiz istemlerini reddettiği görülmektedir.[49] Yüksek Mahkeme, 1998 yılına kadar devam eden bu içtihadından 1998 yılında vazgeçerek, 1994 tarihinden önceki içtihadını tekrar benimsemiş ve manevi tazminata olay tarihinden ödeme tarihine kadar kanuni faiz yürütmeye başlamıştır.[50]

İstemle bağlılık ilkesi gereği, manevi tazminata faiz yürütülebilmesi için davacı tarafından bunun talep edilmesi gerekir. Davacının faiz konusunda herhangi bir istemde bulunmaması durumunda mahkemece resen faize hükmedilmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, hükmedilen manevi tazminata faiz yürütülüp yürütülmeyeceği sorununa ilişkin olarak Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları arasında bir birlik ve uyum bulunmadığı gibi, her bir Yüksek Mahkemenin kendi uygulaması da aynı birlik ve uyumu göstermekten uzaktır. Oysa özel hukuk alanında ve adli yargı mercilerinin uygulamasında, böyle bir sorunun yaşanmadığı görülmektedir. Nitekim gerek Yargıtay'ın ve gerekse öğretinin yaklaşımına bakıldığında, hükmedilen manevi tazminata faiz de yürütülmesi gerektiğinin tartışmasız bir şekilde kabul edildiği gözlenmektedir.[51]

---

49 07.04.1993, E: 1991/242, K: 1993/140 (Erişim) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2692&ctg=000002000030000001000029, 21.02.2008. "Manevi tazminat istemlerine olay tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesi isteminde bulunulmuş ise de, Kurulumuzca takdir olunan manevi tazminat miktarları paranın karar sırasındaki alış gücü esas alınarak tespit edildiğinden bu istem kabul edilmemiş, ancak takdir olunan manevi tazminat miktarları için, karar tarihinden ödeme tarihine kadar yasal faiz yürütülmesine karar verilmiştir." AYİM 2.D., 22.02.1995, E: 1994/1106, K: 1995/120; AYİM 2.D., 16.01.1994, E: 1993/118, K: 1994/1788; AYİM 2.D., 30.03.1994, E: 1994/671, K: 1994/637; AYİM 2.D., 15.03.1995, E: 1994/1334, K: 1995/192; AYİM 2.D., 22.04.1998, E: 1997/649, K: 1998/316 (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si).

50 AYİM 2.D., 17.01.2007, E: 2006/625, K: 2007/47; AYİM 2.D., 07.02.2007, E: 2006/607, K: 2007/143; AYİM 2.D., 07.02.2007, E: 2004/852, K: 2007/139; AYİM 2.D., 30.05.2007, E: 2007/511, K: 2007/500; AYİM 2.D., 24.05.2006, E: 2003/953, K: 2006/542; AYİM 2.D., 17.12.2003, E: 2003/64, K: 2003/914; AYİM 2.D., 22.04.2003, E: 2003/616, K: 2003/348; AYİM 2.D., 29.05.2003, E: 2003/46, K: 2003/448; AYİM 2.D., 24.12.2003, E: 2002/659, K: 2003/924; AYİM 2.D., 03.10.2001, E: 2001/264, K: 2001/686; AYİM 2.D., 07.12.2000, E: 1999/453, K: 2000/875 (Meşe İçtihat ve Mevzuat bankası CD.si).

51 Mehmet Helvacı, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, Beta, İstanbul, 2000, s. 110 vd.

Farklı yargı düzenleri içinde yer alan yargı yerlerinin farklı yönde içtihat oluşturmaları, hukukun devingen yönünün bir tezahürü olarak olumlu olsa da, aynı hukuksal mesele hakkında birbirine zıt çözümlerin değişmeksizin uzun süre uygulamada kalmasının yol açabileceği birtakım olumsuzluklar da inkâr edilemez. Çünkü bu durum, bir hukuk düzeninde bulunması gereken birlik ve uyuma ters düştüğünden, söz konusu durumun eşitsizlik ve adaletsizliklere yol açması da kaçınılmaz olacaktır. Böyle bir olumsuzluk ise, kişilerin Devlete ve onun kurduğu hukuk düzenine olan inancını ve güvenini sarsacaktır.[52]

Manevi zarar, duyulan acı ve ruhi sarsıntıları ifade etmekle beraber; gerek bu duruma yol açan failin cezasız kalmaması ve gerekse mağdurun acı ve üzüntülerini hafifletmek için bir miktar tazminata hükmedilmesi gereği, günümüzde artık tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Daha önce de değinildiği üzere, bir acının veya elemin maddi zararlar gibi parayla ölçülmesine imkân yoktur. Ancak zamanı tersine çevirerek yaşanmış ve zarar gören üzerinde iz bırakmış bir olayı hiç yaşanmamış gibi bütün sonuçları ile birlikte silmeye de olanak yoktur. Buna rağmen, manevi tazminata hükmedilmesi ile mağdurun manevi alanda uğramış olduğu yıkıntı, elem ve ıztırap belli bir ölçüde giderilmeye çalışılmaktadır. Manevi tazminatın parasal olarak ifade edilmesi kanaatimizce ona faiz yürütülmesini de zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminata faiz yürütülmesi hakkındaki Danıştay içtihatlarındaki son yıllarda görülen değişme işaretlerinin olumlu bir gelişme olduğu düşüncesindeyiz. Sonuçta manevi zarar karşılığı olarak tazminata hükmedilebildiğine göre, hükmedilen bu tazminata faiz yürütülmesi de gereklidir. Aksi takdirde, hem tazminata hükmetmek hem de bu tazminatın gerçek bir zararın karşılığı olmadığı, başka giderim yollarının olmayışı nedeniyle parasal olarak ödendiğini ifade ederek faiz yürütülmesine yer olmadığını söylemek, pek tutarlı olmayacaktır. Aynı şekilde, manevi zararın hüküm tarihi itibariyle değerlendirildiği ve bu nedenle davacının bütün zararının karşılandığı gerekçesiyle hükmedilen manevi tazminata faiz yürütülmesine gerek olmadığı şeklindeki görüşe de katılmak mümkün görünmemektedir. Zira zarar gören, davasını açarken o günkü koşulları göz önüne alıp tazminat talebinde

52 Gürsel Kaplan, "Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu", *AÜHFD*, Yıl: 2006, C: 55, S: 2, s. 120- 121.

bulunmaktadır. Ülkemizdeki enflasyon olgusu, taleple bağlı olma ilkesi ve davaların uzun sürmesi bir arada düşünüldüğünde, manevi tazminata faiz yürütülmesinin zorunluluğu daha da iyi anlaşılacaktır.[53] Sonuç olarak, manevi zararların parayla ölçülüp değerlendirilmesi zor olmakla birlikte bir o kadar da kaçınılmazdır. Bu nedenle hükmedilen manevi tazminata idareye başvuru tarihinden itibaren faiz işletilmesinin hakkaniyete ve adalete uygun düşeceği kanaatindeyiz.

V. MANEVİ TAZMİNAT MİKTARININ DÜŞÜKLÜĞÜ

Ülkemizde manevi tazminat miktarları oldukça düşüktür. Bu sorunun temelinde, yargı kararlarında sürekli vurgu yapılan, manevi tazminatın "zenginleşme aracı olmaması" ve "felaketi özlenir hale getirmeme" ilkeleri yer almaktadır.[54]

Mahkeme kararları değerlendirildiğinde, manevî tazminat olarak hüküm altına alınan miktarların tatmin edici olduğu ve hükümler arasında birlik bulunduğu söylenememektedir.[55]

Uygulamada, gerek Yargıtay'ın gerekse Danıştay'ın ilk derece mahkemesi tarafından belirlenen manevi tazminatın miktarını da titizlikle değerlendirdiği ve bu noktadan da kararlara müdahale ettiği sıkça görülmektedir. Söz konusu müdahalenin birinci şekli, ilk derece mahkemesi kararındaki manevi tazminat miktarının düşük bulunarak bozulması şeklindedir. Örneğin, Danıştay'ın 2003 yılında verdiği bir kararda, "yaralanan kişide meydana geldiği iddia edilen ve idarece de aksi ileri sürülmeyen kalıcı hasarlar ve sağlık sorunları ve de manevi tazminatın niteliği göz önüne alındığında takdir edilen manevi tazminat miktarı yetersizdir" denilerek, manevi tazminat miktarının ilk derece mahkemesi tarafından yeniden değerlendirilmesini sağlamak üzere karar bozulmuştur.[56] Yine eşi nüfus kaydında ölü görünen

---

53 "…yargılama sürecinin uzun sürmesi ve ülkemizde yaşanan yüksek enflasyon da dikkate alındığında, manevi tazminata da, tazminat davasının açıldığı gün olan 18.10.1996 gününden itibaren yasal faize hükmedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmış olup…" Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 16.06.2005, E: 2003/591, K: 2005/2154, Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası.

54 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.09.1967, E: 1966/9-1267, K: 1967/420, Töre, s. 544; Danıştay 10.D., 12.10.1999, E: 1997/324, K: 1999/4801, Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası.

55 Gürsoy, s. 31.

56 Danıştay 10.D., 19.02.2003, E: 2001/4704, K: 2003/551, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si.

kişinin, bir başkasıyla evlenmesinden sonra, eşinin aslında ölmediği, nüfus kaydına yanlış geçirildiği gerekçesiyle, sonradan yaptığı evliliğinin butlanına karar verilmesi üzerine açtığı manevi tazminat istemli davada, Danıştay *"İdarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve* ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı görülmektedir. *Dolayısıyla mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı yetersiz bulunduğundan…"* diyerek ilk derece mahkemesinin manevi tazminat miktarına ilişkin kısmını bozmuştur.[57]

Başka bir kararında da Danıştay, bölücü terör örgütüne mensup teröristlerle güvenlik görevlileri arasında çıkan çatışma sırasında, ev hanımı olan eşi vefat eden davacı lehine, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince hükmedilen manevi tazminat miktarını düşük bularak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.[58]

Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarında manevi tazminat miktarını yeterli bulmayarak ilk derece mahkemesi kararlarını bozmaktadır. Bu kararlarda Yüksek Mahkeme, "Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durum-

---

57 Danıştay 10.D., 20.03.2006, E: 2003/630, K: 2006/1981, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si.

58 Danıştay 10.D., 29.01.2007, E: 2004/7285, K: 2007/212, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si; "…ölümle sonuçlanan olayın oluşumu ve manevi tazminatın niteliği karşısında takdir edilen manevi tazminat miktarı da yetersizdir." Danıştay 10.D., 07.11.1996, E: 1995/4814, K: 1996/7156; "…İdarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı görülmektedir." Danıştay 10.D., 20.03.2006, E: 2003/630, K: 2006/1981; "Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de tam yargı davalarının niteliği gereği olarak da takdir edilen miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir. İdarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında istenilen manevi tazminat miktarının zenginleşmeye yol açacak bir miktar olmadığı, mahkemece takdir edilen miktarın ise duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı görülmektedir." Danıştay 10.D., 25.02.2003, E: 2001/323, K: 2003/703 (Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

larını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hâkimin hak ve nesafetle hüküm vereceği MK'un 4. maddesinde belirtilmiştir. Davaya konu edilen olayda davalının kusur oranı, ölenin davacıya yakınlığı ve yukarıda açıklanan ilkeler gözetildiğinde davacı yararına hükmedilen manevi tazminat azdır." şeklinde hüküm tesis etmektedir.[59]

Yüksek Mahkemelerin özellikle de Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesi kararlarına müdahalesinin ikinci şekli ise, ilk derece mahkemesi kararlarındaki manevi tazminat miktarlarını yüksek bularak daha az miktarda tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozmasıdır. Yüksek Mahkeme, bu yönde verdiği kararlarında, çok fazla açıklama yapmadan ilk derece mahkemesince belirlenen manevi tazminat miktarının yüksek olduğu ve daha alt düzeyde manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmaktadır[60].

Manevi tazminat, uğranılan zarar sonucu kişide meydana gelen elem ve ızdırabın bir ölçüde de olsa giderilmesi amacını taşımakta olup, yargı kararları incelendiğinde, manevi zararlar sonucunda hükmedilen tazminat miktarlarının, bu amacı gerçekleştirmekten uzak olup, yetersiz kaldığı görülmektedir. Yüksek mahkemelerimizin son dönemlerde verdiği kararlarda, manevi tazminat miktarlarının düşük olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemelerinin kararlarını bozmaları, bu konuda ilerleme olarak kabul edilse de günümüzde manevi tazminat miktarlarının düşüklüğü büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Manevi tazminatın tam olarak tespiti ve tazmini mümkün değilken bir de düşük miktarda tazminata hükmedilmesi, manevi tazminattan beklenen amacı sağlayamayacaktır. Hem zarar göreni tatmin etmek hem de tazminatın caydırıcı etkisinin sağlanması için, manevi tazminat miktarlarının yeterli düzeyde tutulması gerekmektedir.[61]

---

59 Yargıtay 4.HD, 28.06.2005, E: 2005/2215, K: 2005/7150; Yargıtay 4.HD, 17.03.2004, E: 2003/13873, K: 2004/3374; Yargıtay 4.HD, 21.05.2003, E: 2003/1846, K: 2003/6505; Yargıtay 4.HD, 28.04.2003, E: 2003/191, K: 2003/5419; Yargıtay 21.HD., 02.06.2014, E: 2014/4447, K: 2014/12199 (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si).

60 Yargıtay 4.HD, 27.04.2015, E: 2014/9389, K: 2015/5137; Yargıtay 4.HD, 01.04.2015, E: 2015/534, K: 2015/4043; Yargıtay 4.HD, 16.03.2016, E: 2015/4360, K: 2016/3461 (Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

61 "…Bu bağlamda manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar görenin tat-

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

İdarenin tazminle yükümlü olduğu zararlar maddi ve manevi zarar olmak üzere iki gruba ayrılır. Çalışma konumuzu oluşturan manevi zarar, kişinin malvarlığı dışındaki değerlerine verilen zararlardır. Malvarlığı dışındaki değerlere (kişilik haklarına) verilen zararların karşılanması amacını güden manevi tazminat ise çekilen acı ve üzüntüyü bir ölçüde de olsa gidermeyi, kırılan yaşama arzusunu tazelemeyi, yaşama yeniden bağlanmak suretiyle ruhsal dengeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için de zarar görenin malvarlığının çoğaltılması başka bir ifadeyle zarar verenden bir miktar para alınarak zarar görene ödenmesi öngörülmüştür. Uğranılan manevi zarar karşısında bir miktar para verilmesi, bu zararın doğrudan doğruya tazmin edilmesindeki güçlükten doğmaktadır. Başka giderim yollarının bulunmayışı manevi tazminatın parasal olarak giderimini zorunlu kılmıştır.

Manevi zararlar için, maddi zararlar gibi objektif hesaplama yöntemi olmadığı için, manevi tazminat miktarının tespiti geniş ölçüde hâkimin takdirine dayanmaktadır. Ancak hâkim, bu takdir yetkisini kullanırken tamamen bağımsız olmayıp adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile sınırlıdır. Hâkim tazminatın kapsamını belirlerken durumun gereğini, olayın özelliklerini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne almalıdır. Söz konusu hükümlere ek olarak uygulamada yargı içtihatlarıyla da bir takım ilkeler geliştirilmiş ve istikrar kazanmıştır. Bu bağlamda manevi zararın değerlendirilmesinde, zarara etkili olan tüm durumların değerlendirilmesi, özellikle zarara neden olan olayın niteliği ve ağırlığıyla, zarar görenin kusuru, zarara uğrayanın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu göz önünde tutularak, uğranılan manevi zararı telafi edecek gerekli miktarın ne olacağının araştırılması gerekmektedir.

Bu çalışma sonucunda, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde karşılaşılan en önemli sorunların, taleple bağlılık kuralı, manevi tazminat taleplerinde faiz sorunu, tazminat miktarının düşüklüğü sorunu olduğu ifade edilebilir.

---

min duygusunun karşılanması gerektiği gibi zarar veren için de caydırıcı olma özelliği de taşımalıdır…" Yargıtay 4.HD., 09.02.1999, E: 1998/7491, K: 1999/843, Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası.

Bilindiği üzere İYUK m. 3/d hükmü gereğince, tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterilmesi zorunludur. Ve zarara uğrayan kişi de dava dilekçesinde göstermiş olduğu bu miktarla bağlıdır. Hukuki sorumluluğu sabit olan idarenin, hak ihlali nedeniyle uğranılan gerçek zararı tazmin etmesi sağlanamadığı sürece etkili bir hukuka uygunluk denetiminden söz etmek mümkün değildir. Kişinin dava açtığı tarih itibariyle zararını tam olarak bilebilmesi her olayda mümkün değildir.

1602 Sayılı AYİM 46/4 ve 2577 Sayılı İYUK 16/4 fıkralarına 6459 sayılı Kanun ile eklen hüküm ile tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile bu konudaki sıkıntılar bir nebze de olsa hafiflemesine rağmen, tamamen ortadan kalkmış değildir. Kanaatimizce, dava açıldığı sırada zararın tam olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, uyuşmazlık konusu miktar belirtilmeden dava açılabilmesine ve yargılamanın her aşamasında, net zarar ortaya çıktıktan sonra talep sonucunun belirlenmesine imkân sağlanması gerekmektedir. Bu konuda benimsenebilecek bir diğer çözüm yolu da idari yargı yerlerinin, 2577 sayılı İYUK'un 3/d maddesinde yer alan hüküm nedeniyle, dava dilekçelerinde zorunlu olarak gösterilen tazminat miktarıyla bağlı kalmadan, hüküm tarihi itibariyle belirlenen gerçek zararı tazmin edebilir. İYUK'da buna engel teşkil edebilecek kanuni bir düzenleme bulunmadığı gibi re'sen araştırma ve inceleme ilkesi gereği böyle bir uygulama yargı içtihatlarıyla geliştirilebilir. Bu şekilde hak ihlallerinin de önüne geçilmiş olacaktır.

Diğer sorun olan manevi tazminat taleplerine faiz uygulanması konusuna gelince; bu konuda yargı kararları arasında birlik olmadığı görülmekle birlikte son yıllarda verilen kararlarda manevi tazminat taleplerine faiz uygulandığı görülmektedir. Manevi tazminatın parasal olarak ifade edilmesi kanaatimizce ona faiz yürütülmesini de zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminata faiz yürütülmesi hakkındaki Danıştay içtihatlarındaki son yıllarda görülen değişme işaretlerinin olumlu bir gelişme olduğu düşüncesindeyiz. Sonuçta manevi zarar karşılığı olarak tazminata hükmedilebildiğine göre, hükmedilen bu tazminata faiz yürütülmesi de gereklidir. Zararın tazmini için dava

açılmadan önce idareye başvurulması durumunda, idareye başvuru tarihinden; idareye başvuru yapılmadan açılan davalarda ise, davanın açıldığı tarihten itibaren manevi tazminat miktarına kanuni faiz uygulanmalıdır. Çünkü zarar gören, bu başvuru tarihlerini esas alarak tazminat talebinde bulunmaktadır. Ülkemizdeki enflasyon olgusu, taleple bağlı olma ilkesi ve davaların uzun sürmesi bir arada düşünüldüğünde, manevi tazminata faiz yürütülmesinin zorunluluğu daha da iyi anlaşılacaktır

Ülkemizde, hükmedilen manevi tazminat miktarlarının oldukça düşük olduğu görülmektedir. Nitekim bu durum yoğun eleştirilere neden olmaktadır. Özellikle kişilik haklarının korunmasında önemli bir yeri olan manevi tazminat davasında, hükmedilen tazminat miktarlarının, kişilik haklarını korumaktan ve caydırıcı olmaktan çok uzak olduğu söylenebilir. Yargı kararlarında, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde yer verilen, "zenginleşmeye yol açmayacak şekilde" ifadesine katılmak bizce mümkün görünmemektedir.

Manevi tazminat uygulaması, özel hukukta, özellikle konuyla ilgili Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlar incelendiğinde, daha yerleşik bir uygulamaya sahiptir. İdari yargı alanında, Danıştay ve AYİM kararları incelendiğinde ise manevi tazminat ile ilgili kararlarda içtihat birliği bulunduğunu söylemek güç görünmektedir. Gerek yasal düzenlemeler yapılmak gerekse yargı kararları arasında içtihat birliğini sağlamak suretiyle tam yargı davalarında manevi tazminat konusunun belirli bir sisteme oturtulmasının, hukuka olan güvenin sarsılmaması adına bir gereklilik olduğunu ifade edebiliriz.

Kaynakça

Akyılmaz Bahtiyar, "İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 6, S: 1-2, 1998, ss. 165-219.

Armağan Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Atay E. Ethem– Hasan Odabaşı – Hasan Tahsin Gökcan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Atay E. Ethem, "İdarenin Sorumluluğu", Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, ss.1061-1098.

Atay E.Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Bal Yakup- Yahya Şahin - Mustafa Karabulut, Danıştay 10.Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Çağlayan Ramazan, İdarî Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Deschenaux Henri- Pierre Tercier, Sorumluluk Hukuku, Çev: Salim Özdemir, Ankara, 1983.

Duez Paul, Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti, Çev: İbrahim Senil, Ankara, 1950.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: 2, 5. Bası, İstanbul, 1994.

Ertaş Şeref, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990.

Franko Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararların Tazmini, Ankara, 1973.

Gönen Eren K., "İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi", *Danıştay Dergisi*, S:108, Ankara, 2004, ss. 23-38.

Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt:2, 2.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

Gözübüyük A. Şeref - Turgut Tan, İdare Hukuku, C: 2, İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Kasım 2006.

Gözübüyük A.Şeref, Yönetsel Yargı, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Günal H. Yılmaz, "Müterafik Kusur", Erişim: http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/405/4439.pdf, ss.208-220.

Gürsoy K. Tahir, "Manevi Zarar ve Tazmini", *AÜHFD*, C: XXV, 1973, S: 1- 4, ss.7-56.

Helvacı Mehmet, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, Beta, İstanbul, 2000.

Kanık Tahir, "Manevi Tazminat Davaları", *Adalet Dergisi*, 1950, S: 9, ss. 1166-1177.

Kaplan Gürsel, "Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu", *AÜHFD*, Yıl: 2006, C: 55, S: 2, ss.117-141.

Karahasan Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat, 6. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2001.

Kılıçoğlu Ahmet, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, S:1, ss.15-22.

Kılıçoğlu Mustafa, Tazminat Hukuku, İkinci Kitap, Legal Yayıncılık, 2.Baskı, İstanbul, 2006.

Kısagün Adli, "Müterafik Kusur", Erişim: http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1961-4/2.pdf, ss.9-14.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Genel Gelişmeler I Sempozyumu, 1980, ss. 166- 176.

Pekcanıtez Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Serozan Rona, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara, 1990.

Sezer Yasin - Uğur Bulut, "İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 116, 2016, ss. 213-246.

Simil Cemil, Belirsiz Alacak Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Tandoğan Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981.

Töre Hayrullah Fütuhi, "Manevi Tazminat Davaları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1970, S: 8, ss. 531- 546.

Akip Açıklamalı Kanun ve İçtihat Programı, 3.0, Eylül 2006.

Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD. si

Kanunum Mevzuat- İçtihat Bilgi Bankası

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları 5.1.

ANA İLE EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUK ARASINDAKİ İLİŞKİYİ DÜZENLEYEN TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATIONS ON THE TURKISH CIVIL CODE PROVISIONS REGULATING THE RELATIONSHIP BETWEEN THE MOTHER AND HER NATURAL CHILD

Gamze TURAN BAŞARA*

Özet: TMK'nun 337/I. maddesine göre, evlilik dışında doğan çocuğun velayeti anada olup sonradan çocukla baba arasında soybağının kurulması, ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilemez. Buna karşılık çocuğun soyadının değişmesine sebep olur. Evlilik dışı doğan çocuk, babayla arasında soybağı ilişkisi kurulmuşsa babanın, kurulmamış ise ananın soyadını alır. Böyle bir durumda velayet hakkı sahibi ana ile çocuğun soyadının farklı olması sonucu ortaya çıkacak olup bunun, günlük yaşamda başta velayet hakkının ispatı olmak üzere bir takım zorluklara sebebiyet vermesi muhtemeldir.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, çocuğun herhangi bir sebeple kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadının nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması halidir. Bu durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespitine yönelik davada, kadın genetik incelemeye rıza göstermez ise TMK'nun 284/b.2. maddesinin mi, yoksa söz konusu maddeye göre daha ağır sonuçlar içeren HMK'nun 292/I. maddesinin mi uygulanacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Anahtar kelimeler: Evlilik Dışı Çocuk, Soyadı, Soybağı, Velayet

Abstract: According to the Article 337/I of the Turkish Civil Code (TCC), the custody of the natural child belongs to his/her mother; and establishment of paternity subsequently between the father and his child does not affect the fact that the mother has the right to custody by herself. The establishment of paternity between the father and his child does not affect the fact that the mother has the right to custody by herself; however, this causes replacement of the child's surname. The natural child shall acquire the surname of the father if the paternity relationship is established between the natural child and the father, and the natural child shall acquire the surname of the mother if the paternity relationship is not established (TCC Art. 321). In this case, the surname of the mother who has the right to custody and the surname of her child will consequently

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. gamzeturan@cankaya.edu.tr

be different from each other; and it is quite likely that this will cause a number of difficulties in the daily life, particularly the difficulty in proving the right to custody.

In this context, another matter necessary to be dwelt on the child is, for any reason, registered with the state register of a woman other than that of the woman who gave birth to the child. In this case, the fundamental issue to be discussed is that, in such lawsuit filed under the request for recording of paternity between the mother and her natural child, in case the woman does not consent to genetic examination, whether the Article 284/b.2 of TCC shall apply or the Article 292/I of the Civil Court Procedures Law, which contains more severe consequences than the Article 284/b.2 of TCC, shall apply.

Keywords: Natural Child, Surname, Paternity, Custody

GİRİŞ

Ana ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ilişkiyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken hususlardan ilki, çocuğun velayetidir. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 337/I. maddesine göre, evlilik dışında doğan çocuğun velayeti anada olup sonradan çocukla baba arasında tanıma veya babalığa hükmedilmesi yoluyla soybağının kurulması, ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilemez.

Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağının kurulması ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilememekle birlikte çocuğun soyadının değişmesine sebep olmaktadır. Evlilik dışı doğan çocuk, babayla arasında soybağı ilişkisi kurulmuşsa babanın, kurulmamış ise ananın soyadını alır. Bu durumda velayet hakkı sahibi ana ile çocuğun soyadının farklı olması sonucu ortaya çıkacak olup bunun, günlük yaşamda başta velayet hakkının ispatı olmak üzere bir takım zorluklara sebebiyet vermesi oldukça muhtemeldir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus soybağına ilişkindir. Ancak belirtmek gerekir ki, soybağı kapsamında tartışılacak mesele, çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmasından bağımsız olarak, ananın herhalde karşılaşabileceği bir meselidir.

TMK'nun 282. maddesine göre, ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulur. Kanun'da öngörülen bu kural, işin mahiyeti gereği olup, tabii bir olgu olan doğum olgusuna dayanmaktadır. Çocuğun herhangi bir sebeple kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadı-

nın nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması, çocuk ile bu kadın arasında soybağı ilişkisi kurulduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespitine yönelik olarak açılacak dava, nüfus sicilinin düzeltilmesi davasıdır.

Nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespiti için kullanılacak doğum belgelerinin mevcut olmaması veya gerçeği yansıtmıyor olması halinde başvurulacak yol genetik inceleme olacaktır. Bu noktada tartışma konusu olacak temel mesele, kadının genetik incelemeye rıza göstermemesi halinde, TMK'nın 284/b.2. maddesinin mi, yoksa söz konusu maddeye göre daha ağır sonuçlar içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 292/I. maddesinin mi uygulanacağına ilişkindir. TMK'nın 284/b.2. maddesine göre, davalı, soybağının belirlenmesine yönelik araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir. HMK'nın 292/I. maddesine göre ise haklı bir sebep olmaksızın genetik incelemeye rıza gösterilmemesi halinde hakim zor kullanarak kan ve doku alınmasına karar verebilir.

I- EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUĞUN VELAYETİ

Ana ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ilişkiyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken hususlardan ilki çocuğun velayetidir. Velayet hakkından söz edebilmek için önce ana baba ve çocuk arasında soybağının kurulmuş olması gerekir. Bu kuralın doğal bir sonucu olarak, TMK'nun 337. maddesinde evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin fiil ehliyetine sahip anada olduğu hükme bağlanmıştır. Babalık davası neticesinde babalığa hükmedilmesiyle veya babanın çocuğu tanımasıyla çocuk ile baba arasında soybağının kurulması ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilemez. Ancak babanın ana ile evlenmesi halinde evlilik dışında doğan çocuk, kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olacağından (TMK m. 292), ana ve baba birlikte velayet hakkına sahip olur (TMK m. 336/I).

Ananın küçük olması, kısıtlanması veya ölmesi ya da velayetin anadan alınmış olması halinde hakim, velayeti babaya verebileceği gibi, çocuğa bir vasi de tayin edebilir (TMK m. 337/II). Hakim bu ko-

nuda karar verirken çocuğun yararını dikkate alır.[1] Eğer ileride çocuğun velayetinin anaya bırakılacağı düşünülüyorsa, örneğin ana küçük olduğu için velayet kendisine bırakılmamış ise bu durumda çocuğu babanın velayetine bırakmak yerine ona bir vasi atanmasının daha yerinde bir çözüm olacağı kabul edilmektedir. Zira sonrasında çocuğun velayetinin babadan alınmasının daha zor olacağı düşünülmektedir.[2]

Ananın küçük veya kısıtlı olması halinde ise mahkeme kararına kadar velayet anada kalır. Daha sonra ananın ergin olması veya hakkındaki kısıtlılık kararının kalkmasıyla, ana kanundan dolayı velayet hakkına sahip olur.[3] Ancak bu arada çocuğun velayeti babaya verilmişse, ananın ergin olması ya da hakkındaki kısıtlılık kararının kaldırılması, velayet hakkının kendisine verilmesi için yeterli değildir. Ananın velayet hakkına sahip olabilmesi için, öncelikle velayet hakkının babadan alınmış olması gerekir. Şu halde, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun velayetinin babaya bırakılması daha çok ananın ölümü veya velayetin anadan alınmış olması halinde söz konusu olmaktadır. Ananın ergin olması veya hakkındaki kısıtlılık kararının kaldırılması halinde velayetin babaya bırakılması için ananın velayeti yürütmekte yetersiz kalacağının anlaşılmış olması gerekir.[4]

II- EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUĞUN SOYADI

Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağının kurulması ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilememekle birlikte çocuğun soyadının değişmesine sebep olmaktadır. Zira evlilik

---

1 Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5.Aufl., Bern, 2014, § 17, N. 17.90; Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrecht und des übrigen Verwandschaftsrechts, 5. Aufl., Bern, 1999, § 25, N. 25.23; Thomas Sutter-Somm/Felix Kobel, Familienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2009, N. 276; Peter Breitschmid, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012, Art. 298, N. 2; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bs., Ankara, 2015, s. 1092.

2 Öztan, Aile Hukuku, s. 1092.

3 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 17, N. 17.91; Hegnauer, Kindesecht, § 25, N. 25.23; Breitschmid, CHK-Handkomm., Art. 298, N. 2; Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar, ZGB I, Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl., Basel-Gnef-Münschen, 2006, Art. 298, N. 3; Öztan, Aile Hukuku, s. 1092; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s. 270-271.

4 Hegnauer, Kindesecht, § 25, N. 25.24; Breitschmid, CHK-Handkomm., Art. 298, N. 2; Öztan, Aile Hukuku, s. 1093.

dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi tesis edilmişse babanın, edilmemişse ananın soyadını almaktadır.[5] Esasında bu sonuç mantıksal bir zorunluluktur. Çünkü bu durumda çocuğun, soyadını alabileceği hukuken tanınan başka bir kişi de bulunmamaktadır.[6]

Evlilik dışı doğan ve baba ile soybağı ilişkisi tesis edilmemiş olan çocuğun ananın soyadını alması, ananın velayet hakkına sahip olmasına bağlı olmadığından,[7] velayet kaldırılmış olsa bile çocuk ananın soyadını alır.[8]

TMK'nun 321. maddesinden, soyadının kazanılması hususunda soybağı esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır.[9] Bunun sonucu olarak, doğumla kazanılan soyadı, dayanağını oluşturan soybağı ilişki-

---

5 Öztan, Aile Hukuku, s. 1013; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, 15. Bs., İstanbul, 2015, s. 109; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, 4. Bs., İstanbul, 2012, s. 171; Burak Özen, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", *MÜHF-HAD,* C. 16, S. 3-4, İstanbul, 2010, s. 172; Mehmet Beşir Acabey, Soybağı, İzmir, 2002, s. 284; Süleyman Mortaş, "Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi", *GÜHFD*, C. XX, Sy. 2, Ankara, 2016, s. 317; Ayça Akkayan Yıldırım, "Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul, 2010, s. 81; Mustafa Aysal, "Velayet Hakkı Kapsamında Çocuğun Soyadı Değişikliği", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku), Ankara, 2017, s. 351; Ömer Uğur Gençcan Aile Hukuku, Ankara, 2011, s. 1477; Tuba Birinci Uzun, "Aile Soyadı Çıkmazı, Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sy. 4, Ankara, 2016, s. 107. YHGK., 13.03.2015 T., 18-1755 E., 1039 K.

6 Serkan Ayan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *GÜHFD*, C. XVI, Sy. 4, Ankara, 2012, s. 30; Mehmet Gökhan Pehlivan, "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı İle Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Serdar Özgüldür Armağanı, Sy. 7, Ankara, 2016, s. 803.

7 Hegnauer, BK, Art. 270, N. 30.

8 Ayan, s. 30.

9 Yargıtay da kararlarında çocuğun soyadını kazanmasında, soybağının belirleyici unsur olduğuna işaret etmiştir (Y. 18. HD., 26.11.2015 T., 2159 E., 17250 K.; 14.03.2013 T., 14696 E., 3922 K.).
Kanuni düzenlemeler yönünden soyadı, soybağının velayet hakkına bağlı olmayan hükümlerinden olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi çocuğun soyadının belirlenmesini velayet hakkı kapsamında değerlendirmektedir. (AYM, 08.12.2011 T., 119 E., 165 K.; 25.06.2015 tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı 2. Bölüm ve 11.11.2015 tarihli 2013/7979 Başvuru Sayılı Genel Kurul Kararı).

sinin değişmesiyle, başka bir ifadeyle var olduğu sanılan soybağı ilişkisinin gerçekte bulunmadığının anlaşılması veya bilinmeyen soybağı ilişkisinin sonradan tespit edilmesiyle birlikte değişikliğe uğramaktadır.[10] Örneğin, doğduğu sırada ana ve baba evli olmadığı ve babayla arasında soybağı ilişkisi kurulmadığı için ananın soyadını alan çocuk, daha sonra tanıma yoluyla baba ile arasında soybağı ilişkisi kurulursa babanın soyadını almaktadır. Ancak tanımanın iptali sonucunda babayla çocuk arasındaki soybağı ilişkisi ortadan kalkarsa, çocuk tekrar ananın soyadına geri döner.

Evlilik dışında doğan çocuğun baba ile soybağı ilişkisi kurulduktan sonra babanın soyadını alacağı kuralı, gerek öğretide gerek uygulamada tartışma konusu olmuştur. Velayet hakkına sahip olan ve çocukla ilgili her türlü işlemi tek başına yapmak durumunda olan ana, her defasında çocukla soyadı farklılığının sebebini açıklamak zorunda bırakılmaktadır.

Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı meselesi, TMK'nun 321. maddesinde ana ve babanın evli olup olmaması durumuna göre her iki ihtimali de içerecek biçimde düzenlenmişti. Buna göre, çocuk ana ve baba evli ise ailenin, evli değilse (evlilik dışında dünyaya gelmişse) ve TMK'nun 285. maddesinde öngörülen babalık karinesi de etkili olamıyorsa, ananın soyadını almaktaydı.[11]

Ancak 25.04.2006 tarihli 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun (NHK) 28/(4). maddesinde ise tanıma üzerine evlilik dışında doğan çocuğun baba hanesine baba adı ve soyadıyla tescil edileceği hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen hükmün gerekçesinde *"4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321 inci maddesine göre tanınan çocuk ana hanesine ananın soyadı ile tescil edilmektedir. Bu madde ile, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uygulamasında olduğu gibi, tanınan çocuğun baba hanesine babanın soyadı ile tescil edilmesi* öngörülmektedir." ifadesine yer verilmiştir. Gerekçede yer alan bu ifadeden NHK'nın 28/(4). maddesiyle evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun her durumda ananın soyadını alacağını öngören TMK'nun 321. maddesinin örtülü olarak yürürlük-

10 Özen, s. 180.

11 Bununla birlikte TMK'nun 292. maddesi uyarınca evlilik dışında doğan çocuk ana ve babanın sonradan evlenmesiyle evlilik içi çocuk statüsü kazanacağından, doğrudan babasının soyadını alacaktır.

ten kaldırıldığı sonucuna varılmaktadır.[12] Böylece bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk, tanıma halinde doğrudan babasının soyadını alabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, NHK'nın 28/(4). maddesinde çocuk ile babası arasındaki soybağının mahkeme kararıyla kurulması halinde çocuğun kimin soyadını alacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de mahkemenin babalığa hükmetmesi halinde de tanımada olduğu gibi, evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulacaktır. Bu nedenle evlilik dışında doğan çocuğun soyadına ilişkin olarak NHK'nın 28/(4). maddesinde öngörülen çözümün, mahkemenin babalığa hükmetmesi halinde de uygulanabileceğini ve çocuğun babasının soyadını alacağını söylemek mümkündür.[13]

NHK'nın 28/(4). maddesiyle getirilen bu hükme ve ayrıca gerekçede yer verilen açıklamalara rağmen Anayasa Mahkemesi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinin ardından uzun bir süre geçtikten sonra, 02.07.2009 tarihinde vermiş olduğu bir kararla, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, ananın soyadını alacağına ilişkin TMK'nun 321. maddesinin ilgili hükmünü Anayasa'nın 10, 11 ve 41. maddelerine aykırı görmüş ve iptal etmiştir.[14] Esasında Anayasa Mahkemesi örtülü olarak yürürlükten kalkmış olan bir hükmün iptaline karar vermiştir.[15]

---

12 Ayan, s. 28; Helvacı, s. 172, dpn. 525; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2012, s. 317; Akkayan Yıldırım, s. 82. Yargıtay da o tarihlerde verdiği kararlarında NHK'nun 28. maddesine atıf yaparak, evlilik dışında doğmuş olup babayla soybağı ilişkisi kurulan çocuğun baba hanesine babanın soyadıyla kaydedilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Y. 18. HD., 28.06.2006 T., 3833 E., 10301 K.; 01.03.2007 T., 91 E., 1702 K.). Özen ise NHK'nın düzen kuralları getirdiği ve maddi hukuk açısından değiştirici etki yaratmayacağını ifade etmektedir (Özen, s. 178, dpn. 25).
Kanun koyucu evlilik dışında doğan çocuğun soyadına ilişkin olarak, yeni tarihli özel kanun niteliği taşıyan NHK'da, genel kanun niteliğinde olan TMK'nda değişiklik yapma yoluna gitmiş ise de TMK'nun 321. maddesi buna uygun olarak yeniden düzenlenmemiş olması sebebiyle, söz konusu hükmün yürürlükte olup olmadığı konusunda tereddütler yaşanmış ve mahkemeler zaman zaman örtülü olarak yürürlükten kalkmış olan hükmü esas alarak karar vermiştir.

13 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 317; Helvacı, s. 172; Öztan, Aile Hukuku, s. 1013; Ayan, s. 27; Pehlivan, s. 804. 2006/11081 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 103. maddesinde de babalığa hükmedilmesi halinde çocuğun babasının soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir

14 AMK. 02. 07. 2009 T., 114 E., 105 K.

15 Öztan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla birlikte, TMK'nun 321. maddesi ile NHK'nun 28/(4). maddesi arasında uyum sağlanmış ve evlilik dışında doğan çocuğun babası tarafından tanınması veya babalık davası yoluyla babaya soybağıyla

Anayasa Mahkemesi, ana baba evli değillerse çocuğun ananın soyadını alacağına dair TMK'nun 321. maddesinde yer alan hükmü, evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayrım gözetilmemesi ilkesine aykırılık teşkil ettiği[16] ve evlilik dışında doğan çocuğun babasının soyadını almasının onun menfaatine olacağı gerekçesi ile iptal etmiştir. Kararda çocuğun babasının soyadını taşımasının bir hak olduğu, ona ananın soyadının verilmesinin ise çocuğun menfaatlerinin ihlali sayılacağı ifade edilmiştir.[17]

Söz konusu kararda, evlilik dışında doğan çocuğun babasının soyadını alamamasının, çocuğun farklı ve hatta daha eksik bir sosyal korumaya tabi tutulması anlamına geleceği, başka bir ifadeyle babanın soyadının alınmasının, sosyal koruma seviyesini artıracağı sonucuna varılmıştır. Fakat bu görüşe katılmak ve evlilik dışında doğan çocuğun ananın soyadını taşımasının, onun menfaatlerinin ihlali anlamına geleceği yönündeki varsayımı kabul etmek mümkün değildir. Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun velayetinin anada olması halinde bile çocuğun babasının soyadını Kanun gereği alması, Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararında dayandığı temel esaslardan biri olan "*çocuğun menfaati*" ilkesine aykırıdır.[18] Serozan'ın isabetli olarak ifade ettiği üzere, evlilik dışında doğan çocuğun ananın soyadını alması ve böylece "*soyadı ile velayet arasında anlamsız ve sakıncalı asimetrinin*" önüne geçilmesi çocuğun üstün yararına uygun düşen bir çözüm olacaktır.[19]

---

bağlanması halinde, babanın soyadı ile baba hanesine tescil edilmesine ilişkin engel ortadan kalkmış olduğundan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yerinde olduğunu ifade etmektedir (Öztan, Aile Hukuku, s. 1012-1013).

16 Anayasa Mahkemesi Kararını bu gerekçe yönünden yerinde gören görüş için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110.

17 Anayasa Mahkemesi Kararını bu gerekçe yönünden yerinde gören görüş için bkz. Hüseyin Hatemi/Burcu, Kalkan Oğuztürk, Kişiler Hukuku, 2. Bs., İstanbul, 2013, s. 56.

18 Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2014, s. 474; Ayan, s. 29; Ece Baş, Süzel/Gökçe Kurtulan, "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, Sy. 135-136, İstanbul, 2015, s. 86. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararındaki karşı oy yazılarında da benzer düşüncelere yer verilmiştir. Karşı oy yazılarında velayetin ana olduğu durumlarda çocuğun ananın soyadını taşımasının amaca uygun olduğu, sırf tanıma veya babalığa hüküm edildiği için, çocukla duygusal hiçbir yakınlığı olmayan babanın soyadını taşımakta çocuğun yararı bulunmayacağı ifade edilmiştir.

19 Rona Serozan, "Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin

Anayasa Mahkemesi'nin TMK'nun 321. maddesinde yer alan *"evli değilse ananın"* ibaresini kaldırmasıyla birlikte, Kanun'un anılan hükmü, yalnızca doğduğu anda ana ve babası evli olan çocukların soyadının nasıl belirleneceği sorusuna yanıt verir hale gelmiştir. Doğduğu anda ana ve babası evli olmayan çocukların soyadının nasıl belirleneceği meselesi, bu çocuklarla ilgili olarak tanıma ve babalık hükmü olup olmadığına bakılmaksızın TMK'nun 321. maddesi dışında kalmaktadır. Hüküm, doğduğu anda ana ve babası evli olan çocukların soyadını düzenlerken, ana ve babası evli olmayan çocukların soyadının nasıl belirleneceği konusunda sessiz kalmaktadır. Anılan düzenleme bu haliyle lafzı itibariyle boşluk içermektedir.[20]

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonucunda, TMK'nun 321. maddesinin iptal hükmünün dışında kalan son cümlesi, anlamsız hale gelmiştir. Gerçekten de, hüküm içerisinde bu cümle kendisinden önce gelen cümleyle bağlantılı şekilde ele alınmış ve ana ile babanın evli olmadığı ihtimalde, ananın çift soyadı taşıması durumunda çocuğun ananın hangi soyadını taşıyacağı sorununa cevap vermiştir. Önceki cümledeki bağlantı ibaresi olan "*evli değilse ananın*" ibaresi iptal edilince bu cümle artık bir anlam ifade etmemektedir.[21]

TMK'nun 321. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Evlilik dışında dünya gelen çocuğun soyadının ne olacağı hususunda sadece NHK'da düzenleme yapılması yeterli değildir. Öğretide ve uygulamada zorunlu olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ve NHK'nın 28/(4). maddesiyle uyumlu olacak şekilde, evlilik dışında dünyaya gelmiş olup tanıma veya babalık davası yoluyla baba ile arasında soy-

---

Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 149.

20 Özen, s. 179; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109-110; Baş Süzel/Kurtulan, s. 87.

21 Özen, s. 179; Pelin Işıntan, "Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Sy. 1, İstanbul, 2012, s. 268; Saibe Oktay-Özdemir, "Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 189; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109-110; Baş Süzel/Kurtulan, s. 87.

bağı kurulmuş olan çocuğun babanın soyadını, aksi takdirde ananın soyadını alacağı düşüncesi benimsenmiştir.[22]

Evlilik dışında doğan çocuğun ananın soyadını almasının temel gerekçesi, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun daha çok ananın yanında kalması, onun gözetiminde ve çevresinde yetiştirilmesi nedeniyle, n soyadını almasının çocuğun menfaatine daha uygun olacağı düşüncesidir.[23] Gerçekten de çocuğuyla ilişkisini inkar ederek, aleyhine babalık davası açılmasına neden olan bir baba karşısında, velayeti anada olan çocuğun, babasının soyadını taşımasının yerinde olacağını söylemek çok isabetli görünmemektedir.[24]

23.11. 2006 tarihinde yürürlüğe giren Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in (NHKUİY) 23/(3). maddesinde çocuğun, ananın bekarlık hanesine yine ananın bekarlık soyadıyla kaydedileceği belirtilmiştir. İlgili düzenlemeyle birlikte çocuğun doğduğu tarihte ananın taşımakta olduğu soyadını değil, bekarlık soyadını alacağı kuralı getirilerek, bu konuda ortaya çıkan sorunlara ve tartışmalara[25] kesin bir çözüm getirilmiştir. Böylece ev-

---

22 Özen, s. 180.

23 Cyril Hegnauer, Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abteilung: Die Verwandschaft, 2. Teilband: Die Wirkungen des Kindesverhaeltnisses, 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art.270-275 ZGB; Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art.276-295 ZGB, Bern, 1997, Art. 270, N. 21, 115. BGE 105 II 247, 252.

24 Rona Serozan, Çocuk Hukuku, 2. Bs., İstanbul, 2005, s. 238, Kişiler Hukuku, s. 474; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 11. Bs., İstanbul, 2011, s. 162. Özen'e göre ise aynı babaya soybağıyla bağlı çocuklardan bir kısmı babalarının soyadını taşırken, diğer bir kısmının bu soyadını taşıyamayacak ve babasından farklı soyadı taşıyan çocukların evlilik dışı dünya geldikleri yönünde bir toplumsal algı yaratılmış olunacaktır (Özen, s. 178).

25 NHKUİY'nin 23/(3). maddesiyle getirilen değişiklikten önce doğum anında ananın taşıdığı soyadının soybağı, evlenme veya ad değiştirme davası yoluyla kazanıldığına bakılmaksızın çocuğun soyadı olmaktaydı. Örneğin ana, evliliğinin ölümle sona ermesi nedeniyle veya evliliğinin boşanmayla sona ermesine rağmen eski kocasının soyadını taşımaya devam ediyor olabilir. Bu durumda evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra evlilik dışı bir çocuk dünyaya gelmişse, bu çocuk ananın eski kocasının soyadını almaktaydı. Bu durumda eski koca, soybağı ilişkisi olmadığı bir çocuğa soyadını vermek zorunda kalmaktaydı (Özen, s. 175; Saibe Oktay-Özdemir, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", Prof.Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 295; Ayan, s. 30; Hegnauer, Kindesecht, § 16, N. 16.06; Peter Tuor/Bernhard Schneider/Jörg Schmid/Alexandra Rumo Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14.Aufl., Zürich, 2015, § 41, N. 15; Simon Thurnheer, "Die Namensaenderung in England und der Schweiz", Jusletter 6. Februar 2012, N. 61, (Jusletter veri tabanı aracılığıyla erişilmiştir.

liliğinin ölümle sona ermesi nedeniyle ölen kocasının veya evliliğinin boşanmayla sona ermesine rağmen TMK'nun 173/II. maddesinden yararlanarak eski kocasının soyadını taşımaya devam eden kadın, evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra evlilik dışında bir çocuk dünyaya getirmişse, bu çocuk ananın hali hazırda taşıdığı eski kocasına ait soyadını değil, bekarlık soyadını alacaktır. Bu sonuç, çocuğun babasının sona eren evlilikteki koca olduğu yönünde ortaya çıkabilecek yanlış kanıyı da engelleyecek niteliktedir.[26] Çocuk evlilik içinde doğmuş olmakla birlikte, kocanın soybağını reddettiği durumda da anasının bekarlık soyadını alır (NHKUİY m. 23/(1)).

İsviçre ve Alman Hukuklarında ise Türk Hukuku'ndan farklı olarak, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun soyadının belirlenmesinde soybağı değil, velayet ilişkisi esas alınmaktadır. Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun soyadını düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu'nun 270a maddesine göre, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk, kural olarak velayet hakkına sahip olan ebeveynin evlenmeden önceki soyadını alır. Eğer evlilik dışında doğan çocuğun velayetini ana ve baba birlikte kullanıyorsa, o takdirde ana ve baba çocuğun hangisinin evlenmeden önceki soyadını taşıyacağına birlikte karar verir. Evlilik dışında doğan çocuğun velayeti ana ve babadan birine bırakılmamışsa, bu durumda çocuk ananın evlenmeden önceki soyadını alır. İlgili maddenin son fıkrasına göre, velayet değişikliği çocuğun soyadını etkilemez ancak adın değiştirilmesine ilişkin hükümler saklıdır.[27]

Alman Hukuku'nda çocuğun soyadı meselesi, onun evlilik içinde veya dışında doğmuş olmasından bağımsız olarak düzenlenmiştir. Konuya ilişkin Alman Medeni Kanunu §1617/I' e göre, ailenin ortak bir soyadı yoksa, fakat velayet ana ve baba tarafından birlikte kullanı-

---

E. T. 15.04.2017)). Bunun yerinde olmadığını gören İsviçre kanun koyucusu da, İsviçre Medeni Kanunu'nda 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikte, evlilik dışında doğan çocuğun velayet hakkı sahibi ebeveynin mevcut değil, bekârlık soyadını alacağını öngörmüştür (ZGB Art. 270a). Şu halde çocuğun doğduğu sırada velayet hakkı sahibi ana, eski evliliğinden gelen soyadını kullanıyorsa veya soybağı reddedildiği için çocuk evlilik dışı çocuk statüsü kazanmışsa ve ana kocasının soyadını kullanıyorsa, çocuk ananın mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacaktır (Ayan, s.34).

26 Özen, s. 176.

27 Claudia Stehli, OFK- ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3, Aufl., Zurich, 2016, Art. 270a, N. 1-3; Tuor/Schneider/Schmid/Rumo Jungo, § 41, N. 21-22.

lıyorsa, onların nüfus memurluğuna birlikte yapacakları başvuruyla, ana veya babanın soyadının çocuğa verilmesini tercih edilebilirler.[28] Buna karşılık velayet eşlerden sadece birine aitse, çocuk kural olarak velayet hakkına sahip olan ebeveynin, çocuğun doğumu anındaki soyadını alır. Velayet hakkına tek başına sahip olunan çocuk evlilik dışında dünyaya gelmiş bir çocuk olması halinde, velayet hakkı sahibi ebeveynin, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, çocuğa diğer ebeveynin soyadının verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun için soyadı verilmek istenen ebeveynin ve çocuk beş yaşını tamamlamışsa çocuğun rızasının alınması gerekir (BGB §1617a). [29]

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi'nin, çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle iptal ettiği hüküm, yukarıda anılan ülkelerin hukuk sistemlerinde çocuğun daha menfaatine olduğu için özel olarak kabul edilmiştir. Anılan ülke hukuklarındaki düzenlemelerin eşitlik ilkesine veya çocuğun menfaatine aykırılığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Türk Hukuku bakımından evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında tanıma veya babalık davası yoluyla soybağı ilişkisi kurulmuş ise velayet anada olmasına rağmen çocuk babanın soyadıyla nüfus kütüğüne kaydedileceğinden, velayet hakkı sahibi ana ile çocuğun soyadının farklı olması sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu durumun ise günlük yaşamda bir takım zorluklara sebebiyet vermesi oldukça muhtemeldir. Şöyle ki, evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulmasının ardından çocuk babanın soyadıyla babanın nüfus kütüğüne kaydedilir. Bu durumda velayet anada olmakla birlikte, ana ile çocuğun soyadı farklı olduğundan, ana her defasında tek başına velayet hakkına sahip olduğunun ispatı sorunuyla karşılaşacaktır.

Çocuk evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş ve evliliğin boşanmayla sona ermesi sonucunda velayet anaya bırakılmışsa, ananın elinde velayet hakkına sahip olduğunu gösteren bir mahkeme kararı olacağından, kendisiyle farklı soyadı taşıyan çocuğunun velayetinin ken-

---

28 Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Aufl., München, 2017, § 1617, N. 8, 18; Wolfgang Enders, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 42. Edition, Stand: 01.02.2017, § 1617, N. 2.

29 v. Sachsen Gessaphe, MüKoBGB, § 1617a, N. 12; Enders, BeckOK BGB, § 1617a, N. 2,3.

disinde olduğunu bu mahkeme kararıyla ispat edebilecektir. Buna karşılık evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulduğundan ve ana kanundan dolayı velayet hakkına sahip olduğundan, ananın elinde velayetin tek başına kendisine ait olduğunu gösteren herhangi bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. İşte böyle bir durumda ana bakımından velayet hakkına sahip olduğunu nasıl ispat edeceği meselesi gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda ananın başvurabileceği tek yol, HMK'nun 106. maddesi kapsamında öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde açacağı bir tespit davasıyla velayetin kendisinde olduğunun mahkemece tespitini talep etmek olacaktır.

Velayet anada olduğu ve çocuğun ana tarafından temsil edildiği halde, soyadının anadan farklı olması, resmi işlemlerde bir takım zorluklara neden olduğu gibi, çocuğun "*neden soyadın ananın soyadından farklı*" sorusuna muhatap olması, çocuk ve ananın özel hayatlarının yanında genel anlamda aile hayatına saygı ilkesi (AY .m. 20, AİHS m. 8) ile de bağdaşmamaktadır.[30]

Ana ile çocuğun soyadının farklı olmasının beraberinde getirdiği sorunları aşmak adına TMK'nun 27. maddesine dayanarak, çocuğun soyadının velayeti kendinde olan ve çocuğa fiilen bakmakta olan ananın soyadıyla değiştirilmesi talep edilebilir. TMK'nun 27. maddesine uyarınca, haklı sebeplerin varlığı halinde soyadının değiştirilmesi istenebilir. Hakim, hakkaniyetin gereklerini gözeterek ve somut olayın koşullarını değerlendirerek haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verecektir.[31]

Elbette ananın velayet hakkına sahip olması tek başına çocuğun soyadının değiştirilmesi için yeterli bir neden değildir. Esas olan çocuğun üstün yararıdır. Çocuğun soyadının değiştirilmesinde haklı nedenin mevcut olup olmadığı değerlendirilirken çocuk yönünden

30 Aysal, çocuğun soybağı hükümlerine göre kanunen kazandığı meşru statüsünün korunmasının aile hayatına saygının ihlali anlamına gelmeyeceğine işaret etmektedir. Aysal'a göre, ana veya babanın velayet hakkına dayanarak çocuğun soyadını belirlemelerine izin vermek, çocuğun meşru statüsünü sarsacak şekilde ana veya babanın çocuk üzerinde keyfi hareketlere yol açacak bir uygulamanın önünün açılması anlamına gelir (Aysal, s. 350).

31 Hegnauer, BK, Art. 270, N. 58; Oktay-Özdemir, Anayasa Mahkemesi, s. 195-196.

ahlaki, ruhi, fikri, iktisadi ve benzeri kriterler esas alınmalıdır.[32] Evlilik dışında dünyaya gelen ve velayeti anada olan çocuğun soyadının anadan farklı olmasının, onun gelişimi ve kişiliği üzerinde olumsuz etki doğurduğu tespit edilmiş ve ananın soyadını almasının onun yararına olacağı sonucuna varılmış ise bu durumun çocuğun soyadının ananın soyadıyla değiştirilmesi bakımından haklı sebep oluşturduğu söylenebilir.[33] Gerçekten de çocuğun bakımını ve gözetimini üstlenmiş olan ana ile çocuğun soyadının farklı olması, kimi durumlarda çocuğun menfaatinin korunması amacına aykırılık oluşturabilir.[34] Çocuğun sosyal ve hukuki ilişkilerinde ortaya çıkan değişiklikle birlikte, yasayla belirlenmiş soyadında da değişikliğe gidilmesini haklı gösterecek durumların ortaya çıkması oldukça muhtemeldir.[35]Ancak her durumda çocuğun, yanında yetişip büyüdüğü anadan farklı bir soyadı taşımasının, tek başına çocuk için zarar verici sonuçlar meydana getireceği ve soyadının değiştirilmesinde haklı sebep oluşturacağı sonucuna varıl-

---

32 Öztan, Aile Hukuku, s. 1015; Margot Michel, Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Basel, 2012, Art. 270, N. 10. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şu belirlemeyi yapmıştır: "Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği konusunda bir yasal düzenleme bulunmadığından ve esasen bu konuda bir kıstas belirlenmesi de söz konusu olmadığından, haklı sebebin var olup olmadığı, her bir davadaki özel koşullara göre mahkemece belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok, değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir."(Y.3. HD., 2.3.1989 T., 1012 E., 375 K.).

33 Rona Serozan, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 771, Çocuk Hukuku, s. 239; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 118-119; Öztan, Aile Hukuku, s. 1015; Ayan, s. 65; Arzu Genç-Arıdemir, "Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı,* 2011/II - 2012/I, Prof.Dr. Erhan ADAL'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 742; Oktay-Özdemir, Anayasa Mahkemesi, s. 196, dpn. 22; Mortaş, s. 339; Birinci Uzun, s. 107; Işıntan, s. 273; Pehlivan, s. 823; Michael Rüfenacht, "Praxis des Bundesgerichts zur Namensänderung beim Scheidungskind", recht, Heft 2, Bern, 2005, s. 65; Rolf Häflinger, Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, Zürich, 1996, s. 262; Hegnauer, Kindesecht, § 16, N. 16.14, BK Art. 270, N. 20; Peter Breitschmid, "Der Name des Kindes: Namenskontinuitaet odar Namenskoordination mit Betreuungssitiation? Bemerkung zu BGE 132 III 497")., ZVW, Jahrgang 62, 2007, s. 32.

34 Çocuk ananın soyadını taşımaması nedeniyle kendini aileden dışlanmış hissediyorsa, bu konuda aile ve çevreden tepki ya da baskı görüyorsa, bu durumun çocuğun yararına olduğu düşünülemez (Deniz Ergene, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", MHB, Y. 31, Sy. 2, İstanbul, 2011, s. 141).

35 Hegnauer, BK, Art. 270, N. 57-58; Regina E. Aebi-Müller, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012, Art. 30, N. 2; Özen, s. 184.

maz. Yasa gereği kazandığı soyadını taşıyan çocuğun hangi nedenden dolayı somut ve ciddi bir zarar göreceği ispatlanmalıdır.[36]

Yargıtay konuya ilişkin kararlarında velayet hakkının anaya verilmiş olmasının çocuğun soyadının değiştirilmesi bakımından haklı neden sayılmadığını, babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun şekilde açılan bir dava yoluyla değişmedikçe çocuğun soyadının değişmeyeceğini ve velayet hakkına dayanarak ananın bu yönde bir talepte bulunamayacağını belirtmiştir.[37]

İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli kararlarında çoğunlukla, çocuğun soyadının, velayetinin bırakıldığı ve birlikte yaşadığı ananın soyadıyla değiştirilmesi yönündeki talepleri, çocuğun menfaatine uygun düşeceği gerekçesiyle kabul etmekteydi. Federal Mahkeme kararlarında, ananın yanında büyüyen çocuğun ondan farklı bir soyadı taşımasının, çocuk için büyük oranda olumsuz etkiler yaratacağını belirtmiştir.[38]

Federal Mahkeme, sonraki tarihli kararlarında ise çocuğun soyadının velayet hakkı sahibi ananın soyadıyla değiştirilmesi yönündeki talepleri, değişen sosyal yaşam koşulları ve farklı soyadının tek başına çocuk üzerinde olumsuz etki yaratmayacağı gerekçesiyle reddetmektedir. Federal Mahkeme'ye göre, sosyal yaşamda ortaya çıkan gelişmeler nedeniyle, artık çocuğun anadan farklı bir soyadı taşımasının, çocuk açısından tek başına sosyal bir olumsuzluk yarattığı ve soyadının değiştirilmesinde haklı sebep oluşturduğu söylenemez. Çocuğun anadan farklı soyadı taşımasının neden ve nasıl bir olumsuz etki yarattığının somut olarak ispatlanması gerekir.[39]

---

36 Ayan, s. 65; Mortaş, s. 323, 36; Özen, s. 184. Özen'e göre, babasının soyadını taşıyan çocuk, sırf bu nedenle ciddi ve somut bir mağduriyete uğramaktaysa ve ananın soyadını alması bu mağduriyeti ortadan kaldıracaksa, o takdirde soyadı değişikliğini haklı gösteren bir sebebin bulunduğu kabul edilebilir (Özen, s. 185).

37 Y.18 HD., 11.12.1996 T., 10269 E., 11112 K.; 18 HD., 23.2.2009 T., 11663 E., 1466 K.; 18 HD., 25.10.2002 T., 8139 E., 10431 K.; YHGK., 25.12.2013 T., 18-464 E., 1698 K.; 13.03.2015 T., 18-1755 E., 1039 K.

38 BGE 105 II 247, 252; 108 II 247, 250-253; 109 II 177, 179; 110 II 433, 434; 119 II 307, 309. Sutter-Somm/Kobel, N. 819; Häflinger, s. 256; Rüfenacht, s. 63; Aebi-Müller, CHK-Handkomm., Art. 30, N. 2.

39 BGE 121 III 145, 147-148; 124 III 401, 403; 126 III 1, 2-3; BGer 5C.163/2002, E. 2.2.2; 5C.97/2004, E.3; 5C.9/2006, E.5; 5A_624/2010, E.3.3). Sutter-Somm/Kobel, N. 819; Stephani Hrubesch-Millauer, Berner Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin kim tarafından talep edileceğine ilişkindir. Bu konuda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, evlilik birliği içinde doğan veya evlilik birliği dışında doğmuş olup babasıyla soybağı ilişkisi kurulan çocuk, TMK'nun 321. maddesi uyarınca babasının soyadını taşımak zorundadır. Çocuğun soyadı bu suretle belirlendikten sonra, ergin oluncaya kadar velayet hakkına ve sair nedenlere dayanarak soyadının değiştirilmesi, TMK'nun 321. maddesinde yer alan düzenleme karşısında mümkün değildir. Çocuk ergin olduktan sonra haklı sebep varsa soyadını değiştirmek üzere dava açabilir.[40]

Bir diğer görüşe göre ise ad değiştirmek şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan, çocuk, ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece, soyadının değiştirilmesini talep edebilir.[41] Ancak sınırlı ehliyetsizler yönünden ad değiştirilme taleplerinin yasal temsilcinin rızasına bağlı tutulmasının çıkar durumlarına daha uygun düşeceği savunulmaktadır.[42] Adın değiştirilmesini talep hakkı her ne kadar şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde ise de bu dava sonucunda küçüğün maddi ve manevi yükümlülükler altına girmesi ihtimali bulunduğu gerekçesiyle yasal temsilcinin rızasının alınması gerektiği kabul edilmektedir.[43] Esasen TMK'nun 16/I. maddesi hükmü karşısında, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ad değiştirme taleplerinin yasal

---

Art.1-9 ZGB, Bern, 2012, Art. 4, N. 440; Rüfenacht, s. 63; Sibylle Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer/Vito Roberto, Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern, 2011, s. 200; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 17, N. 17.15; Aebi-Müller, CHK-Handkomm., Art. 30, N. 2-3.

40 Dural/Öğüz, s. 170; Baygın, s. 101; Aysal, s. 345. Yargıtay da, soyadının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu belirttikten sonra, çocuğun soyadının değiştirilmesi davasının yasal temsile kapalı olduğunu, çocuğun ergin olduktan sonra kendi adına dava açabileceğini açıkça ifade etmiştir (YHGK., 12.10.2011 T., 18-535 E., 622 K.; Y.18. H D., 29.04.2002 T., 2635 E., 4981 K.; 25.10.2002 T., 8139 E., 10431 K.; 29.09.2003 T., 4315 E. 6899 K.; 23.02.2009 T., 11663 E., 1466 K.; 16.06.2011 T., 4986 E., 7207 K.; 8.06.2013 T., 8551 E., 10693 K.).

41 Hegnauer, BK, Art. 270, N. 60; Andrea Büchler, OFK- ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3, Aufl., Zurich, 2016, Art. 30, N. 7; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar), 6. Bs., Ankara, 1994, s. 176; Serozan, Kişiler Hukuku, s. 475; Helvacı, s. 179; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 122-123; Özen, s. 193; Gençcan, s. 1494; Işıntan, s. 274.

42 Öztan, Aile Hukuku, s. 1016, Şahsın Hukuku, s. 176; Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bs., İstanbul, 1979, s. 201; Dural/Öğüz, s. 170.

43 Öztan, Şahsın Hukuku, s. 176.

temsilcilerinin rızasına bağlı tutulmasını, kanun sistemi ile bağdaştırmak güç görünmektedir.

Haklı sebebe dayanarak soyadının değiştirilmesi talebinin, nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun soyadının değiştirilmesinin yasal temsilcisi tarafından talep edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.[44] Ancak soyadı değişikliği için açılacak davada çocuğun ana babasının yasal temsilci sıfatıyla hareket etmesi yerinde görülmemektedir. Çocukla ilgili her durumda yol gösterici nitelikte olan çocuğun üstün yararı ilkesi, soyadının değiştirilmesi talebinin değerlendirilmesinde de temel hareket noktası olacaktır. Soyadının değiştirilmesine ilişkin davada ana baba soyadı değişikliğiyle ilgili olarak kendi görüş ve değerlendirmelerini aktaracağından, başka bir ifadeyle çocuğun menfaatiyle ana ve babanın menfaati karşı karşıya gelebileceğinden, ana veya babanın çocuğun yasal temsilcisi olarak hareket edememeleri gerekir. Böyle bir durumda başvurulacak yol çocuğa kayyım tayin etmek olmalıdır.[45]

Evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında tanıma veya babalığa hükmedilmesiyle soybağının tesis edilmesi, çocuğun mutlaka babasının soyadını alması için yeterli bir gerekçe olmamalıdır. Aynı şekilde evlilik dışında dünyaya gelmiş olup babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olan çocuğun, her durumda mutlak surette ananın soyadını alması gerektiği yönündeki emredici bir düzenleme de isabetli değildir. Evlilik dışında doğan çocuğun soyadının tespitinde esas olan çocuğun üstün menfaatidir. Evlilik dışında dünyaya gelen ve ananın velayeti altında bulunan çocuk, anayla birlikte yaşıyor ve onun tarafından yetiştiriliyor ise sadece babasıyla arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı ilişkisinin kurulmuş olması sebebiyle çocuğun babasının soyadını alacağı sonucuna varılması her durumda çocuğun menfaatine uygun bir çözüm olmayabilir. Bu itibarla evlilik dışında doğan çocuğun soyadı hususunda bağlayıcı bir kural yerine,

---

44 Öztan, Aile Hukuku, s. 1016, Şahsın Hukuku, s. 177; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 122; Serozan, Kişiler Hukuku, s. 475; Özen, s. 193; Helvacı, s. 179; Özsunay, s. 201; Gençcan, s. 1494; Hegnauer, BK, Art. 270, N. 60, Kindesecht, § 16, N. 16.13; Büchler, OFK- ZGB Komm., Art. 30, N. 7. BGE 110 II 433; 117 II 6, 7.

45 Hegnauer, BK, Art. 270, N. 53-54, 60-62, Kindesecht, § 16, 16.13; Öztan, Aile Hukuku, s. 1016; Özen, s. 194.

ya çocuğun velayet hakkı sahibi ebeveyn ile soyadı benzerliğine olanak tanınması[46] ya da hakime somut olayın şartlarına göre çocuğun menfaatini gözetebilecek nitelikte bir karar verebilmesi imkanının tanınması isabetli bir çözüm olacaktır.[47]

Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun soyadına ilişkin yasal düzenlemede yapılması önerilen değişikliğe göre, evlilik dışında doğan çocuk, ananın doğumu sırasında kullandığı soyadını almalıdır. *Çocuğun doğduğu sırada ana*a evliyse ve bu sebeple soyadı değişmişse, *çocuk ananın* bekarlık soyadını almalıdır. Babası ile arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı ilişkisi kurulan çocuğun babasının soyadını alması, velayetin babaya verilmiş olması ve haklı sebeplerin gerektirmesi halinde mümkün olmalıdır. Yani evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, babasıyla arasında soybağı kurulmuş bile olsa, velayet anada kaldığı sürece çocuğun ananın soyadını taşımasının daha uygun olacağı kabul edilmektedir.[48]

II- EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUK İLE ANA ARASINDA DOĞUMLA KURULAN SOYBAĞININ TESPİTİ

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus soybağına ilişkindir. Ancak belirtmek gerekir ki, soybağı kapsamında tartışılacak mesele, çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmuş olmasından bağımsız olarak, ananın herhalde karşılaşabileceği bir meselidir.

TMK'nun 282. maddesinde ana ile çocuk arasındaki soybağının doğumla kurulacağı düzenlenmiştir. Kanun'da öngörülen bu kural, işin mahiyeti gereği olup, tabii bir olgu olan doğum olgusuna dayanmaktadır. Bu nedenle yalnızca doğum olayının varlığı, ana ve çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması için yeterli kabul edilmiştir. Çocuğun evlilik içinde veya dışında dünyaya gelmesi, anaya soybağı ile bağlanması bakımından herhangi bir fark yaratmaz.

---

46 Serozan, Kişiler Hukuku, s. 473.

47 Oktay-Özdemir, Anayasa Mahkemesi, s. 197-198; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 119; Akkayan Yıldırım, s. 89.

48 Ayan, s. 77; Dural/Öğüz, s. 162. Öğretide ileri sürülen bir diğer çözüm göre, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun anasının soyadını alacağı; çocuk ile babası arasında soybağının kurulmuş olduğu hallerde ise TMK'nun 27. maddesi çerçevesinde adın değiştirilmesi yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir (Akkayan Yıldırım, s. 85).

TMK'nun 28/II. maddesi gereğince, çocuk sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacağından, ana ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin, ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulduğu kabul edilmektedir.[49]

Çocuğu doğran ana tek bir kişi olacağından, ana her zaman bellidir. Burada çocuğu doğuran kadının tespiti soybağının kurulması için yeterlidir. Ana çocukla arasındaki soybağını, aynı şekilde çocuk da anayla arasındaki soybağını reddedemez.[50]

Belirtmek gerekir ki, herhangi bir sebeple çocuğun kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadın adına doğum siciline yazılması ve dolayısıyla bu kadının nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması, çocuk ile bu kadın arasında soybağı ilişkisi kurulduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespitine yönelik olarak açılacak dava nüfus sicilinin düzeltilmesi davası olacaktır.[51]

Nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada, ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespiti için doğum belgelerinin mevcut olmaması veya gerçeği yansıtmıyor olması halinde, başvurulacak yol tıbbi inceleme ve araştırma olacaktır. Soybağının belirlenmesine yönelik davalarda tıbbi inceleme ve araştırmalara ilişkin TMK'nın 284/b.2. maddesi ile HMK'nın 292/I. maddesi olmak üzere iki yasal düzenleme yürürlüktedir.

Soybağına ilişkin davalarda yargılama usulünü düzenleyen TMK'nın 284/b.2. maddesine göre, taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemeye rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse,

---

49 Öztan, Aile Hukuku, s. 868; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 16, N. 16.09.

50 Hegnauer, BK, Art. 252, N. 38; Johannes Reich, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012, Art. 252, N. 10; Tuor/Schneider/Schmid/Rumo Jungo, § 39, N. 9; Schwenzer, BSK, Art. 252, N. 9; Öztan, Aile Hukuku, s. 868.

51 Öztan, Aile Hukuku, s. 868; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 244; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 513; Gençcan, s. 1005. Y. 2. HD., 5.4.1999 T., 1104 E., 3027 K.; 07.06.2000 T., 5846 E., 7583 K.; 01.06.2009 T., 5650 E., 10465 K.; 17.06.2010 T., 9422 E., 12119 K.

durum ve koşullara göre bundan beklenen sonuç, onun aleyhine doğmuş sayılabilir. Kanun koyucu TMK'nın 284/b.2. maddesinde inceleme ve araştırma yükümlülüğüne riayet edilmemesi halinde, davalının rızası aranmaksızın zorla inceleme ve araştırmaya dahil edilebileceğine dair bir hükme yer vermemiştir.[52] HMK'nın 292/I. maddesine göre ise uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hakim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir.

Soybağının belirlenmesine yönelik tıbbi inceleme ve araştırmalarla ilgili olarak yürürlükte bulunan TMK'nın 284/b.2. maddesi ve HMK'nın 292/I. maddesinden hangisinin uygulama alanı bulacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, HMK'nın 292/I. maddesinin TMK'nun 284/b.2. maddesini zımnen yürürlükten kaldırdığını ileri sürmektedir. Bu görüşü savunanlar, soybağına ilişkin davaların kamu yararının korunmasına hizmet ettiğini ve kamu yararının kişi yararına kıyasla her zaman üstün tutulması gerektiğini belirtmektedirler. Kanun koyucu, bireysel özgürlüklerden çok, maddi gerçeğin ortaya çıkmasının sağlayacağı menfaati üstün tutmuştur.[53]

---

52 Öztan, Aile Hukuku, s. 871; Emel Badur, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017, s. 260; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 178, 215; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 252. Y.4. CD., 11.03.2013 T., 5356 E., 6985 K.; Y. 2. HD., 28.03.2013 T., 4904 E., 5957 K.

53 Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara, 2016, s. 969-970; Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", İTÜSBD, C. 12, Sy. 24, İstanbul, 2013, s. 113-115; İbrahim Özbay/Şerife Aksan Nar, "Son Yasal Değişikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul", *EÜHFD*, C. 14, Sy. 3-4, Kayseri, 2010, s. 212; Kılıçoğlu, s. 520; Nagehan Kırkbeşoğlu, "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme Kökeni Öğrenme Hakkı", TAAD, Y. 7, Sy. 24, Ankara, 2016, s. 219; Sezin Aktape Artık, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?", İTÜSBD, C. 10, Sy. 20, İstanbul, 2011, s. 169, dpn. 50; Murat Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Ankara, 2015, s. 191. Öztan, HMK'nda yer alan hükmün, TMK'nun ilgili maddesine kıyasla özel hüküm olduğunu ve kanun koyucunun çocuğun soybağını bilmesine ilişkin kişilik hakkını, tıbbi incelemeye taraf olan kişilerin vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik hakkından üste olduğunu belirtmektedir (Öztan, Aile Hukuku, s. 894).

Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre, maddi hukuk kuralı olan TMK'nın 284/b.2. maddesine, HMK'nın 292/I. maddesi karşısında üstünlük tanınması gerekir.[54]

Her iki normunda yürürlükte olduğunu belirten Kuru'ya göre ise davalının hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi halinde, hakimin HMK 292/I. maddesi uyarınca incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebileceği gibi; durum ve koşullara göre TMK'nın 284/b.2. maddesi çerçevesinde bundan beklenen sonuç davalının aleyhine doğmuş sayılabilecektir.[55]

TMK'nun 284. maddesinde yer alan *"Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır."* ifadesine rağmen, HMK'nın 292. maddesinin yürürlüğe girmesiyle TMK'nun 284. maddesinin yürürlükten kalktığını söylemek mümkün görünmemektedir.

TMK ve HMK'nın sözü edilen maddelerinin uygulama alanına ilişkin de bir farklılık söz konusudur. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, TMK'nın sistematiği gereği, soybağına ilişkin davalar çocukla baba arasındaki soybağının mahkeme kararıyla kurulması veya kaldırılmasına yöneliktir. Buna karşılık HMK'nın 292. maddesinin uygulama alanı daha geniş olup, TMK'da düzenlenen soybağına ilişkin davalar kapsamında değerlendirilemeyecek olan nüfus sicilinin düzeltilmesine yönelik davalarda da uygulanabilir.[56]

TMK'nun 284. maddesinin *"soybağının kurulması"* başlığı altında düzenlenmiş olması, nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada çocuğu doğuran ana ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin tespitinde uygulama alanı bulamayacağını düşündürmektedir. Zira çocuk ile onu doğuran kadın arasındaki soybağı doğumla birlikte za-

---

54 Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bs., Ankara, 2014, s. 839. Dural/Öğüz/Gümüş'e göre, TMK'nun 284. maddesinde, soybağına ilişkin davalarda, söz konusu maddede öngörülen kurallar saklı kalmak kaydıyla HMK hükümlerinin uygulanacağının belirtilmiş olması, kanun koyucu tarafından soybağına ilişkin davalarda TMK'nda düzenlenen hükümlere bir öncelik tanındığına işaret etmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 253; aynı yönde bkz. Oktay Özdemir/Tek, s. 927; Badur, s. 255, 265).

55 Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016, s. 434.

56 Badur, s. 265.

ten kurulmuş olup, nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, çocuk ile ana arasında soybağının kurulmasına değil, tespitine hizmet eder. TMK açısından çocukla ana arasındaki soybağı doğumla kurulduğundan, yargısal yolla kurulabilecek tek soybağı, çocukla baba arasındaki soybağıdır. Diğer taraftan hükümde sadece davalıdan söz edilmiş, davacıya hiç yer verilmemiş olması da, bu kuralın yalnızca babayla çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasına yönelik olarak açılacak davalarda uygulanacağına işaret etmektedir.

Şu halde, çocuğun kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadının nüfus siciline kaydedilmesi halinde nüfus kaydının düzeltilmesi talebiyle açılan davalarda ana olduğu iddia olunan kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespitine yönelik olarak yapılacak genetik incelemelerle ilgili olarak başvurulabilecek hüküm HMK'nın 292/I. maddesidir. Buna göre, ana olduğu iddia olunan kadının çocuğu doğran kadın olup olmadığının tespitine yönelik genetik incelemeye haklı bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesi halinde hakim, zor kullanarak kan ve doku alınmasına karar verebilecektir.

Kan ve doku alınmasına izin vermeyen kişiden zorla kan ve doku alınması kişilik hakkının ihlali olup insan onuruyla bağdaşmayan bir uygulamadır. Genetik inceleme yapılmasına haklı bir sebep olmaksızın izin vermemenin yaptırımı zor kullanmak suretiyle ilgilinin bedensel bütünlüğüne müdahale olmayıp sadece kaçınan kişi aleyhine fiili bir karine yaratılmasından ibarettir.[57] Hakim, somut olayın şartlarına göre tıbbi incelemeyle ispatlanmak istenen olgunun ispatlanmış sayıldığına karar verebilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan varılan sonuca göre, baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasına yönelik davalarda soybağının tespiti amacıyla yapılacak genetik incelemeler bakımından gerek TMK'nın 284/b.2. maddesinin gerekse HMK'nın 292. maddesinin uygulanması söz konusu olabilecekken, ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespitine yönelik genetik in-

57 Oktay Özdemir/Tek, çocuğun soybağını öğrenmesindeki menfaati ile kişinin vücut bütünlüğüne rızası olmaksızın müdahale edilmesi arasında büyük bir oransızlık olduğunu belirtmektedirler (Saibe Oktay Özdemir/ Gülen Sinem Tek, "Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 925).

celemeler bakımından yalnızca içinde insan onuruyla bağdaştırılması mümkün olmayan ağır kişilik hakkı ihlalini barındıran HMK'nın 292/I. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında da, nüfus kaydında hatalı olan ana kaydının düzeltilmesi talebiyle açılan davada, yerel mahkeme tarafından davalılara ihtarlı davetiye çıkarıldığı halde, davalıların DNA incelemesi için icabet etmemeleri üzerine, mevcut delil ve beyanlarla davanın kabulüne karar verilmesi, "*HMK'nın 292. maddesi gözetilerek işlem yapılması gerekirken eksik inceleme sonucunda yazılı şekilde karar verilmesi*" gerekçesiyle doğru görülmemiştir. Yargıtay, bilinçli bir tercihle TMK'nun 284. maddesinden hiç söz etmeyerek, sadece HMK'nın 292. maddesi uyarınca zorla inceleme yapılması gerektiğine işaret etmiştir.[58]

Aynı Daire, babalığın tespitine ilişkin kararında, çocuk, ana ve baba olduğu iddia edilen kişiye ait gerekli kan ve doku örnekleri alınarak DNA incelemesi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, taraf beyanlarıyla yetinilerek karar verilmesini, bozma sebebi olarak kabul etmiştir.[59] Yargıtay'ın bu kararında TMK'nun 284. ve HMK'nın 292. maddelerine aralarında bir üstünlük ilişkisi kurmaksızın değinmiş olması, soybağının kurulması davaları açısından her iki maddenin de uygulanabilir olduğu görüşünde olduğu sonucuna varılabilmektedir.[60]

SONUÇ

Ana ile evlilik dışında dünyaya gelen çocuk arasındaki ilişkileri konu alan TMK hükümlerinden öğreti ve uygulamada tartışma konusu olanların başında çocuğun soyadı meselesi gelmektedir.

Evlilik dışında doğan çocuğun velayeti kural olarak fiil ehliyetine sahip anadadır. Ancak evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında tanıma veya babalık davası yoluyla soybağı ilişkisi kurulmuş ise velayet anada olmasına rağmen çocuk babanın soyadıyla nüfus kütüğüne kaydedileceğinden, velayet hakkı sahibi ana ile çocuğun soyadının

58 Y. 18. HD., 16. 10. 2014 T., 7595 E., 14283 K.
59 Y. 18. HD., 13. 10. 2014 T., 6038 E., 13961 K.
60 Badur, s. 266.

farklı olması sonucu ortaya çıkabilecektir. Velayet anada olduğu ve çocuğun ana tarafından temsil edildiği halde, soyadının anadan farklı olması, resmi işlemlerde bir takım zorluklara neden olduğu gibi, çocuğun gelişimi ve kişiliği üzerinde olumsuz etkiler de doğurabilir.

Şu halde, evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında tanıma veya babalığa hükmedilmesiyle soybağının tesis edilmesi, çocuğun mutlaka babasının soyadını alması için yeterli bir gerekçe olmamalıdır. Aynı şekilde evlilik dışında dünyaya gelmiş olup babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olan çocuğun, her durumda mutlak surette ananın soyadını alması gerektiği yönündeki emredici bir düzenleme de isabetli değildir. Çocuğun soyadının nasıl belirleneceğine ilişkin kesin ve bağlayıcı bir düzenleme yapmak yerine, somut olayın şartlarına göre çocuğun çıkarını değerlendirmeye imkan tanıyan esnek bir düzenleme kabul etmek amaca en uygun çözüm olacaktır. Buna göre, evlilik dışında doğan çocuk, ananın doğumu sırasında kullandığı soyadını almalıdır. Çocuğun doğumu sırasında ana evliyse ve bu sebeple soyadı değişmişse, çocuk ananın bekarlık soyadını almalıdır. Babası ile arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı ilişkisi tesis edilen çocuğun babasının soyadını alması, velayetin babaya verilmiş olması ve haklı sebeplerin gerektirmesi halinde mümkün olmalıdır.

Evlilik dışında doğan çocuk ile ana arasındaki ilişkiler kapsamında tartışma konusu olabilecek bir diğer mesele, soybağının tespiti konusundadır. Esasında üzerinde durulan husus, sadece evlilik dışında değil, evlilik içinde doğan çocuğun ana bakımından soybağının tespitinde de gündeme gelebilecektir.

TMK'nun 282. maddesine göre, ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulmaktadır. Ancak herhangi bir sebeple çocuğun kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadın adına doğum siciline ve dolayısıyla bu kadının nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması, çocuk ile bu kadın arasında soybağı ilişkisi kurulduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespitine yönelik olarak açılacak olan dava nüfus sicilinin düzeltilmesi davasıdır.

Nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespiti için gerekli olan doğum belgelerinin mevcut olmaması veya gerçeği yan-

sıtmıyor olması halinde başvurulacak yol tıbbi inceleme ve araştırma olacaktır. Soybağının belirlenmesine yönelik davalarda tıbbi inceleme ve araştırmalar ilişkin TMK'nın 284/b.2. maddesi ile HMK'nın 292/I. maddesi olmak üzere iki yasal düzenleme yürürlüktedir.

Anılan bu iki düzenleme arasında en önemli fark, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan inceleme ve araştırmaya haklı bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesinin sonucuna ilişkindir. TMK'nın 284/b.2. maddesine göre, davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermez ise durum ve koşullara göre bundan beklenen sonuç, onun aleyhine doğmuş sayılabilir. HMK'nın 292/I. maddesine göre ise hakimin öngördüğü inceleme ve araştırmaya rıza gösterilmemesi halinde, hakim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir.

TMK'nun 284. maddesinin *"soybağının kurulması"* başlığı altında düzenlenmiş olması, nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada çocuğu doğuran ana ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin tespitinde uygulama alanı bulamayacağını düşündürmektedir. Zira çocuk ile onu doğuran kadın arasındaki soybağı doğumla birlikte zaten kurulmuş olup nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, çocuk ile ana arasında soybağının kurulmasına değil, tespitine hizmet edecektir. Şu halde, ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespitine yönelik genetik incelemeler bakımından yalnızca içinde insan onuruyla bağdaştırılması mümkün olmayan ağır kişilik hakkı ihlalini barındıran HMK'nın 292/I. maddesi uygulama alanı bulacak ve ana olduğu iddia olunan kadının genetik incelemeye haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermemesi halinde, hakim zor kullanarak kan ve doku alınmasına karar verebilecektir.

Kaynakça

Acabey Mehmet Beşir, Soybağı, İzmir, 2002.

Aeb,-Müller Regina E., CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012. (CHK-Handkomm.)

Akkayan Yıldırım Ayça, "Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul, 2010, s. 69-90.

Aktape Artık Sezin, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?", *İTÜSBD*, C. 10, Sy. 20, İstanbul, 2011, s. 145-177.

Ayan Serkan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *GÜHFD*, C. XVI, Sy. 4, Ankara, 2012, s. 19-90.

Aysal Mustafa, "Velayet Hakkı Kapsamında Çocuğun Soyadı Değişikliği", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku), Ankara, 2017, s. 341- 353.

Badur Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017.

Baş Süzel Ece/Kurtulan Gökçe, "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, Sy. 135-136, İstanbul, 2015, s. 77-89.

Baygın Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010.

Birinci Uzun Tuba, "Aile Soyadı Çıkmazı, Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sy. 4, Ankara, 2016, s. 99-137.

Breitschmid, Peter, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012. (CHK-Handkomm.)

Breitschmid Peter, "Der Name des Kindes: Namenskontinuitaet odar Namenskoordination mit Betreuungssitiation? Bemerkung zu BGE 132 III 497")., ZVW, Jahrgang 62, 2007, s. 31-33.

Büchler Andrea, OFK- ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3, Aufl., Zurich, 2016. (OFK-ZGB Komm.)

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2012.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 11. Bs., İstanbul, 2011.

Enders Wolfgang, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 42. Edition, Stand: 01.02.2017.

Ergene Deniz, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", MHB, Y. 31, Sy. 2, İstanbul, 2011, s. 123-176.

Genç-Arıdemir Arzu, "Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Özel Sayısı, 2011/II - 2012/I, Prof.Dr. Erhan Adal'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 731-753.

Gençcan Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara, 2011.

Häflinger Rolf, Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, Zürich, 1996.

Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, Kişiler Hukuku, 2. Bs., İstanbul, 2013.

Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5.Aufl., Bern, 2014.

Hegnauer Cyril, Grundriss des Kindesrecht und des übrigen Verwandschaftsrechts, Bern, 5. Aufl., 1999. (Kindesrecht)

Hegnauer Cyril, Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abteilung: Die Verwandschaft, 2. Teilband: Die Wirkungen des Kindesverhaeltnisses, 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art.270-275 ZGB; Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art.276-295 ZGB, Bern, 1997.(BK)

Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, 4. Bs., İstanbul, 2012, s. 171.

Hofer Sibylle/Hrubesch-Mıllauer Stephanie/Roberto Vito, Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern, 2011.

Hrubesch-Millauer Stephani, Berner Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Art.1-9 ZGB, Bern, 2012. (BK)

Işıntan Pelin, "Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sy. 1, İstanbul, 2012, s. 265-279.

Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 513.

Kırkbeşoğlu Nagehan, "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme Kökeni Öğrenme Hakkı", *TAAD*, Y. 7, Sy. 24, Ankara, 2016, s. 199-225.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016.

Michel, Margot, Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Basel, 2012.

Mortaş Süleyman, "Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi", *GÜHFD*, C. XX, Sy. 2, Ankara, 2016, s. 311-369.

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 15. Bs., İstanbul, 2015.

Oktay-Özdemir Saibe, "Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 183-199. (Anayasa Mahkemesi)

Oktay-Özdemir Saibe, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", Prof. Dr. Zahit imre'ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 289-305.

Oktay Özdemir Saibe/Tek Gülen Sinem, "Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 909-931.

Özbay İbrahim/Aksan Nar Şerife, "Son Yasal Değişikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul", *EÜHFD,* C. 14, Sy. 3-4, Kayseri, 2010, s. 187-286.

Özbilen Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", *İTÜSBD*, C. 12, Sy. 24, İstanbul, 2013, s. 99-124.

Özen Burak, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", *MÜHF-HAD*, C. 16, S. 3-4, İstanbul, 2010, s. 171-194.

Özsunay Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4.Bs., İstanbul, 1979.

Öztan Bilge , Aile Hukuku, 6. Bs., Ankara, 2015. (Aile Hukuku)

Öztan Bilge, Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar), 6. Bs., Ankara, 1994. (Şahsın Hukuku)

Pehlivan Mehmet Gökhan, "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı İle Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Serdar Özgüldür Armağanı, Sy. 7, Ankara, 2016, s. 793-829.

Reich Johannes, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012. (CHK-Handkomm.)

Rüfenacht Michael, "Praxis des Bundesgerichts zur Namensänderung beim Scheidungakind", recht, Heft 2, Bern, 2005, s. 62-65.

Schwenzer Ingeborg, Basler Kommentar, ZGB I, Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl., Basel-Gnef-Münschen, 2006.

Serozan Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2014. (Kişiler Hukuku)

Serozan Rona, Çocuk Hukuku, 2. Bs., İstanbul, 2005. (Çocuk Hukuku)

Serozan Rona, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, s. 759-777.

Serozan Rona, "Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s.137-166.

Stehli Claudia, OFK- ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3, Aufl., Zurich, 2016. (OFK-ZGB Komm.)

Sutter-Somm Thomas/Kobel Felix, Familienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2009.

Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara, 2016.

Thurnheer Simon, "Die Namensaenderung in England und der Schweiz", Jusletter 6. Februar 2012. (Jusletter veri tabanı aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 15.04.2017)

Tuor Peter/Schneıder Bernhard/Schmıd Jörg/Rumo Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14.Aufl., Zürich, 2015.

Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bs., Ankara, 2014, s. 839.

Uyumaz Murat, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Ankara, 2015.

Von Sachsen Gessaphe Karl August Prinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Aufl., München, 2017.

TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

THE ARBITRABILITY OF CONSUMER DISPUTES UNDER TURKISH LAW

Gökçe KURTULAN*

Özet: Tahkim anlaşmasının konu bakımından kısıtlanması anlamına gelen tahkime elverişlilik hususu, hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin mümkün olduğuna ilişkin olup, kanun koyucuların hukuk politikası tercihleriyle yakından ilintilidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu tahkime elverişlilik hususunu *"aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar"* ifadesiyle ele almaktadır. Bununla birlikte "iki tarafın iradesine tâbi olmayan uyuşmazlık" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretinin yorumuna ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Bu çalışmada, esasen nitelikli bir borçlar hukuku sözleşmesi olan tüketici sözleşmesinin ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıkların *"iki tarafın iradelerine tâbi olmayan"* uyuşmazlıklar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve ihtiyari tahkime konu olup olamayacakları tartışılmaktadır. Çalışmanın devamında ise genel işlem koşulları arasında yer alan tahkim şartlarının geçerliliği hususu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tahkime Elverişlilik, Tüketici Uyuşmazlıkları, Tüketici Hakem Heyetleri, İhtiyari Tahkim, Genel İşlem Koşulları, Haksız Şart Denetimi

Abstract: The main focus of this work is to discuss the arbitrability of consumer contracts under Turkish law. The related provision of both domestic and international arbitration stipulate that a dispute is not arbitrable if *"it's related to the rights in rem or if the dispute is not subject to the wills of the parties"*. What should be understood from the expression of *"not subject to the wills of the parties"* has been discussed in scholarly writings and court decisions. The purpose of this work is to examine whether the consumer contracts fall under this expression and therefore are not considered as being arbitrable. Followingly, the validity of arbitration contracts/clauses in face of the unfair terms examination under consumer law will be discussed.

Keywords: Arbitrability, Consumer Disputes, Consumer Arbitration Panels, Mandatory Arbitration, Consensual Arbitration, Unfair Contract Terms, Standard Terms

* LL.M. London School of Economics and Political Science, İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, gokce.kurtulan@bilgi.edu.tr.

I. Giriş

Tahkim yargılamasının merkezinde tahkim anlaşmasının bulunduğu, üzerinde daha fazla açıklama gerektirmeyen bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, tarafların herhangi bir uyuşmazlığın "olağan" şekilde devlet mahkemelerinde çözülmesi yerine bir hakem ya da hakem heyeti tarafından yine nihai ve bağlayıcı bir şekilde çözülmesini sağlamaları için, bu yönde bir anlaşma yapmış olmaları şarttır. Başka bir deyişle, tahkim yargılamasının temelinde tarafların karşılıklı iradesi bulunmaktadır. Ancak sözleşme serbestisinin hâkim olduğu modern hukuk sistemlerinde dahi, tahkim anlaşmasına ilişkin taraf iradelerinin hem konu (objektif tahkime elverişlilik) hem de kişi bakımından (sübjektif tahkime elverişlilik/ehliyet) kısıtlandığı görülmektedir.[1] Bu çalışmada incelenecek olan tahkim anlaşmasının konu bakımından kısıtlanması veya dar anlamda tahkime elverişliliktir (*arbitrability*[2]).

Tahkime elverişlilik, başka bir ifadeyle bazı hususların bazı hususların tahkim yoluyla çözülmesinin önünün kapatılması, devletlerin tahkim yargılamasına yaptıkları müdahalenin bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.[3] Her ne kadar yıllar geçtikçe devletlerin tahkim yargılamasına olan müdahalesinin düzeyi görece azalsa da, bazı hususların tahkim elverişli olmadığının günümüzde hala geçerliliğini koruyan bir kısıtlama olduğu söylenebilir.[4] Genel bir ifadeyle, tarafların üzerinde irade serbestisinin bulunmadığı hususlar tahkim yargılamasının dışına taşınmaya çalışılmaktadır. Ancak hangi hususların tahkime elverişli olup olmadığı konusunda uluslararası bir düzenleme ya da genel kabul gören bir görüş bulunmamaktadır. UNCITRAL Model

---

1 Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 2.

2 "Arbitrability", Amerika Birleşik Devletleri hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının genel olarak geçerliliğini ifade eden bir terim olarak kullanılmakla birlikte, Kara Avrupası ülkelerinde bu terim tahkime elverişliliği karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Bkz. Jonh J Barcelo III, "Arbitrability Decisions Before, During and After Arbitration", Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series, No. 14- 24, ssrn.com/abstract=2483059, s.1; Huysal, s. 12.

3 Devletlerin tahkim yargılamasına müdahale ettiği bir diğer yol ise kararların iptalidir. İptal nedenlerinin geniş tutulması, söz konusu müdahalenin düzeyinin artması anlamına gelir. Nevhis Deren Yıldırım, Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul 2004, s. 27.

4 Huysal, s. 13.

Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrası da devletlere tahkime elverişlilik konusunda bir serbesti tanımıştır.[5]

Tahkime elverişlilik hususu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 408. maddesinde ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) 1. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmektedir. HMK'nın ilgili hükmü uyarınca, *"Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir."* MTK'da da buna çok benzer bir ifade yer almaktadır: "*Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz."*[6]

Tahkime elverişlilik aynı zamanda uluslararası metinlerde de yerini bulmuştur. Yukarıda bahsedildiği üzere UNCITRAL Model Kanunu'nun 1(5). maddesi,[7] Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu'nun II(1) ve V(2)(a) maddeleri[8] ve 1923 tarihli Cenevre Protokolü'nün 1. maddesinde[9] de bu kavrama yer verilmiştir.

Bu noktada "iki tarafın iradelerine tabi olmayan işler/uyuşmazlıklar" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği araştırılmalıdır. Hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceğini bir liste ile belirtmek yerine bu ucu açık ifadeyi benimsemiş olan Kanunlar karşısında,

---

5 Bkz. Deren Yıldırım, s. 27. UNCITRAL Model Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrası uyarınca: "This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law."

6 Belirtmek gerekir ki öğretide bir görüşe göre kanunun lafzı dikkate alındığında, bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığından değil, bu uyuşmazlıkların MTK kapsamı dışında bırakıldığından söz edilmelidir. Bkz. Turgut Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınevi,Ankara 2010, s. 29 vd. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 72 vd.

7 Bkz. dn. 5.

8 New York Konvansiyonu'nun tahkim anlaşmasına ilişkin II. maddesinde "… hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir meseleye taalluk eden ihtilaflar …" ifadesi yer almaktadır. Konvansiyon'un kararların tanınması ve tenfizine ilişkin V. maddesinde ise "tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilaf mevzuunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması" tanımanın ve tenfizin reddi hallerinden biri olarak sayılmıştır.

9 Protokol'ün 1. maddesinde "… tahkim yoluyla çözülmeye elverişlil her türlü uyuşmazlıklardan doğan…" ifadesi yer almaktadır.

Türk hukukunun emredici hükümlerinin yerinin ne olacağı değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun belirli bir ilişki ya da uyuşmazlık için emredici düzenlemeler getirmiş olması ve bunun sonucunda tarafların bu hususa ilişkin olarak serbest tasarruf yetkilerinin kaldırılmış ve iradelerinin kısıtlanmış olmasının, söz konusu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı anlamına mı geldiği önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte bu çalışmada, tüketici uyuşmazlıkları özelinde tahkime elverişlilik konusu incelenecek ve bu bağlamda yukarıdaki sorulara bir yanıt aranmaya çalışılacaktır.

II. Tahkime Elverişlilik Kavramı

Tahkime elverişlilik, kısaca, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olup olmadığıdır.[10] Bunun tahkim anlaşmasının geçerliliğinin bir şartı olarak değerlendirilmesinde ise öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş uyarınca, tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir hususdur ve tahkime elverişli olmayan bir konuya ilişkin olarak tahkim iradesi ortaya konulmuşsa, söz konusu tahkim anlaşması geçersizdir.[11] Bir diğer görüş ise tahkime elverişliliği tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir mevzu olarak ele almaktadır. [12]

Kanımızca hem HMK'nın hem de MTK'nın hakem kararının iptaline ilişkin hükümlerinin lafzı dikkate alındığında, tahkime elverişliliğin tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir gereklilik olduğu kabul edilmelidir. Öyle ki HMK'nın 439. maddesinde, iptal sebepleri arasında tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkime elverişlilik ayrı ayrı iki durum olarak sayılmıştır.[13] Aynı yönde, MTK'nın hakem kararlarının iptalini düzenleyen 15. maddesinde de tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkime elverişlilik birbirinden ayrı iki şart olarak sayılmıştır.[14]

---

10 Huysal, s. 12.
11 Huysal, s. 14.
12 Akıncı, s. 114.
13 Madde 439: "(…) a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, (…) g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, (…) tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir."
14 Madde 15: "Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir:
1. Başvuruyu yapan taraf;
a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa

Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu hakem kararının iptal edilebilir olduğu ortaya koyulduktan sonra, hangi uyuşmazlıkların Türk hukuku uyarınca tahkime elverişli olmadığı üzerinde durmak gerekir. "İki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar" ifadesi, bu sorunun yanıtlanması için yeterince yol gösterici değildir. Kuşkusuz ceza hukuku, idare hukuku gibi kamu hukuku uyuşmazlıklarının çoğunda ve kamu düzenine ilişkin kabul edilen aile ve miras hukuku uyuşmazlıklarında taraf iradelerinin rolünün kısıtlı olduğu ortadadır.[15] Bununla birlikte bunlardan başka birçok özel hukuk sözleşmesinde de tahkime elverişlilik hususu gündeme gelmektedir. Örneğin kira sözleşmelerinde,[16] iş sözleşmelerinde,[17] taksitle satım sözleşmelerinde[18] ve aşağıda tartışılacak olmakla birlikte tüketici sözleşmelerinde durum böyledir.

Bu örneklerden yola çıkarak tahkim ile çözülmesi mümkün ol-

Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu (…)İspat ederse veya,
2. Mahkemece;
a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı (…) tespit edilirse. (…)"

15 Aynı yönde Akıncı, s. 77-78.

16 Her ne kadar MTK'nın ilgili maddesinde "Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar" için tahkim yolunun kapalı olduğu belirtilmiş olsa da, taşınmaz kiralarına ilişkin uyuşmazlıkların da Yargıtay tarafından tahkime elverişli kabul edilmediği görülmektedir. Bu kararlar için bkz. Akıncı, s. 74.

17 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. (...) taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür." ifadesi yer almaktadır. Böylece iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bağlamında sadece işe iade davalarının tahkime elverişli olduğu söylenebilir. Ancak Yargıtay, bu tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesini, ancak uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılmış olmasına bağlamıştır. Bkz. Akıncı, s. 80-81.

18 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 262. maddesi uyarınca taksitle satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkün değildir. Madde metni şu şekildedir: "Yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz." Bununla birlikte 263. maddenin son fıkrası uyarınca bu hüküm, "alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda" uygulama bulmayacaktır. Başka bir deyişle taksitle satım sözleşmelerinin tahkime elverişli olmadığına ilişkin 262. madde, ancak tüketici sözleşmeleri için anlam kazanacaktır.

mayan uyuşmazlıklar arasında ikili bir ayrıma gitmek mümkündür:[19] Birinci kategori, kamu düzenini yakından ilgilendiren ve bu yüzden devlet mahkemeleri yerine hakemler tarafından çözümlenmesi uygun görülmeyen uyuşmazlıklardır. Bir adam öldürme ya da dolandırıcılık suçunun, boşanma veya evlat edinmenin veya bir idare hukuku uyuşmazlığının taraflarca atanan hakem tarafından çözüme kavuşturulması kabul görmemektedir. Bunun arkasında yatan neden kuşkusuz günümüzde hala hâkim olan tahkimin devlet yargısının tam bir alternatifi olduğu görüşünün benimsenmiyor olmasıdır. İkinci kategori ise, özellikle yargı içtihatlarıyla ortaya konulduğu üzere, taraflardan birinin daha güçsüz konumda olduğu kabul edilen uyuşmazlıklardır. Bu hallerde güçsüz tarafın tahkim iradesinin tamamen kendi rızasına dayalı olmadığı varsayılmaktadır. Öyle ki bir kira veya iş sözleşmesine tahkim şartı konulmuş olsa bile, bu şartın geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Kanımca bu sözleşmelerin taraflarından birinin her zaman daha güçsüz konumda olduğunun kesin bir şekilde kabul edilmesinin ne kadar isabetli olduğu günümüzde tartışmaya açıktır. Örneğin büyük bir şirketin idare merkezini satın almak yerine kiralamayı tercih ettiği durumda, hangi tarafın daha güçsüz konumda olduğu sorgulanabilir. Aynı yönde üst düzey bir yönetici ile akdedilen iş sözleşmesinde tarafların eş konumda olmadıklarını ileri sürerek olası bir tahkim şartını geçersiz kabul etmenin ne kadar isabetli olduğu tartışılabilir. Durum bu olmakla birlikte, aşağıda görüleceği üzere Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da kural olarak tahkime elverişli olmadığının kabul edildiği görülmektedir.

Tüketici uyuşmazlıklarında ise durum daha çetrefil bir hal almaktadır. Ancak tüketici uyuşmazlıklarındaki durumu incelemeye geçmeden önce, tahkime elverişliliğin tahkimin farklı aşamalarındaki sonuçları üzerinde durmakta fayda vardır.

---

19 Huysal, objektif tahkime elverişlilik bağlamında tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkları genel olarak üç başlık altında toplamıştır. Bu başlıklardan ilkini ülkelerin kamusal çıkarlarıyla yakından ilgili olan uyuşmazlıklar, ikincisini hakemlerin yetkilerinin kamusal organların yetkileriyle çatıştığı uyuşmazlıklar ve son başlığı ise uyuşmazlığın taraflarından birinin zayıf konumda olduğu haller oluşturmaktadır. Bkz. Huysal, s. 25.

III. Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olmamasının Sonuçları

a. Genel olarak

Tahkime elverişliliğin tahkim şartının geçerliliğini etkileyen fakat ondan bağımsız bir şart olduğunun bir diğer göstergesi, bu iki hususun tespiti için uygulanacak hukukun birbirinden farklı olmasıdır. Milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk MTK m. 4/3 *uyarınca "tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuk veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukuku"* olacaktır. Bununla birlikte MTK m. 15 uyarınca, tahkime elverişlilik sorunu, tarafların seçeceği bir hukuka göre değil Türk hukukuna göre çözümlenecektir.[20] Ulusal tahkimin düzenlendiği HMK'da da durum tabii olarak değişmemektedir.[21]

Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığın bir hakem kararı ile çözümlenmesi halinde söz konusu bu kararın akıbetinin ne olacağı, tahkime elverişlilik hususunun önemine işaret etmektedir. Şimdiden belirtilmelidir ki, tahkime elverişlilik itirazının başarılı olması durumunda hakemlerin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktan kaçınması mümkün olduğu gibi, tahkime elverişli olmayan bir konunun tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması halinde de söz konusu hakem kararının iptali gündeme gelebileceği gibi, bu kararın tanınması ve tenfizinin reddi de söz konusu olacaktır. Aşağıda tahkime elverişlilik itirazının ve tahkime elverişlilik hususunun resen dikkate alınması durumunun hakem veya hakem heyeti ve mahkemeler üzerindeki etkisi ayrı ayrı incelenecektir.

b. Hakem/hakem heyeti önünde tahkime elverişlilik hususu

Tahkim yargılamasının temelinde, taraflar arasında akdedilen bir tahkim anlaşmasının bulunduğundan bahsedildi. Ancak tahkim sürecinin temelinde yer alan tek anlaşma, bu tahkim anlaşması değildir. Zira tahkime gitme konusunda ortak iradeye sahip olan tarafların bu

---

20 Madde metni uyarınca hâkim, "hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı"nı tespit ederse kararın iptaline karar verecektir.

21 HMK m. 439'da da hakimin "hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı"nı tespit ederse kararın iptaline karar vereceği hükme bağlanmaktadır.

sürecin yürütülmesi için hakem veya hakemlerle akdettiği bir hakem anlaşması da söz konusudur. İşte bu hakem anlaşması ile hakemler, söz konusu uyuşmazlığı *doğru* bir şekilde çözüme kavuşturma görevini üstlenmektedirler. Hakemler bu anlaşma ile anlaşmanın doğası gereği, tanınma ve tenfize kabil olan bir karar vermek durumundadırlar. Zira verilen hakem kararının milletlerarası düzlemde bir kâğıt parçası olmaktan öteye geçebilmesi, hukuk dünyasında can kazanması için bu kararın tanınması veya tenfizi gerekmektedir. Bu yüzden hakemlerin, kanımızca isabetli olarak, tahkime elverişlilik hususunu taraflarca ileri sürülen bir itiraz olmasa dahi resen dikkate alabilecekleri düşünülebilir.[22]

Öte yandan, hakem kararlarına uyuşmazlık aleyhine çözüme kavuşturulan tarafın rızaen uyması da mümkündür. Hal böyleyken, ortada davacı tarafından ileri sürülmüş bir tahkime elverişlilik itirazı bulunmasa bile hakemlerin bu durumu resen dikkate alması fikrinin öğretide eleştirildiği de ifade edilmelidir.[23]

c. Mahkemeler önünde tahkime elverişlilik hususu

MTK'nın hakem kararlarının iptaline ilişkin 15/2.a maddesi uyarınca, hakemlerin tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında karar vermiş olması durumunda bu kararın iptali gündeme gelecektir. Maddede açıkça tahkime elverişlilik hususunun mahkemece resen dikkate alınabileceği belirtildiğinden, hakemlerin tahkime elverişliliği resen dikkate alması konusundaki tartışma mahkemeler açısından söz konusu olmayacaktır. Aynı yönde yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizinde devreye girecek olan New York Konvansiyonu'nun V(2) maddesinde de mahkemelerin tahkime elverişlilik hususunu resen dikkate alabileceği hükme bağlanmıştır.

Ulusal tahkimde de sonuç benzerdir. HMK'nın iptal davası başlıklı 439. maddesi uyarınca, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında hakem kararı verilmiş olması durumunda mahkemelerin bu kararı iptal etmesi mümkündür.

22 Bu görüşün incelemesi için bkz. Huysal, s. 334-335.
23 Bu yönde Huysal, s. 335.

Belirtilmelidir ki, hem MTK'ya tâbi tahkimlerde hem de HMK'ya tâbi tahkimlerde tahkime elverişli olmayan bir konuda karar verilmiş olması, mahkemelerin bu kararı iptal etmeye yönelik takdir kullanmasına neden olabilir. Başka bir deyişlei mahkeme bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını tespit etse dahi bu uyuşmazlığı çözüme kavuşturan hakem kararı hakkında iptal kararı vermek zorunda değildir.[24]

IV. Tüketici Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik Meselesi

A. Tüketici Uyuşmazlıkları Kavramı

2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 2. maddesi uyarınca, söz konusu Kanun "*her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalara*" uygulanacaktır. Bu ifadeden yola çıkarak, TKHK'nın maddi anlamda uygulama alanına hangi sözleşme ve uygulamaların dâhil olduğunun tespit edilmesi, konumuz açısından önem arz etmektedir. Hangi işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin başlıcaları, sözleşenlerin tacir olma niteliğini esas alan sübjektif görüş, buna karşı ortaya çıkmış olan ve sözleşmenin edim konusunu ya da ticari işletmeyi esas alan objektif görüş ve son olarak modern tüketici hukukunda esas alınan ve tarafların muamele iradesi üzerine kurulu amaç teorisidir.[25] Amaç teorisi uyarınca bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşenlerden birinin (tüketicinin) söz konusu sözleşme ile izlediği ekonomik amacın ticari veya mesleki değil, özel bir amaç olması gerekmektedir.[26] Nitekim TKHK de amaç teorisini benimsemiş[27] ve Kanun'un tanımlar maddesinde de tüketici bu yaklaşım dikkate alınarak, "ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak" tanımlanmıştır.[28]

---

24 Huysal, s. 344.

25 Bu görüşlerin ayrıntılı incelemesi için bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (TKHK'nin Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", *AÜHFD*, C. 50, S. 1, 2001, s. 57 vd.

26 Ozanoğlu, s. 59-60.

27 Murat Aydoğdu, Tüketici Kılavuzu – Hukuk Rehberi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 20.

28 6502 s. TKHK m. 3/1/k.

Bu açıklamalar dikkate alındığında, kural olarak her türlü sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Beş yüz bin TL değerinde bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi gibi yüz bin TL değerinde bir otomobil satımına ilişkin sözleşme de, evde internet kullanımına ilişkin abonelik sözleşmesi de, bankadan alınan tüketici kredisi de birer tüketici işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Eski Kanun döneminde Yargıtay içtihadıyla gelişen, eser, simsarlık, vekâlet bankacılık vb. sözleşmelerin TKHK dışında kaldığının kabulüne yönelik yaklaşım, yeni TKHK'nin açık hükmü karşısında terk edilmiştir.[29] Kısaca, bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak tanımlanması için, söz konusu malın veya hizmetin niteliği ya da değeri değil, sözleşme taraflarından tüketici olarak addedilecek olan tarafın bu sözleşme ilişkisine girerken güttüğü amaç dikkate alınmaktadır. Eğer tüketici, söz konusu malı veya hizmeti ticari ya da mesleki olmayan özel bir amaç için, söz gelimi özel kullanım veya hediye etme amacıyla[30] ediniyorsa, artık ortada bir tüketici sözleşmesinin varlığından ve TKHK'nin uygulama alanına giren bir durumdan söz etmek gerekir.

B. Tüketici Hukuku Mevzuatı Uyarınca Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü

a. Genel Olarak

TKHK'nın 66. vd. maddelerinde tüketici uyuşmazlıklarının çözüm yolları düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulacak ve belirli bir meblağa kadar[31] uyuşmazlıklarda bağlayıcı karar verme yetkisine sahip tüketici hakem heyetleridir.

---

29 Aydoğdu, Tüketici Kılavuzu, s. 21. 6502 s. TKHK'nin tanımlar maddesi olan 3 maddenin l bendinde bu durum açıkça ifade edilmiştir: "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi (...)"

30 Aydoğdu, Tüketici Kılavuzu, s. 21.

31 Bu meblağ, 6502 sayılı TKHK'nin 68inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ (RG 20.12.2015, S. 29568) ile 2016 yılı için illerde 3480 TL ve ilçelerde 2320 TL olarak belirlenmiştir.

İkinci uyuşmazlık çözüm yolu ise, bu meblağın üzerindeki uyuşmazlıklarda yetkili olan ve tüketici hakem heyetlerinin verdikleri kararlarda itiraz mercii olarak görev yapan tüketici mahkemeleridir. Aşağıda öncelikle bu iki uyuşmazlık çözüm yolu incelenecek, ardından mevcut hukuki düzlemde bir üçüncü uyuşmazlık çözüm yolu olarak ihtiyari tahkimin yeri tespit edilmeye çalışılacaktır.

b. Tüketici Hakem Heyetleri

TKHK m. 68 uyarınca belirli bir meblağın altındaki tüketici uyuşmazlıklarını bağlayıcı bir kararla çözüme kavuşturmakla görevli ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde kurulan tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır.[32] Bakanlığa bağlı olduğundan bağımsız addedilemeyen ve hâkimlik teminatından yoksun kişilerden oluşan tüketici hakem heyetlerinin mahkeme niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir.[33] Bununla birlikte, tüketici hakem heyetlerinin bir zorunlu tahkim mercii veya bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığının da tartışmalı olduğu ifade edilmelidir.

Öğretide bir görüşe göre, TKHK m. 66 vd.'nda düzenlenen tüketici hakem heyetleri, zorunlu tahkim yargılamasına örnek teşkil etmektedir.[34] Bu görüşün en temel dayanağı, tüketici hakem heyetleri-

32 Bu tartışma hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Evrim Erişir, "Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usûlü", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015; İbrahim Ermenek, "Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 574 vd.

33 Erişir, s. 48; Ali Cem Budak, "6502 s. TKHK'ya göre Tüketici Hakem Heyetleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergis*i, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 79. Anayasa Mahkemesi de, tüketici hakem heyetlerinin mahkeme vasfına sahip olmadıklarını belirtmiştir. Bkz. AYM E. 2007/53, K. 2007/61, 27.12.2007 tarihli ve 26739 sayılı Resmi Gazete. Bu kararın bir incelemesi için bkz. Ermenek, s. 574 vd. Ermenek, tüketici hakem heyetlerinin maddi anlamda, yani uyuşmazlığı esastan çözme bağlamında mahkeme niteliğini taşıdığını ifade etmektedir. Ermenek, s. 579.

34 Bu görüşte bkz. Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 426; Ermenek, s. 580; Aslı Aras, Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi (yayımlanmamış), 2009, s. 57; Gülen Sinem Tek, "Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Nisan 2015, s. 136, dn. 35; Yahya Deryal, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 208. Aksi görüş için bkz. Bilgehan Ye-

nin verdikleri kararın bağlayıcı olmasıdır.[35] Öğretideki bir diğer görüş ise tüketici hakem heyetlerini bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (ADR) olarak değerlendirmektedir.[36] Kanun'un sistematiği ve tüketici hakem heyetlerinde adil yargılanma garantilerinin güvence altına alınmamış olması, bu görüşü destekleyen başlıca argümanlardır.[37] Tüketici hakem heyetlerini ne mahkeme, ne zorunlu tahkim mercii ne de bir ADR olarak kabul eden üçüncü bir görüş ise tüketici hakem heyetlerini kendine özgü (*sui generis*) bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirmektedir.[38]

Belirtilmelidir ki, beş kişiden oluşan tüketici hakem heyetlerinin üyelerinden sadece biri hukukçudur.[39] Bunun yanı sıra tüketici hakem heyetlerinde uyuşmazlık dosya üzerinden çözüme kavuşturulmakta, duruşma yapılmamaktadır.[40] Bununla birlikte hakem heyetlerinin verdikleri karar tarafları (belli bir meblağın altındaki uyuşmazlıklar için) bağlayıcı etkiye sahiptir[41] ve ilamlı icranın konusu olabilmektedir.[42]

2016 yılı itibarıyla 3480 ve 2320 TL'lik sınırın altındaki uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetine başvurulması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu meblağın altında kalan uyuşmazlıklar için hakem heyetine gidilmeksizin tüketici mahkemesinde bir dava açılması durumunda, bu davanın dava şartı eksikliği yüzünden reddedilmesi söz konusu olacaktır.[43] Üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verdikleri kararların, ilamlı icraya konulabilecek ve tarafları bağlayıcı kararlar olmadığı ancak bu kararların tüketici mahkemesinde açılacak

şilova, "6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 110-113.

35 Ermenek, s. 580.

36 Erişir**,** s. 49, dn. 12'den naklen Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 85; Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 344. Erişir de, bir seçim yapılması gerekirse tartışmaya açık olmakla birlikte tüketici hakem heyetlerinin ADR olarak nitelendirilmeye daha yatkın olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Erişir, s. 56.

37 Bu görüşün lehine argümanlar için bkz. Erişir, s. 50-51.

38 Budak, s. 80.

39 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, m. 8. RG tarihi: 27.11.2014, RG sayısı: 29188.

40 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, m. 18.

41 TKHK m. 70.

42 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, m. 26.

43 TKHK m. 68. Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 348.

davada bir takdiri delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.[44]

c. Tüketici Mahkemeleri

Yukarıda ifade edildiği üzere, her yıl Yönetmelik'le belirlenen meblağ sınırını aşan uyuşmazlıkların çözüm yeri tüketici mahkemeleridir. Kanun koyucu, her ne kadar Anayasa'ya uygunluğu tartışmalı olsa da,[45] TKHK m. 68/1 ile bu meblağın altında kalan uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine gidilmesini "zorunlu" kıldığından, bu meblağın altında kalan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesi mümkün değildir. Ancak TKHK m. 70/3 uyarınca tüketici hakem heyetinin verdiği, bağlayıcı ve icra edilebilir nitelikteki kararlara itiraz mercii de aynı yerdeki tüketici mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Yapılan itiraz neticesinde tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir.[46] [47]

d. İhtiyari Tahkim?

TKHK uyarınca tüketici uyuşmazlıklarının çözüm yolu olan tüketici hakem heyeti ve tüketici mahkemelerinden kısaca bahsedilmesindeki amaç esasen tüketici uyuşmazlıklarında tahkime gidilmesinin mümkün olup olmadığı yönündeki tartışmanın daha net bir şekilde ortaya koyulabilmesidir. Bu tartışmaya geçmeden önce belirtmek gerekir ki, öğretide bir grup yazar tarafından tüketici hakem heyetleri bir "zorunlu tahkim" yolu olarak değerlendirildiğinden, tarafların anlaşarak tahkime gidilme olasılığının değerlendirildiği bu bölüm ve devamında söz konusu tahkim, karışıklığa sebebiyet vermemek adına, "ihtiyari tahkim" olarak anılacaktır.

Çalışmanın başlarında ulusal tahkimin düzenlendiği HMK ve milletlerarası tahkimin düzenlendiği MTK'nın, tahkime elverişlilik konu-

---

44 Bu konuya ilişkin olarak bkz. Ermenek, s. 624-625; Aras, s. 114; Tek, s. 161.

45 Erişir, s. 51.

46 TKHK m. 70/5.

47 Tüketici mahkemelerinin verebileceği kararlara ilişkin olarak bkz. Tek, s. 162 vd.; Seda Özmumcu, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 835 vd.

sunda aynı tanımdan yola çıktıklarından bahsedilmişti. Her iki Kanun da, "iki tarafın iradelerine tâbi olmayan", başka bir deyişle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını hükme bağlamıştır. Öğretide bir görüş ve bu konuda yerleşik bir içtihada sahip Yargıtay, "iki tarafın iradelerine tâbi olmayan" uyuşmazlıklar tanımıyla kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların kastedildiğini, bu sebeple kamu düzenini ilgilendiren tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığını kabul etmektedir.[48] Bu görüşün arkasındaki temel dayanakların başında, TKHK'nin amacının düzenlendiği 1. maddede yer alan "*Bu Kanunun amacı;* ***kamu yararına uygun olarak*** tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu…önlemleri almak..." ifadesi gelmektedir.[49]

İhtiyari tahkim yolunun tüketici uyuşmazlıklarında kapalı olmasının gerçekten de her ihtimalde tüketici lehine olup olmadığı sorusuna geçmeden önce, kanun koyucunun tahkime elverişlilik hususunda benimsediği açık ifade olan "iki tarafın iradelerine tâbi olmayan" uyuşmazlıklar kategorisinin "kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklar" ifadesiyle genişletilmesinin ne kadar isabetli olduğu sorgulanmalıdır.

İki tarafın iradesine tâbi olmayan, başka bir deyişle tarafların serbest tasarrufunda olmayan uyuşmazlıklar esasen davanın kabulünün mümkün olmadığı, tarafların üzerinde sulh olamayacağı ve kamu düzenini en yakından ilgilendiren uyuşmazlıklardır. Örneğin babalık davası ya da evliliğin butlanı gibi aile hukuku uyuşmazlıkları veya ceza hukuku uyuşmazlıkları, tarafların iradesine tâbi olmayan uyuşmazlıklar olarak karşımıza çıkmaktadır; bu yüzden bu uyuşmazlıklar HMK ve MTK'da yer alan kriteri sağlamadığı için tahkime elverişli değildir.

---

48 Bkz. Tek, s. 138; Yargıtay 13. HD. 2008/6195 K. 2008/12026 T. 20.10.2008. Yargıtay bu kararında şu ifadelere yer vermiştir: "Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı Kanun'un kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23.maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir."

49 Bkz. Tek, s. 138; Özmumcu, s. 834.

Bununla birlikte, kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilen tüketici uyuşmazlıkları açısından doğrudan aynı sonucun benimsenmesi ne kadar isabetlidir? Bu sorunun yanıtının ararken, HMK'nın cumhuriyet savcısının yer aldığı davaların düzenlendiği 70. maddesi yol gösterici olabilir. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında, "*Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemezler*" ifadesi yer almaktadır. Bu hüküm, dolaylı bir şekilde, tarafların iradesine tâbi olmayan yani tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği uyuşmazlıklar için ayırt edici bir kriter getirmektedir: cumhuriyet savcısının davaya dahil olma kriteri. Örneğin Medeni Kanun'un 146. maddesi uyarınca evliliğin mutlak butlanı davasında, 294. maddesinde soy bağının sonradan evlilik yoluyla kurulmasına itiraz davasında, 318. maddesinde evlat edinme kararının kaldırılmasında cumhuriyet savcısının davaya katılması düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Ancak tüketici uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda, tarafların sulh olmasının ya da davalının davayı kabul etmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Öte yandan, yukarıda HMK m. 70'in yorumuyla dolaylı olarak ortaya koyulan kriter de tüketici uyuşmazlıkları açısından geçerli olmamaktadır.

Öte yandan, TKHK m. 68/5'te, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasının mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde arabuluculuk kurumunun da yer aldığı şüphesizdir. 6352 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesinde de, tahkime elverişlilik bağlamında Kanun'da kabul edilen "üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen uyuşmazlıklar" kriterinin kabul edildiği gözlemlenmektedir.[50] Dolayısıyla, kanun koyucunun açıkça arabuluculuk yolunu açık tutmuş olmasına rağmen, aynı kriteri benimsemiş olan tahkim yolunu zımnen kapatmış olması görüşünün izahı kanımızca kolay değildir.[51] Zira arabuluculuk faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan tarafların anlaşmasına mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesi durumu ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla

[50] Madde 1/2: "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır…"

[51] Aynı yönde bkz. Yeşilova, s. 118.

kurumunun sonucunda ortaya çıkan kararın hukuki değeri birbirine eştir; her iki durumda da anlaşma/karar ilamlı icraya konu olabilir ve tarafları bağlar.[52]

Bu açıklamalar ışığında, kanımızca tüketici uyuşmazlıklarında tahkime elverişliliğin önünde, Yargıtay'ın tahkim kurumuna duyduğu güvensizliğe dayalı içtihadının dışında kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, uyuşmazlığın münhasıran tüketici hakem heyetlerinde ve tüketici mahkemelerinde çözümlenmesinin tüketicinin ne kadar lehine olduğu da tartışmaya açık ayrı bir konudur. Tüketici mahkemeleri, devlet mahkemelerinin tahkim karşısında bünyelerinde barındırdıkları her türlü dezavantajı zaten içermektedir. Bu dezavantajların başında yargılama süresinin uzunluğu yer almaktadır.[53] Ne yazık ki, aynı dezavantaj tüketici hakem heyetlerinde de artık söz konusu olmaktadır. Tüketici hakem heyetlerine yapılan başvurunun 2012-2015 yılları arasında 6 kata yakın bir artış göstermesi neticesinde,[54] tüketici hakem heyetlerinin karar verme süresi de doğal olarak uzamıştır. Kuşkusuz, düşük meblağlı uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilmesi, TKHK'de öngörülen uyuşmazlık çözüm yollarından daha maliyetli ve bu açıdan da tüketici için caydırıcı olabilir. Ancak tüketici uyuşmazlıklarının özellikle TKHK ile genişletilen kapsamı dikkate alındığında, küçük meblağlı uyuşmazlıklar için geçerli olabilecek bu çekinceyi tüm tüketici uyuşmazlıkları açısından kabul etmek mümkün değildir. Zira 1,5 milyon TL karşılığında özel tasarım bir arabanın satımına ya da yapımına ilişkin bir sözleşme de şartları mevcutsa pekâlâ bir tüketici işlemi olarak kabul edilebilecektir.

---

52 Yeşilova, tüketici hakem heyetleri kararları ile arabuluculuk faaliyetinin sonuçları arasında, ikincisinin ilamlı icraya konu olabilmesi için bir mahkeme şerhi arandığı gerekçesiyle fark bulunduğunu ifade etmiştir. Kanımızca yazarın eleştirisi, tahkim kararları ile arabuluculuk faaliyetinin karşılaştırılması bakımından da geçerli olacaktır. Bkz. Yeşilova, s. 115.
Sosyal Bilimler Enstitüsü sonra akdedilen tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda tartışma azdı

53 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yaptığı 2015 yılı istatistiklerine göre, tüketici mahkemelerinde açılan davaların görülme süresi ortalama 239 gündür. Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ihtisas/7.pdf, erişim tarihi: 11.5.2016.

54 Gümrük ve Ticaret Bakanı Bülent Tüfenkçi'nin açıklaması için bkz. http://www.tuketici.gov.tr/?wapp=haberler_tr&cat=haberGN&open=6&id=4FB32D8D-EDA7-4B18-A2E0-A6720056B587, erişim tarihi: 11.5.2016.

Son olarak, tüketici uyuşmazlıkları için özel görevli tüketici mahkemelerinin ve tüketici hakem heyetlerinin tesis edilmiş olmasının, bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönünde bir gösterge olduğunun düşünülmesi mümkün olabilir.[55] Ancak *Yeşilova*'nın da ifade ettiği ve katıldığımız üzere, devlet mahkemelerinin işleyişine ilişkin getirilmiş bir düzenlemenin, devlet mahkemelerinde görülen yargılamanın dışında bir yargılama yolu olan tahkimi neden ve nasıl etkileyeceği ya da etkilemesi gerektiğini gerekçelendirmek güçtür.[56]

Özetle, yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ve bunların yorumu ışığında, kanımızca tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusunda olumlu bir sonuca varmak gerekir. Bununla birlikte, tahkim şartının tüketici sözleşmesinde bir genel işlem koşulu olarak karşımıza çıkması halinde geçerliliğinin nasıl etkileneceği sorusu da fazlasıyla önem taşımaktadır. Aşağıda öncelikle genel işlem koşulu veya tüketici hukuku bağlamında haksız şarttan ne anlaşılması gerektiği incelenecek, ardından tahkim şartının genel işlem koşulu denetimine takılıp geçersiz sayılma olasılığı üzerinde durulacaktır.

C. İhtiyari Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Denetimi

a. Genel İşlem Koşulu-Haksız Şart ve Kanuni Düzenlemeler

Haksız şart kavramının ve denetiminin temelinde, esasen liberal ekonomilerde olması gereken ve sözleşme hukukunun temelinde yer alan irade özerkliği ve bunun bir yansıması olan sözleşme serbestisi ilkelerinin tam olarak hayata geçirilememesi yatmaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesinin arkasında, sözleşenlerin eşit konumda bulunduğu varsayımı yer aldığından, tüketici-satıcı/sağlayıcı ilişkisinde bu serbestinin mevcudiyeti haklı olarak sorgulanmıştır. Satıcı/sağlayıcı karşısında hem psikolojik hem de düşünsel olarak zayıf konumda olan tüketicinin,[57] karşı tarafın kendisine dayattığı ve onu akdetmeye mecbur ettiği hükümlere karşı korunması ihtiyacı doğmuştur.

Haksız şartların borçlar hukuku düzlemindeki karşılığı olan genel işlem koşulları, hukukumuzda ancak 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile genel bir düzenlemeye kavuşmuştur.

---

55 Bu görüşün eleştisi için bkz. Yeşilova, s. 117.
56 Yeşilova, s. 117-118.
57 Süleyman Toprak, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları", *TBB Dergisi* 2016, S. 122, s. 284.

Tüketici işlemleri bağlamında ise, Türk hukukunun AB hukuku ile uyumlaştırılması amacıyla,[58] haksız şartlar denetimi ilk defa 4077 sayılı TKHK'de 2003 yılında yapılan değişiklikle hukuki düzenlemeye kavuşturulmuştur.[59] Standart hükümlerden oluşan, genellikle tüketici işlemlerinde kullanılan ve satıcı veya sağlayıcı tarafından dayatılan, müzakere edilmeden imzalanan sözleşmelerin büyük bir bölümünü oluşturan bu şartlar, hem TBK uyarınca (m. 20-25) hem de TKHK uyarınca (m. 5) bir denetime tâbi tutulmaktadır. TKHK uyarınca bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak değerlendirilmesi sonucunda, bu hüküm kesin hükümsüz kabul edilecek; sözleşmenin geri kalanı ayakta tutulacaktır.[60]

b. Tahkim Şartının Haksız Şart Niteliği

TKHK m. 5'te verilen haksız şart tanımına göre, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için müzakere edilmemiş olması yeterli değildir. Söz konusu hükmün ayrıca *"tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması"* aranmaktadır. Satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmeye koyulan tahkim şartının haksız şart niteliğinin ortaya konulabilmesi için kural olarak öncelikle olası bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasının dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde tüketicinin aleyhine olup olmadığının araştırılması gerekirdi. Ancak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şart-

---

58 Aydoğdu/Zevkliler, s. 156 vd.

59 6.3.2003'te 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile 4077 sayılı TKHK'nin 6. maddesi şu şekildedir: "Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır./Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir./Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir."

60 TKHK m. 5: "Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır./Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. (…)"

lar Hakkında Yönetmelik'inde[61] tahkim şartlarının kendiliğinden bir haksız şart olarak kabul edileceğinin hükme bağlandığı görülmektedir: *"Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır: (…) n) Tüketicinin özellikle,* ***hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek****, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar (…)".*[62]

Bu durumda artık tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan sözleşmenin önceden müzakere edilmeyen hükümleri arasında yer alan bir tahkim şartının, bu şartın ayrıca tüketicinin dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde aleyhine olup olmadığı değerlendirilmeksizin haksız şart olduğu kabul edilecek ve tahkim anlaşması kesin hükümsüz addedilecektir.

Kanımızca TKHK'nin yürürlüğüne ilişkin bu genel geçer düzenlemenin isabeti tartışmaya açıktır. Bunun için öncelikle Yönetmelik hükmünün temelinde yatan Avrupa Birliği düzenlemesine bakmakta fayda vardır. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'inin Ek'inde yer alan bahsi geçen hükmün benzeri, Avrupa Birliği 93/13 Yönergesi'nin Ek'inde yer alan q bendindeki ifadede yer almaktadır: *"… excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly* ***by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions****…"*

Bu ifadeyle kastedilenin ne olduğu açık değildir, bu yüzden "*arbitration not covered by legal provisions*" ifadesinin yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum yapılırken Avrupa Birliği Komisyonu'nun Tüketici Uyuşmazlıklarının Devlet Yargısı Dışında Çözümüne İlişkin Temel İlkeler başlıklı ve 1998 tarihli tavsiyesi yol gösterici olacaktır.[63] Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde dü-

61 29033 sayılı RG, 17.06.2014.
62 Yönetmelik, Ek-1, m. 1/n:
63 98/257/EC, Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes.

zenlenen adil yargılanma hakkı uyarınca, tüketicilerin ancak açıkça ve tüm bilgilerden haberdar bir şekilde ve uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın mahkeme dışında (örneğin tahkimde) çözülmesine yönelik yapacağı anlaşma, tüketicinin mahkemeye gitmesini engelleyebilir. Dolayısıyla uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önce yapılacak bir tahkim anlaşması, haksız şart kabul edilip geçersiz sayılacaktır. Avrupa Birliği Komisyonu'nun tavsiyesinin Türkiye'yi ve Üye Devlet'leri bağlamadığını, bir *soft-law* enstrümanı niteliğinde olduğunu fakat uygulamada öneminin yüksek olduğu belirtilmelidir.[64]

V. Sonuç

Türk hukukunda tahkime elverişlilik meselesi hem HMK'da hem de MTK'da düzenleme bulmuştur. Her iki kanun da tahkime elverişlilik hususunda ulusal tahkim ve milletlerarası tahkim için genel bir kriter getirmiştir: tahkime gidecek uyuşmazlığın iki tarafın iradesine tâbi olması. Tüketici sözleşmeleri, özellikli özel hukuk sözleşmeleri olarak karşımıza çıkmakla birlikte, pekâlâ iki tarafın üzerinde tasarruf edebildiği bir sözleşmedir. Başka bir ifadeyle, HMK ve MTK'da getirilen açık kriterden yola çıkarak tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığının ileri sürülmesi isabetli değildir. Bununla birlikte Yargıtay yerleşik içtihadıyla, tüketici uyuşmazlıklarının kamu düzeniyle yakın ilişki içinde olduğunu, bu yüzden bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına karar vermiştir.

Kanımızca tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği, HMK ve MTK'da hükme bağlanan objektif tahkime elverişlilik kriterinden ziyade bir haksız şart problemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar ihtiyari tahkim yolunun tüketici uyuşmazlıklarında da açık olduğunu savunmak mevcut hukuki düzlemde mümkün olsa da, tüketici sözleşmelerinde yer alan tahkim kayıtlarının haksız şart denetimine takılması olası gözükmektedir. Uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra akdedilen tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda tartışma azdır. Bununla birlikte taraflarca ayrıca müzakere edilmiş tahkim şartlarının geçerli olmasının önünde bir engel, görüşümüze göre, bulunmamaktadır.

---

64 Jean R. Sternlight, "Is the U.S. Out On A Limb – Comparing U.S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration To That Of The Rest Of The World", *University of Miami Law Review*, C. 56, s. 846.

Kaynakça

Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016

Aras Aslı, Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi (yayımlanmamış), 2009

Aydoğdu Murat, Tüketici Kılavuzu – Hukuk Rehberi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014

Aydoğdu Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

Barcelo III Jonh J., Arbitrability Decisions Before, During and After Arbitration, Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series, No. 14- 24, ssrn.com/abstract=2483059

Budak Ali Cem, 6502 s. TKHK'ya göre Tüketici Hakem Heyetleri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan

Deren Yıldırım Nevhis, Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul 2004

Deryal Yahya, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008

Erişir Evrim, Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usûlü, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015

Ermenek İbrahim, Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. XVII, S. 1-2, 2013

Huysal Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010

Kalpsüz, Turgut Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010

Ozanoğlu Hasan Seçkin, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (TKHK'nin Maddi Anlamda Uygulanma Alanı), *AÜHFD,* C. 50, S. 1, 2001

Özmumcu Seda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan

Sternlight Jean R., Is the U.S. Out On A Limb – Comparing U.S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration To That Of The Rest Of The World, University of Miami Law Review, C. 56

Taşpolat Tuğsavul Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012

Tek Gülen Sinem, Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü, *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Nisan 2015

Toprak Süleyman, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları, *TBB Dergisi* 2016

Yeşilova Bilgehan, 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları, *Terazi Hukuk Dergisi,* C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014

Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004

ASGARİ ALIM TAAHÜDÜ İÇEREN BAYİLİK SÖZLEŞMELERİNDE CEZAİ ŞART- YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 16.01.2013 TARİHLİ KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

CONTRACTUAL PENALTY CLAUSES IN DISTRIBUTION CONTRACTS- THOUGHTS ON THE DECISION OF THE TURKISH COURT OF CASSATION GENERAL ASSSEMBLY DATED 16th OF JANUARY, 2013

Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY*

Özet: Yargıtay, son yıllarda asgari alım taahhüdü içeren akaryakıt bayilik sözleşmelerinde yer alan ceza koşulunun, alacaklı tarafından sözleşme sona erdikten sonra talep edilip edilemeyeceğine ilişkin bir dizi karar vermiştir. Bu kararların çoğu, ceza koşulunun sonradan talep edilemeyeceği yönündedir. Yargıtay bu sonuca varırken bazı kararlarında kararlaştırılan ceza koşulunun hukuki niteliğini gerekçe göstermiş, diğerlerinde ise ceza koşulu talebinde bulunulmasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığını esas almıştır. İncelememize konu olan Hukuk Genel Kurulu kararında ise ceza koşulunun sözleşme süresi boyunca talep edilmeyip sözleşme sona erdikten sonra talep edilmesinin hakkın kötüye kullanılmasının yanı sıra sağlayıcının güven sorumluluğuna yol açacağı belirtilmiştir.

Anahtar kelimeler: Asgari Alım Taahhüdü, Ceza Koşulu, Hakkın Kötüye Kullanılması, Çelişkili Davranış Yasağına Aykırılık (Venire Contra Factum Proprium), Güven Sorumluluğu

Abstract: Turkish Court of Appeals has ruled for several times in the past few years on whether contractual penalty clauses in the fuel distributorship agreements containing a minimum order commitment can be enforced after the contract has been terminated. The Turkish Court of Appeals has mostly decided that the penal clause can not be demanded afterwards. In some cases, the Turkish Court of Appeals based its decision on the legal nature of the contractual penalty whereas in some other decisions it has ruled that demanding the penal clause afterwards constitutes abusive conduct. In the decision that will be examined, the Turkish Court of Appeals has reached the conclusion that demanding the penal clause after the contract has been terminated is not only an abusive conduct but also it results on the liability for reliance on behalf of the distributor.

Keywords: Minimum Order Commitment, Contractual Penalty, Abusive Conduct, Contradiction with Previous Conduct (Venire Contra Factum Proprium), Liability For Reliance.

* Yrd. Doç. Dr., İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, pinar.caglayan@bilkent.edu.tr

GİRİŞ

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde "asgari alım taahhüdü" içeren hükümlere yaygın bir şekilde yer verilmektedir. Buna göre bayi, sağlayıcıdan belli bir zaman aralığında belli bir miktarda ürün alma yükümlülüğü altına girmektedir. Uygulamada bu taahhüde aykırı davranılması halinde bayinin sağlayıcıya ceza koşulu ödeyeceği hususunun kararlaştırıldığı hallere rastlanılmaktadır. Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde yer alan bu ceza koşullarının talep edilmesiyle ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar son yıllarda birkaç kez Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin ve ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.[1]

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kısa aralıklarla verdiği kararlara konu olan olayların birbirlerine benzediğini söylemek mümkündür:

Uzun süreli akaryakıt bayilik sözleşmelerinde, bayinin her yıl belli bir miktarda asgari alım yapması gerektiği kararlaştırılmış; asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde bayinin ceza koşulu ödeyeceği hususunda anlaşılmıştır.[2] Kararlara konu olan olayların tümünde, bayi asgari alım taahhüdünü daha ilk yıllardan yerine getirememeye başlamış, ancak sağlayıcı bayilik ilişkisini buna rağmen sürdürmeye devam etmiş[3] ve bayilik ilişkisi devam ettiği süre boyunca ceza koşulu talebinde bulunmamış veya bu talebi sadece ilk yıl için ileri sürüp sonraki yıllarda sessiz kalmıştır.[4] Ancak bayilik sözleşmesinin süresi sona erdiğinde veya sözleşme süresinden önce fesih yoluyla sona erdirildiğinde, sağlayıcı asgari alım taahhüdünün yerine getirilmediğini iddia ederek geçmiş yıllara ilişkin ceza koşulu talebinde bulunmuştur.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararların gerekçelerinde bazı nüanslar bulunmakla birlikte,

---

1 Bkz. Yargıtay HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2012/9915, K. 2013/8558, T. 13.05.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 17.12.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2013/14851, K. 2014/1302, T. 16.01.2014; Yargıtay 19. HD, E. 2014/3953, K. 2014/7865, T. 24.04.2014. (Erişim: www.kazanci.com.tr)

2 Bkz. Yargıtay HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013.

3 Bkz. Yargıtay 19. HD. E.2013/14654, K. 2013/19950, T. 17.12. 2013; Yargıtay 19. HD, E. 2013/14851, K. 2014/1302, T. 16.01.2014; Yargıtay 19. HD, E. 2014/3953, K. 2014/7865, T. 24.04.2014.

4 Yargıtay HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013.

benzer bir yol izlenmiştir. 2013 yılından itibaren bu konuya ilişkin olarak verilen beş karardan dördünde Yargıtay bayinin asgari alım taahhüdünü yerine getirememiş olmasına rağmen, **sağlayıcının geçmiş yıllara ilişkin ceza koşulu talebinde bulunamayacağı** sonucuna varmıştır.[5]

I. Yargıtay Kararlarına Genel Bakış

İncelememizin konusunu esas itibariyle Yargıtay HGK'nın … tarihli kararı oluşturmaktadır. Bu kararı ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden önce, 19. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu dört kararda hangi hukuki gerekçelerle ceza koşulunun talep edilemeyeceğine hükmettiğinin kısaca açıklanması yararlı olacaktır:

19. Hukuk Dairesi, akaryakıt bayilik sözleşmelerinde asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemesi hali için kararlaştırılmış olan ceza koşulunu, ifaya eklenen ceza koşulu olarak nitelendirmektedir.[6] Bu çerçevede Yargıtay, bazı kararlarında ifaya eklenen ceza koşulunu düzenleyen TBK md. 179/ f.2 hükmünden yola çıkmıştır. Bu hükme göre, ifaya eklenen ceza koşulu alacaklısının ceza koşulu talebinde bulunması için hakkından açıkça feragat etmemiş veya ifayı çekince koyarak kabul etmiş olması gerekmektedir. Yargıtay'a göre asgari alım taahhüdüne aykırı davranılması sonucunda ceza koşulu alacağı muaccel olmasına rağmen, sağlayıcı ihtirazi kayıt koymaksızın mal tedarik etmeye devam etmiş olduğu için bayiden ceza koşulu talep edemeyecektir.[7]

---

5 İncelemekte olduğumuz kararlar içinde 13.05.2013 tarihli Yargıtay 19. HD kararı farklılık arz etmektedir. Bahsi geçen kararda, diğer dört karardan farklı olarak sağlayıcının, taahhüt edilen miktarın alınmamış olmasına rağmen, her yılın sonunda mal vermeye devam etmiş olmasının, taahhüdün ihlali halinde uygulanacak cezai müeyyidelerden feragat ettiği anlamına gelmediği, zira devam eden süreçte bayinin taahhüdünü yerine getirme imkânının mevcut olduğu belirtilmiştir. Bu gerekçelerle Yargıtay, sağlayıcının cezai şartı talep edebileceği yönünde karar vermiştir. Bunun dışında kalan diğer dört kararda ise Yargıtay geçmiş yıllara ilişkin ceza koşulu talebinin ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir.

6 "Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde (veya sözleşme eki taahhütnamelerde) yer alan "yıllık asgari alım taahhüdü"ne uymama halinde öngörülen cezai şart hükümleri TBK'nın 179/11. (B.K. madde 158/11) maddesindeki ifaya ekli ceza koşulu (cezai şart) niteliğinde olduğundan burada bu tür ceza koşulu üzerinde durulması gerekmektedir". Yargıtay 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 12.12.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2013/14851, K. 2014/1302, T. 16.01.2014.

7 "Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı sözleşme eki taahhütnamede öngörülen asgari alım taahhüdüne uyulmadığı hal-

Diğer bazı kararlarında ise Yargıtay ceza koşulunun talep edilemeyeceğini sonucunu, TBK md. 179/ f.2 hükmünü yanında, hakkın kötüye kullanılması gerekçesine de dayandırmaktadır.[8] Örneğin 12.12.2013 tarihinde vermiş olduğu bir kararda Yargıtay, sağlayıcıların, asgari alım taahhüdüne uyulmamasına rağmen bayilik ilişkilerini sürdürmelerini; yani ürün sağlamaya devam etmelerini ve asgari taahhüdün yerine getirilmemesini dava konusu etmemelerini, bayilerde ceza koşulunun talep edilemeyeceğine dair güven oluşturan bir davranış olarak nitelendirmiş ve hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğunu belirtmiştir.[9] Son olarak, ayrıca inceleyeceğimiz Yargıtay HGK kararında ise ceza koşulunun türünden değil, uzun süre boyunca bayiden talep edilmemiş olmasından yola çıkılmıştır. Buna göre, sağlayıcı çelişkili dav-

---

de son yıllar bakımından herhangi bir ihtar çekmeden ve ihtirazi kayıt koymadan ifaya devam etmiş olduğundan önceki yıllara ilişkin cezai şartı talep edemez." Yargıtay 19. HD, E. 2013/14851, K. 2014/1302, T. 16.01.2014.

"(…), her yıl sonunda bir önceki yıla dair ceza koşulunun istenebilmesi, takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince (ihtirazi kayıt) bildirilmesi veya ihtar çekilmesine bağlıdır. Bunlar yapılmadan müteakip yılın ifası gerçekleşmişse artık bir önceki yıla ait ceza koşulu istenemez. (…)Yargıtay HGK'nun 20.1.2013 T. 2012/19-670 E. 2013/171 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, sözleşme süresi içinde çekince konmadan uzun süre ifaya devam edilmesi üzerine borçluda, "ceza koşulu istenmeyeceği" ne dair haklı bir güven oluşmuş ise oluşan bu haklı güven ve dürüstlük ilkesi sebebiyle önceki yıla veya yıllara ait ceza koşullarının talep edilemeyeceğinin kabulü gerekir." Yargıtay 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 12.12.2013.

8 Yargıtay'ın ceza koşulu talebinin yalnızca sözleşmenin son yılı bakımından ileri sürülebileceği yönünde vermiş olduğu kararlar bakımından şu konuya ayrıca dikkat çekilmesi yararlı olacaktır: Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulunun, (Yargıtay'ın yaptığı gibi) türü itibariyle ifaya eklenen ceza koşulu olduğu kabul edilirse, başka hiçbir hukuki kuruma başvurmaksızın, sadece TBK md. 179/f.2 hükmünün uygulanmasıyla sağlayıcının ceza koşulu talep etmesine engel olunabilecektir. Zira bu durumda sağlayıcı çekince koymaksızın mal vermeye devam ettiği için TBK md. 179/ f.2 hükmü çerçevesinde zaten ceza koşulu talep etme hakkı ortadan kalkacaktır. Bu durumda, Yargıtay'ın ihtirazi kayıt konmadan ifanın kabul edilmiş olmasının ceza koşulunun talep edilmesine engel olacağını belirtmesi yeterlidir. Bunun dışında, ceza koşulu talep edilmesinin MK md. 2'ye aykırılık teşkil edip etmediğinin de incelenmesine gerek yoktur. Bu nedenle, ceza koşulunu talep hakkının TBK md. 179/ f.2 gereğince ileri sürülmesinin mümkün olmadığını kabul eden Yargıtay'ın, bu hakkın kullanılmasının MK md. 2'ye aykırı olup olmadığını ayrıca değerlendirmesi kanımızca yersizdir.

9 "Kaldı ki, sözleşme tarihi olan 2003 tarihinden davanın açıldığı 2010 tarihine kadar ihtirazi kayıt konmadan mal verilmeye devam edilmesi sebebiyle asgari alım taahhüdüyle ilgili bu uygulamaya gidilmeyeceği konusunda haklı bir güven yaratılmıştır. Oluşan bu güven sebebiyle davacının aradan geçen bunca yıldan sonra davalıdan belirtilen sebeplerle cezai şart talep etmesi MK md. 2'ye aykırıdır." Yargıtay 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 12.12.2013.

ranış yasağına aykırı davranarak ceza koşulunu talep hakkını kötüye kullandığından ceza koşulu talep edemeyecek; ayrıca sağlayıcı güven sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olacaktır. Ana hatlarıyla aktarmaya çalıştığımız çeşitli hukuki gerekçelerden yola çıkan Yargıtay, sağlayıcının ceza koşulu talebinde bulunamayacağı[10] veya en azından sadece son yıl bakımından talep edebileceği[11] ancak önceki yıllar için talep edemeyeceği sonucuna varmıştır.

Yargıtay HGK'nın 2013 yılında verdiği karara konu olan olayın ana hatlarıyla aktarılması yararlı olacaktır: 1998 yılında sağlayıcı ile bayi arasında akaryakıt bayilik sözleşmesi akdedilmiş, sözleşmenin 15. maddesinde, bayinin her yıl en az 8000 ton beyaz mal (akaryakıt) almakla yükümlü olduğu; bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde eksik kalan ton başına 30 USD ceza koşulu ödeyeceği kararlaştırılmıştır. İlk yılın sonuna gelindiğinde, bayi 8000 ton alım yapamamış; sağlayıcı ise bayiden eksik kalan miktar için ceza koşulu talebinde bulunmuştur. Bayi, akaryakıt istasyonunun bulunduğu konum nedeniyle taahhüt etmiş oldukları yıllık asgari 8000 ton alımı gerçekleştiremeyeceklerini, sözleşmeye devam etmeleri için sözleşmenin 15. maddesinin uygulanmamasını istediklerini, aksi takdirde sözleşmenin feshi için görüşmeye hazır olduklarını, kendilerine bu konuyla ilgili bir ay içerisinde yer ve zaman bildirilmesini istediklerini noter ihbarnamesiyle bildirmiştir. Bu ihbarname karşısında sağlayıcı sessiz kalmış, ancak sözleşmenin kalan süresi olan dokuz yıl boyunca bayiye mal tedarik etmeye devam etmiştir. Sözleşmenin süresi sona erdi-

10 Bkz. Yargıtay HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013, Yargıtay 19. HD., E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 17.12.2013.

11 "Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı sözleşme eki taahhütnamede öngörülen asgari alım taahhüdüne uyulmadığı halde sonraki yıllar bakımından herhangi bir ihtar çekmeden ve ihtirazı kayıt koymadan ifaya devam etmiş olduğundan önceki yıllara ilişkin cezai şartı talep edemez. Bu durum karşısında ancak son yıla ait cezai şart isteyebileceğinin kabulü gerekir." Bkz. Yargıtay 19 HD. T. 16.01.2014;
"Dönemsel ifayı içeren asgari alım taahhütlü sözleşmelerde dönem bitimini müteakip ihtirazi kayıt konulmaksızın ya da ihtar yapılmadan mal verilmeye devam edilmesi önceki döneme dair cezai şart talebinden zımnen vazgeçildiği anlamına gelir. (…) Bu durumda mahkemece davacı tarafça sadece son yıla dair asgari alım taahhüdünden doğan cezai şart alacağının istenebileceği ve davalının bu miktardan sorumlu olacağı gözetilmeksizin yanılgılı değerlendirme sonucu önceki dönemleri de kapsayacak şekilde alacağa hükmedilmesi doğru olmayıp hükmün bozulmasını gerektirmiştir. Bkz.Yargıtay 19. HD. T. 24.04.2014

ğinde, sağlayıcı firma, sözleşme süresi boyunca asgari alım taahhüdünün altında kalan alımlar için 2.722.200 USD tutarında ceza koşulu talebinde bulunmuştur.

Yargıtay HGK, karara konu olaydaki hukuki soruna ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur: Sağlayıcı firmanın, bayi tarafından gönderilen ihtarname karşısında sessiz kalması ve dokuz yıl boyunca mal tedarik etmesi güven ilkesi ışığında değerlendirildiğinde, bayide, sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin 15. maddesinin uygulanmayacağı yönünde haklı bir güven oluşturmuş ve bu güvene dayanarak sağlayıcıdan mal almaya devam etmiştir. Bu güvenin sağlayıcı tarafından ihlal edilmesi ise çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmekte ve sağlayıcının güven sorumluluğuna yol açmaktadır.

Kanımızca Yargıtay HGK'nın yapmış olduğu tespitlerin aşağıdaki noktalarda incelenmesi gerekmektedir:

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde kararlaştırılmış olan ceza koşulu, türü bakımından ifaya eklenen ceza koşulu mudur? (I)

Sağlayıcının bayi tarafından gönderilen ihtarname karşısında sessiz kalması ve bayiye mal tedarik etmeye devam etmesi, sözleşmenin 15. maddesinin uygulanmayacağı konusunda taraflar arasında anlaşma sağlandığı anlamına gelir mi? (II)

Sağlayıcının akaryakıt bayilik sözleşmesi çerçevesinde bayiden ceza koşulu talep etmeyeceğine dair yarattığı güveni MK md. 2 hükmüne aykırı bir şekilde ihlal etmesi, hakkın kötüye kullanılması *(çelişkili davranış yasağına aykırılık)* teşkil eder mi? Bu durum, teknik anlamda güven sorumluluğunun *(Vertrauenshaftung)* doğmasına sebep olur mu? (III)

I. Asgari Alım Taahüdü İçeren Sözleşmelerde Yer Alan Ceza Koşulunun Türü

Yargıtay, asgari alım taahhüdü içeren sözleşmelerde yer alan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğu yönünde genel bir tespitte bulunmaktadır. Bu tespitin doğru olup olmadığının değerlendirilmesinden önce ceza koşulu kavramına ilişkin bazı genel hususların aktarılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz:

Ceza koşulu, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline yönelik olarak borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği mad-

di değeri olan bir edimdir. TBK md. 179/ f. 1'e göre, hiç veya gereği gibi ifa edilmeme[12] durumları için kararlaştırılan ceza koşulu seçimlik (alternatif) ceza koşuludur.[13] Seçimlik (alternatif) ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda, alacaklı sözleşmenin aynen ifasını veya ceza koşulunu seçmek konusunda bir seçim hakkına[14] sahiptir. Alacaklı, seçim hakkının kullanılmasına ilişkin beyanı yazılı veya sözlü bir şekilde yapabilir; alacaklının seçim hakkını örtülü olarak kullanması da mümkündür.[15]

Seçimlik ceza koşulunun kararlaştırılmış olduğu hallerde önemli bir konu, alacaklının bir kez seçim hakkını kullandıktan sonra kararını değiştirerek kendisine tanınmış olan diğer hakkı talep edip edemeye-

---

12 Borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde kararlaştırılan ceza koşulunun türüne ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Vedat Buz, "Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung", Aktuelle juristische Praxis - Pratique juridique Actuelle, 4/2017, s. 490 vd (kısalt. Buz, Konventionalstrafe).

13 Gaspard Couchepin, La clause pénale - Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich 2008, Nr. 592; Köksal Kocaağa, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158- 161), Ankara 2003, s. 147; Hugo Oser, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : V. Band: Das Obligationenrecht : Das Obligationenrecht Bundesgesetz betreffend die Erganzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. Marz 1911 : Erster Halbband: Art. 1-183 / Hrsg. A. Egger; Kommentiert von Hugo Oser ; Unter Mitwirkung von Wilhelm Schönenberger, Zürich 1929, (kısalt. ZK-Oser**)**, Art. 160 OR, N.2; Peter Von Tuhr / Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht Band II (mit Supplement), Zürich 1984, s. 281; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7.Auflage, Bern 2016, Nr. 71.10; Daniel Staffelbach, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage 2009, (kısalt. OFK-Staffelbach**)**, Art. 160 OR, N. 11; Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2001, s. 78; Michel Mooser, Art. 158-163 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I Art. 1-529 CO, ed. Luc Thévenoz/Franz Werro, Bale 2012 (kısalt. CR- Mooser**)**, Art. 160 OR; N. 10.

14 Alacaklının sahip olduğu hakkın bir seçimlik hak olması, akla burada cezai şart ve aynen ifa talebi arasında bir seçimlik borç ilişkisi olduğunu getirebilir. Ancak bugün doktrinde hâkim olan görüş, burada bir seçimlik borcun söz konusu olmadığı yönündedir. Guhl/Schnyder, s. 619; Kocaağa, s. 179; Bilge, s. 54; von Tuhr/ Escher, s. 281; Hatemi/Gökyayla, s. 356. Diğer bir görüşe göre ise burada seçimlik yetki söz konusudur. Bkz. Peter Gauch/ Walter Schluep/ Jörg Schmid / Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I/II, Zürich 2014, Nr. 3799; Couchepin, Nr. 606; Roland Bentele, Die Konventionalstrafe nach Art. 160- 163 OR, Freiburg 1994, s. 93. Bu konuda savunulan başka bir görüş ise, alacaklı lehine tek taraflı bir seçimlik yarışma (einseitiger elektiver Konkurrenz) söz konusu olduğu yönündedir. Bkz. Couchepin, Nr. 611.

15 Mehmet Erdem, La Clause Penale Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc, Ankara 2006, s. 132; Kocaağa, s. 186.

ceğidir. Hâkim görüşe göre, ceza koşulunun seçilmesi, nitelik itibariyle değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır.[16] Bu nedenle alacaklı, seçim hakkını ceza koşulunu tercih ederek kullandığı takdirde, sonradan vazgeçerek borcun aynen ifasını talep edemez.[17] Diğer bir ifadeyle bu durumda aynen ifa talebi sona erer ve borçlu asıl edimi yerine getirmekten kurtulur. Bununla birlikte, alacaklı ceza koşulunun muaccel olmasına rağmen borcun aynen ifasını seçtikten sonra, cezayı talep etme hakkı ortadan kalkmaz.[18] Alacaklı aynen ifayı talep etmiş olmasına rağmen borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı bu kez ceza koşulunu talep edebilir. Bu durum, yenilik doğuran hakların geri alınamamasıyla çelişki oluşturmaz; zira yeni bir ifa etmeme, yeni bir seçim hakkına yol açar.[19]

Taraflar anlaşma yaparak alacaklının ifayla birlikte kararlaştırılmış olan ceza koşulu da talep edebileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda ifaya eklenen (kümülatif) ceza koşulu söz konusu olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu, borcun zamanında ve yerinde ifa edilmediği

---

16 Kocaağa, s. 181; Couchepin, Nr. 616; CHK-Pellanda/Dubs, N. 34; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3795; Kılıçoğlu, s. 805; Eren, s. 1184; Bilge, s. 100; Günay, s. 78; CR-Mooser, Art. 160 OR, N. 10; Hatemi/Gökyayla, s. 356; Cansel/Özel, s. 722.

17 Erdem, s. 132; Guhl/Schnyder, s. 619; CHK-Pellanda/Dubs, Art. 160, N. 36; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3795; Bucher, s. 528; Couchepin, Nr. 616; Kocaağa, s. 183; Bentele, s.93; Kılıçoğlu, s. 805; Eren, s. 1184; Oğuzman/Öz, s. 512; ZK-Oser, Art. 160, N. 5; Bilge, s. 100; von Tuhr/Escher, s. 281; Schwenzer, Nr. 71.10; OFK-Staffelbach, Art. 6 OR, N. 12; Günay, s. 78; CR-Mooser, Art. 160 OR, N. 11; Cansel/Özel, s. 723.

18 Doktrindeki hâkim görüş, aynen ifanın talep edildiği durumlarda seçim beyanının bulunmadığını, yalnızca sözleşmesel bir talebin ileri sürüldüğünü kabul etmektedir. Böylelikle aynen ifanın talep edildiği durumlarda sonradan ceza koşulunun istenmesi mümkündür. CHK-Pellanda/Dubs, Art. 160, N.34; Kocaağa, s. 183; Erdem, s. 132; OFK-Staffelbach, Art. 160 OR, N. 12; Couchepin, Nr. 619; ZK-Oser, Art. 160, N. 5; von Tuhr/Escher, s. 282; Schwenzer, Nr. 71.10; Bilge, s. 100; CR-Mooser, Art. 160 OR, N. 12; Günay, s. 144. Karş. Bentele, s. 93; Kılıçoğlu, s. 805; Cansel/Özel, s. 723. Federal Mahkeme ise bu görüşü yenilik doğuran hakların geri alınamamasıyla bağdaşmadığı ve bunun borçlu açısından güvensiz bir hukuki durum yarattığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. CHK-Pellanda/Dubs, Art. 160, N.34'de zikredilen kararlar. Yargıtay ise, 1996 yılında vermiş olduğu bir kararda, " BK.nun 158/1. maddesi gereğince aksine sözleşmede hüküm bulunmadığından alacaklı ya aktin icrasını veya cezanın ödetilmesini isteyebilir. Olayda, davacı (…), artık iradesini akdin icrası doğrultusunda kullandığından cezai şartın tahsilini dava edemez" ifadelerine yer vermiştir. Bu çerçevede, Yargıtay'a göre alacaklı asıl borcun ifasını seçerse bundan sonra ceza koşulu talebinde bulunamayacaktır.

19 Couchepin, Nr. 618.

haller için kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu niteliği taşıdığını karine olarak kabul etmiştir (TBK md. 179/ f. 2).[20] Ayrıca belirtmek gerekir ki, ceza koşulunu düzenleyen TBK md. 179 vd. hükümleri emredici bir nitelik taşımamaktadır.[21] Bu çerçevede hiç veya gereği gibi ifa edilmeme halleri bakımından da tarafların ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür.[22] Sözleşmede kararlaştırılmış olan ceza koşulunun türü itibariyle ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu ispat yükü alacaklıya aittir.[23]

Borcun yerinde ve zamanında ifa edilmemesi ihtimali için kararlaştırılan ceza koşulunun talep edebilmesi için alacaklının ifayı ihtirazi kayıt koyarak kabul etmesi veya ceza koşulundan feragat etmemiş olması gerekmektedir.[24] Alacaklı ifayı çekincesiz kabul ettiği takdirde, ceza koşulunu talep hakkı, alacaklının ceza koşulundan vazgeçme iradesinin mevcut olup olmamasına bakılmaksızın ortadan kalkacaktır.[25] Bu durumda alacaklı yalnızca TBK md. 112 vd. hükümlerine başvura-

---

20 Bkz. Claire Huguenin, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess 2014, Nr. 1271; Couchepin, Nr. 593; Fernand Chappuis, "Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires", Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, Zürich 2003, C. 75, S. 2, s. 65 vd., s. 71; Eugen Bucher, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1988, s. 528; Katja Roth Pellanda / Dieter Dubs, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auf. 2012 (kısalt. CHK- Pellanda/Dubs), Art. 160 OR, N. 33; Schwenzer, Nr. 71.11. Ayrıca bkz. OR 2020 md. 218'de de aynı esas kabul edilmiştir. Pascal Pichonnaz, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, 2013, Art. 218, N. 6. Gauch/ Schluep, Nr. 3807; Erdem, s. 54; Kocaağa, s. 151; CR-Mooser, Art. 160 OR, N. 14.

21 Huguenin, Nr. 1269; CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160 OR, N. 30; Bucher, s. 521; Erdem, s. 53; Kocaağa, s. 151; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 1184; Necip Bilge, "Cezai Şart", Ahmet Esat Arsebük ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara 1958, s. 102; Günay, s. 84.

22 CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160, N. ; Couchepin, Nr. 635; Erdem, s. 54; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 808; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 513; Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 356; Erol Cansel / Çağlar Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", *Yaşar Üniversitesi Dergisi Özel Sayı*, İzmir 2013, Cilt I, s. 713 vd., s. 724.

23 Hermann Becker, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, Bern 1941, Art. 160 OR, N. 34; von Tuhr/Escher, s. 283. Aksi görüş için bkz. Bucher, s. 529; Couchepin, Nr. 601.

24 Bkz. Huguenin, Nr. 1271; Kocaağa, s. 152; Hatemi/Gökyayla, s. 356 vd..

25 CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160, N. 42.

bilecek ve eğer borçlunun kusuru varsa tazminat talebinde bulunabilecektir.

Ceza koşulunun seçimlik mi yoksa kümülatif mi olduğu taraf iradelerine göre belirlenmektedir. Ancak tarafların iradesi sözleşmede açık bir şekilde ortaya konmamış ise, ceza koşulunun türü yorum yoluyla tespit edilir.[26] Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun seçimlik mi yoksa ifaya eklenen mi olduğu belirlenirken tarafların menfaatleri, cezanın miktarı (ağırlığı)[27] ve özellikle alacaklının ceza koşulunun koyulmasındaki amacının dikkate alınması gerekir.[28] Bu çerçevede örneğin ifadaki menfaate nazaran çok daha düşük bir miktarda kararlaştırılmış olan, yani ifa edilmeme halinde ortaya çıkacak muhtemel zararı karşılamayan bir ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu niteliği taşıması muhtemeldir.[29] Alacaklının sözleşmenin aynen ifasında menfaati olduğu ve aynen ifadan vazgeçmek istemediği durumlarda ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırıldığı kabul edilecektir.[30] Eğer ceza koşulu ile bir yapmama borcuna uyulması güvence altına alınmışsa, bu durumda genellikle ifaya eklenen ceza koşulu söz konusu olacaktır.[31] İfaya eklenen ceza koşulunun en çok kararlaştırıldığı alanlardan diğer bir tanesi de rekabet yasağına uyulmasını güvence altına almak üzere kararlaştırılan ceza koşuludur.[32]

Son olarak, doktrinde gerçek bir ceza koşulu olarak nitelendirilmeyen dönme cezası *(Wandelpön)* ise TBK md. 179/ f. 3'de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre borçlu, sözleşmede kararlaştırılmış olan

---

26 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3803; BK-Becker, Art. 160 OR, N.4; Bilge, s. 102.

27 Erdem, s. 53; Guhl/Schnyder, s. 621; Kocaağa, s. 153; BK-Becker, Art. 160, N. 33; Bilge, s. 102; Hatemi/Gökyayla, s. 356

28 Bucher, s. 529; Couchepin, Nr. 645; Kocaağa, s. 152; Guhl/Schnyder, s. 621; CHK-Pellanda/Dubs, Art. 160 OR, N. 41; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3804; Huguenin, Nr. 1269 ve dn. 50'de ve Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3804 dn. 40'da zikredilen İsviçre Federal Mahkemesi Kararı; BK-Becker, Art. 160, N. 39.

29 Couchepin, Nr. 598; Erdem, s. 53; Kocaağa, s. 188; Bilge, s. 102.

30 Chappuis, s. 71; ZK-Oser, Art. 160 OR, N. 2.

31 CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160 OR, N. 41; Bucher, s. 529; Couchepin, s. 599; BK-Becker, Art. 160 OR, N. 15; ZK-Oser, Art. 160 OR, N. 6; Günay, s. 84.

32 CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160 OR, N. 41; Chappuis, s. 71; Bucher, s. 529; Couchepin, s. 599; Erdem, s. 54; Guhl/Schnyder, s. 621; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO, 1997, s. 865; Kocaağa, s. 152; Eren, s. 1185; BK-Becker, Art. 160 OR, N. 15; ZK-Oser, Art. 160, N. 6; Günay, s. 84; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3805

cezayı ifa ederek sözleşmeyi dönme veya fesih yoluyla sona erdirebilmektedir.[33] Dönme cezasının, sözleşmeye aykırı davranılması halinde alacaklının yalnızca ceza koşulunun talep edilebileceğini düzenleyen anlaşmalardan *(exklusive Konventionalstrafe)* farklı olduğunu belirtmek gerekmektedir.[34] Münhasır ceza koşulu kanunda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, TBK md. 179/f. 1 çerçevesinde taraflar ceza koşulu ile asıl edim arasındaki ilişkiyi belirlemek konusunda serbest olduklarından, doktrinde münhasır ceza koşulunun kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Münhasır cezai şartta, dönme cezasından farklı olarak ceza koşulunun ödenmesi için dönme hakkının kullanılması gerekmemekte, sözleşme ayakta kalmaktadır.[35] Uygulamada münhasır ceza koşulunun kararlaştırılmasının nadir olduğu belirtilmektedir.[36]

Bu bilgiler esas alınarak somut olaydaki ceza koşulunun hangi türden olduğuna ilişkin olarak şu tespitler yapılmalıdır:

İlk olarak belirtelim ki, ihtilaf konusu somut olayda taraflar arasındaki sözleşmede yer alan kayıt, bir "al ya da öde" *(take or pay)* kaydı niteliği taşımamaktadır. Al ya da öde kaydı ihtiva eden bir sözleşmede alıcı, sözleşme konusu asgari alım taahhüdünde bulunduğu miktarda malı teslim almasa dahi onun bedelini ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Oysa ihtilaf konusu olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Somut olayda bayi, asgari alım taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle teslim almadığı malların sözleşmede kararlaştırılan karşılığını ödemekle yükümlü olmayıp, sadece eksik aldığı ton başına ceza koşulu ödeme yükümlüğü altına girmektedir. Dolayısıyla somut olayda ceza koşuluna bağlanmış bir asgari alım taahhüdü söz konusudur. Söz konusu somut olayda asgari alım taahhüdü bakımından bir ceza koşulu kararlaştırılmamış olsaydı, bayinin sözleşme ile üstelendiği asgari alım taahhüdünü yerine getirmemesi, yani sözleşmede belirlenen miktarda mal alımını gerçekleştirmemesi durumunda, satıcı alıcıdan tazminat isteme hakkını kazanacaktı. Ancak bunun için satıcının, bir

33 Couchepin, Nr. 662; Huguenin, Nr. 1273; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3810; Bentele, s. 21 vd.

34 Couchepin, Nr. 660; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3809; Bentele, s. 21, dn. 90. Aksi görüşte bkz. Huguenin, Nr. 1273.

35 Couchepin, Nr. 660; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3809; Bentele, s. 21, dn. 90.

36 Couchepin, Nr. 661.

zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispat etmesi gerekecekti. Oysa somut olayda ceza koşulu kararlaştırıldığı için, satıcı, bayinin asgari alım taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle herhangi bir zarara uğramasa bile sözleşmede belirlenen ceza koşulunu talep etme hakkına sahiptir.

Ancak somut olayda kararlaştırılan ceza koşulu, Yargıtay'ın yapmış olduğu değerlendirmenin aksine ifaya eklenen bir ceza koşulu değildir. İfaya eklenen ceza koşulunda, alacaklı ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün aynen ifasıyla birlikte kararlaştırılan ceza koşulunu da talep etme hakkına sahiptir. Eğer ihtilaf konusu somut olayda satıcı, bayiden, hem asgari alım taahhüdünü yerine getirmesini, hem de kararlaştırılan ceza koşulunu talep etme hakkına sahip olsaydı ifaya eklenen ceza koşulundan söz edilebilirdi. Ancak ilgili Yargıtay kararlarında taraflar arasındaki hukuki ilişkiye ilişkin olarak yapılan özette böyle bir durumun söz konusu olduğuna ilişkin herhangi bir veri mevcut değildir.[37]

O halde geriye iki ihtimal kalmaktadır: Somut olayda ya bir seçimlik ceza koşulu ya da "münhasır ceza koşulu" söz konusudur. Bu son durumda, yani münhasır ceza koşulunun kararlaştırılmış olması halinde, alacaklının sözleşmeye aykırı davranış halinde sadece kararlaştırılan ceza koşulunu talep etmesi söz konusudur. Alacaklının yerine getirilmeyen sözleşmesel yükümlülüğün aynen ifasını talep etmesi veya bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle kanundan doğan haklarını kullanması mümkün değildir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, TBK md. 179/ f.3 hükmünde kararlaştırılan dönme cezasında da buna benzer bir durum söz konusudur. Bu çalışmada değindiğimiz Yargıtay kararlarının metninde, münhasır ceza koşulunun veya dönme cezasının kararlaştırılmış olduğu sonucuna varmamızı gerektiren bir ifade de yer almamaktadır.

---

37 Yargıtay 19. HD'nin 16.01.2014 tarihli kararına konu olan olayda da " davalının bayilik sözleşmesinin akit tarihinden itibaren piyasa satışı olarak 800 m3 beyaz ürün satmayı, satış taahhüdünden eksik satılan beher m3 beyaz ürün için maruz kalınan kar kaybı tutarını cezai şart olarak ödeyeceğini belirttiği 30.08.2012 tarihinde sona ereceği belirtilen sözleşmenin(…)" ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerden anlaşıldığı kadarıyla taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinde seçimlik cezai şart kararlaştırılmış olmasına rağmen Yargıtay bunu isabetsiz bir biçimde ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirmiş ve kararın ilerleyen bölümlerinde ifaya eklenen cezai şartın talep edilmesi için gereken şartları incelemiştir.

Bu nedenle somut olayda birinci ihtimalin söz konusu olması, yani bir seçimlik ceza koşulunun şartın kararlaştırılmış olduğu kuvvetle muhtemeldir. Yukarıda açıklandığı üzere, TBK md. 179/f. 1 anlamında seçimlik ceza koşulunda, alacaklı borcun aynen ifası ile ceza koşulunu talep etme haklarından birini kullanma hususunda serbesttir. Buna göre satıcı isterse, asgari alım taahhüdünün yerine getirilmesini talep edebilir; bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ise kanundan doğan haklarını kullanabilir. İlgili Yargıtay kararlarında yapılan özette, taraflar arasındaki sözleşmede satıcının bu yola başvurmasına engel teşkil edecek bir hükmün bulunduğuna ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Satıcı dilerse bunun yerine ceza koşulunu talep etme hakkını kullanabilir. Satıcı, herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi kararlaştırılan ceza koşulunu talep etme hakkına sahiptir. Yargıtay kararlarında yer alan ifadelerden satıcının seçimlik olarak sahip olduğu aynen ifayı veya ceza koşulunu talep etme haklarından bu sonuncusunu kullandığı anlaşılmaktadır. Tekrar belirtelim ki, kesin olan husus, ihtilaf konusu somut olayda hiçbir şekilde Yargıtay'ın tespit ettiği şekilde bir ifaya eklenen ceza koşulunun söz konusu olmadığıdır.

Somut olaydaki uyuşmazlık, sağlayıcı firmanın asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemesi ihtimaline karşı kararlaştırılmış ve muaccel olan seçimlik ceza koşulunu on yıllık sözleşme ilişkisi sona erdiğinde talep edip edemeyeceği noktasındadır. Bu nedenle, sağlayıcının kendisine tanınan bu seçim hakkını sözleşme sona erdikten sonra kullanmasının mümkün olup olmadığının, özellikle ilk yılın sonunda ceza koşulunu talep etmiş ancak ifa edilmemesine rağmen sözleşmeye devam etmiş olduğu dikkate alınarak MK md. 2 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. Sağlayıcının Kendisine Gönderilen İhtarname Karşısında Sessiz Kalması ve Mal Tedarik Etmeye Devam Etmesinin Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi

Bayi ilk yılın sonunda sözleşmede yer alan asgari alım taahhüdünü yerine getirememiş ve bu hususu sağlayıcıya ihtarname ile bildirerek, sonraki yıllarda da sözleşmede belirlenmiş olan asgari alım taahhüdünün uygulanmaması şartıyla sözleşmeye devam edebileceklerini, aksi takdirde sözleşmenin feshine ilişkin görüşmelere başlamaya hazır olduklarını belirtmiştir. Yargıtay HGK, bayi tarafından

sağlayıcıya gönderilen ihtarnamede yer alan "cezai şarta ilişkin 15. maddenin uygulanmamasına" yönelik öneri karşısında, sağlayıcının sessiz kalarak bayiye mal tedarik etmeye devam etmesini, "sözleşmenin 15. maddesinin uygulanmayacağı yönünde bir anlaşma" meydana geldiği yönünde değerlendirmektedir. Bu değerlendirmenin yerinde olup olmadığının tespit edilmesi için, sağlayıcının hareketsizliğinin TBK md. 6 anlamında susma yoluyla kabul sayılıp sayılmayacağı veya sağlayıcının bayiye mal vermeye devam etmesinin, TBK md. 1 çerçevesinde önerinin örtülü kabulü olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususları önem taşımaktadır.

A. Sağlayıcının Hareketsizliği TBK md. 6 Anlamında Önerinin Susma ile Kabul Edilmesi Olarak Nitelendirilebilir mi?

Sağlayıcının bayinin gönderdiği ihtarname karşısında sessiz kalması hukuken "susma" olarak nitelendirilmektedir. Sağlayıcının susmasının, bayinin yapmış olduğu öneriyi kabul ettiği anlamını taşıyıp taşımadığının belirlenmesi için susmanın hukuken nasıl nitelendirildiğine ilişkin bazı açıklamalarda bulunulması yararlı olacaktır.

Borçlar Hukuku'nda irade beyanları, açık ve örtülü olmak üzere ikiye ayrılırlar. Örtülü irade beyanlarında, irade beyanının anlamı beyanda bulunan kişinin söz veya işaretlerinden doğrudan doğruya değil, davranışının somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda dolaylı olarak anlaşılmaktadır.[38] Örtülü irade beyanının örneklerinden biri de susmadır. Sessiz kalma, önceden taraflar arasında belli bir iradenin dışa vurulması aracı olarak kararlaştırılmadığı takdirde, susma, örtülü irade beyanı olarak nitelendirilmektedir.[39]

Kural olarak, susan kişi herhangi bir irade beyanında bulunmamıştır. Bununla birlikte, bazı şartların gerçekleşmesi halinde susan kişinin örtülü bir irade beyanında bulunduğu kabul edilebilir. Sus-

38 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 188 vd.; Eren, s. 135; Kılıçoğlu, s. 46.

39 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008, s. 144 vd; BK-Becker, Art. 1 OR, N. 36 vd. Ayrıca bkz. Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Berner Kommentar Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band/Nr. VI/1/1, Bern 1986 (kısalt. BK-Kramer/Schmidlin), Art. 6 OR, N. 13 vd; Eren, s. 135; Alfred Koller, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bern 2009, Nr. 124; Kılıçoğlu, s.46.

manın irade beyanı olarak nitelendirilmesi için, somut olayın şartları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, susan kişinin MK md. 2 hükmü uyarınca aktif bir davranışta bulunması gerektiği halde susmuş olması gerekmektedir.[40]

TBK md. 6'da, susmanın hangi durumlarda kabul olarak nitelendirileceğine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır.[41] Kural olarak bir öneri karşısında sessiz kalınması (susma), o önerinin kabul edildiği anlamını taşımaz; tam tersi onun reddedildiği anlamına gelir.[42] Bununla birlikte, somut olayın tüm şartlarını dikkate alan muhatap, susan kişinin olumlu bir beyanda bulunmak istememiş olsaydı, bu itirazını açıkça ortaya koyacağını düşünmekte haklı ise, susma kabul olarak değerlendirilebilir.[43]

TBK md. 6'ya göre öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır. Bu çerçevede, TBK md. 6'nın uygulanması için özellikle somut olayda söz konusu olan hukuki işlemin niteliği ve somut olaydaki durumun özelliği gereği susan kişinin açık bir kabul beyanında bulunmasının gerekli olup olmadığına bakılmalıdır.[44] Belirtmek gerekir ki, TBK md. 6 çerçevesinde susma ile kabulün söz konusu olup olmadığı belirlenirken güven teorisi esas alınmakta, hatta bazı yazarlar TBK md. 6'nın güven

---

40 BK-Kramer/Schmidlin, Art. 1 OR, N. 12.

41 TBK md. 6'da yer alan örtülü kabule ilişkin bu düzenleme ile TBK md. 1'de yer alan örtülü irade beyanlarına ilişkin düzenleme arasındaki sınırın çizilmesi tartışmalı bir konudur. Doktrindeki hakim görüşe göre, TBK md. 6, örtülü irade beyanı türlerinden iradeyi gösteren hareket ve irade faaliyetiyle (aktif örtülü davranış) değil, doğrudan doğruya susma (pasif örtülü davranış) ile ilgili bir özel hükümdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Kramer/Schmidlin, Art. 6 OR, N. 14. Aynı görüşte, bkz. Ahmet Kut, Art. 1-40 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 2. Aufl, 2012, (kısalt. CHK-Kut), Art. 1 OR, N. 12; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 454; CR-Morin, Art. 6 OR, N. 3.

42 OR 2020 md. 9/f. 1'de bu ilke açık bir hükümle düzenlenmiştir. Ayrıca, konuya ilişkin olarak bkz. Art. 18 CISG; Art. 34 CESL; Art. II.-4:204 DCFR; Art. 2:204 PECL; Art. 2.1.6 (1) UNIDROIT Principles.

43 Koller, Nr. 191.

44 Huguenin, Nr. 226 vd; von Tuhr/Peter, s. 188-189; BK-Becker, Art. 6 OR, N. 7 vd; CHK-Kut, Art. 6 OR, N. 3; Jolanta Kren Kostkiewicz, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage 2009 (kısalt. OFK-Kostkiewicz), Art. 6 OR, N. 3 vd; Eren, s. 256 vd.

sorumluluğunun özel bir uygulama alanı olduğunu kabul etmektedirler.[45] Güven teorisi gereği, susan kişi, pasif davranışının bir onay olarak anlaşılabileceğini bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse, susma kabul olarak nitelendirilemez.[46]

İncelemekte olduğumuz olay bakımından TBK md. 6'da belirtilmiş olan "işin özelliği" değil, "durumun gerekleri"nin açık bir kabulü gerektirip gerektirmediği önem taşımaktadır. Bu noktada, somut olayın koşulları dikkate alındığında, öneride bulunan kişinin (bayinin), sağlayıcının sessiz kalmasından sözleşme değişikliğini kabul ettiği sonucunu çıkarmasının MK md.2 çerçevesinde haklı olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bayinin, sağlayıcı değişiklik önerisini reddetmek isteseydi, bunu açıkça ifade etmesi gerektiğini düşünmesinin haklı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.[47]

Doktrinde, sözleşmede değişiklik yapılmasına ilişkin önerilerin, TBK md. 6 anlamında "açık bir kabulü gerektirmeyen bir durum" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini değerlendiren bazı yazarlar, şu görüşü savunmaktadırlar: Akdedilmiş olan sözleşmelerin sonradan değiştirilmesi ve sözleşme görüşmeleri sırasında üzerinde anlaşılamayan veya görüşülmemiş olan şartların sözleşmeye eklenmesine ilişkin öneriler, alıcı (muhatap) tarafından cevapsız bırakılabilir. Sözleşme değişiklikleri örtülü olarak gerçekleştirilmez. Bu durumda güvenin korunması ihtiyacı söz konusu değildir.[48]

Kanımızca, sağlayıcının sessizliği, TBK md. 6 hükmü uyarınca değişiklik önerisini kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte sağlayıcının sessiz kalarak bayiye mal vermeye devam etmesi, TBK md. 6 kapsamında yapılan değerlendirme sonucunda bir kabul olarak nitelendirildiği takdirde, gerçekten de akaryakıt bayilik sözleşmesinin 15. maddesinin uygulanmayacağı konusunda taraflar arasında bir anlaşma meydana gelmiş olacaktır. Ancak, sözleşmenin bu anlamda değiştiği kabul edildiği takdirde, ceza koşuluna ilişkin hüküm tarafların

---

45 CHK-Kut, Art. 6 OR, N. 3; BK-Kramer/Schmidlin, Art. 6 OR, N. 14, 16; OFK-Kostkiewicz, Art. 6 OR, N. 1; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 455; CR-Morin, Art. 6 OR, N. 8. .

46 BK-Kramer/Schmidlin, Art. 6 OR, N. 18; CHK-Kut, Art. 6 OR, N. 3 .

47 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 206.

48 Bkz. BK-Kramer/Schmidlin, Art. 6 OR, N. 54. Aynı yönde bkz. CHK-Kut, Art. 6 OR, N. 9.

anlaşmalarıyla ilga edildiğine göre, artık sağlayıcının ceza koşulunu talep hakkı da söz konusu değildir. Dolayısıyla burada artık Hukuk Genel Kurulu'nun yaptığı gibi hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilemez.

Sağlayıcının mal tedarik etmeye devam etmesinin, TBK md. 6 anlamında susma ile kabul niteliği taşımadığı ve sözleşmenin değişmediği kabul edildiği takdirde, sağlayıcının ceza koşulunu talep hakkını sözleşme sona erdikten sonra kullanmasının çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edip etmediği konusunda karar verilmesi gerekecektir. Bu konuya aşağıda III. Bölümde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

B. Sağlayıcının Bayiye Mal Göndermeye Devam Etmesi TBK md. 1 Anlamında Örtülü Kabul Olarak Nitelendirilebilir Mi?

Sağlayıcının bayiye mal göndermeye devam etmesinin, sözleşmenin değiştirilmesi önerisini örtülü olarak kabul ettiği şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin de belirlenmesi gerekmektedir.[49] Bu konuda bir sonuca varılmadan önce, iki hususun değerlendirilmesi yerinde olacaktır: İlk olarak bu davranışın bir irade beyanı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği belirlenmelidir. Sonrasında ise, eğer bu davranışın bir irade beyanı olarak nitelendirilmesi mümkünse, beyan sahibinin hangi iradeyi açıkladığı, yani bu iradenin sözleşmenin değiştirilmesine onay verme yönünde olup olmadığı tespit edilmelidir.

İlk olarak bayinin sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin uygulanmaması konusundaki önerisi karşısında sağlayıcının sessiz kalarak sözleşmede kararlaştırıldığı üzere her yıl mal göndermeye devam etmesinin örtülü bir irade beyanı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği değerlendirilmelidir. Muhatabın (olayda bayinin), karşı

[49] Yargıtay asgari alım taahhüdü içeren bayilik sözleşmelerine ilişkin olarak verdiği kararlardan birinde, sağlayıcının geçmiş yıllara ilişkin ceza koşulu talebinde bulunabileceğini belirtmiştir. Yargıtay'a göre, ceza koşulu alacağı muaccel olmasına rağmen ceza koşulu talebinde bulunmayarak mal vermeye devam eden sağlayıcı, ceza koşulundan örtülü olarak vazgeçmiş sayılmaz. Bu çerçevede Yargıtay kararında "Davacının her yıl sonunda taahhüdün ihlaline rağmen mal vermeye devam etmiş olması sözleşmedeki taahhüdün ihlali halinde uygulanacak cezai müeyyidelerden feragat ettiği anlamına gelmez. Çünkü devam eden süreçte bayinin taahhüdünü yerine getirme imkânı mevcut olup, bu şekilde mal verilmesi bayiye tanınan bir haktır." ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2012/9915, K. 2013/8558, T. 13.05.2013

tarafın davranışını (olayda sağlayıcının) irade beyanı olarak nitelendirmekte haklı olması için, bu davranışı somut olayın koşullarında MK md.2 ışığında değerlendirdiğinde, karşı tarafın belli bir işlem iradesi taşıdığı kanaatine tereddütsüz varabiliyor olması gerekmektedir.[50] O halde, eğer bir davranışta bulunan kişi, bu davranışla bir irade beyanında bulunmak istemediyse ve muhatabın da dürüstlük kuralı gereği bunu anlaması gerekiyorsa, muhatap bunu bir irade beyanı olarak anlasa bile, bu davranış irade beyanı olarak kabul edilmez.[51]

Karara konu olayda sağlayıcının mal göndermeye devam etmesinin bir irade beyanı niteliği taşıdığı sonucuna varıldığı takdirde, ayrıca, bu örtülü beyanın sözleşmenin değiştirilmesi yönünde mi yoksa ceza koşuluna ilişkin hükümler de muhafaza edilerek sözleşmeye aynen devam edilmesi yönünde mi olduğunun tespiti gerekmektedir. Zira, sağlayıcı mal göndermeye devam ederken iradesinin sözleşmeye aynen devam etmek yönünde olduğunu iddia etmiş, bayi ise sağlayıcının davranışını sözleşme değişikliğini kabul beyanının açığa vurulması olarak anlamıştır. Bu noktada, sağlayıcının mal göndermeye devam etmek biçiminde ortaya çıkan davranışının güven teorisi çerçevesinde değerlendirilerek anlamlandırılması gerekmektedir. Güven teorisi çerçevesinde muhatabın (bayinin), bildiği ve bilebileceği tüm koşulları dikkate alarak beyan sahibinin (sağlayıcının) gerçek iradesini (sözleşmeyi değiştirmeden devam etmek) anlamasının ondan beklenip beklenemeyeceğine bakılmalıdır.[52]

Bu değerlendirme sonucunda sağlayıcının gerçek iradesi ile güven teorisi çerçevesinde davranışına verilmesi gereken anlamın birbiriyle örtüştüğü tespit edildiği takdirde; sağlayıcının mal vermeye devam etmesinin, bayinin sözleşmenin değiştirilmesi önerisini TBK md. 1 anlamında örtülü olarak kabul etmediği sonucuna varılacaktır. Bu ihtimalde sözleşme herhangi bir değişikliğe uğramadığından, sağlayıcı tarafından ceza koşulunun talep edilmesi önündeki tek engel, bu talebin ileri sürül-

50 BK-Kramer/Schmidlin, Art. 1 OR, N. 11; Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2012, s. 64.

51 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 218.

52 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 218; Furrer/Müller-Chen, s. 69. Sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin tespiti konusunda ayrıca bkz. Nurcihan Dalcı Özdoğan, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:8 Sayı:1 Yıl 2017, s. 33 vd.

mesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması ihtimalidir.

Yargıtay ise, sağlayıcının davranışlarını bu hususları dikkate alarak yorumlamaksızın, doğrudan doğruya taraflar arasında sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bir anlaşma meydana geldiği tespitinde bulunmuştur. Bu tespitin yerinde olup olmadığı bir yana, böyle bir tespit yapıldığı takdirde, sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin hükümleri ilga edilmiş olduğu için sağlayıcının ceza koşulu talep etmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, sağlayıcının sözleşmenin sona ermesinin ardından ceza koşulu talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığının incelemesi anlamsızdır. Oysa Yargıtay hem taraflar arasında ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı yönünde bir anlaşma meydana geldiği tespitinde bulunmuş, hem de sağlayıcının ceza koşulu talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığını belirtmiştir. Hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığı konusundaki inceleme, ancak taraflar arasında ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bir anlaşma meydana gelmediği kabul edildiği takdirde anlamlıdır. Bir sonraki başlıkta bu ihtimal dahilinde, sağlayıcının karşı tarafta yaratmış olduğu güvenin ne gibi hukuki sonuçlar meydana getirdiği incelenecektir.

III. Ceza Koşulunun Talep Edilemeyeceği Konusunda Bayide Yaratılmış Olan Güven

A. Çelişkili Davranış Yasağına Aykırılık

Sağlayıcı, ilk yılın sonunda eksik kalan alımlar için ceza koşulu talebinde bulunmuş, bu talep bayinin itirazıyla karşılandığında, sözleşme ilişkisinin geri kalanında (dokuz yıl boyunca) taahhüdün ihlali nedeniyle muaccel olan ceza koşulunu talep etmemiştir. Yargıtay'a göre, yıllar içinde bayide sözleşme ilişkisi sona erince sağlayıcının kendisinden geçmiş yıllara yönelik ceza koşulu talebinde bulunmayacağı yönünde bir güven oluşmuştur.[53] Sağlayıcı ise sözleşme sona

[53] Güven olgusunun hangi şartlar altında ve nasıl bir hukuki korumaya sahip olduğu konusunun tarihi gelişim süreci ve karşılaştırmalı hukuktaki analizi için bkz. Peter Loser, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht- Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Bern 2006, Nr. 36 vd.

erdiğinde bayiye dava açmış ve sözleşme süresi boyunca asgari alım taahhüdüne aykırı davranmış olması sebebiyle sözleşmede kararlaştırılmış olan ceza koşulunun ödenmesini talep etmiştir. Yargıtay 19. HD, sağlayıcının bu davranışını MK md. 2 çerçevesinde değerlendirerek çelişkili davranış yasağına aykırı olarak nitelendirmekle kalmamış, aynı zamanda sağlayıcının ***güven sorumluluğu esaslarına göre*** sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın bu iki değerlendirmesinin de yerinde olup olmadığı sırasıyla incelenecektir.

Türk-İsviçre doktrininde, hakkın kötüye kullanılmasının uygulama alanını tespit etmek için olay grupları oluşturulduğu görülmektedir.[54] Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması hallerinden biri de *venire contra factum proprium* olarak ifade edilen çelişkili davranış yasağına aykırı davranılmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kural olarak hiç kimse kendi davranışına bağlı kalmak ve bu anlamıyla tutarlı davranmak zorunda değildir.[55] Diğer bir ifadeyle, herkes kendi davranışını veya düşüncesini zaman içinde değiştirmekte özgürdür. Bununla birlikte eğer kişinin önceki davranışı, karşı tarafta korunmaya değer bir güven oluşturduysa ve yeni davranışı, oluşturulan bu güveni

54 Bu gruplar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Michael Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2003, s. 123; Heinz Hausheer/Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, SHK-Staempflis Handkommentar, Bern 2003 (kısalt. SHK-Hausheer/Jaun), s. 135 vd; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor, Zürich 2010, s. 61; Sibylle Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer/Vito Roberto, Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern 2011 (kısalt. Hrubesch/Bosshardt), Nr. 03. 119. Dürüstlük kuralının karşılaştırmalı hukukta da olay gruplarına ayrılarak somutlaştırılmasının tercih edildiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Hans-Bernd Schäfer / Hüseyin Can Aksoy, "Alive and well: the good faith principle in Turkish contract law", *European Journal of Law and Economics,* C. 42, S.1, Ağustos 2016, s. 73 vd.

55 Hausheer/Jaun, Nr. 130; Max Baumann, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. I, Einleitungstitel zum ZGB, Art. 1-7 ZGB, Zurich 1998 (kısalt. ZK-Baumann), Art. 2 ZGB, N. 99; Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004., s. 195; Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.135; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 270; Hans Peter Walter, "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?", Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 2001, 2. Hft., Hb. Band. I, s. 79 vd, s. 86; Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2014, s. 303; Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1963, s. 339; Şener Akyol, "Venire Contra Factum Proprium" (Önceki Eylem ile Çelişki Yasağı), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2004 (kısalt. Akyol, Venire), s. 79.

boşa çıkarıyorsa, dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olacaktır.[56] Bu durumda, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilmesi için çelişkili davranan kişinin, bu çelişkiyi yaratmakta kusurlu olması aranmamaktadır.[57] Önemli olan objektif açıdan bakıldığında karşı tarafta haklı bir güven yaratılmış olması ve sonraki davranışlarla bu güvenin boşa çıkarılmış olmasıdır. Bunun için de genellikle, taraflardan birinde oluşan güvenin "haklı" veya "korunmaya değer" olup olmadığını belirlemek için ek bazı koşulların varlığı aranmaktadır.

Doktrinde, çelişkili davranış yasağına aykırılığın da kendi içinde gruplara ayrılarak incelendiği görülmektedir.[58] Bu olay gruplarının neler olduğuna ve bu olay gruplarında hangi durumlarda güvenin korunmaya değer olduğuna ilişkin bazı örneklere yer verilmesi yerinde olacaktır:

Bu gruplardan biri, bir kişinin iki davranışının birbiriyle örtüşmemesi halidir.[59] Buna göre, eğer bir hakkın kullanılması, hak sahibinin önceki başka bir davranışıyla çelişki içindeyse ve hak sahibinin ilk davranışıyla tutarlı davranmasında karşı tarafın korunmaya değer bir menfaati söz konusu ise, bu davranışta bulunan kişi tutarlı olmak zorundadır.

Çelişkili davranış yasağının gündeme geldiği diğer bir alan, şekle aykırılıktır. Kural olarak bir hukuki işlemin şekle aykırılığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Bununla

---

56 Heinz Hausheer/Regine E. Aebi-Müller, Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9, ZGB, Bern 2012 (kısalt. BK-Hausheer/Aebi-Müller), Art. 2 ZGB, N. 269; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 100; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 62; A Egger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 1-10 Einleitung, Zurich 1930 (kısalt. ZK-Egger), Art. 2 ZGB, N. 36; Dural/Sarı, s. 195; Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.135; Oğuzman/Barlas, s. 270; Akyol, Venire, s. 79; Walter, s. 86. Alman Hukuku için bkz. Reiner Schulze, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden Baden 2017, § 242 BGB, Rdnr. 36; Heinz-Peter Mansel, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. V. Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner, 16. Neubearbeitete Auflage, 2015 (kısalt. Jauernig/Mansel), § 242 BGB, Rdnr. 48.

57 Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 196; Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rdnr. 48.

58 Ayrıntılı bilgi için bkz. BK- Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 270 vd; Fritz Sturm, "Der Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht -- Ein Überblick über die neuere Judikatur des Bundesgerichts", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Zürich 1993, C. 89 s. 373 vd, s. 375.

59 Sturm, s. 376; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 278; Hausheer/ Jaun, N. 135.

birlikte, şekle aykırı bir sözleşme taraflarca[60] geçerliymiş gibi ifa edildikten sonra şekle aykırılığın ileri sürülmesi, haklı bir güvenin ihlalidir ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder.[61] Bu durumda şekle aykırılığın ileri sürülmesi ve sözleşme çerçevesinde ifa edilmiş olan edimlerin iadesinin talep edilmesi mümkün değildir.[62]

Bunun dışında bir kişinin, bir davranışıyla karşı tarafta belli bir duruma veya bir durumun meydana gelmeyeceğine ilişkin yarattığı güveni boşa çıkaracak şekilde davranması da çelişkili davranış yasağına aykırıdır.[63] Özellikle, belli bir durumun gerçekleşeceğine olarak güvenen kişinin, bu beklenti nedeniyle bazı tasarruflarda bulunması[64] ve yeni durum sonucunda zarara uğraması halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.[65] Bu üst başlık altında sıklıkla karşılaşılan bir durum, bir hakkın zamanaşımı süresi içerisinde, fakat geç kullanılmasıdır: Kural olarak bir talebin ileri sürülmesi için uzunca bir süre beklenmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmez.[66] Bununla birlikte, hakkın hem geç hem de hak sahibinin önceki hareketsizliği ile bağdaştırılamayan bir çelişki yaratacak şekilde kullanılması, yukarıda belirttiğimiz üzere ***ek bazı şartlar*** gerçekleştiği takdirde, hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilir.[67] Diğer bir ifadeyle, belirli bir hakkın ileri sürülmesi hak sahibinden beklendiği halde, hak sahi-

---

60 Taraflardan yalnızca birinin sözleşmeyi ifa ettiği veya geçersizliği bilmeksizin ifa ettiği durumlarda, sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hausheer/Jaun, N. 151.

61 Sturm, s. 376; Hausheer/Jaun, N. 139 vd, N. 147; Dural/Sarı, s. 196; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 288 vd. Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.143; Oğuzman/Barlas, s. 272, dn. 318a; Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 285. Alman Hukuku için bkz. Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rdnr. 50; Altaş, s. 304; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1988, s. 174 vd; Edis, s. 344 vd; Kocayusufpaşaoğlu, s. 312 vd (özellikle s. 315 vd.).

62 Bu ihtimalde iade talebinin hangi hukuki temele dayanılarak reddedileceği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Hausheer/Jaun, N. 148 vd.

63 Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 62; BK-Hausheer/Aebi- Müller, Art. 2 ZGB, N. 271; Hausheer/Jaun, N. 131.

64 Alman Hukuku hk. bkz. Schulze, §242 BGB, Rdnr. 37.

65 Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.135; Hausheer/Jaun, N. 132; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 273.

66 Sturm, s. 376; Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.157.

67 BK- Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 283; Guhl/Koller , s. 315; Hausheer/Jaun, N. 136; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 392; Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.157; Oğuzman/ Barlas, s 272, dn. 318; Şener Akyol, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 75. Alman Hukuku için bkz. Schulze, § 242 BGB, Rdnr. 42 vd; Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rdnr. 50.

binin bu hakkı somut ilişkinin özelliklerinin gerektirdiği süre[68] içinde ileri sürmemesi ve bu sessizliğin karşı tarafta hakkın artık ileri sürülmeyeceği yönünde bir beklenti yarattığı durumlarda çelişkili davranış yasağına aykırılık söz konusu olur.[69] Hemen belirtelim ki, bir hakkın gecikmeli olarak kullanıldığı hallerde, hak sahibi ihmalen davranmış veya tamamen kusursuz olsa dahi hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilmektedir.[70] Hak sahibi tamamen kusursuz olsa bile, karşı taraf hakkın geç kullanılmasına ekonomik bir anlam atfettiği takdirde, çelişkili davranış yasağına aykırılığa gerçekleşmiş gözüyle bakılır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı durumlarda bir talebin ileri sürülmesi için uzunca bir süre beklenilmesini hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirdiği kararları bulunmaktadır.[71]

Doktrinde kabul edilen ek şartlara örnek olarak bir hakkın kullanılmayacağına güvenen kişinin gecikme nedeniyle dezavantajlı bir duruma düşmesi[72]; hak sahibinin sessiz kalmasından onun bu hakkı kullanmaktan feragat ettiği sonucuna varılması; hak sahibinin talebi ileri sürmeyi ertelerken karşı tarafın ispat konusunda durumunu zorlaştırma veya karşı tarafı haksız bir dezavantaja uğratma kastıyla[73] hareket etmiş olması gösterilebilir.[74] Çelişkili davranış yasağına aykırılığın bu türüne özellikle yenilik doğuran haklar bakımından rastlandığı belirtilmektedir.[75] Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, bu ek şartlar gerçekleşmese dahi, bir hakkın uzun süre kullanılmayıp özellikle zamanaşımı süresinin dolmasına yakın bir zamanda kullanılması halinde çelişkili davranış yasağına aykırılığın mevcut olduğu yönündedir.[76]

Alman Hukuku'nda da bir kişinin kullanabilecek durumda olduğu halde bir hakkını kullanmaması ve karşı tarafın hak sahibinin

---

68 Hareketsiz olarak ne kadar süre geçirildiği takdirde hakkın geç kullanılmasından söz edileceği somut olayın şartlarına göre belirlenir. Bunun için özellikle olayda söz konusu olan hakkın veya hukuki ilişkinin türü ve anlamı, yaratılan güvenin yoğunluğu, hak sahibinin hakkını ileri sürmek için sahip olduğu imkanlar ve karşı tarafın korunma ihtiyacı dikkate alınmalıdır. Bkz. Schulze, § 242 BGB, Rdnr. 46.

69 Akyol, Venire, s. 91.

70 Sturm, s. 376.

71 Bkz. BGE 127 III 257, 267.

72 Akyol, s. 75; Serozan, s. 285.

73 Bkz. BGE 91 II 260, 94 II 37.

74 BK- Hausheer/Aebi- Müller, Art. 2 ZGB, N. 283; Hausheer/Jaun, N. 137; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 392; Oğuzman/ Barlas, s. 267 .

75 Guhl/ Koller, s. 315.

76 Yargıtay kararlarından örnekler için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 267, dn. 313c.

davranışlarından gelecekte de hakkını hiç kullanmayacağı, bu şekilde kullanmayacağı veya bu zamanda kullanmayacağı sonucunu çıkarması ve ortaya çıkan yeni duruma kendini adapte etmesinin dürüstlük kuralı uyarınca ondan beklenemediği durumlarda haklı güvenin oluştuğu kabul edilmektedir.[77] Bu çerçevede örneğin, bir kişinin sahip olduğu bir hakkı kullanması sonrasında, karşı tarafın bu hakkın kullanılmasına itiraz etmesi üzerine bundan vazgeçip, aradan bir süre geçince tekrar bu hakkı kullanması çelişkili davranış olarak nitelendirilmektedir.[78]

Somut olayda, bir davranışla karşı tarafta belli bir duruma veya bir durumun meydana gelmeyeceğine ilişkin yaratılan güvenin boşa çıkarılması söz konusudur. Sağlayıcının ilk yılın sonunda yönelttiği ceza koşulu talebine itiraz eden bayi, bu itirazı üzerine sağlayıcının sonraki yıllarda ceza koşulu talebinde bulunmamasından hareketle, sözleşme sona erdiğinde de ceza koşulunu talep hakkının kullanılmayacağına güvenerek mal alımına devam etmiştir. Bayinin bu güveni, korunmaya değer, MK md. 2 anlamında "haklı bir güven"dir. Sağlayıcının kendi yarattığı bu haklı güveni ihlal etmesi, çelişkili davranış yasağına aykırı olup MK md. 2/ f.2 anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır.

Alacaklı sağlayıcının ceza koşulu talebinde bulunması, MK md. 2/ f.2 anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığına göre, ayrıca davranışının yaptırımının da belirlenmesi gerekmektedir. MK md. 2/ f.2 hükmüne göre hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, o hakkın hukuk düzeni tarafından korunmamasıdır. Ancak bu "korunmama"dan ne anlaşılması gerektiği, hükümde açıklanmamıştır. Bu eksiklik, doktrinde farklı olay grupları bakımından farklı yaptırımlar öngörülerek giderilmeye çalışılmıştır. Bu yaptırımlar arasında, hakkın ve bu hakka dayanan talep ve savunmaların ileri sürülememesi (kullanılmasına engel olunması), zararın önlenmesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunda ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılması, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi, sözleşmenin uyarlanması ve borcun ifasının talep edilmesinin yanı sıra, tazminat talebinin de oldu-

77 Schulze, § 242 BGB, Rdnr. 42; Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rdnr. 50. Benzer bir karar örneği için bkz. Akyol, Venire, s. 84, dn. 26.

78 Mü-Ko/Schubert, § 242 BGB, Rdnr. 385.

ğu görülmektedir.[79] Doktrinde hakkın kötüye kullanılması hallerinden biri olan çelişkili davranış yasağına aykırılığın yaptırımının, o hakkın ileri sürülememesi /reddedilmesi olduğu belirtilmektedir.[80]

Bu açıklamalar dikkate alındığında, incelemekte olduğumuz olay hakkında şu sonuca varılması yerinde olacaktır: Sağlayıcı ceza koşulunu talep hakkı muaccel olmasına rağmen hakkını uzun bir süre kullanmadığı ve bayide bu hakkını kullanmayacağı yönünde güven yarattığı için, ceza koşulu alacağını ileri süremeyecek; talebi reddedilecektir. Hemen belirtelim ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından, sağlayıcının ceza koşulunu geç talep etmek bakımından kusurlu olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Ancak bunun bir önemi de yoktur. Zira çelişkili davranış yasağına aykırılıktan söz edilmesi için dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir gecikmenin söz konusu olması yeterlidir. Bu nedenle çelişkili davranışta bulunan sağlayıcının ayrıca gecikmede kusurlu olması aranmayacaktır.[81]

Somut olayda çelişkili davranış yasağına aykırılığın yanı sıra Yargıtay HGK'nın tespit ettiği üzere güven sorumluluğunun söz konusu olup olmadığının da ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bunun için öncelikle güven sorumluluğundan ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması yararlı olacaktır:

B. Güven Sorumluluğu

Güven sorumluluğu, en genel tanımıyla, sözleşmesel bir ilişki içinde bulunulmayan üçüncü bir kişide yaratılmış olan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan sorumluluktur. Aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmamakla birlikte, MK md.2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan özel bir bağlantı içinde olan taraflardan biri, bu özel bağlantı gereği uymak zorunda olduğu davranış kurallarına aykırı davranarak karşı tarafın güvenini boşa çıkarırsa, ortaya çıkan güven zararını tazmin etmesi gerekmektedir.[82] Bu durumda söz konusu olan sözleş-

79 Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.113; SHK-Hausheer/Jaun, s. 136; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 212; ZK-Egger, Art. 2 ZGB, N. 37; Oğuzman/Barlas, s. 275; Edis, s. 328; Altaş, s. 309; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 65; Riemer, § 5, Nr. 55 vd; Serozan, s. 286; Akipek/Akıntürk, s. 203 vd. .

80 Akyol, Venire, s. 77. Yazar bu durumu "hak düşümü" olarak nitelendirmektedir.

81 Akyol, s. 81.

82 Bkz. Schwenzer, Nr. 52.01; Peter Loser, "Konkretisierung der Vertrauenshaftung",

mesel bir ilişki mertebesine ulaşmamış olan "özel bir bağlantı" olduğundan, tarafların uğramış oldukları güven zararını sözleşme hükümlerine göre istemeleri mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, MK md. 2'yi ihlal eden bir davranış sonucunda ortaya çıkan zararın haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilmesi de mümkün değildir. Zira MK md. 2 normu, Türk-İsviçre Hukuku'nda hâkim olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre, ihlali hukuka aykırı olan bir davranış normu olarak kabul edilmemektedir.[83] Bunun bir sonucu olarak, özel bir bağlantı içinde olan tarafların birbirlerinin güvenini boşa çıkartması sonucunda ortaya çıkan zarar hukuka aykırı değildir ve bu nedenle haksız fiil hükümlerine göre de tazmin edilememektedir.[84] Zira bu hallerde ortaya çıkan güven zararı, genellikle bir salt malvarlığı zararıdır ve salt malvarlığı zararları Türk-İsviçre Hukuku'nda bugün hakim görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre özel bir koruma normu bulunmadıkça tazmin edilememektedir. Bu çerçevede güven sorumluluğu, *haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk arasında yer alan ayrı bir sorumluluk türü*[85] olarak ***haksız fiil ve sözleşme hukuku hükümlerine göre tazmin edilemeyen*** güven zararının tazminini amaçlamaktadır.

Kanunda düzenlenmemiş olan ve içtihat hukukuyla gelişen güven sorumluluğunun şartları, İsviçre'de Federal Mahkeme'nin konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarla şekillenmiştir.[86] Bu noktada temel olarak üç şartın arandığı görülmektedir: Bunlar, güvenen ve güvenilen taraf

---

recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern 1999, C. 17, s. 73 vd. (kısalt. Loser, Konkretisierung), s. 74 vd.

83 Franz Werro, "Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung - braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern 2003, s. 12-20, (kısalt. Werro, Haftung), s. 13.

84 Bu görüşe yöneltilen eleştiriler için bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 400 vd.

85 Werro, Haftung, s. 14; Çiğdem Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Sorumluluk, Ankara 2004, s. 122; Loser, Konkretisierung, s. 77 vd; Jolanta Kren Kostkiewicz,"Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR", Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 2001, C. 137, s. 161 vd., s. 162. Ayrıca bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 101 vd.

86 Güven sorumluluğunun şartlarının ne olduğu konusunda İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında bir yeknesaklık bulunmamaktadır CR-Werro, Art. 41, N. 67; Pierre Widmer / Pierre Wessner, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000, s. 102. Alman Hukuku hk. ayrıca bkz. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Gesammelte Schriften, Band II, Berlin 2012, s. 1 vd, s. 491 vd.

arasında özel bir bağlantı bulunması[87], bu bağlantı kapsamında ortaya çıkan güvenin haklı bir güven olması[88] ve son olarak bu güvenin boşa çıkarılmasıdır.[89]

Bu şartlar incelemekte olduğumuz kararlara konu olan olaylar bakımından değerlendirildiğinde, şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Öncelikle belirtmek gerekir ki, haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının temelinde de güvenin korunması düşüncesi yatmaktadır.[90] Gerçekten de sözleşme ile tarafların beklentileri ve gelecekteki davranışlarına ilişkin güvenleri[91], haksız fiil hukukunda ise kişilerin başkalarının davranışlarının kendilerine zarar vermeyeceği konusundaki güvenleri korunmaktadır. Bununla birlikte, güvenin her türü hukuken korunmaz ve güvenin ihlal edilmesi, her zaman güven sorumluluğuna yol açmaz. Dolayısıyla, herhangi bir olayda güven ihlalinin meydana gelmesi, güven sorumluluğunun söz konusu olacağı anlamına gelmez.[92] Önemle altını çizmek gerekir ki, ***güven sorumluluğu, taraflar arasında özel bir bağlantının bulunduğu durumlarda, karşı tarafın güveninin korunmasının bir borcun doğmasının sebebi olduğu durumlarda söz konusu olur.***[93] Kaldı ki, güven sorumluluğunun şartları arasında yer alan "taraflar arasındaki özel bağlantı"yla kastedilen, taraflar arasında *sözleşmesel yoğunlukta olmamakla* birlikte, tamamen tesadüfi de sayılmayacak şekilde bir güven ilişkisinin ortaya çıkmış olmasıdır. Böyle

---

87 Özel bir ilişkinin kimler arasında söz konusu olabileceği ve bu ilişkinin hangi yoğunlukta olması gerektiğine ilişkin tartışmalar için bkz. Loser, Nr. 88; Corinne Widmer, "Vertrauenshaftung- Von der Gefaehrlichkeit des Überflüssigen", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 2001, s. 101 vd., s. 116; Wick, s. 1278; Ueli Sommer, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, *Aktuelle Juristische Praxis*, Zürich 2006, s. 1031 vd, s. 1035; Walter, s. 97 vd.; Wessner, s. 56 vd; Christine Chappuis, "La Responsabilite Fondée sur la confiance", *La Semaine Judiciaire*, 1997, s. 165-176, (kısalt. Chappuis, La Responsabilité), s. 171-172; Schwenzer, Nr. 52.04; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 178; Kırca, s.119 vd; Bärtschi, s. 357 vd.; Huriye Reyhan Demircioğlu,: "Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo Ve Güven Sorumlulukları", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, (28-29 Mayıs 2009), ed. Mustafa Fadıl Yıldırım, Erden Ethem Atay, Ankara 2009, s. 223 vd. Genellikle kabul edildiği üzere bu tür bir özel ilişki belirli kişiler arasında, bir kişi grubuyla veya toplulukla söz konusu olabilir.

88 Kırca, s. 117; Oğuztürk, s. 128 vd.

89 Widmer, s. 114; Loser, Konkretisierung, s. 78 vd.

90 Canaris, s. 1 vd.; Schwenzer, ; Loser, Nr. 110; Demircioğlu, s. 226; Kırca, s. 135.

91 Loser, Nr. 86.

92 Kostkiewicz, s. 162; Loser, Konkretisierung, s. 75.

93 Kostkiewicz, s. 162; Loser, Nr. 85.

bir güven ilişkisinin ortaya çıktığı durumlarda, taraflar, dürüstlük kuralı gereğince, karşılıklı olarak birbirlerinin hukuki menfaatlerini korumakla yükümlü olacaklardır.[94] Oysa incelemekte olduğumuz olaylarda güvenen (bayi) ve güvenilen taraf (sağlayıcı) arasında zaten bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu nedenle, sağlayıcı bayiden ceza koşulu talebinde bulunurken, sözleşmeden doğan bir hakkını kullanmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme sorumluluğuna şartları gerçekleşmediğinde, yani taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki mertebesine ulaşmayan bir özel bağlantı bulunduğu durumlarda istisnai olarak uygulanan güven sorumluluğuna başvurulmasına gerek kalmamaktadır.[95]

Bu konudaki açıklamalarımıza son vermeden önce bir hususun altının çizilmesinde yarar görüyoruz: Çelişkili davranış yasağına aykırılığın, şartları gerçekleştiği takdirde güven sorumluluğuna yol açabileceği konusunda bir şüphe yoktur.[96] Ancak somut olayda, yukarıda açıkladığımız üzere, zaten taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğundan, güven sorumluluğuna gidilmesini gerekli kılan bir durum söz konusu değildir. Bu çerçevede, Yargıtay'ın güven olgusunun bulunduğu her durumda olaya güven sorumluluğunun uygulanacağı konusundaki yaklaşımı kanımızca hatalıdır.

SONUÇ

Öncelikle incelemiş olduğumuz asgari alım taahhüdü içeren bayilik sözleşmesinde kararlaştırılmış olan ceza koşulunun, türü itibariyle ifaya eklenen değil, seçimlik ceza koşulu olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, Yargıtay'ın bu tür sözleşmelerde yer alan ceza koşulunun "ifaya eklenen ceza koşulu" olduğu yönünde genel geçer bir tespit yapmış olması kanımızca doğru değildir. Böyle bir ka-

94 Sommer, s. 1036; Walter, s. 99; Demircioğlu, s. 227.

95 "Sözleşme ve güven sorumlulukları birbirini dışlar!" Bkz. Loser, Nr. 87.

96 Canaris, s. 287 vd.; Kırca, s. 152, dn. 810; Walter, s. 87. Aksi görüşte bkz. Oğuztürk, s. 253. Özellikle bir hakkın geç kullanılması nedeniyle o hakkın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesiyle güven sorumluluğunu karşılaştıran Loser şu açıklamalarda bulunmaktadır: Güvenin korunması sonucunda mal varlıksal bir değerin veya bir hakkın (alacak hakkı, yenilik doğuran hak, mülkiyet gibi) kaybedildiği durumlar, güven sorumluluğunun uygulama alanına girmez. Sorumluluk kavramı, bir hakkın kaybedilmesini de kapsayacak kadar geniş anlaşılmamalıdır. Sorumluluk ve bir hakkın kaybedilmesi, güvenin korunmasının iki farklı sonucudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Loser, Nr. 91 vd.

rara varmadan önce taraf iradelerinin ve sözleşmenin yorumlanarak hangi tür ceza koşulunun kabul edilmiş olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Asgari alım taahhüdü içeren bayilik sözleşmelerinde yer alan ceza koşulunun daha sonra sağlayıcı tarafından talep edilip edilemeyeceği konusunda ise şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür: Yargıtay'ın eğilimi, bayinin asgari alım taahhüdüne uymaması halinde, sağlayıcının ceza koşulunu sonradan talep edememesi gerektiği yönündedir. Bu durum yalnızca incelemekte olduğumuz HGK kararından değil, ayrıca kısaca değinmiş olduğumuz 19. HD'nin vermiş olduğu diğer üç kararından da anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay adil olduğu düşüncesinde olduğu bir sonuca varmak için, olayda şartları gerçekleşmemiş olan hukuki kurumları zorlayarak karar vermiştir.

Kanımızca izlenmesi gereken yol şu şekilde olmalıydı: Öncelikle bayilik sözleşmesinin ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin uygulanmayacak şekilde değiştirilmesi konusunda tarafların bir anlaşmaya varıp varmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu karar verilirken, sağlayıcının, bayinin değişiklik önerisi karşısında sessiz kalarak mal vermeye devam etmesi şeklindeki davranışının güven teorisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme sonucunda, eğer sağlayıcının davranışının TBK md.1 anlamında örtülü kabul veya TBK md. 6 anlamında susma ile kabul niteliği taşıdığı tespit edilirse, taraflar arasında sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin 15. maddesinin değiştirilmesi yönünde bir anlaşma meydana gelmiş olacaktır. Bu durumda, zaten sağlayıcının ceza koşulunu talep etme hakkı ortadan kalkacağından; bu talebin ileri sürülmesini engellemek için ayrıca hakkın kötüye kullanılması veya güven sorumluluğu kurumlarına başvurulması gerekmeyecektir.

Sağlayıcının davranışlarının güven teorisi çerçevesinde yorumlanması sonucunda sözleşmede değişiklik meydana gelmediğinin kabul edildiği ihtimalde ise ceza koşulunun sonradan talep edilmesinin MK md. 2'ye aykırı olup olmadığı incelenmelidir. Burada söz konusu olan, taraflarca belirlenmiş olan asgari miktar henüz ilk yıllardan itibaren doldurulamamasına rağmen, sağlayıcının mal vermeye devam ederek ceza koşulu talebinde bulunmayacağı yönünde bayide güven uyan-

dırması ve sonra da bu güvene aykırı davranmasıdır. Sağlayıcının bu davranışı MK md.2'de düzenlenmiş olan hakkın kötüye kullanılması hallerinden çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumda, hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımlarından, o hakkın kullanılamamasına başvurularak, bu durumda sağlayıcı/tedarikçinin ceza koşulu talebinde bulunma hakkını yitirmesi söz konusu olacaktır. Önemle vurgulamak gerekir ki bu ihtimalde de, taraf iradeleri yorumlanırken "güven" teorisinden faydalanılmış olması, sağlayıcının "güven sorumluluğu"nun söz konusu olduğu anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle, bayinin haklı güveninin ihlal edilmiş olmasına ayrıca bir de sağlayıcının güven sorumluluğu sonucunu bağlamak yersizdir, zira her güven ihlalinin teknik anlamda güven sorumluluğuna yol açması söz konusu olamaz.

Kaynakça

Akipek Jale G. /Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

Akyol Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007.

Akyol Şener, "Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişki Yasağı)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2004 (kısalt. Akyol, Venire).

Altaş Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2014.

Altaş Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1988 (kısalt. Altaş, Şekil).

Baumann Max, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. I, Einleitungstitel zum ZGB, Art. 1-7 ZGB, Zurich 1998 (kısalt. ZK-Baumann).

Becker Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, Bern 1941.

Bentele Roland, Die Konventionalstrafe nach Art. 160- 163 OR, Freiburg 1994.

Bilge Necip, "Cezai Şart", Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara 1958.

Bucher Eugen, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1988.

Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Gesammelte Schriften, Band II, Berlin 2012.

Cansel Erol/ Özel Çağlar, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", *Yaşar Üniversitesi Dergisi Özel Sayı*, Vol. 8, 2013, Cilt I, s. 713 vd.

Chappuis Christine, La Responsabilite Fondee sur la confiance, *Semaine Judicaire* 1997, s. 165-176, (kısalt. Chappuis, La Responsabilité)

Chappuis Fernand, "Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires", La Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, **Zürich 2003, C. 75, S. 2, s. 65 vd.**

Couchepin Gaspard, La clause pénale - Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich 2008.

Çağlayan Aksoy Pınar, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.

Demircioğlu Huriye Reyhan, "Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo Ve Güven Sorumlulukları", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, (28-29 Mayıs 2009), ed. Mustafa Fadıl Yıldırım, Erden Ethem Atay, Ankara 2009.

Dural Mustafa/ Sarı Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004.

Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1963.

Egger A, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 1-10 Einleitung, Zurich 1930.

Engel Pierre, Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO, 1997.

Erdem Mehmet, La Clause Penale Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc, Ankara 2006.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.

Furrer Andreas/Müller-Chen Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2012.

Gauch Peter/Schluep Walter/Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I/II, Zürich 2014.

Guhl Theo/Koller Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Bern 2000.

Günay Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2001.

Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

Hausheer Heinz/ Aebi-Müller Regine E., Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9, ZGB, Bern 2012 (kısalt. BK-Hausheer/Aebi-Müller).

Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB, SHK-Staempflis Handkommentar, Bern 2003 (kısalt. SHK-Hausheer/Jaun).

Hofer Sibylle/Hrubesch-Millauer Stephanie/Roberto Vito, Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern 2011 (kısalt. Hrubesch/Bosshardt).

Huguenin Claire, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess 2014.

Kalkan Oğuztürk Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.

Kırca Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Sorumluluk, Ankara 2004.

Koller Alfred, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bern 2009.

Kocaağa **Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158- 161), Ankara 2003.**

Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008.

Kostkiewicz Jolanta Kren, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. **überarbeitete** und erweiterte Auflage 2009 (kısalt. OFK-Kostkiewicz).

Kostkiewicz Jolanta Kren, "Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR", Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 2001, C. 137, s. 161 vd.

Kramer Ernst A./Schmidlin, Bruno, Berner Kommentar Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band/Nr. VI/1/1, Bern 1986.

Kut Ahmet, Art. 1-40 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 2. Aufl, 2012.

Loser Peter, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht- Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, 2006.

Loser Peter, "Konkretisierung der Vertrauenshaftung", recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern 1999, C. 17, s. 73 vd. (kısalt. Loser, Konkretisierung) .

Mansel Heinz-Peter, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. V. Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner, 16. Neubearbeitete Auflage, 2015.

Mooser Michel, Art. 158-163 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I Art. 1-529 CO, ed. Luc Thévenoz/Franz Werro, Bale 2012.

Oğuzman Kemal/ Barlas Nami, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2013.

Oğuzman Kemal/**Öz** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

Oğuztürk Burcu Kalkan, **Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.**

Oser Hugo, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : V. Band: Das Obligationenrecht : Das Obligationenrecht Bundesgesetz betreffend die Erganzung

des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. Marz 1911 : Erster Halbband: Art. 1-183 / Hrsg. A. Egger; Kommentiert von Hugo Oser ; Unter Mitwirkung von Wilhelm Schönenberger, Zürich 1929.

Pellanda Katja Roth/Dubs Dieter, Art. 158-159 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, 2. Aufl., Hrsg. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, Zürich-Basel-Genf, 2012

Pichonnaz Pascal, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf f**ür** einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, 2013.

Riemer Hans Michael, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2003.

Schäfer Hans-Bernd/Aksoy Hüseyin Can, "Alive and well: the good faith principle in Turkish contract law", *European Journal of Law and Economics*, Ağustos 2016, C. 42, S.1, s. 73 vd.

Schmidlin Bruno, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, hrsg v. Arthur Meier-Hayoz, Band/Nr. VI/1/1, 1986.

Schubert Claudia, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Dr. Roland Rixecker, Dr. Hartmut Oetker, Bettina Limperg, Band 2, München 2016.

Schulze Reiner, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden Baden 2017.

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7.Auflage, Bern 2016.

Serozan Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.

Sommer Ueli, "Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?", *Aktuelle Juristische Praxis*, Zürich 2006, S. 9, s. 1031 vd.

Staffelbach Daniel, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. **überarbeitete** und erweiterte Auflage, Zürich 2009.

Sturm Fritz, "Der Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht -- Ein **Überblick über** die neuere Judikatur des Bundesgerichts", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Zürich 1993, C. 89, s. 373 vd.

Tuor Peter/ Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor, Zürich 2010.

Von Tuhr Peter/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht Band II (mit Supplement), Zürich 1984.

Walter Hans Peter, "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, Bern 2001, 2. Hft., Hb. Band. I,

s. 79 vd.

Werro Franz, "Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung - braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?", recht, Bern 2003, s. 12-20.

Widmer Pierre/ Wessner Pierre, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000.

Widmer Corinne, "Vertrauenshaftung- Von der Gefaehrlichkeit des Überflüssigen", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 2001, s. 101 vd.

HEKİMİN HİZMETTEN ÇEKİLME HAKKI

PHYSICIAN'S RIGHT TO REFUSE TREATMENT

M. Gökhan TÜRE*
Oğuzhan TÜRE**

Özet: Hekimin sahip olduğu haklardan belki de en tartışmalı olanı, hekimin hizmetten çekilme hakkıdır. Hastanın hekim seçme hakkına nazaran oldukça dar kapsamlı olmakla birlikte, hekimin hizmetten çekilme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Hizmetten çekilme hakkının içeriğinde, hekimin hem hastayı reddetme hakkı hem de başlanmış olan tedaviyi sonlandırma hakkı yer almaktadır. Türk Hukukunda hekimin hizmetten çekilme hakkı, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ile Çalışan Güvenliği Genelgesi'nde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde hekime hizmetten çekilme hakkı tanıyan haller, mesleki ve şahsi nedenler, konsültasyona dayanan nedenler ve şiddet olaylarına dayanan nedenler olarak belirlenmiştir. Ancak hekimin acil durumlarda, resmi ve insani görevin ifasında hizmetten çekilme hakkını kullanması mümkün değildir. Öte yandan başka bir hekimin bulunmadığı veya hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda da hizmetten çekilme hakkı kullanılamaz. Aksi bir durumda hekimin tıbbi malpraktisten doğan sorumluluğu gündeme gelir.

Anahtar Kelimeler: Hekim Hakları, Hekimin Hastayı Reddetme Hakkı, Hekimin Tedaviyi Sonlandırma Hakkı, Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü

Abstract: Probably the most controversial physician right is the physician's right to refuse treatment. It is accepted that physician has the right to refuse treatment although it is rather narrow relatively the patient's right to choose physician. The right to refuse treatment contains both the right to refuse patient and the right to terminate treatment. This right is regulated in the Medical Deontology Regulation and Employee Safety Circular. In these provisions, the conditions which provide physician to refuse treatment are defined as professional and personal reasons, consultation-based reasons and violent-based reasons. However, the physician cannot use the right to refuse treatment in case of emergency, in the case of official or humanitarian performance. Furthermore, this right cannot be used in cases where there is no other physician or when the physician has failed to fulfil the informing obligation. Otherwise medical malpractise liability becomes a current issue.

Keywords: Physician rights, physician right to refuse patient, physician right to terminate treatment, physician right to refuse treatment, Medical Deontology Regulation

* Araştırma Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

** Avukat, Ankara Barosu

GİRİŞ

"Bir noktada biter bu iş… insanın kendi yaşamı, kendi sorumluluğu işin içine girince biter… bir yerde bitmeli de… bu görev bir noktada sona ermeli… yoksa doktorlar için görevin bitmesi diye bir şey olmamalı mı? Üzeri Latince harflerle yazılı bir diploması var diye o doktor bir Mesih, bir büyücü mü olmalı, biri gelip ondan soylu, yardımsever ve iyi bir insan olmasını isterse o doktor yaşamını ortaya koyup gözünü karartmalı mı? Evet, bir an gelir görev biter, insanın elinden artık bir şey gelmeyince, evet o zaman…"[1]

Amok Koşucusu'nda bir hekimin vicdan muhasebesini öyküleştiren Zweig, bir yandan da okuyucusunun o tartışmalı soruyu cevaplamasını istiyordu; gerçekten hekimin hizmetten çekilmesi mümkün müydü?

Tarihsel süreç içerisinde hekimlerin öncelikle sınırsız bir hasta seçme özgürlüğüne sahip olduğu görülmektedir. Örneğin 14. yüzyıldan önce Avrupa'da hekimler, bir hastayı tedavi edip etmeyeceklerine kendileri karar vermekteydi. Ancak 14. yüzyılın sonundaki veba salgınının yarattığı sosyal kaos, toplumsal beklentiyi hekimlerin hastalara bakmakla yükümlü oldukları inancına yöneltti.[2] Daha sonra yaşanan her bir sağlık felaketi ise toplumun bu inancını perçinledi ve hekimlerin hasta bakma yükümlülüğü etik bir anlayışa evirildi.

Bu etik anlayış çerçevesinde ideal olan, hekimlerin riskli, zor veya elverişsiz bulduğu durumlarda dahi hastaya gerekli tedaviyi uygulamasıdır. Bunun sebebi hasta-hekim ilişkisinde tarafların çıkarlarının aynı eksende yer almaması dolayısıyla hastanın çıkarlarının hekimin çıkarlarına üstün gelmesidir.[3] Zira ilişkideki edilgen konumu, ilişkinin kendi sağlığını konu edinmesi[4], bilgi asimetrisi gibi pek çok faktör hekim karşısında hastanın, ilişkinin zayıf tarafını oluşturmasına yol açmaktadır.

---

1 Stefan Zweig, Amok Koşucusu, 7. Bası, Can Yayınları, (çev. İlknur Özdemir), s. 74-75.

2 Virginia L. Hood, "Can a Physician Refuse to Help a Patient? American Perspective", Polskie Archiwum Medycyny Wewnetrznej, 2008, 118 (6), s. 368-371, s. 369.

3 Bernard Lo, Resolving Ethical Dilemmas, 5th Edition, Philadelphia 2013, s. 181; Edmund D. Pellegrino; "Patient and Physician Autonomy; Conflicting Rights and Obligations in the Physician-Patient Relationship", *Journal of Contemporary Health Law and Policy,* 1994, Vol. 10: 47, s. 47-68, s. 58.

4 Ersoy Erdoğmuş, Hekim Hakları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 9.

Bununla birlikte hastanın çıkarlarının başat konumu, hekim haklarının tamamen göz ardı edilmesini gerektiren bir dominantlık da taşımamaktadır. Hekimlerin de birer birey olarak; kişisel kararlarına saygı duyulmasını isteme, vicdani kanaatlerine göre hareket etme ve ahlaken uygun bulmadığı tedavi yöntemlerini uygulamama hakları vardır.[5] Gerçekten de kısa bir düşünme evresinin sonunda dahi hekimlerden, kendi sağlık veya hayatlarını tehlikeye sokan, ahlaki değerlerine aykırı olan hastalıkları ya da kendilerine karşı onur kırıcı bir tutum takınmış hastaları tedavi etmelerinin beklenemeyeceği anlaşılır. Bu nedenle hekimlerin sınırlı bir alanda kalsa da, seçme özgürlüğünün bulunduğu söylenebilir ki bu, hizmetten çekilme hakkı olarak somutlaşır.

Bu çalışma bakımından hekimin hizmetten çekilme hakkı, hem hastayı reddetme hem de başlanmış tedaviyi sonlandırma hakkını içerecek şekilde kullanılmaktadır. Kanaatimizce hizmetten çekilme hakkı, her iki hakkı da bünyesinde barındıran bir anlam taşıdığından, çalışmada her iki hakkı da içerecek şekilde kullanılmasında bir sakınca yoktur.

I. Hakkın Kapsamı

Şahsına yönelik tehdit ve karşılaştığı şiddet olayları, ahlaki değerleri ile çatışan sağlık hizmeti sunumu veya bulaşıcı hastalıklar gibi pek çok sebep, hekimin tedavi uygulamaması sonucunu doğurmaktadır.[6] Bununla birlikte hekimin tedavi uygulamadığı ya da uygulamamasının muhtemel olduğu her durumun, hekimin hizmetten çekilme hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Tedavi uygulanmayan durumların bir kısmı, bir hak dairesinde kullanılmadığından hukuka aykırıdır ve hekimin hukuki sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bir kısmında ise hekim hukuka uygun bir davranış içerisindedir; ancak bu davranışın hukuka uygunluğu, hekimin hizmetten çekilme hakkından değil; başka bir haktan ileri gelmektedir. Bu nedenle öncelikle hekimin hizmetten çekilme hakkının kapsamı belirlenmelidir.

5 Pellegrino, s. 51.
6 Lo, s. 181.

Hekimin tedavi uygulamamasına yol açan durumların önemli bir bölümü, özel hukuk kökenlidir. Bu minvalde hekimin hizmetten çekilmesinin nedenlerinden biri, aralarındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan edimleri ifa etmeyen hastaya hekimin bakmaktan kaçınmasıdır. Hekimlik sözleşmesi, hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir[7] ve hekim, hasta edimlerini yerine getirmediği müddetçe tedaviye başlamak zorunda değildir. Ancak buradaki kaçınma hali, hekimin hizmetten çekilme hakkı kapsamında değerlendirilemez. Zira bu halde hekimin hizmetten çekilmesine yol açan hukuki imkân, hekimin hizmetten çekilme hakkından değil, ödemezlik def'i hakkından kaynaklanmaktadır.[8]

Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 503. maddesi gereğince hekimin, mesleğinin gereğini yerine getirmesine yönelik hastadan gelen sözleşme kurma önerisini derhal reddetmesi de tedavi uygulamaması sonucunu doğurur. Ancak buradaki davranış da hizmetten çekilme hakkının kullanılması olarak yorumlanamaz. Zira çekilme davranışının hukuki sebebi, sözleşme özgürlüğünün özel görünümleri olan sözleşme kurma ve sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüdür.[9]

Aynı şekilde özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki sözleşmede, sağlık kuruluşunun sözleşme ile üstlendiği ücreti ödemediği[10] veya hekimin karşılaştığı ciddi ve yakın tehlikeyi gideremediği durumlarda[11], hekimin hizmet sunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bunun da bir hizmetten çekilme hakkı olarak değerlendirilmesi müm-

---

7 Mehmet Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", *AÜHF Dergisi,* Yıl 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252, s. 235.

8 Ödemezlik def'i hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015, s. 986 vd.

9 Sözleşme özgürlüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 17.

10 İş Kanunu'nun 34. maddesi gereğince, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Detaylı bilgi için bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s. 689-695.

11 Önceden yalnızca işçi niteliği taşıyan hekimler için geçerli olan bu hak, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte kamu kesiminde çalışan hekimler açısından da uygulanabilir hale gelmiştir. 6331 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanların kurula ya da duruma göre işverene gereken önlemleri alması için başvurduğu durumlarda gerekli tedbirlerin alınması kararlaştırıldığında çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Detaylı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1374-1383.

kün değildir; zira buradaki iş hukuku anlamında bir çalışmaktan kaçınma hakkıdır.

Görüldüğü gibi hekimin hizmetten çekilme hakkı, özel hukuk orijinli bir hak değildir. Bu nedenle bu hak, kamu hukuku içerisinde aranmalıdır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki kamu hukuku kaynaklı tedavi uygulamamaların tamamı da hizmetten çekilme hakkı hüviyeti taşımamaktadır. Gerçekten de, kamu hukuku nitelikli hekimin hizmetten çekilmesine yol açan durumların büyük bir bölümü, genel sağlık sigortası (GSS) uygulamasından kaynaklanmaktadır. GSS uygulamasında hastaların sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için bazı şartları yerine getirmesi gerekir. Prim[12] ve katılım payı ödeme[13], kimlik ibraz etme[14], hizmet basamakları ve sevk zincirine uygun hareket etme[15] bunların başlıcalarıdır.

Bu doğrultuda olmak üzere, prim veya katılım payı ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen[16], hizmet basamaklarına veya sevk zincirine uygun davranmayan, sağlık kurumuna başvurduğunda kimlik ibraz etmeyen hastanın GSS kapsamında sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda hekimin tedavi uygulamamasında bir hukuka aykırılık yoktur. Ancak buradaki hizmetten çekilmeye yönelik davranış, hizmetten çekilme hakkının kullanılması değil, bilakis GSS'den kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi şeklindedir. Bu nedenle hekimin bu yönlü davranışlarının hak kategorisinde ele alınması ve hizmetten çekilme hakkı olarak yorumlanması olanaksızdır.

---

12 5510 sayılı Kanun'un 67. maddesinde sağlık yardımından yararlanacak olan sigortalı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin- istisnalar bir kenara bırakılırsa- sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam otuz gün genel sağlık sigortası primi ödemesi gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. A. Can Tuncay/ Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2016, s. 588 vd.

13 5510 sayılı Kanun'un 68. maddesine göre katılım payı; ayakta tedavi için hekim ve diş hekimine muayenede, vücut dışı ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçlerinde, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar, gözlük cam ve çerçevesi alımında, ağız protezinde, yardımcı üreme tekniklerinin uygulanmasında Kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide sağlanan sağlık hizmetlerinde alınır.

14 Acil durumlar dışında sağlık hizmeti sunucularına başvurularda kimlik bildiriminde bulunulması zorunludur.

15 5510 sayılı Kanun, iş kazası, meslek hastalığı, afet ve savaş hali ile acil haller hariç olmak üzere sigortalılar ile bakmakla yükümlü olduğu kişilere birinci, ikinci ve üçüncü olarak adlandırdığı hizmet basamaklarına uyma zorunluluğu getirmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Tuncay/Ekmekçi, s. 596 vd.

16 Hood, s. 368; Lo, s. 182.

Tüm bunlara göre, hekimin hastaya hizmet sunmadığı durumların hizmetten çekilme hakkı kapsamında kabul edilebilmesi için, gerek GSS uygulamasından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmiş gerekse özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan edimlerin ifa edilmiş olmasına rağmen hekimin hukuka uygun bir şekilde hizmetten çekilebilmesinin mümkün olmalıdır.

II. Hakkın Hukuki Niteliği

Hak, en genel tanımıyla hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi veren bir menfaattir.[17] Kural olarak bir hakkın mevcudiyetinde, iki temel süje bulunur. Bunlar hak sahibi ve muhataptır. Muhatap çoğunlukla yükümlülük altındadır; hakkın kullanımına rıza göstermek zorundadır. Ancak hak sahibinin sorumluluklardan tamamen müstesna olduğu da söylenemez; hak, kimi durumlarda sahibine yetki vermek yerine ya da vermekle beraber sorumluluk da yüklemektedir. Anayasa'nın 12. maddesinin 2. fıkrasında da bu husus gözetilerek, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği belirtilmektedir.[18]

Hekimin hizmetten çekilme hakkı da bu anlayış çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira bu hakkın sınırlarını, hekimin gerek hasta ve yakınlarına gerek topluma gerekse de kendi ailesine karşı olan ödev ve sorumlulukları belirlemektedir.

Hekimin hizmetten çekilme hakkını kullanmasının önemli bir gerekçesi, hastaya karşı olan yükümlülükleridir. Hasta-hekim ilişkisinde, tarafların klasik sözleşme ilişkisinden farklı olarak taban tabana zıt çıkarları yoktur; bu nedenle de her durumda hastanın yükümlülükleri, hekimin haklarının karşılığını oluşturmamaktadır. Nitekim hekim, haklarını çoğunlukla hastalara karşı değil, hastaların yararına olacak şekilde kullanmaktadır.[19] Örneğin ileride inceleneceği üzere, mesleki sebeplere dayanan hizmetten çekilme hakkı, tıbbi girişimin mesleki

---

17 Eren, s. 46.

18 Eren, s. 47.

19 Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 10. Bası, Ankara 2015, s. 97; Hafize Öztürk Türkmen, "Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar", *Toraks Cerrahisi Bülteni*, Mar 2014, Vol. 5, Is. 1, s. 1-13, s. 10; Erdoğmuş, s. 5-6.

yetersizlik dolayısıyla hastaya zarar vermesi ihtimalinden kaçınılması için geliştirilmiştir. Bu açıdan hekim esasında hizmetten çekilmeyi bir hak olarak kullanmamakta, hastanın yaşam ve sağlık haklarını korumak amacıyla bir yükümlülük şeklinde yerine getirmektedir. Elbette bu davranışın hekim bakımından da olumlu yönleri vardır; hekim bu sayede olası bir yanlış tedavinin hukuki sonuçlarından kurtulmaktadır. Ancak bu haliyle bile buradaki yükümlülükler, hakka baskın gelmektedir; zira hekimin hizmetten çekilmesine yol açan esas saik, hukuki sorumluluktan kaçınmak yerine hastanın sağlığının korunmasıdır.

Hizmetten çekilme hakkının içeriğinde yer alan topluma karşı ödevler ise hekimin diğer hastalara sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü şeklinde belirmektedir. Gerçekten de hekimin bir hastaya uygulayacağı tedavinin önemli marjinlerinden biri, diğer hastaların tedavi görme hakkıdır. Bu anlamda örneğin hekimin bulaşıcı hastalıklara dayanan hizmetten çekilme hakkının altında yatan gerekçelerden birisi de hekimin diğer hastalarına sağlık hizmeti sunmasını engelleyecek şekilde fiziksel kapasitesinin azalması veya yok olması endişesidir. Aynı endişe hekimin ailesine karşı sahip olduğu yükümlülükler kapsamında da değerlendirilebilir. Dolayısıyla hekimin ailesine karşı yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyecek bir durumla karşılaştığında da hizmetten çekilme hakkını kullanması mümkündür.

Hekimin kendi haklarını korumak amacıyla hizmetten çekilme hakkını kullandığı durumlarda ise kural olarak ödevlerden söz edilemez. Örneğin hekimin vicdani kanaatlerine göre hareket ettiği, şiddet olaylarına karşı sağlığını ve onurunu korumaya çalıştığı durumlarda hizmetten çekilme hakkı ödev ve sorumluluklardan arınmaktadır. Ancak bu kullanımlarda dahi, hekimin hastanın tedavi görmesini olanaklı kılacak sorumlulukları bulunduğu söylenmelidir.

III. Hekime Hizmetten Çekilme Hakkı Sağlayan Haller

Mevzuatımızda hekime hizmetten çekilme hakkı tanıyan çeşitli hükümler sevk edilmiştir. Bu hükümler irdelendiğinde, hekimin hizmetten çekilme hakkını kullanabilmesi için belli nedenlerin gerçekleşmesinin gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlar mevzuatta düzenlendikleri yerlerden hareketle; mesleki ve şahsi nedenler, konsültasyona dayanan

nedenler ve şiddet olaylarına dayanan nedenler olmak üzere üç grupta toplanabilir. Dikkat edilirse, konsültasyona dayanan nedenler, mesleki nedenlerin; şiddet olaylarına dayanan nedenler ise şahsi nedenlerin özel bir görünümünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte mevzuatta farklı yerlerde düzenlendiklerinden ve farklı şekilde ele alındıklarından çalışmada bu tercih doğrultusunda bir anlatım ele alınmaktadır. Ancak en baştan söylenmelidir ki, mesleki ve şahsi sebeplere dayanan çekilme hakkına ilişkin açıklamalar uygun düştüğü ölçüde diğer iki çekilme nedenine de uygulanmaya elverişlidir.

Tababet Uzmanlık Yönetmeliğinin yürürlükten kaldırılmasından önce hekimlerin bir de günlük azami hasta bakma sayısına ulaştığı durumlarda[20], hizmetten çekilme hakkı bulunmaktaydı. Uzmanlık alanlarının özellikleri dikkate alınmadan azami hasta sayısının standart bir şekilde belirlenmesi nedeniyle Hakeri[21] tarafından eleştirilen bu hak, anılan Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte[22] hak niteliğini yitirmiştir. Bununla beraber hekimlerin insan takatini aşacak boyutta tedavi etme yükümlülüğü altında tutulması kanaatimizce mümkün olmadığından, böyle bir durumda hekimin mesleki sebeplere dayanarak hizmetten çekilmesini engelleyen bir husus yoktur. Zira hekim kişisel olarak bu denli bir yük altında kaldığında fiziksel ve zihinsel kapasitesinde düşüş yaşayacağı için mesleki bilgi ve kabiliyetini de uygulayamayacak duruma gelecektir.[23]

I. Mesleki ve Şahsi Nedenlere Dayanan Çekilme Hakkı

Hekime hizmetten çekilme hakkı tanıyan hallerden ilkine, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 18. ve 19. maddeleri ile Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 25. maddesinde yer verilmiştir. Mesleki ve şahsi sebepler olarak ifade edilen bu nedenler, hekimin hizmetten çekilme hakkının her iki yönüne de hitap etmektedir. Daha açık bir ifadeyle hekim bu

---

20 Tababet Uzmanlık Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre, "Her servisin normal polikliniğinde günde bir uzman 20'den fazla hastaya bakamaz".

21 Hakan Hakeri, "Bir Hekim Günde Kaç Hastaya Bakmak Zorundadır?", çevrimiçi, http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-bir-hekim-gunde-kac-hastaya-bakmak-zorundadir-72-64-1373.html, (E.T. 12.03.2017).

22 Tababet Uzmanlık Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik, RG, S. 27959, T. 09.06.2011.

23 Erdoğmuş, s. 28-29; Ayşe Gökşin Tambağ, Hekim Hak ve Yükümlülükleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2015, s. 91.

nedenlere dayanarak hem hastaya bakmayı reddedebileceği gibi, hem de başlanmış olan tedaviyi sonlandırabilir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 18. maddesi, *"tabip ve diş tabibi, âcil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."* şeklinde kaleme alınmıştır. Tüzüğün 19. maddesinin ilk fıkrasında ise aynı husus, "*Tabip ve diş tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 25. maddesinde ise mesleki sebeplere özgü olmak üzere, "*Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde… hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir."* hükmüne yer verilmiştir.

Her üç hüküm de dikkate alındığında, hekimin hizmetten çekilme hakkına başvurabilmesi için mesleki veya şahsi bir nedene sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ayrıca hekimin sahip olduğu bu neden, hukuken korunabilir nitelik de taşımalıdır. Bu anlamda hekimin örneğin siyasi, dini, mezhepsel ve benzeri saiklerle hareket ederek hizmetten çekilmesi mümkün değildir. Aksi bir tutum, hekimin hukuki sorumluluğunu doğurur.

1. Mesleki Nedenler

Çok geniş bir bilim dalı olan tıp, doğası gereği, kendi içinde pek çok uzmanlık alanına ayrılmaktadır.[24] Tüm bilim dallarında olduğu gibi tıp bilimindeki uzmanlaşma da, diğer uzmanlık dallarına yabancılaşmayı beraberinde getirmektedir. Bu yabancılaşma ise hekimin yanlış bir teşhiste veya tedavide bulunması olasılığını arttırmaktadır. Zira hekime uzmanlık alanına girmeyen bir hastalık dolayısıyla başvurulması her zaman imkân dâhilindedir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 18. maddesi, hekimin tıbbi görevlerini yerine getirirken, gecikmenin hastanın yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi ve beceri gerektiren bir girişimde bulunmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla acil bir durum mevcut olmadıkça hekimin diğer uzmanlık alanlarına ait olan tedavi yöntemlerine başvurmaması gerekir. Bunun yanında hekimin ihtiyaç

[24] Erdoğmuş, s. 30.

duyulan uzmanlığa sahip olmasına rağmen, tedavi için gerekli olan tıbbi teçhizatın bulunmaması da mümkündür. Bu ihtimalde hekim teşhis koyabilmekteyse de, tedaviyi uygulayamamaktadır. Bu durumda da hekim, tedavinin başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açabilecek yöntemlerden kaçınmalıdır.

Gerek hekimin uzmanlığa sahip olmaması gerekse tıbbi teçhizatın yetersizliği mesleki sebepler kapsamında değerlendirilir ve hekime hizmetten çekilme hakkı tanır. Başka bir deyişle standart tıp uygulamasının gerek hekimin bilgi ve deneyim eksikliği gerek tıbbi teçhizatın eksikliği dolayısıyla yapılamayacak olması mesleki sebepler kapsamında yer alır. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 25. maddesinde de hekimin tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağı durumların tamamı birer mesleki neden teşkil etmektedir.

Hekimin uygulamak istediği tedavinin hasta tarafından kabul edilmemesi halinde de hizmetten çekilme hakkı kullanılabilir. Zira Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 6. maddesinin 2. fıkrasında, "*tabip ve diş tabibi, tatbik edeceği tedaviye tâyinde serbesttir*" şeklinde belirtildiği gibi hekim, uygulayacağı tedaviyi seçme özgürlüğüne sahiptir. Dolayısıyla hekimi uygulamak istemediği bir tedaviyi hastaya sunmaya zorlayacak hukuki bir mekanizma bulunmamaktadır.[25] Ancak unutulmaması gerekir ki hekimin bu hakkı kullanabilmesi için aynı hastalığı tedavi etmek için birden fazla tedavi yönteminin hali hazırda uygulanabilir olması ve her bir yöntemin de uzun zamandan beri uygulanması ve tıp bilimi prensiplerine uygun olması gerekmektedir.

2. Şahsi Nedenler

Şahsi nedenlerin ne olduğuna ilişkin, Tüzükte herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Şahsi nedenler, içerisine pek çok meselenin sığdırılması mümkün olan bir muğlaklık taşımanın yanı sıra kişiden kişiye değişebilecek bir sübjektiviteyi de içermektedir. Hayata bakış açıları, stres ve heyecan ölçüleri gibi pek çok noktada birbirleri ile aynı olmayan hekimler için objektif bir şahsi sebepler tanımı yapmak mümkün görünmemektedir.

Şahsi nedenler, oldukça geniş bir şekilde ele alınmaya elverişlidir.

25 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 113.

Ancak iki tür şahsi nedenlerin üzerinde ayrıca dikkatle durulması gerekir. Bunlar, bulaşıcı hastalıklar ile hekimin vicdani kanaatidir. Ancak öncelikle şahsi sebeplerin genel sathının belirlenmesi oldukça önemlidir.

A. Genel Olarak

Hangi durumların şahsi nedenler kapsamında değerlendirilebileceğini en baştan belirlemek büyük bir güçlük arz etmekteyse de, şahsi nedenler için genel bir reçete vermek mümkündür. Buna göre, hastayı tedavi etmek için gerekli mesleki bilgi, deneyim ve tıbbi teçhizata sahip olan hekimin uygulayacağı tedavi sonucunda hastanın, diğer hastaların, hekimin veya ailesinin zararlı sonuçlarla karşılaşması ihtimalini taşıyan nedenler, şahsi nedenlerdir. Bu nedenler bakımından hekimin mesleki olarak herhangi bir dezavantajı bulunmamaktadır; ancak hekimin tıp bilimi bakımından standart kabul edilebilecek ölçülerde bir tedavi uygulaması kişisel nedenler dolayısıyla imkânsız görünmektedir.

Hekimin hizmetten çekilmesine yol açan bu standart dışı tıp uygulaması ihtimali, şahsi nedenler bakımından çoğunlukla hekimin iç dünyasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu sebeplerin hekimin iç dünyasında yol açtıkları değişikliklerin, hasta-hekim ilişkisinde mevcut olması gereken objektifliği yitirmesine yol açacak bir yoğunluğa ulaşması gerekmektedir. Bu anlamda örneğin hekimin alacaklı olduğu bir kişiyi tedavi etmekten kaçınması mümkün değilken, kendisine karşı ağır bir suç işlemiş kişiye yönelik hizmetten çekilmesi, kabul edilmesi gereken makul bir sebeptir. Önemle vurgulamak gerekir ki bu çekilmenin altında yatan neden, hasta-hekim ilişkisinde olması gereken objektifliğin söz konusu olayda sağlanamaması dolayısıyla tedavinin başarısızlığı ihtimalinin bulunmasıdır. Yoksa hekimin üstlendiği toplumsal görev karşısında "rövanş alma" duygusuyla hareket etmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Nitekim eski Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın bir kararında da bu hususa değinilmiş ve sırf annesi ile tartıştığı için hasta çocuğu muayene etmekten kaçınan hekim keyfi muamele nedeniyle cezalandırılmıştır.[26]

[26] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T. 12.05.2004, C. 2003/7302, (Hakeri, Tıp Hukuku, s. 114).

Öte yandan buradaki kişisel sebeplerin mutlaka hekimin iç dünyasındaki olumsuzluklardan kaynaklanması da gerekmez. Örneğin hekimin çok sevdiği oğlunun tedavisine yönelik hizmetten çekilmesi de, kendisine karşı ağır suç işleyen bir kişi için geçerli olduğu ölçüde kabul edilebilir niteliktedir. Ancak unutulmamalıdır ki hekimin bu hakkı kullanabilmesi için tedavinin başarısızlığının muhtemel olması gerekir. Başka bir deyişle hekimin hastaya karşı duygu dünyasındaki yoğunluk, standart bir tedavi uygulamasını oldukça güçleştirmelidir. Bu bağlamda hekimin örneğin açık kalp ameliyatından kaçınması mümkünken, genel bir muayeneden kaçınması mümkün değildir.

B. Bulaşıcı Hastalıklar

Meslekleri icabı hekimler, grip, tüberküloz, AIDS gibi pek çok hastalığın bulaşması riskiyle karşı karşıyadırlar.[27] Bu ise hekimlerin bulaşıcı hastalık taşıyan bir hastayı tedavi etmekten kaçınıp kaçınamayacağı sorusunu akla getirmektedir. Özellikle hekimlerin yüksek risk grubunda yer aldıkları bulaşıcı hastalıklar bakımından hizmetten çekilme hakkı büyük önem kazanmaktadır.[28]

Literatürde özellikle AIDS bağlamında[29] tartışılan bu husus[30],

---

27 Murat Civaner, "Hekimin Bulaşıcı Hastalık Taşıyan Hastaya Sağlık Hizmeti Sunma Ödevi: Nereye Kadar?" *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi Dergisi*, 2007, 15, s. 166-175, s. 166.

28 Charles E. Lewis/Kathleen Montgommery, "Primary Care Physicians' Refusal to Care for Patients Infected with the Human Immunodeficiency Virus" West J Med, 1992 Jan, 156 (1), s. 36-38, s. 36; Seyhan Hıdıroğlu/Muhammed Fatih Önsüz/Ahmet Topuzoğlu/Melda Karavuş, "Knowledge and Attitudes of Healthcare Workers in Umraniye, Turkey Regarding Crimean-Congo Haermorhagic Fever", *Erciyes Med. Journal,* 2012, 34 (2), s. 73-78, s. 77.

29 AIDS hastalarına sağlık hizmeti sunmanın sağlık çalışanları açısından düşük bir risk yarattığı bilimsel olarak kanıtlanmıştır. Bu yüzden AIDS bağlamında yoğunlaşan tartışma ortamının, salt hastalığın bulaşması tehlikesinden kaynaklanmadığı, ayrıca korku, homoseksüel veya uyuşturucu bağımlısı hastalara bakma konusundaki isteksizlik gibi hususlardan da etkilendiğini göstermektedir. Bkz. Gregory P. Gramelspacher/Mark Siegler, "Do Physicians Have a Professional Responsibility to Care for Patients with HIV Disease?" *Issues in Law & Medicine,* 1988, Vol. 4, No. 3, s. 383-393, s. 390; Ariel R. Schwartz, "Doubtful Duty: Physicians' Legal Obligation to Treat during an Epidemic", *Stanford Law Review,* November 2007, Vol. 60, No. 2, s. 657-694, s. 667; Civaner, Bulaşıcı Hastalık, s. 167.

30 Detaylı bilgi için bkz. John D. Arras, "The Fragile Web of Responsibility: AIDS and the Duty to Treat", Hasting Center Report, April/May 1988, s. 10-20, s. 10 vd; Gramelspacher/Siegler, s. 383 vd; Ezekiel J. Emanuel, "Do Physicians Have an Obligation to Treat Patients with AIDS?", *The New England Journal of Medicine,*

pek çok sağlık çalışanının SARS ve Ebola virüsü taşıyan hastalara bakmaktan kaçınmasında[31] olduğu gibi yeni ortaya çıkan ve tedavisi henüz bulunmamış hastalık salgınlarında[32] kitlesel bir çekilmeye dönüşmektedir. Örneğin ülkemizde kırım kongo kanamalı ateşi üzerine yapılan bir çalışmada, araştırmaya katılan sağlık çalışanlarının yarısından fazlasının seçme şansı olsa bu hastalık ile ilgilenmemeyi tercih edecekleri, daha da önemlisi beşte birinin hastalara kendisi bakmaktansa başka bir meslektaşına yönlendirmeyi tercih edecekleri sonuçlarına ulaşılmıştır.[33]

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 15. maddesine bakıldığında, hekime sağlık nedenlerine dayalı hizmetten çekilme hakkı tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak bu hak, hekimin yalnızca hastaya bakmak üzere bir ev veya kuruma çağrılması durumunda işletilebilecek niteliktedir. Zira söz konusu hükme göre, "*Hastaya bakmak üzere bir aile nezdinde veya herhangi bir müesseseye çağrılan tabip, korunmayı da sağlamaya çalışır. Tabip hastalara ve onlarla birlikte yaşayanlara, kendilerine ve muhitlerine karşı mesuliyetlerini bildirir./ Tabip icabında, tedaviye devamı reddetmek pahasına da olsa hijyen ve korunma kaidelerine riayeti temin için gayret sarf eder*".

Sağlık kuruluşları dışındaki tedavilerde hekime sağlık sebeplerine dayanan hizmetten çekilme hakkı tanıyan düzenleme, sağlık kuruluşları içerisindeki tedaviler açısından ise suskun kalmayı tercih etmektedir. Ancak bu durum kanaatimizce hekimin sağlık sebeplerine dayanan hizmetten çekilme hakkının bulunmadığını göstermemektedir.

Bulaşıcı hastalıklara bakma yükümlülüğünü "sorumluluğun kırılgan ağı" *(fragile web of responsibility)* olarak kavramlaştıran Arras, hekimlerin mesleki sorumluluğunun hem mesleğin hem de toplumun paylaştığı iyilik fikrine dayandığını ifade etmektedir.[34] Ona göre, mesleki yükümlülüklere ilişkin bu anlayış, sağlığın erişmek için herkesin çabalaması gerektiği bir ürün olduğunun ve başarılı hekimlerin bunu

1988, 318, s. 1686-1890, s. 1686 vd; Lo, s. 183; Nermin Ersoy, "AIDS ve Doktorun Tedavi Etme Ödevi", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi Dergisi,* 1994, 2 (1), s. 22- 25. Öte yandan AIDS olmamakla birlikte HIV virüsü taşıyanlara ilişkin yapılan bir çalışma ve ulaşılan sonuçlar hakkında bkz. Lewis/Montgommery, s. 36 vd.

31 Lo, s. 181; Schwartz, s. 658, 672.

32 Civaner, Bulaşıcı Hastalık, s. 167.

33 Hıdıroğlu/Önsüz/Topuzoğlu/Karavuş, s. 75.

34 Arras, s. 18.

gerçekleştirmek için erdemli davranma zorunluluğunun bulunduğunun kabul edilmemesi halinde çözülme riskiyle karşılaşır. Yine de hekimlerin tedavi etme yükümlülüğünün iki sınırı vardır. Sağlık hizmetinin sunulması yararsızsa veya sağlık hizmetinin sunulması hekim açısından intihar ile eşdeğer yükseklikte bir risk oluşturuyorsa, hekimin tedavi etme yükümlülüğü yoktur.[35]

Emanuel ise hekimliğin hastaları iyileştirmeye adanmış bir meslek olduğu görüşünden hareketle hekimlerin AIDS hastalarına bakma yükümlülüklerinin bulunduğu düşüncesindedir.[36] Sosyal görev paylaşımı açısından nasıl ki yangına müdahale etmesi için çağrılan bir itfaiye görevlisinin veya suç mahalline çağrılan polisin can güvenliği nedeniyle görevi reddetmesi mümkün değilse, doktorun da aynı şekilde hastalarına yardım etmesi ve yaptığı işin risklerini kabul etmesi gerekir.[37] Ancak Emanuel bu yükümlülüğü sınırlarını Arras'a göre daha geniş belirlemektedir. Ona göre hekimlerin bu yükümlülüklerini sınırlayan dört faktör vardır; aşırı risk, tedavinin sorgulanabilir yararları, diğer hastalara bakma yükümlülüğü ve hekimin kendisi ve ailesine ilişkin yükümlülükleri.[38]

Bulaşıcı hastalık nedeniyle hizmetten çekilme hakkının kullanılabilmesi için ilk olarak hastalığın objektif anlamda hekimin sağlığı açısından aşırı risk taşıması gerekir. Doktrinde bir görüş aşırı riski, doğrudan tehdit olarak ifade etmektedir. Doğrudan tehditten anlaşılması gereken ise ne uzak ne spekülatif ne de azdan biraz daha fazla bir risktir; hastalık önemli bir zarar vermeye ilişkin ciddi risk taşımalıdır.[39] Bir hastalığın aşırı risk taşıyıp taşımadığı belirlenirken hekimin perspektifinden yaklaşılmaması, objektif ve bilimsel kanıtlara dayanan bir değerlendirme yapılması önemlidir.[40] Aksi takdirde AIDS'te olduğu gibi sağlık çalışanları, düşük risk grubunda olmalarına rağmen hastayı tedavi etmekten imtina edebilirler. Öte yandan yapılacak bu değerlendirmede salt hastalığın kendisi değil, hekimin tedaviyi uygulamak için gerekli olan tıbbi koruyucu kıyafet ve benzerlerine sahip olup olmadığı da dikkate alınmalıdır.

35 Arras, s. 18; Gramelspacher/Siegler, s. 392.
36 Emanuel, s. 1686 vd.
37 Emanuel, s. 1686; Ersoy, s. 23.
38 Emanuel, s. 1687.
39 Gramelspacher/Siegler, s. 392.
40 Lo, s. 182; Arras, s. 17; Gramelspacher/Siegler, s. 392.

Bununla birlikte kanaatimizce bu şart, tek başına yeterli değildir. Başka bir deyişle biraz sonra sayılacak diğer şartlardan en az birisiyle bu şartın desteklenmesi gerekir. Aksi takdirde çözülmesi güç problemlerle karşılaşılır. Örneğin eğer hekimlerin tamamına çekilme hakkı tanınacaksa bir hastanın yüksek risk oluşturacak bir hastalığa tutulması onun doğrudan sağlık hizmetlerinden dışlanması gibi insan haklarına uygun olmayan bir sonuç doğuracaktır. Buna karşılık eğer hasta sağlık hizmetlerinden dışlanmayacaksa, hizmetten çekilme hakkını kullanabilen ilk hekim ile hizmetten çekilme hakkını kullanamayacak olan son hekimin yaşam hakları arasında anlamsız bir ayrım yaratılmış olacaktır.

İkinci bir husus olarak, uygulanacak tedavinin yararsız sonuç vereceği anlaşılabiliyorsa hekim, hizmetten çekilme hakkını kullanabilir. Zira hekimlerin yararsız tedaviyi uygulama gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır.[41] Bu husus, Dünya Tabipler Birliği'nin *(WMA)* Hasta Hakları Beyannamesi'nin 1. maddesinin (f) bendinde; *"hekimler, ileri tedavinin hastaya makul yardım veya iyileşmesi için farklı ayarlamaların yapılması için yeterli imkân sağlamayacağının tıbben belirlendiği durumlarda tedaviyi bırakabilirler."* şeklinde belirtilmektedir. Aynı şekilde Birliğin Venedik Bildirgesi'nin 3. 2. maddesinde de hekimin hastaya herhangi bir yarar sağlamayacak olan yöntemler uygulamaktan kaçınması gerektiği ifade edilmektedir.[42]

Tedavinin yararsız olup olmadığına karar verecek olan mesleki özerklik çerçevesinde hekimin bizzat kendisidir; bu kararda bilimsel değerlendirmeler kadar yaşam hakkının kutsallığı dolayısıyla hekimin tedavinin "olumlu" sonuç vereceğine ilişkin pozitif düşünce ve inançları da büyük rol oynar. Bu belirlemenin nasıl yapılacağı hususunda Kuçuradi'nin aktardığı şu anısı, bulaşıcı hastalıklara ilişkin olmamasına rağmen oldukça yol göstericidir; *"… kalbi durmuş bir hastaya bu doktor gerekli müdahaleyi yapmaya başlamış ve bu çaba yaklaşık üç saat sonuç vermeyince, çevredekiler –hastanın yakınları da bu arada- doktora vazgeçmesini söylemişler. Ama bu doktor kalbi çalıştırma çabasına devam etti; çünkü hastanın bir kaşının ve kulağının ucunda belli belirsiz bir refleks fark*

41 Gramelspacher/Siegler, s. 392-393. Bununla birlikte hekimler tedaviye devam etmek zorunda değilse de, ağrı dindirici türden müdahalelerde bulunmalıdırlar (Hakeri, Tıp Hukuku, s. 539).

42 Venedik Bildirgesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Tambağ, s. 35-36.

etmişti. Dört saatlik bu çabalar sonucunda hasta yaşama dönmüş ve 15 yıl daha yaşamış".[43]

Üçüncü olarak, hekimlerin bulaşıcı hastalık taşıyan hastalara sağlık hizmeti sunması, diğer hastalarına olan yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyecekse hekim hizmetten çekilebilir. Hayli bulaşıcı bir hastalık, hekimin bulaşıcı hastalık taşımayan hastalarına tedavi uygulama kabiliyetine büyük zarar verir. Örneğin bir hekimin kuş gribine ya da SARS hastalığına yakalanması, fiziksel olarak yetersizliğine yol açabileceği gibi, karantinaya alınması dolayısıyla diğer hastaları ile ilgilenememesine yahut diğer hastaları için büyük bir risk teşkil etmesine yol açar.[44]

Son olarak, hekimlerin mesleki yükümlülükleri ile aile üyelerine karşı olan yükümlülükleri arasındaki dengeyi de tutturması gerekir. Bu durumda hekimlerden sırf bulaşıcı hastalık taşıyan hastalarının bulunması nedeniyle bu dengeyi değiştirmeleri beklenemez.[45] Zira bulaşma riski yüksek olan kuş gribi gibi hastalıklar hekimin özellikle genç ve yaşlı üyeleri olmak üzere tüm aile mensuplarını tehlikeye atar.[46] Özellikle hekimin gebeliği hizmetten çekilmesini haklı çıkarabilecek türden bir sorumluluktur.[47] Ancak kanaatimizce bu son sebebin de aynı ilk sebepte olduğu gibi, tek başına çekilme hakkı tanıması mümkün değildir. Mutlaka diğer üç sebepten biriyle desteklenmesi gerekir.

C. Vicdani Kanaat

Şahsi sebepler kapsamında irdelenmesi gereken son mesele, hekimin ahlaki değerlerine veya vicdani kanaatlerine dayanarak hizmetten çekilme hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. Esasında burada sorgulanan husus, sağlık hizmetlerinde vicdani ret hakkının mevcudiyetidir.

Vicdani ret ile kastedilen hekimlerin vicdani kanaatlerine, politik görüşlerine veya dini inanışlarına aykırı olan sağlık hizmetlerini sunmaktan veya sunumuna katılmaktan kaçınmalarıdır.[48] Bu hakkın

---

43 İonna Kuçuradi, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Ankara 2007, s. 120.
44 Schwartz, s. 667-668.
45 Gramelspacher/Siegler, s. 393; Schwartz, s. 666.
46 Schwartz, s. 667.
47 Ersoy, s. 24.
48 Joseph Meaney/Marina Casini/Antonio G. Spagnolo, "Objective Reasons for

varlığına ilişkin tartışmalar Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra yoğunlaşmışsa da[49], Hipokrat Yemininde geçen şu ifade, esasında tartışmanın 2500 yıllık bir geçmişi olduğunu göstermektedir;[50] "Ne bir kimseye ölmesi için ecza vereceğim ne de ona bu etkiyi doğuracak bir öneride bulunacağım. Benzer şekilde bir kadına doğurmasını engelleyecek (kürtaj) bir tedavi uygulamayacağım".[51]

Günümüzde hekimlerin vicdani ret kapsamında ötanazi, kürtaj, doğum kontrolü gibi belli sağlık hizmetlerini sunmaktan kaçındıkları bilinen bir gerçektir.[52] Öte yandan kaçınılan hizmetler salt bunlarla da sınırlı değildir. Sperm bağışı, tüp bebek tedavisi, üreme hücrelerinin dondurulması, cinsiyet değiştirme ameliyatı, uyuşturucu kullananların tedavisi, tıbbi rapor verme, kızlık zarı incelemesi, işkence gibi hususlarda da hekimlerin vicdani ret kapsamında hizmetten kaçındıkları görülmektedir.[53] Sağlık çalışanları bakımından vicdani ret hakkının pozitif düzenlemelere konu olduğu da görülmektedir. Örneğin İtalya'da 2007 yılından bu yana eczacılar, 2009 yılından beri ise hemşireler, vicdani ret hakkını pozitif hukuk düzenlemelerinden yararlanarak kullanmaktadırlar.[54]

Doktrinde Savulescu, sağlık çalışanlarının vicdani ret hakkına şiddetle karşı çıkmaktadır.[55] Ona göre üstlenilen görev, insan hayatı ile

---

Conscientous Objection in Health Care" The National Catholic Bioethics Quarterly, Winter 2012, s. 611-620, s. 611; Josef, Kure, "Conscientious Objection in Health Care", Ethics & Bioethics (in Central Europe), 2016, 6 (3-4), s. 173-180, s. 175; Sibel Öner Yalçın, Hemşirelerin ve Hekimlerin Tıbbi Eylemlerinde Vicdanın Rolü: Bir Tutum Araştırması ile Birlikte, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Adana 2016, s. 25-26.

49 Kure, s. 173; Meaney/Casini/Spagnolo, s. 613.

50 Teresa Stanton Collett, "Protecting the Healthcare Provider's Right of Conscience", çevrimiçi, https://cbhd.org/content/protecting-health-care-providers-right-conscience, (E.T. 06.03.2017).

51 Orijinal Hipokrat Yemini için bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Hippocratic_Oath#Original_oath

52 Steve Clarke, "Conscientious Objection in Healthcare, Referral and the Military Analogy", Journal Med. Ethics, 2016, s. 1-4, s. 2; Stanton Collett, çevrimiçi; Pellegrino, s. 61; Kuçuradi, s. 120-121. Örneğin Katolik hastanelerinde aile planlaması ve kürtaja yönelik sağlık hizmeti sunulmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Lo, s. 184.

53 Kure, s. 174; Berna Arda, "Etik Açıdan Hekim Haklar", *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, C. 51, S. 3, 1998, s. 121-124, s. 123; Öner Yalçın, s. 26.

54 Meaney/Casini/Spagnolo, s. 615.

55 Julian Savulescu, "Conscientious Objection in Medicine", *British Medical Journal*, 2006, 332 (7536), s. 294-297, s. 294 vd; Aynı yönde Türk doktrinindeki bir görüş için bkz. Murat Civaner, "Vicdani Retçi Hekimlere Diploma Verilmeyecek", çevrimiçi, http://bianet.org/bianet/saglik/156508-vicdani-retci-hekimlere-diploma-

bağlantılı ise vicdani ret, hukuka aykırı olmalıdır. Zira kişisel değerler önemli olmasına rağmen, hekimler kamu görevlisidir ve kendi yararları için değil kamu yararı için çalışmalıdır.[56] Hatta Savulescu, inançları nedeniyle bazı tedavi yöntemlerine karşı çıkan kişilerin hekimlik mesleği seçmemesi veya başka bir uzmanlık alanına kayması gerektiğini savunmaktadır.[57] Ancak kanaatimizce bu katı görüşün kabulü, insan haklarına ilişkin tüm belgelerde ve anayasalarda güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün tamamen yok sayılmasına yol açmaktadır.[58]

Bir diğer görüş ise vicdani ret hakkının mutlaklığından hareket ederek, gerek sağlık çalışanlarının gerekse sağlık kuruluşlarının vicdani kanaatlere açıkça aykırı sağlık hizmeti sunmaktan kaçınabileceğini ifade etmektedir.[59] Kanaatimizce bu görüşün kabulü ise hekimlik mesleğinin sosyal açıdan taşıdığı anlamı önemli ölçüde göz ardı etmektedir. Zira hekimler, mesleki statüleri, tedavi uygulamaya yönelik inhisarı yetkileri dolayısıyla toplumda önemli bir yer işgal etmektedirler.[60]

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, hekimlerin vicdani ret hakları vardır, ancak bu hak belli şartların sağlanması halinde kullanılabilir. İlk olarak, hekimin hastayı reddinde gerçekçi bir nedene sahip olması ve bu nedenin ahlaki, etik veya dini inanıştan kaynaklanması gerekir.[61] Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin hekim yardımlı ölüme *(physician assisted suicide)* ilişkin verdiği Washington/Glucksberg kararında hekimi hastanın çektiği acıları sonlandırmaya yönelik davranışta bulunmaktan men eden sosyal değerlerin, hastanın çektiği acıların sonlandırılmasına ilişkin isteğinden daha üstün bir değer niteliği taşıdığına hükmedilmiştir.[62]

---

verilmeyecek?bia_source=rss, (E.T. 17.03.2017).

56 Savulescu, s. 296-297.

57 Savulescu, s. 297. Bu görüş ile aynı doğrultuda bir uygulamayı hayata geçiren Birleşik Krallık Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanları Kraliyet Okulu, hastalarına gebeliği önleyici tıbbi tedavi uygulamayı veya reçete vermeyi reddeden hekim ve hemşirelere diploma vermemeyi kararlaştırmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Civaner, Vicdani Ret, çevrimiçi; Öner Yalçın, s. 29.

58 Meaney/Casini/Spagnolo, s. 617.

59 Pellegrino, s. 52.

60 Hood, s. 369.

61 Clarke, 1.

62 Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. https://www.nationalcenter.org/Washington.html.

İkinci olarak bu hakkın kullanılması, hastaya büyük bir zarar verme tehlikesi yaratmamalıdır.[63] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, hastanın kürtaj isteğinin hekim tarafından reddedilmesinin de konu edildiği R. R./Polonya kararında[64], sağlık çalışanlarının vicdan özgürlüklerinden etkin bir şekilde yararlandığı ancak bu durumun hastaların sağlık hizmetlerine erişmesini engellemediği bir sağlık hizmeti sistemi organize etmenin devletlerin yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir.[65] AİHM'nin başka bir kararında[66] ise, üç kadına reçete karşılığında doğum kontrol hapı satmayı reddeden eczane sahibi davacıların, AİHS'in 9. maddesinde düzenlenen din ve vicdanın açıklanması özgürlüğünden yararlanamayacağı ifade edilmiştir. Mahkemeyi bu kararı almaya iten sebep, doğum kontrol haplarının legal olarak ve reçete karşılığı yalnızca eczanelerde satılması ve davacıların Salleboeuf'taki[67] tek eczanenin sahibi olmaları dolayısıyla somut olayda dini inançlara öncelik vermelerinin mümkün olmamasıdır. Mahkemeye göre, davacıların profesyonel alan dışında dini inanışlarını açıklayabilecekleri pek çok yol vardır.[68]

Burada önemli bir nokta olarak hekimler, vicdani ret hakkını kullanacakları hususunda hastaları bilinçlendirmelidir.[69] Nitekim Hastanın Savunulması ve Gizlilik Hakkında Bildiri incelendiğinde, hekimlere tanınan vicdani ret hakkının bu hususlara özgü olarak sınırlandırıldığı görülmektedir. Bildirinin 4. maddesine göre, *"Acil bir durum değilse, hekimlerin kendi kişisel değerleriyle veya mesleki yargılarıyla çelişen herhangi bir prosedüre katılmaları gerekli tutulamaz. Böyle acil olmayan durumlarda, hekim hastaya hastanın isteklerini yerine getirmeyeceğini açıklamalı ve gerekiyorsa, hastayı ba*şka bir hekime yönlendirmelidir".

Son olarak, vicdani ret hakkının kullanılmasının nedeni hastanın ırkı, etnik kökeni, cinsiyeti veya dini olmamalıdır.[70] Başka bir deyişle

63 Kure, s. 177.
64 Karar metni için bkz. http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-104911"]}, (E.T. 17.03.2017).
65 R. R./Polonya Davası, Başvuru No. 27617/04, § 206.
66 Pichon ve Sajous/Fransa Davası, Başvuru No. 49853/99.
67 Salleboeuf, Fransa'da yer alan ve 14,8 km²'lik yüzölçümüne sahip olan bir yerleşim birimidir.
68 Karar metni için bkz. http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":["49853/99"],"itemid":["001-22644"]}, (E.T. 17.03.2017).
69 Hood, s. 370.
70 Lo, s. 185.

hekim ya tüm hastaları için geçerli olabilecek bir nedene dayanmalı ya da salt birkaç hastasını bu nedene dayanarak reddedememelidir.[71] Bu noktada Kaliforniya Yüksek Mahkemesinin Benitez/North Coast Women's Care Medical Group, Inc. kararı[72] önem taşımaktadır. Karara konu olayda rahim içi suni döllenme tedavisi isteğinde bulunan ve lezbiyen olduğunu ifade eden Guadalupe Benitez'i, başvurduğu sağlık sunucusunda çalışan her iki hekim de, evli olmayan birine söz konusu tedavinin uygulanmasının dini inanışlarına aykırı olduğunu belirterek reddetmiştir. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi ise evli olmamanın dini açıdan bir gerekçe oluşturmasının sorgulanabilir olmasından hareketle, hekimlerin dini nedenlere dayanarak eşcinselleri tedavi etmekten kaçınamayacağını vurgulamış; anayasal bir hak olan din özgürlüğünün, hekimlere, kamu hizmeti sunan işletmeler açısından geçerli olan cinsel yönelime dayalı ayrımcılık hallerini yasaklayan kanunlardan muafiyet sağlamadığını kararlaştırmıştır.[73]

3. Hakkın Kullanılmasını Engelleyen Durumlar

Hizmetten çekilmek için gerekli olan şahsi veya mesleki sebepler gerçekleşmesine rağmen, hekimin bu hakkı kullanmasını engelleyen durumlar da bulunmaktadır. Bunlar; *acil yardım, resmi görevin ifası* ve *insani vazifenin ifası*dır.

Bu durumlara yalnızca hekimin hastayı reddetme hakkının düzenlendiği Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 18. maddesinde yer verilmiş olmasına rağmen, kanaatimizce bu engeller, 19. maddede düzenlenen hekimin tedaviyi bırakma hakkı bakımından da uygulanmaya elverişlidir. Aksi bir kabul, hekimin hastayı reddetme hakkına sahip olmadığı ancak tedaviye başlar başlamaz tedaviyi sonlandırma imkânının bulunduğu şeklinde rasyonel olmayan bir sonuca yol açacaktır.

---

71 Ashley Surlin, "Calif. Court Puts Gays' Care Over Doctors' Faith", çevrimiçi, http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/08/18/AR2008081802080.html, (E.T. 10.03.2017).

72 Karar metni için bkz. https://www.casp.net/california-anti-slapp-first-amendment-law-resources/caselaw/california-courts-of-appeal-cases/benitez-v-north-coast-womens-care-medical-group-inc-et-al/, (E.T. 22.03.2017).

73 Surlin, Çevrimiçi. Yargıtay da bir kararında sağlık ocağında görevli olan hekimin, hastaya spiral takmamasını görevi ihmal olarak değerlendirmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T. 15.01.2007, 12333/133, (Hakeri, Tıp Hukuku, s. 536, dn. 195).

A. Acil Yardım

Amerikan Hukuku'nda 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren varlığını hissettiren ve Obamacare ile zirveye ulaşan acil durumlarda hekimlerin tedavi etme yükümlülüklerinin mevcudiyetine ilişkin tartışmalar[74], Kıta Avrupası hukuklarına oldukça yabancıdır. Zira modern dönem Kıta Avrupası hukuk sistemleri için hekimin acil durumlarda tedavi etme yükümlülüğü, gayet sıradan ve alışılmış bir yükümlülüktür.

Türk Hukuku açısından da aynı husus geçerlidir. Türk Hukukunda hekimlerin acil durumlarda tedavi etme yükümlülükleri, statülerinden bağımsız bir yükümlülüktür. İster kamu görevlisi, ister işçi, isterse de serbest hekim niteliği taşısın tüm hekimlerin acil durumlarda tedavi etme yükümlülükleri bulunmaktadır. Esasında hukukumuzda tedavi etme yükümlülüğü öyle geniş şekilde ele alınmaktadır ki, Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesi[75] gereğince herkes bu sorumluluğun altındadır.[76]

Hekimin hizmetten çekilmesini engelleyen durumlardan ilki, acil yardımdır. Acil tıbbi yardımın gerektiği durumlarda hekim ne şahsi sebeplere ne de mesleki sebeplere dayanarak hizmetten çekilebilir. Mesleki sebeplere dayanan hizmetten çekilme hakkının tanınmamasının sebebi, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3. maddesinde de düzenlenen acil durumlarda hekimin tedavi uygulama yükümlülüğüdür. Zira söz konusu hükme göre hekim, *"vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakım sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur"*. Aynı şekilde Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 18. madde-

---

74 Tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. James P. McHugh, "Emergency Medical Care For Indigents: All Hospitals Must Provide Stabilizing Treatment or Pay the Price", *West Virginia Law Review,* 1990, Vol. 93, s. 165-196, s. 166 vd; Cyrus Vincent Godfrey, "Emergency Care: Physicians Should be Placed Under an Affirmative Duty to Render Essential Medical Care in Emergency Circumstances", *University of California, Davis Journal,* 1974, Vol. 7, s. 246-268, s. 246 vd.

75 TCK m. 98'e göre; "Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen… kişi, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır".

76 Murat Kalemoğlu, "Acil Serviste Hekim Sorumluluğu", *Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi,* 2005, 25, s. 824-828, s. 825; Godfrey, bu genişlikteki hukuki sorumluluğun Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri açısından genel geçer olduğunu belirtmektedir (s. 256-257).

sine gereğince hekim, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlarda özel bilgi ve beceri gerektirse bile tıbbi girişimde bulunabilir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere acil tedavide hekimden, hem kısa sürede belli bir disiplin içinde pek çok şey yapması ve yaşamı kurtaracak şekilde hareket etmesi beklenmektedir.[77] Dolayısıyla çığ düşmesi nedeniyle hastaya ulaşılamaması gibi mücbir nedenler bir kenara bırakılırsa acil durumlarda hekim, uzmanlığı ne olursa olsun, hastaya ilk yardımda bulunmak zorundadır. Şahsi sebeplere dayanarak hizmetten çekilmenin engellenmesinin geri planındaki sebep ise kanaatimizce, yaşam hakkının üstünlüğüdür.

Acil yardım, uygulamada genellikle tedavinin uygulandığı yer dikkate alınarak tanımlanmakta; hasta ve yaralılara *acil tedavi ünitelerinde* doktor ve sağlık personeli tarafından yapılan tıbbi müdahaleler, acil yardım olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte kanaatimizce acil yardım, salt hükmün lafzından hareketle bu kadar dar kapsamlı ele alınmamalı, Tüzüğün 3. maddesindeki acil vakalar tabiri ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu noktada Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği yol göstericidir. İlgili Yönetmeliğin 4. maddesinin (i) bendine göre acil sağlık hizmetleri; *"acil hastalık ve yaralanma hallerinde, konusunda özel eğitim almış ekipler tarafından, tıbbi araç ve gereç desteği ile olay yerinde, nakil sırasında, sağlık kurum ve kuruluşlarında sunulan tüm sağlık hizmetlerini"* ifade etmektedir. Görüldüğü gibi Yönetmelik acil sağlık hizmetlerini yer bakımından salt acil tedavi üniteleri ile sınırlamamakta, olay yerinde, nakil sırasında, sağlık kurum ve kuruluşlarında sunulan tüm sağlık hizmetlerini aynı bağlamda değerlendirmektedir. Sağlık hizmeti ile giderilmeye çalışılan durum, acil hastalık ve yaralanma niteliği taşıdığı müddetçe, acil tedavi ünitesinde, bir poliklinikte, başka bir doktorun muayenehanesinde kısaca herhangi bir yerde tıbbi müdahalede bulunulması bu durumu acil yardım kapsamı dışına çıkarmamalıdır.[78] Dolayısıyla hekim acil vaka ile nerede karşılaşırsa karşılaşsın, o andan itibaren sorumluluğu başlamaktadır.[79]

Bir vaka, ancak hastanın ciddi ve yakın bir hastalık, sakatlık veya ölüm tehlikesi ile karşılaştığının sağlık hizmeti sağlayanlar tarafından

77 Kalemoğlu, s. 824.
78 Hood, s. 368.
79 Kalemoğlu, s. 825.

tespit edildiği durumlarda acil olarak addedilir.[80] Dolayısıyla acil yardım kapsamında öncelikle yapılması gereken, acil durum şikâyeti ile gelen hastaların tıbbi ön muayeneye tabi tutulması ve durumun gerçekten acil durum niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir.[81] Yapılacak olan ön muayene hasta ve yakınları ile hekimler arasındaki tartışmaları sonlandıracağı gibi[82], hekimi hukuki sorumluluktan da kurtaracaktır.[83] Nitekim Yargıtay'ın bir kararında acil serviste nöbetçi olan hekimin muayene etmeden ve hastaları görmeden hastanın veya hastalığın acil yardım kapsamında olup olmadığını belirleme hak ve yetkisinin bulunup bulunmadığının sorgulanması gerektiğine işaret edilmektedir.[84]

Bu itibarla hastayı ön muayeneye tabi tutmadan ve gerekli incelemelerden geçirmeden olgunun acil olmadığını kabul etmek hukuken hatalı bir yaklaşım olacaktır.[85] Bununla birlikte ön muayenenin mutlaka hekim tarafından yapılması gerekmemektedir; nitekim bu husus Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 23. maddesinde yer alan "*Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz*." düzenlemesinden de anlaşılmaktadır. Ancak hekimin bizzat muayene etme yükümlülüğünün olmaması, ona keyfiyet sağlama amacı taşımamakta; hekim tarafından müdahale edilene kadar geçecek zaman zarfında hastanın durumunun ağırlaşması önlenmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla hekimin hastayı muayene edebilecek bir durumda bulunması halinde, başkasının muayene etmesini isteme gibi bir lüksü bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından da doğum sancıları başlayan hastayı görmeden ve yapılacak müdahaleler konusunda değerlendirme yapmadan hastanın sevkine karar vermesinden dolayı icapçı hekimin kusurlu olduğuna hükmedilmiştir.[86]

---

80 Denise H. Field/Colleen M. Margiotta, "To Treat or Not to Treat: A Hospital's Duty to Provide Emergency Care", *University of California, Davis Journal*, 1982, Vol. 15, s. 1047-1066, s. 1060-1061.

81 Schwartz, s. 678-679; Lo, s. 187; McHugh, s. 172; Field/Margiotta, s. 1061.

82 Toplumda, kendini acil olarak nitelendiren herkesin acil serviste muayene edilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin hatalı bir sosyal beklenti bulunmaktadır. Pek çok hasta, herhangi bir rahatsızlığını kendince önemli ve acil olarak addetmekte, hekimler ise olgunun acil olup olmadığını belirlemede kimi durumlarda güçlük yaşamaktadır (Harun Tuğcu, Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu", *Klinik Gelişim Dergisi*, 2009, C. 22, Adli Tıp Özel Sayısı, s. 85-88, s. 85).

83 Kalemoğlu, s. 825.

84 Yargıtay, 5. Ceza Dairesi, T. 28.11.2013, 11820/11484, (Hakeri, Tıp Hukuku, s. 520).

85 Tuğcu, s. 85.

86 "Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı olan sanığın, olay gecesi icapçı nöbetçi

Tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılan ön muayene sonucunda hastanın durumunun acil olmadığına karar verilirse hekim hizmetten çekilme hakkını kullanabilir. Buna karşılık, hastanın durumunun acil olduğuna karar verilirse hekim hizmetten çekilme hakkını kullanamaz; zira hekimin acil tedaviye yönelik sorumluluğu sürmektedir.

Hastanın acil vaka niteliği taşıdığı teşhis edildikten sonra yapılması gereken ikinci husus, hastanın durumunun stabilize edilmesidir.[87] Hastanın durumu stabilize edilmeye çalışırken, sunulacak sağlık hizmetlerinin bir sınırı bulunmamaktadır; en genel kapsamıyla acil tedavi ünitesi ile bağlantılı tüm hizmetlerin hastaya sunulması[88], acil servisin tüm olanaklarının hasta için seferber edilmesi[89] gerekmektedir. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 2. fıkrasında da acil servisin, *"hastanın sosyal güvencesi olup olmadığına, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşunun nevine ve hastanın diğer özelliklerine bakmaksızın,"* stabilizasyon sağlanıncaya kadar bütün tıbbi hizmetleri sunacağı belirtilmiştir. Hastanın durumunun stabilize olduğundan bahsedilebilmesi için tedavinin bırakılması veya başka bir sağlık sunucuna sevk hallerinde hastanın durumunda önemli bir kötüleşme olmayacağına dair hekimde makul bir tıbbi öngörünün *(reasonable medical probability)* oluşması gerekmektedir.[90]

Sağlık kuruluşunun acil tedavi için gerekli tıbbi olanaklara sahip olmaması veya mevzuat gereğince tedavinin başka bir sağlık kuruluşunda sürdürülmesinin gerekmesi imkân dâhilindedir. Böyle bir

---

doktor olduğu, nöbetçi ebe tarafından aranarak Olur Merkez Sağlık Ocağından ambulansla gelen, doğumsal kalça çıkıklığı olan ve doğum sancıları başlayan hasta olduğu bildirilmesine karşın; hastaneye gelmeden, hastanın yakınları tarafından Erzurum Araştırma Hastanesine götürülmesi yönünde talimat verdiği, yolda doğum yapan G. T. ve bebeğinin öldüğü olayda; Yüksek Sağlık Şurası kararında, ölümle sanığın eylemi arasında illiyet bağının kurulamayacağının, ancak hastayı görmeden sevk etmesi nedeniyle Dr. B. Y.'ın kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında; sanığın hastayı görmeden ve yapılacak müdahaleler konusunda değerlendirme yapmadan sevkine karar vermekle, gerekli sağlık hizmetini vermeyerek mağduriyetine neden olduğu" anlaşılmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T. 22.05.2013, E. 2011/17665, K. 2013/15693, (Aykut Cemil Aykın/ Serkan Çıkarlı, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2016, s. 371).

87 McHugh, s. 172; Schwartz, s. 678-679; Lo, s. 187.

88 McHugh, s. 172; Tuğcu, s. 85.

89 Tuğcu, s. 85.

90 McHugh, s. 187.

ihtimalde hastanın acil durumu kontrol altına alındıktan sonra sevk işlemlerinin başlatılması gerekir.[91] Tıbbi olanakların yetersizliğinden gelişecek durumlardan hekimin hukuki sorumluluğu, acil tedavi yerel olanaklara en uygun şekilde gerçekleştirildikten sonra hastanın ileri bir sağlık sunucusuna sevki ile ortadan kalkar.[92] Elbette ki hekimin sorumluluğunun ortadan kalkması için sevk işleminin tıp bilimine uygun bir şekilde yapılması gerekir. Örneğin AİHM'in Genç/Türkiye[93] kararında hastanın diğer hastane tarafından kabul edileceğinden emin olunmadan sevk işlemlerine başlanması, Cojocaru/Romanya kararında[94] ise sağlık durumu ciddi olan hasta transfer edilirken hastaya hekimlerin eşlik etmemesi[95] sevk işleminin uygun bir şekilde yapılmaması olarak değerlendirilmiştir.

Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 4. fıkrası gereğince sevk işleminin gerçekleştirilmesinden, kural olarak, hem hastanın başvurduğu hem de hastanın sevk edileceği sağlık kuruluşu sorumludur. Bununla birlikte her iki kuruluşun da sevk imkânlarının bulunmaması ihtimalinde, hastanın başvurduğu sağlık kuruluşunun acil servis sorumlusu, sevk işlemlerinin gerçekleştirilmesini Merkezden[96] talep eder. Merkezin ambulans ve ambulans ekibi ile sınırlı olmak üzere bu sevk işlemini yerine getirme zorunluluğu bulunmakta-

---

91 Field/Margiotta, s. 1062; Marcia Mobilia Boumil/Paul A. Hattis; Medical Liability in a Nutshell, 3rd Edition, U. S. A. 2011, s. 6.

92 Kalemoğlu, s. 826.

93 Genç/Türkiye Davası, Başvuru No. 24109/07. Dava konusu olayda, sezaryenle doğan prematüre bebek yaşadığı solunum problemleri nedeniyle 110 kilometre uzaklıktaki KTÜ Farabi Hastanesi'ne sevk edilmiş ancak bu hastanede boş yer olmamasından ötürü bir başka hastaneye sevk edilmiştir. Bu sonuncu hastane tarafından da hastanın küvez bulunmaması nedeniyle kabul edilmemesi nedeniyle hasta tekrar KTÜ Farabi Hastanesine getirilmiş ancak yine bu hastaneye kabul edilmemiştir. Sonucunda bebek ambulansta hayatını kaybetmiştir (§ 8, 9, 10, 11, 12, 13). Karar metni için bkz. http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-154698"]}, (E.T. 18.03.2017).

94 Cojocaru/Romanya Davası, Başvuru No. 74114/12. Dava konusu olayda Hellp sendromu gelişen hamile kadına acil tedavi uygulamayı reddeden hekim, hastayı 150 kilometre ötedeki hastaneye sevk etmiş, koma halindeyken diğer hastaneye ulaşan hasta 40 dakika sonra hayatını kaybetmiştir (§ 14, 15). Karar metni için bkz; http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-161528"]}, (E.T. 18.03.2017).

95 AİHM hastaya diğer sağlık personelince eşlik edilmesini yeterli bulmamıştır (§ 112).

96 Merkez ile kastedilen Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 4. maddesinin (f) bendi gereğince acil sağlık çağrılarının karşılandığı ve ambulansların sevk ve idare edildiği komuta kontrol merkezidir.

dır. Sevk işleminde, ambulans ekibi dışında başkaca personel ve araç desteği gerekiyorsa, bu desteği sağlamakla yükümlü olan ise sevk eden sağlık kuruluşudur.

Ön muayene ile hastanın durumunun stabilize edilmesi ya da acil durumun kontrol altına alınmasının akabinde sevk işleminin gerçekleştirilmesi sonucunda hizmetten çekilme hakkının önündeki engel ortadan kalkar. Zira acil durumlarda hekimin tedavi etme yükümlülüğü, hastanın tamamen sağlığına kavuşturulmasına kadar devam etmez.[97] Acil durum sona erdikten sonra hekimden tedaviyi sürdürmesi beklenemez. Dolayısıyla hekim şahsi veya mesleki sebeplere sahip olduğu müddetçe tedaviyi sonlandırabilir.

B. Resmî Görevin İfası

Şahsi veya mesleki sebeplere dayanarak hizmetten çekilmeyi önleyen ikinci durum, hekimin sağlık hizmetini resmi görevin ifası şeklinde sunmasıdır.

Resmi görevden anlaşılması gerekenin ne olduğu, hakkın kapsamının belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir. Resmî kelimesi sözlükte *"devletin olan, devlete ait, devletle ilgili, özel karşıtı"*[98] olarak tanımlanmaktadır. Anayasa hükümleri incelendiğinde de, resmi ifadesinin hep özel karşıtı olarak kullanıldığı görülmektedir. Kavrama bu anlamıyla yaklaşıldığında, kamuya ait hastane, sağlık ocağı, dispanser ve benzerlerinde çalışan, kısaca kamu görevlisi niteliğine sahip olan hekimlerin hizmetten çekilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir.

Yargı kararları incelendiğinde, resmi görevin ifasının bu anlamıyla ele alındığı görülmektedir. Örneğin Askeri Yargıtay, resmi bir kurumda resmi bir iş yapan ve resmi iş yapıyor olmasından dolayı hakaret suçu yönünden kanunla daha fazla cezayı gerektirir şekilde himaye altında bulunan hekimin hastayı reddetme hakkı bulunmadığını kararlaştırmıştır.[99] Yine Danıştay'ın aile hekimlerine ilişkin meş-

97 McHugh, s. 186; Boumil/Hattis, s. 7-8.

98 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58d00e44b45743.25367709, (E.T. 15.03.2017).

99 Askeri Yargıtay, 1. Daire, T. 09.05.2006, 787/801, (Hakeri, Tıp Hukuku, s. 115, dn. 59).

hur kararında aile hekimlerinin resmi görevli olduklarından bahisle hastaya bakma görevini reddedemeyeceklerine hükmedilmiştir.[100]

Doktrinde Hakeri, olması gereken hukuk açısından yanlış bulduğunu ifade etmekteyse de, mevzuat açısından kamu görevlilerinin sadece şiddet olaylarına dayanan hizmetten çekilme hakkının bulunduğunu belirtmektedir.[101] Ancak kanaatimizce kavramın bu bağlamda anlaşılması, kamu görevlileri açısından hakkın kullanımını şiddet olaylarında dahi imkânsız kılmaktadır. Zira daha önce de değinildiği gibi şiddet olayları, şahsi sebep kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir; başka bir deyişle ağır bir şiddet olayına maruz kalan hekim, Tüzük hükmünde yer verilen şahsi sebeplere dayanarak da çekilme hakkını kullanabilir. Bu açıdan Çalışan Güvenliği Genelgesi'nde yer verilen şiddet olayları, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nde düzenlenmiş olan şahsi sebeplerin özel bir görünümüdür. Kaynaklar hiyerarşisinde Genelgeye nazaran daha üst bir kaynak niteliği taşıyan Tüzükte resmi görevi ifa edenlerin şahsi nedenlere dayanarak hizmetten çekilmesi yasaklanmışken; resmi görevi ifa edenlerin daha alt bir kaynakta düzenlenmiş bir şahsi nedene dayanarak hizmetten çekilmesi mümkün değildir.

Bir hekimin, sırf kamu görevlisi olması dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamındaki sağlık hakkının, din ve vicdan hürriyetinin ve onurunun yok sayılması olanaksızdır. Zira kamu hizmetinde süreklilik sağlandığı müddetçe[102] hekimin hizmetten çekilmesini engelleyen başka bir husus bulunmamaktadır. Bu nedenle hükmün dar yoruma tabi tutulması ve salt kamu görevlisi olmanın bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir. Bu itibarla burada resmi görevin ifasının, kamu görevlisinin mevcut görevinden ayrıca ve bir resmi karar ile görevlendirildiği durumları içerdiği kabul edilmelidir. Kanaatimizce hüküm, resmi görevle deprem, karantina gibi mücbir sebeplere dayanan sağlık hizmetleri, gezici aşı uygulaması gibi sosyal sağlık hizmetleri gördürülen hekimlerin, bu hizmetlerin ifası aşamasıyla sınırlı olarak hizmetten çekilme hakkını kullanamayacakları şeklinde anlaşılmalıdır.

---

100 Danıştay 5. Daire, T. 19.09.2012, 2012/7854, (Hakeri, Tıp Hukuku, s. 117).
101 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 115.
102 Kamu hizmetinde süreklilik hakkında detaylı bilgi için bkz. Aykın/Çınarlı, s. 555 vd.

C. İnsani Vazifenin İfası

Hekimlerin şahsi ve mesleki sebeplere dayanarak hizmetten çekilmelerinin önündeki son engel, insani vazifenin ifasıdır. Esasında meslek olarak hekimliğin "acı çeken birine yardım etme yükümlülüğü"ne dayandığı[103] dikkate alındığında, hekimliğin başlı başına bir insani vazifenin ifası niteliği taşıdığı ileri sürülebilir. Bununla birlikte literatürde *"sokak hekimliği"*[104] olarak ifade edilen insani vazifenin ifası ile hekimin kanuni veya sözleşmesel bir yükümlülüğü olmadığı durumlarda dahi tıbbi girişim gereken bir durumla karşılaştığında girişimde bulunmasına ilişkin gereklilik kastedilmektedir.[105]

İnsani vazifenin ifasına ilişkin bu yükümlülüğün asıl kaynağı, tıp etiğidir.[106] Doktrinde Dünya Tabipler Birliği Uluslararası Etik Kuralları'nda, hekimlerin ahlaki açıdan bir insani vazife olarak acil sağlık hizmeti sunmakla yükümlü olduklarının kabul edildiği ifade edilmektedir.[107] Buna göre hekim başkalarının bu bakımı sağlamaya istekli ve yeterli olduğundan emin olmadıkça, acil bakımı bir insanlık görevi olarak sunmakla yükümlüdür.[108] Amerika Tabipler Birliği'nin *(AMA)* 11 Eylül'den sonra geliştirdiği dil de, insani vazifenin ifası noktasında önem taşımaktadır. Birliğe göre; "*Hekimlerin, hasta ve yaralılara tedavi etme taahhütlerinin bir gereği olarak olağanüstü durumlarda acil sağlık hizmetini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu etik yükümlülük kendi güvenlikleri, sağlık ve hayatları bakımından normalden daha büyük riskle karşılaşmaları halinde dahi devam eder*".[109]

Tıp etiğinin yanı sıra bu yükümlülüğe, çeşitli mevzuat hüküm-

---

103 Öztürk Türkmen, s. 2; Field/Margiotta, s. 1048.

104 Senem Doğanoğlu/Elif Koru/ Barış Yavuz/Mehmet Ertan, "Göz Yaşartıcı Kimyasallar ve Zor Kullanımda Hukuksal Yaklaşım ve Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", İçinde Göz Yaşartıcı Kimyasallar ve Toplumsal Olaylarda Zor Kullanım Araçlarının Neden Olduğu Sağlık Sorunlarında Tıbbi Destek ve Belgeleme (Hekimlere Yönelik Rehber Kitap), 2015, s. 97-141, s. 118.

105 S. Serhat Gürpınar/ Ümit Biçer, "Hekimlerin Etik Sorumluluğu", içinde Göz Yaşartıcı Kimyasallar ve Toplumsal Olaylarda Zor Kullanım Araçlarının Neden Olduğu Sağlık Sorunlarında Tıbbi Destek ve Belgeleme (Hekimlere Yönelik Rehber Kitap), 2015, s. 76-96, s. 94; Doğanoğlu/Koru/Yavuz/Ertan, s. 119.

106 Gürpınar/Biçer, s. 94. Tıp etiği, hasta özerkliğine saygı, hastaya zarar vermeme, adalet ve temel hasta hakları gibi hekimlik uygulamalarındaki tıbbi deontoloji ilkelerinin bütünüdür (Demir, s. 231-232).

107 Doğanoğlu/Koru/Yavuz/Ertan, s. 119.

108 Tambağ, s. 40.

109 Hood, s. 371.

lerinde de yer verilmektedir. İnsani vazifenin ifası, çoğunlukla acil vakalarda ilk yardımda bulunma yükümlülüğü şeklinde kendisini göstermektedir. Bu noktada hekimin sorumluluğunun kanuni dayanaklarının ilki, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 11. maddesinin 2. fıkrasıdır. İlgili hükme göre, "*Olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar*" herkes sağlık hizmeti verebilir. Bu hüküm herkesin olağanüstü durumlarda sağlık hizmeti verme hakkı olduğunu ortaya koymaktadır. İkinci hüküm Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesinin ilk fıkrasıdır. Söz konusu hükme göre, "*Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen… kişi, … cezalandırılır*". Burada bir önceki hükümle benzer bir düzenlemeye gidilmiş olsa da aralarında önemli bir fark vardır; Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu sağlık hizmeti sunma "hakkını" düzenlerken, Türk Ceza Kanunu sağlık hizmeti sunma "yükümlülüğünü" düzenlemektedir. Konuyla ilgili son hüküm ise yalnızca hekimlere yöneliktir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3. maddesine gereğince, "*Tabip, vazife ve ihtisası ne olursa olsun gerekli bakımın sağlanmadığı acil vakalarda mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda*" bulunmakla yükümlüdür.

Öte yandan doktrinde bir görüş acil vaka olarak değerlendirilemeyecek ya da kişinin kendini idare edebileceği hastalık veya kaza hallerinde de hekimin hastalara hizmet sunma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmektedir.[110] Bu yükümlülük, Türkiye tarafından onaylanan[111] bilinen adıyla[112] Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesinden çıkarılmaktadır. Bu madde gereğince "*sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir*". Görüşü savunanlarca bu kanıya ulaşma yolları ortaya konulmamaktaysa da, kanaatimizce hüküm, Sözleşmenin girişi ile birlikte değerlendire-

110 Gürpınar/Biçer, s. 94.

111 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile ilgili Sözleşme Türk Hukukunda usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşme niteliği taşımaktadır. Ayrıca bu Sözleşme temel insan haklarına ilişkin olduğundan bir çatışma halinde kanunlardan üstün konumdadır.

112 Sözleşmenin orijinal adı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesidir.

rek bu kanıya varılmaktadır. Sözleşmenin girişinde geçen, *"Biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, insan onuru ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için"* ifadesinden hekimlerin sağlık alanında insan onuru ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için her türlü müdahalede bulunmak ve bu müdahalelerde tıbbi sorumluluk ve standartlara uymakla yükümlü oldukları sonucuna varılmaktadır.

Ancak kanaatimizce söz konusu Sözleşmeden hekimlerin acil olmayan durumlarda dahi müdahalede bulunma "hakkı" bulunduğu sonucuna ulaşılabilirse de, hekimlerin böyle bir "yükümlülüklerinin" varlığından bahsedilemez. Zira aksi bir anlayış hekimleri, erişmelerinin mümkün olduğu her türlü tedavi gerektiren duruma müdahale etmek gibi sınırları belirlenemez bir yükümlülük altında bırakacaktır.

4. Hakkın Kullanılması Usulü

Hizmetten çekilme hakkının kullanmasına ilişkin genel kabul, hastaya makul bir bildirimde bulunulmasından ve başka bir hekimin sağlık hizmeti sunması için gerekli imkânın sağlanmasından sonra bu hakkın kullanılmasıdır.[113] Bu genel kabulle örtüşen bir düzenlemeye, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 19. maddesinin 2. fıkrasında da yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, "*Tabip*(in)*… bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez. Hastayı bu suretle terk eden tabip veya diş tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını verir".*

Hüküm dikkatli incelendiğinde başlıca şu sonuçlara ulaşılır; ilk olarak hizmetten çekilme hakkının kullanılabilmesi için başka bir hekimin bulunması ve hastanın bilgilendirilmesi olmak üzere iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. İkinci olarak Tüzük bu iki şartı yalnızca mesleki sebeplere dayanan çekilme halleri için getirmektedir. Başka bir ifadeyle Tüzükte şahsi sebeplere veya konsültasyon sebeplerine dayanan çekilme hallerine ilişkin bir düzenleme yapmaktan imtina edilmektedir. Bununla beraber kanaatimizce bu iki şart, uygun düştü-

[113] Boumil/Hattis, s. 19; Siang Yong Tan, Medical Malpractise: Understanding the Law, Managing the Risk, Singapore 2006, s. 33-34.

ğü ölçüde bu iki tür hizmetten çekilme haline de uygulanabilecek niteliktedir. Buna karşılık şiddet olaylarına dayanan hizmetten çekilme hallerinde oldukça farklı bir usul geliştirilmiştir.

A. Başka Bir Hekimin Bulunması

Hekimin hizmetten çekilme hakkını kullanabilmesinin ilk şartı, tedaviyi uygulayacak başka bir hekimin bulunmasıdır. Ancak salt ikinci bir hekimin bulunması bu şartın sağlanması için yeterli değildir. Diğer hekimin de tedaviyi yürütebilecek durumda olması gerekir. Diğer hekimin tedaviyi yürütebilecek olmasından maksat, öncelikle bu hekimin tedavi için ihtiyaç duyulan uzmanlığa sahip olmasıdır. Aynı uzmanlığa sahip olunmadığı durumlarda hizmetten çekilme hakkı kullanılamayacağından, hastada sonradan oluşacak komplikasyonlardan ilk hekimin sorumluluğu devam eder. Longman/Jasiek kararında[114], ağız cerrahisi alanında uzmanlaşmış diş hekiminin hizmetten çekilme hakkını kullanmasından sonra tedaviye aile hekimi tarafından devam edildiği, yani ikinci hekim aynı uzmanlığa sahip olmadığı için ameliyat sonrası oluşan komplikasyonlardan diş hekimi sorumlu tutulmuştur.[115] Ayrıca ikinci hekimin uzman olmakla beraber hizmetten çekilme hakkına sahip olduğu durumlarda da başka bir hekimin varlığından bahsedilemez.[116]

Öte yandan bu şartları taşıyan başka bir hekimin bulunması da, her durumda kâfi gelmez; bunun yanı sıra ikinci hekimin erişilebilir olması gerekir.[117] Erişilebilir olmakla kastedilen, hastanın diğer hekime ulaşmasının çok zahmetli olmamasıdır. Dolayısıyla diğer hekimin mutlaka aynı sağlık kuruluşunda çalışması zorunlu değildir. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 7. maddesinde bu husus, "*Her birey hızlı ve önceden belirtilen süre içerisinde gerekli tedaviyi alma hakkına sahiptir. Bu hak tedavinin her aşaması için geçerlidir.*" şeklinde deklare edilmiştir. Hastanın diğer hekimden sağlık hizmeti almasının fiziksel olarak mümkün olmadığı ya da oldukça zahmetli olduğu bir durumda, hizmetten çekilme hakkı kullanılamaz.

---

114 Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. http://www.leagle.com/decision/198017491IllApp3d83_1161/LONGMAN%20v.%20JASIEK, (E.T. 15.03.2017).
115 Boumil/Hattis, s. 19-20.
116 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 116.
117 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 113.

Hastanın diğer hekime erişmesinin zahmetli olup olmadığı, somut olayın özelliğine göre değişir. Bu değerlendirmede hastanın sağlık durumu, sağlık kuruluşları arasındaki mesafe, sahip olunan nakil vasıtaları, coğrafi koşullar, iklim koşulları gibi pek çok husus dikkate alınır. Örneğin Leach/Drummond Medical Group, Inc. kararında[118], Kaliforniya Temyiz Mahkemesi yaklaşık 100 millik (160 kilometre) bir mesafenin erişilemez olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu karara konu olayda, davalı hastane grup şirketi, hastanın lisans kuruluna başvurarak uygulamalarından memnun olmadığı bazı hekimleri şikâyet etmesi üzerine aralarında hasta-hekim ilişkisinde mevcut olması gereken güvenin zedelendiğini belirterek davacıyı tedavi etmeyi reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi ise yaklaşık yüz millik bir mesafe içerisinde aynı hizmeti sunacak başka bir sağlık kuruluşunun bulunmamasını gözeterek, tek bir hekimin hizmetten çekilebileceğini, buna karşın hastane grubunun bir bütün olarak aynı olanağa sahip olmadığını kararlaştırmıştır.[119] Danıştay'ın eczanelere ilişkin bir kararında ise hastaların ilaca ulaşabilmek için birden fazla yere müracaat etmek zorunda bırakılmasının özellikle büyük kentlerde hastanın tedavisinde gecikmelere neden olduğu sonucuna ulaşılmıştır.[120]

Bu özellikleri taşıyan bir hekimin varlığı halinde tedaviyi yürüten hekimin, hastanın sağlık durumunun niteliğine göre iki farklı davranış geliştirmesi mümkündür. İlk olarak hastanın durumu ağır değilse, hekim diğer hekime ulaşılmadan tedaviyi bırakabilir. Ancak hekim bu durumda diğer hekimin tedavi ve müdahalesine imkân verecek zamanı önceden hesaplamakla yükümlüdür. Eğer hastanın durumu ağırsa, diğer hekim temin edilinceye kadar tedavi bırakılamaz. Tü-

118 Karar metnine ulaşmak için bkz. http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/144/362.html, (E.T. 15.03.2017).

119 Boumil/Hattis, s. 25; Tan, s. 34; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 519.

120 "Olayda; Protokol'ün 3. 7. maddesinde yedi bent halinde sayılan kimi ilaçların sağlanmasının sisteme dahil eczanelerden sırasıyla yapılacağı öngörülmüş, bu uygulama kimi kan hastaları ile diyaliz hastalarının ilaca erişimini zorlaştırmıştır. Özellikle haftada üç – dört kez diyaliz tedavisi gören hastaların uygulamadan olumsuz etkilendiği, çünkü ilgili hekim tarafından yazılan ilaçların temini için öncelikle sıranın hangi eczanede olduğunun ilgili Eczacı Odasından sorulduğu, Odanın yönlendirmesi ile gidilen eczaneden ilacın alınması sonrasında tekrar Eczacı Odasına onaylatıldığı anlaşılmakta, bunun ise özellikle büyük kentlerde hastanın tedavisinde gecikmelere neden olduğu anlaşılmaktadır". Karar metni için bkz. Danıştay 8. Dairesi, T. 28.11.2011, E. 2011/5155, K. 2011/6094, (Kerem Yılmaz, Defansif Tıp, Ankara 2014, s. 39-45).

zükte hastanın hayatının tehlikeye düşmesi ya da sağlığının zarara uğraması ihtimali bulunmaktaysa hastanın durumunun ağır olduğu kabul edilmektedir. Her iki ihtimal de dikkate alındığında hastanın durumu stabil olmadığı müddetçe hekimin hizmetten çekilme hakkını kullanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.[121]

Mesleki sebeplere dayanan hizmetten çekilme hakkının kullanılmasında ikinci bir hekimin bulunması zorunluluğu mutlaktır. Başka bir deyişle başka bir hekim bulunmadığı müddetçe hangi mesleki sebep gerçekleşirse gerçekleşsin hekim hizmetten çekilme hakkını kullanamaz. Bunun altında yatan mantık basittir; bu varsayımda hastanın hiç tedavi görmemesindense, uzmanlığı ne olursa olsun bir hekimin tedavi uygulaması hastanın daha yararınadır; bir hekim müdahalede bulunduğu müddetçe, hastanın durumunun, olduğundan kötüye gitmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte kanaatimizce şahsi sebeplere dayanan hizmetten çekilme hakkı için aynı mutlaklıktan bahsedilip bahsedilemeyeceğinin sorgulanması gerekir. Örneğin hastanın hekim açısından hayati risk teşkil eden bir bulaşıcı hastalık taşıdığı veya hastanın hekimler veya diğer hastalar açısından tehlike arz ettiği durumlarda da ikinci bir hekimin bulunması zorunlu mudur?

Bu konuya ilişkin olarak ezber bozan Payton/Weaver kararının[122] incelenmesinde fayda görülmektedir. Kararda Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, başka bir diyaliz merkezi hastaya sağlık hizmeti sunmayı kabul etmemesine rağmen hekimin hizmetten çekilme hakkını kullanabileceğine hükmetmiştir.[123] Son dönem böbrek yetmezliğinden muzdarip olan 35 yaşındaki Brenda Payton, alkol, uyuşturucu ve yatıştırıcı madde bağımlısı olup, diyalize ve tıbbi tedaviye uygun davranmamaktadır. Haftada en az iki kere uyuşturucu madde satın almaya devam eden hasta, diyetine de uymakta başarısız olmakta ve sık sık diyaliz tedavisini kaçırmaktadır. İki diyaliz arasında 15 kilograma kadar kilo alması olağan karşılanan hasta, davadan önceki 11 ay içinde diyalizi kaçırdığı için 30 kez acile kaldırılmıştır. Diyaliz merkezine gel-

121 Boumil/Hattis, s. 19; Tan, s. 34.
122 Karar metni için bkz. http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/131/38.html, (E.T. 15.03.2017).
123 Boumil/Hattis, s. 24-25.

diğinde ise sarhoş ve uyuşturucu maddelerin etkisinde hareket edip, saygısız ve bayağı bir dil kullanmış, sağlık çalışanlarına küfretmiş ve genital bölgesini sergileyen kıyafetler giymeyi tercih etmiştir. Diyaliz makinesine bağlı iken diyalizin sonlandırılması için bağırmış ve diyaliz iğnelerini sökerek etrafa kan püskürmesine neden olmuştur. Hastanın tüm bu davranışlarını bilinçli ve kasti olarak değerlendiren Mahkeme, hekimi kanunlar ve hakkaniyet çerçevesinde hastanın sağlığı için tedaviye devam etmeye zorlamanın mümkün olmadığına karar vermiştir.[124] Mahkemeyi bu kararı almaya iten sebepler "trajik olduğu kadar etkili" olarak nitelendirilmektedir.[125]

Buna karşılık çok benzer bir olayda pek çok diyaliz randevusunu kaçıran, nefroloji uzmanını öldürmekle tehdit eden ve hastanenin yöneticisine ateş eden hastanın tedavisine devam edilmesine karar verilmiştir. Mahkeme kararında hekim açısından zorla çalıştırmaya eşdeğer bir yükümlülük getirildiğini kabul etmekle beraber, bölgede başka bir sağlık kuruluşu bulunmaması nedeniyle hekimi diyaliz tedavisi sunmaya mecbur kılmıştır.[126]

Kanaatimizce oldukça istisnai durumlarda şahsi sebeplerle hizmetten çekilme hakkının kullanılabilmesi için başka bir hekimin bulunması zorunluluğu aranmamalıdır. Yükümlülüklerini yerine getirmeyerek, hekim ile işbirliği içinde olmayan, gerek hekimin gerekse hastanenin tedavi uygulama kapasitesini tamamen ya da büyük oranda kaybetmesine neden olarak diğer hastalara tedavi sunulmasını önemli ölçüde güçleştiren hastalar bakımından, sağlık durumları açısından ciddi bir risk bulunmadığı sürece başka bir hekim bulunmasa bile hizmetten çekilme hakkı kullanılabilmelidir.

B. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

Hizmetten çekilme hakkını kullanacak hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Hekimin bilgilendirme yükümlülüğü, bir yönüyle hastayı, diğer yönüyle de tedaviyi üstlenecek hekimi bilgilendirmek olmak üzere iki yönlüdür.

---

124 Tan, s. 35; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 519.
125 Tan, s. 35.
126 Tan, s. 35.

Bilgilendirme yükümlülüğü, hekimin hizmetten çekileceği konusunda hastayı bilgilendirmesi ile başlar. Hastayı bilgilendirme yükümlülüğünün ikinci aşaması, hastanın; durumu, tıbbi ihtiyaçları ve tedavinin gelecek aşamaları hakkında bilgilendirilmesidir.[127] Buradaki bilgilendirme yükümlülüğünün, hastayı aydınlatma yükümlülüğünde olduğu kadar kapsamlı olduğu söylenemez. Yine de hekimin bilgilendirmeye ilişkin açıklamalarında, aydınlatma yükümlülüğündeki unsurlara riayet etmesi önemlidir. Bu anlamda hekim, hastayı bilgilendirirken açık ve anlaşılır olmaya, uygun bir dil kullanmaya, kesin ve olası durumlar arasında ayrım yapmaya özen göstermelidir.[128]

Hastanın bilgilendirilmesi yükümlülüğü hem hastayı reddetme hem de tedaviyi sonlandırma hakkı bakımından geçerliyken, tedaviyi üstlenecek diğer hekimi bilgilendirme yükümlülüğü, yalnızca tedaviyi sonlandırma hakkı bakımından mevcuttur.

Diğer hekimi bilgilendirme yükümlülüğü, tedavi zamanına ait müşahade notlarının verilmesiyle somutlaşmaktadır. Ancak hekimin bu yükümlülüğü, her durumda geçerli değildir. Hekim lüzum görürse veya hasta talep ederse bu notların diğer hekime verilmesi gündeme gelir. Bu notların diğer hekime nasıl ulaştırılacağı noktasında Tüzükte bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 25. maddesi dikkate alındığında, bu yükümlülüğün diğer hekime karşı doğrudan yerine getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Zira ilgili hükme göre, "*Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür*".

II. Konsültasyona Dayanan Hizmetten Çekilme Hakkı

Konsültasyon sözlükte, "*bir hastalığa tanı koymak veya hastalığı tedavi etmek amacıyla birden fazla hekimin görüş alışverişinde bulunması*"[129] olarak tanımlanmaktadır. Literatürde ise *"özellikle klinikte çalışan hekimin uğraşı sırasında tek başına üstesinden gelemediği vakalarda bir başka hekimden bilimsel ve teknik bir yardım istemesi"*[130] olarak açıklanmaktadır.

---

127 Boumil/Hattis, s. 19.

128 Bilgilendirmeye ilişkin unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Tambağ, s. 80.

129 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58c18d63168397.25701056, (E.T. 16.03.2017).

130 Serap Şahinoğlu Pelin, "Tıp Evrimi Açısından ve Psikiyatri Özelinde Konsültasyon Kurumu", Klinik Psikiyatri, 2000, 3, s. 117-125, s. 118.

Konsültasyon; hekimin hastanın en çok yararına olacak şekilde davranma yükümlülüğünün yanı sıra hastanın pek çok tedaviden istediğini seçme hakkını gerçekleştirmeye yönelik önemli bir tıp uygulamasıdır.[131] Bu yönüyle konsültasyon, hasta-hekim ilişkisindeki çatışmaları en aza indirgemek konusunda oldukça etkili olan popüler bir yöntemdir. Öte yandan konsültasyon uygulamasına bir nebze sorumlulukları paylaşma duygusu da hâkimdir. Hastanın tedaviye cevap verme süresinin uzadığı, normal seyrindeki bir hastalıkta komplikasyonla karşılaşıldığı ya da vakanın tedavisinin imkânsızlaştığı durumlarda konsültasyona başvurulmasında hep bir sorumlulukların dağıtılması endişesi gözlemlenmektedir.[132] Nitekim zorunlu olmamasına rağmen sıklıkla konsültasyona başvurulmasının altında yatan gerçek, tedavinin şekline yönelik sağladığı meşruiyet, tedaviden sıklıkla tatmin edici sonuçların elde edilmesi veya aksi bir durumda sorumlulukların paylaşılmasıdır.[133]

Konsültasyona dayalı hizmetten çekilme hakkı mevzuatta iki farklı şekilde ele alınmıştır. Bunlardan ilki, hekimin konsültasyon isteğinin hasta tarafından reddini konu edinmektedir. İkincisi ise görüşüne başvurulan hekim ile tedaviyi yürüten hekim arasındaki görüş ve kanaat farklılıklarına dayanmaktadır.

1. Konsültasyon İsteğinin Reddi

Konsültasyon isteme hakkı, hem hastaya hem de hastayı tedavi eden hekime tanınmış bir hak olmasına rağmen, aralarında bir eşitlikten söz edilemez. Zira hekim hastasının konsültasyon isteğini kabul etmek zorundayken, hasta açısından aynı zorunluluktan bahsedilemez; hastanın hekimden gelen konsültasyon teklifini kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 24. maddesinin 2. fıkrasında, "*Müdavi tabip veya diş tabibi, konsültasyon yapılmasına lüzum gördüğü takdirde, keyfiyeti hastaya bildirir. Bu teklifin kabul edilmemesi halinde, müdavi tabip veya diş tabibi, hastasını bırakabilir.*" hükmüne yer verilmiştir.

---

131 David Baggish, "The Ethics Consultation", *Quinnipiac Probate Law Journal,* 2009, Vol. 23, No. 1, s. 432-437, s. 433.
132 Şahinoğlu Pelin, s. 118.
133 Baggish, s. 436.

Hizmetten çekilme hakkının kullanılabilmesi için gereken koşullardan ilki, hastanın tedavisinin kabul edilmiş olmasıdır. Şahsi veya mesleki sebeplere dayanan hizmetten çekilme hakkından farklı olarak, hekimin burada hastayı reddetme hakkı yoktur; hekime sadece tedaviyi bırakma imkânı tanınmıştır. Esasında bir hekimin hastayı ön muayeneden geçirmeden konsültasyon istemesi de mümkün olmadığından, hastayı reddetme imkanı tanınmasının bir anlamı da bulunmamaktadır.

İkinci olarak tedavi yürüten hekimde, konsültasyon yapılmasının gerekli olduğuna dair bir inanç oluşmalıdır. Bu inanç, hekimin kişisel değerlendirmeleri dışında hekimlik mesleğinin objektifliği ile de bağdaşmalıdır. Hekimin sırf tıbbi malpraktis iddialarından kaçınmak amacıyla beliren konsültasyon isteği, bu kapsamda düşünülemez. Dolayısıyla konsültasyon isteği salt pozitif defansif tıp davranışı[134] niteliğindeyse, konsültasyonun gerekliliğinden söz edilemez. Bu şart için konsültasyon isteğinin hekimde kendiliğinden oluşması gerekmez. Hastaya sağlık hizmeti sunan hemşire veya konsültan hekim tarafından yapılan bir öneri de bu kapsamda kabul edilebilir. Yine de bu önerinin hastaya bakan hekimde konsültasyonun gerekliliği yönünde bir inanç oluşturması zorunludur.[135]

Son olarak hekim, konsültasyon gerekliliğini hastaya bildirmelidir. Hükümde her ne kadar yalnızca hastaya bildirim şartı getirilmişse de, hastanın yaşının küçük olması, bilincinin kapalı olması gibi durumlarda hasta yakınlarına yapılan bildirim de yeterli olacaktır. Bildirimin derhal yapılması şart olduğu gibi, hastanın durumun bozulmasının mümkün olduğu durumlarda başka bir hekim bulunmadan hastanın terk edilmemesi de gerekir.

2. Hekimler Arasındaki Görüş Ayrılığı

Hastayı muayene eden hekim sayısı arttıkça, konulan tanı sayısı artabileceği gibi, aynı tanı konulsa bile hekimlerin aynı hastalık için

134 Pozitif defansif tıp uygulamaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzhan Türe, "Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 127, Mart 2017, s. 32-41, s. 34-37; Yılmaz, s. 149-155; Aykın/Çınarlı, s. 534-537.

135 Baggish, s. 435-436.

farklı tedavi yöntemleri uygulaması da gündeme gelebilir.[136] Tedavi için uygulanan her bir yöntem, tıp bilimine uygun olduğu müddetçe, eşit kıymettedir; birine diğerine nazaran üstünlük tanınamaz. Bu nedenle hekimlerin tamamı, uzmanlık alanları içerisinde kaldığı ve tıp bilimine uygun olduğu sürece istediği tedaviyi seçme ve uygulama özgürlüğüne sahiptir. Hekimler arasındaki görüş ayrılığının, müdavi hekime sağladığı hizmetten çekilme hakkının özünde de hekimlerin bu tedavi seçme ve uygulama özgürlüğünü koruma amacı vardır.

Hekimin yönelttiği konsültasyon isteği hasta tarafından kabul edilebilir veya hasta konsültasyon isteğinde bulunabilir. Konsültasyon neticesinde varılan sonuçlar, konsültasyon zaptı ile tespit edilir ve bu belge konsültasyona katılan tüm hekimlerce ortaklaşa imzalanır. Konsültan hekim yapılan tedaviyi uygun görmediği takdirde tedaviye müdahale edemese de fikrini konsültasyon zaptına yazar. Konsültasyonun sonucu ise en yaşlı hekim tarafından hastaya, hasta veya yakınlarının maneviyatını bozmayacak ve kendilerini tereddüt ve şüpheye düşürmeyecek şekilde bildirilir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 28. maddesine göre, "*Konsültan tabip veya diş tabibi ile müdavi tabibin kanaatları* arasında aykırılık hasıl olur ve hasta, konsültan tabip veya diş tabibin kanaatını tercih eder ise, müdavi tabip kendi görüşünde ısrar ettiği *takdirde hastayı terkedebilir*". Aynı hakkı, farklı ifadelerle tekrar eden Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 19. maddesinin (f) bendinde ise "*Konsültasyonun sonucunda hastanın tedaviyi yürüten hekimi ile konsültan hekimin görüş ve kanaatleri arasında fark olur ve hasta konsültan hekimin önerilerini kabul ederse, hastanın tedaviyi yürüten hekimi tedaviyi bırakabilir.*" hükmü yer almıştır.

Konsültan hekimin yapılan tedaviyi uygun görmediği durumlarda, hasta, kendisine konsültan hekimin belirttiği tedavi yönteminin uygulanmasını isteyebilir. Ancak bu isteğin tedaviyi yürüten hekim tarafından kabul edilme zorunluluğu yoktur. Zira günümüz tıp uygulamasında hekim-hasta arasındaki ilişkide hekim paternalistik bir rol oynamasa da, danışman hekim niteliğinde de değildir. Hekim ile hasta arasında ortak karar alma mekanizması *(shared decision making)* işler.[137] Dolayısıyla hastanın tedaviye ilişkin önerisine hekim katılabi-

136 Erdoğmuş, s. 24.
137 Lo, s. 177-178; Pellegrino, s. 58; Arda, s. 121.

leceği gibi bu öneriyi reddedebilir; hastanın kendisine uygulanacak tedaviyi tek başına seçme özgürlüğü bulunmamaktadır. Buna göre hekim hastanın önerdiği tedavi yöntemini uygulamak istemiyorsa hizmetten çekilebilir.

3. Hakkın Kullanılması Usulü

Tüzükte her ne kadar konsültasyona dayalı hizmetten çekilme hakkına yönelik bir usul belirlenmemişse de, kanaatimizce burada kıyasen mesleki sebeplere dayanan çekilme hallerine yönelik usulden yararlanılabilir. Dolayısıyla hekim çekilmeden önce, diğer bir hekimin tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı önceden hesaplayarak hastayı zamanında bilgilendirmeli, hastanın durumu ağırsa başka bir hekim temin edilene kadar hastaya bakmayı sürdürmeli ve gerekliyse tedavi zamanına ait müşahade notlarını diğer hekime vermelidir.

Konsültasyona dayalı çekilme hakkı bakımından özellik arz eden tek durum, hastanın konsültan hekim tarafından tedavi edilmesi ihtimalidir. Şöyle ki, tedaviyi yürüten hekimin hizmetten çekilmesi halinde tedaviyi yürütecek hekim, doğrudan konsültan hekim olmayacaktır. Zira konsültan hekim ancak hastanın ısrarlı isteği halinde tedaviyi üstlenebilir. Ancak belirtilmelidir ki tedaviyi yürüten hekim kadar diğer hekimler açısından da hastanın istediği tedavi yöntemini uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle konsültan hekim tarafından önerilen tedavi başka bir hekim tarafından kabul edilmiyorsa artık hastanın ısrarlı isteği olmasa dahi tedaviyi konsültan hekim yürütecektir.

III. Şiddet Olaylarına Dayanan Hizmetten Çekilme Hakkı

Meslekleri icabı, hekimler şiddet olayıyla karşılaşmaya oldukça müsait bir konumdadır. Hekimlerin maruz kaldığı bu şiddet olayı; görünmez olabildiği gibi aleni gerçekleşebilir, hafif olabildiği kadar ağır yaşanabilir; bu tarz davranışlarla ara sıra ya da sık sık karşılaşılabilir.[138] Ancak hangi şekliyle ve hangi sıklıkla yaşanırsa yaşansın, hasta-hekim ilişkisinde şiddet olayları oldukça yaygındır. Nitekim yapılan pek çok

[138] Deborah J. Cook/Joanne F. Liutkus/Catherine L. Risdon ve diğerleri, "Residents' Experiences of Abuse, Discrimination and Sexual Harrasment During Residency Training", *Canada Medical Association Journal*, 1996, 154 (11), s. 1657-1665, s. 1658.

araştırmada, işyerinde karşılan şiddet olayları bakımından sağlık alanındakilerinin diğerlerinin epey önünde olduğu ortaya çıkarılmıştır.[139]

Şiddet, yöneldiği kişinin fiziksel, ruhsal ve cinsel sağlığına zarar verdiği gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin en başa yerleştirdiği insan onurunu da zedeler. Bu nedenle olsa gerek, Dünya Sağlık Örgütü *(WHO)* şiddete yönelik oldukça geniş bir tanım vermektedir. Bu tanıma göre şiddet; "*fiziksel zor veya gücün, kendine, başka bir insana veya bir grup ya da topluluğa karşı kasıtlı kullanılması veya kullanılacağı yönünde tehditte bulunulması sonucunda oluşan ya da oluşma ihtimali yüksek olan sakatlık, ölüm, psikolojik zarar, gelişim bozukluğu veya yoksun bırakma*" halleridir.[140]

Dünya Sağlık Örgütü'nün bu tanımı göz önüne alınarak yapılan bir tanımda hekimlerin karşılaşabileceği şiddet olaylarının, "*hasta, hasta yakınları ya da diğer herhangi bir bireyden gelen, sağlık çalışanı için risk oluşturan; tehdit davranışı, sözel tehdit, fiziksel saldırı ve cinsel saldırıdan oluşan durum*" olduğu belirtilmektedir.[141]

Şiddet olaylarına dayanan hizmetten çekilme hakkı, esasında şahsi sebeplere dayanan hizmetten çekilme hakkı kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir. Bununla birlikte şiddet olayları, Çalışan Güvenliği Genelgesinde ayrıca ve açıkça bir çekilme hakkı olarak kabul edildiğinden ayrı bir başlık altında incelenmeyi hak etmektedir.

1. Çekilme Hakkı

Çalışan Güvenliği Genelgesi'nin 6. maddesine göre, "*Sağlık çalışanları, sağlık hizmeti sunumu esnasında şiddete uğraması halinde, acil verilmesi gereken hizmetler hariç olmak üzere hizmetten çekilme talebinde bulunabilir*". Görüldüğü üzere hükümde hizmetten çekilme hakkı yalnızca hekimlere değil tüm sağlık çalışanlarına tanınmıştır. Şiddet olayları ile her türlü sağlık kurumunda her düzeydeki sağlık çalışanı karşıla-

---

139 Detaylı bilgi için bkz. Bilge Annagür, "Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet: Risk Faktörleri, Etkileri, Değerlendirilmesi ve Önlenmesi", Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, 2010, 2 (2), s. 161-173, s. 163 vd. Hekimlerin ihtisas dönemlerinde karşılaştıkları şiddet olaylarına özgülenen bir çalışma için bkz. Cook/Liutkus/Risdon ve diğerleri, s. 1658 vd.

140 WHO, World Report on Violence and Health Summary, Geneva 2002, s. 5.

141 Saines J. C.; "Violence and Agression in A&E: Recommendations for Action" s. 7'den akt. Annagür, s. 162.

şabildiğinden, hükmün kişiler açısından kapsamının salt hekimler ile sınırlanmaması oldukça yerinde bir tutum olmuştur. Bununla beraber hizmetten çekilme hakkı, çalışma konusu ile bütünlük sağlanması açısından hekimler özelinde ele alınacaktır.

Hüküm incelendiğinde şiddet olaylarına dayanan hizmetten çekilme hakkının yalnızca hizmet sunumu esnasında sağlandığı görülmektedir. Başka bir deyişle hekimin henüz hizmet sunumuna başlamadan önce gördüğü şiddet hastayı reddetme hakkına ilişkin düzenlemede yer almamaktadır. Ancak kanaatimizce hükmün bu şekilde düzenlenmiş olması, hekimin tedavi başlamadan önce şiddet gördüğü hastayı reddetme hakkının bulunduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zira tedavi başlamadan önce şiddet gören bir hekimin hizmetin sunumu esnasında şiddet görmesi de engellenemeyecektir. Ayrıca hekimi şiddet gördüğü bir hastaya bakmakla yükümlü tutmak, onur kırıcı bir tutum olacaktır. Öte yandan salt hasta değil, hasta yakınları tarafından uygulanan şiddet de hekime hizmetten çekilme hakkı sağlar.

Önemli bir ayrıntı olarak, hastanın tedavi sürecinin kapsamı dışında uyguladığı şiddetin, bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmelidir. Burada önem taşıyan nokta, hastanın hekime, hekim olması dolayısıyla ve tedavi sürecine ilişkin olarak şiddet uygulamasıdır. Bu anlamda örneğin halı saha maçında çıkan bir tartışmada hekime rakip takımda yer alması dolayısıyla şiddet uygulamış bir kişinin daha sonraki hastalık sürecinde hekime başvurması durumunda hekimin Genelge kapsamında çekilme hakkından söz edilemez. Burada uygulanan şiddetin hangi ağırlıkta olduğunun da bir önemi bulunmamaktadır. Ancak hekimlik pratiği dışında uygulanan şiddet, hekimin tedaviyi uygulamaya yönelik objektifliğini yitirmesine yol açacak nitelikteyse hekimin yukarıda incelenen şahsi nedenlere dayanan hizmetten çekilme hakkı gündeme gelebilir.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise hekimin gördüğü şiddetin, tedavi uygulaması bakımından üstlendiği risk kapsamında olduğu durumlarda hekimin hizmetten çekilme hakkını kullanamayacağıdır. Örneğin ruh ve sinir hastalıklarına tedavi uygulayan hekimlerin hastalarından gördükleri şiddet, hekimlere hizmetten çekilme hakkı sağlamaz. Zira buradaki şiddet hekimlerin tedavi kapsamında üstlendikleri bir risktir.

Genelgeye göre şiddet olayları bakımından hekimin hizmetten çekilmesini engelleyen tek durum, acil tedavinin uygulanmasıdır. Bunun dışında ne resmi görevin ne de insani vazifenin ifasına dayanarak hekimin hizmetten çekilmesi engellenebilir. Dolayısıyla acil bir durum olmadığı müddetçe hekimlerin tamamı hizmetten çekilme hakkını kullanabilir. Bununla birlikte şiddet olaylarının şahsi sebepler kapsamında yer aldığı göz önüne alınırsa resmi görevin ifası ile insani vazifenin ifasının da hizmetten çekilme hakkını engellediği sonucuna ulaşılır. Zira Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, normlar hiyerarşisi anlamında Çalışan Güvenliği Genelgesi'ne nazaran üst norm niteliği taşır; bu nedenle de genelge hükmü tüzük hükmüne aykırılık taşıyamaz.

2. Hakkın Kullanılması Usulü

Hükmün en can alıcı noktası, diğer hizmetten çekilme hallerinden farklı olarak, hekimin şiddet olaylarına dayanan hizmetten çekilme hakkını tek başına kullanamamasıdır. Hekim sadece hizmetten çekilme talebinde bulunmaya yetkili kılınmıştır. Genelgenin 6. maddesinin (a) bendinde, hekimin hizmetten çekilme talebini, kurum tarafından belirlenen yöneticiye sözlü veya yazılı olarak bildireceği belirtilmiştir. Yöneticiden anlaşılması gereken ise yine Genelgenin 2. maddesine göre hastane ile ağız ve diş sağlığı merkezlerinde kurum tarafından belirlenen başhekim yardımcısı; bağlı birimlerdeki çalışanlar bakımından ise halk sağlığı ve il sağlık müdürlüklerince belirlenen müdür yardımcısıdır.

Bildirim üzerine yönetici olayı derhal değerlendirerek, hizmetten çekilme talebinin uygun olup olmadığı hakkında gecikmeksizin karar verecektir. Hizmetten çekilme talebinin uygun bulunmaması halinde hekim tedaviyi sürdürmekle yükümlüdür. Öte yandan hekimin artık şiddet olaylarını şahsi neden kapsamında ele alarak Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 19. maddesine dayanarak tedaviyi bırakmaya karar vermesi, kanaatimizce mümkün değildir ve hukuki sorumluluğunu gündeme getirir.

Hizmetten çekilme talebinin uygun bulunması halinde ise hekim tedaviyi sürdürmeyecektir. Ancak yine de hastanın tedavi hakkı ihlal edilmez ve hastanın sağlık hizmeti almasına ve tedavisinin devamına yönelik tedbirler alınır. Bu noktadan itibaren gerekli sağlık tedbirlerini uygulayacak olan yetkili yöneticidir. Yöneticinin bu kapsamdaki en

temel görevi, hastayı tedavi edecek hekimin belirlenmesidir. Bu görev yerine getirilirken öncelikle kurum içerisinde uygun hekim olup olmadığı araştırılmalıdır. Böyle bir hekimin bulunmadığı durumlarda ise hasta başka bir kuruma sevk edilmelidir.

IV. HİZMETTEN ÇEKİLMENİN SONUÇLARI

Hekimin hizmetten çekilmesinin sonuçları, çekilmenin hukuka uygun olup olmamasına göre değişir. Hekimin hizmetten çekilmesinin hukuka uygun olması için; öncelikle çekilme hakkına sahip olunması, sahip olunan bu hakkın kullanılmasını engelleyen bir durumun bulunmaması, hakkın usulüne uygun olarak kullanılması ve son olarak kötü niyetli hareket edilmemesi gerekir. Kümülatif olarak aranan bu şartlardan birinin dahi bulunmaması halinde hekimin hizmetten çekilme hakkını hukuka aykırı bir biçimde kullandığından söz edilir.

Hizmetten çekilme hakkı hukuka aykırı bir şekilde kullanıldığında, tıbbi uygulama hatasından (tıbbi malpraktis) söz edilir. Tıbbi malpraktis, icraî bir hareketin sonucu olabileceği gibi ihmali bir hareketle de söz konusu olabilir. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde; "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi*" hekimliğin kötü uygulanması olarak tanımlanmış ve ilgisizliğin yani ihmali durumların da kötü uygulama niteliği taşıdığı ifade edilmiştir. Bu itibarla, bir müdahalenin gerekli olduğu şekilde yapılmaması gibi, gerekli müdahalenin hiç yapılmaması da hekimin özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecektir.[142] Tıbbi uygulama hatasının sonuçları makalenin boyutlarını aşacağından yalnızca tıbbi malpraktisin cezai, hukuki, idari sorumluluk ve disiplin sorumluluğu doğurduğunu belirtmekle yetinelim.[143]

Hekimin hizmetten çekilmesinin hukuka uygun olduğu durumlarda, hastaya başka bir hekim tarafından tedavi uygulanır. Bu genel etkisinin dışında, kural olarak, ne hekim ne de hasta üzerinde bir sonucu bulunmaktadır. Buna karşılık şiddet olaylarına dayanan hizmetten çekilme, istisnai olarak hasta açısından pek çok hukuki sonuç doğurur.

---

142 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 635.

143 Demir, s. 227. Detaylı bilgi için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 613 vd; Türe, s. 38-40; Yılmaz, s. 117 vd.

İdari yaptırımlar bakımından değerlendirilirse; şiddet olayların gerçekleşmesi halinde Çalışan Güvenliği Genelgesi ile getirilen "Beyaz Kod" uygulaması devreye girer ve sağlık kuruluşunun yöneticisi hekimin korunması için gerekli önlemleri alır. Yönetici, hekimlerin güvenliğini sağlayacak ve hukuka aykırı saldırıları sonlandıracak her türlü tedbiri alma ve uygulamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, kurumlarda genellikle özel güvenlik görevlileri eliyle yerine getirilir. Özel güvenlik görevlileri, saldırganı etkisiz hale getirmek üzere yakalama yetkisini kullanıp, genel kolluğu haberdar edecektir.[144] Ayrıca kamu hastanelerinde görevli hastane polislerinin de hekimlere yönelik adli bir durumun oluştuğunu görmeleri halinde müdahalede bulunması ve gerektiğinde ilgili birimlerden yardım istemesi gerekmektedir.[145]

Aile hekimlerine özgü olarak getirilen hastanın kaydını silme yaptırımı, ikinci bir idari yaptırımdır. Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre "*Sağlık hizmeti sunumu sırasında meydana gelen şiddet olayının adli veya mülki idare makamlarınca verilen belgeyle belgelendirilmesi durumunda, aile hekimi veya aile sağlığı elemanına şiddet uygulayan kişinin müdürlükçe mevcut aile hekiminden kaydı silinir*". Hastanın kaydının silinebilmesi için sağlık hizmeti sunumu sırasında meydana gelen şiddet olayının adli veya mülki idare makamlarınca verilen belgeyle belgelendirilmesi ve hasta tarafından erişilebilir bir aile hekiminin bulunması şarttır. Nitekim bu husus hükmün ikinci cümlesinde, "*Bu şekilde kaydı silinen kişinin, aynı iş günü içerisinde yeni aile hekimi seçmemesi durumunda ikamet ettiği bölge göz önünde bulundurulmak suretiyle kayıtlı nüfusu en düşük aile hekimine müdürlükçe kaydı yapılır.*" şeklinde belirtilmektedir.

Hekime şiddet uygulayan hastanın, cezai sorumluluğu da gündeme gelecektir. Hekime uygulanan şiddete ilişkin tanım dikkate alındığında, hastanın davranışları, öldürme[146], yaralama, cinsel saldırı veya

144 Ziynet Özçelik/Semra Demir, "Hekime Yönelen Şiddette Hukuki Çalışmalar", çevrimiçi, https://www.ttb.org.tr/siddet/index.php?option=com_content&view=article&id=107:mevzuat&catid=27:mevzuat&Itemid=128, s. 1-12, s. 4-5. (E. T. 16.03.2017)

145 Özçelik/Demir, s. 6.

146 Hizmetten çekilme hakkı kullanılabildiğine göre bir an kasten öldürme suçunun işlenemeyeceği söylenebilirse de, hekimin çekilme hakkını kullandıktan sonra hastanın şiddet olayı ile illiyet bağı içerisinde ölmesi halinde kasten öldürme suçundan söz edilecektir.

tehdit suçlarına vücut verebilecektir. Kamu görevlisine karşı öldürme suçunun işlenmesi, suçun nitelikli hali; yaralama suçunun işlenmesi ise cezanın arttırılması nedenlerindendir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 12. maddesinin 2. fıkrasında, özel sektörde çalışan hekimlerin de Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi sayılacağına hükmedildiğinden[147] gerek kamu kurum ve kuruluşlarında gerekse özel sektörde çalışan hekimlerin tamamına bu korumadan yararlanır.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin[148] 54. maddesine göre; "*Bakanlık ve bağlı kuruluşlarında; sağlık hizmeti sunumu sırasında veya bu görevlerden dolayı personele karşı işlenen suçlar sebebiyle ceza hukuku kapsamında yürütülen işlemler ve davalarda personelin talebi üzerine Bakanlık ve bağlı kuruluşlarınca hukukî yardım yapılır*". Hüküm irdelendiğinde Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına[149] getirilen hekimlere hukuki yardım yapma yükümlülüğü, yalnızca ceza davaları ile sınırlıdır. Dolayısıyla hekimler tarafından açılan hukuk davalarında, Bakanlığın ve bağlı kuruluşların yardım etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. İlgili hükme dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin[150] 1. maddesinde hukuki yardımın yalnızca ceza davaları açısından geçerli olduğu tekrarlanmış, bununla birlikte hekimlerin kanuni mirasçılarının da talepte bulunmaları halinde bu imkândan yararlanabilecekleri kararlaştırılmıştır. Dikkat edilirse atanmış mirasçıların bu haktan yararlanması mümkün değildir. Yönetmeliğin 6. maddesine göre bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda kurum avukatları, ayrıca vekâletname ibrazı gerekmeksizin ilgili personelin veya kanuni mirasçılarının vekili sıfatıyla işlem yapmaya yetkilidir. Böylelikle hekimler veya kanuni mirasçıları noterden vekâlet çıkarmanın getireceği vakit ve para kaybından da kurtarılmaktadır.

147 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 106.

148 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG, T. 02.11.2011, S. 28103).

149 Bakanlığın bağlı kuruluşları, Yönetmeliğin 4. maddesinin (a) bendine göre; "Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu, Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ve Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunu" ifade etmektedir.

150 Sağlık Bakanlığı Tarafından Sağlık Personeline Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Yapılacak Hukuki Yardımın Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, (RG, T. 28.04.2012, S. 28277).

Hastanın hukuki sorumluluğu ise hekimin kişiliğine yönelik tecavüzün sonuçlarının giderilmesine yöneliktir. Bu kapsamda hekim; durdurma, önleme, hukuka aykırılığın tespiti, maddi tazminat ve manevi tazminat davalarını açabilir.[151] Bununla birlikte saldırının sonlanması halinde durdurma davasının, saldırının tekrarlanması tehlikesinin ciddi olmadığı durumlarda ise önleme davasının açılmasına gerek yoktur.[152] Maddi tazminatın kapsamını Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi gereğince, şiddet olayları sonucu hekimin gördüğü tedavinin giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar oluşturur. Hekimin ölmesi halinde ise cenaze giderleri ile destekten yoksun kalma tazminatının karşılanmasına çalışılır. Manevi tazminat talebinde ise hekimin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin yarattığı elem, üzüntü ve ıstırap giderilmeye çalışılır. Ayrıca ağır bedensel zarar ve ölüm hallerinde, hekimin yakınları da manevi tazminat talebinde bulunabilir.[153]

Son olarak, şiddet olaylarına maruz kalan hekim, kendini savunmaya çalışırken hastanın hukuki varlığını ihlal edebilir. Hekimin saldırı henüz bitmeden önce saldırıyı başka türlü defetmesi mümkün değilse bu savunması haklı (meşru) savunma sayılır.[154] Bu durumda hastaya yönelik karşı saldırı şekline bürünen savunma hakkı, orantılı olduğu müddetçe hekimin ne hukuki ne de cezai sorumluluğuna yol açar.[155] Öte yandan diğer hekimler de saldırıya uğrayan hekimi koruyucu önlemler almakla yükümlü tutulmaktadır. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 38. maddesinin 2. fıkrası gereğince "*Tabip ve diş tabibi, herhangi bir şahsın haysiyet kırıcı hücumlarına karşı meslektaşlarını*" korumakla mükelleftir. Bu korumanın da kimi durumlarda hastanın hukuki varlığını ihlal etmesi mümkündür. Ancak bu husus, kanunun verdiği yetkinin kullanılması niteliği taşıdığından, bir hukuka uygunluk sebebidir. Dolayısıyla diğer hekimlerin hukuki ve cezai

151 Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2015, s. 152.
152 Dural/Öğüz, s. 152-154.
153 Maddi ve manevi tazminat hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 724 vd.
154 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 109; Eren, s. 606.
155 Eren, s. 608; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 109.

sorumluluğuna yol açmaz. Bununla birlikte diğer hekimler, kusurlu olarak yetkilerini aşmaları durumunda hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşacaklardır.[156]

SONUÇ

Hekimlik mesleğinin sosyal karşılığı, hekimin bir birey olarak sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin yok sayılmasını gerektirmez. Buna karşılık hekimlere mutlak bir hasta seçme hakkı verilmesi, toplumsal mahva yol açar. Dolayısıyla önemli olan, mesleğin sosyal değerleri ile hekimin hakları arasında hassas bir dengenin kurulmasıdır. Bu açıdan hekimin hizmetten çekilmesinin mümkün olduğunun, ancak bu hakkın, hastanın sahip olduğu hekim seçme özgürlüğü ile karşılaştırıldığında oldukça sınırlı bir alanda varlığını sürdürdüğünün kabul edilmesi gerekir.

Hukukumuzda hekime hizmetten çekilme hakkı veren sebepler; mesleki nedenler, şahsi nedenler, konsültasyona dayanan nedenler ve şiddet olaylarına dayanan nedenler olmak üzere dört tanedir.

Mesleki nedenlere dayanan hizmetten çekilmelerde, hekim hastaya tedavi uygulama noktasında gerek bilgi ve deneyim gerekse tıbbi teçhizat bakımından eksiklik yaşamakta; hastaya tedavi uygulaması hastanın aleyhine sonuç doğurma ihtimali taşımaktadır. Ayrıca hekimin tedavi seçme özgürlüğü bağlamında hastanın istediği bir tedaviyi uygulamak zorunda bırakılması da mümkün değildir. Şahsi nedenlere dayanan hizmetten çekilmelerde, mesleki dezavantaja sahip olmayan hekim, iç (his) dünyasında yaşattığı nedenler dolayısıyla hastaya standart tıp tedavisi uygulayamayacak durumdadır. Buradaki nedenler hekimin mesleği açısından taşıması gereken objektifliği kaybetmesine yol açmaktadır. Bu kapsamda hekimin kendisine karşı ağır bir suç işlemiş ya da tam aksine çok sevdiği bir kimseye oldukça riskli bir ameliyatı uygulamaktan veya kendisi ve toplum için zarar doğurma ihtimali ola bulaşıcı hastalıklardan yahut vicdani kanaatlerine aykırı tedavileri yapmaktan kaçınabilmektedir.

156 Eren, s. 602.

Acil yardım, resmi görevin ifası ve insani vazifenin ifası hallerinde, hekimin sahip olduğu mesleki ve şahsi nedenler ne kadar önemli olursa olsun, hekim hizmetten çekilme hakkını kullanamaz. Zira bu nedenler hekimin hizmetten çekilmesini engeller. Acil yardım durumunda hekimin öncelikle hastayı ön muayene tabi tutması, sonra durumunu stabilize etmesi ya da stabilize etmesi mümkün değilse ileri bir sağlık kurumuna uygun bir şekilde sevk etmesi gerekir. Bu gereklilikler yerine getirildikten sonra hekim, hizmetten çekilme hakkını kullanabilir. Resmi görevin ifası, genel olarak kamu görevlisi olmak şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak resmi görevin ifasının bu şekilde anlaşılması, kamu görevlisi hekimin şiddet olayları da dâhil olmak üzere hiçbir durumda hizmetten çekilme hakkını kullanamaması sonucunu doğurur. Kanaatimizce bu ifadenin kamu görevlisi hekimin bu görevinden ayrıca ve bir resmi karar ile görevlendirildiği durumları içerdiği kabul edilmelidir. İnsani vazifenin ifası ile kastedilen, hekimin kanuni veya sözleşmesel bir yükümlülüğünün bulunmadığı hallerde dahi tıbbi girişim gereken bir durumla karşılaştığında tedavi uygulaması gerekliliğidir. Buna göre, başkalarının bu bakımı sağlamaya istekli ve yeterli olduğundan emin olmadıkça hekim, acil bakımı bir insanlık görevi olarak sunmakla yükümlüdür.

Bu engellerin bulunmadığı durumlarda ise hekimin, hizmetten çekilme hakkını kullanırken belli bir usule uygun davranması gerekir. İlk olarak, hastanın ihtiyaç duyduğu tedaviyi uygulayabilecek uzmanlıkta ve erişilebilir ikinci bir hekim bulunmalıdır. Erişilebilir olmaktan maksat, hastanın diğer hekime ulaşmasının çok zahmetli olmamasıdır. Erişilebilir olup olmadığı belirlenirken hastanın sağlık durumu, sağlık kuruluşları arasındaki mesafe, sahip olunan nakil vasıtaları, coğrafi koşullar, iklim koşulları gibi pek çok husus dikkate alınır. İkinci olarak hekimin hastayı ve tedaviyi üstlenecek hekimi bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi şarttır. Bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilirken hastaya durumu, tıbbi ihtiyaçları ve tedavinin gelecek aşamaları hakkında bilgi verilmesi ve tedaviye ilişkin müşahede notlarının diğer hekime iletilmesi gerekmektedir.

Konsültasyona dayanan çekilme hakkı iki türlüdür. İlkinde hekimin konsültasyon isteği hasta tarafından reddedildiğinde hekim hizmetten çekilme hakkını kullanabilir. Ancak hekimin bu hakkı kullanabilmesi için konsültasyon isteğinin bir pozitif defansif tıp uy-

gulaması şeklinde belirmemesi, gerçekten de hekimde konsültasyona ihtiyaç duyulduğuna ilişkin inanç oluşması önemlidir. İkincisinde ise konsültasyon sonucunda hastanın konsültan hekimin tedavi önerisini tercih etmesi ihtimalinde müdavi hekime tedavi seçme ve uygulama özgürlüğü kapsamında çekilme hakkı tanınmaktadır.

Şiddet olaylarına dayanan çekilme hakkı, hasta-hekim ilişkisinde oldukça yaygın olan şiddet olaylarına karşı hekimin sağlığını ve maddi ve manevi varlığını koruma amacına hizmet etmektedir. Ancak hekimin bu hakkı, diğer hizmetten çekilme hallerinden farklı olarak tek başına kullanması mümkün değildir. Hekimin başvurusu üzerine, sağlık kuruluşunun yöneticisi, hizmetten çekilmenin uygun olup olmadığına karar verecektir. Hizmetten çekilmeye karar verdiğinde ise hastanın sağlık tedbirleri ile güvenlik tedbirlerini alacaktır.

Hizmetten çekilmenin sonuçları, hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmamasına göre değişir. Hukuka uygun şiddet olaylarına dayanan hizmetten çekilmelerde, hastanın hukuki, cezai ve idari sorumluluğu doğabilirken; hukuka aykırı hizmetten çekilmelerde hekimin hukuki, cezai ve idari sorumluluğu yanında idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Kaynakça

Annagür Bilge, "Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet: Risk Faktörleri, Etkileri, Değerlendirilmesi ve Önlenmesi", Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, 2010, 2 (2), s. 161-173.

Arda Berna, "Etik Açıdan Hekim Hakları", *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, C. 51, S. 3, 1998, s. 121-124.

Arras John D., "The Fragile Web of Responsibility: AIDS and the Duty to Treat", Hasting Center Report, April/May 1988, s. 10-20.

Aykın Aykut Cemil/Çınarlı Serkan, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2016.

Baggish David, "The Ethics Consultation", *Quinnipiac Probate Law Journal*, 2009, Vol. 23, No. 1, s. 432-437.

Boumil Marcia Mobilia/Hattis Paul A., Medical Liability in a Nutshell, Third Edition, U.S.A 2011.

Civaner Murat, "Hekimin Bulaşıcı Hastalık Taşıyan Hastaya Sağlık Hizmeti Sunma Ödevi: Nereye Kadar?", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 2007, 15, s. 166-175. (Bulaşıcı Hastalık)

Civaner Murat, "Vicdani Retçi Hekimlere Diploma Verilmeyecek", çevrimiçi, http://bianet.org/bianet/saglik/156508-vicdani-retci-hekimlere-diploma-verilmeyecek?bia_source=rss, (E.T. 17.03.2017). (Vicdani Ret)

Clarke Steve, "Conscientious Objectionin Healthcare, Referral and the Military Analogy", *Journal Med. Ethics,* 2016, s. 1-4.

Cook Deborah J./Liutkus, Joanne F./Risdon, Catherine L. ve diğerleri, "Residents' Experiences of Abuse, Discrimination and Sexual Harassment During Residency Training", *Canada Medical Association Journal,* 1996, 154 (11), s. 1657-1665.

Demir Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", *AÜHF Dergisi,* Yıl 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252

Doğanoğlu Senem/Koru Elif/Yavuz Barış/Ertan Mehmet, "Göz Yaşartıcı Kimyasallar ve Zor Kullanımda Hukuksal Yaklaşım ve Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", içinde Göz Yaşartıcı Kimyasallar ve Toplumsal Olaylarda Zor Kullanım Araçlarının Neden Olduğu Sağlık Sorunlarında Tıbbi Destek ve Belgeleme (Hekimlere Yönelik Rehber Kitap), Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 2015, s. 97-141.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku,16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.

Emanuel Ezekiel J., "Do Physicians Have an Obligation to Treat Patients with AIDS?", *The New England Journal of Medicine*, 1988, 318, s. 1686-1890.

Erdoğmuş Ersoy, Hekim Hakları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Ersoy Nermin, "AIDS ve Doktorun Tedavi Etme Ödevi", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 1994, 2(1), s. 22-25.

Field Denise H./Margiotta Colleen M., "To Treat or Not to Treat: A Hospital's Duty to Provide Emergency Care", *University of California, Davis Journal*, 1982, Vol. 15, s. 1047-1066.

Godfrey Cyrus Vincent, "Emergency Care: Physicians Should be Placed Under an Affirmative Duty to Render Essential Medical Care in Emergency Circumstances", *University of California, Davis Journal*, 1974, Vol. 7, s. 246-268.

Gramelspacher Gregory P./ Siegler Mark, "Do Physicians Have a Professional Responsibility to Care For Patients with HIV Disease?", Issues in Law & Medicine, 1988, Vol. 4, No. 3, s. 383-393.

Gürpınar S. Serhat/ Biçer Ümit, "Hekimlerin Etik Sorumluluğu", içinde Göz Yaşartıcı Kimyasallar ve Toplumsal Olaylarda Zor Kullanım Araçlarının Neden Olduğu Sağlık Sorunlarında Tıbbi Destek ve Belgeleme (Hekimlere Yönelik Rehber Kitap), Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 2015, s. 76-96.

Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, 10. Bası, Ankara 2015. (Tıp Hukuku)

Hakeri, Hakan, "Bir Hekim Günde Kaç Hastaya Bakmak Zorundadır?", çevrimiçi, http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-bir-hekim-gunde-kac-hastaya-bakmak-zorundadir-72-64-1373.html, (E.T. 12.03.2017). (Bir Hekim)

Hıdıroğlu Seyhan/Önsüz Muhammed Fatih/Topuzoğlu Ahmet/Karavuş Melda, "Knowledge and Attitudes of Healthcare Workers in Umraniye, Turkey Regarding Crimean-Congo Haermorhagic Fever", *Erciyes Med. Journal*, 2012, 34 (2), s. 73-78.

Hood Virginia L., "Can a Physician Refuse to Help a Patient? American Perspective", Polskie Archiwum Medycyny Wewnetrznej, 2008, 118 (6), s. 368-371.

Kalemoğlu Murat, "Acil Serviste Hekim Sorumluluğu", *Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi*, 2005, 25, s. 824-828.

Kuçuradi İoanna, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Ankara 2007.

Kure Josef, "Conscientious Objection in Health Care", Ethics & Bioethics (in Central Europe), 2016, 6 (3-4), s. 173-180.

Lewis Charles E./Montgommery Kathleen, "Primary Care Physicians' Refusal to Care for Patients Infected with the Human Immunodeficiency Virus", West J Med, 1992 Jan, 156(1), s. 36-38.

Lo Bernard, Resolving Ethical Dilemmas, 5th Edition, Philadelphia 2013.

McHugh James P., "Emergency Medical Care For Indigents: All Hospitals Must Provide Stabilizing Treatment or Pay the Price", *West Virginia Law Review*, 1990, Vol. 93 s. 165-196.

Meaney Joseph/Casini Marina/Spagnolo Antonio G., "Objective Reasons for Conscientious Objection in Health Care", The National Catholic Bioethics Quarterly, Winter 2012, s. 611-620.

Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.

Öner Yalçın Sibel, Hemşirelerin ve Hekimlerin Tıbbi Eylemlerinde Vicdanın Rolü: Bir Tutum Araştırması ile Birlikte, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Adana 2016.

Özçelik Ziynet/Demir Semra, "Hekime Yönelen Şiddette Hukuki Çalışmalar", çevrimiçi, https://www.ttb.org.tr/siddet/index.php?option=com_content&view=article&id=107:mevzuat&catid=27:mevzuat&Itemid=128, s. 1-12. (E. T. 16.03.2017)

Öztürk Türkmen Hafize; "Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar", *Toraks Cerrahisi Bülteni*, Mar 2014, Vol. 5, Is. 1, s. 1-13.

Pellegrino Edmund D., "Patient and Physician Autonomy: Conflicting Rights and Obligations in the Physician-Patient Relationship", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 1994, Vol. 10:47, s. 47-68.

Savulescu Julian, "Conscientious Objection in Medicine", *British Medical Journal*, 2006, 332 (7536), s. 294-297.

Schwartz Ariel R., "Doubtful Duty: Physicians' Legal Obligation to Treat during an Epidemic", *Stanford Law Review*, November 2007, Vol. 60, No. 2, s. 657-694.

Stanton Collet Teresa, "Protecting the Healthcare Provider's Right of Conscience", çevrimiçi, https://cbhd.org/content/protecting-health-care-providers-right-conscience, (E.T. 06.03.2017).

Surlin Ashley, "Calif. Court Puts Gays' Care Over Doctors' Faith", çevrimiçi, http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/08/18/AR2008081802080.html, (E.T. 10.03.2017).

Şahinoğlu Pelin Serap, "Tıp Evrimi Açısından ve Psikiyatri Özelinde Konsültasyon Kurumu", Klinik Psikiyatri, 2000, 3, s. 117-125.

Tambağ Ayşe Gökşin, Hekim Hak ve Yükümlülükleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2015.

Tan Siang Yong, Medical Malpractise: Understanding the Law, Managing the Risk, Singapore 2006.

Tuğcu Harun, "Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu", *Klinik Gelişim Dergisi*, 2009, C. 22, Adli Tıp Özel Sayısı, s. 85-88.

Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.

Türe Oğuzhan, "Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 127, Mart 2017, s. 32-41.

WHO, World Report on Violence and Health Summary, Geneva 2002.

Yılmaz Kerem, Defansif Tıp, Ankara, 2014.

Zweig, Stefan; Amok Koşucusu, 7. Bası, (çev. İlknur Özdemir)

İnternet Kaynakları:

http://hudoc.echr.coe.int

http://law.justia.com

http://www.leagle.com

https://en.wikipedia.org

https://www.casp.net

https://www.nationalcenter.org

6701 SAYILI TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU SONRASINDA BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA KIDEM TAZMİNATI MESELESİNE BİR BAKIŞ

A REVIEW OF SEVERANCE PAY IN INDIVIDUAL LABOUR LAW AFTER ENACTMENT OF LAW NO. 6701 ON TURKEY HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION

İbrahim ERTUĞRUL*

Özet: 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 20 Nisan 2016 tarihinde 29690 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 6701 sayılı Kanun, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun teşkilat yapısını ve işleyiş kaidelerini belirtmekle kalmayıp ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi bakımından birtakım düzenlemeler ihdas etmektedir. Bu kanun ile Türkiye'nin uluslararası hukuk nezdinde tanımlanan yükümlülüklerini yerine getirmesi, bu sayede eşit olmayan muamelenin ve ayrımcılığın önlenmesi ve Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıyla belirtilen Paris Prensipleri'ne uygun olacak bir İnsan Hakları Kurumunun kurulması hedeflenmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler düşünüldüğünde 6701 sayılı Kanun'un *ratione materiae*'si oldukça geniş tutulmuştur.

Eski İş Kanununun cari olan 14. maddesi kıdem tazminatının hükümlerini düzenlemektedir. İlgili hüküm uyarınca kıdem tazminatı alabilecek kişiler yalnızca İş Kanuna tabi olarak çalışan işçilerken, Borçlar Kanunu'na tabi bir hizmet akdiyle istihdam edilen işçiler ve bir yılla mahdut belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilen işçiler kıdem tazminatına hak kazanamamaktadırlar. Bunun yanında kıdem tazminatının düzenlendiği hükme göre kadının evlenme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusuyla iş sözleşmesini sonlandırması kıdem tazminatına hak kazandırmaktadır. Çalışmamızın hedefi tüm bu farklı muamelelerin Anayasanın eşitlik ilkesine ve Türkiye'nin uluslararası hukuk yükümlülüklerine aykırı olup olmadığının sorgulanmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Kıdem Tazminatı, TİHEK, İş Kanunu kapsamı, İş Kanunu İstisnası, Ayrımcılık

Abstract: Law No. 6701 on Turkey Human Rights and Equality Institution was published on the Official Gazette No. 29690 on 20 April 2016 and entered into force. Law No. 6701 not only specifies

* Stajyer Avukat (İstanbul Barosu), İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, mibrahimertugrul@gmail.com

the organizational structure and operating bases of the Turkey Human Rights and Equality Institution, but also introduces a number of regulations in respect of the principle of non-discrimination and equality. This law aims to fulfil the obligations of Turkey with regard to international law, to prevent unequal treatment and discrimination, and to establish a Human Rights Institution that will comply with the Paris Principles specified by the United Nations General Assembly. The *ratione materiae* of Law No. 6701 has been widely considered when the international conventions that Turkey is a party to are conceived.

The current Article 14 of the old Labor Law regulates the provisions of severance pay. In accordance with the relevant provisions, only those who are eligible to receive severance indemnity are employees who are subject to the Labor Law. Those who are employed under a service contract subject to the Law of Obligations, and those who are employed for a limited period of time with limited employment contracts are not eligible to receive severance pay. In addition to this, according to the provision regulating the severance pay, terminating the employment contract for one's own desire within one year from the marriage date of the woman entitles the severance pay. The aim of our work is to question whether these different treatments are contrary to the equality principle of the Constitution and Turkey's international legal obligations or not.

Keywords: Severance Pay, TIHEK, Labor Law Content, Labor Law Exceptions, Discrimination

I. GİRİŞ

6701 sayılı TİHEK Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra, sonraki kanun (*lex posterior)* olarak 6701 sayılı Yasa, getirmiş olduğu düzenlemelerle aynı düzenlemeleri ihtiva eden önceki kanunları (*legi priori)* ilga edecek mi meselesi bir sorun olarak kendini göstermektedir.[1] 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120nci maddesiyle 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi yürürlükte bırakılmıştır. Eski İş Kanunu'nun yürürlükte olan 14. maddesine göre kıdem tazminatına hak kazanabilmek için ilk şart olarak İş Kanunu'na göre istihdam edilen bir işçi olmak gerekecektir. Bu anlamda İş Kanunu'na göre istihdam edilmeyen, Borçlar Kanunu hükümlerince hizmet akdiyle çalışan birisinin hizmet

[1] Kemal Gözler, ''Yorum İlkeleri'', Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.9.2012, s.66

sözleşmesinin son bulmasıyla işverenine karşı kıdem tazminatı ileri sürmesi mümkün olmayacaktır.[2]

6701 sayılı Yasa'nın istihdam ilişkilerinde ayrımcılık yasağını düzenleyen altıncı maddesi mevcut iş yasasının beşinci maddesinde yer alan işverenin eşit davranma yükümlülüğünden farklı olarak istihdam sürecinin sonrasını da kapsamaktadır. Kıdem tazminatı feshe bağlı bir hak olduğundan, bu ödemeye hak kazanıldığının gündeme gelmesi ancak iş ilişkisinin sona ermesiyle mümkündür. TİHEK'in 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi işle ilgili hiçbir süreçte ayrımcılık yapılamayacağını öngörmektedir. Aynı maddenin son fıkrası ise ''22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır'' demektedir. Borçlar Kanunu'nda yer alan *hizmet sözleşmesi* ile İş Kanunu'nda düzenlenen *iş sözleşmesi* hukuki sonuçları bakımından farklı mahiyetlere sahip olsalar da her iki sözleşme de konuları ve unsurları bakımından iş görme edimini ihtiva ederler. TİHEK kanunu gerekçesinin de göz önüne alındığı takdirde, kanun koyucu tarafından amaçlı bir düzenlemeye gidildiği düşünülebilecektir.

İş Kanunu'na tabi olmayanların kıdem tazminatı hakkından yararlanmıyor oluşu Borçlar Kanuna göre istihdam edilen işçiler açısından farklı bir muamele teşkil etmektedir. Bu muamelenin eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uygunluğunun tartışılarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen kanun kapsamının ve istisnalarının bu bağlamda akli ve nesnel bir gerekçeye sahip olup olmadığının sorgulanması yapılacaktır. Aksi takdirde kanun koyucunun istisna kapsamında olan kişiler bakımından doğrudan ayrımcılık yaptığı düşünülecek ve bunun anayasanın eşitlik prensibine ve Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılığı savunulacaktır. Bununla birlikte söz konusu 14. maddenin ''bu kanuna tabi işçiler'' ifadesi de aynı derecede bir tetkike ihtiyaç duyacaktır.

Mülga İş Kanunu'nun cari 14. maddesi kıdem tazminatının şartları arasında İş Kanununa tabi olmayı öngörse de kıdem tazminatına hak kazanmanın bir diğer şartı da aynı maddenin ikinci fıkrasından anlaşıldığı üzere en az bir yıllık iş ilişkisine sahip olmak şartıdır. Bu

[2] Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yay, İstanbul 2016, s. 492

şart *nispi emredici* bir hüküm olup sözleşmelerde işçi lehine yapılacak düzenlemelerle daha az kıdem süresi öngörülebilir. Pazarlık gücüne sahip olmayan işçiler açısından kanunun mevcut hali bir dezavantaj teşkil etmektedir. Bu şartın da objektif nedenlerden dolayı, sürekli birer yıllık sözleşmelerle çalıştırılan işçiler bakımından bir farklı muamele taşıması söz konusudur. Zira belirli süreli iş sözleşmesi kendiliğinden son bulacağından, feshe bağlı bir hak olan kıdem tazminatı kötü niyetli olmadan sürekli birer yıllık sözleşmelerle çalıştırılan kişiler bakımından kıdem tazminatı alacağı ileri sürememesine neden olacaktır.

Bunlarla birlikte kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile iş ilişkisini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatı alacağına hak kazanması onun lehine bir düzenleme gibi gözükse de, bu hüküm evlenen kadınların çoğunlukla istihdam piyasasından ayrılmasını teşvik etmektedir. Şüphesiz ki, 6701 sayılı TİHEK Yasası her kapıyı açan bir kilit değildir. Ancak sonraki kanun olma vasfından ve ihdas etmiş olduğu düzenlemeler bakımından iş ilişkisinin bütününe oldukça sirayet eder gözükmektedir. Türkiye'nin tarafı olduğu 158 numaralı ILO Sözleşmesini de göz önünde bulundurarak farklı muameleye tabi tutulan statülerin tespitiyle bu statülerin ayrımcılığa maruz kalıp kalmadığını inceleyeceğiz.

II. KIDEM TAZMİNATININ TANIMI VE HUKUKİ BOYUTU

1982 tarihinde kabul edilen ILO'nun 158 numaralı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi'nin 12. maddesi hizmet ilişkisi sonlandırılan işçinin kıdem tazminatıyla *(severance pay)* ya da farklı gelir güvenceleriyle korunması gerektiğini öngörmüştür.[3] Bunun yanında Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesi uyarınca taraf devletler, iş akitleri sonlandırılan işçilerin yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlardan yararlandırılmasını taahhüt etmişlerdir.[4] Aslına bakılırsa kıdem tazminatı hukuk sistemimize ilk olarak 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı İş Kanunu ile girmiştir.[5] Kıdem tazminatı çeşitli

---

3 Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme, T.C. Resmî Gazete, 22079, 12 Ekim 1994.

4 Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, T.C. Resmî Gazete, 26488, 09 Nisan 2007.

5 Ali Güzel, "3008 sayılı İş Yasası'nın Önemi ve Başlıca Hükümleri." *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* İstanbul 1986, S.35-36

şartlara ve düzenlemelere tabii tutularak en son şeklini mülga 1475 sayılı Yasa'nın yürürlükteki 14. maddesi ile almıştır.

Çalışmamızın başlığı her ne kadar kıdem tazminatı olsa da, iş ilişkisinin belirli şartlar doğrultusunda son bulmasından sonra işçiye işverence yapılan bu ödemenin hukuki niteliği tartışma arz eder.[6] Yargıtay kararında kıdem tazminatı, işverene ait işyerinde çalışmış işçinin, *işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması*, *yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler* ve işyerinde sağladığı katkı göz önünde alınarak, *geçmiş hizmetlerine karşılık* işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dâhilinde verilen toplu para olarak tanımlamıştır.[7] Üretim faktörlerini düşündüğümüzde kapitalist tarafından getirilen sabit sermaye amortismana tabiyken, işçi tarafından sunulan emek girdisinin yıpranmayacağı düşünülemez. Kıdem tazminatının işçinin iş ilişkisi sırasında görmüş olduğu hizmete karşılık bir hakkaniyet ödemesi olduğu görüşleri yanında[8], bu ödemenin işsiz kalan işçiye, yaşayacağı gelir kaybını telafi etmek amacı taşıdığı görüşlerine de rastlamak mümkündür.[9] Ayrıca, Türk Yargıtay'ı da kıdem tazminatının işçi lehinde, kanunla korunmuş bir menfaat olduğu görüşündedir.[10]

Kıdem tazminatının *rationale economic (iktisadi gerekçesini)* boyutunu düşündüğümüzde temel üç varsayımla karşılaşırız. Bu varsayımlardan ilki kıdem tazminatının iptidai bir sosyal yardım olduğu; bu itibar ile de işsizlik ve emeklilik karşısında işçiye gelir güvencesi sağladığıdır. İkincisi ise, kıdem tazminatı insan kaynağı araçlarının etkinliğini artıran ve işçi işveren arasında kalıcı bağların kurulmasını sağlayan bir güdüleyici *(incentive)* olduğu varsayımıdır. Bu sayede işçi, kıdemi için uzun yıllar işverene hizmet eder; işveren ise işlem maliyet-

---

6 Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yay. İstanbul 2014, s. 737

7 Yarg. 9. HD. E. 2009/31730 K.2012/141 T. 16.01.2012, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2013, C. 87, S. 4, s. 360

8 Benjamin Werne, Administration of the Labor Contract (1963), Chapter 13 Severance Pay (heinonline veritabanı)

9 Eurofound, Statutory Regulations On Severance Pay In Europe Information Sheet, 2 Feb 15.

10 ''.....Zira kıdem tazminatı işçinin işyerindeki yıpranmasının, geçmiş hizmetlerinin karşılığıdır ve bir menfaat olduğu açıktır. Kıdem tazminatının gerçekleşme koşulları ve miktarı doğrudan kanunla belirlenmiştir. Bu menfaat hukuk düzeni tarafından korunmaya alınmıştır.'' (9. HD E. 2012/24726 K. 2014/23868 T. 9.7.14-Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/4)

lerinden[11] kaçınmak için işten çıkarmaları kolay kolay düşünmez. Son varsayım ise kıdem tazminatının bu şekillerde gelir güvencesi ve işçi işveren arasındaki ekonomik rasyonaliteyi sağlayarak tarih içerisinde bir iş güvencesi vazifesi gördüğüdür*.[12]

Kıdem tazminatının tüm bu amaçlarını gözeterek, onun kanundan doğan *sui generis* bir düzenleme olduğu fikrine katılmaktayız.[13] Kıdem Tazminatı bütün boyutlarıyla mülga 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükteki 14. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre kıdem tazminatı kazanabilmek için şu şartları haiz bulunmak gerekir: öncelikle iş kanuna tabi olmak (14. maddedeki ''bu kanun'' tabirinden 4857 sayılı yasa anlaşılır), **en az bir yıl süreyle iş ilişkisinin sürmüş olması**, işverence iş sözleşmesinin İş Kanunu 25/II feshi dışında bir hal, işçi tarafından İş Kanunu 24. madde uyarınca fesih, muvazzaf askerlik nedeniyle fesih, yaşlılık aylığı ve toptan ödeme almak amacıyla fesih, **kadın işçinin evlenme nedeniyle bir yıl içerinde feshi**, işçinin ölümü.[14]

a) İş Kanununa Tabi Olmak

4857 sayılı İş Kanununun kapsamı ve istisnaları kanunun 4. maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanununun kapsamında olmayan istihdam alanları ve bunların istisnaları T.1 de görüldüğü gibidir.

---

11 İşlem maliyetinden kastımız işverenin işçiyi haklı neden olmadan işten çıkarması halinde ödemek zorunda kalacağı, işçinin de haklı neden olmadan iş akdini feshetmesi halinde mahrum kalacağı kıdem tazminatıdır. İktisat teorisi bakımından her iki işlem de birer maliyet olarak görülebilir ve oyuncuyu daha az maliyetli olan yola girmeye sevk eder. İşlem Maliyetleri (Transaction Costs) kavramı için bkn. Bruce E. Kaufman, ''Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective'', Georgia State University 2011 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1889342

* Türk İş Hukuku'nda iş güvencesi, iş akdinin feshinin ultima ratio olduğu kabulüne dayanır. Burada bahsedilen iş güvencesi ise kıdem tazminatının iş ilişkisinin taraflarını bu ilişkiyi sürdürmeye sevk ettiği düşüncesidir. Bu anlamda hukuki terminoloji ile karıştırılmamalıdır.

12 Robert Holzman-Yann Pouget-Milan Vodopivec-Michael Weber,''Severance Pay Programs around the World: History, Rationale, Status and Reforms, Institute for the study of Labor, Discussion Paper No. 5731'', May 2011

13 Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, a.g.e, s. 492; Süzek, a.g.e., s. 738

14 Çalışmamıza çizdiğimiz sınır gereği yalnızca İş Kanuna tabi olmak, 1 yıllık kıdem şartı ve evlenen kadının bir yıl içerisinde gerçekleştirdiği fesih şartlarını irdeleyeceğiz.

Tablo 1: 4857 Sayılı Kanun Kapsamında Olanlar ve Olmayanlar

Kapsamda Olmayanlar (mad.4/1)	Kapsamda Olanlar (mad.4/2)
• Deniz ve hava taşıma işleri, • 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ve işletmelerinde, • Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri, • Bir ailenin üyeleri ve 3üncü dereceye kadar (3üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, • Ev hizmetlerinde, • Çıraklar hakkında • Sporcular hakkında, • Rehabilite edilenler hakkında • 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde	• Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri, • Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler, • Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler, • Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri, • Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri, • Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler

İş Kanunu'nun kapsamını değerlendirdiğimizde deniz işlerine özgü 854 sayılı Deniz İş Kanunun olduğunu görürüz. Ancak hukukumuzda tarım ya da hava işlerine özgü bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılan kategorilerin kanun muhteviyatı cihetiyle Avrupa Birliği'nin 2015 İlerleme Raporunda ve daha önceki senelere ait raporlarında eleştiri konusu olmuştur.[15] AB'nin 2013 yılı ilerleme raporunda bilhassa kıdem tazminatı meselesi vurgulanmış; işgücünün çoğunluğunun istihdam edildiği küçük işletmelerde kıdem tazminatın ödenmemesinin önemli bir sorun teşkil

[15] Raporların Türkçe metinleri için bkn. http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224 İş Kanunu kapsamında kalan kategorilerin eleştirildiği Raporlar: 2015, s. 54; 2014, s. 39

ettiği belirtilmiştir.[16] Açıkçası İş Kanunumuzun kapsamı 2004 yılından bu yana bütün ilerleme raporlarında tenkit edilmektedir. Bu konuda iş hukukçusu Sarper Süzek de, İş Kanunu dördüncü madde kapsamının dışında bırakılan kategorilerin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün gözlem raporlarının ve Avrupa Birliği ilerleme raporlarının göz önünde bulundurularak İş Kanununun kapsamına alınması gerektiğini belirtir.[17]

Türkiye, 1982 tarihli 158 numaralı ILO Sözleşmesi'ne tam olarak 1995 yılında taraf olmuştur.[18] ILO'nun gözlem raporlarında bu konu bir hayli sıklıkla eleştiri konusu olmaktadır. 158 numaralı Hizmet Akitlerinin Sonlandırılması Hakkında Sözleşme'nin ikinci maddesinde bu sözleşmenin tüm ekonomik faaliyetlere ve bütün hizmet sözleşmelerine uygulanacağı belirtilmiştir. Örneğin ILO, 158 numaralı ILO Sözleşmesi'ne ilişkin 2010 yılına ait gözlem raporunda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun tarım ve orman işlerine uygulanmamasının, bunun yanında hava ve denizcilik işlerinin de bu kanun kapsamında bulunmamasının ekonominin büyük bir alanına 4857 sayılı Yasa'nın etki edemediğini; ancak 158 numaralı ILO Sözleşmesi'ninse ekonominin bütün alanını kapsadığını belirtmiştir. Gerçi İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan kategorilerin de toplu pazarlıklar ve çeşitli vasıtalarla koruma kapsamına alınabileceğini belirten Komite, 4ncü madde uyarınca dışta kalan kategorilerin de ne tür yollarla korunduğunun devlet tarafından belirtilmesi gerektiğini vurgulamıştır.[19] İş Kanunu'nun 4/1-(a) hükmüne göre 51'den az çalışanı olan tarım ve orman işyerlerinde ve işletmelerinde İş Kanunu uygulanmayacaktır. Her ne kadar İş Kanunu madde 10 hükmünce otuz günden fazla süren işler sürekli iş olsa da, 51 işçi çalıştırmayan tarım işyerlerinde ve işletmelerinde mevsimlik tarım işçilerinin İş Kanunu anlamında işçi sayılması mümkün olmayacaktır.[20] Bunun yanında Kanunun 4/2-(c), (d) ve (f) hükümlerinde, istisnanın istisnası olarak tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen

16 Türkiye AB 2013 İlerleme Raporu, s. 40
17 Süzek, a.g.e., s. 202.
18 Onay kararnamesi için bkn. 12 Ekim 1994 Tarihli ve 22079 Sayılı Resmi Gazete
19 Orjinal metin için bkn. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2331394
20 Mehmet Kılıç, ''4857 sayili Yeni İş Kanunu Kapsamında Tarım İşçilerinin Hukuki Durumu'', *Tarım Ekonomisi Dergisi,* İzmir 2006, C. 12, S. 1, s. 39-49

işler; tarım işletmelerinde görülen yapı işleri ve Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler kanun kapsamına alınmıştır. Bunun sonucunda ekim, dikim, üretim, bakıma yönelik tarım işlerinin yapıldığı işler İş Kanununun kapsamı dışında kalacak; ancak bu işlerin görüldüğü işyerlerinde (50 dâhil elliden az) yalnızca getir götür ya da tadilat ve tamir işleriyle uğraşanlar işçi sayılabilecektir.[21] Örneğin Yargıtay, bahçe bakımı işlerinde, mantar üretiminde, at bakımında ve traktör **sürücülüğü işlerinde çalışan kişileri işçi olarak saymayıp, traktör sürmenin yanında işye**rinde farklı işlerle uğraşanları **işçi olarak mütalaa etmiştir.**[22] Bunun yanında 4/2-(f) hükmünce, örneğin Deniz İş Kanunu'na tabi olmayıp tarım işi de sayılmayan dalyanlar İş Kanunu'na tabi olacakken, süt üretimi, tavuk üretimi ve benzer işlerde çalışan kişilerin sırf 51'in altında oldukları gerekçesiyle İş Kanunu kapsamına alınmamaları işçi ve istihdam kategorileri arasında farklı bir muameleyi teşkil edecektir. Belirtilmelidir ki, bu farklı muameleyi makul ve meşru kılabilecek 4857 sayılı yasanın gerekçesinde ve önceki iş kanunlarının gerekçelerinde açıklayıcı bir izahata rastlamak mümkün değildir. Bilhassa elliden az işçinin çalıştığı tarım işyerlerinin kapsam dışında bırakılmasının işyerlerinde işgücünün mevsimlere göre göç olgusu gibi nedenlerle oluşması ve bu nedenle bu yerlerin kapsama dâhil edilmemesinin haklı olduğunu savunanların yanında, bu tür kapsam dışı istisnaların haklı gerekçelerinin olmadığını, iş kanunu kapsamı dışında bırakılanların kapsama dâhil edilmesini savunanlara da rastlamak mümkündür.[23]

Hukukumuzda hava taşıma işlerine özgü ayrı bir kanun bulunmamaktadır. İş Kanununun 4/1-(a) hükmüne göre hava taşıma işleri kanun kapsamına girmezken, 4/2-(b) uyarınca havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler İş Kanunu kapsamında yer alacaktır. Bu

---

21 ''Sonuç olarak tarım ve orman işletmelerindeki bitki ve hayvan üretimi, bakım ve yetiştirmesi dışında kalan işler İş Kanuna tabidir.'' 22. HD E. 2014/34736 K. 2016/5929 T. 1.3.16 lexpera veritabanı

22 9 HD 14.10.2002 E 2002/4529 K.2002/18622; 9 HD 3.10.2002, E. 2002/3527 K. 2002/18411; 9 HD 09.10.1995, E. 1995/31399 K.1995/30798; 9 HD 09.10.1995, E. 1995/31399 K. 1995/30798; 9 HD 6.6.2000 E. 2000/4734 K. 2000/8000; 9 HD 4.7.2000 E. 2000/7943 K. 2000/10229 [Kararlar için bkn. Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi*, Ankara (2005), Yetkin yayınları, C.1, s. 232-244]

23 Bkn. Çelikel-Günay ve Süzek

tasniften anlaşılan, hava taşıma işlerinde uçucu personel kategorisinin olduğu ve bu kategori içerisinde yer alan işçilerin, işyerlerindeki toplu sözleşmelere katılmadıkları varsayımında Borçlar Kanunu hükümlerine göre istihdam olunacağı sonucudur. Uçuşların süreklilik arz etmemesi, hosteslerin ve pilotların çalışma saatlerinin ve aralıklarının düzenli olmayışı hava taşıma işlerinde uçucu personeli ayrı bir konuma oturtmaktadır. Nitekim hosteslerin ve pilotların iş güvencesi, kıdem ve ihbar haklarından faydalandırılmayacak oluşu da eşit ve ayrıcı olmayan bir muamele olarak gözükmemektedir. Keza bu durum, Yargıtay'ın kararlarında da yer alır ve yüksek mahkeme yolcu ve nakliye uçak pilotlarının ve tüm uçucu personelinin (kabin memurları) iş kanunu kapsamı dışında kalacağını ve bu duruma binaen kıdem ve ihbar tazminatı talep edemeyeceklerini belirtir.[24]

İş Kanunu'nun 4. maddesinin (c), (d) ve (e) bentlerinde kanunun kapsamı dışında kaldığı belirtilen çalışma alanları genel bir çerçeve itibari ile ev ve aile ekonomisi dâhilinde toparlanabilir. Yargıtay'ın içtihatlarında aşçı, uşak olarak çalışanların kapsam dışında olduğu belirtilmiştir.[25] Bu sayede genişçe bir hanenin müştemilatında yaşayan kişiler ve o hanenin günlük yemek, temizlik ve teşrifat işleriyle uğraşan kişiler İş Kanunu anlamında işçi sayılmayacak, yıllarını bir hanede hizmet ederek geçirmelerine rağmen kıdem tazminatı hakkı talebinde bulunamayacaklardır. Ne var ki Yargıtay, evde hastaya bakan hemşirenin ev hizmeti yapmadığını belirtmiş ve İş Kanunu'na tabi olacağını söylemiştir.[26] Müştemilatta yıllarını geçiren aşçı işçi sayılmazken, aynı hanede felçli bir hastaya bakarak sağlık hizmeti veren hemşirenin işçi sayılması benzer istihdam biçimleri arasında farklı muamele arz eden bir durumdur. Yargıtay bir kararında bebek bakıcısının ev işi görmediğini, bebek sahibi ile bebek bakıcısı arasında iş akdinin olduğunu ve bu nedenle ilişkinin iş kanununa tabi olması gerektiğini içtihat etmiş-

---

24 9. H.D 20.11.1996, E:1996/13441, K: 1996/21633; 9.H.D 8.4.1997, E: 1996/22816, K: 1997/7054 (Cevdet İlhan Günay, a.g.e);

''...somut olayda davacı, uçak bakım teknisyeni olarak uçakların peroyidik bakım, tamir ve uçuşa elverişliklerinin denetlenmesi işini yaptığı bu sebeple yer tesislerinde istihdam edildiği, 4857 sayılı iş kanunun 4/2,b maddesi uyarınca iş yasası kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.'' (9. HD. E. 2008/36907 K. 2008/28158 T. 21.10.2008); 9.HD. 2006/14258-17721, 19.1.06), lexpera veritabanı

25 9.H.D. 28.11.1995, E: 1994/12839, K: 1994/1678 (a.g.e)

26 9.H.D. 25.2.1997, E: 1996/19707, K: 1997/3321 (a.g.e)

tir.[27] Bu durumda evi temizleyen, evin yemeklerini pişiren ve teşrifatta yer alan aşçı, uşak gibi çalışanların yalnızca ev işleri kategorisinde yer almaları gerekçesiyle İş Kanunu kapsamına sokulmamasının eşit bir muamele olduğunu söylemenin imkânı bulunmamaktadır.

Belirtmelidir ki, kadınlara hukuksal eşitlik tanınması kadınlara gerçek anlamda eşit davranılması anlamına gelmeyecektir. Türk toplumunun bir gerçeği de ev ve aile içi üretim işlerinin çoğunun kadınlar tarafından üstlenildiğidir. Bu durum ne yazık ki evde, tarlada veya işyeri olarak tanımlanmayan yerlerde çalışan ve hakları koruma altına girmemiş olan çok sayıda kadını savunmasız ve güvencesiz bırakmaktadır.[28] Bu durum kadın çalışanların erkeklerle eşit istihdam imkânlarına ve sosyal güvencelere sahip olduğunu söylememize manidir. Bu anlamda da, Türkiye'nin 1985 yılında tarafı olduğu CEDAW Sözleşmesi'nde yer alan istihdam ve çalışma haklarında eşitlik sağlanması yükümlülüğünün yerine tam olarak getirilemediği gözler önüne serilmiş olur.[29] Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin Türkiye üzerindeki nihai gözlem raporlarının yer aldığı metninde, kadınların çoğunlukla tarım alanında ücretsiz ev işçisi olarak ve kayıt dışı işlerde düşük ücretlerle veya ücret almadan ve sosyal sigorta güvenceleri bulunmaksızın çalışıyor olmalarından ötürü kaygılarını ifade etmiş ve bu durumun kadınlara karşı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık teşkil ettiğini belirtmiştir.[30] CEDAW Komitesi, 2016 yılına ait son gözlem raporunda da, Türkiye'de önemli oranda kadın işçinin düşük ücretli ve kayıt dışı işlerde çalıştığını; bu uygulamaların da kadınların sosyal güvencelerden mahrumiyetini arttırdığını yinelemiştir. Komite son raporunda ayrıca, çoğunlukla kadınların çalıştığı sektörlerde özel önlemler almak ve bu önlemlerin kayıt dışı ekonomik alanlarda da kadınlara karşı yaşanan ayrımcılığı önlemek hedefini taşıması konusunda Taraf Devlet Türkiye'yi teşvik etmiştir. Kırsal kesimde yaşayan kadınların istihdam alanında yüz yüze kaldığı toplumsal

27 22. HD. E. 2013/35095, K. 2015/9308 T. 09.03.2015 lexpera veritabanı

28 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin tematik durum değerlendirmesi için bkn. 22 No'lu Durum Tespit Belgesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin Maddi Hükümleri (Factsheet No: 22), Der: Gökçeçiçek Ayata-Sevinç Eryılmaz Dilek- Bertil Emrah Oder, Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama, İst. Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 105.

29 RG. 14 Ekim 1985-18898

30 CEDAW/C/TUR/CC/4-5, a.g.e. s.122

cinsiyet temelli görev dağılımlarının da kadınlara karşı bir ayrımcılık tehdidi olduğu Komite tarafından vurgulanmıştır (CEDAW/C/TUR/CO/7).[31]

BM CEDAW Komitesi'nin 1991 yılında almış olduğu 16 numaralı Genel Tavsiye Kararında da Taraf Devletler'in, aile mensuplarına ait işletmelerde kadınların ücret, sosyal yardım ve sosyal güvencelerden faydalandırılmadan yalnızca erkeğin himayesinde çalıştırılmasının önüne geçilmesini tavsiye etmiş; kırsal ve kentsel aile işletmelerinde bu tür durumların sıklıkla meydana geldiğini belirterek bu durumun Sözleşme'ye aykırı olacağını ve kadının istismarı anlamına geleceğini ifade etmiştir. Komite'nin aynı oturumda almış olduğu 17. Genel Tavsiye Kararı'nda ise kadınların, her ülkenin kalkınmasına katkıda bulunan ve ücretlendirilmeyen ev içi faaliyetlerinin ölçülmesinin kadının fiili ekonomik rollerini açığa çıkarmaya yardımcı olacağı düşüncesine varılmıştır. Bu doğrultuda Taraf Devletler, ücretlendirilmeyen ev içi faaliyetlerini ölçümleyerek Sözleşme'nin 18. maddesi kapsamında raporlarına dâhil etmesi gerektiğini belirtmiştir. Şüphesiz ki bu ölçümlerin amacı kadınların piyasada fiyatlandırılmayan emeklerinin sayısallaştırılarak gayri safi milli hâsıla hesaplarına katılmasını sağlamaktır.[32]

507 (şimdi 5362) sayılı Kanun'un tarifine göre Esnaf ve Sanatkarlar, ''Esnaf ve Sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazanmayan.....'' kişiler olarak tanımlanmaktadır. Yargıtay'ın tanımlamasıyla esnaf kişilerin, esnaf sayılabilmesi için geçimini münhasıran o işten sağlamaları gerekir ve ticari sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri bulunduğu yerin gelenek ve teamüllerine nazaran tacir niteliğini gerektirmeyecek miktarda sınırlı olan çalışanlar esnaf sayılacaktır.[33] İş Kanunu'nun 4/I-ı hükmüne göre, üç kişinin çalıştığı esnaf işyerlerinde esnaf işçisi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Kanunun hazırlanması sürecinde bu hüküm yer almazken, hatta Kanunun hazırlanmasında yer alan Bilim Kurulu Taslak Metninde, ''Avukat, hekim, mali müşavir gibi

---

31 Orjinal metin için bkn. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fTUR%2fCO%2f7&Lang=en

32 Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama, s.453

33 9. HD. 13.01.1997, E. 1996/16827, K.1997/58; 9. HD. 11.2.2002, E. 2002/2969, K. 2002/2601

serbest meslek sahiplerinin istihdam ettiği, katip, odacı, hemşire vs. İş Kanunu'ndan yararlanırken çok daha ağır şartları olan tornacının, dökümcünün, dokumacının, fırıncının koruma dışında bırakılmaması gerekir'' görüşü belirtilmişken, Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Konfederasyonunun kurmuş olduğu etki sonucu böyle bir istisna oluşturulmuştur.[34]

Rehabilite edilenlerin İş Kanunu kapsamına alınmamasının makul izahı ise rehabilite görenlerin bir hizmet ilişkisi içerisinde olmamasıdır.[35] 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30ncu maddesinde işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli işçi çalıştırmakla yükümlüdürler. İş Kanunu'nun 4/1-h hükmünün ise bu durumla bir bağlantısı bulunmadığının belirtilmesi gerekir.

1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun aynı şekilde kapsamını belirten beşinci maddesinin onuncu fıkrasında Yardım Sevenler Derneği'nin merkez ve taşra atölyelerinde çalışanlar hakkında bu kanunun uygulanmayacağına ilişkin hüküm yer almaktaydı. 1981 yılında Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesi itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak bu fıkranın iptalini istemiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu somut norm denetiminde ise Yardım Sevenler Derneği'nin kamu yararına faaliyet yürüttüğünü, bu dernekte çalışanların başka yerlerde çalışma imkânının olmadığından bahisle dernek ve çalışanlarının arasında işçi-işveren ilişkisinden bahsedilemeyeceğini belirtmiş ve itirazın reddine karar vermiştir.[36] Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına üç yargıç katılmamış ve aksi yönde görüş belirtmişlerdir.[37] TİHEK sonrası başlayan süreçte kıdem tazminatı için aranan İş Kanununa tabi olmak şartını tartışmak anlamında söz konusu karşı oy metinlerine müracaat etmenin önem taşıdığı kanaatindeyiz. Üç görüşün dayandığı ilk nokta dernek çalışanları ile dernek arasında bir hizmet akdinin mevcut olduğu ve işveren derneğin bu kişilerin emeklerinden yararlandığı hususudur. Görüşlerde her derneğin kamu yararını amaçlayabileceği, ancak bu durumun işçiler zararına işveren dernek için bir imtiyaz oluşturamayacağı görüşleri bulunmaktadır. Bunun yanında yüzlerce kamu yararı güden derneklerin yanında yalnızca Yardım Sevenler

34 C. İlhan Günay, a.g.e., s. 228
35 a.g.e., s. 231
36 AYM E. 1981/13 K. 1983/8 T. 28.4.1983 RG Tarih ve Sayı: 09.04.1984-18367
37 Bkn. Ahmet Boyacıoğlu, Semih Özmert, Yekta Güngör Özden Karşı Oy Metinleri

Derneği'ne böyle bir ayrıcalık tanınmasının hukuk devleti ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek, yasanın genelliği dışında yer alan bir hükmün üstün hukuk ilkelerine aykırılığı hukukça korunamayacağı belirtilmiştir. Nihayetinde bu hüküm, 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nda kendine yer bulamamıştır. Yeni düzenlemenin gerekçesinde ise bu istisnanın/özel ayrımın haklı bulunabilecek sosyal bir dayanağının olmadığı görüşü belirtilmiştir.[38]

b) ***En Az Bir Yıl Süreyle İş İlişkisinin Sürmüş Olması***

Kıdem tazminatı feshe bağlı bir haktır. Belirli süreli sözleşmeler kendiliğinden sonlandığından bir diğer deyişle bu sözleşmelerde feshi ihbar söz konusu olmadığından, belirli süreli sözleşmelerde sözleşmenin sona ermesiyle kıdem hakkı gündeme gelmeyecektir.[39] Belirli süreli sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle derhal feshi (m. 24) halinde kıdem tazminatı almak mümkün olacaktır ancak bu halde de bir yıl ya da daha uzun süreyle çalışmış olmak şartı aranacaktır.

Belirli süreli iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 11. maddesinde yer bulmaktadır. Bu hükme göre belirli süreli işlerde veya belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Bu hükmün tanımına göre belirli süreli bir iş sözleşmesinin yapılabilmesi için işin belirli süreli olması, belirli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ve belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif nedenlerin olması gerekecektir.[40] Konumuz bakımında belirli süreli iş sözleşmesinin önemi kıdem tazminatı hükmünü incelediğimizde belirir. Kıdem tazminatını hükme bağlayan Eski İş Kanunu'nun 14. maddesi kıdem tazminatı alma koşulunu en az bir yıl süreyle çalışmış olmak şartına bağladığından, belirli süreli iş sözleşmeleri kendiliğinden sonlanacağından ve kıdem tazminatı hakkı da infisahî bir hak olduğundan, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bir yıldan fazla da çalışsalar kıdem tazminatı

38 Gerekçe metni için bkn. Cevdet İlhan Günay, a.g.e., s. 221.

39 9. HD., E. 2014/3367 K. 2015/9766 T. 10.3.2015 lexpera veritabanı

40 Av. Çiğdem Yorulmaz (Ankara Barosu), ''Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları'', Çalışma ve Toplum Dergisi İstanbul, S. 2010/1, s. 203

alamayacaklardır; meğerki işçi veçhesinden m. 24 uyarınca bir haklı feshi nedeni olsun ve en az bir yıl ya da daha uzun müddetle çalışılmış olsun.[41] Örneğin, umumiyetle belirli süreli sözleşmelerle çalışan ve sözleşmeleri dönemden döneme yeniden yapılan kamuda çalışan sözleşmeli personel, vakıf üniversitelerinin hocaları kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

Bir iş akdinin belirli süreli olarak yapılması kanun gereği de olabilir. Örneğin 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na göre bu kurumlarda çalışan yönetici ve öğretmenler ile en az bir takvim yılı süreli sözleşme yapılır. Aslına bakılırsa bu durum belirli süreli sözleşmelerin tekrar yapılması için esaslı bir nedendir ve İş Kanunu madde 11/3 uyarınca zincirleme olarak yapılan belirli süreli sözleşmeler belirli süreli olma vasfını yitirmeyecektir. Bu durumda kurumlarda yıllarca çalışan öğretmenlerin sözleşmelerinin bitiminde kıdem tazminatına hak kazanamama durumu ortaya çıkacaktır. Hem 158 numaralı ILO Sözleşmesi'nin hükümlerine hem de Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı'nın hükümlerine göre belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin bu sözleşmeler kapsamı dışında bırakılabilmesi taraf devletler tarafından mümkündür. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, 2008 yılında içtihat hukukunu derlediği metninde, *iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının düzenlendiği 24.* maddesini yorumlarken, bu maddenin bütün işçileri kapsadığını ancak taraf devletlerin bazı kategorileri bu maddenin koruması dışında bırakabileceğini belirtmiştir. Sosyal Haklar Komitesi bu kategorileri tüketici bir biçimde saydığını belirterek, koruma dışında bırakılan kategorilerin belirli bir zaman dilimiyle ya da belirli bir işin görülmesi amacıyla yapılan sözleşmeler, deneme süreli sözleşmeler ve *gündelik ücretle görülen işler olduğunu belirtmiştir.* Komite'ye göre bu liste tüketicidir ve genişletilmesi Şart'a uygun düşmez.[42] Binaenaleyh, özel okul öğretmenleri ve vak*ıf üniversitelerinin hocaları ile* belirli süreli sözleşmenin yapılmasının amacı eğitim faaliyetlerinin aksamasını önlemektir. Ne var ki, *eğitim ve araştırma* faaliyetleri zaman

41 9. HD. E. 2008/3611, K. 2009/18066 T. 25.06.2009 **(Çalışma ve Toplum Dergisi İstanbul, S. 2009/4, s. 186)**

42 Digest Of The Case Law Of The European Committee Of Social Rights (1 September 2008) Http://Www.Coe.İnt/En/Web/Turin-European-Social-Charter/Case-Law

içerisinde süreklilik kesp ettiğinden bu kişilerle belirli süreli sözleşmenin yapılması kural olarak *mümkün olmamalıdır. Yargıtay*, bu gayrı adil durumu önlemek için Özel Öğretim Yasası'na tabi olarak çalışan öğretmenlerin yasa gereği asgari süreli sözleşmeyle çalıştıkları kabul edilmeli, bu sözleşmenin iş hukuku bakımından belirsiz süreli akit olduğu kabul edilmelidir demiştir. Yargıtay, kanunun lafzında en az bir takvim yılı ifadesinin daha uzun süreli de sözleşmenin yapılabileceği ve bu hükümdeki amacın eğitim ve öğretim yılı boyunca hizmetin aksamaması anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu takdirde Yargıtay, bu yasa hükmünce yapılan sözleşmelerin yasadan doğan asgari süreli sözleşmeler olduğunun kabul edilmesi gerektiğini dile getirmiştir.[43] Yargıtay kararında da belirtildiği gibi asgari süreli hizmet sözleşmeleri tarafların fesih önelini geçici bir süreyle kullanmamak konusunda karar kıldıkları, ancak bu haklarını da saklı tutarak asgari sürenin tamamlanmasından sonra bu haklarını kullanmayı kararlaştırdıkları belirsiz süreli sözleşmelerdir.[44] Bu sözleşmelere göre taraflarca öngörülen asgari sürenin bitimiyle sözleşme kendiliğinden sona ermeyecektir. Yargıtay'ın bu içtihadı hukuk tekniği bakımından eleştiriden muaf sayılamaz. Her ne kadar özel okul öğretmenlerinin korunması yüksek mahkemece amaçlanmışsa da, 5580 sayılı Yasa uyarınca öğretmenlerle yapılan sözleşmeler belirli süreli sözleşmeler olma niteliğini koruyacaklardır. Zira İş Kanunu'nun 11. maddesi gayet *açık* olup bu hükme göre belirli süreli sözleşmenin esaslı nedenlerle (yasa gereği) zincirleme sözleşme halinde yapılmasının o sözleşmeyi belirsiz süreli hale getirmesi mümkün değildir. *Kıdem tazminatının hükmü olan 14.* maddede ise kıdem tazminatına hak kazanmanın şartı olarak sözleşmenin feshedilmiş olması zorunlu görülür. Bu itibarla söz konusu i*çtihadın kanuna uygun* olduğu *mümkün* görülmemektedir. Nihayetinde hukuki sorun çözümlenebilmiş değildir.[45]

Caniklioğlu'na göre, belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi halinde kıdem tazminatı hakkının olmamasının haklı bir nedeni bulunmamaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından kıdem tazminatına hak kazanmama durumunun doğması belirli süreli iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaz. Zira 4447 sayılı

43 9. HD E. 2014/26392, K. 2016/2749, T. 16.2.2016 *İstanbul Barosu Dergisi*, S: 2016/3
44 Süzek, a.g.e, s. 249
45 a.g.e. s. 741

İşsizlik Sigortası Kanunu belirli süreli iş sözleşmelerinin de sona ermesi halinde işsizlik ödeneğine hak kazanıldığını belirtir.[46] Belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan işçiler, İş Kanunu madde 18 uyarınca iş güvencesinden de mahrumken, bu kişilerin yıllarca emek verdiği kurumlarından sözleşmelerinin nihayet bulmasından sonra kıdem tazminatı dahi alamamasının görüldüğü gibi haklı bulunabilecek bir yanı yoktur.

c) Kadın İşçinin Evlenme Nedeniyle Bir Yıl İçerinde İş Akdini Feshetmesi Durumu

Eski İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinin beşinci bendinde ''*kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi halinde ödeme yapılır*'' hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre evlenen kadın, evlenme tarihinden başlayarak bir yıllık süre zarfında ''kendi arzusuyla'' iş sözleşmesini feshedecek olursa, bu fesih işçinin istifası gibi düşünülmeyip, kadın işçi kıdem tazminatı ödemesinden yararlandırılır. Tabii belirtmek gerekir ki, kanuni tarifi haiz kadının işyerinde en az bir yıllık kıdeminin bulunması gerekir.

743 sayılı Eski Medeni Kanun'un 159. maddesinde ''*Karı koca mallarını idare için hangi usûlü kabul etmiş olursa olsun, karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir.*'' hükmü yer almaktaydı. Bu hükme göre kadın eşin çalışması erkek eşin iznine bağlanmış bulunmaktaydı. Bu durumda kadın işçi açısından iş akdini feshetmek gibi mücbir sebep teşkil edecek bir durum söz konusu olmaktaydı. Yıllarca kıdemi birikmiş olan kadın işçinin, sırf evlenmiş olması sebebiyle iş akdini feshetmesi sonucunda kıdem tazminatına hak kazanamaması şüphesiz ki evliliğin iş akdinin tarafı olan kadın için bir dezavantaja dönüşebilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenlerden ötürü, İş Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan şartı hakkaniyetli bulmak ve pozitif ayrımcılık olarak mütalaa etmek gerekecektir. Ne var ki, eski Medeni Kanun'un yarattığı bu mücbir sebep de çok makul ve nesnel gerekçelerle var olmamakta, hukuki mevcudiyetini toplumsal cinsiyet yargılarının yol açtığı kadının bir *inbecillitas sexus* olduğu düşüncesinden almaktaydı. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararında bu hükmün anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik prensi-

46 Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, a.g.e., s. 504

bine uymayacağı, ortak malların idaresini tayin etmede ihtiyarı *(özgür irade)* olan kadının çalışmak konusunda kocanın reyine *(görüş/tercih)* bağlı kılınmasının çelişik ve ayrı tutma muamelesi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu durumun Türkiye'nin CEDAW (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi) yükümlülükleriyle de bağdaşmayacağı görüşüne vararak 743 sayılı Medeni Kanun'un 159. maddesinin iptaline oybirliği ile karar vermiştir.[47]

2002 yılında gerçekleştirilen medeni hukuk reformu ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemenin 191. maddesinde "*Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerlerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur*" hükmüne yer verilerek kadının çalışması, kocanın iznine bağlı olmadığı açıkça belirtilmiştir. 2006 yılında İzmir 6. İş Mahkemesi, kıdem tazminatının düzenlendiği madde 14 hükmünün *''kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi..''* kısmının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusunda bulunmuştur. Somut norm denetimi yoluna başvuran İzmir 6. İş Mahkemesi, iptali istenen hükmün Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasını ileri sürmüştür. İtiraz yoluna başvuran mahkeme, 2002 yılında gerçekleşen Medeni Kanun değişikliğinden sonra, evlenen kadın işçi cihetiyle bir mücbir sebepten bahsedilmesine hukuki imkân kalmadığını, evlenen erkeğe bir yıl içerisinde iş sözleşmesini sonlandırması halinde kıdem tazminatının verilmemesinin eşit muamele olmadığı görüşünü ileri sürmüştür. Bunun yanında yerel mahkeme, evli kadın ile evli erkeğin eşit koşullara sahip olmasına karşın, evlilik birliğinin sağlanmasından sonra yalnızca kadının kıdem tazminatı ödemesine hak kazanacak olmasının kadının istihdamı önünde engel olduğu ve onun ev kadını olmak konusunda teşvik edici bir özelliğe sahip olduğunu dile getirmiştir.[48] Ancak Anayasa Mahkemesi, iptali istenen bu kanun hükmünü, daha önce Medeni Kanunun 159. maddesini iptal ettiği kararındaki gerekçelerinin tersine, evlenen kadının sosyal zorunlulukların ve toplumsal yargıların sonucunda iş sözleşmesini bir yıl içerisinde sonlandırması halinde kıdem tazminatı

47 AYM E. 1990/30, K.1990/31, T: 29.11.1990, RG. T ve S: 02.07.1992-21272
48 AYM E: 2006/156, K: 2008/125, T: 19.6.2008 RG. T ve S: 26.11.2008-27066

ödemesinden faydalandırılmasının, evlenen kadının lehine kanun koyucunun sağladığı bir pozitif ayrımcılık olduğu görüşünü savunmuş ve iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına Fulya Kantarcıoğlu ve Zehra Ayla Perktaş katılmamışlardır. Kantarcıoğlu ve Perktaş, Anayasa'nın 41/1 hükmünde belirtildiği gibi ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığını belirtmiş, itiraz yoluna başvuran İzmir 6. İş Mahkemesi'nin 2002 yılında gerçekleşen Medeni Kanun değişikliği ile kadın için açısından mücbir sebep kalmadığı savına da katılmıştır. Karşı görüş sahibi hâkimler, söz konusu hükmün pozitif ayrımcılık olmadığı, tam aksine sosyal önyargı kalıplarından doğan ve kadının çalışmamasını teşvik ederek mevcut eşitsizliği daha da arttırdığını savunmuştur. Bizce de bu görüş isabetlidir. Hukuk kuralları iktisadi analizlerden bağışık değildir. Yukarıda kıdem tazminatının *rationale economic* boyutunu aktardığımızda kıdem tazminatının, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin sürdürülmesini sağladığını ve bu sayede istihdam piyasasında ekonomik rasyonaliteyi gerçekleştirdiğini düşünebiliriz.[49] Evlilik birliğinin gerçekleşmesinden sonra kadın eşe böyle bir ''ayrıcalığın'' tanınması var olan eşitsizlik mesafesini daha da genişletmekte ve evlenen kadınlar için iş akdini sonlandırmayı özendirici *(incentive)* hale getirmektedir. Bu durum TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu 2013 Kasım raporunda da dile getirilmiştir. Bu görüşü savunanlar çözüm önerisi olarak, evlilik nedeniyle değil de, ancak doğum nedeniyle fesih halinde kıdem tazminatına hak kazanılmasının kadın işçi açısından mümkün olması gerektiği kanaatindelerdir.[50]

CEDAW'ın 1. maddesi kapsamlı bir ayrımcılık tanımı getirmektedir. İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin hazırlamış olduğu tematik durum tespit belgesinde, bu ayrımcılık tanımının sözleşmenin tamamına etki ettiği ifade edilmiştir. Ayrıca Komiserlik, toplumsal cinsiyete dayanan kasıtlı ya da kasıtlı olmayan ancak kadınları dezavantajlı hale getiren muamelelerin ayrımcılık olduğunu vurgulamıştır. Bu anlamda Taraf Devletlerin mevzubahis yükümlülükleri çerçevesinde kadınlara

---

49 Av. Tamer Demirbilek, ''Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek İçin Öngörülen Koşullar'', *TBB Dergisi* Ankara 2014, S. 2014/115 s. 431

50 Kadriye Bakırcı, ''İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik Ve Mevzuatta Ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler'', *Kadın Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2012/1, S.10, s. 1-37; Çelik-Caniklioğlu-Canbolat., a.g.e., s. 499

dezavantaj yaratacak ayrımcı kanunlarını değiştirmeleri beklenecektir. İstihdamda ayrımcılık yapılmamasının öngörüldüğü 11. madde ise Taraf Devletleri kadın çalışanları *''kadın işi''* kategorilerine teşvik edecek uygulamalardan men etmektedir. Komiserliğin maddi hukuk yorumlarında da belirtildiği üzere, kadınların mesleğini tercih etmek için seçim haklarının korunması gerektiği ve toplumsal cinsiyet rollerine geleneksel olarak itilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu bapta Taraf Devletler, 11. madde yükümlülükleri kapsamında kadınlara istihdam alanında erkeklerle aynı eşit koşulları sağlayacaktır. Ne var ki bu eşitlik, yalnızca ayrımcı muamelelerin yasak edilmesiyle değil, zihniyet dönüşümünü sağlayan sosyal ve kültürel politikaları geliştirerek hâlihazırda yer edinmiş toplumsal cinsiyet kalıplarının sağlam durmasını destekleyecek yasalar yapmamakla olacaktır. Bizce de, evlenen kadının bir yıl içerisinde 'kendi arzusuyla' işinden ayrılması halinde kıdem tazminatına hak kazandırılması ayrımcı bir muameleyi teşkil eder. Her ne kadar Türk Yargıtay'ı, evlilik nedeniyle işinden ayrılan kadın işçinin, işinden ayrıldıktan sonra başka bir işe girmesi halinde işvereninden almış olduğu kıdem tazminatı ödemesini geri iade etmesinin gerekmediği yönünde içtihat etmiş olsa da, bu takdirde bu durumun işverenler aleyhine işlemesi de söz konusu olacaktır.[51] Zira bu kararın *ratio decidendi* izahında ise, *''…. bu hüküm kuşkusuz aile birliğini koruma amacıyla getirilmiş olup çalışma hayatını evlilikle birlikte gereği gibi yürütemeyeceği düşüncesinde olan kadına yasa ile tanınmış bir olanaktır…''* ifadelerine yer verilmiştir.[52] Bu bakış açısının CEDAW m. 5 yükümlülükleriyle uyuşmadığını belirtmeliyiz. Zira Taraf Devletler, yukarıda belirtildiği gibi *'kadın işi'* kategorilerini yaratan toplumsal önyargıları kırmak mecburiyetindedirler. Anneliğin bir sosyal görev olarak anlaşılması ve çocukların yetiştirilmesinde erkeğin ve kadının ortak sorumluluğunun bulunduğunun tanınması bu zihniyet kalıplarının aşılması anlamında önem, hatta uluslararası hukuk yükümlülüğü arz

51 ''Bir işyerinde çalışmakta iken evlenen bir kadın yasanın tanıdığı olanaktan yararlanarak kıdem tazminatını almak suretiyle ayrılmışsa daha sonraki dönemlerde çalışma hakkını kaybettiğinden söz edilemez; diğer taraftan önceki işinden ayrılan kadının ayrılmasını hemen takiben çalışma hayatı ile evliliği öncekine göre daha kolaylıkla yürütülebileceği yeni bir iş bularak çalışmasını da sürdürebilir. Olayda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadığında.... '' (YHGK, 27.4.1988, 9-225/369, TÜHİS, Ağustos 1988, 19-21; Aktaran: Sarper Süzek, s. 747)

52 9. HD., E. 2010/37179, K. 2013/1571, T. 16.1.2013 lexpera veritabanı

etmektedir. Ev, temizlik ve çocuk bakımı işlerinin İş Hukuku anlamında hizmet sözleşmesi sayılması da bu minvalde öneme sahiptir. Nitekim bu işler meslek halini almakta ve bir hizmet görme edimi yönünde evrimleşmektedir. Bizce mevcut eşitsizlikleri daha da artıracak önlemler almaktansa, mevcut eşitsizliği yaratan koşulların azaltılması adına İş Kanunu'nun kapsamının genişletilmesi ve ev içi istihdamın iktisadi değere kavuşturulması yoluna gidilmelidir.

3) 6701 sayılı TİHEK Yasası Sonrasında Kıdem Tazminatı

Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kanunu'nun amaç kısmında *''...kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek…''* denilmiştir. Kanun, eşit muamele görecek ve hukuken tanınmış haklardan ve hürriyetlerden eşit olarak yararlanacak kişileri *herkes* olarak tayin etmiştir (m.3/1). TİHEK'in 4. maddesinde ise ayrımcılık türleri sıralanmış, bu türler arasında ayrı tutma yasaklanmıştır.

Kanun'un ekonomik faaliyetleri düzenleyen altıncı maddesinde ise *''...**çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz**''* denilerek kanun koyucu tarafından açık uçlu bir yaklaşım tercih edilmiş, hem kişi hem de konu bakımından bir sınırlamaya gidilmemiştir. Açık uçlu yaklaşımı Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ayrımcılığı yasaklayan 26. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinde ve Ek 12. Protokolü'nde görmek mümkündür. Bu tür metinlerin ortak yanı *''herkes''* ve *''hiçbir şekilde''* ifadelerini kullanarak açık uçlu bir *ratione materiae* benimsemesidir.[53] Bu anlamda yeni düzenleme olan 6701 sayılı Yasa'nın ayrımcılığı yasaklayan hükümlerinin uluslararası hukuk ile uyum arz ettiğini söylemek mümkündür.

Altıncı maddenin ilk fıkrasında yer alan ''çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dahil olmak...'' ifadesi ile 4857 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinden daha geniş zamansal kapsam

[53] İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk İzleme ve Belgeleme, İst. Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s.11

yaratılmıştır. İş Kanunu'nda yer alan eşit davranma yükümlülüğü işçi-işveren ilişkisinin başlamasıyla iş ilişkisi sürecini kapsarken ve işverenin işçilerine karşı ayrımcılık yapmamasını düzenlerken, feshe bağlı bir hak olan ve ancak sözleşmenin sonlanması halinde gündeme gelebilecek olan kıdem tazminatı sürecini yani sözleşme sonrası süreci ihtiva etmez.[54] Bu nedenle TİHEK hükmünün *ratione temporis* olarak çalışma ilişkisinin sonrasına da etki edebilmesi gündeme gelecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada tadat edilen muhteviyatın sosyal menfaatleri ve benzeri hususları da kapsadığının belirtilmesi ile kıdem tazminatının düşünülmesi sağlanmış olacaktır. Zira aynı maddenin beşinci fıkrasında aynıyla *''22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır''* hükmü yer almaktadır. Bu bakış ile Eski İş Kanununun cari 14. maddesi uyarınca iş kanununa tabi olmak şartını sağlamayan, örneğin Borçlar Kanunun hizmet akdi hükümlerine göre istihdam olunan işçi kategorileri için de kıdem tazminatı talep edilmesi mümkün olacaktır. Söz konusu hükmün taslak metninde yer alan gerekçe ne yazık ki tafsilatlı bir şekilde kaleme alınmamış, çok kısa bir paragrafla yetinilmiştir. Hüküm gerekçesinde çok genel olarak, AB müktesebatıyla uyumun hedeflendiği ve işle ilgili hiçbir süreçte ayrımcılığın yapılamayacağı söylenmiştir. Kanunun genel gerekçesinde ise Türkiye'nin uluslararası hukuk yükümlülükleriyle uyumun hedeflendiği dile getirilmiştir.

Hukuk tekniği bakımından açık uçlu bir kanunu yorum yoluyla daraltmak ve sınırlandırmak mümkün değildir. Zira *''Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus''* ilkesince, kanun koyucunun ayrıma gitmediği yerde yorumcunun da ayrıma gitmesi ve istisna yaratması imkân dairesinde değildir.[55] Bu nedenlerle TİHEK Yasası'nın, ***yürürlüğe girmesinden sonra önceki düzenlemeleri geçersiz kılma, yeni düzenleme oluşturma gücü söz konusu olacaktır. Nitekim TİHEK*** Yasası'nın gayesini teşrih ettiğimizde ise, çok açık bir biçimde uluslararası hukuk yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve AB müktesebatıyla uyum sağlanmasının amaçlandığını görüyoruz. 2004 yılı

54 Sarper Süzek'in İş Hukuku kitabının 2016 yılı 12. Baskısında bu konuya ilişkin bir karşılaştırma okumak mümkündür. Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul2016, s. 493

55 Kemal Gözler, a.g.e. s. 33

AB ***İlerleme Raporunda*** *'' ..... Ayrıca, bazı sektörler veya iş kategorileri (örneğin, 50'den az işçi çalıştıran tarım işletmeleri), İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu, müktesebata uygun değildir.....İş Kanununun kapsamı, halihazırda dışarıda bırakılmış sektörleri ve işletmeleri içerecek şekilde genişletilmelidir.....''*; 2013 yılı AB ***İlerleme Raporunda*** ise *''..... kıdem tazminatından faydalanma konusu özellikle işgücünün çoğunun istihdam edildiği küçük işletmelerde karşılaşılan ortak sorunlardır...''* ifadelerine yer verilmiştir.

SONUÇ

Yukarıda hukuki çerçevesini çizmeye çalıştığımız durumdan sonra hem İş Kanunu kapsamı dışında kalan kategoriler hem de belirli süreli sözleşmeyle istihdam olunanlar için *lex posterior derogat legi priori* ilkesince kıdem tazminatına hak kazan***ılması müm***kündür diyebiliriz. Ancak bir durum var ki, ***iş hukukunun doğasında bulunan sosyal olanla ekonomik*** olan arasındaki hassas denge bizleri bu kesin hükmü vermekte aceleci kılmamalı fakat sosyal korumanın genişletilmesinin arzu edildiği hallerde böyle bir hukuki imkânın da mevcut olduğunu unutturmamalıdır. Ne var ki, somut olaylarda işverenin ekonomik hacmi gözetilerek işçi lehine yorumun benimsendiği takdirlerde bile belirliliği yıpratma ve anomi yaratarak hukuk devleti ilkesine uygun düşmeme tenakuzu kendini gösterebilecektir. Belirtilmelidir ki, TİHEK'in 25. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlali halinde verilebilecek idari para cezası bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar geniş bir aralıkta seyretmektedir. İşten ayrılan işçisine kıdem tazminatını ödemeyen işveren, işçi tarafından kuruma ***şikâyet*** edildiği ve bir para cezasına mahkûm edildiği varsayımında, ***işçisine ödemesi gereken kıdem tazminatı miktarı ile idari para cezasının arasında alternatif maliyet değerlendirmesi yapmaya sevk olunacaktır. Bu açıdan bakıldığında Kanun***'un aksayan bir yönünü görmek de mümkün olur. Bu takdirde en etkili çözüm İş Mahkemelerinin yorum kurallarını işletmesi ve somut olayı taban alarak karar vermesi gibi gözükmektedir. Nihayetinde yargıcın Anayasa'nın madde 90/5 hükmü uyarınca uluslararası sözleşmeleri ve hukuki yorum tekniğini kullanması beklenecektir. Bu durumda Yargıtay tarafından içtihat oluşturulmasına yol açmak mümkün olacaktır. Bu gelişmelerin sonucunda ise kanun koyucunun İş Kanunu'nun kapsamını zamanla geniş-

letmesi gündeme gelebilecektir düşüncesindeyiz. Zira mevcut yasanın kapsamı dışında kalan tarım ve ev işi kategorileri, bu alanlarda daha çok kadınların istihdam olunması sebebiyle de ayrımcılığın konusunu oluşturabilecek, bu nedenle de Türkiye'nin tarafı olduğu CEDAW hükümlerine aykırılık teşkil edebilecektir.

Aynı doğrultuda, k***ıdem tazminatı ödemesine hak kazanılması anlamında incelediğimiz bir koşul*** da kadın işçinin evlenmesi nedeniyle bir yıl içerisinde iş akdini feshetmesi durumudur. Yukarıda bahsini ettiğimiz AYM kararının karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere bu durum kadın istihdamı önünde bir engel teşkil etmektedir. Kadın istihdamının korunmak istendiği durumlarda dahi bu hükmü var eden toplumsal cinsiyet bakış açısının sürmekte olduğu rahatlıkla görülmektedir. Bütün bu koşullarda Türkiye'nin uluslararas***ı hukuk yükümlülükleriyle uyum içerisinde*** olmadığı ve kadınlara karşı ayrımcı bir tutum sergilediği ortadadır. Bu durumda işverenler de TİHEK Yasası sonrasında, bu durumun devam ediyor oluşunun aynı zamanda kendilerine yönelik bir ayrımcılık olduğunu iddia edebileceklerdir.

Kaynakça

AB İlerleme Raporları, http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224

Ayata/Eryılmaz Dilek/Emrah Oder (Der.), ''Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama'', İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2010

Bakırcı Kadriye, *Kadın Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2012/1

CEDAW/C/TUR/CO/7

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fTUR%2fCO%2f7&Lang=en

Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yay., İstanbul 2016

Demirbilek Av. Tamer, ''Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek İçin Öngörülen Koşullar'', *TBB Dergisi,* Ankara 2014, S. 2014/115

Digest Of The Case Law Of The European Committee Of Social Rights (1 September 2008) Http://Www.Coe.İnt/En/Web/Turin-European-Social-Charter/Case-Law

Gözler Kemal, ''Yorum İlkeleri'', Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.9.2012

Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, C. 1

Güzel Ali, "3008 sayılı İş Yasasının Önemi Ve Başlıca Hükümleri." *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* İstanbul 1986, S.35-36

Işıl Gül İdil ve Karan Ulaş, ''Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk İzleme ve Belgeleme'',

İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011

Kaufman Bruce E, Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective, Georgia State University, Working Paper, (2011-7-1) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1889342

Kılıç Mehmet, ''4857 Sayili Yeni İş Kanunu Kapsamında Tarım İsçilerinin Hukuki Durumu'', *Tarım Ekonomisi Dergisi,* İzmir 2006, C. 12, S. 1

Observation (CEACR) - adopted 2010, published 100th ILC session (2011) http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2331394

Statutory Regulations on severance pay in Europe in Europe information sheet, Eurofound,(2/Feb/16)http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1474en_0.pdf

Severance Pay Programs around the World: History, Rationale, Status and Reforms, Institute for the study of Labor, Discussion Paper No. 5731, May 2011

Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2014

Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2016

Werne Benjamin, Administration of the Labor Contract. Chapter 13 Severance Pay, 1963, (heinonline)

Yorulmaz Av. Çiğdem, ''Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları'', Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1

Kararlar

AYM E. 1981/13 K. 1983/8 T. 28.4.1983 RG. T ve S: 09.04.1984-18367

AYM E. 1990/30, K.1990/31, T: 29.11.1990, RG. T ve S: 02.07.1992-21272

AYM E: 2006/156, K: 2008/125, T: 19.6.2008, RG. T ve S: 26.11.2008-27066

YHGK, 27.4.1988, 9-225/369

9 HD 09.10.1995, E. 1995/31399 K.1995/30798

9.H.D. 28.11.1995, E: 1994/12839, K: 1994/1678

9. H.D 20.11.1996, E:1996/13441, K: 1996/21633

9. HD. 13.01.1997, E. 1996/16827, K.1997/58

9.H.D. 25.02.1997, E: 1996/19707, K: 1997/3321

9.H.D 8.04.1997, E: 1996/22816, K: 1997/7054

9 HD 6.06.2000 E. 2000/4734 K. 2000/8000

9 HD 4.07.2000 E. 2000/7943 K. 2000/10229

9 HD 3.10.2002, E. 2002/3527 K. 2002/18411

9 HD 14.10.2002 E 2002/4529 K.2002/18622

9. HD. 11.2.2002, E. 2002/2969, K. 2002/2601

9.HD. 2006/14258-17721, 19.1.06

9. HD. E. 2008/36907 K. 2008/28158 T. 21.10.2008

9. HD. E. 2008/3611, K. 2009/18066 T. 25.06.2009

9. HD. E. 2009/31730 K.2012/141 T. 16.01.2012
9. HD., E. 2010/37179, K. 2013/1571, T. 16.1.2013
9. HD., E. 2014/3367 K. 2015/9766 T. 10.3.2015
9. HD E. 2014/26392, K. 2016/2749, T. 16.2.2016
9. HD E. 2012/24726 K. 2014/23868, T. 9.7.14
22. HD. E. 2013/35095, K. 2015/9308 T. 9.3.15
22. HD E. 2014/34736 K. 2016/5929 T. 1.3.16

AVUKATIN "ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ" (Av. K. m. 34; TBK.m.506/III) VE "GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU"* (TCK. m. 257/2)

Talih UYAR**

Müvekkili ile yaptığı "*avukatlık sözleşmesi"*nde, "*davalıya ihtarname çekmeyi*", "*C.Savcılığına suç duyurusunda bulunmayı*" ve "*davalı hakkında alacak davası açmayı"* taahhüt etmiş olana avukat, bunları yerine getirdikten sonra müvekkili adına açtığı davayı kazanması sonucunda, müvekkili lehine verilen ilamı da icraya koymak zorunda mıdır? Bu ilamı icraya koymayan avukat "özen yükümlülüğü"nü ihlal etmiş sayılır mı? Müvekkilinin "*hemen ilamı icraya koymayarak alacağının tahsilini imkânsızlaştırdığı"* iddiasıyla avukat hakkında "*görevini* kötüye kullanma" (TCK m.257/2) suçundan dolayı yaptığı şikâyet yerinde sayılır mı?

v

Avukat, "hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargının kurucu ögesi, bağımsız savunma adına kurumsal görev yapan bir kişi'' dir. Bu tanımdan hareketle avukatın, "bir yandan *kamu hizmeti* nitelikli bir görev yerine getirdiğini, "diğer yandan da iş sahibinin hukuki sorunlarının çözümlenmesinde veya bir işinin görülmesinde ona yardım görevi yaptığını'' kabul edebiliriz. Avukatın, iş sahibi adına yaptığı bu iş "*bir işin görülmesine veya yapılmasına yönelik''* bir faaliyet olmaktadır.[1]

---

* Bu yazı, bir dava dosyasına "hukuki mütalâa" (uzman görüşü) 'HMK. m.293' olarak sunulmuştur.

** İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Ünv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

1 Semih Güner**,** Avukatlık Hukuku, 2003, 2.Baskı, s:185

I-"Hangi işlerin avukatın *hukuki yardımı* kapsamında kalacağı'' konusunda yapılacak değerlendirmede, Avukatlık Kanunu'nun 1. ve 2. maddesinden yararlanmak mümkündür.[2] Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde "*Avukatın serbest bir meslek olmasının yanında kamu hizmeti de olduğu, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği*'' belirtildikten sonra, aynı kanunun 2. maddesinde "*Avukatlığın amacının, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi kurum ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerin adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.*'' denilmiştir. Gerçekten de avukatlık, yargının kurucu unsurlarından olması nedeniyle herhangi bir meslek olmayıp, belirli sınırlamalara kural ve kaidelere, belirli amaca yönelmiş bir meslektir. Nitekim '*işin reddi zorunluluğu*' , '*işi kabul zorunluluğu*', '*işten ayrılma zorunluluğu*', '*bazı görevlerden ayrılma hainde işin üstlenememe yasağı*', '*ücretsiz iş üstlenmeme kuralı*' gibi birtakım sınırlamalara tâbi kılınmasının yanında, görev suçlarından dolayı özel soruşturma usulüne tâbi kılınması gibi birtakım ayrıcalık ve güvencelere tâbi kılınması, avukatlık hizmetinin *kamu hizmeti* olması, avukatlığın, yargının kurucu unsurlarından bulunmasının doğal sonucudur.[3]

Avukatlık hizmeti, maddi anlamda *kamu hizmeti* olup, kamuya yönelik yapılan ve kamu hizmeti olduğundan şüphe duyulmayan yargılama faaliyetine avukatın asli unsur olarak katılmasıyla görülür ve kamu kuruluşu niteliğinde olan barolarca denetlenir. Yargılama faaliyeti kamu hizmeti olduğuna göre, avukatın asli unsur olarak katıldığı yargılama faaliyeti de kamu hizmetidir. Avukat, yargılama unsuru olarak hizmetini yapar ve meslek kuruluşları olan barolarca denetlenir. Barolar, avukatların faaliyetleri nedeniyle *disiplin cezaları* vererek bu denetimi etkili biçimde yerine getirir.[4]

Avukatlık hizmetinin *kamu hizmeti* niteliğinde olması, bu hizmete karşılık bir ücret alınmasıyla çatışır veya çelişir bir durum değildir.[5] Devlet birtakım kamu hizmetlerini kendisi ajanları vasıtasıyla görebi-

---

2 Özcan Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 2.Baskı, 2009, s:32
3 Atilla Özen, Avukatlık Hukuku, 2.Baskı,2017, s:59
4 Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, 6.Baskı 2015, s:65
5 Murat Aydın, a.g.e. s:64

leceği gibi, birtakım kamu hizmetlerini görenlere ise, kendisi bir ödemede bulunmayıp, iş sahiplerini, görülen iş ve hizmet karşılığı olarak belli bir ücret ödemeye mecbur tutmuştur. Noterlerin hizmetini buna misal olarak gösterebiliriz.[6] İşte, avukatlıkta da durum bu yöndedir. Avukat, -Borçlar Kanunu anlamındaki vekilden farklı olarak- faaliyeti için mutlaka bir ücret alır.[7]

Avukatlık hizmeti bir *kamu hizmeti* olmakla beraber, avukatın kendisi *kamu görevlisi* değildir. Bir kamu hizmetinin mutlaka bir kamu görevlisi tarafından da yapılması gerekli değildir.[8]

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, avukat ile müvekkili arasındaki ilişki; vekâlet veren müvekkilin yerine getirilmesini arzuladığı avukatlık hizmetini ortaya koyan ve avukatın da müvekkiline karşı, çerçevesi dâhilinde faaliyette bulunmayı (kural olarak) bir ücret karşılığında taahhüt ettiği ivazlı bir sözleşme olarak ortaya çıkar.[9] Avukatlık sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen kanunda düzenlenmiş sözleşmelerdendir. " İki tarafa borç yükleyen sözleşme olma'' kavramı, sözleşmenin taraflarından her birini, diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusu olmasını ifade eder.[10]

Avukat ile iş sahibi arasındaki *avukatlık sözleşmesi,* Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hak ve yetkileri kapsar. Avukat ile iş sahibi arasındaki hak ve yükümlülükler, *Avukatlık Kanunundan, Meslek Kurallarından*[11] kaynaklanabilir. Bu bakımdan, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluklar, vekâlet sözleşmesinden çok daha geniştir. Üstelik avukatın sorumluluğu vekilin sorumluluğundan daha ağırdır.[12] Başka bir deyişle; avukatın iş sahibi ile ilişkisi, Borçlar Kanunundaki *hizmet sözleşmesi* ve *vekâlet* sözleşmesi kalıpları içinde ele alınması mümkün olmayan özellikler gösterir. Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları gibi yazılı düzenlenmelerin yanı sıra, meslek örgütlerince konulan etik karakterli kurallar, mesleki düzen ve geleneklerle

6 Talih Uyar, 1136 sayılı yeni Avukatlık Kanunu Karşısında Avukatlık Ücreti (İBD.1971/5-6 s:412)
7 Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlükleri 1995, s:121
8 Murat Aydın, a.g.e. s:65 – Meral Sungurtekin, a.g.e. s:12
9 Meral Sungurtekin, a.g.e. s:111
10 Songül Karateke, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 2006, s:31
11 Bknz. TBB Bülteni (26.01.1971 Tarih ve Sayı:5)
12 Murat Aydın, a.g.e. s:40

oluşan avukatla iş sahibi arasındaki '*avukatlık ilişkisi*', kendisine özgü karakterleri olan (sui generis) bir ilişkidir.[13]

Avukat ile müvekkil arasındaki *hukuki ilişki* özel hukuk ilişkisidir ve avukat serbest meslek ifa etmektedir. Avukatlık sözleşmesi, yukarıda açıklandığı üzere iki tarafın iradelerinin birleşmesiyle meydana gelir.

Günümüzde avukatlık mesleğinde iki farklı anlayış etkili olmaktadır: Bunlardan biri; '*Kıta Avrupası* avukatlık anlayışı'dır. Bizim ülkemizin de dâhil olduğu bu anlayış etrafında toplanan ülkelerde avukatlık, *kamu hizmeti* olarak kabul edilmekte, birbirine benzeyen kurallarla yapılmaktadır. Avukat, bir yandan kendi bürosunda, kendi nam ve hesabına serbest meslek faaliyetinde bulunmakta, kişilerden aldığı ücret karşılığında ona hukuki yardım sunmakta, ancak aynı zamanda bir kamu hizmetini yerine getirmektedir……. İkinci anlayış olarak ortaya çıkan "*Amerikan Avukatlık* anlayışı'' olarak açıklanabilecek bu avukatlık anlayışında, avukatlık mesleki faaliyeti, ticari nitelikte görülmekte ve avukat bir işletme sahibi sayılmaktadır.[14]

II- Avukatın -gerek 'Avukatlık Kanunu'ndan ve gerekse müvekkili (iş sahibi) ile yaptığı 'ücret sözleşmesi' nden kaynaklanan – müvekkiline karşı kullanabileceği –'ücret isteme', 'avans ve masraf isteme', 'hapis hakkı kullanma' gibi – bir takım hakları[15] yanında yükümlülükleri de vardır. Bunların başında "özen yükümlülüğü'' gelir.[16]

Avukatların, gerek kendilerine yüklenilen görevlere özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirme yükümlülüğü, gerekse buna bağlı olarak bir sonraki maddede ele alınan ve fakat bu madde ile bağlantılı ve hatta iç içe geçmiş olan ve kanunun 34.maddesinde düzenlenen "avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma yükümlülüğünün'' uzantısı olan TBB Meslek Kuralları'nın

---

13 Semih Güner, a.g.e. s:*199*

14 Semih Güner, a.g.e. s:19 vd.

15 Ayrıntılı bilgi için bknz: Murat Aydın, a.g.e. s:113 vd. – Atilla Özen, a.g.e. s:75 vd. – Semih Güner, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, 2014, s:121 vd. – Salter Uçar, Avukatın Hak ve Ödevleri, 1998, s:36 vd. – Meral Sungurtekin, a.g.e., 2.Baskı, s:147 vd.

16 Atilla Özen, a.g.e. 108 vd . – Semih Güner, Avukatlık Hukuku, s:348 – Salter Uçar, a.g.e. s:20 vd. - Meral Sungurtekin, a.g.e., s:306 vd.

3. maddesinde yer alan "*kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle mesleki çalışmasını yürütmek''* ile 4. maddesinin 1.cümlesi olan "*avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır''* düzenlemelerinin birlikte ele alınması gerekmektedir. Nitekim, TBB Disiplin Kurulu kararlarında; birbiriyle bağlantılı olan tüm bu düzenlemeler birlikte ele alınarak olaylara uygulanmaktadır.[17]

Yargıtay HGK'nun 13.05.2015'te ve E:2014/16879, K:2015/15258 sayılı kararına göre; Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kuralları'ndaki hükümler, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olması nedeniyle, TBK'nın 506.maddesinde düzenlenen "*vekilin özen borcu''* na göre çok daha kapsamlı ve özel bir düzenlemedir. Yani, avukat için 'ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü' söz konusudur. Yüksek Mahkemeye göre; avukatın özen borcu objektif sorumluluk olup sübjektif nedenler avukatın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Basiretli bir avukatın mazeretsiz olarak duruşmaya katılmaması, bunun sonucunda da dosyanın müracaata bırakılması, üstelik bir süre sonra aynı olayın tekrar etmesi "özen borcu'' konusundaki yükümlülüğün yerine getirilmediğinin açık bir göstergesidir. Bu konuda "*işlerin yoğunluğu'', "adliyenin geniş ve mesafeli olması'', "duruşma saatlerin çakışması''* gibi sübjektif nedenlerin dikkate alınması mümkün değildir.[18]

TBB Disiplin Kurulu[19]; "dava ve haklarının takibi için bir avukatla anlaşan kişinin, hukuksal korumadan tam olarak yararlandığını bilmesi ve avukatı tarafından haklarının elde edileceğine inanması ve avukatına güvenmesi gerektiğini'' belirtmiştir.

TBK'nın 506/2. maddesinde "vekil'in üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek özenle yürütmekle yükümlü olduğu'' vurgulanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca: "*Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler. "*

17 Atilla Özen, s:108 vd.
18 Bknz: 13 HD. 2011/6338 E. 2011/884 K.
19 Bknz: TBB Disiplin Kurulu 02.02.2007 T. ve 2006/449 E. , 2007/39 K.

TBK 506/3. maddesi uyarınca vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.[20]

"Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları" nın 3.1.2. maddesinde; "*Bir avukat müvekkiline sunduğu temsil ve danışmanlık hizmetini zamanında, basiretli bir şekilde ve özenle yürütür. "* denilmiştir.[21]

Avukatın özen yükümlülüğü, özel ihtisasın gerektiği bilinen kimi alanlarda üstlendiği işte, herhangi bir işe göre daha fazla olacaktır. Çünkü bu durumun hem müvekkil tarafından ve hem de avukat tarafından biliniyor olduğu ve buna göre avukatlık sözleşmesinin yapıldığı varsayılmalıdır.

Yargıtay kararlarına göre Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kurallarındaki hükümler, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olması nedeniyle 'BK 390.' TBK 506. maddesinde düzenlenen vekilin özen borcuna göre çok daha kapsamlı ve özel bir düzenlemedir.[22] Yani avukat için ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü söz konusudur.

Avukat, üstlendiği işi görürken, amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca varmak için yaptığı çalışmalardan ve takip ettiği yolun özenle seçilip, görül-memesinden sorumludur.[23]

Avukattan beklenen; üstlendiği görevi en kısa zamanda ve müvekkilinin mümkün olduğu ölçüde lehine sonuçlandırılmasıdır. Bu sonuca ulaşmak için avukat mesleğinin gereği kendisinden beklenen tam emek ve çalışmasını ortaya koymak zorundadır.[24]

Avukat, işin sonucunu garanti edemez. Aksi takdirde TBB Meslek Kuralları 8. maddesi olan "avukatın, kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekineceği'' düzenlemesine aykırı davranmış olur.[25] Ancak avukat, işin sonucuna ilişkin kanaatini söyleyebilir.[26] TBB Meslek Kuralları 34. maddesi uyarınca: "Avukat, müvekkiline davanın so-

---

20 Bknz: 13 HD. 08.07.2014 T. ve 2013/23329 E. , 2014/23087 K.
21 Atilla Özen, a.g.e. s:324
22 Bknz: 13. HD 13.05.2015 gün ve 2014/16879 E. 2015/15258 K.
23 Bknz: 13. HD 21.09.2000 gün ve 2000/6269 E. 2000/7211 K.
24 Bknz: TBB Disiplin Kurulu 17.06.2011 gün ve 2011/92 E. 2011/363 K.
25 Bknz: TBB Disiplin Kurulu 07.2006 gün ve 2006/135 e. 2006/239 K.
26 Bknz: TBB DİSİPLİN Kurulu 24.01.2014 gün ve 2013/639 E. 2014/45 K.

nucu ile ilgili hukuki görüsünü açıklayabilir. Fakat bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtir" hükmüne yer verilmiştir.[27]

Bilinen ve kabul edilen kural ve usullerin bilinmemesi avukatı sorumlu kılar.[28] Hukuksal durumun hatalı yorumlanarak yanlış dava açılması[29], hukuk mahkemelerinde görevsizlik ve yetkisizlik üzerine, davanın süresinde görevli ve yetkili mahkemelerde yenilenmemesi[30], ihtiyati tedbir kararından sonra yasal sürede esas hakkında dava açılmamak suretiyle tedbirin kendiliğinden kalkmasına neden olunması özen yükümlülüğünün ihlali kabul edilmiştir.[31] Yargıtay; "avukat meslek bilgisine göre açılması gereken davaları doğru ve yerinde açmak yükümlülüğündedir'' diyerek, bu kapsamda yaptığı icra takibinde dayanak belgelerin İİK 68. maddesinde sayılan belgelerden olup olmadığını bilmesi gerektiğini, borçlunun itirazı üzerine doğrudan itirazın iptali davası açması gerekirken itirazın kaldırılmasını icra hakimliğinden istemenin yanlış olduğunu içtihat etmiştir.[32] Yine Yargıtay; "avukatın kanunun açıkça düzenlediği hususu bildiğini kabul gerekir'' diyerek, İş Kanunu'nun 4. maddesinde 'hava taşıma işlerinde çalışan uçuş personelinin İş Kanunu kapsamında olmadığı' açık düzenlemesi karşısında, gerekli araştırma yapılmadan iş mahkemesine dava açmak suretiyle görevsizlik kararı verilmesine sebebiyet vermenin, 'özen yükümlülüğün ihlali' olarak görmüş, sözleşmede iş mahkemesinde dava açılacağı hususunun belirtilmiş olmasının avukat lehine hak doğurmayacağını içtihat edilmiştir.[33]

"Ücret ve masraf alınmasına rağmen dava açılmaması, dosyalar hakkında müvekkile hesap ve bilgi verilmemesi[34]'', "müvekkil lehine verilen karardan en kısa sürede müvekkilin bilgilendirilmeyip yatırılması gereken masrafların bildirilmemesi,[35]'' çok uzun bir süre geçtikten sonra müvekkilden yapılması gereken işlerle ilgili talimat

27 Atilla Özen, a.g.e. s:325
28 Bknz: HGK. 11.04.2007 T. ve 2007/13 – 198 E. , 2007/199 K..
29 Bknz: TBB Disiplin Kurulu 11.11.2005 gün ve 2005/284 E. , 2005/373 K.
30 Bknz: TBB Disiplin Kurulu 24.04.2009 gün ve 2009/88 E. , 2009/224 K.
31 Bknz: 4. CD 22.02.2010 gün ve 2008/9171 E. 2010/2919 K.
32 Bknz: 13. HD 26.06.2009 gün ve 2009/2287 E. 2009/8952 K.
33 Bknz: 13. HD 27.05.2010 gün ve 2009/15484 E. 2010/7225 K.
34 Bknz: TBB Disiplin Kurulu 13.05.2005 gün ve 2005/96 E: 2005/183 K.
35 Bknz: 13. HD 12.02.2008 gün ve 2007/11708 E. 2008/1869 K

ve buna ilişkin masraf istemesi,[36] tahsil olunan paraların miktarı hakkında müvekkile makul sürede bilgi ve hesap verilmemesi,[37] dava değerinin üzerinde teminat adı altında alınan paranın hesabının müvekkile verilmemesi, iadesi gereken kısmın iade edilmemesi, yargılamaya sebebiyet verilmesi,[38] icra takiplerine devam edilmeyerek takipsiz bırakılması,[39] davaya sadece cevap dilekçesi sunup üst üste iki duruşmaya katılmaması,[40] ilk duruşmaya yetkilendirdiği avukatın katılması sonrasında sonraki iki duruşmaya ne kendisinin ne de yetkilendirdiği avukatın mazeretsiz olarak katılmaması,[41] arka arkaya geçerli bir neden göstermeden mazeret dilekçeleri gönderilmesi,[42] (Yargıtay, gerekçelendirilmiş mazeret dilekçesi verilmesi suretiyle duruşmaya katılmama nedeni ile özen yükümlülüğünün ihlal edilmediğini içtihat etmektedir.)[43] tazminat davasında faiz talep edilmemesi,[44] iki kez mazeretsiz duruşmalara katılmayarak davanın takipsiz bırakılması,[45] gerçekleştiremeyeceği, yerine getiremeyeceği hususların vaat edilmesi, böyle bir işin kabul edilmesi,[46] tahsil için verilen senedin daha önce başka bir iş için kendisinde vekaleti olan başka bir kişiye, bu kişinin haber ve onayı olmaksızın ciro ederek bu kişi adına icra takibi başlatılması,[47] üstlenilen takip dosyalarında işlem yapılmaması,[48] bir çok duruşmaya mazeret bildirerek katılmaması, mazeretsiz olarak davanın takip edilmeyerek işlemden kaldırılmasına neden olunması, bilirkişi raporuna itiraz etmeyerek ilk belirlenenden daha az değer üzerinden davanın kabulüne karar verilmesini talep edilmesi,[49] "icra takip borçlusu Kooperatif aleyhinde başka bir müvekkil adına yapılan icra takibinde bankalardaki alacaklara haciz konulmak suretiyle alacağın daha çabuk ve kolay tahsilinin sağlanmasına rağmen, bu takipte aynı

36 Bknz: 13. HD 26.06.2009 gün ve 2009/2287 E. 2009/8952 K.
37 Bknz: 13. HD 28.12.2009 gün ve 2009/5688 E. 2009/15479 K.
38 Bknz:TBB Disiplin Kurulu 28.07.2006 gün ve 2006/200 E. 2006/278 K.
39 Bknz:TBB Disiplin Kurulu 30.09.2005 gün ve 2005/209 E. 2005/297 K.
40 Bknz: 13. HD 12.03.2013 gün ve 2012/23911 E. 2013/6083 K.
41 Bknz: 13. HD 23.11.2015 gün ve 2015/23279 E. 2015/34142 K.
42 Bknz: 13 HD. 29.01.2009 gün ve 2008/8891 E. 2009/787 K.
43 Bknz: 13. HD 03.07.2014 gün ve 2013/22039 E. 2014/22716 K,
44 Bknz:TBB Disiplin Kurulu 02.02.2007 gün ve 2006/449 E. 2007/39 K.
45 Bknz: 13. HD 2011/6338 E. 2012/884 K.
46 Bknz: HGK 15.07.2009 gün ve 2009/13-290 E. 2009/350 K.
47 Bknz:TBB Disiplin Kurul 28.01.2011 gün ve 2010/555 E. 2011/57 K.
48 Bknz: 13. HD 15.04.2008 gün ve 2008/3367 E. 2008/5412 K.
49 Bknz: 13. HD 20.06.2013 gün ve 2013/8337 E. 2013/16906 K.

yöntem izlenmeyerek sadece gayrimenkul haczi yapılması,[50]'' özen borcuna aykırı davranışlardan bazılarıdır.

Avukatın özen borcu, objektif sorumluluk olup, sonuç itibariyle müvekkilinin zarara uğramaması ve diğer sübjektif nedenler sonuca etkili değildir.[51] Nitekim boşanma davasına verilen cevap dilekçesinde bariz yanlışların ve çelişkilerin olması nedeniyle müvekkil aleyhine zarar verici neticeler doğurmasa da, bu durum, özen borcunun ihlali olarak nitelendirilmiştir.[52]

Avukat, özen yükümlülüğü çerçevesinde dava açmadan önce gereken araştırmayı yapmak ve müvekkilinin zarara uğramasını önleyecek her türlü usulü tedbiri almak zorundadır. Bu kapsamda fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmaması nedeniyle, vekil edenin zararına sebebiyet verilmesi, özen yükümlülüğünün ihlali kabul edilmiştir.[53]

"Avukatın özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini ispat, müvekkile aittir.[54]

Mahkeme kararında, kanun yoluna başvuru süresinin başlangıcı ile ilgili yanıltıcı bilgi yer alsa dahi, bu konuda yeterli düzeyde hukuki bilgiye sahip olan avukat yönünden bir yanılgıdan bahsedilemeyeceğinden karan kanuni süre içerisinde temyiz etmesi gerekir.[55]''

"Vekilin işi özenle yapma yükümlülüğü'', işi yaparken, özenle yerine getirme anlamında bir yükümlülüktür. Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesinin farklarından birini oluşturan "*vekilin sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı faaliyetin özenle yapmamasından sorumlu olması*" özen yükümlüğünü açıklayan güzel bir farktır.[56]

Avukatın buradaki sorumluluğunun, sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı çalışmaların özenle yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluk olduğu unutulmamalıdır. Bir Yargıtay kararında değinildiği gibi "*avukatın sadakat ve özen*

50 Bknz: 13. HD 14.12.2009 gün ve 2009/8351 E. 2009/14675 K.
51 Bknz: 13. HD 2011/6338 E. 2012/884 K.
52 Bknz: 13. HD 12.09.2012 gün ve 2012/13627 E. 2012/19156 K.
53 Bknz: 13. HD 12.03.2012 gün ve 2011/19209 E. 2012/10028 K.
54 Atilla Özen,. a.g.e. s:329
55 Bknz: CGK 02.04.2013 gün ve 2012/14-1533 E. 2013/113 K.
56 Semih Güner, Avukatlık Hukuku s.350

yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği araştırılırken, yaşam deneylerine ve işlerin normal akışına göre, gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekli olup, iş görülürken amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmememesinden sorumludur. İş sadaketle ve özenle görülmüşse, yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine ragmen sonucun elde edilmemesinin rizikosu vekile yüklenemez."[57]

Özen yükümlülüğü, genelde Borçlar Kanunu'nda yer alan bir yükümlüktür. Ancak, avukatın özen yükümlülüğü ile alelâde vekilin özen yükümlülüğü çok farklıdır. Avukat, iş sahibine en iyi biçimde yardım etmek zorunda olan meslek mensubudur.[58]

Avukatın görevi, olayları mantıklı şekilde değerlendirirek, bütün öngörülmesi gerekli şeyleri dikkate almaktır.[59] İşini bilen bir avukat, bilmesi gereken hukuki bilgilerle donanmış olmalıdır.[60] Devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı koşullar, bu bağlamda özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşımaktadır.[61]

Avukat, mesleğinin yerine getirilmesiyle ilgili kuralları iyi bilmek, özümsemek ve bu alanda yapılan değişiklikleri de tüm olanaklarını kullanarak izlemek zorundadır. "Duymama'', "bilmeme'' gibi özürler avukatlıkta gerekçe olarak kullanılamaz.[62]

Avukatın bilmesi gereken hukuki bilgilere gelince; öncelikle yasayı bilmesi gerekmektedir. Yürürlükteki kuralları yakından takip etmekle yükümlüdür. Yasalardaki değişiklikleri, çıkarılan yeni yasaları ve tüzük, yönetmelik gibi diğer yazılı hukuk kurallarını yakından izlemelidir. Ancak, bunları bilmek yetmez. Avukat yargısal kararları da bilmelidir. Yargıtay bir kararında, Federal Mahkeme'nin bir kararına gönderme yaparak "mesleki içtihat dergilerinde çıkan bir kararı bilmeyen bir avukatı'' sorumlu tutmuştur.[63] Bu konuda gelişen teknolojik olanakları da göz önünde bulundurarak, avukatın mensup olduğu

---

57 Bknz: 13.HD. 05.02.1991 T. ve E:7902, K:1070
58 Bknz: 13.HD. 01.03.1991 T. ve E:8301, K:2325
59 Bknz: 13.HD. 27.04.1992 T. E:3413 K:3900
60 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C:II, 1989, s:414
61 Haluk Tandoğan, a.g.e. s:411
62 Bknz: TBB Disiplin Kurulu, 17.01.1998 günlü, E.997/125, K.998/3
63 Feridun Müderrisoğlu, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi,1974,s:305

Baro, Türkiye Barolar Birliği, Yargıtay ve Danıştay Dergilerinde yayınlanmış yüksek mahkeme kararlarını bilmekle yükümlü olabileceğini düşünüyoruz.

"*Avukat, zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul etmez*". Meslek Kuralları'nın 38/11 maddesinde yer alan bu kural, avukata yeteneklerini hatırlatan ve yeteneklerini aşan bir işi almamasını öğütleyen bir kuraldır. Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararları'nın 4. maddesi de "*avukat, zaman ve yeteneklerinin elvermediği işi kabul etmemelidir*" kuralını benimsemiştir.[64] Uluslararası Barolar Birliğinin belirlediği "*Uluslararası Meslek Kuralları'nın*[65] 3.3.2. maddesi "Avukat, kendisinin yetersiz olduğu bir konuda müvekkiline hizmet vermemelidir", 3.3.3. maddesi "*avukatlar, başka işlerinin yoğunluğu nedeniyle derhal yapamayacakları işleri kabul etmemelidir*" kurallarını öngörmektedir.

Avukat, "*aldığı işin uzmanlık alanına girmediğini yahut uzun bir süreden beri hastalığı nedeniyle yasal değişiklikleri takip edemediğini*" ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Avukatlık Kanunu bu bağlamda gerekli olanağı da sağlamıştır." İşi reddetme hakkını'' bu anlamda yorumlamak gerekmektedir.[66]

Vekil, üslendiği işin görülmesi aşamasına, vekil edenin çıkarlarını gözeterek, sonucun elde edilebilmesi için işlerin olağan akışına ve yaşam deneyimlerine göre gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür.

TBK, vekilin özen yükümlüğünün belirlenmesinde açık bir düzenleme yapmamıştır. TBK'nun 506. maddesinin son fıkrasında "*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda* iş ve hizmetleri üslenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır." şeklindeki düzenleme ile genişletilmiş bir yükümlülük alanı yaratmıştır.[67]

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi "*işin özenle ve kendisine ve mesleğine gösterilen güvene yaraşır biçimde yerine getirilmesini*" buyurduğundan, avukatın iş yapma borcunu yerine getirmesinde kusurlu

64 Faruk Erem, Meslek Kuralları (Şerh), Ankara Barosu Yayınları 4, Ankara 1995, s: 106
65 *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1991, S. 4, sh. 607
66 Semih Güner, Avukatlık Hukuku s.354 vd.
67 Semih Güner, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti s:54

davranışından, bilgisizliği ve savsaması ya da deneyimi olamaması gibi durumlarda avukat sorumlu tutulabilecektir. Görevini özenle ve doğruluk içinde yerine getirmeyen avukat, bundan doğan zararlardan sorumlu tutulacaktır.[68]

Avukat, kanunu bilmekle yükümlüdür. Mevzuattaki değişiklikleri, kaldırılan ve yeni çıkarılan yasaları, tüzük ve yönetmelikleri bilmeli, bunları izlemelidir. Avukatın, genelde uğraştığı hukuk alanları ile ilgili yeni kanunlardan haberdar olması ile sınırlı bir kanunu bilmek yükümlülüğü bulunduğunu kabul, gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Zira nadiren karşılaştığı bir hukuk alanına ilişkin olan vekâlet işini üstlendiğinde de, o alandaki kanun değişikliği vb.ni bilmemesi mazur görülemez. Uzun süreli hastalık da, avukatın bilgisizliğini ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasını hoş görmeyi gerektirmez. Avukatın "özen yükümlülüğü" nün söz konusu olduğu alanlardan ilki olan "*inceleme yükümlülüğü"* bakımından, sadece *kanunu* bilmemek yeterli olmayıp *yargısal kararları* da bilmek gerekir.[69]

Avukatın meslekten kişi olarak vekillik görevi yapması sebebiyle "*kendini geliştirme yükümlülüğü"* de bulunmaktadır. Bir avukattan, kendisini geliştirme yükümlülüğü çerçevesinde, önemli *karar derlemelerini, branş dergilerini, şerhleri, tanınmış monografileri* takip etmesi beklenir. Ayrıca, *yargısal kararlardaki değişiklikleri* de dikkatle izleyerek bunlardan haberdar olmalıdır.[70]

III- "*Avukatın özen yükümlüğü"* konusu açıklanırken Avukatlık Kanunu'nun 171/I. maddesine de değinmek gerekir. Bu madde uyarınca; "*Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder''*[71] Bu kural, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m.3'de öngörülen "*Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür"* şeklindeki ilkenin gereğidir.

Bu hüküm, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi' nin "*Avukatlık Ücretinin Kapsadığı İşler*" üst başlıklı 2. maddesinin

---

68 Uçar S., a.g.e. s:20
69 Meral Sungurtekin a.g.e. s:312-314
70 Meral Sungurtekin,. a.g.e. s: 319
71 Murat Aydın, a.g.e s:125 (Ayrıntılı bilgi için bknz.) – M.Haşim Mısır, Avukatlık Disiplin Hukuku, 2009 s:582-vd.

1.fıkrasında "B*u tarifede yazılı avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır."* şeklinde ifade edilmiştir.

"*Avukatlık Ücretinin Belli Bir İşe Hasredilmesi"* üst başlıklı Avukatlık Kanunu'nun 173. maddesinin 1.fıkrasında;

"*Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kararlaştırılan avukatlık ücreti yalnızca avukatın üzerine almış olduğu işin karşılığı olup, mukabil dava, bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra kovuşturmaları veya her türlü hukuki yardımlar ayrı ücrete tabidir"* denilmiştir.

Aynı husus Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi' nin 2. maddesinin 2. fıkrasında;

"*Buna karşılık, icra takipleriyle, Yargıtay, Danıştay…duruşmaları ayrı ücreti gerektirir."*

şeklinde öngörülmüştür.[72]

IV- "*Avukatın özen yükümlülüğünü"* gereği gibi yerine getirilmemesi, avukatın;

a) Hukuki sorumluluğunu[73]

b) Disiplin sorumluluğunu[74]

c) Cezai sorumluluğunu[75]

gerektirir.

Avukatların uygulamada en sık karıştığı (karşılaştığı) suçlar "*görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları"* dır. Avukatlar, Avukatlık Kanunu'nun 62.maddesi'nin atfı nedeniyle gerek avukat sıfatı ile gördüğü işlerden ve gerekse Baro ve TBB organlarındaki görevlerinden dolayı *görevi kötüye kullanma* ve *görevi ihmal suçlarının* faili olabilmektedirler.[76]

---

72 Ayrıntılı bilgi için bknz: Mehmet Akif Tutumlu, /Murat Usta, Vekâlet Ücreti Davası 2017, s:117 vd.

73 Ayrıntılı bilgi için bknz: Semih Güner, Avukatlık Hukuku, s:549-vd., Atilla Özen, a.g.e s: 525- vd.

74 Ayrıntılı bilgi için bknz: M.Haşim Mısır, a.g.e. s:7-vd

75 Ayrıntılı bilgi için bknz: Semih Güner,. a.g.e. s: 525-vd.- Atilla Özen, a.g.e s: 507-vd.

76 Atilla Özen,. a.g.e s: 507

Doktrinde[77] "*ihmal suretiyle işlenen görevi kötüye kullanma suçu*" (TCK m.257/2)' nun unsurları hakkında;

" 'İHMALİ DAVRANIŞLA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (*TCK.m.257/2)'*

***1. Genel Olarak 2. fıkranın* Kapsamı**

5237 sayılı Kanun'un 257/2. maddesinde tanımlanan suç da *görevi kötüye kullanma* suçudur. 765 sayılı Kanunun 230-240. maddelerindeki görevi ihmal (savsama)-kötüye kul-lanma suçu biçimindeki ayrım benimsenmemiştir. Kanun koyucu, görevi kötüye kullanma suçunun icrai davranışla işlendiği gibi ihmali ihmali hareketle de işlenebileceğini kabul etmekte, ancak bu iki fiili kastın yoğunluğu bakımından farklı değerlendirerek, icrai davranışla işlenen kötüye kullanma suçuna göre ihmali davranışa daha az ceza verilmesini öngörmektedir.

257/2. maddedeki suç, görevin gereğini yapmakta ihmal ya da gecikme göstererek işlenebilir. Bu tanım gereğince ikinci fıkradaki suç *ihmali davranışla* işlenmektedir.765 sayılı TCK'nın 230. maddesinde suçun seçimlik hareketlerinden biri de "üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmama" idi.[78] Bu fiil, amirin yasal emrini hiç yerine getirmeme anlamına gelmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesi bakımından kanımızca amirin yasal emri de "görevin gerekleri" içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle, amirin yasal emrini, içeriğine aykırı biçimde yerine getirerek başkasına yarar sağlayan, kamuya zarar veren veya bir kişinin mağduriyetine yol açan görevli de görevi kötüye kullanma suçunu (257/1) işlemiş olacaktır. Aynı şekilde, üstünün yasal emrini yerine getirmemek veya geciktirmek suretiyle aynı sonuçlara yol açan görevli de 257/2. madde ile cezalandırılmalıdır.

2.Korunan Değer, Fail ve Mağdur

Bu unsurlar hakkında icrai davranışla işlenen görevi kötüye kul-

---

77 Osman Yaşar/ Hasan Tahsin Gokcan/Mustafa Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:6, 2.Baskı,2014, s:77-84 vd.

78 "Sanığın, demirbaş ve ayniyat sayımı yapması için amirinin verdiği emirleri yerine getirmemekten ibaret eylemi görevi ihmal niteliğindedir." 4.CD. 5.10.1983, 4174/4629

lanma suçuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar ihmali davranışla işlenen 2. fıkra için de I geçerlidir.

3.Görevli Bulunma Koşulu

Kamu görevlisi failin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan; söz edilebilmesi için ortada failin bir görevi bulunmalıdır. Fakat suçun bu şekli 'bakımından failin görevi uyarınca belirli bir (icrai) davranışta bulunma yükümlülüğü olmalıdır. Fail, görev gereği bir davranışta bulunmak zorunda değilse' ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işleyemez. Böyle bir davranış î yükümü altındaki failin bu davranışı hiç yapmaması veya geciktirerek yapması ile suç işlenmektedir.

Failin görev gereği davranışta bulunma yükümlüsü olup olmadığı, görev mevzuatına, idari geleneklere, emir ve talimatlara göre belirlenmelidir.

4. Görev Gereğine Aykırılık Öğesi

Failin görevi uyarınca yapmak zorunda olduğu davranışı yapmaması veya geciktirerek yapması aslında görevinin gereğine de aykırılık teşkil etmektedir. Kamu görevlisinin bir konuda belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü altında olup olmadığının, göreviyle ilgili kanun, tüzük, yönetmelik, genelge ve benzeri düzenleyici işlemler veya bunlara uygun vasıftaki amirin emrine göre belirlenmelidir. Dolayısıyla, görevin koşullarını belirleyen ilgili kural veya emir gereği yapılması gereken davranışın ihmali davranışla ihlal edilmesi halinde görev gereğine aykırılık öğesinin oluştuğu kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtildiği üzere ihmal veya geciktirme suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun varlığı için, kamu görevlisinin yerine getirmesi gereken bir 'görevi' bulunmalıdır. Böyle bir görev olmayıp da sadece görevli ile idare arasındaki ilişkinin gerektirdiği gibi davranmamak veya kurum düzen ve disiplinini, bozucu davranışlarda bulunmak şeklindeki eylemler sadece disiplin suçunu oluşturur.[79] Esasen

[79] "Nöbetçi tutanak kâtibinin özürsüz olarak göreve gelmemekten ibaret disiplin cezasını gerektiren eylemiyle, görevi savsama suçu oluşmaz." 4.CD. 28.10.1997, 8775/9096 "İlçe Sağlık Grup Başkan Vekili olan sanığın, özürsüz olarak 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı törenine katılmama (ve çelengini memurla

bu tür fiillerin başkasının mağduriyetine, kazancına yol açması veya kamuya zarar vermesi de mümkün değildir.

5.Görevin Gereğine İhmali Davranışla Aykırılık

A. Genel Olarak

Kamu görevlisinin görevinin gerektirdiği davranışı yerine getirmemesi veya geç yerine getirmesi halinde ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlediğinden söz edilir. İhmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunda failin hiçbir şey yapmaması değil, yapmakla yükümlü olduğu davranışta bulunmaması suç sayılmaktadır.

Kanun koyucu, ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunu icrai davranışla işlenenden daha az ceza yaptırımına bağlamıştır. Bu nedenle suçun icrai nitelikte veya ihmali nitelikte işlendiğinin belirlenerek sonucuna göre uygulama yapılması gerekmektedir.

Yargılama sırasında 257. maddenin 1. ve 2. fıkralarından hangisinin uygulanacağını saptamak için hareketin icrai veya ihmali nitelikte olduğu incelenmelidir. 765 sayılı TCK döneminde de Yargıtay tarafından hareketin menfi veya müspet olması ölçütü kullanılmıştır. Buna göre, görevi yapmama veya geciktirme eylemi ihmali nitelikte yani pasif (menfı-edilgen) bir davranışla işlenmekte, yetkiyi kötüye kullanma suçu ise icrai, (etkin-müspet-aktif) davranışla işlenmektedir.

"Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması, görevde yet-

---

gönderme) biçiminde ve disiplin kovuşturmasını gerektirir nitelikteki eyleminde görevi savsama suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden hükümlülüğe karar verilmesi yasaya aykırıdır." 4.CD. 5.6.2002, 8553/10478

"Sağlık ocağı hekimi olan sanığın otopsi için arandığında o anda bulunamamaktan ibaret eyleminin disiplin cezasını gerektirdiği gözetilmeden ve görevi savsama suçunun öğelerinin ne suretle oluştuğu açıklanmadan hükümlülük karan verilmesi yasaya aykırıdır." 4.CD. 27.05.2002 27.5.2002, 6968/9427

"înfaz koruma görevlisi olan sanığın bir gün işe gelmeme ve iki gün geç gelme eylemleri disiplin cezasını gerektirir nitelikte olup görevi savsama suçunun öğeleri oluşmamıştır." 4.CD. 21.9.1994, 3902/6979

"Sanığın bir adet evlenme cüzdanının kaybolmasına yol açmaktan ibaret eyleminde görevi savsama suçunun öğeleri oluşmaz." 4.CD. 19.12.1991, 7168/8130

"Mahkeme yazmanı olan sanığın görev bölümü ile ilgili yazıyı imzalamamaktan ibaret olan disiplin cezasını gerektirebilecek eyleminde görevi savsama suçunun öğelerinin ne suretler oluştuğu açıklanmadan hükümlülük karan verilmesi yasaya aykırıdır." 4.CD. 7.11.1994, 5591/9226

kiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan (pasif, menfi), İkincisinde etkin (aktif, müspet) bir davranış söz konusudur. "[80]

Görüldüğü üzere ikinci fıkrada düzenlenen suç, yapılması gerekeni yapmama veya geciktirme biçiminde işlenmektedir. Bu nedenle hareket unsuru bakımından suçun "ihmal suretiyle icra suçu" niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.[81]

B. Görevin Gereğini Yapmakta İhmal

"Görevin gereğini yapmakta ihmal" kavramı ile 765 sayılı Kanun'un 230. maddesindeki "görevini yapmakta savsama" ifadesi aynı anlamdadır.

Görevinin gereklerini yapmakta ihmal/savsama ifadesi, memurun mevzuat gereği yapmak zorunda olduğu bir *görevi bilerek ve isteyerek hiç yapmaması* anlamına gelmektedir.[82] Bu durumda suçu oluşturan hareketin, görevin gereğini yapmama, hareketsiz kalma biçimindeki menfi (olumsuz)/pasif (edilgen) bir davranış olduğu görülmektedir. Yani ihmal/savsama fiili, ihmali bir davranışla işlenmektedir.[83]

"Belediye başkanı ve muhasibi olan sanıkların, yakınanın tahakkuk ettirilen emeklilik ve tasarrufu teşvik kesintilerini her ayın sonunda bankaya yatırma zorunluluğuna uymamaktan ibaret eylemlerinin TCK'nın 230. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmelidir."[84]

765 sayılı Yasa döneminde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, görevin belirli bir biçimde yapılması gerekirken, başka şekilde yerine

---

80 Bknz: 4.CD. 19.9.1995, 4780/5753. Benzer biçimde CGK'da bu ölçütleri kullanmıştır;
"Görevi kötüye kullanma suçunda etkin(aktif), görevi ihmal suçunda ise etkin olmayan (pasif) bir davranış söz konusudur." CGK. 18.10.2005, 4MD. 96/118; CGK. 8.7.2003, 4MD- 194/214

81 Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku (Özel Kısım) 2005 s. 307.

82 Abdullah P. Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5.Bası, C.II, s. 834; Nurullah Kunter, Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal ve Suiistimal (İÜHFM. 1949, C.XV, S. l, s. 389.) 18.9.2002

83 "Belediye başkanı olan sanığın, ...tanık A.K'a ait izinsiz inşaatı öğrendiği halde işlem yapmaması biçimindeki eyleminin TCY'nin 230/1. maddesine uyan suçu oluşturacağı..."; 4.CD. 18.09.2002 10933/13017

84 Bknz: 4.CD. 9.6.2003, 22802/5487.

getirilmesi de savsama/ihmal kavramına girmelidir.[85] Bu görüş Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Buna göre, fail görev gereği yapmak zorunda olduğu işlemi yapmakla birlikte, bu işlemin yapılması için gerekli yöntemi uygulamamış ise ihmali davranışla suç işlenmiş olur.[86] Bu durumda görevin belirli bir biçimde yapılmasına yönelik olarak ilgili mevzuatta açık bir düzenleme bulunmuş olmalıdır. Örneğin, bir başvurunun özel formu doldurulması gerekirken, normal bir dilekçe ile işin yapılması durumunda görev gerektiği gibi yapılmamış olacaktır. Fakat fiilin bu şekilde işlenmesi durumunda hareketin ihmali olduğu söylenemeyecektir. İşlemin gerektiği gibi yapılmamasında ihmali davranış var ise de, asıl eylem gerekmediği gibi işlem yapmak olacağından icrai bir davranmışla suç işlenmiş olmaktadır.[87] Bu tarz fiillerin, görevi yasaya aykırı yapma biçiminde ve aktif hareketle gerçekleşmesi durumunda 240. maddedeki suçun oluştuğu kabul edilmektedir.[88] Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun açısından benzeri fiillerin 257/1. madde kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Görevin gereklerini yapmakta ihmal eylemi, görevin yapılmaması biçimindeki ihmali hareket ile tamamlanmakta, suç ise kanunda sayılan neticelerin doğması ile oluşmaktadır. Ancak bu suç bakımından, ***suç tarihinin tayini*** kimi zaman güçlük çıkarmaktadır. Bu güçlük, görevin yapılması için kesin bir sürenin bulunmadığı durumlara öz-

---

85 Sahir Erman/Çetin Özek, Kamu Güvenine Karşı Suçlar s. 160.

86 "PTT Başmüdürlüğünde gişe memuru olan sanığın, yönteme aykırı biçimde APS gönderisini kontrol etmeden kabul etmekten ibaret eyleminin TCY'nin 230. maddesine uyan suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan aynı Yasanın 240/2. maddesiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır." 4.CD.22.2.2005, 13734/1280. "Bu hükümden (TCK 230) anlaşılacağı üzere belli bir kamu hizmeti veya görevi yapan memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır." CGK. 6.10.1998, 6-214/296. "...memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya ve düzene göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır." CGK. 11.2.1991,

87 Nitekim bu görüşü ileri süren yazarlar, 240. maddeyle ilgili açıklamaları sırasında görevi gerektiği gibi yerine getirmeme halinde de ortada farklı şekilde yapılan bir görevin ve dolayısıyla bir "fiü"in bulunduğunu, bu nedenle de ihmalin bu türü ile 240. maddedeki suçu ayırt etmenin hayli zor olduğunu belirtilmektedirler; (Sahir Erman/Çetin Özek, age. s. 213.)

88 Sanığın tebliği, muhatap yerine aynı çatı altında oturmayan yakınına yapması biçimindeki aktif eyleminin TCY'nin 240/1. maddesine uyduğu gözetilmeden aynı yasanın 230/1. maddesi ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır. 4.CD. 27.3.2001,2710/3202.

güdür. Buna karşın görevin yapılması için mevzuatta bir süre öngörülmekte ise, sürenin geçmesi durumunda görevin yapılmamış olduğu kesinleşecektir. Örneğin avukatın belirli bir tür davayı açmak için kanundaki sürenin son gününde davayı açmış olması durumunda suç oluşmayacak, buna karşın süreden sonraki gün açması halinde ise ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlenmiş olacaktır.

257. maddedeki suçun objektif cezalandırma şartı içerdiğinin kabul edilmesi karşısında suçun, yükümlü olunan icrai davranışın yapılmadığı ve cezalandırma şartının gerçekleştiği tarihte tamamlandığı düşünülmelidir.

C. Görevin Gereklerini Yapmakta Gecikme Gösterme

Görevin gereklerini yapmakta *gecikme gösterme* ya da kısaca görevi yapmakta *gecikme'*, önceki yasanın 230. maddesinde yer alan "görevini yapmakta gecikme gösteren" ifadesinin karşılığıdır.

Görev gereğini yapmakta gecikme; memurun yapmak zorunda olduğu görevi zamanında yapmayıp, gereken süresinden sonra, geciktirerek yapmasıdır. Suçun bu suretle işlenmesinde gecikmeli de olsa görev yapılmaktadır. Fakat suçu oluşturan neticedeki "yapma" fiili değil, yapmada "gecikme" dir. Aslında görevin yapılması için gereken sürede yapılmamış olması da bir tür "yapmama" biçimindeki ihmali davranıştır.[89] Gecikme suretiyle suçun işlendiğinden söz edilebilmesi için, görevin yapılması gereken belirli sürenin aşılması gerekir. Görevin yapılması için gereken süre ilerlemiş olmakla birlikte henüz dolmamış ise suç işlenmiş sayılamaz.

Belirli bir kamu hizmetini görmekte veya yürütmekte olan kamu görevlisinin, emir veya talep olmaksızın görevinin gereği olarak yerine getirmeye mecbur olduğu bir hususu yapmaması veya kanun ya da nizamen yükümlü olduğu şekilde yapmayıp hareketsiz kalması, yine belirli bir sürede yerine getirmesi gereken bir hizmet yahut hareketi o

89 "SSK hastanesi başhekimi olan sanığın, kendinden önce aynı görevde bulunan ve yürütmeyi durdurma kararının uygulanması amacıyla genel müdürlük tarafından görevine tekrar başlatılmasına karar verilen katılanın göreve başlatılma yazısının gereğini 18 gün geciktirmesinin TCY'nin 228/1. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmelidir." 4.CD. 27.11.2002, 15137/17790

sürede yerine getirmemesi halinde[90] ihmali davranışla kötüye kullanma suçu oluşmaktadır.[91]

Görevin yapılması için gereken sürenin açık ve kesin olarak belirlenmediği hallerde bu sürenin görevin mahiyetinden çıkartılması mümkündür. Aksi halde bir işin yapılması için gerekenden çok uzun bir sürenin geçirilmesini ve bu şekilde kamu zararı veya kişilerin haksız mağduriyeti ya da kazanç elde etmesine bilinç ve iradeyle neden olan failin cezasız kalmasına yasaya aykırı olarak yol açılmış olacaktır. Örneğin suç soruşturması ve kamu davasının açılması için yasada kesin bir süre öngörülmemesine karşın, C. savcısının soruşturma dosyasını iki yıl işlemsiz bırakması halinde, görevin gereğini ihmal ettiği düşünülmelidir. Bu nedenle, görevin yapılması için gereken *makul süre* fazlasıyla geçtiği halde yapılmamış olması veya geç yapılması (ve cezalandırma şartının gerçekleşmesi) durumunda görevi ihmal ya da geciktirme suretiyle kötüye kullanma suçu işlenmiş olur.[92]

Görevi olmadığı halde yaptırılmak istenen bir işin yapılmaması ile bu suç oluşmaz. Hangi işin failin görevi nedeniyle yerine getirilmesi gereken bir iş olduğu, onun statüsü ve görev alanını belirleyen mevzuata göre belirlenmelidir. Fakat ilgili mevzuatta her işlemin açıkça gösterilmiş olması gerekmez. Görevle ilgili kurallar veya idare hukuku usulü ve hatta geleneklerine göre, görevin kapsamı belirlenmelidir. Görevi içinde, yani görevin gereğine uygun bir iş olmak kaydıyla, işin

---

90 Sulhi Dönmezer, Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlanın Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas, (İÜHFM. İstanbul 1945, C.XI. S.l-2, s. 229.)

91 "İcra müdürü olan sanığın yönergeyle yerine getirilmesi istenilen tapu kayıtlan üzerinde haciz işlemini 4 ay sonra yaparak görevini savsadığının anlaşılmasına karşın genel kasıtla işlenen suçta özel kasıt arayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır." 4.CD. 28.05.2002 T. 7492/9487
"Muhtar olan sanığın ikametgâh gereksinimi olan müştekilere bu belgeyi vermemekten ibaret eyleminin TCK'nın 230. maddesine uyduğu gözetilmelidir." 4.CD. 28.4.1999, 3532/6058

92 "APS posta görevlisi olan sanığın, katılan tarafından noterlik aracılığıyla gönderilen bildirimi muhatabına 14 gün sonra ulaştırma biçimindeki eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden ikrara dayalı savunmaya karşın, suçun oluşumunda etkisi bulunmayan gerekçelerle beraat karan verilmesi yasaya aykındır."4.CD. 6.12.2000, 8517/8652.
"C. Savcılığının ilamat işleriyle görevli tutanak yazmanı olan sanığın birçok ilamların gereken işlemlerini yapmama eylemlerinin T.C. Yasasının 230/1. maddesindeki suçu oluşturup oluşturmayacağının tartışılmaması, yasaya aykırıdır." 4.CD. 12.3.1997, 974/1766.

mesai saati içinde veya dışında ya da görev yerinde yahut başka yerde yapılmış olması aranmamaktadır.[93]

Bu noktada kanuna aykırı emir konusuna değinmek gerekir. Ancak bu konuyu hukuka uygunluk nedenleri bahsinde açıklamaktayız.

D. Objektif Cezalandırma Şartları

257. maddenin 2. fıkrasında objektif cezalandırma şartı niteliğindeki öğeler, aynı maddenin ilk fıkrasındakilerle aynıdır. Suçun oluşabilmesi için, görev gereğine aykırı hareketten başka, maddede sayılan; kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama şartlarından birinin de gerçekleşmesi zorunludur. Görev gereğine aykırı harekete rağmen bu cezalandırma şartlarından biri olsun gerçekleşmez ise suç oluşmayacaktır. Sözü edilen objektif cezalandırma şartlarına ilişkin olarak yukarıda ilk fıkra ile ilgili bölümde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

E. Manevi Unsur

TCK'nın 257/2. maddesindeki fiil de doğrudan ve genel kasıtla işlenebilir. Taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin görevinin gereklerini yerine getirmeyi savsadığım veya geciktirdiğini ve fiil neticesinde bir kişinin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olunacağını veya kişilere haksız kazanç sağlamış olacağını bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde manevi unsur teşekkül edecektir.

Yargıtay bir olayda failin o konuda herkese karşı hukuka aykırı davranması nedeniyle mağdurlar yönünden suç kastının bulunmadığına dair yerel mahkeme gerekçesini kabul etmemiştir. Çünkü 230. maddedeki suçta özel kast aranmamaktadır;

"Belediye başkanı ve muhasibi olan sanıkların, yakınanın tahakkuk ettirilen emeklilik ve tasarrufu teşvik kesintilerini her ayın sonunda bankaya yatırma zorunluluğuna uymamaktan ibaret eylemlerinin TCK'nın 230. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden; (sanıklar kesintileri bankaya yatırmayarak görevlerinde özenli davranmamışlar ise de öbür personelin de kesintilerini yatırmadıklarından kasıtla dav-

93 Sahir Erman/Çetin Özek, A.g.e. ,s:158

randıklarına dair somut emare yoktur) biçiminde değerlendirmede bulunan bilirkişi raporuna dayanarak beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır"[94]

257/2. maddesindeki gibi ihmali hareketle işlenen suçlarda kastın varlığının nasıl belirleneceği tereddüt yaratabilmektedir. İhmali suçlarda kasttan anlaşılması gereken, failin objektif unsurları bilerek hareketsiz kalma veya hiçbir şey yapmama hususunda karar almasıdır. Ancak, failin durumun farkında olarak sadece, herhangi bir şey yapma konusunda 'karar almaması' da söz konusu olabilir. Bu tip bir durumda öğretideki egemen görüş durumun bilinmesini kast için yeterli görmektedir.[95]

Görevi yapmada ihmal suçunun, görevi yapmama irade ve bilinci ile işlenmesinin gerekli olması nedeniyle, fiilin görevi bilmeme, yanlış bilme veya unutmaktan[96] kaynaklandığı durumlarda suç oluşmayacaktır. Çünkü bu durumda ihmali davranışın kaynağının kast olmayıp, taksir olduğu anlaşılmaktadır:

"Sanığın aşamalarda değişmeyen, iş yoğunluğu nedeniyle yanlışlıkla işlem yaptığı ve yanılgıyı farkettiğinde de kendisinin durumu C. Başsavcılığına bildirdiğine ilişkin savunması, Dairemizce ….. günü incelenerek karara bağlanan … Asliye Ceza Mahkemesinin …. tarih 2…/... sayılı beraat hükmünün içeriği itibariyle gerçek yaşı nedeniyle evlenme yasağı bulunmayan bir kişiye ilişkin sanık tarafından evlen-

---

94 Bknz: 4.CD. 9.6.2003, 22802/5487.
"...sanığın, görevi gereği anılan karan Ankara Emniyet Müdürlüğü'ne göndermesi gerekirken bu işlemi yapmayarak adı geçenin bir gün gözetim altında kalmasına yol açarak görevini savsadığı anlaşılmasına karşın yeterli ve yasal olmayan ve genel kasıtla işlenen suçta özel kasta ağırlık veren gerekçeyle beraat karan verilmesi yasaya aykırıdır." 4.CD. 20.2.2002, 552/2750
"Bu suç kasten işlenebilen suçlardan olup, oluşması için memur görevini bilerek ve isteyerek savsayacaktır." CGK. 6.10.1998, 6-214/296.

95 Gropp, 372; Stratenwerth, 421; Ak-Seelmann, 13, kn.73; Selahattin Keyman, Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu, 457; nakleden ve aynı görüşte; Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, 2003 s. 237.

96 "Sanık gardiyanın görevi sırasında yalnız uyumasıyla oluşan eyleminde görevini savsama kastı bulunmadığına göre TCK'nın 23/1. maddesi uygulanamaz." 4.CD. 28.10.1986, 6737/7829. "Mahkeme yazmanı sanığın, unutarak duruşma tutanaklarını imzalamamaktan ibaret eyleminde, suçun kasıt öğesinin ne suretle gerçekleştiği gözetilmeden hükümlülük karan verilmesi yasaya aykırıdır." 4.CD. 9.12.1996, 8307/9340.

me belgesine verilen şerh nedeniyle, hakkında dava açıldığı anlaşılmakla anılan hususların araştırılması; iş çokluğu, maddi yanılgı gibi olguların suç kastını ortadan kaldıracağı, eylemin disiplin cezası gerektirebileceği de gözetilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır."[97]

Ancak, bu bilmeme, yanlış bilgi, hata ve unutmaya ilişkin iddialar araştırılırken faile göre (sübjektif) değil, objektif değerlendirme yapılmalıdır. Aynı hal ve şartlardaki ortalama bir görevlinin davranışı göz önünde tutulmalıdır. Gerçekten, uygulamada bu suçun failinin genel savunması; iş çokluğu, deneyimsizlik, hastalık, maddi hata[98], beşeri hata vb. konulara dayanmaktadır. Bu tür, kastın olmadığına dair savunmaların gerçekliği araştırılmalı ve işin özelliği gözetilmelidir. Yargıcın bu savunmanın gerçek mi yoksa bir bahane mi olup olmadığını ayırt etmesi gerekir.[99]

765 sayılı TCK'nın 230. maddesine ilişkin olarak Yargıtay da kimi olaylarda ihmal kastının bulunmadığından söz ederek suçun oluşmadığına karar vermiş, bazı olaylarda ise kasta yönelik araştırma yapılması gereğine işaret etmiştir.[100] Yargıtay, beşeri hata veya iş yoğunluğu savunmalarının olayın özelliklerine uygun, samimi ve ciddi bulunduğu durumlarda suçun oluşmayacağını kabul etmektedir.[101]

---

97 4.CD. 28.1.2004, 803/811.

98 "İki ayrı mahkemece çıkarılan ihzarları birbirine karıştırarak, birinin yanlışlıkla unutulduğunun ve bu yüzden gereklerinin yerine getirilmediğinin kabul edilmesi karşısında, maddi yanılgının suç kastını kaldıracağı gözetilmeden, hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır." 4.CD. 4.11.1996, 7301/8112

99 Manzini, s.325; Antolisei, s. 793, (Şahin Nakleden, age. s. 84)

100 "Sanığın, "il merkezi ve ilçelerdeki benzer işlerde mahkemelerin çoğunlukla başvurduğu bilirkişi benim. İş yoğunluğundan kaynaklanan hata sonucu istenilen bilirkişi görüşü farklı mahkemeye gitmiş" biçimindeki savunması araştırılıp mahkeme uyanlarına yanıt vermemenin iş yoğunluğu ya da insani yanılgıdan kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılmaması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır." 4.CD. 27.05.2002 T. 7141/9350

101 "Ordu PTT'sinde muhabere memuru olan sanığın cevap ücretini kasaya yatırmasına karşın 'cevaplı' şerhini telgrafa yazmamaktan ibaret eyleminin beşeri hatadan kaynaklandığı ve suç kastının bulunmadığı gözetilmeden görevi savsama suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır." 4.CD. 17.3.2003, 18204/799
"Sanığın iş yoğunluğuna işaret eden savunması, tanıkların 'Grup Başkanlığınca yılda 10.000- 15.000 arası soruşturmanın sonuçlandırıldığı ve grup başkanının hepsinin akıbetinden haberdar olmasının söz konusu olamayacağı' yolundaki anlatımları, müfettiş raporunun bir örneğinin gecikmeksizin sanıkça Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığına gönderilmiş olması; anılan raporun matbu yazışma kuralla-

Buna karşın önceki uygulamada Yargıtay, hukuki yanılgının kastı kaldırmadığına karar vermiştir.[102] Belirtelim ki, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde artık hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen "hata" hali kimi olaylarda söz konusu olabilecektir. ''denilmiştir.[103]

Uygulamada, bu konuya ilişkin içtihatlarında **Yargıtay;** masraf verilmediğinden bahisle duruşmaya katılmayacak olan avukat dosyadan istifa ederek durumu müvekkiline bildirmesi gerekirken bunu yapmayarak duruşmalara katılmaması,[104] davayı takip etmeyerek açılmamış sayılmasına neden olunması,[105] icra dosyasında işlem yapmamak,[106] ödeme emrinin tebliğinden sonra hiçbir işlem yapmaması, bilgi isteyen müvekkiline takibin devam ettiğini söyleyerek 3 yıl oyalaması, bu nedenle müvekkilini zarara uğratarak ve başka _L bir vekilin hukuki yardımından yoksun kalmasına sebebiyet vermesi,[107] avukatın bir kısım paraları müvekkiline iade etmemesinden dolayı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan dava açılmışsa da alınan paranın avukatlık ücreti ve bir kısım giderler için alınmış olabileceği, ancak bu konuda avukat tarafından bir belge düzenlenmediği, bu eylemin TCK'nın 257/2. maddesindeki 'görevi ihmal suçunu' oluşturacağı,[108] müvekkilinin aleyhine olan karara karşı temyiz, istinaf veya itiraz gibi yasa yollarına başvurulmaması,[109] müvekkilin aksi yönde kesin talimatı yoksa aleyhe sonuçlanan davanın temyiz

---

rından da kaynaklanabilecek bir yanılgı sonucu Bölge müdürlüğüne de gönderildiğine ilişkin görevlilerce sanığa yanlış bilgi verilmesi olasılığı karşısında; iş çokluğu, maddi yanılgı gibi olguların suç kastım ortadan kaldıracağı gözetilmeden sanığın beraatı yerine hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır." 4.CD. 24.9.2003, 26117/8186

102 "Hukuksal yanılgının suçu ortadan kaldırmayacağı gözetilmeden, genel kasıtla işlenen görevi savsama suçunda özel kasta ağırlık verilerek ve yasal olmayan gerekçelerle beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır." 4.CD. 6.6.1995, 3215/4049

103 Doktrindeki bu konuya ilişkin benzer açıklamalar için bknz: Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi 2007 s:372 vd. – Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6.Baskı,2008 s:745 vd.;757 vd. –Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya Ceza Hukuku (Özel Hükümler) 13. Baskı,1075 vd.

104 Bknz: 4. CD 07.07.2008 T. E:2254 E. K:15675.

105 Bknz: 4. CD 19.01.2009 T. E: 2007/3471, K.:313

106 Bknz: 5. CD 22.11.2013 T. E: 2012/11213 K: 11202

107 Bknz: 5. CD 22.01.2014 T. E:12904 K:662

108 Bknz: 5. CD. 04.06.2014 T. E: 2013/1941 K: 6135

109 Bknz: CGK 18.03.2008 T. E: 2008/9-7 K: 2008/56

edilmemesi,[110] süresi geçtikten sonra temyiz yoluna başvurulması,[111] icra takibi işlemlerinin sürelere riayet edilerek yürütülmemesi, haczedilen taşınmazların satışı için gerekli icra işlemlerinin yapılmaması ve hacizlerin düşmesine sebebiyet verilmesi,[112] duruşma gününden haberi olmasına karşın herhangi bir özrü olmaksızın, müvekkiline de duruşmaya katılmayacağını bildirmeden, kendi yorumuna göre davanın reddolunacağı düşüncesiyle duruşmaya katılmayarak davanın müracaata kalmasına sebebiyet verilmesi,[113] mazeret bildirmeksizin ve başka bir avukata yetki belgesi vermeksizin duruşmalara katılmaması,[114] seçilen ya da atanan müdafiin savunma görevini yerine getirmemesi,[115] Baro tarafından atanan müdafi olarak tüm oturumlara katılması gerekmesine rağmen Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki mütalaanın bildirildiği duruşma ile bu duruşmadan sonraki beş celseye mazeretsiz olarak katılmayıp yargılamanın uzamasına sebebiyet vermesi,[116] müvekkilden masraf ve ücret alınmasına rağmen tutukluluğa itiraz dilekçesi dışında hiçbir hukuki yardımda bulunulmaması, kamu davasının takip edilmeyerek müvekkilinin mağduriyetine neden olunması,[117] icra dosyalarının takip edilmeksizin işlemden kaldırılmasına neden olunması,[118] tevkil yetkisi olmayan genel vekâletnameyi incelemeksizin başka bir avukata devredilmesi,[119] müvekkilden vekaletname ve dosya masrafı alınmasına rağmen vekalet ilişkisine aykırı olarak açılması gereken davanın açıldığının söylenmesi ancak açılmaması, makul süre geçtikten sonra açılması,[120] müvekkillerinden masraf almasına rağmen dava açmamak,[121] davayı takip etmek üzere aldığı vekaletnameyi vekalet ücreti aldığı halde dosyaya sunmaması ve duruşmaya mazeretsiz katılmayarak dosyanın işlemden kaldırılmasına, yasal süre içerisinde yenileme talebinde bulun-

110 Bknz: 4. CD 21.10.2009 T. E: 2008/3090 K: 16886
111 Bknz: 4. CD 06.10.2009 T. E:2008/8209 K:15566
112 Bknz: 5. CD 07.10.2013 T. E: 2012/11274 K: 9715
113 Bknz: 4. CD 28.11.2006 T. E: 2005/10493, K:16896
114 Bknz: 15. CD 20.11.2014 T. E: 2013/3196, K:19394
115 Bknz: 4. CD 17.01.2013 T. E: 2011/6395, K:744
116 Bknz: 5. CD 14.10.2015 T. E:2013/12021, K:15058
117 Bknz: 5. CD 01.10.2015 T. E: 2013/10926, K: 14691
118 Bknz: 4. CD 26.06.2006 T. E: 2005/7465, K:12992
119 Bknz: 4. CD 19.09.2006 T. E:2005/4419, K:14123
120 Bknz: 5. CD 13.01.2014 T. E. 2012/13729,K:316
121 Bknz: 5. CD 26.11.2015T. E: 2013/13825, K:16686

mayarak da davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet vermesi,[122] *görevi ihmal suçu* olarak değerlendirilmiştir. İbranamenin mahkemeye sunulmaması nedeniyle müvekkil aleyhine sonuçlanmasına sebebiyet verilmesi suretiyle görevi ihmal suçunda, suç tarihi olarak '*davanın aleyhe sonuçlandığı*' tarih esas alınmalıdır.[123]

Bir olayda;

- Sanık Av. …… hakkında, …….. C. Başsavcılığı'nın …. tarih, …./…. Soruşturma , …./…. E. ve …/… İddianame No'su ile, … ...Ağır Ceza Mahkemesi'nde "*Görevi Kötüye Kullanma''* suçundan dolayı TCK'nın 257/2 maddesine [124] dayanılarak *kamu davası* açılmıştır.

- Bu iddianame "*Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün … tarih ve ……. sayılı''* 'olur' larına dayanılarak düzenlenmiştir.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün, bahsi geçen 19.01.2017 tarihli 'olur' yazılarında;

"*Av. ……'nın;*

……. Noterliğince düzenlenen …. tarihli ve ….. yevmiye sayılı vekaletname uyarınca bir kısım hukuki işlemlerinin takip etmek üzere müştekinin vekilliğini üstelendiği halde vekillik görevinin gereklerinin yerine getirmediği,

Bu cümleden olarak;

Davacı müşteki vekili sıfatıyla yürüttüğü …. Asliye . Hukuk Mahkemesi'nin …/… Esasında kayden görülen ihtiyati tedbir talepli sözleşmenin feshi ve alacak davasında … tarih ve …. sayı ile davanın kabulüne dair kararın davalı tarafça temyizden feragat edilerek kesinleşmesi ile …. tarihi ile taşınmaz üzerindeki ihtiyati tedbirin kaldırılmasına rağmen, …. tarihinde başlattığı aynı mahkemenin …/… Değişik. İş sayılı dosyası ile dava konusu taşınmaz üzerinde ihtiyati haciz uygulanmasına ilişkin karara istinaden *…. ... İcra Müdürlüğü'nün …/… icra dosyası üzerinden başlattığı takipte vekillikten istifa ettiği, …. tarihine kadar gereğine tevessül etmeyerek*

---

122 Bknz: 5. CD 2012/16008 E. 2014, K:3224

123 Bknz: 4. CD 20.05.2009 T. E:2822, K:9662

124 Her ne kadar düzenlenen iddianamede, sevk maddesi olarak "TCK.m.257/3'' gösterilmişse de, bu madde 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 105.maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır……

taşınmazın üçüncü kişiye davalı tarafça satılması nedeniyle müvekkili müştekinin alacağının tahsilini güçleştirdiği,

Soruşturma dosyası kapsamı ile …. Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildiriminden anlaşılmış, savunmasının mevcut delillerle birlikte merciince değerlendirilip takdir olunmak üzere hakkında kovuşturma izni verilmesinin uygun olacağı kanaat ve sonucuna varılmıştır.

Bu bakımdan; ….. Barosu'nda kayıtlı Av. …….. hakkında soruşturma yapılması gerekli görüldüğünden, iddianame düzenlenerek ….. Ağır *Ceza Mahkemesi'ne verilmek üzere soruşturmaya ait dosyanın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59/1-2 maddesi uyarınca o yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi düşünülmüştür.''*

denilmiştir.

- ……. tarihli İDDİANAME'de;

"*Av. ……..'n*ın,

….. …. Noterliğince düzenlenen …. tarihli ve ….. yevmiye sayılı vekaletname uyarınca bir kısım hukuki işlemlerinin takip etmek üzere müştekinin vekilliğini üstelendiği halde vekillik görevinin gereklerinin yerine getirmediği,

Bu cümleden olarak;

Davacı müşteki vekili sıfatıyla yürüttüğü ….. Asliye ….Hukuk Mahkemesi'nin …/… Esasında kayden görülen ihtiyati tedbir talepli sözleşmenin feshi ve alacak davasında …. tarih ve ….. sayı ile davanın kabulüne dair kararın davalı tarafça temyizden feragat edilerek kesinleşmesi ile …. tarihi ile taşınmaz üzerindeki ihtiyati tedbirin kaldırılmasına rağmen, ….. tarihinde başlattığı aynı mahkemenin …. Değişik. İş sayılı dosyası ile dava konusu taşınmaz üzerinde ihtiyati haciz uygulanmasına ilişkin karara istinaden ……. *İcra Müdürlüğü'nün …/… icra dosyası üzerinden başlattığı takipte vekillikten istifa ettiği, ….. tarihine kadar gereğine tevessül etmeyerek taşınmazın üçüncü kişiye davalı tarafça satılması nedeniyle müvekkili müştekinin alacağının tahsilini güçleştirdiği''*

iddia edilmiştir.

-Hakkında şikayette bulunulan sanık Av. ….. ile şikayetçi ….. arasında düzenlenmiş olan AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ'nin 1. maddesinde;

"Avukatın üzerine aldığı iş; iş sahibinin ……. Şti. ile yapmış olduğu sözleşme gereği, … ili …. Mah. … caddesinde bulunan … ada, … parseldeki gayrimenkulün … blok, ...kat … Nolu bağımsız bölümün satışının iptali ile ilgili ihtar çekmek ve çekilecek ihtarı dayanak gösterip, sözleşmenin feshinden kaynaklı alacak davası açmak ve ayrıca savcılığa, şirket yetkilileri hakkında dolandırıcılıktan dava açmaktır.''

denilmiştir.

Av. …….; bu sözleşme uyarınca, şikayetçi tarafından kendisine ….. ... Noterliğince düzenlenmiş olan ….. tarihli GENEL VEKALETNAME' ye dayanarak;

a) Davalı ……..Şt.' ne ….. tarihinde İHTARNAME göndermiş,

b) …… C. Başsavcılığı'na davalı …….. Şt. hakkında *"dolandırıcılık''* suçundan dolayı ŞİKAYETTE bulunmuş,

c) Davalı …….. hakkında …. … .Asliye Hukuk Mahkemesi'nde *alacak davası* açmıştır.

…. …. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan bu *"TAZMİNAT DAVASI''* hakkında mahkemece …… tarihinde 'kabul' kararı verilmiş ve kararın taraflarca temyiz edilmemesi üzerine bu karar kesinleşmiştir.

- Şikayetçi ….. ….. Baro Başkanlığı'na vermiş olduğu ……. tarihli dilekçesinde;

"……' den bedelini ödeyerek satın aldığı dairenin kendisine teslim edilmeyerek tapunun başkasına devredilmesinden dolayı …… tarihinde Av. …… ile anlaşarak 'adı geçen şirketten tapusunu alabilmesi veya ödediği paraların tarafına iadesinin sağlanması' konusunda dava açmak üzere vekalet verdiğini, dava devam ederken davalıya ait bir gayrimenkule ihtiyati tedbir konulduğunu ancak icra takibine başlayana kadar gayrimenkul üzerindeki ihtiyati tedbirin kalktığını, bu gayrimenkul üzerinde dava bitince ihtiyati tedbir koydurmayarak alacağın tahsilini zorlaştırdığını vb.''

ileri sürmüştür.

- Hakkında şikayet edilen sanık Av……..;, bu şikayet dilekçesinde ileri sürülen hususlar hakkında;

- ü ….. Baro Başkanlığı'na …., …., ….. tarihlerinde savunmasını bildirmiş,
- ü ….. Baro Başkanlığı, ….. tarihinde 'oybirliği' ile 'KOVUŞTURMAYA MAHAL OLMADIĞINA' karar vermiştir.
- ü ……C. Başsavcılığı, …. Baro Başkanlığı'nın vermiş olduğu bu karar hakkında '*yasaya uygun görülmekle itiraz edilmeyeceğini*' …… tarihinde bildirmiş ve şikayetçi ……'nın de kendisine bildirilen bu karara itiraz etmemesi üzerine verilen karar kesinleşmiştir.
- ü Hakkında şikayette bulunulan sanık Av…….; …. C. Başsavcılığı'na muhtelif tarihlerde –örneğin; …., ….., …., …., …, …. tarihlerinde-yazılı savunmasını sunmuştur.
- ü Av……'nın borçlu …… hakkında ….. tarihinde … İcra Müdürlüğü'nde icra takibinde bulunmuş ve yine aynı borçlu hakkında …. Asliye Hukuk Mahkemesi'nden ihtiyati haciz kararı almıştır.
- ü Şikayetçi …. …… tarihinde bir BELGE imzayalarak "…….*Avukatımı, adıma takip ettiği dava ve icra dosyalarının tüm işlemlerinin benim bilgim ve muvaffakatim doğrultusunda yapmış olduğundan kendisini tarafıma karşı olan tüm sorumluluklarımdan gayri kabilirücu ibra ederim''* demiştir.
- ü Hakkında şikayette bulunulan sanık Av. …., …. ...Ağır Ceza Mahkemesi'ne (Dosya No:….) gönderdiği …. tarihli "*görevinin gereklerine aykırı hareket etmediği, görevini ihmal etmediği''* konusundaki yazılı beyanlarını içeren dilekçesinde, şikayetçinin iddialarına ayrıntılı olarak cevap vermiştir.

v

- Hakkında şikayet edilen sanık Av. …. –yukarıda[125] belirttiğimiz gibi- şikayetçi …. ile yaptığı AVUKATLIK ÜCRET SÖZLEŞMESİ' nin

[125] Bknz: Yuk.s:20

1. maddesi[126] uyarınca, borçlu …….. *hakkında;* **a)** İhtar[127] çekmiş, **b)** Alacak davası[128] açmış, **c)** Dolandırıcılık suçundan dolayı C. Savcılığı'na şikayette[129] bulunmuştur.

- …. ….Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı "alacak davasını'' nı kazanan[130] sanık Av. ….. mahkemenin lehine verdiği ilamın kesinleşmesi üzerine -görevinin sona erdiğini düşünerek- ayrıca bu ilamı borçlu hakkında icraya koymamıştır.

Türkiye "Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'' nin, 'Avukatlık ücretinin kapsadığı işler' üst başlıklı 2/(2).maddesindeki;

"*Buna karşılık icra takipleriyle, Yargıtay, Danıştay……. duruşmaları ayrı ücreti gerektirir.*''

hükmü nedeniyle -adı geçen "AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ''nin 1.maddesinde ayrıca müvekkili –şikayetçiye karşı bir taahhüdü bulunmadığı için- kazandığı davada müvekkili lehine verilen ilamı icraya koymamıştır.

Bu nedenle, şikayetçinin …. Baro Başkanlığı'na verdiği …. tarihli 'şikayet dilekçesi' nde ileri sürdüğü "…….. *tarihinde …… Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından konulan ihtiyati tedbirin ….. tarihinde mahkeme tarafından kaldırıldığını bu süreçte avukatı ……'n*ın mahkeme kararını icraya koymayarak kendisine zarar verdiği……..'' hususu varit olamaz. Dava konusu olayda; şikâyetçinin uğradığı zararlarla, açtığı davayı kazanmış ve mahkemece verilen kararın kesinleşmesi ile görevi sona ermiş olan sanığın "şikâyetçi-*müvekkili lehine verilmiş olan ilamı icraya koymama''* şeklindeki davranışı arasında bir 'illiyet bağı' bulunmamaktadır. Çünkü, Çünkü, müvekkili ile yaptığı "*Avukatlık Sözleşmesi*" ile görevi; '*müvekkili adına davalı …….. ŞT. hakkında alacak davası açmak'* olan sanık Av……, vekaleti alır almaz bu davayı açmış, normal süreçte davayı müvekkili-şikayetçi ……. lehine sonuçlandırılmış ve karşı tarafın temyizden feragati sonucunda

126 Bknz: Yuk.s:20
127 Bknz: Yuk.s:20
128 Bknz: Yuk.s:20
129 Bknz: Yuk.s:20
130 Bknz: Yuk.s:20

aldığı bu ilam da kesinleşmiştir. Müvekkili … lehine aldığı ilamın **kesinleşmesi** ile sanık Av……'ın görevi **sona ermiştir.** Bu ilamın kesinleşmesinden sonra davalı …….. ŞT. 'nin mahkemeye başvurup taşınmaz üzerindeki *ihtiyati tedbiri* kaldırtıp, başkasına devretmesinde (davacı-alacaklıdan kaçırmasında) sanık Av. …..'a bir sorumluluk yüklenemez. Eğer şikayetçi …., sanık Av. ….. ile "*Avukatlık Sözleşmesi*" yaparken "Açılacak davanın kazanılması halinde avukatın görevinin sona ermeyip verilen vekaletin ilamın icrası safhasına da kapsayacağı yani ilamın *icrasının da Av. …… tarafından yerine getirileceği*" öngörülseydi o zaman, Av. ……'ın, müvekkili lehine verilen kararı karşı temyiz etse dahi –karşı taraf İİK.m.36'ya göre teminat yatırıp 'tehir icra kararı' verilmesini istemedikçe- hemen – kararın kesinleşmesini beklemeden- icraya koyması (ve taşınmaz üzerine ihtiyati haciz/haciz koydurması) gerekirdi. Bu durumda şikayetçi ……, *ihityati tedbir* kaldırılsa dahi konulan ihtiyati haciz/haciz nedeniyle, taşınmazın davalı …….ŞT. tarafından başkalarına devrinden **zarar görmezdi…**.

Sanık Av…….'nın, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız "*avukatın özen yükümlülüğü''*[131]nün kapsamına girecek bir kusurlu davranışına rastlanmamıştır.

-Sanık Av……., yukarıda belirtilen AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ'nin 2.maddesi gereğince, şikayetçi-müvekkilindeki *'peşin olarak ödeneceği'* öngörülen ücretini dahi alamamış olmasına rağmen lehlerine verilen mahkeme kararından yaklaşık beş ay sonra, müvekkilinin davalı-borçlu hakkında '*icra takibinden'* bulunma teklifini kabul ederek borçlu hakkında -….. tarihinde- icra takibinde bulunmuş ve …. Asliye Hukuk Mahkemesi'nden '*ihtiyati haciz kararı'* almıştır.

"Borçlu hakkında icra takibinde bulunma'' -TBB. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 2/(2). maddesi uyarınca- sanık Av. …. bakımından '*ayrı bir iş'* dir. Sanık Av. ….., müvekkilinin talebi doğrultusunda borçlu şirket hakkında icra takibinde bulunarak bu işte kendisine düşen görevini de yerine getirmiştir.

131 Bknz: Yuk.dipnot: 16-71

- Şikayetçi …. tarafından imzalanıp sanık Av. ….'ya verilmiş olan ….. tarihli İBRANAME BELGESİ de, sanık avukatın aklanması için yeterli bir kanıttır.

Keza, …. Baro Başkanlığı'nın -09.07.2015 tarihinde oybirliği ile alıp hem şikayetçi …'ya ve hem de … C. Başsavcılığı'na tebliğ etmiş olduğu- 'KOVUŞTURMAYA MAHAL OLMADIĞI' na ilişkin karara her iki tarafça da on gün içinde itiraz edilmemesi üzerine ….. tarihinde kesinleşmiş olması da sanık Av……. bakımında onun lehine kabul edilmesi gereken bir kanıttır……