

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.

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. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayıncıdan 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. 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 Pekcanitez

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 Sokak No: 8

06520 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 Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 28. 12. 2018

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 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.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- 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.
- 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 makale** 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.
- 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.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- 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

9 Semih Batur KAYA

Modern Hukukun Belirlenmesi Serüveni Üzerine Bir Deneme / An Essay on the Journey of Defining Modern Law

43 Ayşegül KULA

Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri / General Principles of the Misdemeanors Act

71 Mehmet KARAARSLAN

İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi / Settlement of Conflicts where a Governmental Body is a Party through Alternative Solutions

115 Seyhan SELÇUK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası / Enforcement of the Arbitration Award Given in Accordance with the Civil Procedure Code

141 Fatih GÜNDOĞDU

TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi / Die Beurteilung der Sportgerichtsbarkeit von TFF Schiedsstelle im Hinblick auf das Recht auf ein Faires Verfahren

171 Hilal ÜNAL KAYA

Avrupa Birliği İçerisinde Yargı Kararlarının Serbest Dolaşımı: Sınır Ötesi Takiplerde Banka Hesaplarının İhtiyatı Hazine Yönelik Avrupa Kararı Prosedürü / Free Movement of Verdicts in EU: European Account Preservation Order Procedure to Facilitate Cross-Border Debt Recovery

193 Arif Barış ÖZBİLEN

Mahkeme Kararına Dayanmayan Ad ve Soyadı Değişiklikleri (Nüfus Hizmetleri Kanunu Geçici Madde 8 Hükümüne Bir Bakış) / The Changes of Name and Surname not Depending on a Judicial Decision (A Brief Study on the Provisional Article 8 of the Law on Population Services)

221 İbrahim GÜL

Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları / One-Satisfaction Rule and its Conclusions

239 Yakup KORKMAZ

Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaşılması Sorunu / The Medical Consultation and the Problem of Allocating Fault

303 Yasemin YÜCESOY YILMAZ

Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması / Interest in Commercial Affairs and the Application of the Supreme Court

331 Sercan UÇAR

6360 Sayılı Büyükşehir Kanunu Hükümleri Işığında Çekte "Düzenlenme Yeri" ve "İbraz Süresi" Kavramları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler / Some Determinations and Assessments on the Concepts of "Place of Issue" and "Period of Representment" in Cheques in Light of Metropolitan Municipality Law Numbered 6360

355 Kadriye BAKIRCI

"Alternatif" Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla "Alternatif" İş Hukukuna Doğru / Towards an Alternative Employment Law Through the Use of Alternative Dispute Resolution by Mediation

393 Özgür OĞUZ

İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurumun İşverene Rücu Hakkı / Right To Recourse of the Institution in Case of Occupational Accidents and Diseases

başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Mesleğimizi icra ederken karşılaştığımız önemli sorunlardan biri, bazı başsavcılıklarca ceza soruşturma dosyalarının vekâletname veya baro tarafından görevlendirme belgesi ibraz etmemiş avukatlarca incelenmesinin engellenmesidir.

Hukukun temel ilkelerine, Anayasamıza ve kanunlarımıza aykırı bu uygulamaya göre; avukat önce işi kabul ettiği anlamına gelen vekâletnameyi sunacak, ancak bundan sonra dosyayı inceleyebilecektir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre bir avukatın kendisine teklif edilen işi ret ya da kabul etme "hakkı" olduğu gibi, 38. maddede sayılan hallerde işi reddetme "zorunluluğu" vardır.

Öyleyse avukatın kendisine teklif edilen işi "kabul edip etmeme hakkı"nı kullanabilmesi ve "reddetme zorunluluğu"nun bulunup bulunmadığını tespit edebilmesi için, dosyayı, vekâletname sunmadan incelemesi bir zorunluluktur.

Buna rağmen bazı Cumhuriyet başsavcılıkları, soruşturma evresinde dosyayı incelemek isteyen avukatın talebini; Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) yer alan "soruşturmanın gizliliği" ve "müdafinin dosyayı incelemesi" ibarelerini öne sürerek reddedebilmektedir.

Oysa "soruşturmanın gizliliği" kuralını öngören CMK'nın 157. maddesi, bu kurala, başka bir kanun hükmüyle istisna getirilebileceğini de öngörmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu; açık ve tartişma götürmez bir şekilde gizlilik kapsamını daraltan hükümler içermekte ve avukata vekâletname veya baro tarafından görevlendirme belgesi ibra etmeniz soruşturma dosyasını inceleme yetkisi vermektedir.

Yine CMK 157. madde, soruşturmanın gizliliği kuralının, “savunma hakkına zarar vermeyecek şekilde uygulanması” hükmünü de içermektedir. Avukatın vekâletname olmaksızın soruşturma dosyasını inceleme talebini reddeden uygulayıcı, en başta, dayanak olarak öne sürdüğü kanun maddesini çiğnemektedir.

Şu halde Avukatlık Kanunu'nun avukata “vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleme” hakkı veren 46/2. maddesinin, ceza soruşturması dosyalarını da kapsar şekilde yorumlanması bir zorunluluktur. Zira uygulayıcı, kanunu uygularken, kanunun diğer maddelerini hükümsüz kılacak şekilde yorum yapamaz.

Başta 1136 sayılı Avukatlık Kanunu olmak üzere yürürlükteki kanun hükümleri bir bütün olarak incelendiğinde, avukatların vekaletname veya görev belgesi ibraz etmedikleri ceza soruşturması dosyalarını görme hak ve yetkilerinin bulunduğu açıktır. Bunun için yeni bir yasal düzenlemeye de ihtiyaç yoktur.

Aksine bir yorum, uygulamacıları kanun koyucu yerine koyacağından hem kanuna hem Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Cumhuriyet başsavcılıklarında görevli yüzlerce savcı ve memurun görebildiği bir dosyanın, Avukatlık Kanunu uyarınca sır saklama yükümlülüğü bulunan, Avukatlık Meslek Kuralları çerçevesinde baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin disiplin yaptırımlarına tabi olan avukatlara gösterilmemesinin hiçbir dayanağı olamaz.

Türkiye Barolar Birliği olarak, burada sözünü ettiğimiz sorun da dahil olmak üzere, meslektaşlarımızın görevlerini yaparken karşılaştıkları engelleri ortadan kaldırmak için var gücümüzle çalışıyoruz.

Avukatların başlıca sorunlarını bir liste olarak hem kamuoyu ile paylaştık hem Adalet Bakanlığı'na sunduk. Bakanlık yetkilileriyle görüşmelerimiz, çözüm odaklı bir anlayış çerçevesinde ve olumlu bir mecrada yürüyor. Yargının pek çok sorunu var. Bu sorunlar, avukatları dışlayarak çözülemez. Ancak el birliğiyle çözeceğiz. Buna inanıyorum.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

MODERN HUKUKUN BELİRLENMESİ SERÜVENİ ÜZERİNE BİR DENEME

AN ESSAY ON THE JOURNEY OF DEFINING MODERN LAW

Semih Batur KAYA*

“Observe how parts with parts unite
In one harmonious rule of right;
See countless wheels distinctly tend
By various laws to one great end”¹.

Özet: Hukukun ne olduğu sorunu oldukça sofistike bir sorundur. Bu sorun özellikle iktidar ilişkisi söz konusu olduğunda beraberinde pek çok tartışma getirmektedir. Bu bağlamda temelde iki yaklaşım söz konusudur. Birinci yaklaşıma göre hukuk iradenin bir türevidir. Egemenin her buyruğu hukuktur; egemenin iradesi hukuk olmalıdır. Tekel ve tekil bir iktidar kurgusu ile çıkan bu yaklaşım kanımızca sorundur. İkinci yaklaşım ise hukuku aşkın değerlerde yani deyim yerindeyse idealar dünyasında aramaktadır. Bu yaklaşıma göre hukuk tinsel bir iradenin ürünüdür. Ancak bu yaklaşım da sorundur. Zira bu her iki yaklaşımda organik bir benzerlik ve hukukun iradeye indirgenmesi söz konusudur. Nitekim her iki irade de otoriter ve totaliter rejimlere kapı aralayabilmektedir. İşte bu noktada kanımızca hukukun belirlenmesi serüveni anayasacılık ve bunun beraberinde getirdiği değerler dizisinden oluşmalıdır. Buna göre hukuk çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri üzerinde temellenmektedir. Çünkü bu şekilde bir yandan hukukun norm sorunu diğer yandan hukukun irade sorunu çözümlenmektedir. Sonuç olarak bize göre modern hukuk bilişsel bir devrimin sonucudur. İleride kitaplaşacak bu çalışmanın amacı modern hukukun ne olduğu sorunu üzerine provokatif bir tartışma başlatmaktır.

Anahtar Kelimeler: Haklar, Modern Hukuk, Hukukun Belirlenmesi Serüveni, Çoğulcu Demokrasi, Hukuk Devleti, Anayasal Demokrasi

* Arş. Gör., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, semih.batur@yahoo.com

¹ W. Holdworth, A History of English Law, Cilt XIII, Methuen and Sweet & Maxwell, London 1952, s. 704.

Abstract: The issue of defining the law is a sophisticated issue. This issue brings about several debates particularly when it comes to relationship with the power. In this context, there are two fundamental approaches. The first approach suggests that law is a derivative of the will. Each order of the dominant power is the law; the will of the sovereign should be the law. We believe that his approach appears with the single and autonomous power is problematic. The second approach seeks the law in extreme values, in other words, in the world of the ideal. According to this approach, law is the product of unworldly will. However, this approach is also problematic. There is an organic similarity in both approaches and the law is reduced to the will. Likewise, both wills can open doors to the authoritarian and totalitarian regimes. At this point, we have the opinion that the journey of defining the law should lead the constitutionalism and the relevant series of values. In this case, the law is founded on the pluralistic democracy and the principles of the state of law. In this way, the norm problem and the self-control problem of the law can be solved.

Keywords: Rights, Modern Law, Journey of Defining the Law, Pluralistic Democracy, State of Law, Constitutional Democracy

Giriş

Hegel, birey-devlet arasındaki ilişkide ontolojik önceliği devlete vermektedir.² En yüce görevi devletin üyesi olmak olan bireyler karşısında devlet, en ulvi doğruyu temsil etmektedir. Diğer taraftan “özgürlük de ancak devlet içerisinde en ulvi doğruya ulaşır”. Hegel’e göre, bireyin “hakikate ve etik yaşam” a sahip olmasının yolu devletten geçmektedir.³ Hegel der ki: “Eğer devlet, sivil toplumla karıştırılır, amacı da mülkiyetin ve kişisel özgürlüğün güvenliği ve korunmasından ibaret kabul edilirse, bireylerin çıkarı, uğruna etrafında birleşilen nihai gaye olur. Diğer yandan bu yolla Devlet’e üyelik seçenekli hale gelir... Oysa Devletin bireyle ilişkisi oldukça farklı bir türdür. Devlet objektif tin olduğu için, birey, objektifliğe, hakikate ve etik yaşama ancak Devlet’in bir üyesi olmak yoluyla sahip olabilir”.⁴

² Modern öncesi dönemlerde hukuk köken ve gelecek bakımından Tanrıya dayandırılıyordu. Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, Routledge, New York 2002, s. 44. Gerçi hukukun tanrıya dayandırılan ontolojik meşruiyetinin yerine hukukun devletin türevi olduğu anlayışının gelişmesi modern bir olgudur ve modern olduğu kadar da demokratik hukuk devletine geçiş sürecinde bir ara basamak olduğu ölçüde de yerindedir.

³ Zühtü Arslan, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu Batı Dergisi*, 3. Baskı, Ankara 2012, 67-89, s. 70.

⁴ Akataran, Arslan, a.g.e., s. 70-71.

Modern devletle⁵ cisimleşen iktidar oldukça karmaşık siyasal ve sosyal ilişkilerin bir sonucudur. Ancak her ne kadar form bulsa da iktidar modern devletle birlikte de arkaik özelliklerini korumakta ve yaşam rejimini oluşturmaya eğilim göstermektedir. İktidar bu yönüyle yaratıcıdır. Ancak iktidarın yaratıcılığı hukuk olgusu söz konusu olduğunda daha bir sofistike bir hale bürünmektedir. İktidar ilişkilerinin hukuku gerekli kıldığı doğrudur; fakat iktidar ilişkilerinin aynı şekilde hukuk olgusunu da doğurduğu savı çok tartışmalıdır. Şüphesiz iktidar gücünün temel alametinin hukuk yaratıcılığı olduğunu belirtmektedir. Bu ona norm gücü ve eylemsellik kabiliyeti katmaktadır. Dolayısıyla burada esas tartışma baş göstermektedir: İktidar, yani irade hukukun yaratıcısı mıdır değil midir? Veya iktidar hukukun yaratıcısı olmalı mıdır olmamalı mıdır? Kanımca burada evleviyetle hukuk nedir veya ne olmalıdır sorusunun yanıtını bulmak gerekir.

Hukuk nedir sorunu beraberinde iki temel soruna işaret etmektedir. Hukukun norm ve irade sorunu olarak şekillenen bu iki sorun hukukun belirlenmesi serüveninde hukuk olgusunun yapıtaşı niteliğindedir. Bu yapıtaşları sayesinde hukukun kimliğinin tespit edilmesinde pozitivist eğilimden⁶ de doğal hukuk eğiliminden de sıyrılmış olunur. Hukukun norm sorunu hukuk devleti ile aşılabilir. Esasında hukuk devleti olgusu tam da bu sorunu çözmektedir. Hukuk devleti maddi ve biçimsel olmak üzere bir bütünlüğü ortaya koyar. Buna göre hukuk devleti maddi yönüyle insan onurunu siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde gerçekleştirilmeyi hedeflemektedir. Hukuk devletinin amacı hukuksal belirliliği, güvenilirliği ve öngörülebilirliği sağlayarak insan hak ve özgürlüklerinin iktidar iradesi karşısında korunmasını sağla-

⁵ Değişen içeriğiyle modern olgusu antik çağın yapı taşlarıyla ilişkilidir. Modern olgusu eskinin yeniye aktarımının bir fotoğrafı ve farkındalığıdır. Ayrıca Habermas'ın düşünceleri için bkz. Jürgen Habermas, "Modernity – An Incomplete Project", içinde H.Foster (ed.), Postmodern Culture, Pluto Press, London 1985, s.9. Ayrıca bu bağlamda modernitenin parametreleri için bkz. Christopher Pierson, The Modern State, Routledge, 2. Baskı, New York 2004, s. 28. Kanımızca modern olgusu bilişsel bir evrimin devrimsel bir dönüm noktasıdır. İşte modern devlet de bu bilişsel devrimin bir sonucudur.

⁶ Hukuk mhteşem bütünlüğü ile devleti de yaratır. Bize göre devlet iradesi hukukun kökeninde ve geleceğinde yegane belirleyici bir konumda değildir. Dolayısıyla pozitivist eğilim hukuku devlet iradesinin veya iktidarın diğer görünüm biçimlerinin bir türevi olarak görmekteyken biz burada hukuku modern anlamda bilişsel bir gelişim sürecine bağlamaktayız.

maktır. Biçimsel yönden hukuk devleti de nitelikli bir normlar toplamı oluşturarak hukuku hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi bakımından işlevsel kılmaktır.

Hukukun bir diğer temel sorunu olan irade sorunu da çoğulcu demokrasi ile aşılabılır. İrade sorunu matematiksel bir çoğunluğa indirgenemez. Çünkü her bir irade ayrı bir anlam dünyasını, ayrı bir yaşamı temsil etmektedir. Dolayısıyla her irade siyasal ve sosyal karar alım sürecine aynı oranda katılmalı, aynı oranda nimetlerinden yararlanmalı ve külfetlerinden sorumlu tutulmalıdır. Çoğulcu demokraside hukuk devletiyle oluşturulan nitelikli normlar bütünü aynı zamanda modern devletin demokratik pratiğini, bir diğer ifade ile hareket kabiliyetini de belirler, tanımlar ve sınırlandırır. Böylelikle yönetim faaliyetinde insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda norm ve iradenin mükemmel bütünlüğü sağlanır. İşte çalışmada hukukun belirlenmesi serüveni söz konusu bu norm ve irade sorununun aşılması üzerinde temellendirilmektedir. Dolayısıyla çalışmada mümkün olduğunca pozitivist ve idealist yaklaşımların dışında bir paradigmayla hareket edilmeye çalışılmaktadır.

A. Modern Hukukun İktidar Sorunu

1. Modern Hukuku İktidarın Türevi Olarak Gören Anlayışın Kökeni

Hukukun ne olduğu sorunu oldukça sofistike tartışmalar beraberrinde getirmektedir. Hukukun kökeni sorunu olarak da adlandırılabilir bu sorun oldukça geriye gitmektedir. Gerçekten de doğal hukuk ve hukuksal pozitivism bağlamında ve bunların motivasyonunu aldığı maddeci ve idealist görüşler çok eskiden beri tartışmalara konu olmuştur. Her ne kadar arkaik bir sorun olsa da hukukun kökenini modernite ile birlikte ele almak ve modern devlet ve onun iktidar pratiği üzerinden açıklamak yerinde olur. İktidarın somut bir formu olan modern devlet ve bunun hukukla ilişkisi bu bakımdan ilgi çekici gözükmektedir. İşte burada bu nedenle hukukun ne olduğu sorunu veya bir başka söylemle hukukun irade sorunu Machiavelli, Bodin ve Hobbes üzerinden açıklanacaktır. Çünkü onların görüşleri modern düşüncenin de iktidar ve hukukun da ilişkilerini görece bize somutlaştırmaktadır.

Machivelli insanının doğasında kötülük bulunduğunu sık sık dile getirmektedir. Ona göre insanlar genellikle nankör, kaypak, ikiyüzlü, tehlikeler karşısında ürkek ve kazanç düşkünü varlıklardır. Kötü olan ve verdikleri sözleri tutmayan insanlar yalnızca zorunlu oldukları zaman iyi davranırlar. Ancak yakalanmadan kötülük yapmak seçeneğine ve özgürlüğüne sahip oldukları an her yerde kargaşa ile düzensizliği götürmekten kesinlikle geri durmazlar. İnsanlar iyilikten daha çok kötülük yapmaya her zaman daha hazırdırlar.⁷ Herkes daha fazla güç daha fazla iktidar peşinde koşar. İktidar elde edilmesi istenen en üstün şeydir.⁸ Machiavelli'nin Prensi en üstün emretme gücüne sahiptir ve bu anlamda egemenin ta kendisidir. Egemen devlete içkin olan egemenliğin kullanıcısı ya da sahibi olarak algılandığından Machiavelli'nin Prensi esasında ardında kurumlarla donanmış bir yapıyı, yani "devlet"i ifade etmektedir. Nitekim Ona göre Prens'in etrafında iktidarın yüceliği, yasalar ile devletin ve yakınlarının desteği vardır.⁹

Geleneği ve geçmişi olan iktidar, yani belirli bir zaman var olmuş iktidarın devamlılığı daha kolay olur. Prens'in bu tür iktidarlarda iktidarlarını koruma durumu yeni bir prensliğe göre daha kolay olur.¹⁰ Bunda geçmiş iktidarda kalan anıların rolü de vardır.¹¹ Dolayısıyla burada var olanın statikliği ve bunun belirli bir devamlılığı ve alışkanlığı oluşturma durumu bulunmaktadır. Bu iktidar için de böyledir. Buna iktidarın geçmişi arttıkça bu geçmişten aldığı var olma ve devam etme kaynağının artışı etkinliği denilebilir. İktidarın geçmişi arttıkça köklenme ve yayılma hızı artar. Çünkü iktidar bu şekilde ontolojik meşruiyetini çözer ve topluluğun belleğinde belirli bir episteme, bilgi ve yönetim pratiği oluşturur. Bu nedenle bundan sonra bu iktidarın etkinliğinin azalma durumu çok zor olur. Bu durum ancak topluluğun veya diğer bir etkenin dinamikliğinin iktidarın var olan statikliğini çözmesi ile söz konusu olabilir.

İyi bir iktidarda tek bir hükümdar bulunur ve geriye kalanlar tamamıyla kuldur. Yönetim için hükümdar çeşitli yöneticiler atar ve

⁷ Mehmet Ali Ağaogulları ve Levent Köker, Tanrı Devletinden Kral Devlete, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 180.

⁸ Ağaogulları ve Köker, a.g.e., s. 182.

⁹ Ağaogulları ve Köker, a.g.e., s. 187-188.

¹⁰ Nicolo Machiavelli, Prens, Remzi Kitabevi, 3. Basım, İstanbul, 2016. s. 10.

¹¹ Machiavelli, a.g.e., s. 25.

bunları dilediği biçimde konumlandırabilir.¹² Tekil ve tekel iktidar ve geriye kalanların tamamıyla kul olma durumu iktidarın bütünlüğü için oldukça güçlü bir tutkaldır. Çünkü egemenden başka özne ve irade yani herhangi bir iktidarı olan veya herhangi bir biçimde aday olabilen yok, geriye kalanlar ve her şey iktidar amacıyla ancak araçtır. Bu heterojen olan, birden çok değişkeni olan denklem ve iktidar biçimi değildir; bu tek bir değişkeni olan bir denklem ve homojen bir iktidar biçimidir. Bu iktidarı bütünüyle tek ve tekel olan egemenin varlığıyla koşullandırma durumudur.¹³

Normun politika, iktidar bağlamında, yönetim bağlamında ve yaşamın tüm boyutlarında ve genel olarak bütün boyutlarda toplum belleğini oluşturmadaki rolü vardır. Norm bir toplulukta belirli bir iktidar ve yönetim belleği oluşturur. Bu iktidar norm ile daha güçlü olur ve daha da devamlılık kazanır. Norm iktidar için dinamik bir kaynaktır ve tutkaldır. Norm topluluğu iktidara bağlı olarak homojen bir duruma getirir, iktidarla bütünleştirir; bu nedenle norma dayalı iktidar daha güçlü, dirençli olur ve daha zor yıkılır. Yıkılınca da yeniden kurulumu daha kolay olur.

Prens iktidarını korumak ve devam ettirmek için gerektiğinde ahlaki ve erdem değerlerinden vazgeçebilir ve kötülüğün tüm yollarını kullanabilir. Çünkü temel amaç iktidar ve bunun devamlılığıdır.¹⁴ Prens korkutucu, acımayan olmalıdır. Machiavelli'ye göre bireyler nankör, hakikatsiz, tehlikeler karşısında korkak ve açgözlüdür; ihtiyaç duyulduğunda yanında değillerdir. Bu nedenle egemen bireylere güvenmemelidir.¹⁵ Mücadele etmenin iki yolu olduğu bilinir; biri normlar yoluyla diğeri de zor kullanarak. Birinci yol insana özgüdür, ikinci yol hayvanlara; ancak ilk yolla birlikte ikinci yolu da egemen kullanmalıdır. Bu nedenle bir egemen hem insani hem de hayvani özellikleri iyi kullanmalıdır. Bu nedenle iktidar ve mücadele için egemenin yarı insan yarı hayvani bir yönü olmalıdır. Prens çıkarı için vaadini tutmayabilir ve hatta tutmamalıdır; gerektiğinde yalancı ve ikiyüzlü veya tilki gibi olmalıdır.¹⁶

¹² Machiavelli, a.g.e., s. 22.

¹³ Machiavelli, a.g.e., s. 24.

¹⁴ Machiavelli, a.g.e., s. 77.

¹⁵ Machiavelli, a.g.e., s. 82.

¹⁶ Machiavelli, a.g.e., s. 85-86.

Egemenlik sosyal sözleşmelerde ve daha sonra anayasalarda somutlaşan bir olgudur.¹⁷ Egemenliğin somutlaşması modern düşüncenin kurumlaştırılmasının bir sonucudur. Bodin Devletin Altı Kitabı (1576) adlı eserinde egemenliği “bir devletteki yurttaşlar ve tebaa üzerindeki en üstün, mutlak ve daimi yetki/güç” olarak tanımlamaktadır. Egemenlik “en büyük emretme gücü”dür ve bu güç “ne yetki ve görev bakımından ne de muayyen bir zamanla sınırlı”dır. Bodin’e göre, bireylere emir verme yetkisine sahip olan egemen ister bir kişi isterse bir heyet olsun onun otoritesi mutlak, bölünmez ve daimidir. Egemenliğin mutlak olması, onun yapabileceklerinin hiçbir sınırının olmaması anlamına gelir. Zira kayda ve şarta bağlı olan bir hükümdar egemen değildir.¹⁸ Bodine’e göre her istikrarlı siyasi yönetimin hiyerarşik olarak örgütlenmesinin kaçınılmaz olduğunu belirtir. Sürdürülebilir her devletin tüm yönetim yetkilerini kapsayan tek bir üstün otorite merkezine sahip olması zorunludur.¹⁹

Bodin’e göre, egemen olan kişi ve kurul bağlayıcı kanunlar yapma yetkisine sahip olduğu gibi, kanunları uygulamada da hiç kimsenin sınırlandırılmasına tabi değildir. İster monarşi, ister aristokrasi isterse demokrasi biçiminde olsun her devlette mutlaka bir egemenin bulunması gerekir. Zira siyasal toplumun birlik ve bütünlüğünü ancak egemen güç sağlayabilir. Kanun ihdas etmek ise özünde tebaaya emir verebilmek demektir.²⁰ Tabanın egemene itaatten başka bir seçeneği yoktur. Dolayısıyla tebaanın egemene sınır koyması mümkün değildir. Bireylerin egemenin meşruluğuna direnme hakları yoktur. Bu durum iktidarın mutlak olmasının mantıki bir sonucudur. Bu nedenle egemen hukuk bakımından hata yapmaz ve sorumlu tutulamaz. Hukuk egemen için bir yükümlülükten ziyade bir lütuf veya erdem meselesidir. O halde, yetkisi üzerindeki sınırlandırmalara rağmen, siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde Bodin’in egemeni mutlaktır, hukukun kaynağıdır ve başkalarının rızasını sağlama gibi bir zorunluluğu yoktur.²¹

¹⁷ Leon Duguit, *Law in the Modern State*, Çev. Frida ve Harold Laski, B. W. Huebsch, London 1919, s. 1.

¹⁸ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi*, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 384.

¹⁹ Erdoğan, (2017), s. 383.

²⁰ Erdoğan, (2017), s. 383-384.

²¹ Erdoğan, (2017), s. 384-386.

Hobbes'e göre *devletin amacı, bireysel güvenlidir*. Doğal olarak özgürlüğü ve başkalarına egemen olmayı seven insanların, devletler halinde yaşarken kendilerini tabi kıldıkları sınırlandırmanın nihai nedeni, amacı veya hedefi, kendilerini korumak ve böylece daha mutlu bir hayat sürmektir. *Bu güvenlik doğal hukukla sağlanamaz. Çünkü adalet, hakkaniyet, tevazu, merhamet ve, özet olarak, bize ne yapılmasını istiyorsak başkalarına da onu yapmak gibi doğa yasaları, bunlara uyulmasını sağlayacak bir gücün korkusu olmaksızın, bizi taraf tutmaya, kibre, öç almaya ve benzer şeylere sürükleyen doğal duygularımıza aykırıdır. Kılıcın zoru olmadıkça ahitler sözlerden ibarettir ve insanı güvence altına almaya yetmez. Bu nedenle, doğa yasalarına rağmen, (bu yasalara uyulmak istendiğinde ve güvenlik içinde uyulması mümkün olduğunda) kurulu bir iktidar yoksa veya bu iktidar güvenliğimiz için yeterince büyük değilse; herkes, bütün diğer insanlara karşı korunmak için, kendi gücüne ve kurnazlığına dayanacak ve üstelik bunu meşru olarak yapabilecektir.*²² Hobbes'e göre bu durumda güvenlik *"Tek bir karar verici tarafından yönetilmeyen bir çoğunlukla da sağlanamaz. Tek karar verici sürekli olmalıdır."*²³

Hobbes'e göre insanlar şeref ve itibar için sürekli rekabet halindedir. Dolayısıyla insanlar arasında kıskançlık ve nefret, ve en sonunda da savaş çıkar. İnsanlar arasında ortak çıkar özel çıkardan farklıdır ve onlar arasında özel çıkar üstün gelir. Akıl nedeniyle diğerlerine nazaran daha akıllı ve toplumu yönetmeye daha yetenekli olduklarını düşünürler, yenilik ve değişiklik yapmaya çalışırlar ve bu şekilde kargaşaya neden olurlar. İyiyi kötü, kötüyü iyi gösterebilme yeteneğini bulundurlar, iyi ve kötünün görünürdeki oranını değiştirmeye yönelik yetenekleri vardır. Bilgeliklerini göstermeyi ve devleti yönetenlerin eylemlerini denetlemeyi severler. İnsanların mutabakatı doğal değil yapaydır. Bu nedenle onların mutabakatını sabit ve sürekli kılmak için, ahit dışında başka bir şey daha gereklidir; yani, hepsini korku içinde tutacak ve eylemlerini ortak faydaya yöneltecek genel bir güç.²⁴

Hobbes'a göre bir devleti oluşturmanın tek yolu bireylerin tüm kudret ve güçlerini, tek bir kişiye veya hepsinin iradesini oyların çok-

²² Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 133.

²³ Hobbes, a.g.e., s. 134-135.

²⁴ Hobbes, a.g.e., 135-136.

luğu ile tek bir iradeye indirgeyecek bir heyete devretmeleridir. Yani kendi kişiliklerini taşıyacak tek bir kişi veya heyet tayin etmeleri ve herkesin, bu kişi veya heyetin, ortak barış ve güvenlikle ilgili işlerde yapacağı veya yaptıracığı şeylerin amili olmayı kabul etmesi ve kendi iradesini o kişi veya heyetin iradesine ve muhakemesine de onun muhakemesine tabi kılmasıdır. Bu onaylamak veya rıza göstermekten öte bir şeydir; herkes herkese, senin de hakkını ona bırakman ve onu tüm eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılman koşuluyla, kendimi yönetme hakkını bu kişiye veya bu heyete bırakıyorum demişçesine, herkesin herkesle yaptığı bir ahit yoluyla, hepsinin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleridir. Bu yapıldığında, tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk, bir devlet, olarak adlandırılır. İşte o Ejderhanın veya ölümsüz Tanrı'nın doğuşu böyle olur.²⁵

Hobbes'a göre uyruklar hükümet şeklini değiştiremez. Egemen güçten vazgeçilemez, Hiç kimse, çoğunluk tarafından belirlenen egemenin kuruluşuna, adaletsizlik etmeden karşı gelemez. Egemenin eylemleri uyruklar tarafından eleştirilemez. Egemenin yaptığı hiçbir şey, uyruk tarafından cezalandırılmaz. Uyruklarının barışı ve savunulması için neyin gerekli olduğuna egemen karar verir. Uyruklara hangi düşüncenin öğretileceğine egemen karar verir. Yargılama ve anlaşmazlıkları çözme hakkı da egemene aittir. Egemenin bu hakları bölünemez.²⁶ Norm koyma yetkisinin tümü egemene aittir. İyiyi ve kötüyü, yasal olanı ve yasal olmayanı belirleme hakkı egemenindir. Toplum yasalarını, yani devlet yasalarını egemen yapar. Yargılama ve anlaşmazlıkları çözme hakkı da egemenindir. Egemenliğin bu hakları, bir başka deyişle parçaları bölünemez bir bütündür. Bu haklar temel ve bölünemezdir ve onlardan biri herhangi bir şekilde terk edilemez ve bu nedenle bu haklar, egemen güçten feragat edilmesi dışında, asla yok olamaz.²⁷

Bodin'den sonra Leviathan'ı yazan Hobbes klasik egemenlik anlayışının ikinci büyük düşünürüdür. Hobbes ayrıca devleti hem başlangıçta onu kuran halktan hem de aynı zamanda iktidar sahiplerinin kişiliğinden ayırmakla da modern devlet kavramının ilk kapsamlı teo-

²⁵ Mete Tunçay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 229-230.

²⁶ Tunçay, a.g.e., s. 231-237.

²⁷ Hobbes, a.g.e., 141-144.

risini oluşturmuştur.²⁸ Lane'e göre Hobbes'un egemen iktidar modelinin dört kilit unsuru vardır. İlk olarak devlet egemenliğe sahiptir. İkinci olarak egemenlik en başta insanların uymakla yükümlü oldukları kanunları koymayı ifade eder. Üçüncü olarak hukuk egemenin buyruğudur. Dördüncü olarak da devletin rasyoneli, yani mantığı ve gerekçesi, anarşiden kaçınmaktır.²⁹ Hobbes da Bodin gibi egemenliği en üstün hukuk yaratma otoritesi olarak niteler. Gerçekleştirmeyeceği ve kaldırmayacağı hiçbir kanun olmadığından, egemenin hukukla bağlı olması düşünülemez. Dolayısıyla Hobbes egemen prens veya halka, herhangi bir yasal ya da anayasal kısıtlamayı göz önüne almama hakkını kayıtsız ve şartsız tanımaktadır.³⁰ Egemen zaten ortak yarar için kanunlar yapmak üzere var olduğundan, kanunun adilliği hakkında hüküm vermeye kalkışmak saçmadır; zira iyi ve kötü eylemin ölçüsü egemenin koyduğu hukukun kendisidir. Hobbes "hukukun emir teorisi"nin kurucusudur, Leviantan'da hukuku "başkaları üzerinde haklı olarak emretme yetkisine sahip olan kişinin sözü" olarak tanımlamıştır. Hobbes "örf ve adet" biçimindeki eski hukuk tanımını tamamen terk ederek, hukukun yöneten otorite tarafından ilan edilen, tamamıyla insan yapısı bir olgu olduğunu ileri sürer. Bu tanıma göre yegâne "temel hukuk" egemenin koyduğu kurallara tebaanın itaat etmeleri gereğidir. Bunun dışında bir doğal yasa söz konusu değildir. Egemenin kanun koyma yetkisi mutlak olduğundan, egemenle tebaa arasındaki ilişki hukuk tarafından düzenlenemez. Hobbes "hukuk"la pozitif hukuku kastetmektedir. Ve "iyi ve kötü fiillerin ölçüsü"nü bu hukuk sağladığı için de adaletsiz kanun diye bir şey yoktur.³¹ Egemenlik hukuk yaratmak demektir. Egemen herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir ve egemenin hukukla bağlı olması düşünülemez.³²

Hobbes'e göre norm bir emirdir. "herhangi bir kişinin bir başkasına verdiği bir emir de değildir ama; daha önce belirli bir kişiye itaat etmeye zorunlu kılınmış birine, o kişi tarafından verilmiş bir emirdir. Toplum normu ise *persona civitatis* olarak adlandırılır. "Toplum yasa-

²⁸ Erdoğan, (2017), s. 387.

²⁹ Erdoğan, (2017), s. 387.

³⁰ Leo Strauss, "Tabii Hak ve Tarih" içinde Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 286.

³¹ Erdoğan, (2017), s. 388-390.

³² Erdoğan, (2017), s. 391.

sı, her uyruk için, sözle, yazıyla veya iradenin bir başka yeterli işaretiyle, doğru ve yanlışın ayırdedilmesi için, yani neyin kurala aykırı olup neyin olmadığını ayırdedilmesi için kullanılmak üzere, devletin uyruklarına emrettiği kurallardır. Yasalar haklı ve haksız gösteren kurallardır; haksız olarak bilinip de bir yasaya aykırı olmayan hiçbir şey söz konusu değildir. Devletten başka kimse yasa yapamaz; zira tabiyet yalnızca devlettedir.³³ Norm yalnızca egemen tarafından konulur ve kaldırılır. Egemen güç, normlara tabi değildir; mutlak özgürdür. Norm egemen gücün iradesi ve iznine bağlıdır. Doğal hukuk ile toplum normları aynı bütünün parçalarıdır. Bunlar farklı norm türleri değildir. Doğal hukuk ile toplum normları birbirini içerir. Adalet, hakkaniyet ve kadirbilirlikten ve bunlara dayalı diğer ahlak erdemlerinden oluşan doğal hukuk doğa durumunda, tam anlamıyla yasa değil, insanı barış ve uyuma teşvik eden niteliklerdir. Doğal hukuk, yalnızca bir devlet kurulduğunda, gerçekten yasa hükmü kazanır, daha önce değil; zira ancak o zaman devletin buyruğu ve devletin yasası haline gelir. İnsanları ona uymaya zorlayan şey egemen güçtür. Neyin adalet, hakkaniyet ve ahlaki erdem olduğunu tayin eden ve bunları bağlayıcı kılan sadece egemen güçtür. Toplum yasalarına uymak doğal hukukun bir parçasıdır. “Doğal hukuk ve toplum yasaları farklı yasa türleri olmayıp aynı bütünün parçalarıdır”. Bunlardan yazılı olanlar toplum normları, yazılı olmayanlar ise doğal hukuk veya doğa normları olarak ortaya konulur. Doğal hukuk, yani doğal hak ve özgürlükler toplum normları ile sınırlanabilir; zaten norm koyucunun hedefi de budur. Bu yapılmadığı takdirde barış ve huzur olmaz. Hukukun yaratılış nedeni, insanların doğal özgürlüğünü sınırlamaktan başka bir şey değildir; öyle ki insanlar birbirlerine zarar vermesinler, ancak yardım etsinler ve ortak düşmanlarına karşı bir araya gelsinler. Yazılı ve yazısız tüm normlar güç ve yetkilerini egemenin iradesinden alır.³⁴

Görüldüğü gibi gerek Machiavelli, gerek Bodin, gerekse Hobbes, hukuku egemenin iradesine indirgemektedir.³⁵ Buna göre egemenin

³³ Hobbes, a.g.e., s. 200-201.

³⁴ Hobbes, a.g.e., s. 201-203.

³⁵ Bunlara Rousseau da eklenebilir. Gerçekten de Onun “genel iradesi” tam da bu noktada somutlaşmaktadır. Ona göre yasa her zaman doğru olan genel iradenin bir eylemidir. Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev. Ayşe Meral, Alfa Yayınları, İstanbul 2016, s. 58-59.

buyruğu hukuktur; hukuk ancak egemenin iradesinden neşet eder. Üstelik buyruğu hukuk olan egemen koyduğu hukukun altında veya onunla özdeş de değildir. Zira egemen ihdas ettiği hukukun da üzerindedir. Bu durum bu teorisyenlerin iktidarı, yani egemenliği tekil ve tekel olarak görmesinin bir sonucudur. Dolayısıyla burada anayasacılık düşüncesinden eser yoktur. Egemen irade yanılmazdır, bölünmezdir. Bu yaklaşımın en somut kurucusu ise John Austin ve Hans Kelsen'dir. Kelsen "saf hukuk kuramında"³⁶ yukarıdaki teorisyenlerin irade ve hukuk bağlamındaki düşüncelerini sistemleştirmiştir.³⁷ Biz bu makalenin genişletilmiş biçiminde Austin ve Kelsen'i özellikle ele alacağız; ancak burada buna yalnızca değinmek yerindedir.

2. Değerlendirme: Hukukun İktidar Sorunu ve "Devlet Akılı"

Hukukun iktidar sorunu veya bir başka ifade ile hukukun irade sorunu ile "devlet akılı" arasında organik bir bağ vardır. Bu organik bağ bize devlet aklının da kodlarını vermektedir. Çünkü hukuku iktidarın, yani iradenin bir türevi olarak gören anlayış ister istemez yaşam pratiğinde devlet aklına kapı aralamaktadır. Kapının aralanmasından sonra ise iki anlayış birbirlerine dönüşmekte, birbirlerinin akışını sağlamakta ve birbirlerini beslemektedir. İktidarı gökyüzünden yeryüzüne indirilmiş tinsel bir olgu olarak gören yaklaşım hukuku da bu tinsel gücün formu olarak tasarlanan modern devletin bir türevi olarak görmektedir. İlginçtir devlet aklının teorisyenleri aynı zamanda hukuku devletin bir türevi olarak görümlerdir.

Devlet akılı belirli bir siyaset ve yönetim anlayışını, bir bütün olarak belirli bir devlet zihniyetini ifade etmektedir.³⁸ Şüphesiz devlet akılı olgusu belirli bir hukuk anlayışını da içermektedir. Siyaset ve hukuk iç

³⁶ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Nora Kitap, 1. Baskı, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, 2016.

³⁷ Esasında Kelsen'den önce burada John Austin'e değinmek gerekir. Zira Ona göre "Hukuk biliminin konusu pozitif hukuktur: Tam anlamıyla yasa olarak adlandırılan, siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı yasadır... Bir yasa, kelimenin gerçek ve tam anlamında, akıl sahibi bir varlığa yol göstermek için, onun üzerinde gücü olan akıl sahibi (diğer) bir varlıkça koyulan bir kural olarak tanımlanabilir." Bkz. John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş, Tekin Yayınları, İstanbul 2015, s.27. Austin hukukun belirlenmesi serüveni adlı kapsamlı çalışmamızı beklemektedir.

³⁸ Mithat Sancar, "Devlet Akılı" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2014, s. 15.

içe araçsal kurumlardır. Siyasetin kökeni de hukukun kökeni de devlet ve onun aklının eseridir. Türev olan siyaset ve hukuku amaca giden yolda işlevsel birer düşünce ve değerler bütünüdür. Bu yönüyle devlet akli modern devletin oluşumunda ve kurumsallaşmasında bir zihniyet başlangıcını ifade etmektedir.

Sancar'ın da belirttiği gibi kabaca tasvir etmek gerekirse modern devlet, feodal parçalanmışlığın coğrafi ve siyasi merkezileşme yoluyla aşılması sonucu ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan modern devlet, iç ve dış egemenlikle donanmış territoryal egemenlik birliği olarak tanımlanabilir. Bu yapının ana rahmine düştüğü anı 15. Yüzyıla kadar götürmek olanaklı ise de, esas olgunlaşmaya başladığı dönemin 17. Yüzyıl olduğu söylenebilir.³⁹ Ortaçağ'ın siyasal sisteminin çözülmesi ve yerini modern devletin alması her açıdan köklü bir dönüşüm süreci olmuştur. Zira burada söz konusu olan, içerde yerel ve kesimsel iktidarları çökertecek, idarenin ve hukukunun birliğini, bütünlüğünü sağlayacak, şiddet araçlarını kesinleşmiş sınırlar içerisinde tekel altına alacak, dolayısıyla tüm tekellerin en önemlisi silah ya da şiddet tekelini elinde tutacak, dini dünyevi alanın dışına çıkaracak, birbirleriyle mücadele halindeki toplumsal katmanları belirli sınırlar içinde tutacak ya da zorunlu görünüyorsa bu güçlerden birini imha edecek, dışa karşı koruyucu gümrükler meydana getirecek, sınırları koruyacak, yeni pazarlar fethedecek bir devin leviathan'ın doğuşudur.⁴⁰

Bu bakımdan devlet akli doktrini bakımından merkezi soru şudur: “Şayet devlete bir yarar sağlayacağı umuluyorsa, hükümdar etik kurallardan ve yürürlükteki hukuktan sapabilir ya da açıkça haksızlık yapabilir mi?” İşte bu soruya olumlu cevap verilmesiyle devlet akli doktrinin temeli atılmış olunur. Ancak burada “devletin bekası”nın sağlanmasının siyasal eylemin nihai amacı olması gerekir. Tarihsel açıdan bakıldığında, devlet aklına uygun siyasal eylemin ön koşulunu da, hükümdara, değişen iç ve dış şartlara göre serbestçe hareket etme imkân ve yeteneğini tanımak teşkil eder. Şüphesiz siyasal eylem, her dönemde olduğu gibi bu dönemde de içkin ve dışsal sınırlara tabi olmuştur. Fakat bu doktrin, “eylemin sınırları” konusunda da belirleyici kararı verme yetkisini, bizzat eylemin aktörüne, yani tarihsel

³⁹ Sancar, a.g.e., s. 16.

⁴⁰ Sancar, a.g.e., s. 17.

olarak hükümdara tanır.⁴¹ Devlet akli doktrinin geliştiği dönemde, siyasal eylemin meşruluk referansının ve sınırlarının, “kutsal” otoriteye ve ona dayanılarak kurulan “kutsal” öğretiye göre belirlendiği düşünülecek olursa, söz konusu bu doktrinde öngörülen siyasal eylem mekanizmasının işlemlerini sağlayacak en elverişli yolun, bir “kutsal”ın karşısına bir diğer “kutsalı” çıkarmak, yani siyasal eylemin merkezi birimi olarak “devlet”i tanrısallaştırmak olduğu söylenebilir. İşte modern devlet ya da leviathan, yani görmeyen, işitmeyen, kendisine dokunulamayan, ancak her şeye kadir, her yerde hazır ve nazır olan yapı, esasında bir tür yeryüzü tanrısı, bu uğraşların bir sonucu olarak meydana geldi.⁴²

Bununla beraber devlet akli doktrininin temelinde yatan sorun, farklı şekillerde güncelleştirilebilmektedir: Örneğin Nazi hukuk anlayışını dile getiren “hukuk, halka yararlı olan şeydir” sloganı ya da Hitler’in “halkın esenliği, kanun maddelerinin üstündedir” sözü veya “devletin bekası her türlü mülahazadan önce gelir”, “hukuk, devletin korunmasında zaaf yaratırsa, bir kenara bırakılabilir” gibi deyimler, hep aynı zihniyeti yansıtır.⁴³ Ancak Sancar’ın da belirttiği gibi bu zihniyetin tarihi, ancak “kir” ve “kan” ile yazılabilir.⁴⁴ Yine Meinecke’ye göre etik ve hukuk kurallarının ihlalinin yarattığı sürekli bir “kirlenme”, devlet aklının özünde vardır. Devlet aklının gereklerine göre harekete eden bir devlet, sürekli “günah işlemek” zorunda kalır. Tarihin her çeşit örnekten oluşan dokusu içinde devlet aklının kırmızı, ama neredeyse her zaman “kan kırmızı” rengini teşhis etmek kolaydır.⁴⁵

Devlet aklının değinirken Machiavelli’den mutlaka söz etmek gerekir.⁴⁶ Makyavelizm’den “siyasal başarı için zorunluluk doğrultusunda davranmak, dolayısıyla gerekiyorsa kötülüğü seçmek” anlaşılır.⁴⁷ Machiavelli amaç-araç ilişkisini oldukça net bir biçimde ortaya koymaktadır. Ona göre insanların, hele hele herhangi bir itiraz mahkemesine izin vermeyen prenslerin eylemlerini yargılamak söz konusu

⁴¹ Sancar, a.g.e., s. 19.

⁴² Sancar, a.g.e., s. 19.

⁴³ Sancar, a.g.e., s. 24.

⁴⁴ Sancar, a.g.e., s. 25.

⁴⁵ Sancar, a.g.e., s. 26.

⁴⁶ Peter S. Donaldson, Machiavelli and Mystery of State, Cambridge University Press, New York 1988, s. 111.

⁴⁷ Ağaogulları ve Köker, a.g.e., s. 228.

olduğunda araçlara değil amaca bakılır. Bir prens, amaç olarak devleti elde etmeyi ve korumayı seçsin o halde araçları hep övgüye değer bulunacak ve herkesçe övülecektir. Dolayısıyla prens gerektiğinde sahtekârlık, hile, şiddet ve cinayet gibi yollara başvurabilir. Vatani, ister alçaklıkla ister onurla olsun korumak gerekir; tüm araçlar iyidir. Devletin esenliği söz konusu olduğunda herhangi bir birey adalet ya da adaletsizlik, insanlık ya da vahşet, övünç ya da utanç gibi hiçbir düşünce tarafından durdurulmamalıdır;⁴⁸ yani bunlara aldırış etmeden kendisini amacına götürebilecek tüm araçları kullanılmalıdır.⁴⁹

Machiavelli'ye göre güç ve şiddet hiçbir ahlaki değer taşımaz. Ancak ne var ki, siyasette son hükmü veren daima güçtür ya da gücü içeren virtu'dur; ahlakilik ise, hemen her zaman acizdir. Şu halde, yapılması gereken şey, ahlak ile siyasetin birbirinden ayrı tutulması ya da daha doğrusu siyasetin ahlaki değerlerin hükmünden kurtarılmasıdır.⁵⁰ Bununla beraber, ister bir monarşi ister bir cumhuriyet olsun, Machiavelli için gerçek bir devlet yasalarla işlemeli ve genel iyiliği gözetmelidir. Fakat devlete yüklenen bu özellik, Makyavelizmi dışlamakta hatta devlet aklına kapıyı açmaktadır. Amaç devletin kurulup sürdürülmesi ve bu sayede ortak iyiliğin gerçekleştirilmesi olduğunda, en ahlaksız olarak nitelendirilebilecek bir araç bile siyasal açıdan meşruluk kazanmaktadır. Gerçekten de devlet aklı olgusu anlam olarak Machiavelli'nin düşünceleri arasında yer almaktadır. Zira O, Makyavelizmin bir uzantısı olarak, devletin iyiliği için yapılan hiçbir eylemin ahlaki bakımdan sorgulanmamasını ya da hukuksal kurullarla bağlanmamasını kabul eder. İster prens ister halk zorunlu ise yasaların bile dışına çıkabilir.⁵¹

Görüldüğü gibi devlet aklı siyasi ve hukuksal bir anlayışın sembolik adıdır; bu devlet merkezli bir felsefedir. Bu felsefe devleti bizatihi bir amaç ve "kendinde varlık" olarak görür. Buna göre iktidar; ahlak, adalet ve hukuktan bağımsız olup, bunlardan önce gelmektedir.⁵²

⁴⁸ Zaten Machiavelli burada otokratik yönetimin doğasıyla ilgilenmektedir. E. A. Rees, *Political Thought from Machiavelli to Stalin*, Palgrave Macmillan, New York 2004, s. 1.

⁴⁹ Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 228-229.

⁵⁰ Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 229-230.

⁵¹ Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 232-233.

⁵² Mustafa Erdoğan, "Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var Mı?", *Doğu Batı Dergisi*, 13, 3. Baskı, Ankara 2012, 47-59, s. 48-49.

Devlet aklının yasası devlet adamına devletin sağlamlığını ve gücünü koruması için ne yapması gerektiğini söyler. Bu düşüncenin temel var-sayımı politika ile ahlak ve adalet arasında bir çatışmanın var olduğu ve bu çatışmada belirleyici olanın politika olması gerektiği fikridir.⁵³ Burada devlet kudretinde üstün bir değer ve bu değerın hukukla etkileşimi söz konusudur.⁵⁴

Öte yandan devlet aklının hukuk devleti üzerinden değerlendirilmek gerekir. Çünkü devlet akli hukuk devletinin tam karşısında konumlanır. Hukuk devleti sosyo-politik sistemin yapı ve işleyişi bakımından hangi esaslara dayanması ile ilgili siyasi ve hukuksal bir idealdir. Bu idealin özünü de, devletin meşruluğunu kendisinin bir güç organizasyonu olarak var olmasından değil, üstün bir hukukilik anlayışından, "hukuk" denmeyi hak eden evrensel bir normlar manzumesinden alması gereği oluşturmaktadır. Burada gerek maddi gerek biçimsel açıdan bir normlar bütünü ve en tepesinde anayasa⁵⁵ söz konusudur. Bunun doğal bir sonucu olarak hukuk devleti, devletin hukukla bağlanması ve hukukla yetkilendirildiği ölçüde ve çerçevede faaliyette bulunabilmesi; ayrıca kaba kuvvet ve keyfilik yerine önceden belli edilmiş, herkes için geçerli kuralların, yani devlet aklı yerine hukukun egemen olması demektir. Dolayısıyla hukuk devleti anlayışına göre hukuk yoksa devlet de yoktur; hukukun olmadığı yerde var olan sırf örgütlü bir şiddettir.⁵⁶ Hukuk devleti yalnızca kendini hukukla kayıtlayan devlet demek değildir; o aynı zamanda bireylere hukuki güvenliği sağlayan devlet anlamına da gelir. Yine hukuk devleti, hukukun, hukuk uygulamasının ve bütün devlet pratiğinin eşitlik ilkesini gözetmesini, bireyler arasında keyfi olarak -bu arada dünya görüşüne ve hayat tarzına göre- ayırım yapılmamasını zorunlu kılar. Hukuk devleti, onları ister "insan" (insan hakları), ister "kişi" (medeni haklar/hukuk), isterse "vatandaş" olarak (siyasi haklar) muhatap alsın, her durumda bireylere eşit muamele etme yükümlülüğü altında olan devlet demektir.⁵⁷

⁵³ Erdoğan, (2012), s. 48-49.

⁵⁴ Rees, a.g.e., s. 1.

⁵⁵ Blandine Kriegel, *The State and the Rule of Law*, Çev. Marc A. LePain and Jeffrey C. Cohen, Princeton University Press, New Jersey, 1995, s. 11

⁵⁶ Erdoğan, (2012), s. 55.

⁵⁷ Erdoğan, (2012), s. 55.

Devlet hukuksal bir olgu olmak zorundadır. Hukukun dışında devlet bir tür leviathan'a dönüşür. Nitekim Troper'in de belirttiği gibi devlet her ne kadar sosyal bilimlerin konusu olsa da, öncelikle hukuki bir kavramdır ve yalnızca hukuki olarak tanımlanabilir.⁵⁸ Dolayısıyla şu soruların cevabı hukuk devletinde açıktır: Devleti kim ve nasıl yönetmeli? Bu sorular kendi içerisinde iktidarın norm ve irade sorununu barındırmaktadır. İrade sorunu çoğulcu demokrasi ve norm sorunu da ancak hukuk devleti ile aşılabılır.

B. Modern Hukukun Belirlenmesini Sağlayan Kodlar: Hak, Hukuk Devleti ve Çoğulcu Demokrasi

1. Genel Olarak

Devlet ulusal hukuk sisteminin kişileştirilmiş veya bir başka deyimle somutlaştırılmış halidir. Bu bakımdan devlet ulusal bir yasal düzen tarafından oluşturulan topluluktur.⁵⁹ Bu bağlamda devletin temel normu ise anayasadır. Bu temel, iktidar ve kurumları için norm sınırlılığı ve engeller yaratır.⁶⁰ Anayasa bu özelliğini üstün norm olması ile elde eder.⁶¹ Anayasanın vazgeçilmez temel ilkeleri veya bir başka deyimle kendisiyle beraber getirdiği değerler dizisi vardır. Bu değerler anayasacılığın özünden kaynaklanan kuvvetler ayrılığı⁶², hukuk devleti ve çoğulcu demokrasidir. Bunlar formel ve maddi anlamda devletin hukukunu teşkil eder. Dolayısıyla devletin hukuku demokratik hukuk devleti veya diğer bir söylemle anayasal demokrasidir. Şu halde modern devletin oldukça sofistike iki temel sorunu olarak hak, norm ve irade sorunlarından söz edilebilir. Hukukun belirlenmesi serüveni bu sorunlar üzerinde şekillenir. Bu bağlamda ilk olarak hak sorunu, ikinci olarak hukuk devleti ve üçüncü olarak çoğulcu demokrasi incelenecektir.

⁵⁸ Michel Troper, "Hukuki Devlet Kuramı Üstüne", içinde Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 341.

⁵⁹ Hans Kelsen, General Theory of Law, and State, Çev. Anders Wedberg, Oxford University Press, London 1949, s. 181.

⁶⁰ Ronald Dworkin, Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge 1986, 355.

⁶¹ Dworkin, (1986), 356.

⁶² Abbe Sieyès'in belirttiği gibi "anayasa devletin içsel yapılanmasını, farklı kamu güçlerinin içsel örgütlenmesini, bunların zorunlu bağlantılarını ve aralarındaki karşılıklı bağımlılığı kuşatan bir kavramdır. Anayasa, güçlerin akıllı bir şekilde dağıtılmasıyla ilgili politik önlemlerin alınmasını da öngörür. Bu sayede, toplumsal fayda sürekli hale gelir ve bu güçler hiçbir zaman tehlikeli olmaz. Anayasa kavramının gerçek anlamı budur". Aktaran İsensee, a.g.e., s. 213.

2. Hakları Daha Çok Ciddiye Almak

Haklar bireyi özne haline getiren yegane dirimsel kaynaklardır. İnsan haklarıyla birey haline gelip özneleşmektedir. Dolayısıyla insanın ne kadar çok ciddiye alındığı hakların ciddiye alınmasına bağlıdır. Zira insan haklarıyla vardır. Şu halde haklar bir siyasi ve hukuki rejiminin belirlenmesinde en önemli ölçüttür. Peki küresel anlamda yönetimler bireylerin ahlaki ve siyasi haklarına saygı duymakta mıdır? Dworkin'in de belirttiği gibi günümüzde bu tür soruların öncelikli tartışma konusu haline gelmesine şaşırılmamalıdır. Siyasi bir toplumun bölünmeye uğradığı, işbirliği ya da ortak bir hedef için verilen uğraşlar anlamsızlaştığı zaman haklar kavramının, özellikle yönetime karşı sahip olunan haklar kavramının gündeme gelmesi oldukça doğaldır.⁶³ Bu bağlamda hakların iktidara karşı konumlanmasında ortaya çıkan sorunları teker teker tartışalım.

Birincisi iktidarın hukuk üretmi yoluyla ihdas ettiği haklar sorunudur. Bu sorun hukukun kökeni ve geleceğini yakından ilgilendirmektedir. Bu konuda pozitivist yaklaşım ve doğal yaklaşım olmak üzere iki temel yaklaşımdan söz edilebilir. Birinci yaklaşım esas anlamını Austin'in şu sözlerinde bulmaktadır: *"Her pozitif hukuk veya basitçe ve harfiyen bu şekilde adlandırılan her hukuk bir egemen kişi veya egemen kişilerden oluşan bir egemen organ tarafından, bu kişi veya organının egemen veya üstün olduğu bağımsız bir siyasi toplumun bir üyesine veya üyelerine uygulanır. Başka bir ifadeyle bir monark veya belirli sayıda kişiden oluşan egemenlik tarafından, otoritesine tabi konumda olan bir kişiye veya kişilere uygulanır."*⁶⁴ İkinci yaklaşımda ise bir tutarlılık olmamakla birlikte çoğunlukla, en azından köken bakımından hukukun kökenini aşkın değerlerde, idede, irade üstü olgularda aramaktadır. Biz burada her iki yaklaşımın da yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Özellikle modern hukukun kökenini ve geleceğini bilişsel bir evrime ve bu doğrultuda atılan devrimsel adımlarda olduğuna inanıyoruz. Buradaki bilişsel evrim modernite ile yakından ilgili iken devrimsel adım ise anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak genel ilkeler, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisine ilişkindir.

⁶³ Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, Dost Yayınevi, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara 2007, s. 223.

⁶⁴ Austin, a.g.e., s. 139.

İkincisi bireyler iktidarın norm yoluyla ihdas ettiği hakların dışında birtakım haklara sahip midir? Biz eşyanın tabiatının beraberinde getirdiği determinist bağ ve bu bağın oluşturduğu yasalar dizisinden oluştuğunu öngörmekteyiz. İktidar ve norm birbiriyle ontolojik meşruiyet bakımından bağlı olgulardır. Burada rasyonel bir tercih ve buna bağlı olarak rasyonel bir irade olgusu söz konusudur. Ancak hukukun bilişsel devrimi tam da bu noktada hukukun genel ilkelerinin oluşturmaktadır. Hukukunun genel ilkeri iradenin türevi değildir. Özsel ve tözsel anlamda ontolojik meşruiyeti ve epistemeolojik geleceği kendinden menkul bir olgu ile karşı karşıyayız. Dolayısıyla bize göre başta sorduğumuz sorunun cevabı açıktır: Evet, iktidarın norm yoluyla ihdas ettiği hukukun ve dolayısıyla hakların dışında bireyler birtakım haklara sahiptir. Bu haklar iktidarın birer türevi değildir. İlk kez burada iktidarla ilişkilendirilemeyen bir hukuk ve buna balı haklar söz konusudur. Şu halde uygulamada ne kadar bu yaklaşımıza karşılaşmazsak da (çünkü sonuçta ortada bir yönetim iradesi vardır ve bu iradeye bağlı polisi, mahkemesi vb. söz konusudur) teoride bu mantıksal tutarlılığı sağlayabiliriz. Bu noktada Dworkin tam da şunu söylemektedir: *“Ancak bu Yönetimin bakış açısının mutlak anlamda doğru olduğunu göstermez; bunun böyle olduğunu düşünen bir insan, kadın-erkek her yurttaşın, ancak Yöentimin onlara bahşetmeyi seçtiği haklara sahip olduğuna da inanmak zorundadır ki, bu da bireylerin aslında hiçbir ahlaki hakka sahip olmadıkları anlamına gelir”*.⁶⁵

Son olarak hukukun bilişsel devriminin somut bir adımı olan anayasacılığı bu iki sorun karşısında nasıl değerlendirebiliriz? Dworkin bu noktada *“Anayasal sistem Yönetim karşısında sahip olunan ahlaki hakların korunmasına katkıda bulunmakla birlikte, bu hakları tam garanti altına almak bir yana bunların tam olarak ne olduklarını saptamada bile yetersiz kalmaktadır. Bu da bazı hallrde, yasama dışındaki bir bölümün bu sorunlarda son sözü söyleyeceği anlamına gelmektedir ki, böyle bir bölümün temelden yanlış olduğunu düşünen birini nadiren tatmin edebilir.”* Biz bu anlamda Dworkin’e katılmaktayız. Gerçekten de anayasa içerik açısından iktidar karşısında hakları yeterince ortaya koymayabilir ve ciddiye almayabilir. Bu ise iki durum ile ilgilidir. Birincisi söz konusu bu tür bir anayasa sahte veya görünüşte anayasa olabilir. Anayasacılığın özü si-

⁶⁵ Dworkin, (2007), s. 224.

yasi iktidarın sınırlandırılması ve bu sınırlı ortamda bireylerin hak ve özgürlüklerinin krounmasıdır. Görüldüğü gibi anayasacılığın temel motivasyonu haklardır. İkincisi ise anayasa yalnızca basit bir metinden ibaret değildir; bir normlar bütünü ve ilkeler dizisidir. Dolayısıyla anayasa derken bilişsel devrimin esas sonucunu, yani hukukun genel ilkelerini de ortaya koymaktayız.

Öte yandan hakların geleceği ile ilgili de burada bir konuya değinelim. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki haklar rejimi anayasa düzeni içerisinde bir rasyonel bir tercih olarak demokratik hukuk devleti formu ile somutlaşmaktadır. Ancak kolektif bir bilinç oluşturulmadıkça demokratik hukuk devletinin hiçbir coğrafyada garantisi yoktur. Bilişsel evrim ve anayasacılık ekseninde atılan devrimsel adım modern hukukun dirimsel kaynağını teşkil etmektedir. Bu dirimsel kaynak kolektif bir bilinç ile yaşatılmadıkça haklar her zaman için tehlikede olur. Dolayısıyla modern bilinç ile başlayan “haklar çağı” yine bu bilinç ile ancak yasaşatılabilir. Günümüzde otoriter ve totaliter rejimler her an haklara ilişkin bu bilinçin kırılmasını, yani bir kriz anını kovalamaktadır. Kriz anlarından beslenen otoriter ve totaliter rejimler tıpkı haklar gibi her an güncellenen bir rasyonel bilincin eseridir. Şüphesiz bizim burada tercihimiz haklardan yanadır; fakat buna yönelik bir bilinç oluşturulmadıkça ve devam edilmedikçe her zaman için hakların sonu gelebilir.

3. Hukuk Devleti

Hukukun iktidar ile ilişkisinde temel sorun yukarıda da değinildiği gibi iradenin üstünlüğü mü yoksa hukukun üstünlüğünün mü olması gerektiğidir?⁶⁶ Biz bilişsel bir evrime bağladığımız modern hukuku iradenin bir türevi olmaktan kurtarmaktayız. Bu bağlamda hukuk basit bir normlar toplamı veya bütünü değildir. Gelişen ve değişen anlamıyla hukukun belli bir özü ve hedefi vardır. Bu öz ve hedef insan hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır; yani insan onurunun sağlanması ve yaşam pratiğinde insanın anlam dünyasının gerçekleştirilebilmesi için ortam hazırlanmasıdır. Dolayısıyla hukuk maddi ve biçimsel

⁶⁶ Bobbio'nun da belirttiği gibi bu sorun oldukça antikite bir sorundur. Norberto Bobbio, *The Future of Democracy*, Çev. Roger Griffin ve Ed. Richard Bellamy, University of Minnesota Press, Minneapolis 1987, s. 138.

olarak belirli değerler ve ilkeler içerir. Bu değerler ve ilkeler hukukun *telos*udur. Bu değerler ve ilkeler sarmalı ise hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi, insan hakları⁶⁷ etrafında somutlaşmaktadır. Bu nedenle hukuk burada bu bağlamda değerlendirilecektir.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğünü sağlayan, bireyin hak ve özgürlüklerini gerçekleştiren, adaletli bir hukuk düzenine ve bağımsız bir yargıya sahip olan ve hâlihazırda yürürlükteki normları evrensel hukuk kurallarına uygun olan devlet biçiminde belirtilebilir.⁶⁸ Başka bir deyişle hukuk devleti, birey hak ve özgürlüklerinin güvenceye alındığı ve gerçekleştirilmeye dair hukuki ortamın hazırlandığı bir düzendir.⁶⁹ Dolayısıyla hukuk devleti yalnızca devlet ile birey arasındaki ilişkileri düzenleyen ve normların bağlayıcılığının sağlandığı bir sistemden ibaret değildir. Elbette hukuk bireyi ile devlet ve birey ile birey arasındaki dikey ve yatay ilişkileri düzenler; bireylerin yapabileceklerinin ve yapamayacaklarının sınırlarını belirtir. Ancak bu ilişkilerin niteliği bir hukuk devletinde gerek maddi gerek ise biçimsel olarak niteliklidir; yani hak ve özgürlüklere göre konumlanır.

Bunun gerçekleştirilmesi ise her şeyden önce hukukun üstünlüğünün sağlanması gerekir. Gerçekten de çokça tekrarlanan bir anekdota göre XIII. Yüzyıl sonlarında İngiltere’de fakir bir köylü pencereleri kırık bir barakada ailesi ile birlikte yaşamını sürdürmektedir. Hava çok soğuktur ve kırık camlardan karla karışık soğuk rüzgâr girmektedir. Bunu gören birisi köylüye “üşümüş ve mutsuz olmalısınız” der. Köylü ise “hayır” der “biz burada mutsuz sayılmayız, evimize kar girer, yağmur girer, soğuk girer, ancak ‘kral’ giremez”. İşte bu köylüye kral veya bir başka deyişle devlet iktidarı karşısında özerk bir alan tanıyan hukukun iktidar karşısındaki üstünlüğüdür.⁷⁰

⁶⁷ Gerçekten de hukuk devleti haklar konusunda ulaşılmış en mükemmel normatif formdur. Ayrıca bkz. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge 1985, s. 11-12.

⁶⁸ Füzûzan İnkinciogulları, “Hukuk Devleti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1991, 28-30, s. 28.

⁶⁹ Bununla birlikte hukuk devleti tarihi süreç içerisinde gelişen ve antik yapısı bulunan da bir olgudur. Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York 2004, s. 7. Hukuk devleti evrimsel süreç içerisinde kimi zaman gerçekleştirilen devrimsel adımlarla gelişim göstermiştir.

⁷⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, “Hukuk- Hukukun Üstünlüğü- Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001-2, 29-68, s. 29-30.

Modern devletin anayasal devlete evrimleşmesi sürecinde hukuk devleti ilkesi önde gelmektedir.⁷¹ Yol gösterici niteliğindeki hukuk devleti çifte işleve sahiptir. Bu bir yandan anayasa hukukunun kimi kurumlarını paranteze alırken (paranteze alma işlevi) diğer yandan anayasa hukuku için yeni ve türetilmiş alt ilkelerin oluşumunda (oluşum işlevi) yol gösterici olarak rol oynar. Bu çifte işlev genelde anayasal devletin ne olduğu ve onun temel ilkelerinin gelişimini az ya da çok belirleyen prensiplerin listelenmesi istendiğinde (ki bunlar aynı zamanda hukuk devletinin temel ilkeleridir) yeterince açıklanamaz veya görmezden gelinir.⁷² Bütünlükçü bir yaklaşımla hukuk devleti bu işlevleriyle normatif anayasa teorisinin sınırlarını belirler. Dolayısıyla alan dışı ilkelere başvurmayaya gerek kalmaksızın, hukuk devleti, bize anayasal devletin hukukunun peşinde doğru bir iz üzerinde olduğumuzu gösterir. Çünkü modern anayasal devletin hukuku mümkün olduğunca anayasal güvenceler etrafında formülleştirilmesi gerekir. Şu halde hukuk devleti modern devletin hukukunun anlaşılmasında sıkı sıkıya bağlı kalınması gereken bir gerçekliği sunmaktadır.

Hukuk devleti, hukuka bağlı ve hukukla boyunduruk altına alınmış devlettir. Bu tür bir devlet, kendi isteğiyle değil, özgür ve eşit insanların yasalar aracılığıyla bir araya gelerek oluşturdukları bir devlettir. Bu çifte teoloji sayesinde, hukukun bağlayıcılığı ve özgürlüğün güvence altına alınması, hukuk devletinin biçimsel ve maddi yönünü açığa çıkarmaktadır. Bu bağlamda hukuk devletinin temel ilkeleri kuvvetler ayrılığı ilkesi, anayasanın ve yasanın önceliği, yasal çekinceler, yasaların belirli ve açık olması, hukuksal güvence ve güvenin korunması, yasanın geriye doğru işleminin sınırlandırılması, tek tek bireylerin haklarının devlet karşısında güvenceye bağlanması ile ilgili olan ilkelere dir.⁷³

⁷¹ Gerçi adalet olgusu Ortaçağ dönem ve sonrasında da kral ve devlet arasındaki ilişkiyi belirleyici bir olgu olmuştur. Alan Harding, *Medieval Law and the Foundations of the State*, Oxford University Press, New York 2001, s. 295. Dolayısıyla hukuk devletinin izlerini burada adalet olgusu üzerinden de srnek mümkündür.

⁷² Andreas von Arnould, "Hukuk Devleti", *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Arslan Topakkaya, Lale Yayıncılık, 2014, s. 715.

⁷³ Arnould, a.g.e., s. 716.

Şu halde anayasal devlet, iki farklı anlamda hukuk devleti ilkesinin genişletilmesi olarak ifade edilebilir. En yüksek norm olması sayesinde yasaların bağlayıcı niteliğini arttırır; yasanın önceliğini anayasanın önceliği sayesinde radikalleştirir. Bu şekilde, yasa koyucuya hukukun bağlayıcı ilkesini genişletme imkânı sunar; anayasa hukuku bakımından daha doğru bir söylemle temel haklar bağlamında bağlayıcı bir hukuk haline gelir. Anayasa, anayasal devlet olgusunun maddi boyutunu yasama gücünü de geçerli hukukla bağlı kılarak daha anlaşılır hale getirir ve aynı zamanda sosyal düzenin korunmasını sağlar.⁷⁴ Dolayısıyla anayasal devlette ne bir sihirbaz olur ne de deyim yerindeyse şapkadan tavşan çıkar. Hukuk ve devlet olguları ancak bu şekilde, yani hukuk devletiyle sağlam bir birliktelik oluşturur.

Hukuk devleti Hegelvari bir devlet genişlemesinin karşısında hukukun genişlemesi söz konusudur. İnsanın bedenine ve hareket kabiliyetine sahip olması, insanın hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınması ve devlet iktidarının sınırlandırılması hukuk devleti sayesinde gerçekleştirilmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve sosyal ve siyasal düzenin temeli olarak insan haklarının ilanı yine hukuk devleti düşüncesinin ürünüdür. Hukuk devleti denge ve denetimiyle her an oynanabilen bir düzen kurarak demokrasiye de göz kırpmıştır. Bu bakış açısı iktidar olgusunu gökyüzünden yeryüzüne indirmiş ve meşruiyet olgusunu tekil ve tekel yöneticiden iyi yönetim olgusuna evirmiştir. Görüldüğü gibi, burada anayasacılık düşüncesi ortaya çıkmaktadır.

Bununla beraber hukuk devletinin teolojik kökenine de değinmek gerekir. Zira belirtilen hukuk devletine ilişkin güvenlik tedbirleri kendi başlarına bir amaç gütmeyizler. Yasaların bağlayıcılığı, hukuksal korunma, hukuk güvencesi gibi prensip ve kurumlar nihai olarak insan onuruna, bireysel otonomiye duyulan saygının bir ifadesidir. Bireysel otonomi bireyin güvenli bir ortamda yaşamını planlayabilmesini gerektirir. Bu tür bir güveni gerçekleştirmekle görevli hukuksal düzenin kendisinin de güven içerisinde olması gerekir. Kendi güvenliği için kurulmuş kurumları her şeyden önce bizzat kendileri hukuksuzluğa neden olmamak bağlamında hukuka bağlı olmalıdırlar. Dolayısıyla tanınan, güvenilir (yalnızca kâğıt üzerinde kalmayan) ve öngörülebilir (keyfi ya da sürprizlere açık olmayan) hukuk, mahkeme yoluyla hukukun korunmasında olduğu gibi, bireyin özgürlüğüne duyulan say-

⁷⁴ Arnauld, a.g.e., s. 719.

gının bir ifadesidir. İşte bu otonomi düşüncesi “mutluluğun peşinden koşan ve ona kabiliyetli olan” bir insan tasavvuru ile bağlantılıdır. Bu tür bir insan kendine hedef koyar, kendini bizzat amaç olarak görür ve buna göre davranır. Dolayısıyla insan onuru düşüncesinden yalnızca “insanın özgür olduğu (kendini ve çevresini belirleme bağlamında) sonucu değil, aynı zamanda her insanın eşit olduğundan bu özgürlüğe sahip olması gerektiği sonucu da çıkar”.⁷⁵

Öte yandan burada hukuk devletinin denge ve denetim yanını oluşturan yargı iradesinden, özellikle de anayasa yargısından söz etmek gerekir. Yargı iradesi burada araçsal bir özellik arz etmektedir.⁷⁶ Burada anayasanın yasama iradesi yasası karşısında önceliği ilkesinden hareket edilmektedir. Gerçekten de anayasa yargısına verilen en büyük yetkilerden biri yasaların iptali diğer ide anayasa şikâyeti yoluyla hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesidir. Belli bir kuruma anayasanın hukuki bağlayıcılığını güvence altına alma yetkisinin verilmesi, siyasi iktidarın hukuki temellendirmesinin bir neticesidir. Anayasa yargısı, yazılı anayasa fikrinin mantığını, bağlayıcı hukuk normu şeklinde fiilen hayata geçirmektedir. Yazılı bir anayasa bir ülkede en üst yasa ve yalnızca belli bir usulle ve zorlaştırılmış şartlarla değiştirilebilir olmak zorundaydı, yasama iradesinin onunla çelişin işlemleri hükümsüz olmalıdır. Hükümsüzlüğün tespitini bir anayasa mahkemesinin yapması engellenemez, zira aksi durumda anayasanın üstünlüğü pratik sonuçta terk edilmiş olacaktır. Dolayısıyla bu işlev için özel olarak kurulmuş ve kendisi doğrudan doğruya hiçbir siyasi gücü elinde bulundurmayan bir anayasa mahkemesi var olmalıdır.⁷⁷ Anayasanın son operasyonel kurumu olan anayasa mahkemesine anayasanın korunması ve uyarlanması, güvenilirliği ve esnekliği arasında dengenin ve anayasanın kimliğinin korunarak dönüşümünün üstesinden gelme görevi düşmektedir. Dolayısıyla her şeyden önce bir anayasa mahkemesi, siyaseti kapsamlı olarak hukukileştirmekten ve aynı şekilde kendisini siyasileştirmekten kaçınmalıdır.⁷⁸

⁷⁵ Arnauld, a.g.e., s. 729.

⁷⁶ Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, New York 2006, s. 77.

⁷⁷ Otto Depenheuer, “Anayasanın İşlevleri”, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Mısra Tan, Lale Yayıncılık, 2014, s. 562-563.

⁷⁸ Depenheuer, a.g.e., s. 563. Ancak anayasa mahkemeleri diğer mahkemelerden daha çok siyasi özellikler taşıyan hususlarda karar vermek zorundadırlar.

3. Çoğulcu Demokrasi

Hukuk düzeni ani çekilmiş bir resimde (enstantane) isabetli ve net olarak görülebilen statik bir olgu değildir. Aksine hukuk olgusu değişim ve dönüşüme uğramaktadır.⁷⁹ İşte anayasa bu değişim ve dönüşümün başını çekmektedir. Anayasa devlete halkın genel iradesine uygun olarak meşruluk kaynakları sağlar. O, halkı meşruluk öznesi olarak koşullandırır.⁸⁰ Bu aynı zamanda modern devletin hukukuna ilişkin irade sorunudur. Anayasal devletin parametrelerinden biri hukuk devletiyse diğeri de çoğulcu demokrasidir. Dolayısıyla anayasal devlet demokrasiyi ihmal edemez; zaten demokrasi anayasal hukukunun irade sorunuyla birebir ilişkilidir. Zaten böyle olmasaydı, hukuk devleti hedefinden sapardı. Dolayısıyla eğer anayasal devletin hukuku, demokrasinin, yani irade sorununun doğru anlamı hakkındaki fikri çabaları ihmal ederse, kendisiyle ilgili verilen karar farkında olmadan bir dönüşüme uğrar ki nihayetinde kimsenin içinden çıkmayacağı bir sanrıya dönüşür. Şu halde anayasal demokrasi teorisi salt bir demokrasi kavramından ziyade, normatif geçerliliği yanında hukuk bilimi tarafından da geliştirilmesi gereken işlevsel içeriklere de sahiptir.

Demokrasi düşüncesi iktidara yönelik irade ve istekten kaynaklandığına göre, o zaman halkın iktidarı tek tek bireylerden yola çıkılarak gerekçelendirilebilir. Halkın kendisi, varlık bilimi açısından bir bütün olarak, ne irade ne de fiil ehliyetine sahiptir; yani yönetmeye muktedir değildir. Yalnızca halk müntesipleri, bireylerin toplamını oluşturur. Onların siyasi icraat ve etki birliği ile olan bağlantısı bir düzenleyici sürece ihtiyaç duyar ki “meşruiyet sağlayan olgu olarak” halk egemenliğinin talebine devlet iktidarını fiilen halka ve onun iradesine dayandırılarak yanıt verebilsin. “Eşit toplumsal fırsatlara sahip bir demokraside de vatandaşlar (devlet halkı) ancak devlet vasıtasıyla-

Mahkemelerin kararları genellikle geniş kapsamlı siyasal etkiler doğurmaktadır. Ayrıca anayasa mahkemelerinin kararları ayrıntılı hukuksal kurallara dayanarak değil zorunlu olarak ilke normlar biçiminde konulmuş olan ve ayrıntılarının sonradan belirlenmesi gereken anayasa kurallarına dayanılarak verilmektedir. Zafer Gören, “Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 81-145, s. 90.

⁷⁹ Cristoph Grabenwarter, “Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa”, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Hilal Kafkas, Lale Yayıncılık, 2014, s. 403.

⁸⁰ Isensee, a.g.e., s. 214.

la bir siyasi düzen tesis edebilir".⁸¹ Bu iradeye olanak tanıyan düzen demokrasinin hakikatini de dile getirir. İşte bireysel iktidar iradesinin halkın ortak iradesine "dönüşümü" hayali, yani Rousseau'nun ölçüsünde *volente de tous'unvolontegenereale'*ye inkılâbı, o oranda inandırıcı hale getirilmeli ki bir diğer yoruma imkân kalmamalı; bunu sağlamak için de kurum ve süreçlere ihtiyaç vardır.⁸² Söz konusu bu veriler ışığında demokratik bir anayasa ya zorunlu olarak şu üç hususu düzenleme görevi verilmiştir: vatandaşlık şartları, iradeyi ifade etme hakkı ve bunun yol ve yöntemi. Demokrasinin açık taslağı, bir yandan farklılıklara açık alan bırakıyor, bunlar birbirinden uzak duran düzenleme biçimleri de olabilir, diğer yandan da demokratik devlet düzeni için yapıcı olan kimi asgari hususları şart koşuyor.⁸³

Anayasal demokrasi fikrine giden neden, burada, hukuka uyma emrinden kaynaklanan iktidara itaat gerçeğinde yatmaktadır. Ancak aynı çıkış noktası farklı bir algı gerektirmektedir. Zorunlu olan, fazlaca öne çıkarılan hürriyetçi-ideolojik yaklaşımı teorik bir gerçeklikle ika eden başka bir anlam tasavvuruna geçilmesidir. Yalnızca bu anlayış demokrasinin gerçek anlamda ne olduğunu ortaya koymaktadır. O da halkı oluşturan bireylerin iktidar iradesinden kaynaklanan devlet yönetimidir. İşte bu iktidar iradesi veya hükmetmek isteği demokrasi düşüncesine temel teşkil etmektedir. Bireysel özgürlüğe değil, insan doğasında bulunan yönetmek iradesine işaret etmektedir.⁸⁴ Siyasi iktidarın sahibini belirleme (zorunlu olarak diğer hukuki normlardan üstün) halkın anayasası aracılığıyla gerçekleşmektedir, halka aktarıldığı durumda da aynı husus geçerlidir. Demokrasi özerk bir anayasal kararın ürünüdür. Halk egemenliği ile bağ kurar ve bunu asli kurucu iktidarın sahipliği üzerinden bir devlet ve yönetim şekline dönüştürür.⁸⁵

Demokrasi burada halk-oylamacı değişim iradesine etkin bir saha sağlayarak ve anayasa hukuku açısından önem vererek, siyasi iktidarın bir düzenleyici şekli olmaktadır. İktidar iradesini halkın denetimine

⁸¹ Hans-Detlef Horn, "Demokrasi", içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Hüseyin Yıldız, Lale Yayıncılık, 2014, s. 786-787.

⁸² Horn, a.g.e., s. 786-787.

⁸³ Horn, a.g.e., s. 787.

⁸⁴ Horn, a.g.e., s. 783.

⁸⁵ Horn, a.g.e., s. 774.

tabi kılmaktadır ki zaten halk yönetiminin can alıcı noktası da budur. Bu tür nüfuz olanaklarının bulunmadığı yerde devlet iradesi yalnızca hukuk devleti sınırlarının ve iyi niyetli amaçların dışında kalarak halkın genel menfaatlerini dikkate alması gerekirken bireysel olanlara hizmet etmek tehlikesiyle karşı karşıya kalmaz. Bununla beraber, özellikle siyasi iktidardan dışlanıp genel bir muvafakat imkânını -beklentilere yanıt vermeksizin- asgariye indirerek, toplumsal bir isyan çıkma ihtimalini de yükseltebilir. Ancak devletin demokratik irade oluşumu herkesi kapsar. Devlet içerisinde nesnelleştirilmiş iktidarın, bireyin öznel iradesinde topraklanması gerçekleştirilir; onun toplamından da halkın iradesi meydana gelmektedir. Gerçi bu durum iktidarın yoğunlaşmasına ve “nüfuz altına alınmış yaşam sahasının” genişlemesine neden olan bir eğilimi doğurmaktadır. Yalnız etkisi aynı zamanda nev-i şahsına münhasır bir şekilde mutedilleştirilmektedir. Demokrasi böylelikle diğer devlet şekillerine nazaran ihtilallere karşı daha dirençlidir ve “hükümetin kan akıtılmadan seçimler vasıtasıyla değişebilmesinin” koşullarını sağlamaktadır.⁸⁶

Görüldüğü gibi demokrasi de anayasa yoluyla meşrulaşmaktadır. Devlet iktidarı ve yürürlükteki hukuk artık değiştirilemez olarak evelden saptanmış, yani ilahi olarak yasalaştırılmış görülüyorsa; akıl mahkemesinde, somut olarak bireylerin özgürlük talepleri karşısında, rasyonel olarak meşrulaştırılma ihtiyacı duyar. İşte anayasalar bu görevi yerine getirmektedir. Belirledikleri, anayasal bir devlette önsel olarak meşrulaştırılır. Devlet iktidarının meşrulaştırılması işlevi, her normatif anayasada kendine özgüdür. Devlet iktidarının meşrulaştırılması, anayasa ile sonuca ulaşır. Bunun dışında bir meşrulaştırma artık gerekli değildir. Modern devlette anayasa, meşruluk sorununun yapı taşını teşkil etmektedir. Siyasi nizamın meşruluğuna ilişkin soru, pozitif hukuka göre kendine atıfla anayasayı işaret etmektedir.⁸⁷ Anayasalar hukuk normları olup sadece, bağlayıcı olmayan programlar, devletin amaçlarının tespiti, simgeler ya da taahhütler değildir. Normun muhataplarına yönelik bağlayıcı bir yürürlük ve teminatların güvenirliliğini hedeflemektedir. “Topluluğun temel düzenlemesi olarak” anayasa, hukukun siyasi üstünlüğünü güçlendirmektedir. Halkın yap-

⁸⁶ Horn, a.g.e., s. 777-778.

⁸⁷ Depenheuer, a.g.e., s. 555-556.

tığı anayasa, kişisel meşruluğu olan egemenliğin öznel keyfiliğinden, kendi yaptığı yasalar uyarınca halkın nesnel, öngörülebilir ve denetlenebilir egemenliğine geçişi ifade etmektedir. Yetki kullanımı, verasete, dini hakikatlere ya da siyasi zorunluluklara değil, sadece hukuka dayalı olduğunda meşrudur. Anayasa sadece hukuku meşrulaştırmaktadır, her şeyden önce kendisi de pozitif bir normdur.⁸⁸

Şu halde anayasa ile beraber pozitif hukuk ve halk egemenliği, siyasi keyfiliğin ve hükümdarın egemenliğinin yerine geçmektedir. Devletin bütünlüğü artık hükümdar ile değil, anayasa ile temsil edilmektedir. Otokrasilerde hukuk olağan veya otokratın ilan edilmiş iradesidir. Modern demokrasilerde ise hukuk toplumların temsilcileri tarafından, yani bir meclis iradesi tarafından ihdas olunur.⁸⁹ Ancak demokratik hukuk devletine varma tırmanışında meclis iradesi de bir ra basamaktır. Zira hukuk bilişsel bir devrim sonucunda genel ilkelerini geliştirmiştir. “Büyülü parşömen” anayasa, devlet teşkilatını meydana getirmekte ve devleti hukuki anlamda bir devlete dönüştürmektedir. Hukukun düzeninin belirlediği, sadece, hukuk mantığında devletin ne olduğudur. Yasa olarak anayasa devletin bütünlüğünü gerçekleştirmekte ve sembolize etmekte; ancak devlet ile özdeş hale gelmemektedir. Aksine devlet olmak, hukukun temeli ve güvencesi olmaktadır.⁹⁰

Öte yandan çoğulcu demokrasi de anayasacılığın beraberinde getirdiği değerler dizisinden biridir. İktidarı sınırlandırmak ve hak ve özgürlükleri güvenceye bağlamak hedefini kendisine koyan anayasacılık iktidar karşısında irade sorununu çoğulcu demokrasi ile aşmaktadır. Çoğulcu demokrasiyi tam zıttı yönde Machiavelli'nin ifadelerinde bulmak mümkündür. Ona göre nasıl görüldüğünüzü herkes görür, ama çok az kişi gerçekte nasıl olduğunuzu bilir ve o az sayıdaki kişi, arkalarında devletin desteği olan çoğunluğun görüşüne karşı çıkmaya cesaret edemez ve insanların, özellikle de başvurulacak bir mahkemenin olmadığı prenslerin eylemlerine gelince önemli olan sonuçtur. Yani bir prens iktidarı ele geçirecek ve koruyacak şekilde bulunmalıdır; başvurduğu yöntemler daima onurlu sayılacak ve herkes tarafından övülecektir, çünkü sıradan insanlar daima bir şeyin görüntüsüne

⁸⁸ Depenheuer, a.g.e., s. 561-562.

⁸⁹ Bernard Crick, *Democracy*, Oxford University Press, New York 2002, 97.

⁹⁰ Depenheuer, a.g.e., s. 565.

ve sonuçlarına aldanır. Dünyanın büyük kısmı sıradan insanlardan oluşur ve az sayıda olanlar ancak çok sayıda olanlar dayanacak yer bulamayınca kendilerine yer bulurlar.⁹¹

Demokrasi Bobbio'nun deyimiyle barışçıl bir şekilde bir arada var olmaya ve yaşamaya dair bir kurallar⁹² ve kurumlar sistemidir. Çoğulcu demokrasiyi ise en etkileyici biçimde Dworkin açıklamaktadır. Ona göre ortaklık demokrasisi anlayışında, halkın kendi kendini yönetmesi bir şirketteki veya bir ortaklıktaki ilişkiye benzemektedir. Nasıl ki bir şirkette yönetici olarak seçilenler yalnızca kendilerini için değil tüm ortakların çıkarlarını sağlamaya yönelik kararlar alıyorsa, ortaklık demokrasisinde de yönetici olarak seçilenler toplumun tamamını gözetten kararlar almak zorundadır.⁹³ İşte bu yönüyle ortaklık demokrasisi anlayışı çoğunlukçu demokrasi anlayışı kadar yaygın bilinmemekle birlikte, demokrasi hakkında çok farklı bir bakış açısı sunmaktadır. İnsanların arasında anlaşmazlıklar olsa bile, aynı bir ortaklıkta olduğu gibi, birbirlerinin çıkarını gözeterek karar almasını sağlayan koşullar nelerdir? Bu bağlamda şu üç şart en azından düşünce düzeyinde gerçekleştirilmelidir. İlk olarak bireyler siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Bu yalnızca bireylerin oy hakkına, hatta eşit oy hakkına sahip olması anlamına gelmez. Hiçbir birey, sırf düşünceleri rahatsız verici olduğu için medyaya erişim olanağından ve siyasal sürece katılım hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Ortaklık demokrasisinin ikinci şartı eşit özen ilkesidir. Herkesin bireysel varoluş koşulları ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar yalnızca çoğunluğun çıkarlarını değil, herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Zira herkesin hayatı eşit önemdedir. Ortaklık demokrasisinin üçüncü şartı en tartışmalı olanıdır ve aynı zamanda en önemlisidir. Bu şart bireylerin onurunu korumak amacıyla, yalnızca kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar ancak bireylerin onuru ile uyumlu olduğu oranda ortaklaşa alınmalıdır.⁹⁴

⁹¹ Machiavelli, a.g.e., s. 87-88.

⁹² Norberto Bobbio, *Old Age and Other Essays*, Çev. Allan Cameron, Polity Press, Cambridge 2001, s. 76.

⁹³ Ronald Dworkin, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39, s. 28.

⁹⁴ Dworkin, (2011), s. 29-30.

Sonuç

Anayasa basit bir normlar toplamı değildir; aynı zamanda bir değerler ve düşünceler bütünüdür. “Büyülü parşömen” olan anayasa bir yandan modern devleti dizayn etmekte diğer yandan insanların hak ve özgürlüklerini korumaktadır. Dolayısıyla anayasal devlette iktidar ilişkilerinde özne birey ve onun iradesidir. İktidar ve onun somut formu niteliğindeki devlet ise bu söz konusu iktidar ilişkilerinde nesne konumundadır. Özne-nesne ilişkisi bu şekilde kurulduğunda ancak anayasal devlet bir anlam ifade eder. İşte bu doğrultuda anayasacılık⁹⁵ iktidarın sınırlandırılması ve bu sınırlı ortamda bireyin hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlanmasını ifade eder.⁹⁶ Anayasacılığın özü bu bağlamda denge ve denetimdir. Bu şekilde iktidar karşısında konumlanan anayasacılık düşüncesi beraberinde çeşitli değerler ve düşünceler bütünü getirmektedir. Bunlardan en temelleri de hukuk devleti, çoğulcu demokrasi ve kuvvetler ayrılığıdır. Anayasa hukukun kaynağıysa anayasacılık da bunun temel felsefesi ise o halde hukukun da buna göre şekillenmesi beklenir. Dolayısıyla gelişen ve değişen anlamıyla hukuk olgusu modern zamanlarda anayasacılık düşüncesi üzerinde temellenmektedir. Bu durum aynı zamanda Rousseau’nun şu endişesini de çözümlenmektedir: İnsanlar özgür doğdular; ancak her yerde prangalanmışlardır.⁹⁷

İşte bu doğrultuda norm ve irade sorunu hukuk olgusunun karakterini belirlemede iki önemli etkidir. Norm sorunu hukuk olgusunun köken veya kaynak sorununu çözümlerken irade sorunu ise hukuk olgusunun eylemselliğini ortaya koyar. Yönetime ilişkin norm ve irade oluşumları ve gelişimleri bir bütün olarak birbirinden farklıdır. Norm hukuksal alana, irade ise politik alana aittir. Bu bakımdan norm ve irade birbiriyle uyuşmazlar ve çoğunlukla çatışma halinde-

⁹⁵ Anayasacılık modern siyasal düşünce içerisinde önemli bir araç konumundadır. Anayasacılık, sözleşmesel metaforların konuşlandırılması, siyasi düzenin özgür ve eşit bireylerin anlaşmasına dayandığı yönünde bir inanç taşması nedeniyle özellikle yararlıdır. Anayasacılık özgürlük ve eşitlik değerleriyle ilişkilidir. Martin Loughlin, *Sword and Scales*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2000, s. 174.

⁹⁶ Locke bu bağlamda anayasacılığın önemli temsilcilerinden biridir. O sınırlı iktidar teorisinin önemli bir temsilcisidir. Ona göre iktidar hiçbir zaman keyfi olmamalıdır. Loughlin, a.g.e., s. 166.

⁹⁷ Loughlin, a.g.e., s. 162.

dirler. Buradaki gerilim iradenin norm üretmeye, bir başka söylemle politik alanının hukuk üretmeye girişimi ile ortaya çıkmaktadır. Normun etkinliği ve uygulanması aşamasında ise gerilim gittikçe artmaktadır. Nitekim iradenin normu üretme ve norma egemen olma girişimi tarihsel süreç içerisinde yönetimlerin karakterini belirleyen en önemli değişken konumunda olmuştur. Gerçekten de Machiavelli'nin iktidarı hükümdara eşitleme ve hükümdar iradesini yüceltme teorisi, Bodin'in ve Bossuet'in monarşiyi ve devlet iradesini yüceltmesi, Hobbes'un Leviathan'ı, Rousseau'nun genel iradesi ve Hegel'in kutsalı bu bağlamda örnek gösterilebilir. Dolayısıyla norm ve irade özdeşliği veya iradenin norma karşı egemenliğinin yönetimleri nasıl bir başkalaşıma uğrattıkları açık bir şekilde ortadadır.

İradenin hukuku tekel olarak sahiplenmesi normun kökeninin irade olduğu anlamına gelmez. İradenin burada yaptığı bir tür zorbalıktır. Böylece irade normu yaşam rejimindeki bir aleti ve oyunun bir parçası olarak tasarlar. İrade yaşam rejimini oluşturur ve oyun kurallarını belirler. Temel normun, yani anayasacılığın somut bir formu olarak anayasanın, değerler ve düşünceler dizisinden oluşan ve buna bağlı olarak gelişen bir değer yargısı vardır. Ancak temel norm aynı şekilde mantıksal tutarlılığa ve reel bütünlüğe de sahiptir. Dolayısıyla temel norm ile türev norm arasındaki bağ belirli bir dayanağı ve tekniği bulunan bir etkileşim olarak somutlaşır. O halde temel norm ile türev norma arasında bir değer hiyerarşisi sorunu yoktur. Burada temel normun vücut bulup cisimleşmesi ve eylemsellik kazanması söz konusudur. Yani türev norm bir anlamda temel normun bizatihi kendisidir. Ancak türev norm temel norma, bir başka deyimle dirimsel kaynağına varma tırmanışında değişken ve dinamik bir yapı sergilediği ve yeryüzünde reel süreçlerde mümkün olan en doğru formu kazanmayı hedeflediği söylenebilir. Bu nedenle türev normun dinamik bir yapısının olduğunu ve statığı ve statükoyu amaçlamadığını belirtmek gerekir. Bu durumda türev normun kaynağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Pozitivist yaklaşım bu soruna "devletçi pozitivizm" yaklaşımıyla karşılık vermektedir. Oysa türev norm yukarıda da belirtil-diği gibi temel normdan kaynaklanmaktadır ve ona dayanmaktadır.⁹⁸

⁹⁸ Normun gerek oluşumu gerek etkinliği ve uygulanması aşamasında politik veya hukuk dışı diğer etkenler tarafından müdahale görmesi normu yozlaştırır ve araçsallaştırır. Nitekim Orwell'ın Hayvan Çiftliği adlı eserinde temel normun türev

Dolayısıyla türev normun oluşuma ilişkin bir politik veya belirsiz irade sorunu yoktur.

Politik alan ve hukuksal alanının birbirinden ayrımlanması yerindedir. Bununla birlikte aynı ayrımlanma esas anlamını normun ve normlar bütün olarak hukukun oluşum sürecinde bulmaktadır. Ancak hukuksal pozitivizm olan normu politik alandan ayrımlamakta ancak oluşan normu, yani hukukun üretimi aşamasını politik alandan aynı şekilde ayrımlamamaktadır. Halbuki temel ve türev normuyla bir bütün olarak hukuk politik alandan gerek oluşumu gerek uygulanması sürecinde tamamıyla ayrımlanmalıdır. Dolayısıyla bu bir çelişkidir. Zira aksi takdirde normun normallığı, bir diğer deyişle yasanın yasalılığı sorunu ortaya çıkar. Buna göre politik alandan norma yönelen her türlü irade bildirimini yasal olurken temel normdan ileri gelen herhangi bir değer ve bunun somutlaşmış biçimi olarak bir norm “normal” ve yasal olarak kabul edilmeyebilir. Ancak bir yandan kaynağı hukuk dışı olan bir normun normal olarak görülmesi diğer yandan ise özü ve biçimiyle tamamıyla hukuksal alana ait olan bir normun normal olarak görülmemesi kabul edilemez. Sonuç olarak hukukun gerek oluşumu gerek uygulanmasında anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti, çoğulcu demokrasi ve kuvvetler ayrılığı bir gerçekliktir ve dikkate alınması kaçınılmazdır.

Kaynakça

- Ağaoğulları Mehmet Ali ve Levent Köker, Tanrı Devletinden Kral Devlete, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Aliefendioğlu Yılmaz, “Hukuk- Hukukun Üstünlüğü- Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001-2, 29-68.
- Arslan Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu Batı Dergisi*, 3. Baskı, Ankara 2012, 67-89.
- Arnauld Andreas von, “Hukuk Devleti”, *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Arslan Topakkaya, Lale Yayıncılık, 2014.
- Austin John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş, Tekin Yayınları, İstanbul 2015.

norma dönüşmesi aşamasında hukuk dışı müdahalelerle nasıl esasını yitirdiği ve dolayısıyla yozlaştırıldığı oldukça çarpıcı bir şekilde ortaya konulmaktadır. Bkz. George Orwell, *Hayvan Çiftliği*, Can Yayınları, Çev. Celal Üster, 27. Baskı, İstanbul 2012.

- Bobbio Noerberto, *Old Age and Other Essays*, Çev. Allan Cameron, Polity Press, Cambridge 2001.
- Bobbio Norberto, *The Future of Democracy*, Çev. Roger Griffin ve Ed. Richard Bellamy, University of Minnesota Press, Minneapolis 1987.
- Brenner Michael, "Devletin Görevleri", içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Atilla Erkal,, Lale Yayıncılık, 2014
- Crick Bernard, *Democracy*, Oxfröd University Press, New York 2002.
- Depenheuer Otto, "Anayasanın İşlevleri", içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Mısra Tan, Lale Yayıncılık, 2014.
- Donaldson Peter S., *Machiavelli and Mystery of State*, Cambridge University Press, New York 1988
- Duguit Leon, *Law in the Modern State*, Çev. Frida ve Harold Laski, B. W. Huebsch, London 1919.
- Dworkin Ronald, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Dworkin Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge 1985.
- Dworkin Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge 1986.
- Dworkin Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Dost Yayınevi, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara 2007.
- Erdoğan Mustafa, "'Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?", *Doğu Batı Dergisi*, 13, 3. Baskı, Ankara 2012, 47-59.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi*, 13. Baskı, Ankara 2017.
- Gören Zafer, "Anahyasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 81-145.
- Habermas Jurgen, "Modernity—An Incomplete Project", içinde H.Foster (ed.), *Post-modern Culture*, Pluto Press, London 1985.
- Harding Alan, *Medieval Law and the Foundations of the State*, Oxford University Press, New York 2001.
- Hobbes Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2016.
- Holdsworth W., *A History of English Law*, Cilt XIII, Methuen and Sweet & Maxwell, London 1952.
- Horn Hans-Detlef, "Demokrasi", içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Hüseyin Yıldız, Lale Yayıncılık, 2014.
- Grabenwarter Cristoph, "Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa", içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Hilal Kafkas, Lale Yayıncılık, 2014.
- Fitzpatrick Peter, *The Mythology of Modern Law*, Routledge, New York 2002.

- Kelsen Hans, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Çev. Yasin Sönmez, C. 64, S. 3, 2015, 857-914.
- Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı*, Nora Kitap, 1. Baskı, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, 2016.
- Kelsen Hans, *General Theory of Law, and State*, Çev. Anders Wedberg, Oxford University Press, London 1949.
- Kriegel Blandine, *The State and the Rule of Law*, Çev. Marc A. LePain and Jeffrey C. Cohen, Princeton University Press, New Jersey, 1995.
- Loghlin Martin, *Sword and Scales*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2000.
- Machiavelli Nicolo, *Prens*, Remzi Kitabevi, 3. Basım, İstanbul, 2016.
- Orwell George, *Hayvan Çiftliği*, Can Yayınları, Çev. Celal Üster, 27. Baskı, İstanbul 2012.
- İkinciöğulları Füzuran, "Hukuk Devleti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1991, 28-30.
- Isensee Josef, "Anayasanın Devleti", *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Arslan Topakkaya, Lale Yayıncılık, 2014.
- Pierson Christopher, *The Modern State*, Routledge, 2. Baskı, New York 2004.
- Rees E. A., *Political Thought from Machiavelli to Stalin*, Palgrave Macmillan, New York 2004.
- Rousseau Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Ayşe Meral, Alfa Yayınları, İstanbul 2016.
- Sancar Mithat, "Devlet Akı" *Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2014.
- Strauss, Leo, "Tabii Hak ve Tarih" içinde *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2013.
- Tamanaha Brian Z., *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York 2004.
- Tamanaha Brian Z., *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, New York 2006.
- Tunçay Mete, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Troper Michel, "Hukuki Devlet Kuramı Üstüne", içinde *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2013.

KABAHATLER KANUNU'NUN GENEL HÜKÜMLERİ*

GENERAL PRINCIPLES OF THE MISDEMEANORS ACT

Ayşegül KULA**

Özet: Toplum düzeninin, genel ahlakın, genel sağlığın, çevrenin ve ekonomik düzenin korunması kapsamında karşılığında idari yaptırım öngörülen kabahatler düzenlenmiştir. Kabahatlere ilişkin hükümlerin bir sistem altında toplanmasını sağlamak suretiyle 2005 yılında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çıkarılmıştır. Kabahatler Kanunu'nda, Genel Hükümler ve Çeşitli Kabahatler başlıklı olmak üzere iki kısım düzenlenmiştir. Genel Hükümler adlı birinci kısım, Amaç ve Kapsam, Tanım, Kanunilik İlkesi ve Kanunun Uygulama Alanı, Kabahatten Dolayı Sorumluluğun Esasları, İdarî Yaptırımlar, Karar Verme Yetkisi ve Kanun Yolları olmak üzere dört bölümden oluşmaktadır. Bu çalışmanın amacı Kabahatler Kanunu'nda Birinci Kısım Birinci Bölüm'de yer alan genel hükümlerin incelenmesidir. Bu çalışma sırasıyla, Kabahatler Kanunu'nun Amaç ve Kapsamı, Kabahatler Kanunu'nda Yer Alan Kabahat Tanımı, Kabahatler Kanunu'nun Genel Kanun Niteliği, Kabahatler Kanunu'nda Kanunilik İlkesi ve Kabahatler Kanunu'nun Uygulanması olmak üzere beş bölümden oluşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kabahatler Kanunu, Kabahat, Genel Kanun, Kanunilik, Zaman ve Yer Bakımından Uygulama

Abstract: Misdemeanors are regulated as acts for which administrative penalties are foreseen within the scope of the protection of social order, public morality, public health, environment and economic order. The Misdemeanors Act numbered 5326 was enacted on 2005 to systemize the provisions related to the misdemeanors. The Misdemeanors Act is consisted of two parts namely General Provisions and Various Misdemeanors. The first part named General Provisions consist of four chapters: The Aim and Scope, Definition, Legality Principle and the Application of the Act; The Principles of Liability Arising from the Misdemeanors; Administrative Penalties; The Authority to Decide and Right to Appeal. The aim of this paper is to analyze the general provisions stipulated under First Part First Chapter of the Misdemeanors Act. This paper respectively consists of five parts, which are the Aim of the Misdemeanors Act, the Defi-

* Bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisansı kapsamında Güz 2017 döneminde alınan Türk Ceza Hukuku Reformu dersi kapsamında yazılan ödevin makale olarak düzenlenmiş halidir.

** Arş. Gör., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, akula@ku.edu.tr

inition of the Misdemeanors Act, General Law Characteristics of the Misdemeanors Act, Legality Principle in relation to the Misdemeanors Act and the Application of the Misdemeanors Act, respectively.

Keywords: the Misdemeanor Act, Misdemeanor, General Law, Legality Principle, Application of the Law in Terms of Time and Place

GİRİŞ

765 sayılı Ceza Kanunu'nda¹ suçlar, cürümler ve kabahatler olarak ayrılmaktaydı ve bunlar kanunda gösterilen yaptırımlar doğrultusunda belirlenmekteydi.² Bir suç için ağır hapis, hapis, sürgün, ağır cezayı nakdi ve hidematı ammeden memnuniyet yaptırımı öngörülmüş ise bu suç cürüm; eğer hafif hapis, hafif cezayı nakdi ve muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası öngörülmüş ise bu suç kabahat olarak nitelendirilmekteydi.³ Bu bağlamda, idari yaptırımların öngörüldüğü fiiller bulunmakta ise de 765 sayılı CK'da düzenlenen kabahat fiillerinin bugünkü kabahat tanımı ile birebir örtüşmediğini söylemek gerekmektedir.⁴ Yapılan çeşitli kanun değişiklikleri ile bazı kabahat ve cürümler idari para cezası yaptırımı öngörülen fiillere dönüştürülmüştür.⁵ 2004 tarihinde gerçekleştirilen ceza hukuku reformu kapsamında ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda⁶ kabahat cürüm ayrımı terk edilerek⁷ suç teşkil eden fiiller nitelendirilmiş ve kabahatlerin düzenlendiği bir ya-

¹ Bundan böyle 765 sayılı CK olarak anılacaktır.

² Zeynel Kangal, Kabahatler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Haziran 2011, s. 12; Kabahatler ve cürümlerin arasındaki ayrımların değerlendirilmesine ilişkin bkz. Yasemin Toros Kurtoğlu, "Kabahatler Hukukunun Tarihçesi", Kabahatler Hukuku Yazıları 1, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Nisan 2017, s. 17-22.

³ Bkz. 765 sayılı 1926 tarihli TCK md. 11.

⁴ Kangal, s. 12-13. Kabahatlerin daha çok cürümle benzerlik göstermesine ilişkin bkz. Mahmut Fatih Çelikbilek, "Kabahatler Kanunu Çerçevesinde İdari Para Cezaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2010, s. 3

⁵ Kangal, s. 13. Bu dönüşümün 1980li yıllardan itibaren başladığına ilişkin olarak ve örnekler için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bs., Beta, İstanbul 2014, s. 215-216 ve dipnot 69.

⁶ Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

⁷ Adem Sözüer, Selman Dursun, "5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda Öngörülen Kabahatler", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005, S. 5, s. 194. Kabahatlere ilişkin olarak ayrı bir kanun yapılması, Türk Ceza Hukuku Reformu açısından önemli bir yenilik teşkil etmektedir. Bkz. Adem Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, 2015, s. 9, (Çevrimiçi) <http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf>, 02.01.2017.

saya ihtiyaç duyulması doğrultusunda⁸ idari yaptırım gerektiren fiiller ve bunlara ilişkin ilkeler ayrı olarak 30.03.2005 tarihli 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, Kabahatler Kanunu, kabahatler hukukunun ana kanunu olarak nitelendirilmektedir.⁹

Kabahatlerin TCK'da düzenlenmiyor olması kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin yansıması olarak görülmektedir.^{10,11} Bu yansıma doğrultusunda "suç durumundan çıkarma", "ceza durumundan çıkarma" ve "kovuşturmadan ayrılma" şeklinde görünümler ortaya çıkmaktadır.¹² Kabahatler açısından değerlendirildiğinde ise bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması ve başka bir hukuk alanında değerlendirilmemesinin yanı sıra bazı suçlar kabahate dönüştürülmüştür.¹³ Kabahate dönüştürme, karşılığında öngörülen cezada değişikliğe gitmek suretiyle "ceza sistemi içerisindeki hafif cezalandırmaya yönelik nicelik değişimlerini" ifade eden "ceza durumundan çıkarma" olarak nitelendirilebilir.¹⁴ Kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimine ek olarak, sosyal ve ekonomik şartlardaki değişim doğrultusunda çeşitli suçların kabahat olarak düzenlendiği de ifade edilmiştir.¹⁵ Benzer şe-

⁸ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Bs., Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, s.9. Yurtcan ayrıca adliyelerin iş yükünü azaltma amacının olduğunu da belirtmektedir. Bkz. Yurtcan, s. 13 Benzer şekilde bkz. Ali Karagülmez, Suç Olmaktan Çıkarma İdari Para Cezaları Açıklamalı Kabahatler Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.27.

⁹ Berrin Akbulut, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 43.

¹⁰ Elif Bekar, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 1035.

¹¹ Suç olmaktan çıkarılan fiillerin detaylı örnekleri için bkz. İsmail Yalçın, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.25-32. Mevzuatların karşılaştırmalı değerlendirilmesine ilişkin ayrıca bkz. Zekeriyâ Yılmaz, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 357-365.

¹² Köksal Bayraktar, "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1984, C. 50, S. 1-4, s. 198-200. Bayraktar ise suç olmaktan çıkarmayı (i) suç teşkil eden fiillerin ceza kanunundan çıkarılıp hiçbir hukuki düzene dâhil edilmemesi veya başka bir hukuk alanına sokulması ve (ii) suç teşkil eden fiillerin karşısında ceza sisteminin işlememesi olmak üzere ikiye ayırmıştır. Benzer şekilde bkz. Karagülmez, s. 28-30.

¹³ İsmail Yalçın, s.32. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı, İstanbul 1995.

¹⁴ Bayraktar, s. 200. Benzer şekilde bkz. Karagülmez, s. 30.

¹⁵ Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.49. Kültür değişimi

kilde, “insan ve toplum vicdanında fazla derin yankı uyandırmayan ... hafif fiillerin” cezalandırılmasının yürütmeye bırakılmasının amaçlandığı da söylenebilir.¹⁶ Kabahat teşkil eden hareketlerin söz konusu döneme özgü olarak sosyal düzeni çok sarsmayacağı düşünülebilir.¹⁷ Değişen koşullar veya mahkemelerin iş yükünün ve tarafların zaman, emek ve masraf kayıplarının önüne geçilmesinin amaçlanmasının yanı sıra farklı eylemlerin aynı tarz yaptırımlara tabi olmasının ceza hukukunun önleme amacı ile bağdaşmadığı da ifade edilmiştir.¹⁸

1. Kabahatler Kanunu'nun Genel Amacı ve Kapsamı

Kanunun amaç ve kapsamı birinci maddede düzenlenmektedir. Kanun'un 1. maddesi uyarınca, Kabahatler Kanunu “toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni koruma”yı amaçlamaktadır.¹⁹ Genel ahlak, genel sağlık, çevre ve ekonomik düzeni koruma amaçlarının toplum düzenini koruma amacının somutlaşmış halleri olduğu ve kanunun esas amacının “toplum düzeni”ni korumak olduğu da belirtilmiştir.²⁰ Kabahatlerin düzenlenmesinin amacı, idarenin amacı doğrultusunda “idari düzenin ve kamu hizmetinin sağlanması” olarak da ifade edilmiştir.²¹ Bu amaçların idari düzeni oluşturan

ve bu doğrultuda evrilen hukukun da bu eğilime yol açacağı söylenebilir. Bkz. Sema Ayatar Kızılyar, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 2013, C. 8, Özel Sayı, s. 1649. Suç olmaktan çıkarma akımının nedenleri için ayrıca bkz. Bayraktar, s. 202-205; Süheyl Donay, İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 37, S. 1-4, s. 423-424.

¹⁶ Doğan Soyaslan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı, Ankara 1990, s. 106.

¹⁷ Ayatar Kızılyar, s.1648. İdarenin çalışma alanının genişlemesi ve bu doğrultuda yetkilerinin artma gereksinimi doğrultusunda suç olmaktan çıkarma eğiliminin benimsendiği de söylenebilecektir. Bkz. Kızılyar, s. 1651.

¹⁸ Hamide Zafer, “İdari Yaptırım Usulü”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, *Can Matbaacılık*, İstanbul Mayıs 2007, s. 668.

¹⁹ Kabahatler Kanunu öncesinde de yaptırımların amacının ekonomik nitelik ve genel sağlık, güvenlik ve düzen ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Bkz. Fatih S. Mahmutoğlu, “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 55, 1996, s. 155. Kabahatler Kanununun amacının gerekçe doğrultusunda “kabahatleri ceza hukuku kapsamından çıkarma” olduğuna ilişkin bkz. Çelikkilek, s. 6.

²⁰ Atilla İnan, İbrahim Demir, *Uygulamacılar İçin Açıklamalı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu*, Ankara 2006, s. 11-12.

²¹ İlgin Özkaya Özlüer, “İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2015/1, s. 133

unsurlar olduğu da belirtilmiştir.²² Kabahatler Kanunu'nun aşağıda anlatacağımız üzere sistem birliğini sağlama hedefi göz önünde bulundurulduğunda, kanunun "sistem birliğinin ve ahenginin sağlanması" amacı olduğu da ileri sürülebilmektedir.²³

Kapsam olarak değerlendirildiğinde Kabahatler Kanunu'nun kabahatlere ilişkin genel ilkeleri, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türlerini, sonuçlarını ve buna ilişkin karar alma süreçlerini ve bunlara karşı kanun yolları ile bunların yerine getirilmesine ilişkin esaslar ile çeşitli kabahatleri düzenlediği görülmektedir. Bu doğrultuda, Kabahatler Kanunu'nun hem kabahat teşkil eden fiiller gibi maddi hukuka hem de idari yaptırıma karşı başvurulabilecek kanun yolları gibi usul hukukuna ilişkin konuları düzenlediğini söylemek gerekmektedir.²⁴ Belirtmek gerekir ki, kanun kabahatler bakımından sınırlayıcı nitelikte değildir;²⁵ nitekim kabahatler sadece Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmemektedir.²⁶ Ayrıca eklemek gerekir ki Kabahatler Kanunu kapsamına hem yaptırımın muhatabı hem de yaptırıma karar veren kişi/kurum/kuruluş girmektedir.²⁷

2. Kabahatler Kanunu'nda Kabahat Tanımı

Kabahatlerin ne olduğunun tespit edilebilmesi için ilk olarak kabahat tanımının yapılması gerekmektedir.²⁸ Kabahat, doktrinde bazı

²² Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayın, Ankara 2006, s. 128; Salih Benli, "Kabahatler Kanununda Düzenlenen İdari Yaptırımlara İlişkin Kanun Yolları", *Adalet Dergisi*, Eylül 2010, S. 38, s. 5-6.

²³ Bekar, s. 1035.

²⁴ Kangal, s. 26.

²⁵ Necati Meran, 5560 sayılı Kanun Değişiklikleriyle Açıklamalı Kabahatler Kanunu & Kabahat İçeren Kanunlar, 2. Bs., Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s. 10; TBMM, Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: Yasama Yılı: 3, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>, 03.01.2017, Madde 1 Gereçesi

²⁶ Diğer mevzuatların da kabahat içerdiği sıklıkla görülmektedir. Farklı konularda düzenlenen kabahatlere örnek olarak bkz. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 442 sayılı Köy Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu.

²⁷ Atilla İnan, İbrahim Demir, Uygulamacılar İçin Açıklamalı-Gereççeli Kabahatler Kanunu, yayın evi yok, Ankara 2006, s.13-14.

²⁸ Hüsnü Aldemir, 5560 sayılı Değişiklik Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanununun Yorumu, 2. bs., Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s. 798.

yazarlar tarafından idari yaptırımların bir türü veya idari yaptırımlardan ayrı bir başlık olarak görülmekte ise de kanun tanımı itibariyle bu çalışma bakımından bir ayırım yapmayı doğru bulmamaktayız.²⁹

Kabahat, Kabahatler Kanunu md. 2'de "kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık" olarak tanımlanmıştır.³⁰ Kabahat de suçlar gibi birer haksızlıktır; fakat karşılığında ceza veya güvenlik tedbiri yerine idari yaptırımlar öngörülmüştür.³¹ Haksızlık niteliğine vurgu yapılan bu tanım ile sosyal düzene verilen zararların tazmin edilmesi de Kabahatler Kanunu'nun amacı olarak yorumlanabilir.³² Belirtmek gerekir ki doktrinde haksızlık içeriğinin temel alınması gerekliliği yorumu yapıldığı³³ gibi haksızlık kavramının bir nitelik olabileceği sebebiyle kabahatin haksızlık olarak tanımlanması eleştirmiş ve fiil ifadesinin kullanılması gerekliliği de belirtilmiştir.³⁴ Haksızlık kavramının tipe uygun ve hukuka aykırı fiil anlamına

²⁹ Öztürk idari yaptırım gerektiren fiilleri disiplin cezası gerektiren fiiller ve kabahatler olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bkz. Bahri Öztürk, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Esasları", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Editörler: İlhan Ulsan, Funda Başaran Yavaşlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 124. Özay da hukuksal yapı sebebiyle "idari yaptırım" ifadesinin kullanılması gerektiğini belirtmektedir. İl Han Özay, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985, s.14-16. Ulusoy ise, Kabahatler Kanunu'nun disiplin cezalarını ve regülatif cezaları ayrı ele almasını eleştirmektedir. Ali Ulusoy, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 9-13. Çağlayan da öneri olarak "idari düzeni ihlal edici eylem" ve "parasal yaptırım" ya da "parasal idari yaptırım" terimlerini ve "idari yaptırımlar hukuku" veya "idari yaptırımlar kanunu" gibi isimlendirmeleri önermektedir. Bkz. Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 123. İkinci de idari yaptırımları idari tedbirler, regülatif cezalar, kabahat cezaları ve disiplin cezaları olarak ayırmaktadır, Murat İkinci, "Ceza Hukuku İlkelere Açısından İdari Yaptırımlar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017/3, s. 29- 30. Evren de idari yaptırım gerektiren fiilleri kabahat ve disiplin cezaları olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Çınar Can Evren, "Kabahatlerde Kanunilik İlkesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 981.

³⁰ Kabahat tanımı değerlendirilirken ceza hukuku ilkelerine de yer verilmiştir. Örneğin, ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının kabahatler açısından da geçerli olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz. Yalçın, s. 45-46.

³¹ Zeynel T. Kangal, Kabahatler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Haziran 2011, s.1-2.

³² Meran, s. 11.

³³ Haluk Çolak, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Notlu-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Bilge Yayınevi, Ankara 2007, s. 8-9.

³⁴ Yurtcan, s. 15; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 130; Selçuk Gişi, "Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S.1, 2017, s. 134 - 135

geldiği düşünüldüğünde,³⁵ kanımızca kabahatlerin haksızlık olarak tanımlanması bir sorun teşkil etmemektedir.

Kabahat ayrıca, “karşılığında idari yaptırım uygulanmasının kanunda öngörüldüğü tipe uygun ve hukuka aykırı fiil” olarak³⁶ veya “toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla cezalandırılan bir fiil”³⁷ olarak da tanımlanmaktadır. Kabahatin “hafif yaptırımlarla cezalandırılan haksızlıklar”³⁸ ya da “idare ve ceza hukukunun kesişim noktasında yer alan hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden fiiller”³⁹ olarak tanımlandığı da görülmektedir. Türk Dil Kurumu ise kabahat kavramını “uygunsuz hareket, çirkin, yakışıksız davranış, suç, kusur, töhmet” ve “hafif hapis, para cezası veya meslek ve sanattan alıkonulma ile cezalandırılan suç” olarak tanımlamaktadır.⁴⁰ Belirtmek gerekir ki, kanundaki kabahat tanımını doğrultusunda, özel kanunlarda düzenlenen ve karşılığında idari yaptırım öngörülen fiiller de kabahat sayılacaktır.⁴¹

Kabahat tanımına ilişkin önem teşkil eden bir konu Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında ele alınmıştır. Kabahat kavramının “haksızlık” olarak tanımlanmasının idari yaptırımın belirsizliğine yol açması ve belirlilik ile hukuki güvenlik ilkesine, dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁴² md. 2’de yer alan hukuk devleti ilkesine aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önünde bu maddenin iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa md. 2 ve md. 38 doğrultusunda yaptığı incelemede, tanımın yaptırım niteliğine vurgu yapmış

³⁵ İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 291.

³⁶ Kangal, s. 2.

³⁷ Yurtcan, s. 15.

³⁸ İnan, Demir, s. 15.

³⁹ Kaşka, s. 174.

⁴⁰ (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a251bba9656b8.63194951.25.12.2017. Belirtmek gerekir ki, “hafif hapis, ... suç” olarak yapılan ikinci tanım, kanımızca 765 sayılı CK dönemine ilişkindir; nitekim 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 7 uyarınca kanunlardaki hafif hapis veya hafif para cezası idari para cezası olarak değiştirilmiştir. Aynı yorum için bkz. Ekinci, s. 11. Kabahat tanımına ilişkin ölçütler için ayrıca bkz. Burcu Erdinç, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2012, s. 249.

⁴¹ Aldemir, s. 798; Zafer, s. 669

⁴² Bundan sonra Anayasa olarak anılacaktır.

ve “‘Kabahat’ tanımı yapılmak suretiyle, daha önce idari yaptırıma tabi olmayan bir eylem, idari yaptırıma tabi kılınmamakta, aksine kanunla idari yaptırıma tabi kılınmış eylemler kabahat olarak adlandırılmaktadır. Bir başka deyişle, itiraz konusu kural ile yapılan kabahat tanımı, daha önce suç olmayan bir eylemi suç niteliğine dönüştürmemektedir” gerekçesi ile eylemin belirsiz ve öngörülemes olmadığını belirtmiş ve davayı reddetmiştir.⁴³

Kabahat tanımlarken, kabahati suçtan ayıran özelliklere de değinmek gerekmektedir; nitekim uygulanacak kanunlar açısından bu ayırım önem teşkil etmektedir.⁴⁴ Kabahat ile suçları birbirlerinden ayırmak için şekil ve esasa ilişkin kıstaslar kullanılabilir.⁴⁵ Öngörülen yaptırımlar ve uygulanan usuller şekli kıstas olarak sınıflandırılabilir.⁴⁶ Yaptırımlara dair ayırma ilişkin olarak da suçların karşılığında hapis veya adli para cezası ve/veya güvenlik tedbiri öngörülmüşken, kabahatlerin karşılığında idari yaptırımlar öngörülmüştür.⁴⁷ Usul olarak

⁴³ AYM Kararı, E. 2007/115, K. 2009/80, T. 11.06.2009. Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Yasin Söyler, Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme, Yasama, S.12, Mayıs-Ağustos 2009, s.136-167.

⁴⁴ Kangal, s. 28. Belirtmek gerekir ki kabahat kavramı doktrinde idari suç olarak da kullanılmaktadır. Bkz. Mustafa Ekinci, Anlatımlı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar, Adalet Yayınevi, Ankara 2005, s.1. Kabahatlerin suçlardan suç politikası ve teorik temellerin belirlenmesi açısından ayırılmasını gerekliliği konusunda ayrıca bkz. Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s. 54-55. Bu bağlamda toplumun ağır cezalandırılmasını istemediği fiillerin kabahat olarak nitelendirilmesine ilişkin bkz. Çelikkilek, s.4. Suç ve kabahatler arasında fark olmadığını savunan görüşlerin değerlendirmeleri için bkz. Guido Zanobini, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi”, Çev. Yılmaz Günel, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1963, C. 18, S. 3, s. 309-310. Fakat Zanobini, suç ve kabahatler arasında ayırım yapmanın hukuk biliminin bir görevi olduğunu belirtmektedir. Guido Zanobini, İdari Müeyyideler, Çev. Yılmaz Günel, Ankara, Sevinç Matbaası, 1964.

⁴⁵ Amaç, yaptırım türleri, usul, netice ve hukuki nitelik başlıkları altında karşılaştırma yapıp değerlendirmek de mümkündür. Bkz. Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 27-35. Uygulama alanı, amaç, korunan hukuksal değer, ağırlığı, yaptırımı uygulayan makam, yaptırımın türü, yaptırımın hukuki sonucu, yaptırıma karşı gidilebilecek kanun yolları, non bis idem ilkesi, kanunilik ilkesi, kişisel ilkesi, geriye yürümezlik, uygulanacak kişi, yaptırımın uygulama usulü, yaptırımın ağırlığı, orantı ilkesi bakımından başlıkları altında karşılaştırma için bkz. Mustafa Özen, İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 20-32.

⁴⁶ Kangal, s. 28-29

⁴⁷ Kangal, s. 28-29. Bu yaptırımları görünümleri değil; fakat sonuçları açısından farklı olmasına ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Yücel Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 51-52.

ayırma da suçların mahkemeler, kabahatlerin ise idari makamlar tarafından karara bağlanması örneği verilebilir.⁴⁸ Esasa ilişkin ayrımlar ise nitelik ve nicelik kıstasları olmak üzere sınıflandırılabilir.⁴⁹ Nitelik kıstası, suçlar ve kabahatler arasında nitelik farklı olduğunu ve kabahatlerin hukuksal bir değeri ihlal etmediğini ifade etmektedir.⁵⁰ Nitelik kıstası değerlendirilirken, korunan hukuksal yararın konusu, ihlalin somut veya soyut olması, haksızlığın niteliğinin değerlendirilmesi, kusur gibi farklı kıstaslar göz önünde bulundurulmuştur.⁵¹ Nicelik kıstası, suçlar ile kabahatlerin birbirlerinden nicelik olarak ayrıldığını ve kabahatlerin de hukuksal değeri ihlal ettiğini belirtmektedir.⁵² Nicelik kıstası açısından değerlendirme yapılırken hukuka aykırılığın şekli yönüyle ilgilenilmiş ve bir fiilin yasak olmasındaki pozitif temel incelenmiştir.⁵³,⁵⁴ Türk hukukunda nitelik kıstasının esas aldığı hususların yeterli olmaması sebebiyle nicelik kıstasının kabul edilmesi gerektiği ve uygulanan yaptırım doğrultusunda bu ayrımın yapılması gerekliliği kabul edilmiştir.⁵⁵ Nitekim Kabahatler Kanunu'nda yer alan kabahat tanımından ve gerekçesinden anlaşılacağı üzere Kabahatler Kanunu, nicelik kıstasını esas almaktadır.⁵⁶ Bu konuda herhangi bir tartışma söz konusu olmadığı da ifade edilmektedir.⁵⁷

⁴⁸ Kangal, s.28-29; Oğurlu, s. 44.

⁴⁹ Gülgeç bu ayrımı teorik ayrım olarak değerlendirmektedir. Yahya Berkol Gülgeç, "Teoride ve Pozitif Hukukta Suç - Kabahat Ayrımı", Kabahatler Hukuku Yazıları 1, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Nisan 2017, s. 46-37.

⁵⁰ Kangal, s. 30-35.

⁵¹ Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s. 56-76.

⁵² Kangal, s. 30-35.

⁵³ Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s. 85-86.

⁵⁴ Nicelik ve nitelik kıstaslarının birlikte ele alındığı üçüncü bir karma kategorinin oluştuğu da söylenmektedir. Bkz. Akbulut, s. 100-101; Gülgeç, s. 50-52.

⁵⁵ Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s. 86-93. Centel, Zafer ve Çakmut, nicelik farkının bulunmasını kabahat ve suçların yasa koyucu tarafından birbirlerine dönüştürülebilmesi ile de açıklamaktadır. Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, s. 214.

⁵⁶ TBMM, Genel Gerekçe ve Madde 2 Gerekçesi; Hakan Kaşka, "Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.3, S. 2, s. 173.

⁵⁷ Akbulut, s. 108. Erdinç nitelik olarak ayrıldıklarını ve suçlar ile tek ortak noktalarının haksızlık içermek olduğunu belirtmektedir. Bkz. Erdinç, s. 248.

3. Kabahatler Kanunu'nun Genel Kanun Niteliği⁵⁸

Kabahatler Kanunu md. 3 uyarınca kanunun “idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde”; “diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında” uygulanır. Bu maddeye ilişkin değerlendirmelerimiz öncesinde maddenin eski halinin incelenmesini uygun bulmaktayız. 2006 değişikliğinden önce Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı öngörülmüştü. Bu madde, kanun yoluna ilişkin madde⁵⁹ ile birlikte değerlendirildiğinde, maddenin ilk hali ile tüm kabahat kararlarına karşı kanun yolunun sulh ceza hâkimliği olmasının amaçlanmış olduğu görülmektedir.

Bu madde için de Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'nın 125., 140., 142. ve 155. maddeleri doğrultusunda öngörülen adli-idari yargı ayırımına aykırılık teşkil ettiğini ve kanun koyucunun idari yargıda görülmesi gereken bir uyumsuzlukta adli yargının görevlendirilmesine ilişkin “geniş takdir hakkının” olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ağır suç oluşturan eylemlere ilişkin olarak ceza hukuku ile alakadar olması açısından ceza mahkemesinin görevli olmasının mümkün olduğunu belirtmek ile birlikte “idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması[nın] olanaklı” olmadığına hükmetmiştir.⁶⁰ Bu iptal kararı doğrultusunda madde bugünkü şekilde değiştirilmiştir.

⁵⁸ Bu hüküm doktrinde bazı yazarlar tarafından “Kabahatler Kanunu'nun Konu Bakımından Uygulama Alanı” olarak da ele alınmıştır. Bkz. Kangal, s. 62-63.

⁵⁹ Kabahatler Kanunu md. 27. “İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.” Ayrıca belirtmek gerekir ki, 6545 sayılı 18.06.2014 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile sulh ceza mahkemeleri, sulh ceza hâkimliği olarak değiştirilmiştir.

⁶⁰ AYM, E. 2005/108, K. 2006/35, T.01.03.2006. Karardaki karşı oyun gerekçelerine de dikkat çekmek gerekir. Karşı oy, idari yaptırımın cezalandırma amacı ve kanun koyucunun takdir yetkisi göz önünde tutulduğunda adli yargının görevli olabileceğini; hatta bu durumun “uygulamada birlik ve ahenk sağlanarak, hukuk güvenliği” tesis edeceğini belirtmiştir.

Mevcut düzenleme doğrultusunda, Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yoluna ilişkin hükümler diğer kanunlarda aksine hüküm yok ise; diğer genel hükümler ise idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanmaktadır⁶¹. Bu bağlamda Kabahatler Kanunu diğer kanunlara göre genel kanun niteliğindedir;⁶² fakat aşağıda da detaylandıracağımız üzere genel kanun niteliği sınırlandırılmıştır.⁶³ Burada genel kanun niteliğinin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin yaptırım gereken fiiller açısından geçerli olduğu ve diğer yaptırımların öngörüldüğü fiiller açısından Kabahatler Kanunu uygulanmayacağı ifade edilmiştir.⁶⁴ Bu düzenleme ile kabahatlere bağlanan hukuki sonuçların veya yaptırımın infazına ilişkin hususların özel kanunlarda belirlenmesi gibi kazuistik düzenlemelerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.⁶⁵ Bu şekilde idari yaptırım rejimi tek bir sistem altında düzenlenmiştir⁶⁶ ve tüm kabahatler açısından geçerli olan "ilkelere dayalı bir sistem" getirilmiştir.⁶⁷ Yargıtay da "Kabahatler Kanunu'nun 2. bölümünde yer verilen çeşitli kabahatler dışında, diğer yasalarımızda da birçok kabahat bulunmaktadır" açıklaması ile maddenin amacının "...hukukun uygulanmasında birlik ve hukuk güvenliğini sağlamak..." olduğunu

⁶¹ Değiştirilmiş şekliyle bu madde tekrar Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında haklı neden ve kamu yararının bulunduğu durumlarda idari yargıya tabi olması gereken uyumsuzluğun adli yargıda görülebileceğine ve uyumsuzlukların yaygın olan sulh ceza mahkemelerinde görülecek olmasının hak arama özgürlüğü açısından da olumlu olduğuna hükmetmiş ve davayı reddetmiştir. AYM, E. 2007/115, K. 2009/80, T. 11.06.2009

⁶² Kangal, s. 62; Ekinci, s. 12. Akbulut, kabahatlerin diğer kanunlarda da düzenlenmesinin Kabahatler Kanunu'nun genel kanun olduğunu gösterdiğini ifade etmektedir. Akbulut, s. 45.

⁶³ Adem Sözüer, Selman Dursun, "TCK, CMK ve Kabahatler Kanunu'ndaki Son Değişiklikler Ne Getiriyor?", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006, S. 9, s. 216.

⁶⁴ Kangal, s. 62-63. Para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları dışındaki yaptırımlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Sadi Kayabaşı, "İdari Yargının Görev Alanında Kabahatler Kanunu ile Meydana Gelen Değişiklikler", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2010, s. 87-89.

⁶⁵ Çolak, s. 9-10; Yılmaz, s. 369-370. Kazuistik düzenlemelere görevli mahkemelere başvuru sürelerinin farklılığı örnek verilebilir. Bkz. Kayabaşı, s. 35, TBMM, Madde 3 Gereği.

⁶⁶ Yalçın, s. 44; Çelikbilek, s. 5. Sistemsizliğin hâkim olmasının engellendiğine ilişkin bkz. Yüksel Erdoğan, *Kabahatler Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

⁶⁷ Sözüer ve Dursun, "5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda Öngörülen Kabahatler", s. 194.

ifade etmiştir.⁶⁸ Tekrar belirtmek gerekir ki, bu kanunun kanun yoluna ilişkin hükümleri eğer diğer kanunlarda aksine hüküm yoksa uygulanacaktır; yani diğer kanunlarda öngörülen yaptırımlara karşı başvuru yolu idari yargı olarak öngörülmediyse başvuru yolu Kabahatler Kanunu md. 27 uyarınca adli yargı olacaktır. Örneğin, Sermaye Piyasası Kanunu md. 105/4 doğrultusunda, kanun uyarınca verilen idari para cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulması gerekmektedir.⁶⁹

Bu madde kapsamında Kabahatler Kanunu'nun doktrinde temel kanun olduğu görüşü de savunulmuştur. Bu görüş doğrultusunda Kabahatler Kanunu ile diğer kanunların çatışması halinde Kabahatler Kanunu uygulanacaktır.⁷⁰ Fakat temel kanun Anayasa normlar hiyerarşisinde tanınmamaktadır, yani Anayasa kanunlar arasında bir hiyerarşi öngörmemektedir. Bu sebeple Kabahatler Kanunu'nun temel kanun niteliğinde olduğunu söylemek ve Kabahatler Kanunu'na kabahatlere ilişkin çıkarılan/çıkarılacak olan diğer kanunlara göre üstünlük tanımak mümkün değildir. Bu bağlamda, Kabahatler Kanunu yürürlüğe girdikten sonra çıkarılan kanunlarda kabahatlere ilişkin genel ilkeler düzenlenir ise bu ilkeler Kabahatler Kanunu'na aykırılık sebebiyle geçersiz olmayacaktır.⁷¹ Örneğin Danıştay, Kabahatler Kanunu'ndan sonra getirilen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 2008 tarihli hükmünü, Kabahatler Kanunu md. 3 gerekçesiyle esas almayan ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.⁷²

Kabahatler Kanunu md. 3 bağlamında sistem birliğinin sağlanmış olduğu söylenebilecekse de⁷³ kanun yoluna ilişkin olarak ikili sistem devam etmektedir. İkili sistemin devam ediyor olması doktrinde Anayasa Mahkemesi kararındaki karşı oyda belirtildiği üzere "uygulamada birlik, ahenk ve hukuk güvenliği" parçalandığı gerekçesi ile

⁶⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E.2011/1249, K.2011/1648, T. 16.02.2011.

⁶⁹ Farklı örnekler için bkz. Kayabaşı, s. 60.

⁷⁰ Öztürk, s. 127. Kabahatler Kanunu ile çelişen hükümlerin artık uygulanamayacağına ilişkin bkz. Ekinci, s. 15.

⁷¹ Özen, s. 16. TCK md. 5'e ilişkin benzer değerlendirme için bkz. Özgenç, s. 98. Özgenç bu durumu TCK md. 5'in TCK'dan sonra çıkarılan kanunlar açısından "mevzuat disiplini sağlama yönünden bir etkisi" bulunmayacağı şeklinde ifade etmiştir.

⁷² Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2014/4501, K. 2016/32, T. 20.01.2016.

⁷³ Bekar, s. 1038; Yılmaz, s. 369. Yılmaz, değişiklik öncesi dönem için bu değerlendirmeyi yapmıştır.

eleştirilmektedir.⁷⁴ Yargı yoluna ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının çokluğu göz önünde bulundurulduğunda bu sistemin özellikle en başta yargı yolunun tespitinde karışıklığa yol açtığını söylemek yerinde olacaktır.⁷⁵ Bu uyuşmazlıkların madde değişikliğinin yürürlüğe girmesinin ilk senelerinde gerçekleştiği düşünüldüğünde, günümüzde bir karışıklığın olmadığı varsayılabilir. İkili sistem eleştirilirken denetimin, kabahatlere idare tarafından idari işlem olarak karar verilmesi ve kabahatlerin idari işlem olarak infaz edilmesi gerekçesi ile tamamen idari yargıya bırakılması gerekliliği de ileri sürülmüştür.⁷⁶ Burada dikkat çekilmesi gereken nokta adli yargı ile idari yargının bu konuyu nasıl ele alacağıdır. İdari yargının konuyu idari işlemlerin unsurları açısından değerlendirebileceğini söylemek yerinde olacaktır;⁷⁷ nitekim idari yaptırımların idari işlem niteliğinin onların “baskın kimliği”ni oluşturduğu ileri sürülmüştür.⁷⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise “Kabahatler Kanunu ile getirilen sistem gereği, kabahatler ve bunlar karşılığında öngörülen idari yaptırım kararları[nun], idari bir işlemin ötesinde, ceza hukukunun genel prensipleriyle yakın ilişki içinde bulun[duğuna]” hükmetmiştir.⁷⁹ Danıştay da yakın tarihli bir kararında “Kabahatler Kanunu’nun anılan hükümlerinin göz ardı edilerek karar verilmesi[nin] mümkün olmadığı”nu ifade etmiştir.⁸⁰ Bu doğrultuda, kabahatlere ilişkin değerlendirme yapılırken ceza hukukundan yararlanması gerekliliği de göz önünde bulundurulmalıdır.

⁷⁴ Otacı ve Keskin, *Türk Kabahatler Hukuku, Genişletilmiş 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2010*, s. 42. Yazarlar genel kanun niteliğinin kaybedildiğini de belirtmektedirler. Bkz. Otacı ve Keskin, s. 43. İçel de ikili sistemi istikrarın engellenmesi bakımından eleştirmektedir. Bkz. Kayıhan İçel, “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, s. 628.

⁷⁵ Kazancı veri tabanında kanun-madde endeksi seçeneği ile arama yapıldığında çoğunluğu 2006-2009 yıllarına ait olmak üzere 400’den fazla Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü kararına ulaşılmaktadır. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.

⁷⁶ Ramazan Çağlayan, *Kabahatler Kanunu ve Uygulaması, Perşembe Konferansları, 0264, 2010*, s. 149-150. İdari yargı denetimine tabi olması gereken bazı konuların adli yargı denetimine bırakılmış olması eleştirisi için bkz. Mustafa Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitapevi, Ankara 2008*, s. 85.

⁷⁷ Karagülmez, s. 36; Özay, s. 103 vd.; yaptırımların idari işlemin unsurları açısından ele alınışı için bkz. M. Yasin Aslan, “İdari Yaptırımlar”, *TBB Dergisi*, 2009, S. 85, s. 184-187.

⁷⁸ Turgut Tan, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s.310.

⁷⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2006/9-23, K. 2006/141, T. 16.5.2006.

⁸⁰ Danıştay 15. Daire, E. 2016/2471, K. 2017/1119, T. 09.03.2017.

4. Kabahatler Kanunu'nda Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi ceza hukukunun "ana ilke ve özelliklerinden en başta geleni"dir ve ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır.⁸¹ Bu ilke Anayasa md. 38'de "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" hükmü ile koruma altına alınmıştır. TCK md. 2'de de suçta ve cezada kanunilik ilkesi kabul edilmiştir.⁸² Kanunilik ilkesinin kabahat alanında uygulanmasına ilişkin ilkenin kabahatler açısından geniş ölçüde bertaraf edildiği,⁸³ idareye çeşitli serbesti tanımak suretiyle kabul edilmesi gerektiği⁸⁴ ve mutlak olarak uygulanması gerekliliği⁸⁵ olmak üzere çeşitli görüşler gelişmiştir. Kanunilik ilkesinin, idari yaptırımlar açısından da, ceza hukuku alanındaki kadar katı olmasa da gerekli olduğu ifadesi doğrultusunda;⁸⁶ ilkenin TCK'daki düzenlemeler kadar keskin bir kabulü söz konusu olmamıştır.⁸⁷ Kanunilik ilkesinin kabahatler için de geçerli olması hukuki güvenliğin sağlanması açısından önem teşkil etmektedir; nitekim kabahat yaptı-

⁸¹ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:1, Yeniden gözden geçirilmiş 11. Bs., Beta, İstanbul 1994, s. 17.

⁸² TCK md.2'de kanunilik ilkesi hem suç teşkil eden fiil hem de cezalar bakımından mutlak kanunilik ilkesini benimsemiştir. TCK md. 2: "(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz."

⁸³ Feyyaz Gölcüklü, "'İdari Ceza Hukuku' ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 18, S. 02, s. 137.

⁸⁴ Özay, s. 60-61.

⁸⁵ Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s. 105-106.

⁸⁶ Oğurlu, s. 57. Kabahatler bakımından kanunilik ilkesinin geçerliliği tespit edilirken, ortada suç olmadığı için ceza hukuku bakış açısıyla hareket edilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Ali Pehlivan, "Kabahatler Hukukunun Genel Esasları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2011, s. 78.

⁸⁷ Bekar, s. 1039. Özay, s. 60. Özay, kesin çizgilerle belirlenmesine gerek de olmadığı görüşündedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Özay kanunilik ilkesinin idari yaptırımlara ilişkin olarak "çok daha geniş boyutlara ulaşabilecek potansiyel bir önem" taşıdığını belirtmektedir. Bkz. Özay, s. 31; Özay ile aynı görüşte bkz. Mehmet Akif Bardakçı, "Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2006, s. 36.

rımları bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmakta ve bu sebeple kabahat teşkil eden fiillerin önceden biliniyor olmaları gerekmektedir.⁸⁸ Kabahatler hukuku kişileri “bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorladıkları için” de ceza hukuku prensiplerinden kanunilik prensibine de uygun olmalıdır.⁸⁹ Bu durum Anayasa md. 2’de yer alan hukuk devleti ilkesi ile de açıklanabilir.⁹⁰ Temel hak ve özgürlüklerin sadece kanun ile sınırlandırılabilmesini öngören Anayasa md. 13 ve idarenin kanuniliğinin düzenlendiği Anayasa md. 123/1 doğrultusunda kabahatlerin de kanun ile düzenlenmesi gerekliliği görülmektedir.⁹¹

Kabahatler Kanunu md. 4 uyarınca ise “hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.” Genel düzenleyici işlemler “sürekli, soyut, nesnel ve genel” durumların belirlendiği ve “hukuk düzenine yeni kural getiren, ya da olan bir kuralı değiştiren veya kaldıran işlemlerdir”.⁹² Maddeden görüldüğü üzere idare, genel ve düzenleyici işlemleri ile çerçeve hükmün içeriğini doldurabilmektedir; yani genel ve düzenleyici işlemler yaptırıma bağlanan eylemleri düzenleyebilmektedir.⁹³ , ⁹⁴ Türk ceza hukukunda, suç (ya da kabahat) teşkil eden fiillerin kanun ile düzen-

⁸⁸ Kangal, s. 45-46.

⁸⁹ Ersan Şen, “İdari Ceza Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 8, Temmuz 1994, s. 22.

⁹⁰ Karagülmez, s. 38; Oğurlu, s. 58; Hayrettin Kurt, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 18, S. 1, s. 149.

⁹¹ Aynı şekilde bkz. Kangal, s. 46.

⁹² Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Cilt 1, 11. Bs., Turhan Kitapevi, Ankara 2016, s. 355-356.

⁹³ Cengiz Otacı, *Türk Kabahatler Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara Ocak 2006, s. 21.

⁹⁴ Gerekece doğrultusunda Çağlayan, Yurtcan, Bekar, Karabulut, Evren ve Uğur çerçevenin Kabahatler Kanunu md. 2 doğrultusunda çizildiğini belirtmektedir. Bkz. Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, s. 133; Yurtcan, s. 44-45 ve Bekar, s. 1039; Evren, s. 983; Hüsamettin Uğur, “Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun’a Göre İdari Para Cezası Ve Yargıtay Uygulaması”, *TBB Dergisi*, 2009, S. 85, s. 191. Fakat kanımızca burada çerçeve hüküm olarak değerlendirilmesi gereken konu sadece Kabahatler Kanunu değil kabahatin genel düzenleyici işlem ile düzenlenmesini öngören ilgili kanun hükmüdür. Benzer görüş için bkz. Çelikbilek, s. 13. Karabulut ayrıca bu kavramların geniş bir alanı kapsadığını ve idarenin yetkisinin de genişlediğini belirtmekle birlikte, yasanın kabahatin genel çerçevesini belirtmesi gerektiğini de ifade etmektedir. Karabulut, 139.

lenmeyip, idare tarafından belirlenmesine bırakılan hükümler “beyaz hüküm” veya “çerçeve kanun” olarak adlandırılmaktadır.⁹⁵ Türk hukukunun kabahatlere ilişkin beyaz hüküm düzenlemesine izin verdiği⁹⁶ ve beyaz hükümde konulan boşluğun idari işlem ile doldurulacağı ifade edilebilir.⁹⁷ Dolayısıyla ilk fıkranın iki imkândan bahsettiğini söylemek yerinde olacaktır. Bu doğrultuda kabahatler, kanunlarda tanımlanabilir veya genel düzenleyici işlemler ile düzenlenebilir.⁹⁸ Bu bağlamda kabahatler hukukunun ceza hukuku kadar “sert ve tavizsiz” olmadığını⁹⁹ ve yumuşatıldığını,¹⁰⁰ dolayısıyla Kabahatler Kanunu’nda esnek bir düzenlemenin kabul edildiğini söylemek yerinde olacaktır.¹⁰¹ Bu husus, değişen ve gelişen ihtiyaçlar ve her fiilin tek tek meclis tarafından belirlenmesi gerekliliğinin meclisin iş yüküne yapacağı etki göz önünde tutulduğunda yerinde bir düzenleme olarak nitelendirilmiştir.¹⁰² Belirtmek gerekir ki, kabahat teşkil eden fiillerin genel düzenleyici işlem ile belirlenmesi keyfiliğe yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır. Danıştay da yakın tarihli bir kararında “eylem ile uygulanan idarî yaptırım örtüşmeli ve muhatabına kanunda karşılığı olmayan veya eylem ile örtüşmeyen bir idarî yaptırım uygulanmamalıdır” diyerek bu durumu yinelemiştir.¹⁰³

⁹⁵ Özgenç, s. 110.

⁹⁶ Özgenç, s. 122; Kaşka, s. 197.

⁹⁷ Öztekin Tosun, “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1962, C. 28, S. 2, s. 362.

⁹⁸ Kaşka, maddede belirtilen “kanun”un hem maddi hem de şekli anlamda kanun olduğunu ifade etmektedir; fakat yasama organı tarafından kabul edilen kanunların kastedilmiş olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kaşka, s. 200-201.

⁹⁹ Otacı ve Keskin, s.27. Taviz verilebileceğinin öngörüldüğü değerlendirilmesi için benzer şekilde bkz. Murat Ekinci, s. 27. Kanunilik ilkesinin ceza hukukundaki kadar sert olmadığı değerlendirilmesi için bkz. Oğurlu, s.58. Kanunilik ilkesinin ceza hukukundaki kadar “açık ve keskin” olmadığına ilişkin bkz. Erdoğan, s. 29.

¹⁰⁰ Tan, s. 318; Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, s. 41.

¹⁰¹ Kangal, s. 46. Meran, s. 17; İnan ve Demir, s. 18; Yalçın, s. 53; Yılmaz, s. 370. Bahtiyar, idarenin kanuniliğinin daha geniş bir yaklaşıma sahip olduğunu belirtmiştir. Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, C. 6, S. 1-2, s. 241; TBMM, Madde 4 Gerekçesi.

¹⁰² Murat Ekinci, s. 30. Ulusoy, özellikle bağımsız idari otoritelerin verdikleri cezalar açısından kanun çerçevesinin genel olması gerektiğini belirtmektedir; nitekim bağımsız idari otoritelerin görev ve yetki alanları kanunlarda belirlenmiştir ve bu belirlemeler de otoritelerin tesis edebilecekleri yaptırımların sınırını oluşturur. Ulusoy, s. 86-87.

¹⁰³ Danıştay 13. Daire, E. 2010/2160, K. 2016/4316, T. 22.12.2016.

Yaptırımların türü, süresi ve miktarı ise genel düzenleyici işlemler ile değil¹⁰⁴ sadece kanunla belirlenebilecektir; dolayısıyla yaptırımlar açısından “kanunsuz yaptırım olmaz kuralı” benimsenmiştir.¹⁰⁵ Örneğin, Çevre Kanunu md. 20’de “...bu Kanun uyarınca çıkarılan yönetmeliklere aykırı olarak ... atık boşaltanlara 24.000 Türk Lirası idari para cezası” verilmesini öngörülmüştür. Bu hüküm, kabahat teşkil eden fiillerin yönetmelik ile tespit edilebilecek olmasına rağmen yaptırımın kanunda belirlendiğinin bir örneğidir.¹⁰⁶ Fakat, yaptırımın tespitinin idarenin düzenleyici işlemlerine bırakıldığı da görülmektedir. İdari yaptırım miktarının Rekabet Kurulu’nun çıkaracağı yönetmelik ile düzenleyebilmesi doğrultusunda çıkarmış olduğu yönetmeliğin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinin ileri sürüldüğü bir kararda Danıştay, ilgili 4054 sayılı Kanun’un azami oranı belirlemiş olduğunu ve Rekabet Kurulu’nun takdir yetkisinin olduğunu belirtmiş ve yönetmelikle belirlenen cezanın kanunun belirlediği sınırı üzerine çıkması sebebiyle hukuka aykırılık görmemiştir.¹⁰⁷

Yaptırımların yasa ile belirlenme zorunluluğu “temel hak ve özgürlüklere saygı” ve “hukuka bağlı devlet” anlayışı¹⁰⁸ ve idarenin keyfiliğinin önlenmesi amacı¹⁰⁹ ile açıklanabilir. Bu açıklamalarımız doğrultusunda kanunilik ilkesinin “kabahatte kanunilik” ve “yaptırımda kanunilik” olmak üzere ikiye ayrıldığı söylenebilecektir.¹¹⁰ Kabahatler Kanunu’nda kanunsuz ceza olmaz ilkesinin mutlak olarak kabul edildiğini; fakat kanunsuz suç olmaz ilkesinin mutlak olarak kabul edilmediğini söylemek yerinde olacaktır.¹¹¹ Danıştay da bir kararında Kabahatler Kanunu’nun “idari yaptırımlar konusunda genel kanun niteliğini haiz Kabahatler Kanunu, idari yaptırımlar konusunda, yalnızca yaptırımın türü, süresi ve miktarı bakımından mutlak olarak kanunilik ilkesini benimsemiş bulun[duğunu]” ifade etmiştir.¹¹² Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanunilik ilkesinin farklı kabahatlere farklı

¹⁰⁴ Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 133, Bekar, s. 1039.

¹⁰⁵ Akbulut, s. 130.

¹⁰⁶ Farklı örnekler için bkz. Yalçın, s. 55.

¹⁰⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2015/1822, K. 2015/4829, T. 30.12.2015.

¹⁰⁸ Yurtcan, s. 45; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 133-134.

¹⁰⁹ Özen, s. 28.

¹¹⁰ Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 41.

¹¹¹ Murat Ekinci, s. 27-28.

¹¹² Danıştay 13. Daire, E. 2010/2490, K. 2013/2706, 01.11.2013.

uygulanacağı da ileri sürülmüştür. Örneğin, eski içtihatlarda disiplin cezalarına ilişkin olarak yönetmelik düzenlemeleri kanunilik ilkesine aykırı kabul edilmezken,¹¹³ daha sonra disiplin cezaları açısından da bu ilkenin kabul edildiği görülmektedir.¹¹⁴

Kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ceza hukukunda açıkça kabul edilen kıyas yasağının kabahatler açısından uygulanıp uygulanamayacağıdır. Kıyas, “kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamış bir fiilin, bununla bazı yönlerden benzerlik arz eden başka bir fiil ile ilgili suç tanımı kapsamında değerlendirilmesi” olarak tanımlanabilir.¹¹⁵ Kanun koyucu, TCK’da kıyas yasağı öngörmüş olmasına rağmen, Kabahatler Kanunu’nda böyle bir hükme yer verilmemiştir. Kanun’da hükme yer verilmemiş olması kıyas yasağının kabahatler açısından geçerli olmayacağı şüphesini uyandırabilir.¹¹⁶ Bu bağlamda Kabahatler Kanunu açısından kıyas yasağının uygulanmayacağını söyleyen görüş olduğu gibi¹¹⁷ kıyas yasağının kabahatler açısından da geçerli olacağını savunan bir görüş de bulunmaktadır.¹¹⁸ Kanımızca, kabahatlerin karşılığında öngörülen yaptırımların kişilerin temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına geldiği ve belirlilik ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, kıyas ya-

¹¹³ Ulusoy, s. 89.

¹¹⁴ DİDDGK, E. 2011/2486, K.2012/1698, T. 5.11.2012.

¹¹⁵ Özgeç, s. 119. Tanımdaki suç ifadesi, bu çalışma bakımından kabahat olarak okunmalıdır.

¹¹⁶ Pehlivan, s. 84. Kıyasın açıkça yasaklanmaması, lehe kıyas yapılabileceği anlamına gelebilir. Pehlivan, s. 85.

¹¹⁷ Murat Ekinci, s. 33. Ekinci burada Anayasa md 128/2’de düzenlenen “kanunla düzenleme ilkesi” gereği memurlar ve diğer kamu görevlilerini saklı tutmaktadır. Öztürk de disiplin hukuku bakımından kıyas yasağının geçerli olmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Öztürk, s. 124. Memurlara ilişkin disiplin suçları açısından kanunilik ilkesini AY md 128 ve md. 38’e dayandıran görüşler olmakla birlikte, memur disiplin hukuku bakımından kanunilik ilkesinin uygulanmaması gerekliliği hakkında da çeşitli görüşler bulunmaktadır. Farklı görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Cemil Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Haziran 2005, C. 38, S. 2, s. 63-65. Kamu görevlilerine uygulanacak yaptırımların kanuniliğine ilişkin öneriler için ayrıca bkz. Akyılmaz, s. 259-260.

¹¹⁸ Şen, s. 23; Kangal, s. 58-59; Akbulut, s. 155-156. Yalçın, s. 58-59; Karabulut, s. 124; Evren, s.993-994; Özlüer, s. 141; Kurt, s. 150; Pehlivan, s. 84; Habip Ünyılmaz, “Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi”, *Kabahatler Hukuku Yazıları 1*, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Nisan 2017, s.92. Öztürk, disiplin hukukunun aksine kabahatler bakımından kıyas yasağının geçerli olduğunu savunmaktadır. Bkz. Öztürk, s. 131.

sağının kabahatler açısından da geçerli olması gerekir; ayrı bir madde öngörülmüş olmasına gerek yoktur. Danıştay da “ceza gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılmayacağı” ilkesinin idari yaptırımlar için de geçerli olacağı gerekçesi ile kıyas yoluyla “ceza tayinine olanak” olmadığına hükmetmiştir.¹¹⁹

5. Kabahatler Kanunu’nun Uygulanması

5.1 Kabahatler Kanunu’nun Zaman Bakımından Uygulanması

Kabahatler Kanunu md. 5 uyarınca “(1) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir. (2) Kabahat, failin icrai veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmaz.”

TCK hükümleri doğrultusunda Kabahatler Kanunu’nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak, kişilerin kabahat teşkil eden fiili gerçekleştirdikleri zaman kabahat sayılmayan fiillerinden dolayı haklarında idari yaptırım uygulanamaz. Kabahat fiilinin, fiilin gerçekleştiği andaki kanuna tabi olması esas kural olmaktadır.¹²⁰ Bir başka deyiş ile fiilin gerçekleşmesinden sonra yürürlüğe giren bir kanun veya genel düzenleyici işlem ile fiil karşısında yaptırım uygulanamayacaktır.¹²¹ Herhangi bir yaptırım kararı verilmiş ise de bu kararın kanuni sonuçları oluşmayacaktır.¹²² Bu doğrultuda Kabahatler Kanunu’nun da TCK hükümleri doğrultusunda geçmişe uygulama yasağını kabul ettiği görülmektedir.¹²³ Bu yasak kapsamına sadece kabahat teşkil eden fiillerin tespiti değil; kabahatlere ilişkin genel hükümlerin de gireceğini söylemek gerekmektedir.¹²⁴ Örneğin

¹¹⁹ Danıştay 4. Daire, E. 2006/2998, K. 2006/2299, T. 22.11.2006.

¹²⁰ Pehlivan, s. 108.

¹²¹ Kangal, s. 65.

¹²² Çelikkbilek, s. 9.

¹²³ Kangal, s. 65. Belirtmek gerekir ki, Kangal burada derhal uygulama ilkesi değerlendirmesini de yapmaktadır. Fakat ileride idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesi bakımından derhal uygulamayı ele alacağımız için, bir karşılık yaratmak adına geçmişe yürüme yasağı olarak değerlendirmeyi uygun bulmaktayız.

¹²⁴ Kangal, s. 65. Geçmişe yürüme yasağının genel hükümler ve özel hükümler anlamına gelen dar anlamda kabahatler hukuku için geçerli olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Akbulut, s. 163.

bir kabahate teşebbüsün yaptırımı tabi olduğu hükmü, fiile teşebbüs gerçekleştikten sonra kanunlaşmış ise, kişinin teşebbüs teşkil eden fiili yaptırımla karşılaşmayacaktır.¹²⁵ Benzer şekilde kanuni tanımın genişletilmesi yoluyla kabahat teşkil etmeyen bir fiil kabahat olarak nitelendirilemeyecektir¹²⁶ ya da hâlihazırda var olan bir kabahat düzenlemesinde öngörülen bir yaptırım kabahatin işlenmesinden sonra ağırlaştırılmışsa bu değişiklik geçmişe yürümecektir.¹²⁷ Kabahatler açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus çerçeve hükmün öngördüğü düzenleyici işlemlerin henüz yürürlüğe girmediği zaman fiilin gerçekleşmesidir. Bu durumda da yaptırımın uygulanmayacağını söylemek gerekmektedir.¹²⁸ Benzer durum, genel düzenleyici işlemin iptal edilmesi durumunda da söz konusu olacak; yetkili kurum idari yaptırım kararı veremeyecektir.¹²⁹

Geçmişe yürüme yasağına ek ve onun istisnası olarak Kabahatler Kanunu, TCK hükümleri doğrultusunda failin lehine olan kanunun uygulanmasını kabul etmektedir. İdari işlem niteliğindeki yaptırımların tesis tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetime tabi olması ileri sürülebilecek olsa da, idari yaptırımların cezai yönü doğrultusunda Kabahatler Kanunu, TCK hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.¹³⁰ Lehe kanunun uygulanması ilkesi doğrultusunda kabahat teşkil eden fiil işlendikten sonra kişinin lehine olarak değişir ise lehe olan düzenleme geçmişe yürütülür ve uygulanır.¹³¹ Bu doğrultuda bir fiil kabahat olmaktan çıkarılmışsa veya idari yaptırım verilmiş fakat tesis edilmemişse yaptırım uygulanmayacaktır.¹³² Nitekim Danıştay da önüne gelen uyuşmazlıklarda, "...5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun... göndermede bulunduğu Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. numaralı fıkrasında ise... failin lehine olan kanunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır" demek suretiyle

¹²⁵ Kabahatler Kanunu md. 13 uyarınca kabahate teşebbüs cezalandırılmaz; fakat cezalandırılabilir olduğuna ilişkin kanunlarda bulunan hükümler saklıdır.

¹²⁶ Akbulut, s. 164.

¹²⁷ Kangal, s. 65.

¹²⁸ Kangal, s.65-66.

¹²⁹ Yalçın, s. 57. Yalçın, bu değerlendirmeyi kanunilik ilkesi kapsamında yapmıştır.

¹³⁰ Karabulut, s. 128-129.

¹³¹ Kangal, s. 66.

¹³² Kangal, s. 67. Kanun ile belirlenen alt ve üst limitler arasında idareye takdir tanındığı durumda, takdir yetkisinin nasıl kullanılacağına ilişkin bir düzenleme çıkarıldığında hükümlerin geçmişe yürütmesine ilişkin bkz. Ulusoy, s. 67.

lehe kanunun geçmişe yürüdüğüne hükmetmiştir.¹³³ Fakat infaz edilmiş olan yaptırımlar açısından lehe kanunun uygulanması söz konusu olmayacaktır.¹³⁴ Yargıtay da “... ‘failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.’ ifadesinden lehe kanunun kesinleşmiş ancak infaz edilmemiş hükümlere de uygulanacağı anlaşılmaktadır” gerekçesi ile lehe kanun hükümlerinin infaz edilmemiş idari yaptırımlara uygulanacağına hükmetmiştir.¹³⁵ Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki derhal uygulama ilkesinin, kabahatler hukukunda lehe olan kanunun uygulanması anlayışının kabul edilmemiş olduğunu gösterdiğini savunan görüşler de mevcuttur.¹³⁶ Kanımızca, TCK hükümlerine açıkça atıfta bulunulmuş olması lehe kanunun geriye yürümesi ilkesinin kabahat hukukunda da kabul edildiğini göstermektedir.¹³⁷

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, Anayasa md. 153/4 uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları geçmişe etkili olarak uygulanmadığı için Anayasa Mahkemesi’nin bir kabahat içeren kanunu iptal etmesi durumunda kişinin bundan yararlanamayacak olmasıdır.¹³⁸ Bu durum doktrinde eleştirilmektedir ve Anayasa’da değişiklik yapılması gerekliliği belirtilmektedir.¹³⁹

Kabahatler Kanunu md. 5/1c.2 uyarınca ise idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesi açısından derhal uygulama ilkesi kabul edilmektedir. Bu bağlamda yaptırım kararının infazına ilişkin bir kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren kişinin lehine ya da aleyhine olup olmamasından bağımsız olarak uygulanacaktır.¹⁴⁰ Derhal uygulama kuralı TCK’ya bir istisna getiriyor gibi gözükse de, TCK’da da öngörülmüştür; fakat TCK’nın öngördüğü hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrür istisnalarına Kabahatler Kanunu’nda yer

¹³³ Danıştay 13. Daire, E. 2007/4442, K. 2010/10, T. 05.01.2010.

¹³⁴ Pehlivan, s. 110.

¹³⁵ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2014/20589, K. 2014/22335, T. 23.12.2014.

¹³⁶ Bkz. Yurtcan, s. 51; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 137.

¹³⁷ Aynı yönde bkz. Pehlivan, 109.

¹³⁸ Yargıtay, Anayasa’ya aykırı şekilde iptal kararını geriye yürütmüştür. Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 1998/82, K. 1998/854, T. 09.03.1998.

¹³⁹ Kangal, s. 70; Akbulut, s. 172. Oysa idari yargı bakımından değerlendirildiğinde, iptal davaları yapılmış olan “işlemi ortadan kaldırır” ve iptal kararların geriye yürüyeceği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Bu konuda bkz. Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 15-16.

¹⁴⁰ Kangal, s. 67; Akbulut, s. 165; Murat Ekinci, s. 46.

verilmemiştir.¹⁴¹ Derhal uygulama kuralının kesinleşmiş kararlar için söz konusu olacağını söylemek gerekmektedir; nitekim ortada kesin bir karar yok ise lehe uygulama kuralı geçerli olacaktır.¹⁴² Örneğin idari para cezasını taksit ile ödeme imkânı kaldırılır ise, hakkında idari para cezası kararı verilmiş bir kişinin taksit ile ödeme seçeneğinden faydalanma imkânı kalmamaktadır.^{143, 144}

Zaman bakımından uygulanmaya ilişkin yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, kabahatin oluştuğunun tespiti için kabahat teşkil eden fiilin ne zaman gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁴⁵ Netice, kabahatlerin zaman bakımından uygulanması açısından bir önem arz etmemektedir.¹⁴⁶ Kabahatler Kanunu md. 5/2 zaman bakımından sınırlayıcı bir hükme yer vermiş¹⁴⁷ ve kabahatin işlenmiş sayıldığı zaman için icrai veya ihmali davranışın gerçekleştiği zamanı kabul etmiş; neticeye bu anlamda bir sonuç bağlamamıştır. Sırf hareketli kabahatlerde hareketin yapıldığı zaman kabahat işlenmiş sayılacaktır.¹⁴⁸ İhmali hareketle işlenen kabahatler açısından ise kabahat, ihmali davranış gerçekleştiğinde işlenmiş sayılacaktır.¹⁴⁹ Netice aranan kabahatler için de kabahatin işlenmiş sayıldığı zamanın hareketin gerçekleştirildiği zaman olacağı ifade edilmiştir.¹⁵⁰ Mütemadi kabahatlerde ise kabahatin işlendiği tarih fiilin kesintiye uğradığı tarih olduğundan,¹⁵¹ bu andaki kanun uygulanmalıdır.¹⁵² Burada ayrıca belirtmek gerekmektedir ki, Kabahatler Kanunu md. 5/2 hükmü sadece zamana ilişkin konular

¹⁴¹ Pehlivan, s. 113.

¹⁴² Meran, s. 19; Bekar, s. 1040; Otacı ve Keskin, s. 45. Doktrinde, lehe uygulama kuralının "derhal uygulamanın kuralı"nın istisnasını oluşturduğu görüş için bkz. İnan ve Demir, s. 20.

¹⁴³ Kangal, s. 67.

¹⁴⁴ Mahkeme içtihatlarındaki değişikliklerin zaman bakımından uygulanmaya ilişkin değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Akbulut, s. 167.

¹⁴⁵ Yılmaz, s. 373.

¹⁴⁶ Yurtcan, s.51; Meran, s.20.

¹⁴⁷ Ekinci, s. 23. Bu sınırlamanın TCK'da da yer almasına ilişkin olarak bkz. Akbulut, s. 188.

¹⁴⁸ Kangal, s. 64; Pehlivan, s. 115.

¹⁴⁹ Özen, s. 62-63.

¹⁵⁰ Akbulut, s. 189.

¹⁵¹ Otacı ve Keskin, s. 46; Pehlivan, s.118.

¹⁵² Zincirleme şekilde işlenen kabahatler, itiyadi kabahatler, teşebbüs aşamasında kalan kabahatler, iştirak halinde işlenen kabahatler ve sınır aşan kabahatler değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Özen, s. 64-65.

bakımından geçerli olmalıdır,¹⁵³ zira netice Kabahatler Kanunu'nun yer bakımından uygulanması hususunda dikkate alınabilecektir¹⁵⁴.

5.2 Kabahatler Kanununun Yer Bakımından Uygulanması

Kabahatler Kanunu md. 6 uyarınca "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yer bakımından uygulamaya ilişkin 8 inci maddesi hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kanunlarda aksine hüküm bulunan haller saklıdır". Bu bağlamda, Türkiye sınırlarında işlenen kabahatler bakımından yaptırım uygulanmasını öngören Kabahatler Kanunu'nun da yer bakımından uygulanmaya ilişkin olarak ülkesellik ilkesini benimsediğini söylemek gerekmektedir.¹⁵⁵ Kabahat teşkil eden fiiller ise TCK md. 8 uyarınca "a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır." Burada değinilmesi gereken bir diğer husus hangi hallerin kabahatin Türkiye'de işlendiğinin ya da işlenmiş sayılacağına tespit edilmesidir.¹⁵⁶ Bu durumda, TCK md. 8 doğrultusunda kabahat teşkil eden "fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde" Türkiye'de işlenmiş sayılacaktır. Dolayısıyla, hareketin belirtilen yerlerde en azından kısmen gerçekleşmesi halinde, Kabahatler Kanunu'nun uygulanacağını söylemek gerekmektedir.¹⁵⁷ Failin kabahat teşkil eden icrai hareketi gerçekleştirirken bulunduğu yer ha-

¹⁵³ Kangal, s. 64; Yurtcan, s. 51.

¹⁵⁴ Yurtcan da bu düzenlemenin "failin işlediği kabahatten ötürü cezalandırılması, verilecek cezanın belirlenmesi yönünden" konuyu ele almadığını ifade etmektedir. Bkz. Yurtcan, s. 51.

¹⁵⁵ Otacı, s. 32; Ekinci, s. 25; Yalçın, s. 51; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 139; Pehlivan, s. 119. Kabahatler Kanunu yalnızca ülkesellik ilkesini esas almıştır ve TCK'daki gibi Türkiye ya da Türkiye sayılan yerler dışında işlenen fiillerin belirli şartlar doğrultusunda Kabahatler Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin bir hüküm barındırmamaktadır. Akbulut, s. 196. Fakat aşağıda belirteceğimiz üzere, kanunlarda aksinin belirtilmesi mümkün olacaktır.

¹⁵⁶ Mustafa Serhat Kaşıkara, "Kabahatler Kanunu'nun Yer ve Kişi Bakımından Uygulanması", Kabahatler Hukuku Yazıları 1, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Nisan 2017, s. 116.

¹⁵⁷ Kangal, s. 76.

reketin gerçekleştiği yer olacaktır¹⁵⁸ ve bu yer Türkiye'de ise kabahat Türkiye'de işlenmiş olacaktır. İhmali hareket ile kabahatin gerçekleşmesi halinde ise failin harekette bulunması gerekirken hareketi gerçekleşmediği yer tespit edilmelidir ve bu yer Türkiye'de ise Kabahatler Kanunu'nun uygulanacağı söylenmelidir.¹⁵⁹ Görünüşte ihmali kabahatlerde ise kişinin engellemesi gerektiği neticenin gerçekleştiği yer de hareketin gerçekleştiği yere ek olarak dikkate alınacaktır.¹⁶⁰ Mütemadi kabahatlerde ise fiilin icrası, fiil tamamlanmamış olsa dahi, Türkiye'de gerçekleşmiş olduğu takdirde Kabahatler Kanunu'nun uygulanacağı ifade edilebilir.¹⁶¹ Somut tehlike kabahatlerinde ise tehlikenin gerçekleştiği yer, kabahatin işlenme yeri olarak nitelendirilecektir.¹⁶² Ayrıca belirtmek gerekir ki, kabahatin tanımında neticeye yer verilmiş ise, neticenin gerçekleştiği yer de esas alınabilecektir.¹⁶³

Kabahatler Kanunu'nun aksi düzenlemeleri de saklı tuttuğu görülmektedir. Bu bağlamda yurt dışında gerçekleşen kabahatlere, Kabahatler Kanunu'nun uygulanabilir olması istisna durum olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁶⁴ 2872 sayılı Çevre Kanunu md. 20'de düzenlenen idari yaptırımın yabancı devlet sularında da belirli durumlarda uygulanabilecek olması, Kabahatler Kanunu'nun yurt dışında gerçekleşecek kabahatlere uygulanabileceği istisnasına örnek teşkil etmektedir.¹⁶⁵

SONUÇ

Türk Ceza Hukuku Reformu kapsamında kabahatlere ilişkin yeknesak bir sistem oluşturulmuş ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çıkarılmıştır. Kabahatler Kanunu'nun amacı toplum düzeninin, genel ahlakın, genel sağlığın, çevre ve ekonomik düzenin korunması olarak

¹⁵⁸ Akbulut, s. 203.

¹⁵⁹ Kangal, s. 77. Akbulut, s. 205.

¹⁶⁰ Kangal, s. 77. Zincirleme şekilde işlenen kabahatler, itiyadi kabahatler, teşebbüs aşamasında kanal kabahatler ve sınır aşan kabahatler için ayrıca bkz. Özen, s. 70-72.

¹⁶¹ Kangal, s. 76-77. Mütemadi kabahatlerin nerede işlenmiş sayılacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Akbulut, s. 204.

¹⁶² Akbulut, s. 206.

¹⁶³ Akbulut, s. 205.

¹⁶⁴ Kaşıkara, s. 121.

¹⁶⁵ 2872 sayılı Çevre Kanunu md. 20/5: "Yabancı devlet egemenliği altındaki sularda bu devletlerin mevzuatının Türk bayraklı gemiler tarafından ihlali durumunda, ilgili devletin ceza uygulamaması ve Türkiye'nin cezalandırmasını talep etmesi durumunda bu Kanun hükümleri uygulanır."

belirlenmiş ve bu doğrultuda kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin genel düzenlemeler ve çeşitli kabahatler, kanun kapsamına alınmıştır.

Kabahatler Kanunu incelendiğinde, kabahat kavramının; karşılığında idari yaptırım öngörülen haksızlık olarak tanımlandığı görülmektedir. Kabahatin haksızlık olarak tanımlanması Anayasa Mahkemesi'nin denetimine konu olsa da Anayasa Mahkemesi bu tanımın belirsiz ve öngörülemez olmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Kabahate uygulanacak hükümlerin tespiti açısından kabahatleri suçlardan ayırmak da gerekmektedir.

Kabahatler Kanunu genel hüküm niteliği taşımaktadır ve yargı yoluna ilişkin istisnası olmakla birlikte kanunda düzenlenen genel ilkeler diğer kanunlarda yer alan kabahatler bakımından da geçerli olacaktır. Yargı yoluna ilişkin değişiklik yapılmadan önce maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi önüne iptal talebiyle gidilmiş ve Anayasa Mahkemesi de konuyu adli yargı ve idari yargı ayrımı yönünden değerlendirerek maddeyi iptal etmiştir. Bugünkü düzenleme ile adli yargı idari yargı ayrımının gözetildiğinin ve ikili bir sistemin kabul edildiğinin söylenmesi gerekmektedir.

Genel hükümler çerçevesinde, Kabahatler Kanunu'nun kabahat teşkil eden fiillerin belirlenmesi açısından esnek, yaptırımlar bakımından ise mutlak kanunilik ilkesini kabul ettiğini de söylemek gerekmektedir. Bu bağlamda, kabahat teşkil eden fiiller -kanunun kapsam ve koşullarını belirlemesi suretiyle- idarenin genel düzenleyici işlemleri ile belirlenebilecekken, kabahat karşılığında öngörülen yaptırımların türü, süresi ve miktarı yalnızca kanunla belirlenebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Kabahatler Kanunu zaman ve yer bakımından uygulama açısından TCK'ya atıf yapmaktadır; bu sebeple kanunun uygulanması değerlendirilirken TCK hükümleri ile birlikte değerlendirilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar, Kitap Bölümleri, Makaleler

- Akbulut Berrin, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi*, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Akyılmaz Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, C. 6, S. 1-2, s. 239-260.

- Aldemir Hüsnü, 5560 sayılı Değişiklik Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu'nun Yorumu, 2. Bs., Kartal Yayınevi, Ankara 2007.
- Aslan Yasin M., "İdari Yaptırımlar", *TBB Dergisi*, 2009, S. 85, s. 173-188.
- Ayatar Kızılyar Sema, "Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 2013, C. 8, Özel Sayı, s.1637-1667
- Bardakçı Mehmet Akif, "Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2006.
- Bayraktar Köksal, "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1984, C. 50, S. 1-4, s.197-212.
- Bekar Elif, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 1033-1050.
- Benli Salih, "Kabahatler Kanununda Düzenlenen İdari Yaptırımlara İlişkin Kanun Yolları", *Adalet Dergisi*, Eylül 2010, S. 38, s. 1-26.
- Centel Nur, Zafer Hamide ve Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bs., Beta, İstanbul 2014.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayın, Ankara 2006.
- Çağlayan Ramazan, Kabahatler Kanunu ve Uygulaması, Perşembe Konferansları, 0264, 2010, s. 147-152.
- Çelikbilek Mahmut Fatih, "Kabahatler Kanunu Çerçevesinde İdari Para Cezaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2010.
- Çolak Haluk, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Notlu-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Bilge, Ankara 2007.
- Donay Süheyl, "İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 37, S. 1-4, s. 411- 427.
- Dönmezer Sulhi ve Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:1, Yeniden gözden geçirilmiş 11. Bs., Beta, İstanbul 1994.
- Ekinci Murat, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017/3, s. 19-54.
- Ekinci Mustafa, Anlatımlı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.
- Erdinç Burcu, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S. 2, s. 241-276.
- Evren Çınar Can, "Kabahatlerde Kanunilik İlkesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 967-1002.
- Gişi Selçuk, "Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 8, S.1, s. 129 - 152.
- Gölcüklü Feyyaz, "'İdari Ceza Hukuku' ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 18, S. 02, s. 115-182.
- Gözübüyük Şeref ve Tan Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, 11. Bs., Turhan Kitapevi, Ankara 2016.
- İçel Kayıhan, "Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, s. 621-631.
- İnan Atilla ve Demir İbrahim, Uygulamacılar İçin Açıklamalı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu, yayın evi yok, Ankara 2006.

- Kangal Zeynel T., Kabahatler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Haziran 2011.
- Karabulut Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitapevi, Ankara 2008.
- Karagülmez Ali, Suç Olmaktan Çıkarma İdari Para Cezaları Açıklamalı Kabahatler Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Kaşıkara Mustafa Serhat, "Kabahatler Kanunu'nun Yer ve Kişi Bakımından Uygulanması", Kabahatler Hukuku Yazıları 1, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Nisan 2017, s. 101-148.
- Kaşka Hakan, "Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.3, S. 2, s. 168-249.
- Kaya Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Anme İdaresi Dergisi*, Haziran 2005, C. 38, S. 2, s. 61-87.
- Kayabaşı Sadi, "İdari Yargının Görev Alanında Kabahatler Kanunu ile Meydana Gelen Değişiklikler", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2010.
- Kurt Hayrettin, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 18, S. 1, s. 131-178.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, "İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, C. 55, s. 151- 171.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı, İstanbul 1995.
- Meran Necati, 5560 Sayılı Kanun Değişiklikleriyle Açıklamalı Kabahatler Kanunu & Kabahat İçeren Kanunlar, 2. Bs., Kartal Yayınevi, Ankara 2007.
- Oğurlu Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.
- Otacı Cengiz, Türk Kabahatler Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara Ocak 2006.
- Otacı Cengiz ve Keskin İbrahim, Türk Kabahatler Hukuku, Genişletilmiş 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Özay İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985.
- Özen Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Özkaya Ilgın Özlür, "İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2015/1, s. 121-186.
- Öztürk Bahri, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Esasları", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, Editörler: Ulusan, İlhan ve Başaran Yaşarlar, Funda, s. 123-139.
- Pehlivan Ali, "Kabahatler Hukukunun Genel Esasları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2011.
- Soyaslan Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı, Ankara 1990.
- Söyler Yasin, Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme, Yasama, Mayıs-Ağustos 2009, S.12, s.136-167.

- Sözüer Adem, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, 2015, s. 9, (Çevrimiçi) <http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf> , 02.01.2017.
- Sözüer Adem ve Dursun Selman, "5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda Öngörülen Kabahatler", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005, S. 5, s. 192-199.
- Sözüer Adem ve Dursun Selman, "TCK, CMK ve Kabahatler Kanunu'ndaki Son Değişiklikler Ne Getiriyor?", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006, S. 9, s. 203-218.
- Şen Ersan, "İdari Ceza Hukuku", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Temmuz 1994, S.8, s. 21-50.
- Tan Turgut, "İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s. 309-326.
- Toros Kurtoğlu Yasemin, "Kabahatler Hukukunun Tarihçesi", Kabahatler Hukuku Yazıları 1, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Nisan 2017, s. 1-26.
- Tosun Öztekin, "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1962, C. 28, S. 2, s. 349-366.
- Uğur Hüsamettin, "Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun'a Göre İdari Para Cezası Ve Yargıtay Uygulaması", *TBB Dergisi*, 2009, S. 85, s. 189-219.
- Uler Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- Ulusoy Ali, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Ünyılmaz Habip, "Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi", Kabahatler Hukuku Yazıları 1, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Nisan 2017, s. 73-100.
- Yalçın İsmail, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Yılmaz Zekeriya, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Bs., Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2016.
- Zanobini Guido, "İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi", Çev. Yılmaz Günal, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1963, C. 18, S. 3, s. 301-318.
- Zanobini Guido, İdari Müeyyideler, Çev. Yılmaz Günal, Sevinç Matbaası, Ankara 1964.
- Zafer Hamide, "İdari Yaptırım Usulü", Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, Can Matbaacılık, İstanbul Mayıs 2007, s. 667-680.

Diğer Kaynaklar

TBMM

Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: Yasama Yılı: 3, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> , 03.01.2017

Türk Dil Kurumu

(Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a251bba9656b8.63194951 , 25.12.2017

İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ İLE GİDERİLMESİ

SETTLEMENT OF CONFLICTS WHERE A GOVERNMENTAL BODY IS A PARTY THROUGH ALTERNATIVE SOLUTIONS

Mehmet KARAARSLAN*

Özet: İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların yargı öncesi aşamada alternatif usuller ile çözümü konusunda mevzuatımızda birçok düzenleme bulunmaktadır. Ancak bütün bu düzenlemeler birkaç istisnai uygulama dışında beklenen ve istenen olumlu sonucu henüz doğurmamıştır. Bu nedenle konuyla ilgili uygulamada görülen eksiklik ve aksaklıklar da göz önüne alınmak suretiyle çalışmalar devam ettirilmekte ve konu güncelliğini korumaktadır. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümü, idare ve diğer taraflar bakımından ciddi olumsuzluklara sebebiyet vermektedir. Yargı süreci taraflar için büyük bir mali külfet, zaman ve emek kaybı yanında bireylerin idareye olan güveninin sarsılması şeklinde sonuçlara sebebiyet vermekte ve mahkemelerin iş yükünü ciddi anlamda arttırmaktadır. Dolayısıyla konunun üzerinde daha çok çalışılması gerekmektedir. Bu çalışmada mevcut yasal durum, uygulama, konuyla ilgili yapılması düşünülen taslak çalışmalar ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdare, Uyuşmazlık, Sulh, Uzlaşma, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

Abstract: Our legislations include a great number of regulations relating to the settlement of conflicts of which a governmental body is one of the parties through alternative methods in the pre-trial phase. All these regulations have, however, not yielded the expected and desired results apart from some exceptions. This has therefore been an issue of interest and concern that has always remained in focus and has received considerable critical attention, taking due account of weak points and shortcomings encountered in practical applications in this respect. The settlement of conflicts where governmental bodies are a party through judicial means brings about serious implications both for the related governmental body and the other party. Besides involving considerable cost and much loss of time and efficiency for the parties, the judicial process substantially increases the workload burden of courts, also bringing

* Dr. Öğretim Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

the governmental agencies in disrepute by individuals. For this reason, much still needs to be done in this regard. This study investigates the current legal situation, current practices and the draft work programmes in consultation in this connection.

Keywords: Governmental Body, Conflict, Conciliation, Settlement, Alternative Dispute Resolution

I. GİRİŞ

Gerek idari gerek adli uyuşmazlıkların, dava yoluna gidilmeden önce, anlaşma veya dostane çözüm yoluyla çözümlenmesini öngören yöntemlere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri adı verilmektedir. Bu bağlamda birey ile idare arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, idari yargıya gitmeden ve idarenin inisiyatifiyle çözümlenmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yolları oluşturulmaya ve geliştirilmeye çalışılmaktadır. Böylece adli ve idari yargı yerlerinin önüne gidebilecek dava sayısının azaltılması¹ yanında uyuşmazlıkların, daha hızlı ve kısa bir sürede çözümlenmesi² ve bu kapsamda idare bütçesinden çıkması muhtemel yargılama giderleri, faiz, tazminat vb. giderler azaltılmak suretiyle kamu yararı sağlanmaya çalışılmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sadece ülkemizde ve iç hukukumuzda değil uluslararası alanda ve uluslararası güçler tarafından da teşvik edilmekte ve ön plana çıkarılmaya çalışılmaktadır.³ Son çeyrek asırda yoğun bir şekilde kapsamlı çalışmalar yapılarak “alternatif uyuşmazlıkların çözümlenmesi” (ADR) yaklaşımları geliştirilmeye çalışılmış ve böylece daha etkin, az masraflı ve tatmin edici çatışma çözme amaçlı stratejiler geliştirilmiştir.⁴ Alternatif uyuşmazlık çözüm

¹ Turgut Candan, Açıklamalı, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 460; Nusret İlker Çolak, “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları” Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2012, Ankara, s.103; Mustafa Serdar Özbek, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, *TBB Dergisi*, S.56, 2005, s.95.

² A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdari Yargılama Hukuku C.II, 7. Bası, Ankara, Mart 2014, s.10; Aynur Hasoğlu, İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65, S.4, 2016, s.1986, 1987, 1993; Orhun Yet, “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları İçinde Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” 14 Şubat 2009, İstanbul, s.253; Gürsel Özkan, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü” Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, <https://www.avekon.org/papers/1544.pdf> (E.T. 20.10.2017), s.266.

³ Yet, s.253-254.

⁴ Thomas J. Stipanowich, ADR And The “Vanishing Trial”: The Growth Impact

yolları, temelde özel hukuk ilişkileri için geliştirilmiş ve uygulanmıştır. Ancak doktrinde, karşıt görüşler⁵ olmasına rağmen idare hukuku ve idari yargı alanında da başarılı bir şekilde uygulanmaktadır.⁶ İdari ihtilafların çözümü konusunda idari yargıya alternatif olabilecek idari başvuru yolları, sulh, uzlaşma, arabuluculuk, ombudsmanlık⁷ gibi birçok çözüm yöntemi çağdaş hukuk sistemlerinde uzun süreden beri uygulanagelmektedir.⁸ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri,⁹ Almanya, Fransa, Belçika gibi ülkelerde arabuluculuk başta olmak üzere diğer ADR yöntemleri idari yargıda uygulanmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, mahkemelerin aşırı iş yükünün önlenmesi ve azaltılması için R(86) 12 sayılı Tavsiye Kararı ile üye devletlere yargı dışı veya dava açılmışsa dava sürecinde dostane çözüm, uzlaşma ya da diğer yargı dışı yolları düzenlemeleri ve küçük miktarlı ve basit uyuşmazlıklar için yargı dışı kurumlar oluşturulması ve yine tahkim yolunu etkinleştirmeleri gibi önerilerde bulunmuştur.¹⁰

Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (2001) 9 sayılı tavsiye kararı haline getirilen "İdari Merciler ve Özel Kişiler Arasındaki Davalara Alternatifler Hakkındaki Düzeltilmiş Taslak Tavsiye Kararı" ile idari merciler ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların dostane

of "Alternative dispute Resolution", *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, November 2004, s.843; Pieter Goes, "Legal Framework Relating to Alternative Dispute Resolution in Belgian Public Law", *Mednarodna Revija za Javno Upravo*; Ljubljana Vol. 12, Iss. 2/3, (Jun 2014) , s.147.

⁵ Nilay Arat, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Hali Önündeki Engeller" *İÜHKM*, Prof. Dr. İl Han Özyay' Armağan, C. LXIX, S.1-2, Y.2011, s.892 vd.

⁶ Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Baskı, Ankara 2013, s.789; Goes, s.143 vd; Ahmet Özkan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Yargılama Sürecine Etkisi ve İdari Yargı Sisteminde İşlerliği," *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl:2016, Sayı: CIEP Özel Sayısı, s.617 vd.

⁷ Onbudsmanlık; İngiltere'de, alternatif bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak kullanılmaktadır. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.793, 820 vd.

⁸ A. Ülkü Azrak, *İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*", *Danıştay Başkanlığı* 141. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2009, s.71; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.789.

⁹ Kural olarak arabuluculuk usulünün gönüllülük esasına dayanmasına karşın ABD'de idari uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuk yönteminin de uygulandığı ifade edilmektedir. Megan Marrie, *Alternative Dispute Resolution In Administrative Litigation: A Call For Mandatory Mediation*, *The Advocates' Quarterly*, Volume 37, Number 2 August 2010, s.149,158.

¹⁰ Gözübüyük/Tan, s.11.

çözüm, uzlaştırma, arabuluculuk vb. alternatif yöntemlerle çözümü konusunda da tavsiye kararı aldığı görülmektedir.¹¹

Yine Avrupa Birliği 21.05.2008 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen 2008/52 sayılı Direktif ile medeni ve ticaret hukuku alanındaki davaların ve yine 21.05.2013 tarihli 2013/11 sayılı Direktif ile de tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi önerilmektedir.

Bu bağlamda için ülkemizde de adli uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk, uzlaşma ve tahkim gibi müesseseler getirilmiş, idari yargı bakımından da, idari başvuru, sulh ve uzlaşma yolları düzenlenmiştir. Son olarak 659 sayılı KHK ile yapılan düzenleme ve bu KHK'nın değiştirilmesine ilişkin Taslakla yapılması düşünülen değişikliklerde dünyada gelişen ve hızla yaygınlık kazanan alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin gelişmelerin¹² ülkemizdeki yansımaları olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi de ağır iş yükünün bertaraf edilebilmesi ve yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanabilmesi için bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin getirilebileceğine işaret etmiştir.¹³ Zira ağır iş yükü sebebiyle davaların makul sürede bitirilememesi adil yargılanma hakkı ve davaların hızla sonuçlandırılmasını emreden Anayasa'nın 141/4. maddesini ihlal etmektedir. Aynı zamanda bu durum, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iş yükünü de ciddi manada arttırmaktadır.¹⁴

Bu çalışmada öncelikle özel hukuk alanında uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine değinilecek, akabinde konunun güncelliğini koruyor olması sebebiyle 659 sayılı KHK ve bu KHK'da yapılması düşünülen değişikliklere ilişkin Taslak metin üzerinden sulh müessesesi ele alınacaktır. Son olarak idarenin taraf olduğu uyuşmaz-

¹¹ Mustafa Serdar Özbek, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)", *TBB Dergisi*, S.57, 2005, s.82,83; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.794.

¹² Ejder Yılmaz, "Kamuda Çalışan Avukatlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2008, C.57, S.3, s.737.

¹³ Anayasa Mahkemesi, T. 3.3.2004, E.2003/98, K.2004/31, *Resmî Gazete*, T.10.07.2004, S.25518.

¹⁴ Aynur Cidecigiller, *İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2014, s.32-33, 129.

lıkların çözümüne ilişkin 5233 sayılı Kanun, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ve vergi hukuku alanında uygulanan sulh ve uzlaşma müesseseleri ile yerel yönetimlerin taraf olduğu uyuşmazlıkların alternatif usullerle çözümü konusu son değişiklikler ışığında incelenecektir.

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A. GENEL OLARAK

Genel olarak uyuşmazlık; taraflardan birinin, bir olgu, hukuk kuralı ya da davranış biçimine ilişkin iddia veya talebinin diğeri tarafından itiraz, karşı iddia ya da inkârla karşılandığı belirli bir anlaşmazlık durumu olarak ifade edilmektedir.¹⁵

Alternatif uyuşmazlık çözümü ise genel olarak ihtilaflı olan tarafların zorunlu olarak mahkemelere ve avukatlara ihtiyaç duymaksızın kullanabildikleri, usul kurallarına bağlı olmaksızın ve sınırlı yetki sahibi arabulucu, uzlaştırıcı, hakem¹⁶ gibi tarafsız ve sınırlı yetkili üçüncü kişiler tarafından müzakerelerin yürütüldüğü usul ve uygulamalar olarak tanımlanmaktadır.¹⁷

İlk olarak Amerika Birleşik Devletlerinde ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri¹⁸ yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren geliştirilmiş¹⁹ ve uyuşmazlıkların çözümü konusunda sessiz devrim olarak nitelendirilerek popüler bir alternatife dönüştürülmüştür.²⁰

¹⁵ Şule Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul, Ağustos 2009, s.75.

¹⁶ Tahkim yolunun alternatif bir uyuşmazlık çözme yöntemi mi veya yargısal bir yol mu olduğu hususu açık değildir. Zira tahkim kararlarının temyize tabi olması vb. durumlar bu müessesenin yargısal bir yöntem olduğuna işaret etse de yargılama usulü bakımından genel kaidelerden ayrılması göz önüne alındığında tam bir yargısal yolda olmadığı ortaya çıkmaktadır.

¹⁷ Gülgün İldr, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü*, Türkiye Barolar Birliği Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.392; Şahin Ceylan, s.170.

¹⁸ Aslında bu usullerin İslam ve Osmanlı hukukunda ilk zamanlardan itibaren uygulandığı görülmektedir. Osmanlı kayıtlarında; kadının arabulucu olduğu uzlaşmalar olduğu gibi tarafların kendi aralarında mahkeme önünde veya harici olarak uzlaşabildikleri ifade edilmektedir. Mustafa Avcı, "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaşma)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.1, 2017, s.23 vd., 26.

¹⁹ Ahmet Özkan, s.619.

²⁰ Stipanowich, s.911.

Başlangıçta ABD’de maddi olarak küçük uyuşmazlıklar için uygulanan ADR yöntemleri, yargı giderlerinin yüksek olması, yargılama sürecinin uzun sürmesi ve kaybeden taraf aleyhine hükmedilen yüksek yargılama giderleri gibi sebeplerle bu yöntemlere rağbeti arttırmıştır.²¹ Özellikle arabuluculuk, tahkim, uzlaşma vb. ADR usullerinden memnuniyetin artması, anlaşmazlıkların çözüm süresinin kısalması, maliyetin düşmesi, üzerinde uzlaşılan edimi ifa konusunda başarılı sonuçlar elde edilmesi bu usullerin tercih edilmesinin önemli sebepleri olarak belirtilmelidir.²² Buna karşın mezkûr başarılı sonuçların alınması ADR’ye başvuran kişilerin niteliği ve kişiliği ile yakından ilişkili olduğu için tüm ihtilaflarda aynı olumlu sonuçları doğurmayabilmektedir.

Yargı öncesi çözüm usulleri vatandaşların idareyle olan ilişkilerini sağlamlaştırmak yanında yargı organlarının iş yükünü de ciddi maddada azaltacaktır.²³ Adalet Bakanlığı verilerine göre 2017 yılında Danıştay dava dairelerine gelen dava sayısı 349.592, karara çıkan dosya sayısı 143.604 ve devreden dosya sayısı 205.988 adettir. Aynı yıl içinde idari yargı ilk derece mahkemelerine gelen dava sayısı 626.229, karara çıkan dosya sayısı 143.604 ve devreden dosya sayısı 150.308 adettir.²⁴ Önceki yıllara ait istatistikler de benzer şekildedir. Görüldüğü üzere her yıl idari yargıya gelen dava sayısı ile karara çıkan dava sayısı arasındaki fark biraz daha açılmakta ve dava yükü her yıl biraz daha ağırlaşmaktadır. Buda davaların makul sürede sonuçlandırılmasını engellemektedir.

Hemen ilave edelim ki gerek adli gerek idari yargı alanında getirilen bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri yargıya duyulan güvensizlikten ziyade dava yükünün artması ve bu nedenle yargının yavaşlaması, dava sürecinin pahalı, yıpratıcı ve karmaşık olması sebeplerine dayanmaktadır.²⁵ Alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri

²¹ Kamil Yıldırım, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s.348; Hikmet Bilgin, Anglosakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, *Hukuk Gündemi Dergisi*, S. 10, Bahar 2009, s.16.

²² Stipanowich, s.911.

²³ Zehra Odyakmaz/Serkan Çınarlı, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Ankara 2013, s.18.

²⁴ <http://www.adliscil.adalet.gov.tr/pdf/bulten2017.pdf>.

²⁵ Azrak, s.71; Nejat Azarkan, “Alternatif Bir çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Tica-

“yargının yerine ikame edilmeye çalışılan bir kurum olmayıp, aksine yargının etkin ve verimli çalışabilmesine ve yargı ile ilgili anayasal kuralların tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesine katkı sağlayan, yargının yanında yer alan ve uyuşmazlık çözümü bağlamında işlev gören bir mekanizmalar bütünü olarak ortaya çıkmaktadır.”²⁶ Dolayısıyla hukuki sorunların çözümünde yargısal çözüm yolları asli yol olmaya devam edecek ancak alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri yargının daha etkin bir şekilde çalışmasına yardımcı olacaktır.

B. ARABULUCULUK

Arbuluculuk; ortaya çıkan bir uyuşmazlığın, tarafların iradi müracaatı üzerine arbulucu olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla tarafların üzerinde anlaştıkları usul ve esaslar çerçevesinde iki tarafın da menfaatini esas alarak çözümlenmesi faaliyeti olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Benzer bir tanımlama 6325 sayılı Arbuluculuk Kanunu’nun²⁸ tanımlar başlıklı 2/b. maddesinde de yapılmıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en çok kullanılan yöntem arbuluculuktur.²⁹ Arbuluculuğun yaygın olarak hukuk sistemlerinde kullanılmasındaki en önemli neden çözüm ve sürecin tarafların kontrolünde olmasıdır.³⁰ Arbulucu bu süreçte hâkim konumunda olmayıp sadece taraflarca anlaşılan hususları formüle etmektedir.³¹

ri Tahkim”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ankara, Mayıs 2018, s.42; İldır, s.387-388.

²⁶ Süha Tanrıver, “Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk, *TBB Dergisi*, S.64, 2006, s.154-155.

²⁷ Hakan Pekcanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz (Editörler), *Medeni Usul Hukuku C.III*, 15. Bası, İstanbul, Mart 2017, s.2813; Ferhat Yıldırım, “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arbuluculuk”, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, 2 (3), 2016, (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ijsser/>, E.T.6.12.2017) s.749; Muratcan Bayraktar, “Alman ve Türk hukuk Sistemlerinde Arbuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.89, S.4, Yıl:2015, s.154-155; Tanrıver, s.151; Azarkan, s.44-45.

²⁸ Resmi Gazete, T.22.6.2012, S.28331.

²⁹ Şükran Şıpka, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:6, S.12, Güz 2007/2, s.163.

³⁰ Muhammet Özekes, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arbuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, Yıl:2006, S.7, İstanbul 2006, s.44.

³¹ Dilşad Yılmaz, *Türk ve Alman İdare Hukukunda Arbuluculuk ve Sulhe İlişkin*

Türkiye’de adli uyuşmazlıkların çözümü usulü olarak düzenlenmiş olmasına karşın dünyanın değişik ülkelerinde hem adli hem de idari uyuşmazlıkların çözümü usulü olarak uygulanabilmektedir. Örneğin ABD’de idari uyuşmazlıklar için arabuluculuk usulü olduğu³² gibi Fransa’da da taraflardan birinin uluslararası kişilerden olması durumunda idari uyuşmazlık arabuluculuk usulü ile çözülebilmektedir.³³ Buna karşın Fransız yurttaşları ile Fransız idaresi arasındaki idari uyuşmazlıklar hususunda arabuluculuk usulüne başvurulamamaktadır.³⁴ Ancak Türkiye’de idarenin taraf olduğu ve adli yargının görev alanında olan uyuşmazlıklar için arabuluculuk yöntemi kullanılabilmesine karşın idari yargının görev alanında olan idari uyuşmazlıklar için arabuluculuk usulü kullanılamamaktadır.

Arbuluculuk, hukuk sistemimize 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile girmiştir. Bu Kanun ile hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi için gerekli hukuki alt yapı oluşturulmuştur.

6325 sayılı Kanun’un 1/2. maddesine göre yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının bu Kanun’la usul ve esasları belirlenen arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi öngörülmüştür. Ancak kamu düzenine ve aile içi şiddete ilişkin olan hukuki uyuşmazlıklar arabuluculuk usulüyle çözümlenememektedir.

6100 sayılı HMK’nın “ön inceleme duruşması” başlıklı 140. maddesinin 2. fıkrasına göre hâkim, uyuşmazlık konularını tespit ettikten sonra tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmek zorundadır. Bu durum zorunlu arabuluculuk veya sulh yolu olmayıp hâkimin bu usulleri hatırlatmasından ibarettir. Zaten Arabuluculuk Kanunu’nun 13/1 ve Arabuluculuk Yönetmeliği’nin³⁵ 17/1. maddesi göz önüne

Düzenlemeler, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:7, S.70, Haziran 2012, s.93.

³² Marrie, s.149, 158.

³³ Erdinç Yılmaz, “Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları”, Yurtdışı Ziyaret Raporu, Rapor T. 29 Şubat 2016, http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/nisan/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf, (E.T. 23.10.2018), s.34.

³⁴ Erdinç Yılmaz, s.34.

³⁵ Resmi Gazete, T.26.01.2013, S.28540.

alındığında da arabuluculuk yolunun ihtiyari bir yol olduğu açıkça anlaşılmaktadır.³⁶ Hâkim, bu aşamada taraflara sulh olma ya da arabulucuya gitme konusunda hatırlatmada bulunmakta ve bu usullere başvurulması için tarafları yönlendirmektedir.

Hâkim, ön inceleme duruşmasında tarafların uzlaşabileceği yönünde bir kanaate ulaşırsa bir defaya mahsus olmak üzere duruşmayı erteleyebilmektedir. Hakeza tarafların arabulucuya başvuracaklarını birlikte beyan etmeleri durumunda da yargılama mahkeme tarafından üç aylık süre için ertelenmektedir.

Arbuluculuk, yargılama faaliyetinden farklı olarak kural olarak gizlilik içinde yürütülmektedir. Arabuluculuk Kanunu'nun 5. maddesinde gizlilik ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Gizlilik ilkesi, ABD ve İngiltere gibi ülkelerde uygulanmaktadır.³⁷ Ancak Almanya gibi ülkelerde gizlilik ilkesi tarafların insiyatifine bırakılmıştır.³⁸

Arbuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması durumunda bu uzlaşma metninin icra edilebilmesi için mahkeme tarafından şerh verilmesi gerekmektedir. Anlaşma dava öncesi gerçekleştiği takdirde sulh hukuk mahkemesi, yargılama sırasında gerçekleşmiş ise dava-bakan mahkeme icra edilebilirlik şerhi vermektedir.(m.18/2) İcra edilebilirlik ile ilgili benzer kurallar Almanya, Belçika gibi birçok batı ülkesinde de bulunmaktadır. Bu ülkelerde, anlaşma metni mahkeme, noter gibi makamlarca onaylandığı takdirde ilam değeri kazanmaktadır.³⁹ Buna karşın İngiltere'de taraflarca üzerinde uzlaşılan metin taraflar açısından bağlayıcı hale gelmekte ve icra edilebilirlik özelliği kazanmaktadır.⁴⁰

Arbuluculuk Kanunu'nun 18/4. maddesine göre tanzim edilmiş anlaşma belgesi ise taraflar ve avukatları ile birlikte arabulucu tarafından imzalandığı takdirde icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın ilam niteliğinde sayılmaktadır. Ayrıca 18/5. maddeye göre uzlaşılan hususlarda taraflarca dava açılmamaktadır.

³⁶ Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ağustos 2016, İstanbul, s.565.

³⁷ Bilgin, 20, 22.

³⁸ Bayraktar, s.158.

³⁹ Bayraktar, s.159; Şıpka, s.171.

⁴⁰ Bilgin, 21.

İdarelerin arabuluculuk müessesesine başvurup başvuramayacağı hususunda önceden yasal bir düzenleme olmamasına karşın Arabuluculuk Kanunu'na 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı Kanun'la yapılan ilaveler sonrası bu yolun açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenleme sonrası, idareler özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda arabulucuya gidebileceklerdir.

Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesine 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile eklenen 8. fıkraya göre; arabuluculuk müzakerelerini idare adına üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan bir komisyon temsil edecektir. Ancak özel hukuk kişileri bizzat veya özel yetkili vekilleri vasıtasıyla bu yetkiyi kullanabilmektedirler.⁴¹

Yine 7036 sayılı Kanun'la Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesine eklenen 9. fıkraya göre Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyetleri kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle kendileri aleyhine dava açılmaz. Bu tür davalar ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet yaptığı ödemeleri, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan ve Devletin tazminat ödemesine sebep olan komisyon üyelerine rücu eder. Devlet rücu hakkını yaptığı ödemeyi müteakip bir yıl içinde kullanmak zorundadır.

Arabuluculuk Kanunu'nun 15/4. ve Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 19/4. maddesine göre arabulucu; keşif, tanık ve bilirkişi incelemesi yapamamaktadır. Kanun Koyucu bu faaliyetleri, hâkim tarafından münhasıran kullanılması gereken yargısal yetkiler olarak görmektedir. Kanaatimizce keşif ve tanık konusunda getirilen bu kısıtlamalar doğru olmasına karşın bilirkişi konusunda getirilen kısıtlamalar doğru değildir. Zira taraflar arasında ortaya çıkan ihtilafta, zarar ve kusur durumunun tarafsız bir bilirkişi tarafından belirlenmesi uzlaşmanın sağlanması bakımından son derece yararlı olacaktır. Çünkü idare adına hareket eden kamu görevlileri bilirkişi tarafından kusur ve zarar miktarının tespiti ile olası bir davanın sonuçlarını daha doğru değerlendirebilecek ve bu rapordaki verilere göre daha kolay sorumluluk alabileceklerdir.

⁴¹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s.2837; Kuru, s.565.

C. UZLAŞTIRMA

Uzlaşma; ceza yargılamasında uzlaşmaya tabi bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık ile mağdur ya da suçtan zarar görenin özgür iradeleri ve karşılıklı menfaatlerine uygun olarak ve kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde anlaşmak suretiyle ceza soruşturma veya kovuşturmasının sona erdirilmesidir.

Ceza hukukunda, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların getirdiği olumsuzlukları bertaraf etmek için erteleme (tecil), adli para cezası ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseseleri getirilmiştir. Ancak bu müesseselerin de kendi içinde barındırdığı eksikliklerin giderilmesi için alternatif çözüm önerileri üzerinde çalışıldığı görülmektedir.

Özellikle ikinci dünya savaşı sonrası dönemde Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, İngiltere ve Avustralya gibi anglosakson menşeli ülkelerde onarıcı adalet kavramı ortaya çıkmış ve geliştirilmiştir.⁴² Onarıcı adalet teorisine göre suçtan doğrudan etkilenen kişiler olan mağdur, fail ve toplumun suça verilecek cezanın belirleneceği sürece doğrudan katılması öngörülmekte ve mağdurun uğradığı zararların giderilmesi temel amaç olarak düşünülmektedir.⁴³

Ceza hukukumuzda uzlaşma müessesesi, CMK 253, 254 ve 255. maddeler ile düzenlenmiştir. Mezkûr maddelerde, 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 24 ve 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'un 34. maddeleri ile yapılan değişiklikle uzlaşma müessesesinin uygulama alanı oldukça genişletilmiştir. Yargıtay uzlaşma müessesesinin soruşturma ve kovuşturmalarda mutlaka ve öncelikle uygulanması zorunlu bir maddi ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğuna ve uzlaşma müessesesinin denememesinin bozma nedeni olduğuna karar vermektedir.⁴⁴

Buna göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar (cinsel suçlar hariç) ve yine şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın CMK 253/1-b maddesinde sayılan suçlar bakımından uz-

⁴² Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, Ankara 2009, s.11.

⁴³ Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, s.11.

⁴⁴ Y. 19. CD., T.17.10.2017, E.2015/21537, K.2017/8279; Y. 4. CD., T.31.10.2017, E.2014/13903, K.2017/23670, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

laşma imkânı getirilmiştir. Ancak idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından uzlaşma yoluna gidilmesi mümkün değildir. Zira Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin⁴⁵ 7/1. maddesine göre "Uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için mağdur ya da suçtan zarar görenin gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması gerekir."

Uzlaşma görüşmeleri 30 gün sürmekte ve bir defaya mahsus olarak da 20 gün uzatılabilmektedir. Bu sürede zaman aşımı süresi durmaktadır. Uzlaşma görüşmelerinin sonuçsuz kalması durumunda tekrar uzlaştırma yoluna gidilememesine karşılık tarafların soruşturma aşamasında iddianame hazırlanıncaya, kovuşturma aşamasında ise karar verilmeye kadar kendi aralarında uzlaşarak bir uzlaştırma belgesi düzenlemeleri ve bu belgeyle soruşturma veya kovuşturmayı sonuçlandırmaları mümkündür (CMK m.253/16,18). Uzlaşma raporu ve uzlaşma belgesi 2004 sayılı İİK'nın 38. maddesinde yazılı ilam mahiyetinde belgelerden sayılmaktadır (CMK.253/19).

Soruşturma aşamasında uzlaşmanın sağlanması durumunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesine karşılık kovuşturma aşamasında uzlaşma sağlanması durumunda ise davanın düşmesine karar verilmek suretiyle dosya kapanmaktadır.

D. TAHKİM

1. İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklar Bakımından

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümü konusunda uygulanan yöntemlerden biri de tahkim yoludur. Ancak doktrinde tahkim yolunun alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olmadığı diğer bir ifadeyle yargısal çözümler içinde sayıldığı ifade edilmesine⁴⁶ karşılık tahkimin alternatif bir uyuşmazlık çözme yöntemi olduğu görüşünün de ileri sürüldüğü görülmektedir.⁴⁷

Tahkim bir hukuki uyuşmazlığın, o hukuki uyuşmazlığın tarafı olan kişilerin üzerinde anlaştığı kişilerce çözümlenmesi usulü olarak ifade edilmektedir.⁴⁸ İdarenin taraf olduğu idari nitelikli uyuşmazlık-

⁴⁵ Resmi Gazete, T.5.8.2017, S.30145.

⁴⁶ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s.2809.

⁴⁷ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.796.

⁴⁸ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Bursa Ağustos 2017, s.47.

lar bakımından tahkim müessesesi 2000'li yıllarda hukukumuzda girmiştir. Doktrinde, tahkim yolunun getirilmesinin idari rejime ve hukuk devletine zarar verdiği ileri sürülse de⁴⁹ büyük çapta yatırımların milli kaynaklarla yapılmasının zor ya da imkânsız olduğu durum ve koşullarda, uluslararası sermayenin çekilebilmesi ve devasa yatırımların finanse edilebilmesi için zorunlu bir yöntem olduğu ifade edilmelidir.

Hemen ilave edelim ki idarenin taraf olduğu ihtilaflar bakımından tahkim müessesesi sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Bunlar da imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflar ile 29.6.1938 tarih ve 3533 sayılı Kanun'la belirlenen kamu idareleri ile kamu kurumlarının kendi aralarında cereyan eden özel hukuk ihtilaflarının çözümü ve spor federasyonlarının⁵⁰ kendi faaliyet alanlarının yönetim ve disipliniyle ilgili olarak aldıkları kararlar konusunda uygulanmaktadır.

13.08.1999 yılında 4446 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına eklenen hükümlerle kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda milli veya milletlerarası tahkim yolunun öngörülebileceği düzenlemiştir. Anayasa'da yapılan bu değişiklik sonrası bir dizi yasal düzenleme yapılmıştır.

Bu düzenlemelerle, milletlerarası tahkim yoluna gidilebilmesi için yabancılik unsurunun bulunması şartı getirilmiştir. Yabancılik unsuru bir hukuki ilişki veya olayın birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olması olarak ifade edilmektedir.⁵¹

Kamu hizmetinin görülmesine ilişkin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri dışındaki idari sözleşmelere karşı ulusal ya da uluslararası

⁴⁹ Azrak, s.83.

⁵⁰ Doktrinde TFF'nin, Kanunla özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuş olmasının TFF'yi bir özel hukuk kişisine dönüştürmediği ve TFF'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ağustos 2017, Bursa, s.96; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 6. Bası, Ankara 2018, s.63; Tahir Muratoğlu, İdare Hukuku Perspektifiyle Türk Futbolunda Tahkim, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Mayıs 2018, Ankara, s.111; Benzer düzenlemelerin diğer federasyonlara ilişkin mevzuatlarda da olduğu görülmektedir. Buna karşın TFF'nin bir özel hukuk kişisi olduğunu ileri süren görüşlerde vardır.

⁵¹ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul 2016, s.56.

sı tahkime gidilememektedir.⁵² İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin de sadece mali hükümleri ile sözleşmenin feshi hususlarında tahkime gidilebilmektedir.⁵³ Ancak İdarenin özel hukuk sözleşmeleri bakımından tahkim yoluna gidilmesinde herhangi bir engel yoktur.⁵⁴

İdarenin taraf olduğu ve tahkim yolu öngörülen ikinci durum ise 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu İle Halli Hakkında Kanun'la⁵⁵ öngörülen zorunlu tahkim yoludur. Bu Kanun'un 1. maddesine göre mezkûr idareler arasında cereyan eden ve adli yargının görev alanına giren ihtilafların çözümlenmesi için tahkim yoluna gidilmek zorundadır. Genel bütçe kapsamındaki idareler arasında cereyan eden ihtilaflar, Cumhurbaşkanı tarafından seçilecek Cumhurbaşkanı yardımcısı veya hakem olarak belirlenecek bir bakan tarafından, diğer idareler bakımından ise Kanun'un 4. maddesine göre en yüksek hukuk mahkemesi hâkimi tarafından hakem sıfatıyla çözümlenir. Mecburi tahkim yoluyla verilen bu kararlardan, kıdemli hukuk hâkimi tarafından verilen kararlara karşı 30 gün içinde kararı vermiş olan hakeme itirazda bulunulabilir ve bu itiraz üzerine verilen kararlar kesindir ve temyiz yoluna gidilemez.⁵⁶

2. Özel Hukuk Kişileri Bakımından

Tahkim, özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız hakemler eliyle ve yargısal yolla çözülmesi yöntemi olarak tanımlanmaktadır.⁵⁷ Diğer bir ifadeyle tahkim, kanunun tahkim yoluyla çözümlenmesine imkân verdiği konular kapsamında olmak kaydıyla bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş tarafların kendi aralarında anlaşmak suretiyle bu uyuşmazlığın çözümünü devlet yargısı dışında özel kişilere bırakmaları süreci olarak ifade edilmektedir.⁵⁸

Taraflar arasında çıkmış ya da çıkabilecek uyuşmazlıkların Devlet mahkemeleri dışında tarafsız hakemler tarafından çözülmesi hu-

⁵² Kaplan, s.49.

⁵³ Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Bası, Ankara 2011, s.355, Kaplan, s.49.

⁵⁴ Akıncı, s.65.

⁵⁵ Resmi Gazete, T.16.7.1938, S.3961.

⁵⁶ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.797.

⁵⁷ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s.2593.

⁵⁸ Kuru, s.928; Akıncı, s.3.

susunda yapılan anlaşmaya tahkim sözleşmesi denir.⁵⁹ Ancak tahkim sözleşmesi, HMK 408. maddede belirtilen istisnalar dışında tüm konularda yapılabilir. HMK 408. maddede belirtilen istisnalar ise taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar ve tarafların iradelerine tabi olmayan iş ve konular olarak düzenlenmiştir.

Doktrinde tahkimin, zorunlu tahkim ve ihtiyari tahkim olarak ayrıldığı görülmektedir.⁶⁰ Zorunlu tahkim, 3533 sayılı Kanun'la belirtilmiş olan idareler arasındaki ihtilaflar, belirli miktarın altındaki tüketici ihtilafları için tüketici hakem heyetlerine başvurma gibi konularda getirilmiştir.⁶¹ Değişik kanunlarda sayılan bu gibi zorunlu tahkim düzenlemeleri dışındaki durumlar için tahkim yolu, ihtiyari bir yol olarak düzenlenmiştir.

III. İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF YÖNTEMLERLE ÇÖZÜMÜ

A. İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN 659 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KAPSAMINDA SULH YOLUYLA ÇÖZÜLMESİ

1. Genel Olarak

Özel hukuk kişileri arasında cereyan eden uyuşmazlıkların çözümü konusunda getirilen uzlaşma, arabuluculuk ve tahkim gibi müesseseler temelde bir özel hukuk uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düzenlenmiş olmasına karşın süreç içinde idarelere de arabuluculuk ve bazı durumlarda da tahkim yoluna gitmesi imkânı tanınmıştır.

Ülkemizde uygulanan idari rejim ve yine idarenin tabi olduğu kamu hukuku kuralları sebebiyle özel hukuk uyuşmazlıkları için getirilen müesseselerin idarelere uygulanmasında ciddi zorluklarla karşılaşıldığı ve beklenen yararın sağlanamadığı görülmektedir. Bu nedenle idarenin taraf olduğu gerek adli yargıda görülecek uyuşmazlıklar ve gerekse idari yargıda görülecek uyuşmazlıklar konusunda ortaya çıkan boşluk farklı yasal düzenlemeler ve kurumlarla giderilmeye çalışılmaktadır. Aslında bu alanda yaşanan tereddüt ve dağınıklığın

⁵⁹ Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s.397.

⁶⁰ Kuru, s.928; Akıncı, s.6.

⁶¹ Kuru, s.929-930; Akıncı, s.6.

temelinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idari yargıda uygulanıp uygulanamayacağı hususunda yaşanan tereddütler yatmaktadır. Doktrinde; medeni yargı ile idari yargı arasında işlevsel ve amaçsal farklılık olduğu, bu yöntemin idari yargının içtihatla gelişmesini negatif olarak etkileyeceği, yargı organlarında alenilik ilkesi olmasına karşın alternatif uyuşmazlık çözme usullerinin gizlilik içinde yürütüldüğü,⁶² bütün bu gerekçelerin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idari yargıda uygulanmasını zorlaştırdığı ve hatta engel teşkil ettiği ileri sürülmektedirler.⁶³ Ancak doktrinde kısmen haklı sebeplerle ileri sürülen bu görüşlerin, alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin sağladığı yararlar göz önüne alındığında pek bir haklılığının olmadığı söylenmelidir.⁶⁴

İdari yargıda, menfaati veya hakkı ihlal edilen kişilerin haklarına kavuşması kadar idarenin eylem ve işlemlerinin yargı mercilerince denetlenmesi suretiyle idarenin hukuka bağlılığının sağlanması da amaçlanmaktadır. Ancak alternatif usullerle idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümlenmesi ile de her iki amaç sağlanabilmektedir. Zira idare ile ihtilaf içinde olan kişilerin, alternatif usullerle uzlaşması ile kendi haklarına kavuşmaları yanında kişilerle uzlaşma yoluna giden idare de uzlaşmaya varırken kendi yaptığı hatalı eylem ve işlem sebebiyle uyuşmazlığın çıktığını fark etmekte, hatasını kabul etmek suretiyle hak ve menfaat iddiasında bulunan kişilerle uzlaşmaktadır. Bunun sonucu olarak da aynı hatalı işlem ve eylemleri tekrar etmemesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Zaten idare adına bu uzlaşmalar, ağırlıklı olarak idare bünyesindeki hukukçular tarafından yönetilmekte ve yönlendirilmektedir. Dolayısıyla idari yargı vasıtasıyla idarenin hukuka bağlılığının sağlanması alternatif usullerle ihtilafların çözülmesi yöntemlerinde de mümkün olabilmektedir.

⁶² Doktrinde; idare hukukunda aleniyet ilkesinin geçerli olduğunu ancak bazı durumlar için gizlilik ilkesinin istenebileceği bu nedenle de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gizlilik içinde yürütülmesinin olumlu olduğu ileri sürülmektedir. Odyakmaz/Çınarlı, s.43.

⁶³ Arat, s.901, 904, 905.

⁶⁴ Aslında benzer tereddüt ve tartışmaların başka ülkelerde de yaşandığı söylenmelidir. Örneğin Fransa hükümeti, 2008/52 sayılı Avrupa Birliği Direktifinin iç hukuka uyarlanması sürecinde Fransız Danıştay'ından aldığı görüşte; Fransız Danıştay'ı, devletin kamu gücünü kullanmadığı tüm uyuşmazlıkların, özel hukuk ilişkisi sayılarak arabuluculuk kapsamına alınabileceği yönünde görüş bildirmiştir. Erdinç Yılmaz, s.36.

Şüphesiz alternatif usullerle uyuşmazlıkların çözülmesi idari yargı önüne gidebilecek dava sayısını azaltacak ve bu durum idari yargının içtihatlarla gelişmesini olumsuz etkileyecektir. Buna karşın yargının iş yükünün azalması sebebiyle mahkemeler, önlerindeki dosyalara daha çok zaman ayırarak daha kapsamlı değerlendirmeler yapabilecek ve nitelikli kararlar verebileceklerdir. Bu kararlar da idari yargının gelişimine daha çok katkı sunacaktır. Diğer bir ifadeyle dava sayısının azalması ile ortaya çıkabilecek olumsuzluk nitelikli ve kapsamlı kararlarla giderilebilecektir.

Yine uzlaşma görüşmelerinin gizli yapılıyor olması konusunda getirilen eleştirilerde kısmen haklılık olmasına karşılık uzlaşma belge ve metinleri üzerinde idari ve mali denetimlerin yapılıyor olması bu hususta ortaya çıkabilecek suiistimallerin engellenebileceğini göstermektedir. Alternatif uyuşmazlık çözme usullerinin basitliği, çabukluğu, ucuzluğu gibi temel özellikleri göz önüne alındığında bu yöntemlerin, hem adli ve hem de idari uyuşmazlıklarda öncelikle tercih edilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda 659 sayılı KHK ile getirilen sulh müessesesi önemli bir aşama olarak kabul edilebilir. Zira 659 sayılı KHK ile bir alternatif çözüm yolu olarak sulh müessesesi getirilmiştir. 659 sayılı KHK'nın 1. maddesine göre genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve özel bütçeli idarelerin gerek adli gerekse idari uyuşmazlıkları konusunda dava açmadan ve icra takibinde bulunmadan önce karşı tarafı sulha davet etmeleri esası benimsenmiştir. Sulh yoluyla öngörülmüş olan çözüm sadece idarenin davacı ve alacaklı olduğu uyuşmazlıklar için değil, aynı zamanda idarenin borçlu ya da davalı olduğu uyuşmazlıklar ile ceza uyuşmazlıkları için de öngörülmüş bir yöntem olarak düzenlenmiştir. Aynı KHK'nın ilkeler başlıklı 3. maddesinde, idarelerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli bir şekilde değerlendirilerek adil ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesi öngörülmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesine göre sulh; görülmekte olan bir davada, taraflar arasındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, tarafların mahkeme huzurunda yapmış olduğu sözleşme olarak düzenlenmektedir.

Bu sözleşme, kısmi kabul ve kısmi feragati bünyesinde barındırmaktadır.⁶⁵ Mahkeme huzurunda yapılan ve şarta bağlı olmayan sulh, davayı sona erdirmesine ve kesin hükmün sonuçlarını doğurmasına karşılık şarta bağlı sulh maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir.⁶⁶ Ancak 659 sayılı KHK kapsamında ifade edilen sulh, HMK 313. madde anlamında sulh değil henüz dava açılmadan önce idarenin, adli veya idari uyuşmazlıklarını anlaşma yoluyla sona erdirmesini ifade eden mahkeme dışı bir usuldür.⁶⁷ Bu anlamda 659 sayılı KHK kapsamında yapılan sulh de, henüz mahkeme aşamasına gelmeden yapıldığından dolayı bir usul işlemi değil maddi hukuk işlemidir. Yapılacak olan sulh sözleşmesi hem maddi hukuk ve hem de usul hukuku bakımından sonuç doğurur.

Genel bütçe ve özel bütçe kapsamı dışında kalan diğer idarelerin uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözüme konusunun 659 sayılı KHK kapsamında olmadığı görülmektedir. Bilindiği üzere 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 12. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşları; genel bütçe, özel bütçe, düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi, sosyal güvenlik kurumu bütçesi ve mahalli idareler bütçesi şeklinde beş ayrı gruba ayrılmaktadır. 659 sayılı KHK, sadece genel ve özel bütçeli idarelerin bu KHK kapsamında olduğunu düzenlediğinden mahalli idareler, sosyal güvenlik kurumları, düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar⁶⁸ ile özerk bütçeli KİT'ler bu KHK kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla bu KHK kapsamı dışında olan kurum ve kuruluşlar kendi kuruluş kanunlarında belirlenen sınırlar çerçevesinde sulh yoluyla uyuşmazlıklarını çözeceklerdir.

Hemen ilave edelim ki Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanan ve kurumların önerisine sunulan "İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı" ile bu KHK'nın kapsamı genişletilmektedir. Bu Taslağa göre 659 sayılı KHK'nın 1. maddesine

⁶⁵ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2011, s.548; Gürsel Özkan, s.262.

⁶⁶ Kuru, s.560

⁶⁷ Kaplan, s.49.

⁶⁸ Celâl Işıklar, "659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Sonrası İdari Yargıda Huisumete İlişkin Esaslar", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:3, S.10, Temmuz 2012, s.413-414.

yeni bir fıkra ilave edilerek genel bütçe ve özel bütçeli idareler yanında sosyal güvenlik kurumları, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve il özel idareleri de bu KHK kapsamına alınmaktadır. Böylece Taslak yasalaşır, bu idareler de uyuşmazlıklarını 659 sayılı KHK'da belirtilen usul ve esaslar dairesinde sulh yolu ile çözebileceklerdir.

Taslağa göre 659 sayılı KHK kapsamında olan tüm idarelerin adli ve idari uyuşmazlıkları için sulh yolu; öncelikli ve zorunlu bir aşama haline getirilmiş olacak ve buna göre adli ve idari uyuşmazlıkları çözmek üzere daimi bir komisyon oluşturulacaktır.

Taslakta da KİT, belediye ve köyler kapsama alınmamıştır. Kanaatimizce bu durum ciddi bir eksiklik teşkil etmektedir. Zira Anayasa'nın 123. maddesinde yerini bulan idarenin bütünlüğü ilkesi göz önüne alındığında KİT, belediye ve köylerin bu kapsama alınmamasının tutarlı bir gerekçesinin olmadığı söylenmelidir. Köylerin, yargısal işlerinin pek olmayacağı bu nedenle dışarıda bırakılmış olduğu ya da unutulmuş olduğu düşünülse de ekonomik anlamda ciddi bir güç olan ve iktisadi nitelikte kamu hizmeti üreten KİT'ler ve yerel nitelikli kamu hizmetlerini yerine getiren ve büyük bütçelere sahip olan belediyeler için böyle bir gerekçenin doğru olmayacağı ve KHK kapsamı dışında bırakılmalarının yanlış olduğu ifade edilmelidir.

659 sayılı KHK öncesinde mevzuatımızda sınırlı da olsa değişik kanunlarda sulh ve uzlaşma yolu öngörülmüştür. Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Dâvalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilâyetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun'da,⁶⁹ nadir de olsa sulh konusunda hükümler getirilmiştir. Mezkûr Kanun'un 26 ve devamı maddelerinde dava açma ve takip konusu ile vali ve kaymakamların vazgeçme yetkileri düzenlenmişti. Ayrıca 28 ve 29. maddelerde Maliye Bakanlığı ile Danıştay'ın vazgeçme yetkilerinin düzenlendiği görülmektedir.

Yine 659 sayılı KHK öncesi İYUK'un 11 ve 13. maddeleri kapsamında yapılan başvurular,⁷⁰ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu⁷¹ ve 5233

⁶⁹ Resmi Gazete, T.18.01.1943, S.5307.

⁷⁰ Yet, s.259.

⁷¹ Resmi Gazete, T.08.11.1983, S.18215.

sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun'un,⁷² aynı zamanda bir uzlaşma ve sulh yolu olarak düzenlendiği ifade edilmelidir. Ancak bu yolların en azından bazılarının; idarelerce yeterli kaynağın ayrılmaması,⁷³ uzlaşma usulünün yeterince açık düzenlenmemesi ve zararın tespiti hususunda uygulanacak usulün belirlenmemiş olması⁷⁴ gibi eksiklikler ve yine bu yöntemlerin uygulanmasının bürokratlar için büyük bir sorumluluk⁷⁵ riski ve sürecini ifade etmesi sebebiyle uygulamada pek etkin olmamaktadır. Hemen ilave edelim ki bu alandaki boşluğu doldurmak için 659 sayılı KHK ile getirilen uzlaşma yönteminin de günümüze dek pek etkili olmadığı ve uygulamada müracaat edilmediği ifade edilmelidir.⁷⁶

Sulh yetkisi, idare adına yetkili temsilciler tarafından kullanılmasına karşın uzlaşmazlığın diğer tarafı olan özel hukuk kişileri adına ise bu kişilerin kendileri, yasal temsilcileri ve avukatları tarafından kullanılabilir. Sulh yetkisinin avukatlar tarafından kullanılabilmesi için avukatların özel yetkiye sahip olmaları gerekir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine göre avukatlar dava açılmadan veya dava açıldıktan sonra müvekkilleri ile birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilmekte ve uzlaşma zaptı imzalayabilmektedirler.

2. Adli Uyuşmazlıklarda Sulh

a) Genel Olarak

659 sayılı KHK kapsamında olan idarelerin, adli yargıda dava açmadan ve icra takibinde bulunmadan önce karşı tarafı sulha davet etmesi esası benimsenmiştir. Aynı şekilde kendi aleyhlerine adli yargıda dava açılacağını veya icra takibinde bulunulacağını bir şekilde haber almış olan idarelerin de yine karşı tarafı sulha davet etme imkânı getirilmiştir.

İdare aleyhine açılacak dava veya icra takiplerinde idarenin, sulh isteyip istememesi konusunda idarelere açık bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak idarenin davacı olduğu veya icra takibinde bulunaca-

⁷² Resmi Gazete, T.27.07.2004, S.25535.

⁷³ Dilşad Yılmaz, s.98.

⁷⁴ Hasoğlu, s.1990.

⁷⁵ Özbek, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), s.94.

⁷⁶ Gürsel Özkan, s.265.

ğı uyuşmazlıklar için idarenin uzlaşma yolunu öncelikle denemesi ilkel bir yöntem olarak getirilmiştir. Bu yolu kullanıp kullanmama konusunda idarenin takdir yetkisi yoktur. Ancak 659 sayılı KHK'nın 9/2. maddesine göre sakınca bulunan veya işin mahiyeti gereği süre verilmesinde fayda görülmeyen durumlarda doğrudan dava ve icra yoluna başvurulabilir.

Taslak metin yürürlüğe girerse sulha davet hem idarenin açacağı dava ve icra takipleri hem de idareye karşı açılacak dava ve icra takiplerinde zorunlu bir yol olacaktır. Sulh usulüne başvurulmadan açılacak olan davalar usulden ret edilecektir.

Taslakta, idareler arasındaki uyuşmazlıklar konusunda da sulh yolu zorunlu hale getirilmektedir. İdareler kendi aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek için kendi bünyelerinde oluşturdukları "hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonları" ortak komisyon olarak çalıştırarak uyuşmazlıkları çözmeye çalışacaklardır. Uyuşmazlık, ortak komisyon tarafından çözülemediği takdirde Cumhurbaşkanlığı tarafından çözümlenecektir.

Aynı KHK'nın 9/3. maddesine göre dava konusu edilmiş ve icraya intikal etmiş uyuşmazlıklarda da taraflarca sulh teklifinde bulunulabilir. Görüldüğü üzere bu aşamada sulh teklifinde bulunma yetkisi hem idareye hem de karşı tarafa tanınmıştır.

İdarenin sulha davetinde karşı tarafa ifa, itiraz veya sulh teklifinde bulunmak üzere 30 günlük süre verilmektedir. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre ise taraflarca yapılan sulh başvuruları 60 gün içinde sonuçlandırılmak zorundadır. 60 gün içinde sonuçlandırılmayan başvurular ret edilmiş sayılmaktadır.

b) Adli Yargıda Sulhun Usul ve Esasları

659 sayılı KHK'nın 10. maddesine göre genel ve özel bütçeli idareler; sulh anlaşması ile belli bir hakkın tanınması, menfaatin terki, bir şeyin verilmesi, yapılması ya da yapılmaması konusunda anlaşabilirler. Ayrıca bu idareler, sözleşme değişiklikleri konusunda da anlaşma sağlayabilirler.

Mezkûr KHK'nın 10/5. maddesinde, tarafların sulh yoluna başvurmak için karşı tarafa gönderdiği davet yazısının tebliği ile uyuşmazlık

konusu hak ve alacağın tabi olduğu kanuni süreler durmaktadır. Anlaşma sağlanamaması durumunda, uyuşmazlık zaptı düzenlenmekte ve zabıt tarihinden itibaren durmuş olan süreler yeniden işlemeye başlamaktadır.

Uyuşmazlık, birden çok ihtilaftan oluşuyorsa kural olarak ihtilafın tamamının çözülmesi öngörülmektedir. Ancak kamu menfaatinin gerekli kıldığı durumlarda kısmi sulh de mümkündür. Yapılan sulh anlaşması ile asıl alacak veya ferilerinden kısmen ya da tamamen vazgeçilebilmektedir. Tarafların sulh anlaşması ile üzerinde anlaşığı uyuşmazlık konuları ile ilgili olarak dava yoluna gidilemez.

659 sayılı KHK'da düzenlenen sulhta; şarta bağlı sulhun mümkün olup olmayacağı hususunda herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak şarta bağlı sulhu yasaklayan açık bir hüküm olmaması sebebiyle idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından şarta bağlı sulhun mümkün olabileceğini söyleyebiliriz.

659 sayılı KHK çerçevesinde yapılan sulh anlaşmalarına ilişkin tutanak ilam hükmündedir ve ilamların icrasına ilişkin genel hükümlere göre infaz edilmektedir. Ancak icraya konulabilmesi için iki aylık ödeme süresi geçmelidir. Yine vadeli bir alacak söz konusu ise vadenin dolmasından önce tutanak icraya konulamamaktadır.(m.10/3)

c) Sulh Yetkisinin Kapsamı

aa) İdareler Arası Uyuşmazlıklarda

İdarelerin kendi aralarında çıkan uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesi hususu 659 sayılı KHK'nın 11/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre idareler arasındaki her türlü uyuşmazlığın çözülmesinde dava açılmış veya icra takibine başlanılmış olsun ya da olmasın idareler, davadan ve icra takiplerinden veya kanun yollarına gitmekten vazgeçme imkânına sahiptirler. Aynı şekilde uzlaşma olması durumunda idareler arasındaki sözleşmelerin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi de mümkün kılınmıştır.

Bunun yapılabilmesi için hukuk biriminin, uyuşmazlığın bu şekilde sonuçlandırılmasında maddi ve hukuki sebeplerle kamu menfaatinin olmasının gerektiği yönünde görüş bildirmeleri gerekmektedir. Hukuk birimlerince verilen olumlu görüş üzerine sulh anlaşmasını

imzalamaya yetkili makam olarak bakanlıklarda bakan diğer idarelerde ise üst yönetici⁷⁷ yetkili kılınmıştır. Ancak hukuk birimi tarafından verilen olumlu görüş, bakan ve üst yönetici bakımından bağlayıcı değildir. Diğer bir ifadeyle hukuk birimi tarafından verilen olumlu görüşe rağmen bakan veya üst yönetici sulh anlaşmasını imzalamayabilmektedir.

bb) İdareler ile Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Uyuşmazlıklar

659 sayılı KHK'nın 11/2. maddesine göre KHK kapsamındaki idareler, herhangi bir sözleşmeye dayanıp dayanmadığına, yargıya intikal edip etmediğine bakılmaksızın gerçek ve tüzel kişilerle aralarında çıkan her türlü hukuki uyuşmazlığı sulh yoluyla çözmeye yetkilidirler. Yine aynı fıkrada idarelere, dava ve icra yoluna başvurmadan veya yargıya intikal etmiş dava ve icra takiplerinden veya bunlarla ilgili verilen kararlara karşı kanun yollarına gitmekten vazgeçme yetkisi tanınmıştır.

Bu kapsamda idareler; davaları kabule, feragate, ceza davalarında şikâyetten vazgeçmeye ve uzlaşmaya da yetkilidirler. Ayrıca idare ile özel hukuk kişileri arasında imzalanan sözleşmelerin; sözleşmede belirtilmeyen sebeplerle sona erdirilmesi veya değiştirilmesi hususunda da yetkilidirler ve bu yetki miktara göre üst yönetici, bakan veya Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır (m.11/2). Buna karşın idareler ile özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmelerde belirtilen sebeplerle yapılan sözleşme değişiklikleri ve bu hususlarla ilgili olarak çıkabilecek uyuşmazlıkların sözleşme hükümlerine göre sulh yoluyla çözülebilmesi hususunda ise hukuk biriminin olumlu görüşü ile bakanlıklarda bakan veya diğer idarelerde de üst yöneticinin yetkili kılındığı görülmektedir (m.11/1-b).

Bu yetkilerin kullanılabilmesi için maddi ve hukuki sebeplerle kamu menfaatinin bulunması gerekir. KHK'nın 11/2-a bendine göre 1.000.000,00 TL'ye kadar olan uyuşmazlıklarda; hukuk biriminin görüşü ve harcama yetkilisinin önerisi üzerine üst yönetici tarafından karar verilmektedir. Ancak Taslak yasalarsa hukuk birimi yerine Komisyon görüş bildirecektir.

⁷⁷ Üst yönetici; Bakanlıklarda müsteşarı ve kamu idarelerinde en üst yöneticiyi ifade etmektedir.

Maddi değeri 1.000.000,00 TL ile 10.000.000,00 TL arasında olan uyuşmazlık konusunda ise “Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu”nun görüşü alınarak üst yöneticinin teklifi üzerine ilgili bakan tarafından karar verilmektedir.

Değeri 10.000.000,00 TL'nin üzerinde olan uyuşmazlıklarda ise “Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun” ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak ilgili bakanlığın teklifi üzerine Cumhurbaşkanlığı tarafından karar verilmektedir. Kural olarak bakan veya üst yönetici tarafından kullanılabilen bu yetki, sınırları açıkça belirlenmek kaydıyla alt kademelere devredilebilmektedir. Bu kapsamda valilik ve kaymakamlıklara da bu yetkilerin devredilmesi mümkün kılınmıştır.

659 sayılı KHK'nın 11/3. maddesine göre açılması ve takibinde idarelerin herhangi bir hak ve menfaati bulunmayan, yanlışlıkla açılmış veya konusu kalmayan dava ve icra takipleri ile tüm davalar bakımından karar düzeltme yoluna gitmekten vazgeçme konusunda davayı takip eden hukuk müşaviri veya avukatın gerekçeli teklifi üzerine hukuk birimi amiri karar vermeye yetkilidir. Hukuk birimi amiri de bu yetkilerini alt kademelere devredebilmektedir.

3. İdari Uyuşmazlıklarda Sulh

659 sayılı KHK'nın 12. maddesinde, idari işlem ve eylemlerden dolayı hakları ihlal edilenlerin, bu zararlarının giderilmesi istemine bağlı olarak doğabilecek idari uyuşmazlıkların bazılarının dava yoluna gidilmeksizin idari yoldan çözülebilmesi için yeni bir usul öngörülmüştür.⁷⁸ Zorunlu bir başvuru yolu olmayan bu usule⁷⁹ göre idari eylem ve işlemler sebebiyle hakları ihlal edilenler, dava açma süresi içinde idareye başvurarak zararlarının giderilmesini isteyebilirler. Dava açma süresi, idari işlemler bakımından uyuşmazlığın konusuna göre İYUK'ta belirlenmiş olan genel ve özel dava açma süreleri olmak yanında tam yargı davaları bakımından da 1 ila 5 yıllık dava açma süreleri olmak zorundadır.⁸⁰

İdari eylemler sebebiyle hakları ihlal edilenlerin 2577 sayılı

⁷⁸ Candan, s. 459-460; Kaplan, s.49.

⁷⁹ Çolak, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, s.104; Ahmet Nohutçu, İdari Yargı, 11. Baskı, Ankara, Eylül 2014, s.237.

⁸⁰ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017, s.179.

İYUK'un 13. maddesine⁸¹ göre idareye yapmış oldukları başvuru da 659 sayılı KHK kapsamında düzenlenen sulh başvurusu olarak kabul edilmektedir. Buna göre KHK kapsamında olan idarelere İYUK 13. madde kapsamında yapılan başvurulara 659 sayılı KHK'da öngörülen usul ve esaslara göre işlem yapılmaktadır.⁸² Ancak 659 sayılı KHK kapsamı dışında olan idarelerin bu yöntemden faydalanması imkânı yoktur.⁸³

Hemen ilave edelim ki 659 sayılı KHK kapsamında olan idareler de sadece idari işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmini için bu usule başvurulabilmektedir.⁸⁴ Dolayısıyla idari sözleşmelerden kaynaklanan tazminat talepleri için bu usule başvurulması mümkün değildir.

659 sayılı KHK, idari uyuşmazlıklar bakımından sulh yoluna başvurma hakkını idari işlem veya eylemlerden hakkı ihlal edilmiş olan kişilere tanımış ve bu başvuru yolunu da ihtiyari başvuru yolu olarak düzenlemiştir.⁸⁵ Yine bu düzenlemeye göre uzlaşmaya konu edilebilecek uyuşmazlıkların kamu düzeninden olmaması ve taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen konulara ilişkin olması gerekir.⁸⁶

659 sayılı KHK ile ilgili Taslak metnin yasalaşması durumunda idari işlemin mahkeme tarafından iptali sonrası tam yargı davası açılmadan dava açma süresi içinde idareye başvurma zorunluluğu da getirilmektedir. Diğer bir ifadeyle idari işlemin iptali sonrası açılması muhtemel tam yargı davası öncesi idareye müracaat zorunluluğu getirilmektedir.

659 sayılı KHK'nın 12/2. maddesine göre sulh amacıyla idareye yapılan başvurular dava açma süresini durdurmakta ve bu kapsamda yapılan başvurular sonuçlanmadan dava açılmamaktadır. Sulh başvuruları 60 gün içinde sonuçlandırılmak zorundadır. 60 gün içinde sonuçlandırılmayan başvurular ret edilmiş sayılır (m.12/3).

⁸¹ Aslında doktrinde, İYUK 11 ve 13. madde kapsamında idareye yapılan başvuruların tek başına bir sulh başvurusu olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Yet, s.259; Nohutçu, s.237.

⁸² Kaplan, s.50; Candan, s. 496; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.815.

⁸³ Candan, s. 460, 496.

⁸⁴ Kaplan, s.51; Gürsel Özkan, s.262.

⁸⁵ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.179; Gürsel Özkan, s.262, 263.

⁸⁶ Gürsel Özkan, s.264.

İdareye yapılan başvurular Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonuna gönderilmektedir. Komisyon tarafından hazırlanan rapor 659 sayılı KHK'nın 11. maddesine göre karar vermeye yetkili mercilere sunulmaktadır. Yetkili merciler, sulh başvurusunu kabul ettikleri takdirde başvuru sahibine sulh tutanağını imzalaması için 15 günlük süre verip sulh tutanağını da imzalaması için müracaatçıya bir davet gönderirler. Gönderilen bu davette, ilgilinin kendisinin veya vekilinin gelmesi ve tutanağı imzalaması, belirtilen sürede gelmediği takdirde sulh tutanağını ret etmiş sayılacağı ve bu durumda dava yoluna başvuru hakkının saklı olduğu belirtilmektedir.

Taraflar arasında imzalanan sulh sözleşmesinin idari mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu konusunda bir belirsizlik vardır. Zira sulh sözleşmesinin hukuki rejimi konusunda mevzuatta bir belirlemede bulunulmadığı gibi sözleşmenin imzalanması sonrası sözleşme metni üzerinde veya sözleşmenin uygulanması aşamasında taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların nasıl ya da hangi yargı kolunda çözüleceğine ilişkin bir tespit de bulunulmamıştır. Bu nedenle söz konusu sözleşmenin idari mi yoksa adli mi olduğu konusunda sözleşmenin içeriğine bakarak karar vermek gerekecektir.⁸⁷ Bu bağlamda sözleşmenin bir tarafı idare olmasına rağmen sulh sözleşmeleri bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmadığından ve yine idareye üstün ve ayrıcalıklı yetkiler de tanımadığından dolayı bu sözleşmelerin idarenin özel hukuk sözleşmeleri olduğu sonucuna varabiliriz. Nitekim Danıştay'da kamulaştırma hukukundan kaynaklanan uzlaşma tutanaklarının tam bir idari sözleşme olmadığı tespitinde bulunmuştur.⁸⁸

Tarafların tazminat tutarı üzerinde anlaşması sonucu düzenlenen tutanak ilam hükmündedir. Ancak vadeye bağlanmamış alacaklarda iki ay, vadeye bağlanmış alacaklarda ise vade tarihi gelmeden tutanak icraya konulamamaktadır.

4. Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu

Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idarelerin taraf olduğu ve sulh yoluyla çözümlenmesi düşünülen uyuşmazlık-

⁸⁷ Günday, s.185-186; Gözler/Kaplan, s.452-453; Çağlayan, s.442 vd.

⁸⁸ D.6.D., T. 10.9.2015, E.2015/7660, K.2015/5138, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

lar konusunda asli yetkili birimler olarak; üst yönetici, bakan, Maliye Bakanlığı ve Cumhurbaşkanı belirlenmiştir. Ancak belli bir miktarın üzerindeki uyuşmazlıklarda asli yetkili birimlere yardımcı olmak üzere üst yönetici tarafından oluşturulan hukuk birimi amiri ve hukuki uyuşmazlıkla ilgili birim amirinin de içinde bulunduğu en az üç kişiden oluşan bir "Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu" nun, sulh olunacak konularla ilgili olarak gerekli inceleme ve araştırmaları yapmak suretiyle bu birim ve kişilere görüş bildirmek üzere oluşturulması öngörülmüştür. İcrai nitelikte kararlar alamayan bu komisyon bir nevi istişari nitelikli idari bir birim olarak görev yapmaktadır.

Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu, Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'le⁸⁹ teferruatlı bir şekilde düzenlenmiştir. Komisyon, çalışmalarını sırasında geniş kapsamlı inceleme ve değerlendirme yetkileri kullanabildiğinden dolayı uyuşmazlıkların sulhla sonuçlanmasına ciddi katkı sağlama potansiyeline sahiptir.⁹⁰

659 sayılı KHK'da değişiklik yapılmasına ilişkin Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Taslağa yeni bir madde eklenmek suretiyle Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu'nun kanuni temeli oluşturulmaya çalışılmaktadır. Taslakla, 659 sayılı KHK'ya 8/A maddesi ilave edilerek düzenlenmektedir. Bu Taslak, Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerinin önemli bir kısmını kanun maddesine dönüştürmektedir. Bunun yanında ciddi yeniliklerin de getirildiği görülmektedir.

Bu Taslağa göre her idare, kendi bünyesinde sürekli olarak görev yapacak bir Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu oluşturmaktadır. Oysa meri mevzuata göre her uyuşmazlıkta yeni bir komisyon oluşturulmaktadır. Bir başka ifadeyle geçici olarak görev yapan ve her uyuşmazlık için yeniden oluşturulan Komisyon yerine Taslak yasalarsa daimi görev yapacak bir komisyon oluşturulacaktır. Ayrıca Taslakla, Komisyon üyelerine ilave ücret verilmesi yanında idari ve hukuki güvencelerde getirilmeye çalışılmaktadır.

⁸⁹ Resmi Gazete, T.04.07.2012, S.28343.

⁹⁰ Çolak, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, s.105.

B. İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN 5233 SAYILI KANUN KAPSAMINDA SULH YOLUYLA ÇÖZÜLMESİ

İdare Hukukunda fiilen 2004 yılından itibaren uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri de 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'la⁹¹ getirilmiştir. Kanun'un kapsam balıklı 2/1. maddesi göre "Bu Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması hakkındaki esas ve usullere ilişkin hükümleri kapsar." Buna göre terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden kaynaklanmak şartıyla gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin sadece maddi zararları bu Kanun kapsamında karşılanmaktadır. Dolayısıyla manevi zararların karşılanması hususunda 5233 sayılı Kanun uygulanmamaktadır. Ancak zarar görenlerin manevi tazminata ilişkin istek ve taleplerini idare hukukunun genel hükümlerine göre isteme hakları saklıdır.⁹²

Kanun, "gerçek kişi ve özel hukuk tüzel kişileri" demek suretiyle kamu tüzel kişilerinin terörden kaynaklı zararlarının da bu Kanun kapsamında yer almadığını belirtmektedir. Nitekim Danıştay da köy tüzel kişiliğinin terörden dolayı uğramış olduğu zararların bu Kanun

⁹¹ Resmi Gazete, T.27.7.2004, S.25535.

⁹² Nitekim Anayasa Mahkemesi "5233 sayılı Yasa, idarenin eylem ve işleminin sonucu olmayan ve herhangi bir idari işlem veya eylemle doğrudan nedensellik bağı da bulunmayan, ancak terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararların da tazmini yolunu açan, bu anlamda idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişleten bir yasadır. Bu Yasa idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişletmekle birlikte, aynı zamanda terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararlardan sadece "maddî" olan kısmının sulh yoluyla tazminine ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir. Yasa'da bu zararlardan "manevi" olan kısmın idareden talep edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, 12. maddede "sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır" denilerek Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu nedenle itiraz konusu ibare, idarenin sorumluluk alanını daraltan veya idari işlem veya eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermemektedir" demek suretiyle idare hukukunun ilke ve kurallarına göre tazmini gerektiğine karar vermiştir. (Anayasa Mahkemesi, T.25.6.2009, E.2006/79, K.2009/97, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Danıştay'ın da aynı yönde karar verdiği görülmektedir. D.İ.D.G.K, T.18.2.2016, E.2015/2933, K.2016/326, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kapsamında olmadığına karar vermiştir.⁹³ Ancak mevcut yasal düzenlemenin bu yönüyle eksik olduğu vurgulanmalıdır. Zira bir kamu tüzel kişisi olan köyler başta olmak üzere belediye ve il özel idaresi gibi diğer mahalli idareler ile kamu kurumu niteliğinde meslek teşekküllerinin terörden doğan zararlarının bu Kanun kapsamında düzenlenmiş olması gerekirdi.

Yine Kanun'da, kamu görevlilerinin terörden kaynaklı zararlarının karşılanmaması konusunda açık bir düzenleme olmamasına karşın uygulamada Danıştay, kamu görevlilerinin uğradığı zararların bu Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir.⁹⁴ Danıştay, görevini ifa ederken şehit olan polis memurunun yakınlarının açtığı davada; zararın 5233 sayılı Kanun'a göre değil, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idare hukukunun genel kaidelerine göre çözülmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁵ Buna karşın AYİM; askerlik görevini ifa ederken şehit olan askerin yakınlarının 5233 sayılı Kanun kapsamında yaptığı müracaat ve akabinde açtığı davada, tazminat taleplerinin bu Kanun kapsamında olduğuna ve ayrıca genel hükümlere göre de zararın tazmin edilebileceğine karar vermiştir.⁹⁶

5233 sayılı Kanun'un "karşılanacak zararlar" başlıklı 7. maddesinde hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zarar ile yaralanma, engelli hale gelme ve ölüm durumunda uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri ve yine 1/c maddesine göre de terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan zararların sulh yoluyla karşılanabileceği düzenlenmiştir.⁹⁷

⁹³ "Kamu hukuku tüzel kişilerinin isenilen Kanun kapsamı dışında bırakıldığı açık olduğundan, kamu tüzel kişisi olan davacı köy tüzel kişiliğinin 5233 sayılı Kanun kapsamında zararlarının karşılanmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından, başvuru konusu taşınmazların köy tüzel kişiliğine tahsisli olduğu gerekçesiyle reddedilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır." D.15.D., T.21.11.2012, E.2011/6719, K.2012/11433, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁴ Dilşad Çiğdem Sever, "Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, S.133, 2017, s.179, 189.

⁹⁵ AYİM bu kararda, 5233 sayılı Kanun'un 8/5. maddesine göre bu Kanun'un ancak 19.07.1987 tarihinden sonraki olaylara uygulanabileceğini oysa şehitlik olayının 23.03.1986 tarihinde yani Kanun'un belirlemiş olduğu tarihten önce meydana gelmiş olduğu gerekçesiyle davayı ret etmiştir. D.15.D., T.18.10.2012, E.2012/189, K.2012/7048, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁶ AYİM. 3. D., T.07.11.2008, E.2008/377, K.2008/1319, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁷ Danıştay, fiilen malvarlığına ulaşamama durumunda ve bu süreyle sınırlı ola-

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun⁹⁸ 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamında olan suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm edilenlerin bu fiillerden dolayı uğradıkları zararlar karşılanmamaktadır. Kanun Koyucu bu düzenlemede mahkûmiyet şartını getirmiştir. Dolayısıyla bu suçlardan şüpheli veya sanıkların beraatları ya da bu süreçte ölmeleri durumunda yine bu Kanun çerçevesinde zararlarının karşılanması gerekmektedir. Nitekim Danıştay'ın aynı yönde kararlar verdiği görülmektedir.⁹⁹

5233 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre her ilde oluşturulan zarar tespit komisyonları bir başkan ve altı üyeden oluşturulmaktadır. Oluşturulmuş olan zarar tespit komisyonları, idare ve özel hukuk kişileri arasındaki ihtilafları yargı dışı yöntemlerden olan sulh yoluyla çözüme konusunda yetkilendirilmiş bulunmaktadır.

Kanun kapsamında bir zarara uğrayan gerçek ya da tüzel kişiler zararı doğuran olayın öğrenildiği tarihten itibaren 60 gün ve herhalde 1 yıllık süre içinde zararın meydana geldiği yer il valiliğine başvurarak zararın tazmin edilmesini istemek zorundadırlar. Ancak bu Kanun kapsamındaki yaralanma ve engelli hâle gelme durumlarında, yaralının hastaneye kabulünden hastaneden çıkışına kadar geçen süre, başvuru süresinin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır (m. 6/1). Danıştay uygulaması da bu yöndedir.¹⁰⁰

Kanun Koyucu, 5233 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre idarelerin kendisine yapılan başvuruları altı aylık sürede tamamlamak zorunda olduğunu ve bir defaya mahsus olarak bu sürenin üç aylığına uzatılabileceğine karar vermiştir. Dolayısıyla mezkûr altı ve üç aylık ek süre verilmiş ise bu süre içinde müracaatlara cevap verilmemesi veya verilen cevabın müracaatçıyı tatmin etmemesi durumunda ancak dava yoluna gidilebilmektedir. Aksi durumda Danıştay davanın incelenmeksizin reddine karar vermektedir.¹⁰¹

Komisyonun görevleri, mezkûr Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Komisyon hak sahiplerinin başvurusu üzerine

rak zararın karşılanması gerektiğine karar vermektedir. D.8.D., T.31.12.2008, E.2008/5548, K.2008/9733, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁸ Resmi Gazete, T.12.4.1991, S.20843.

⁹⁹ D.15.D., T.9.5.2012, E.2011/9811, K.2012/2716, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰⁰ D.15.D., T.21.3.2016, E.2013/12878, K.2016/1900, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰¹ D.15.D., T.22.2.2017, E.2016/9112, K.2017/876, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

5233 sayılı Kanun kapsamında bir zarar bulunup bulunmadığını ve zarar miktarını tespit etmekle ve sulhname tasarılarını hazırlamakla görevli kılınmıştır. Komisyon zararları bizzat tespit edebileceği gibi bilirkişi marifetiyle de tespit edebilmektedir.(m.12)

Komisyon; 8, 9, 10 ve 11. maddeye göre tespit etmiş olduğu zararı ve ödenecek net miktarı belirledikten sonra hazırladığı sulhname örneği ve davet yazısını hak sahiplerine tebliğ etmektedir. Bu davette sulhnameyi imzalamak için 30 günlük süreleri olduğu ve bu sürede imzalamadıkları takdirde sulhnameyi kabul etmedikleri ve kabul etmedikleri takdirde de zararlarının karşılanması için yargı yoluna gidebilecekleri belirtilmektedir (m.12/2). Sulhnamenin imzalanması ile terörden zarar gören kişilerle idare arasındaki uyuşmazlık tamamen sona ermektedir. Sulhnamenin imzalanmaması durumunda, hak sahiplerince açılacak davada kabul edilmeme tarihinden itibaren faize hükmedilmektedir.¹⁰²

Sulhname ile tespit edilen zarar ve bunun karşılığında ödenecek tazminat, sulhnamenin hak sahibi tarafından imzalanmasından sonra valinin onayına sunulmaktadır. Valinin onayından sonra sulhname ile tespit edilen tazminat üç aylık süre içinde bakanlık bütçesine bu amaçla konulan kalemden ödenmektedir. Üç aylık süre içinde ödemenin yapılmaması durumunda müracaatçıya faiz ödenmesi gerekmektedir.¹⁰³ Yapılan bütün bu ödemeler kusurları oranında sorumlulara rücu edilmektedir.(m.13)

Komisyon tarafından yapılan çalışmalar, 5233 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre Bakanlık ve valilik tarafından denetlenmektedir. Yine aynı maddeye göre Komisyonun görevleri sebebiyle veya görev sırasında, üyelerine karşı işlenecek suçlar Devlet memurlarına karşı işlenmiş olan suçlar olarak kabul edilerek cezalandırılmaktadır. Aynı şekilde Komisyon üyelerinin görev sırasında işledikleri suçlar bakımından

¹⁰² D.10.D., T.30.12.2008, E.2008/4286, K.2008/9585, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰³ Danıştay kanun yararına temyiz yoluyla önüne gelen bu dosyada bölge idare mahkemesi kararını "mevzuatta faiz ödeneceğine dair hüküm aramak ve bu yolda açık bir kanun hükmü bulunmadığından bahisle davanın reddi yolunda karar vermek, tam yargı davalarının konusunu teşkil eden. "idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zarar kavramını sarsan ve bu olayda olduğu gibi ortadan kaldıran bir sonuç doğurur ki, bunun hukuken kabul edilebilir bir yanı bulunmadığı" gerekçesiyle bozmuştur. D.15.D., T.25.4.2014, E.2011/160, K.2014/3164, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

da Devlet memurlarının işledikleri suçlara ilişkin hükümler uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle komisyon üyelerinin işledikleri suçlar bakımından 4483 sayılı Kanun'da öngörülen prosedür uygulanacaktır.

C. İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN UZLAŞMA YOLUYLA ÇÖZÜLMESİ

1. Kamulaştırma Kanunu'nda Uzlaşma

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların uzlaşma usulüyle çözülmesini öngören düzenlemelerden biri de 2942 sayılı Kamulaştırma Kanun'u ile getirilmiştir. Kamulaştırma Kanun'unun Ek 1 ve Geçici 6. maddesi ile zorunlu uzlaşma yolu öngörülmüştür.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na, 20.08.2016 tarih ve 6745 sayılı Kanun'la¹⁰⁴ getirilen Ek 1. madde ile uygulama imar planları ile umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkı hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları ve imar uygulamalarının yapılacağı ve bütçe imkânları dâhilinde kamulaştırma işlemlerinin gerçekleştirileceği ve kamulaştırma yapılmayan yerler için de imar planı değişikliklerinin yapılacağı hükmü getirilmiştir. Bu süre içinde belirtilen işlemlerin yapılmaması durumunda maliklerin 2942 sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesi bağlamında uzlaşma yoluna başvurabilecekleri düzenlenmektedir.

Mezkûr Kanun'un Geçici 6. maddesi, ilk defa 18.6.2010 tarih ve 5999 sayılı Kanun'un¹⁰⁵ 1. maddesiyle düzenlenmiş ve bu düzenleme ile de "taşınmazlara malikin rızası dışında fiili olarak el konulması sebebiyle malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesinin esas olduğu düzenlemesi yapılmıştır. Yapılan bu düzenleme ile getirilmiş olan uzlaşma yolu ihtiyari bir yol olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu usulle öngörülen uzlaşma dava şartı değildir. Nitekim Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir.¹⁰⁶ Ancak hemen ilave edelim ki Anayasa Mahkemesi bu düzenleme ile getirilen uzlaşma yolunun da zorunlu olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Resmi Gazete, T.7.9.2016, S.29824.

¹⁰⁵ Resmi Gazete, T. 30.06.2010, S.27627.

¹⁰⁶ Y.5.HD., T.11.3.2013, E.2012/26400, K.2013/4119, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, T. 01.11.2012, E.2010/83, K.2012/169, Resmi Gazete, T. 22.02.2013, S.28567.

Aynı maddede 24.5.2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un¹⁰⁸ 21. maddesi ile Geçici 6. maddenin 1. fıkrasında yapılan değişikliklerle kamulaştırma işlemleri yapılmamış veya tamamlanmamış fakat idare tarafından fiilen el atılan taşınmazlarla ilgili olarak mülkiyet hakkından doğan taleplerle ilgili olarak öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi gerektiği ve uzlaşma usulünün de dava şartı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme sonrası Yargıtay da mezkûr Kanun'la yapılan değişiklik sonrası yeni açılacak davalarda uzlaşma yolunun öncelikle denenmesi gerektiğine ve uzlaşma yolunun sonradan giderilemeyecek dava şartı olduğuna karar vermektedir.¹⁰⁹ Buna karşın mezkûr değişikliğin yayınlanmasından önce açılmış olan davalar bakımından ise üç aylık süre¹¹⁰ içinde idareye veya mahkemeye müracaatla uzlaşma yoluna gidilmek istendiğine dair beyanda bulunulabilmektedir.¹¹¹ Fakat bu müracaat zorunlu değil, ihtiyarı bir yoldur.¹¹²

Fiilen el atılmamış kısımlar için ise idari yargıda idare aleyhine tazminat davası açılma imkânı mevcuttur. Ancak bu yolun kullanılabilmesi için 6745 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 07.09.2016 tarihinden itibaren beş yıllık süre tanınmıştır. Hatta Ek 1. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarruf hakkı kısıtlananlar için de beş yıllık süre öngörülmüştür. Zira 2942 sayılı Kanun'un Geçici 11. maddesine göre ek 1. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında açılacak davaların ek 1. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlayacağı şeklinde yasal düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık süre içinde idare aleyhine bu sebeple tazminat davası açılmayacağı gibi açılmış olup henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen¹¹³ davalarda da "uyuşmazlığın esası hakkında karar verme olanağı bulunmadığı" şeklinde kararlar verilmektedir.¹¹⁴

¹⁰⁸ Resmi Gazete, T. 11.06.2013, S.28674.

¹⁰⁹ Y.18.HD., T.27.6.2016, E.2016/3625, K.2016/10248; Y.5.HD., T.1.4.2015, E.2014/24265, K.2015/6669; Y.18.HD., T.9.4.2013, E.2013/3210, K.2013/5899, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁰ Yargıtay üç aylık sürenin hak düşürücü süre olduğuna karar vermiştir. Y.18.HD., T.14.5.2013, E.2013/3423, K.2013/8274; Y.18.HD., T.9.4.2013, E.2013/3210, K.2013/5899, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹¹ Y.18.HD., T.16.1.2014, E.2013/15875, K.2014/464, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹² Y.18.HD., T.21.1.2016, E.2015/22757, K.2016/819, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 9. İDD, T.18.1.2017, E.2017/112, K.2017/110, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁴ D.6.D., T. 21.2.2017, E.2017/1152; D.6.D., T. 20.9.2016, E.2015/6995, K.2016/4782, İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, T.4.4.2017, E.2017/537, K.2017/485, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu açıktır. Çünkü Yasama tarafından konulan beş yıllık süre oldukça uzun bir süredir. Bu süre içinde maliklerin bu sebepten dava açma hakları tamamen ortadan kaldırıldığı gibi açılan davalar da karar verilmeden kapatılmaktadır. Maddenin yürürlüğe girdiği tarihten yıllarca önce tasarruf hakkı kısıtlanmış olan maliklere yeniden beş yıl beklemleri gerektiğinin söylenmesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, mülkiyet hakkını düzenleyen 35. ve hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddelerine açıkça aykırıdır.¹¹⁵ Ayrıca bu durum, AİHS 6. maddesinde düzenlenen yargıya ve yargıca ulaşma hakkının güvence altında bulunması kuralının da ihlaline de sebebiyet verecektir.

Uzlaşma görüşmeleri, Kamulaştırma Kanunu'nun 8/3. maddesine göre oluşturulan ve en az üç kişiden oluşan uzlaşma komisyonu tarafından yapılmaktadır. Uzlaşma komisyonu, mezkûr Kanun'un 8/2. maddesine göre oluşturulan kıymet takdir komisyonu tarafından tespit edilen tahmini bedel üzerinden idareye ait taşınmazın trampası, hak sahiplerine sınırlı aynı hak tanınması, imar mevzuatı çerçevesinde bir başka yerde imar hakkı verilmesi veya bütün bunların mümkün olmaması durumunda nakdi bedel üzerinden uzlaşma sağlayabilmektedir. Uzlaşma komisyonu; hukuki, idari ve cezai sorumluluk bakımından Devlet memurlarının tabi olduğu hukuki rejime tabidir.

Uzlaşma görüşmeleri, idarenin daveti veya malikin müracaatından itibaren en geç altı ay içinde Tebligat Kanunu'na göre gönderilecek yazı üzerine başlamaktadır. Görüşmeler, davete icabetten itibaren en geç altı ay içerisinde tamamlanmak zorundadır. Görüşmelere ilişkin belge ve bilgiler sonradan açılacak davalarda taraflar aleyhine delil olarak ileri sürülemez.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi; TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatan düzenlemenin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla önüne gelen davada "Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımamasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşulunu oluşturur..." demek suretiyle dava yolunun kanunla kapatılmayacağına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, T. 06.01.2011, E.2010/61, K.2011/7, Resmi Gazete, T.26.02.2011, S.27858.

Tarafların uzlaşması durumunda; anlaşmanın, Geçici 6. maddede belirtilen nakdi veya gayri nakdi hangi usulle yapıldığı, şartları ödeme şeklini ve yine taşınmazın terkinin ve tesciline ilişkin muvafakati ihtiva eden bir anlaşma metni üzerinden uzlaşma sağlanmaktadır. Ancak uzlaşma komisyonu tarafından düzenlenen ve taraflarca imzalanan uzlaşma tutanağı doğrudan icra ve infaz edilememektedir.¹¹⁶

Uzlaşma sağlanamadığı takdirde uzlaşmazlık tutanağının tanziminin itibaren üç aylık zaman dilimi içinde malik veya idare bedel tespiti davası açabilmektedir.

2. Vergi Hukukunda Uzlaşma

İdarenin taraf olduğu vergi uyuşmazlıklarının çözümü konusunda uzlaşma müessesesi yaygın bir kullanım alanına sahiptir.¹¹⁷ Uzlaşma, tarh edilen vergi ve cezaların yargı yoluna gidilmeksizin idare ve mükellef arasında anlaşma yoluyla çözümlenmesi olarak ifade edilmektedir.¹¹⁸ Uzlaşma ile hem vergi dairesi ve hem de mükellef, vergi ihtilafından kaynaklanan uzun ve meşakkatli bir süreçten kurtarılmakta, verginin daha çabuk tahsili sağlanmakta ve yargının yükü hafifletilmektedir.¹¹⁹

Uzlaşma; ikmalen, resen veya idarece tarh edilen vergilerle bunlara ilişkin vergi ziyai cezalarının tahakkuk eden miktarları üzerinden olmaktadır. Vergi mevzuatında uzlaşma, tarhiyat öncesi ve tarhiyat sonrası olmak üzere iki aşamada gerçekleşebilmektedir.

¹¹⁶ Danıştay 6. Daire tarafından verilen 10.9.2015 tarih, 2015/7660 esas ve 2015/5138 sayılı kararda; uzlaşma komisyonu tarafından düzenlenen ve taraflarca imzalanan uzlaşma tutanağına rağmen tarafların yükümlülüklerine yerine getirmemesi sebebiyle idari yargıda dava açılmayacağını, (zira uzlaşma tutanağının tam bir idari sözleşme olmadığını) bu durumda sanki uzlaşma hiç yokmuş gibi kamulaştırma prosedürünün işletilerek adli yargıda bedel tespiti ve tescil davasının açılması gerektiğine karar vermiştir. D.6.D., T. 10.9.2015, E.2015/7660, K.2015/5138, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁷ Erdoğan Öner, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara Şubat 2015, s.209; M. Kamil Mutluer, Vergi Hukuku-Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Ekim 2011, s. 245; Kaplan, s.51.

¹¹⁸ Sadık Kırbas, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 19. Bası, Ankara 2012, s.193; Öner, s.137.

¹¹⁹ Hakan Arslaner, "Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Etkinliği Sorunu", *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, UİİD-IJEAS, 2016 (17), s.281.

Tarhiyat öncesi uzlaşma, vergi ve cezanın tarh ve tebliğ edilmeden önce mükellefin müracaatı üzerine idare ile mükellef arasında tarh edilecek vergi ve cezalar bakımından mutabakata varılmasıdır. Buna karşın tarhiyat sonrası uzlaşma ise vergi ve cezaların vergi dairesi tarafından mükellefe tebliği sonrası taraflar arasında mutabakat sağlanmasıdır. Mükellefler, tarhiyat öncesi veya tarhiyat sonrası uzlaşmadan sadece birine başvurabilirler.¹²⁰

Vergi Usul Kanunu'nun Ek 6/2. maddesine göre taraflarca üzerinde uzlaşılan ve tutanağa bağlanan hususlarda herhangi bir mercie şikâyetle bulunulamayacağı gibi dava da açılmaz. Konuyla ilgili Vergi Usul Kanunu'nun Ek. 1. maddesine istinaden çıkarılan Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği¹²¹ ve Uzlaşma Yönetmeliği'nde¹²² de aynı düzenlemeye yer verilmiştir. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 17/2 ve Uzlaşma Yönetmeliği'nin 12/2. maddesine göre, Komisyon tarafından üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit edilen hususlar hakkında dava açılmayacağı gibi hiçbir mercie şikâyetle de bulunulamamaktadır. Ancak doktrinde üzerinde uzlaşılan vergi ve cezalarda hata bulunması halinde bunların düzeltilebileceği ifade edilmektedir.¹²³

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği ve Uzlaşma Yönetmeliği'ne göre Vergi Hukuku alanında uzlaşma görüşmelerini uzlaşma komisyonları yürütmektedir. Benzer hüküm ve düzenlemelerin Gümrük Uzlaşma Yönetmeliği'nde¹²⁴ de olduğu görülmektedir.

D. YEREL YÖNETİMLERİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN SULH YOLUYLA ÇÖZÜLMESİ

İl özel idare, belediye ve köyler bir kısım uyuşmazlıklarını sulh yoluyla sonuçlandırabilmektedirler. 5302 sayılı İl Özel İdare Kanunu'nun "encümenin görev ve yetkileri" başlıklı 26/1-f maddesine göre il özel idarelerinin vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı 5.000,00 TL'yi geçmeyen ihtilaflarının sulh yoluyla çözümü konusunda encümenin görevlendirildiği görülmektedir.

¹²⁰ Öner, s.210.

¹²¹ Resmi Gazete, T.31.10.2011, S.28101.

¹²² Resmi Gazete, T.03.02.1999, S.23600.

¹²³ Kırbaş, s.196.

¹²⁴ Resmi Gazete, T.27.08.2011, S.28038.

Aynı şekilde 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun meclisin görev ve yetkileri başlıklı 18/1-h maddesine göre de vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı 5.000,00 TL'den fazla olan ve dava konusu edilmiş belediye uyuşmazlıklarının sulh ile tasfiyeye, feragat ve kabulüne belediye meclisinin yetkili olduğu düzenlenmiştir. Belediye meclisi için 5.000,00 TL'nin üzerinde olan dava konusu edilmiş olan uyuşmazlıkları sulh yoluyla çözme yetkisi belediye encümeni bakımından da 5393 sayılı Kanun'un "encümenin görev ve yetkileri" başlıklı 34/1-f. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre belediye encümenine; vergi, resim ve harçlar dışında dava konusu edilmiş olan belediye uyuşmazlıkları ile ilgili anlaşma ve tasfiyeye karar verme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Kanun meclise, sulh, kabul ve feragat yetkisi verdiğini belirtmesine karşılık encümenine, uzlaşma ile tasfiyeye karar verme şeklinde bir yetki verildiği görülmektedir. Bu durumda encümenin yetkisinin nitelik olarak daha farklı olduğu ileri sürülemez. Zira dava konusu edilmiş olan ihtilafın her aşamasında taraflar arasında uzlaşma ile ihtilafın çözülmesi mümkündür. İhtilaf, uzlaşma ile çözülmeye sulh veya feragatle dava sonuçlandırılabilir. Sonuç olarak belediye meclisi ve encümenin sahip olduğu yetkinin niteliği bakımından bir farklılık olmadığı söylenebilir. Ancak encümenin sahip olduğu yetkinin üst sınırının 5.000,00 TL olduğunun kabulü gerekir. Zira belediye meclisinin 5.000,00 TL'nin üzerinde yetkilendirilmesi kuralının mefhumu muhalifinden encümenin de 5.000,00 TL'nin altındaki uyuşmazlıkları uzlaşmayla çözebildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

İl özel idareleri bakımından dava konusu edilme şartı olmamasına karşılık belediyeler bakımından dava konusu edilme şartının getirildiği görülmektedir. Yine önemli bir başka nokta ise il özel idaresinin genel karar organı olan il genel meclisine böyle bir yetkinin verilmemiş olmasıdır. Oysa genel karar organı olan il genel meclisine bu yetkinin verilmesi çok daha isabetli olurdu. Zira doğrudan halk tarafından seçilen ve seçimden seçime de olsa halka hesap veren organ il genel meclisidir. Ayrıca meclisin asli nitelikli kararları alabilmesi yerel yönetim ilkelerinden olan yerellik ilkesine de daha uygun olacaktır. Ancak Kanun Koyucu 5302 sayılı Kanun'la encümen kararları üzerinde valiye güçlü bir vesayet yetkisi tanımış olmasına karşın Kanun'un ilk halinde meclis üzerinde sadece zorlaştırıcı veto yetkisi tanımış bulunmaktay-

di.¹²⁵ Bu nedenle meclise bu yetkinin tanınmamış olmasının kontrol edilememe ya da meclise duyulan güvensizlikten kaynaklandığı söylenebilir.

Gerek belediye gerek il özel idareleri; kira, su ücreti, tazminat vb. konularda sulh ve uzlaşma yetkisi kullanabilmesine karşılık idari nitelikte para cezaları konusunda bu yetkinin kullanılıp kullanılmaması konusunda tereddüt mevcuttur. Zira idari nitelikte para cezaları hakkında sulh ve uzlaşma yoluna gidilip gidilemeyeceği konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak doktrinde kamu düzenine ilişkin olan ve kamu hukukundan kaynaklanan vergi, ceza vb. hak ve menfaatler konusunda sulh yoluna gidilemeyeceği ifade edilmektedir.¹²⁶ Bu durumda idari para cezaları konusunda uzlaşma veya sulh yoluna gidilemeyecektir. Aksi takdirde kamu düzeninin sağlanmasına yönelik konulan kuralların ve yaptırım niteliğinde olan idari nitelikteki para cezalarının uygulanmaması yetkisini encümen veya meclislerin takdirine bırakmış olur ki bu durum kamu düzeninin sağlanması açısından sakıncalı sonuçlar doğurabilir.

Sulh ve uzlaşma yetkisini kullanan encümen ve meclis üyelerinin atanma usulüne bakılmaksızın tümünün geniş anlamda kamu görevlisi olması sebebiyle idari, hukuki ve cezai sorumluluk bakımından Devlet memurlarının tabi olduğu hukuki rejime tabidirler. Dolayısıyla meclis veya encümen tarafından alınan kararların idareyi zarara uğratması gibi durumlarda mali sorumluluklarının olduğu ve yine işledikleri suçlar bakımından da 4483 sayılı Kanun'a tabi oldukları ifade edilmelidir.

Bir başka kamu idaresi olan köyler bakımından da bir alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi olan müzakere usulünün köyler arasındaki bazı ihtilafların çözülmesi için getirildiği görülmektedir.¹²⁷ 442 sayılı Köy Kanunu'nun 5 ve 48. maddelerine göre köyler arasındaki sınır ihtilafları ve birden çok köyün birlikte yapması gereken işler bakımından köyler arasında muhtar ve ihtiyar heyetleri vasıtasıyla sorunların çözülmesi öngörülmüştür.

¹²⁵ Vali kesinleşen encümen kararlarının yürürlüğünü durdurma yetkisine sahip olmasına karşılık Kanun'un ilk halinde meclis kararları konusunda çok daha sınırlı bir yetkiye sahipti

¹²⁶ Gürsel Özkan, s.263.

¹²⁷ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.798.

IV. SONUÇ

Alternatif uyuşmazlık çözümü, devletlerin egemenlik hakkına dayanarak kullandığı yargılama yetkisinin veya hak arama hürriyetinin ortadan kaldırılması için değil yargının iş yükünün azaltılması, tarafların asgari düzeyde de olsa tatmin olacağı bir çözümde uzlaşmaları, hak sahiplerinin daha hızlı ve ucuz bir şekilde haklarına kavuşması için geliştirilen usullerdir. Bu usuller, yargısal yollara nazaran tarafların süreç ve sonuç üzerinde çok daha etkili olabildikleri ve sadece taraflardan birinin değil görece olarak tüm tarafların memnun oldukları sonuçları doğurabilmektedir. Oysa yargılama sırasında taraflar, yargılama sürecine sınırlı olarak müdahale edebilmekte ve hâkim tarafından verilen kararlar da çoğu zaman taraflardan ancak birini tatmin etmektedir. Ayrıca dava hakkının saklı olduğunu bilen tarafların, henüz uzun, pahalı ve yıpratıcı yargılama sürecine girmemiş ve gerilmemiş olması sebebiyle daha uzlaşmacı bir tavır sergileyecekleri varsayıldığında bu uyuşmazlıklar çok daha hızlı ve tarafların memnun olacağı bir ara formülle sonuçlanabilecektir. Kaldı ki çoğu zaman yargı kararlarının uygulanması ile ilgili olarak yaşanan sorunların uyuşmazlıkların alternatif usullerle ve anlaşmayla çözülmesi durumunda yaşanmayacağı ya da çok az yaşanacağı gerçeği göz önüne alındığında bu usullerin önemi çok daha iyi anlaşılacaktır. Bu nedenle alternatif çözüm usullerinin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması gerekmektedir.

İdarenin yargısal yolla denetiminde temel amaç idarenin hukuka bağlılığını sağlamaktır. İdarenin gerek yargısal yolla gerekse alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri ile uyuşmazlıklarını çözmesi hukuk devletin tahkim edilmesi ve denetlenmesinde olumlu katkı sunmaktadır. Bu usuller, kamu hukuku kuralları ve yapısıyla örtüştüğü ölçüde idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar ile idari uyuşmazlıklarda da kullanılmalıdır.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların yargı yollarına gitmeden yargı öncesi çözümü konusunda Cumhuriyet tarihimiz boyunca birçok çalışmanın yapıldığı gözlenmektedir. Ancak bütün bu çalışma ve yasal düzenlemelere rağmen uyuşmazlıkların yargı öncesi aşamalarda çözümü konusunda 5233 sayılı Kanun ve vergi uyuşmazlıklarının uzlaşma yoluyla giderilmesi gibi istisnai durumlar dışında uygulamada pek bir mesafe alınmadığı görülmektedir.

Bu sebeple gerek idari yargı ve gerek adli yargıda idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklardan kaynaklanan dava ve dosya sayıları her geçen gün artmaya devam etmektedir. Bunun sonucu olarak da yargının yükü ciddi manada artmakta ve yargıda tıkanmaları tetiklemektedir. Daha da önemlisi uyuşmazlıklar makul sürede sonuçlanmadığından dolayı Anayasa'nın davaların hızlı sonuçlanmasını öngören 141/4. maddesi ile yine Anayasa'nın 36/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Ayrıca gerek idare ve gerek uyuşmazlığın diğer tarafları, bu uyuşmazlıkların yargıda çözülebilmesi için ciddi manada mesai ve emek harcamakta ve bu da büyük zaman kayıpları ile devlete ve idareye olan güveni sarsmaktadır. Yine bu yargı süreci taraflar için yargılama giderleri, vekâlet ücreti, avukatlık giderleri, faiz vb. giderlere sebebiyet vermektedir. Bu tür davaların ağırlıklı olarak davalısı idare olduğundan ve yine bu davaların ağırlıklı bir kısmı idare aleyhine sonuçlandığından dolayı bu yargılama süreci bütçeye ciddi anlamda yük getirmektedir.

İdarenin bu yükten kurtulabilmesi için sürekli olarak yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Bu yasal düzenlemeler bazen vekâlet ücretlerinin maktuya çevrilmesi veya dava açılmasının belli bir süreyle yasaklanması şeklinde bazen de zorunlu idari başvuru yolları olarak düzenlenmektedir. Ancak günümüze dek yapılan bütün bu düzenlemelerin hukukiliği ve Anayasa'ya uygunluğu bir yana istenen ve beklenen sonucu da doğurmadığı ve bu nedenle yeni düzenleme ve taslakların gündemde olduğu görülmektedir. Dolayısıyla konu öncelliğini korumaktadır.

İdare tarafından her kamu kurumu ya da kamu idaresi için ayrı ayrı yapılan düzenlemeler yerine bunların tümü için geçerli olacak genel bir sulh veya uzlaşma usulü düzenlenmek suretiyle bu alandaki boşluk ve dağınıklık giderilebilir. Yapılacak bu genel düzenleme yanında kamu idareleri ve kamu kurumlarının yürüttükleri faaliyetlerin niteliğine göre ihtiyaç duyulan özel düzenlemeler, bunların özgün mevzuatlarında korunmaya devam edilerek bu alanlara özgü çözüm usul ve kaideleri muhafaza edilmelidir.

Aslında Adalet Bakanlığı bünyesinde tartışmaya açılan 659 sayılı KHK'nın değiştirilmesine ilişkin Taslak, kısmen de olsa ihtiyaçlara cevap verebilecek potansiyele sahiptir. Ancak belediye, köy ve KİT'ler

gibi idareleri kapsamına almayarak ciddi bir eksiklikle doğmaktadır. Bu nedenle mezkûr taslağın genel bir sulh ve uzlaşma usulü kanununa dönüştürülmesi çok daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Kaynakça

- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul 2016.
- Arat Nilay, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Hali Önündeki Engeller" *İÜHKM*, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, C. LXIX, S.1-2, Y.2011, (s.891-906).
- Arslaner Hakan, "Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Etkinliği Sorunu", *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, UİİİD-İJEAS, 2016 (17), (s.273-300).
- Avcı Mustafa, "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaşma)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.1, 2017, (11-71).
- Azarkan Nejat, "Alternatif Bir çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim", *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ankara, Mayıs 2018, (s.41-51).
- Azrak A. Ülkü, "İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri", *Danıştay Başkanlığı 141. Yıl Sempozyumu*, 11 Mayıs 2009, (s.71-85).
- Bayraktar Muratcan, "Alman ve Türk hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.89, S.4, Yıl:2015, (s.151-172).
- Bilgin Hikmet, "Anglosakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk", *Hukuk Gündemi Dergisi*, S. 10, Bahar 2009, (s.16-24).
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2017.
- Candan Turgut, *Açıklamalı, İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı*, Ankara 2009.
- Cideciğiller Aynur, *İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2014.
- Çağlayan Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Eylül 2017.
- Çağlayan Ramazan *İdare Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Ankara 2018.
- Çolak Nusret İlker, "İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları" *Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu*, 11 Mayıs 2012, Ankara, (s.97-118).
- Goes Pieter, "Legal Framework Relating to Alternative Dispute Resolution in Belgian Public Law", *Mednarodna Revija za Javno Upravo*, Ljubljana Vol. 12, Iss. 2/3, (Jun 2014): (s.143-161).
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Bası, Bursa, Ağustos 2017.
- Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, *İdari Yargılama Hukuku C.II*, 7. Bası, Ankara, Mart 2014.
- Günday Metin, *İdare Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2011
- Hasoğlu Aynur, "İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65, S.4, 2016, (s.1981-1996).

- Ildır, Gülgün Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, Türkiye Barolar Birliği Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (s.385-401)
- Işıklar Celâl, "659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Sonrası İdari Yargıda Husumete İlişkin Esaslar", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:3, S.10, Temmuz 2012, (s.381-420).
- J. S Stipanowich Thomas, ADR and The "Vanishing Trial": The Growth Impact of "Alternative dispute Resolution", *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, November 2004, (s.843-912).
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Bursa Ağustos 2017.
- Kırbaş Sadık, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 19. Bası, Ankara 2012.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ağustos 2016, İstanbul.
- Marrie Megan, : Alternative Dispute Resolution In Administrative Litigation: A Call For Mandatory Mediation, *The Advocates' Quarterly*, Volume 37, Number 2 August 2010, (s.149-162)
- Muratoğlu Tahir, İdare Hukuku Perspektifiyle Türk Futbolunda Tahkim, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Mayıs 2018, Ankara, (s.97-126).
- Mutluer M. Kamil, Vergi Hukuku-Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Ekim 2011.
- Nohutçu Ahmet, İdari Yargı, 11. Baskı, Ankara, Eylül 2014.
- Odyakmaz Zehra/Çınarlı Serkan, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Ankara 2013.
- Öner Erdoğan, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara Şubat 2015.
- Özbek Mustafa Serdar, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *TBB Dergisi*, S.56, 2005, (s.90-132).
- Özbek Mustafa Serdar, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)", *TBB Dergisi*, S.57, 2005, (s.82-134).
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Özekes Muhammed, "Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, Yıl:2006, S.7, İstanbul 2006, (s.44-45).
- Özkan Ahmet, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Yargılama Sürecine Etkisi ve İdari Yargı Sisteminde İşlerliği," *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl:2016, Sayı: CİEP Özel Sayısı,(s.616-634)
- Özkan Gürsel, "Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü" Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, <https://www.avekon.org/papers/1544.pdf> (E.T. 20.10.2017), (s.260-267).
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara 2011.
- Pekcanitez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya, (Editörler), Medeni Usul Hukuku C.III, 15. Bası, İstanbul, Mart 2017.
- Sever Dilşad Çiğdem "Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, S.133, 2017, (s.163-210).

- Şahin Ceylan Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, Ağustos 2009.
- Şıpka Şükran, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi," *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:6, S.12, Güz 2007/2, (s.163-175).
- Tanrıver Süha, "Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk," *TBB Dergisi*, S.64, 2006, (s.151-177)
- Yet Orhun, "İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları İçinde Tahkim", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim" 14 Şubat 2009, İstanbul, (s.253-264).
- Yıldırım Ferhat, "Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", *International Journal of Social Sciences and Education Research*, 2 (3), 2016, (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ijsser/>, E.T.6.12.2017), (s.748-762).
- Yıldırım Kamil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, (s.337-360).
- Yılmaz Dilşad, Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:7, S.70, Haziran 2012,(s.92-100).
- Yılmaz Ejder, "Kamuda Çalışan Avukatlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2008, C.57, S.3, (s.733-751).
- Yılmaz Erdinç, "Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları", Yurtdışı Ziyaret Raporu, Rapor T. 29 Şubat 2016, http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/nisan/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf, (E.T. 23.10.2018).

HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NA GÖRE VERİLEN HAKEM KARARLARININ İCRASI

ENFORCEMENT OF THE ARBITRATION AWARD GIVEN IN ACCORDANCE WITH THE CIVIL PROCEDURE CODE

Seyhan SELÇUK*

Özet: Bu makalede, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre verilen hakem kararının taraflarca yerine getirilmemesi halinde, kararın cebri icra yoluyla nasıl yerine getirileceği incelenmiştir. Öncelikle, hakem kararının icrasıyla ilgili genel bilgi verilmiştir. Daha sonra, hakem kararının cebri icraya konu olabilmesi için, kesinleşmesine gerek olmadığı üzerinde durulmuştur. Bununla bağlantılı olarak, iptal davası ve temyiz yoluna başvurulmuş olmasının kararın icrasını nasıl etkileyeceği ele alınmıştır. Son olarak, hakem kararının iptal edilerek kesinleşmesi halinde, cebri icranın bundan nasıl etkileneceği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hakem Kararı, Cebri İcra, Kararın İcra Edilebilirliği, İptal Davası ve Temyiz, Kararın Kesinleşmesinin Etkileri

Abstract: In this article, if the arbitration award given in accordance with the Civil Procedure Code is not performed by the parties, how the award is enforced through enforcement is examined. Firstly, general information has been given about the enforcement of the arbitral award. Then it has been emphasized that the arbitral award does not need to be finalized in order to be enforced. In accordance with this, it has been stated how setting aside an action and the appeal affect the enforcement of arbitral awards. Finally, it has been mentioned how the enforcement will be affected if the arbitral award is set aside and finalized.

Keywords: Arbitral Award, Enforcement, Enforceability of the Award, Setting Aside Action and Appeal, Effects of the Finalization of the Award

I. Genel Olarak

Hakem kararı devlet mahkemeleri yerine, taraflarca tahkim sözleşmesi (veya tahkim şartı) yoluyla hakem veya hakem kuruluna verilen hüküm verme yetkisine dayanarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözümleyen karar olarak tanımlanmaktadır.¹ Tahkimin özel

* Dr., selcukseyhan07@gmail.com., ORCID: 0000-0001-5074-6722

¹ Turgut Kalpsüz, "Türk Hakem Kararı Kavramı", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s.

bir yargılama olmasının gereği olarak,² hakem kararları da mahkeme hükümleri gibi yargısal nitelikte olan kararlardır (HMK m. 436/3'ün Gerekesi).³

Tahkim yargılaması taraf iradesinden kaynaklanan bir yargılama olması nedeniyle, bu yargılama sonunda verilen hakem kararının gereğinin taraflarca yerine getirilmesi beklenmektedir. Bununla birlikte bazen taraflar, kararın gereğini yerine getirmekten kaçınabilmektedirler. Eğer taraflar, hakem kararını kendi rızalarıyla yerine getirmezlerse, bu noktada kararın gereğinin cebri icra yoluyla yerine getirilmesi gündeme gelir. Bu halde başvurulacak cebri icra yolu, hakem kararının yargısal nitelikte bir karar olmasının gereği olarak ilâmlı icradır.

İlâmlı icraya konu olabilecek hakem kararlarının uyuşmazlığı esastan çözümleyerek yargılamaya son vermiş olması ve edaya ilişkin hüküm içermesi gerekmektedir.⁴ Ancak, ilâmlı icrayla yerine getirilmesi talep edilebilecek edaya ilişkin hüküm içeren hakem kararının, iddiaların tamamını tümüyle çözüme kavuşturan nitelikte olması gerekli olmayıp, iddiaların bir kısmını (veya birkaçını) esastan çözümleyen nitelikte olması da yeterlidir.⁵ Edaya ilişkin olmayan, yani inşai veya tespit hükmü niteliğindeki hakem kararları ise ilâmlı icraya konu

36; İbrahim Özbay, *Hakem Kararlarının Temyizi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 49; Kemal Dayınlarlı, "Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s. 775-812, s. 777; Seyhan Selçuk, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 33.

² Tahkimin yargılama olduğuna ilişkin bkz., HMK m. 410, 411, 414 gibi.

³ Öğretide, hakem kararlarının, ilâm kavramı içinde yer alıp almadığıyla ilgili iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, hakem kararlarını ilâm kavramı içinde değerlendirirken (Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *İcra ve İflâs Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 376; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 265; Süha Tanrıver, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 44); ikinci görüş, hakem kararlarının, mahkemelerin nihai kararlarına eş olmadığını ifade etmektedir (Mustafa Serdar Özbek, "Yeni İcra ve İflâs Kanunu İçin Öneriler Işığında İlâmlı İcrada İcranın Ertelenmesi", *TNBD* 2018/1, s. 9-124, s. 67).

⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 377; Tanrıver, s. 44; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 265.

⁵ Bu halde birinci halde, tam nihaî hakem kararı, ikinci halde, kısmî nihaî hakem kararı söz konusudur. Kısmî nihaî hakem kararı ve tam nihaî hakem kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Bilgehan Yeşilova, *Millîterarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, İzmir 2008, s. 469; Selçuk, s. 36 vd.

olamazlar. Bununla birlikte, söz konusu kararların yalnızca yargılama giderlerine ilişkin bölümü ilâmlı icrayla yerine getirilebilir.⁶

Bu anlamda, ilâmlı icraya başvurulabilecek hakem kararının belli bir şeyin verilmesi, yapılması veya yapılmamasına ilişkin olması gerekmektedir.⁷ Dolayısıyla, örneğin; hakem kararında para veya teminat verilmesine hükmolunmuşsa, İİK m. 32'ye göre bir taşınırın teslim edilmesine hükmolunmuşsa, İİK m. 24'e göre bir işin yapılması veya yapılmamasına hükmolunmuşsa, İİK m. 30'a göre ilâmlı icra takibi yapılır.⁸

İİK m. 34'e göre, ilâmların icrası her icra dairesinden talep olunabileceği için, hakem kararına dayanılarak başlatılacak ilâmlı icra takibi de, Türkiye'deki herhangi bir yer icra dairesinden talep edilebilir. İİK m. 35'e göre, alacaklı ilâmlı icraya ilişkin takip talebinde bulunurken, takip talebine hakem kararını da eklemelidir. İsteyen alacaklıya kayıt numarasını gösteren bir makbuz da verilir.

İlâma dayanan cebri icrada, cebri icranın tarafları ilâma göre belirlenir. Buna göre, bu takipte alacaklı olan kişi, hakem kararı lehine olan kişi (kararda hak sahibi olarak yer alan kişi); borçlu ise, hakem kararında borçlu olarak görünen kişidir (karar aleyhine olan kişidir).⁹

Takip talebini alan icra dairesi, icra emri düzenleyerek borçluya gönderir. Bu icra emrinde, hakem kararında yazılı olan borcun icra emrinde belirtilen belli bir süre içinde ödenmesi veya teslim edilmesi, buna uyulmazsa, kararın gereğinin icra müdürü tarafından zorla yerine getirileceği ihtarı yer alır (İİK m. 24, 30, 32).

⁶ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 286; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 377; Tanrıver, s. 66, 69; Hakan Pekcanitez/Alı Yeşilırmak, *Pekcanitez Üstül Medenî Üstül Hukuku*, 15. Bası, C. III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2789.

⁷ Hakan Pekcanitez, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası" Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 569-587, s. 570; Pekcanitez/Yeşilırmak, s. 2789; Tanrıver, s. 43.

⁸ Pekcanitez/Yeşilırmak, *Pekcanitez Üstül*, s. 2790.

⁹ İlâmda alacaklı olarak görünen kişinin küllî veya cüz'î halefiyet yoluyla değişmesi halinde, takip talebinde bulunma hakkı onlara ait olacaktır. Aynı şekilde, ilâmda borçlu olarak görünen kişi, küllî veya cüz'î halefiyet yoluyla değişmişse, takip bu kişiye karşı başlatılacaktır (Kuru, s. 288, 289; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380).

II. Hakem Kararının İcrası İçin Kesinleşmenin Şart Olmaması

Mülga HUMK m. 536'ya göre, hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi, söz konusu kararların temyiz süresi geçtikten sonra mahkeme tarafından tasdik edilmesi şartına bağlıydı.¹⁰ Bu hüküm gereğince, ancak bu tasdikten sonra hakem kararları icra edilebilir etki kazanmaktaydı.

Kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK), bu kuraldan vazgeçerek, "hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz" kuralını kabul etmiştir (HMK m. 439/4).¹¹ Maddenin gerekçesinde de "hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirilmiş" olduğu belirtilmiştir. Buna ek olarak, hakem kararının mahkeme tarafından tasdik edilmesi¹² düzenlemesinden de vazgeçilmiştir.¹³ Ayrıca, hakem kararının hakem veya hakem kurulu tarafından taraflara bildirileceği ve kararın aslının dosya ile birlikte mahkemeye gönde-

¹⁰ Cengiz Serhat Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", İÜSBE Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 218. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Özbay, s. 342-344.

¹¹ MTK m. 15/A'da ise, "iptal davasının açılması kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur" hükmü öngörülmüştür. Buna göre, milletlerarası hakem kararları, kesinleşmeden ilâmlı icraya konu olamayacaktır (Pekcanitez, s. 571; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2790). HMK ile MTK arasındaki bu farkın sebebi, milletlerarası hakem kararının mahkeme tarafından iptal edilmesi halinde kararın icra edilmiş olmasının doğuracağı ve telafisi güç sonuçların ortaya çıkmasına engel olmak istenmesidir (Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 260; Özbek, s. 62).

¹² Milletlerarası hakem kararlarının icra edilebilmesi için, hakem kararının kesinleşmesinden sonra, mahkemeden icra edilebilirlik belgesinin alınması gerekmektedir (MTK m. 15/B). Buna göre, iptal davası için öngörülen sürenin geçmesi veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilmesi için, mahkemeye hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi gerekmektedir. Milletlerarası hakem kararlarının icrası için, mahkemeden alınan icra edilebilirlik belgesi gerekli ve yeterlidir (Ceyda Süral, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DE-ÜHFD Özel Sayı, 2014/16, s. 1377-1411, s. 1379). Milletlerarası hakem kararlarının icrasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Pekcanitez, s. 569 vd.

¹³ Yürürlükten kalkan HUMK m. 532'ye göre ise, "Hakemler kararını, salahiyettar olan mahkeme kalemine tevdi eder. Karar mahkeme kalemi mahzeni evrakında hıfz olunarak talep eden tarafa sureti verilir. Mahkeme, kararın tevdi üzerine keyfiyeti ve kararın neden ibaret olduğunu iki tarafa tahriren tebliğ ve bunu mübeyyin bir makbuz hzeder. Karar, iki taraf hakkında ancak tebliğ tarihinde mevcut addolunur" hükmü öngörülmüştü. Bu hükümden hareketle öğretide, hakem kararlarının mahkemeye tevdi edilmesi ve mahkeme kanalıyla taraflara tebliğ edilmesi şartı dolayısıyla bu kararların gerçek anlamda bir mahkeme hükmü yerine geçmediği belirtilmekteydi (Özbay, s.69).

rileceği (ve mahkeme tarafından saklanacağı¹⁴) kuralı kabul edilmiştir (HMK m. 436/3). İlgili maddenin gerekçesinde “hakem kararı, herhangi bir yargı kararı gibi taraflara bildirilmelidir” denilmek suretiyle bu değişikliğin sebebine yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle de, bir kez daha hakem kararlarının herhangi bir makam veya merciin tasdikine gerek kalmadan, verilmekle icra edilebilir olduğunun belirtildiği söylenebilir.

Bunun dışında kanun koyucu, iptal davası sonunda verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabileceğini belirttikten sonra, “temyiz, kararın icrasını durdurmaz” hükmünü öngörmüştür (HMK m. 439/6).

Yukarıda yer verdiğimiz bu düzenlemeler, kanun koyucunun hakem kararlarını mahkeme ilâmlarıyla denk (eş) görmesinin bir sonucudur.¹⁵ Zira mahkeme ilâmları da henüz kesinleşmemiş olsa bile, kural olarak,¹⁶ ilâmlı icra yoluyla yerine getirilebilmektedirler. Hakem kararları da mahkeme ilâmi olarak kabul edildiği için, mahkeme hükümleriyle hakem kararları arasındaki önceki düzenlemedeki farklılık giderilerek, hakem kararının mahkemenin tasdikine gerek kalmadan taraflara bildirildiği anda icra edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmiştir.¹⁷ Böylece, hakem kararı, yetkili mahkeme tarafından iptal edilinceye kadar ve hatta iptal davası sonunda verilen ret kararı temyiz edilse bile, kural olarak, icra edilebilirliğini devam ettirir.¹⁸

¹⁴ Maddenin gerekçesinde, hakem kararının mahkeme tarafından saklanma sebebi şu şekilde belirtilmiştir: “Ayrıca hakem kurulu arızı olarak ve önüne gelen uyumsuzluğu çözmek üzere oluşturulduğu için, tahkim dosyası ve kararının saklanması yetkili mahkeme kalem tarafından yapılacaktır”.

¹⁵ “Böylelikle, mahkeme kararları ile hakem kararları ilâmlı icra takibine başvurulması bakımından farklı kabul edilmemiştir... Bu özellikle uygulamanın tahkime ve hakem kararlarına güven duyması bakımından önemlidir” (Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2790). Ayrıca bkz, Süral, s. 1383.

¹⁶ Kesinleşmedikçe icra edilemeyecek mahkeme hükümleri için bkz., Kuru, s. 296; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 382; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 268.

¹⁷ İbrahim Özbay/Yavuz Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 178; Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 Sayılı HMK md. 407-444), Beta Basım, İstanbul 2013, s. 209; Süral, s. 1381; Konuralp, s. 218; Selçuk, s. 48.

¹⁸ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1239; Yılmaz, Kararların Denetimi, s. 1826; Özbay/Korucu, s. 178; Pekcanitez, s. 87; Sema Taşpınar Ayvaz, “Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları Konusunda HMK Hükümlerinin Uygulanması”, İç Tahkim ve Uygulamaları XLII. Çözüm Arama Konferansı Ankara 2013, s. 47-56, s. 51; Süral, s. 1381; Selçuk, s. 48. Öğretide bir görüş, hakem kararlarının kesinleşmeden icra edilmemesi gerektiğini savunmaktadır (Özbek, s. 66 vd).

Yargıtay da bu kurala uygun olarak:¹⁹ “Somut olayda, icra takibine konu hakem kararına karşı iptal davası açıldığı anlaşılmaktadır. HMK'nın 439. maddesi gereğince hakem heyeti kararları verildikleri andan itibaren icra kabiliyetine sahip oldukları, hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılabilceği, bu iptal davası da kararın icrasını durdurmayacağına göre, mahkemece şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü yönünde hüküm kurulması isabetsizdir” şeklinde karar vermiştir.

1. İptal Davasının Hakem Kararının İcrasına Etkisi

HMK m. 439/4'de, hakem kararına karşı iptal davası açılmasının kararın icrasını kendiliğinden durdurmayacağı hüküm altına alınmıştır.²⁰ Bununla birlikte, taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrasının durdurulabileceği düzenlenmiştir (Karş., HMK m. 350, m. 367). Maddenin gerekçesinde bu kuralın, tahkim kurumunu teşvik amacıyla getirildiği; kararın verildiği anda icra edilebilir niteliği sayesinde tahkimde hızlılığın (süratin) gerçekleştirilmesi imkânının yaratıldığı belirtilmiştir. İptal davasının açılmasının, hakem kararının icrasını kural olarak durdurulmasına ilişkin bu düzenleme öğretide de desteklenmiştir.²¹

Yukarıda belirttiğimiz üzere, hakem kararları verildikleri anda icra edilebilir nitelikte olduğu için, karar taraflara bildirildiği andan itibaren taraflar kararın ilâmlı icra yoluyla yerine getirilmesini talep edebilirler. Bu kural, süresi içinde karara karşı iptal davası yoluna başvurulması halinde de, istisnalar dışında geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, taraflardan biri hakem kararına karşı iptal davası yoluna başvurmuş olsa bile, bu durum karşı tarafın kararın ilâmlı icra yoluyla yerine getirilmesini talep etmesine engel değildir. Bu halde, borçlunun yapabileceği tek şey icranın durdurulmasını talep etmekten ibarettir.²²

¹⁹ 8. HD, 9.12.2015, 19985/22057 (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁰ MTK m. 15/A'da ise, milletlerarası hakem kararlarına karşı iptal davası açılmasının kararın icrasını durduracağı kuralı kabul edilmiştir.

²¹ Ali Yeşilirmak, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 130; Süral, s. 1405. Aksi görüş için bkz., Özbek, s. 68.

²² Mülga HUMK'da hakem kararlarının icrasının durdurulmasının talep edilmesine

Kanun koyucu, iptal davası aşamasında hakem kararının icrasının durdurulabileceğini hüküm altına almış olmakla birlikte, bunun usulüne ilişkin herhangi bir düzenlemeye kanunda yer vermemiştir. Bu nedenle öğretide, hakem kararlarının icrasının durdurulmasına ilişkin kanunda özel bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilerek, başlamış olan ilâmlı icranın durdurulması usulünün nasıl olacağı konusunda iki görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre,²³ hakem kararına dayanarak başlatılan ilâmlı icra takibinin durdurulabilmesi için, borçlunun hakem kararına karşı iptal davası açtığını tahkim yerindeki bölge adliye mahkemesinden alacağı belge ile ispatlaması ve icra dairesinden süre talep etmesi gerekmektedir. Bu aşamada, borçlunun icra dairesine teminat göstermeden süre alması gerektiği; HMK m. 439/4’de, İİK m. 36’ya atıf yapılmadığı; hakem kararlarının icrası bakımından ayrı bir usul öngörüldüğü; bu nedenle de durma kararı verilebilmesi için alınması gereken teminatın iptal davasının açıldığı bölge adliye mahkemesine gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁴

Diğer görüşe göre ise,²⁵ kanundaki boşluk İİK’nın ilâmlı icraya ilişkin hükümlerinin uygulanması yoluyla doldurulmalıdır. Yani, iptal davası aşamasında hakem kararının icrasının durdurulmasında, İİK m. 36 uygulanmalıdır. Buna göre, ilgili madde gereğince borçlu, kendisine gönderilen icra emri üzerine takibin başlatıldığı icra dairesine başvurmalı ve bölge adliye mahkemesinden icranın durdurulması hakkında bir karar getirinceye kadar, kendisine uygun bir süre verilmesini talep etmelidir.

İptal davasının HMK m. 439/1 gereğince, bölge adliye mahkemesinde²⁶ görüleceği dikkate alındığında, hakem kararının icrasının durdurulmasının da söz konusu mahkemeden talep edilmesi gerekmektedir. Takibin durdurulabilmesi için aranan teminatın bölge adliye mahkemesine gösterilmesi gerektiğine ilişkin görüşün kabul edilmesi birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Özellikle, yerleşik

gerek yoktu. Çünkü Mülga HUMK m. 536’da, hakem kararları kesinleşmedikçe icra edilememekteydi.

²³ Özbek, s. 63 vd.

²⁴ Umar, s. 1253; Özbek, s. 64.

²⁵ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2791.

²⁶ 7101 sayılı Kanun’un 60. maddesiyle değişik, HMK m. 439/1 gereğince, iptal davası “tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde” açılır (RG 15.03.2018 S. 30361).

icra uygulamasında, ilâmlı icra takibinin durdurulabilmesi için gösterilmesi gereken teminatın icra dairesine yatırılmasının arandığı dikkate alındığında, icra dairesine teminat gösterilmeden süre alınmasının zor olduğu ve bunun belli bir zaman alacağı bir gerçektir. Zira bu halde borçlu kendisine icra emri gönderildiğinde, henüz iptal davasının açılmadığı dönem bakımından, ilâmlı icra takibi baskısı altında kaldığı için hemen iptal davası açmak ve icranın durdurulmasını talep etmek zorunda olacaktır.²⁷ Bunun dışında teminatın bölge adliye mahkemesine gösterilmesinin kabul edilmesi, bilhassa takibin durdurulmasına karar verildiği durumlar bakımından, durma kararının kalkması halinde, teminatın alacaklıya ödenmesi veya paraya çevrilmesi için icra müdürü tarafından bir takım ek işlemler²⁸ yapılmasını da gerektirmektedir.²⁹ Bu nedenle, biz HMK m. 439/4'de teminatın gösterileceği makamla ilgili ayrıık bir düzenlemeye yer verilmediğinden hareketle, mahkeme ilâmlarının icrasının durdurulması ile hakem kararlarının icrasının durdurulması bakımından uygulamada fark yaratılmaması gerektiğini düşündüğümüz için ikinci görüşe katılmaktayız.

Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, borçluya icra dairesi tarafından uygun bir süre verilebilmesi için, borçlunun hakem kararında hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminatı icra dairesine göstermiş olması ya da söz konusu para veya eşyayı karşılayacak malın icra dairesi tarafından hâlihazırda haczedilmiş olması gerekmektedir.³⁰ Borçlu tarafından teminat gösterilmesi (veya borca yeter malının hâlihazırda haczedilmiş olması) üzerine, icra müdürü borçluya, bölge adliye mahkemesinden icranın durdurulması kararı getirebilmesi için uygun bir süre verir (İİK m. 36/1). Verilen süre içinde kendisine başvurulmuş bölge adliye mahkemesi, henüz icranın durması yönünde herhangi bir karar vermemişse icra müdürü talep üzerine bu süreyi uzatabilir.³¹

²⁷ Umar, s. 1253; Özbek, s. 64.

²⁸ Birinci görüşün kabul edilmesi halinde, borçlunun gösterdiği teminat, bölge adliye mahkemesinin zilyetliğinde olacağı için, icra dairesi hemen teminatı paraya çeviremeyecek veya nakdi teminata el koyamayacaktır. Bu halde, icra müdürü, borçlunun takip konusu yapılan borcu ödemesi için, borçluya ödeme imkânı sunması ve güncel dosya hesabını borçluya tebliğ etmesi gerekecektir (Özbek, s. 65, 66).

²⁹ Özbek, s. 65, 66.

³⁰ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2791.

³¹ Kuru, s. 294; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 383; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pek-

Süresi içinde iptal davasının görüldüğü bölge adliye mahkemesinden, icranın durdurulması talep edilmiş olsa ve gerekli teminat da gösterilmiş olsa bile, bölge adliye mahkemesi durma kararı vermek zorunda değildir. Mahkemenin durma kararı vermesi için ayrıca, karara itiraz eden tarafın dayandığı iptal sebebini ciddi³² görmesi gerekmektedir. Buradaki iptal sebebini ciddi görmesinden maksat, iptal sebebiyle ilgili derinlemesine bir inceleme yapılmasını ifade etmeyip, iptal sebebinin dosyadan ilk bakışta ciddi olduğunun anlaşılmasıdır. Durma kararı verilebilmesi için, kanun koyucu, mahkemeye takdir yetkisi tanımıştır. Bölge adliye mahkemesi, teminatın gösterildiği ve iptal talebine ilişkin iddianın ciddi olduğu kanısına varırsa, takibin durmasına karar verir. Bu kararla başlamış olan icra takibinin iptal davasının sonuna kadar durması sağlanmış olur.³³

İptal davasında mahkeme, takibin durmasına karar vermemiş ve yargılama sonunda hakem kararının iptali talebini reddetmişse, zaten durmamış olan takibe bu aşamadan sonra da devam edilir.³⁴ Bununla birlikte, iptal davasının görüldüğü sırada mahkeme, başlamış olan takibin durması yönünde bir karar vermiş ve yargılama sonunda da iptal talebini reddetmişse, bu halde, duran takibin akıbetinin ne olacağı sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir. Öğretideki bir görüşe göre,³⁵ takibin durdurulmasından sonra mahkeme tarafından iptal talebi reddedilecek olursa, bu halde başvurulacak olan kanun yoluna göre takibin durup durmayacağı belirlenmesi gerekmektedir. Ancak bizim görüşümüze göre,³⁶ aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere,³⁷ takibin durmasından sonra mahkeme iptal davasının reddine karar verirse, bu kararlar durma kararı ortadan kalkmalı ve hakem kararının icrasına devam edilmelidir. Zira HMK m. 439/6'da açık bir şekilde "temyiz, kararın icrasını durdurmaz" düzenlemesi öngörülmüş; ilgili maddenin gerekçesinde de, kanun yolu aşamasında kararın icrasının

canitez Usûl, s. 2791.

³² HMK m. 439'un Gerekçesi.

³³ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2792. Ayrıca bkz., Kuru, s. 294.

³⁴ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2792.

³⁵ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2792.

³⁶ Benzer yönde bkz., Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2783; Murat Özgür Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 952.

³⁷ Bkz., aşa., II/2.

durdurulmasının önüne geçilmek istendiği ve hakem kararına ilişkin olarak mahkeme de bir iptal sebebi görmemişse, artık bu aşamada kararın icra edilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Kanunun amacı ve lafzi dikkate alındığında, kanun koyucunun amacının iptal talebinin reddi halinde hakem kararının icrasına devam edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, iptal talebinin reddi kararıyla birlikte, iptal davasında verilen durma kararının da kanun gereği kendiliğinden ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Buna göre, iptal talebinin reddi kararında mahkeme başlamış olan ilâmlı icra takibinin devamına ilişkin bir karar verebileceği gibi, bu yönde herhangi bir karar vermemiş olsa bile, ret kararıyla birlikte durma kararının kendiliğinden ortadan kalktığı kabul edilmesi gerekir. İptal talebinin reddi kararının ibrazı halinde, icra müdürü başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın alacaklının talebi üzerine, teminat para ise parayı alacaklıya öder; teminat paradan başka bir mal veya hak ise, çeşidine göre teminat gösterilen mal veya hakkı paraya çevirir ve alacaklıya öder (İİK m. 36/6).

İptal davasında mahkeme, takibin durmasına karar vermiş ve bundan sonra hakem kararı iptal edilmişse, bu kararla takibe dayanak yapılan hakem kararı ortadan kalmış olur.³⁸ Hakem kararının iptaliyle birlikte, ilâmlı icra takibinin kendiliğinden olduğu yerde duracağına ilişkin HMK m. 439/4'de açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, İİK m. 40/1'de, "bir ilâmın bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya temyizden bozulması icra muamelelerini olduğu yerde durdurur" düzenlemesi yer almaktadır.³⁹ İlgili maddede öngörülen

³⁸ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2792. İptal kararı, geçmişe etkili bozucu inşai nitelikte bir karardır (Saim Üstündağ, "Hakemlerin İsrar Hakkı Var mıdır?", *Yasa HD* 1996, C. XV, S. 171/2, s. 217-223, s. 220; Ejder Yılmaz, "Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum 11.4.1997, s. 127-164, s. 137; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2792; Ergun Özsunay, "Almanya'da Tahkim", Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 577-608, s. 602; Özbay/Korucu, s. 221; Selçuk, s. 72, 336).

³⁹ Bu düzenleme, bir yandan ilâmlı icra bütünüyle tamamlanmamışsa, onun devamını yasaklamakta; diğer yandan da, söz konusu durumun kesin bir hükümlerle sabit oluncaya kadar icra edilen kısmın hemen iade edilmesine izin vermeyerek, icra takibinde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatler dengesinin adil bir şekilde gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir [Tanrıver, s. 171; Süha Tanrıver, "İcranın ladesi (İİK m. 40)", Makalelerim I (1985-2005), Asil Yayın, Ankara 2005, s.279-294, s. 279; Tolga Akkaya, "5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlâmlı İcrada İcranın ladesi", *MIHDER* 2008/3, s. 677-698, s. 681].

kural, kanun yolu incelemesi bakımından yani ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurulması ve burada kararın kaldırılması veya devamında karara karşı temyiz yoluna başvurulması ve kararın temyizen bozulması açısından öngörülmüş olsa da, özellikle hakem kararına dayanılarak başlatılmış olan ilâmlı icra takibinde kararın iptal edilmesi halinde ne yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği dikkate alındığında, iptal davasının sırf kanun yolu olarak nitelendirilemeyeceğinden⁴⁰ hareketle, ilgili maddenin bu konuda uygulanmayacağını söylemek, iptal kararının ortaya çıkaracağı sonucu göz ardı etmek olur. İlâmların icrası bakımından İİK m. 40/1’de söz konusu kuralın öngörülmesinin nedeni, bölge adliye mahkemesinin veya Yargıtay’ın alt derece mahkemesi kararını hatalı bulması ve böylece kararın doğruluğunu tartışmalı hale getirmesidir.⁴¹ Hakem kararının iptali davasında amaçlanan ise, iptal sebeplerinin varlığı halinde hakem kararının iptal edilerek onun hukuki varlığına son vermek, iptal etmektir. Bu açıdan iptal kararı, hakem kararının varlığını iptal nedeniyle sona erdirmeye sonucunu doğurmaktadır. İİK m. 40/1’de, kararın tartışmalı hale gelmesi sonucunda dahi icra takibinin durması benimsendiğinden, kararın tamamıyla (veya kısmen) ortadan kalkması sonucunu doğuran iptal kararı halinde de, bu kuralın evleviyetle uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle, hakem kararlarının iptaline karar verilmesi halinde takibin akıbetiyle ilgili HMK m. 439/4’de herhangi bir düzenleme öngörülmemiş olmakla birlikte, söz konusu boşluğun İİK m. 40/1’in uygulanması yoluyla doldurulabileceği kanısındayız. Buna göre, iptal yargılaması sırasında takip durdurulmamış olsa bile başlatılmış olan ilâmlı icra takibi, iptal kararıyla birlikte hakem kararının ortadan kalkması nedeniyle kendiliğinden olduğu yerde durmalıdır (İİK m. 40).⁴² Bununla birlikte, iptal edilen karara dayanılarak yapılan icra işlemleri⁴³ geçerli olmaya devam eder.⁴⁴

⁴⁰ İptal davasının hukuki niteliğiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Selçuk, s. 61 vd.

⁴¹ Akkaya, s. 679.

⁴² Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2792; Tanrıver, s. 173.

⁴³ İcra işlemleri kavramı, icra hukukunda bir üst kavram olarak kabul edilmektedir. Buna göre, “takibe yön ve şekil veren ve özellikle cebri icrayı başlatmayı, ilerletmeyi ve sonuçlandırmayı amaçlayan, etkilerini ve sonuçlarını aslı olarak takip hukukunda gösteren, taraflarca veya icra organlarınca yapılan işlemlere icra işlemleri” denilmektedir (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 106). Başka bir tanım için bkz., Tanrıver, s. 173; Akkaya, 684.

⁴⁴ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2792; Tanrıver, s. 174.

HMK m. 439/4'deki bu boşluk nedeniyle ortaya çıkan bu ve benzeri tartışmaların önüne geçmek amacıyla, kanun koyucunun ilgili madde-
de "*hakem kararının iptali, icra işlemlerini durdurur*" düzenlemesini
açık olarak öngörmesi veya İİK m. 40/1'de yer alan "*bir ilâmın böl-
ge adliye mahkemesince kaldırılması veya temyizden bozulması*"ndan
sonra gelmek üzere "*ya da hakem kararının iptal edilmesi*" ibaresini
ilave etmesinin uygun olacağı kanısındayız.

İptal davasının açıldığı ve görüldüğü sırada, herhangi bir icra ta-
kibine başlanmamış ve hakem kararı da yapılan yargılama sonunda
iptal edilmişse, iptal edilen hakem kararına dayanılarak hiçbir icra ta-
kibi de başlatılamaz. Zira hakem kararı iptal edilmekle, ortadan kalk-
maktadır.

2. İptal Davası Sonunda Verilen Karara Karşı Temyiz Yoluna Başvurulmasının İcraya Etkisi

Tarafların belli şartlar altında iptal davasında sahip olduğu kara-
rın icrasını durdurabilme imkânı, iptal davası sonunda verilen karara
karşı temyiz yoluna⁴⁵ başvurulması halinde taraflara tanınmamıştır
(HMK m. 439/6). Yani, iptal davası sonucunda verilen karara karşı
temyiz yoluna başvurulmuş olması kararın icrasını durdurmaz. Ka-
nun koyucu, tahkime sürat kazandırmak ve bu suretle tahkimin teş-
viki için, kanun yolu aşamasında kararın icrasının durdurulmasının
önüne geçilmek istendiğini; hakem kararına ilişkin olarak, yetkili ilk
derece mahkemesi de bir iptal sebebi görmemiş ise, artık bu aşamada
kararın icra edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁶

HMK m. 439/6'daki, "*temyiz, kararın icrasını durdurmaz*" kura-
lına rağmen, öğretilerde, bu aşamada da ilâmlı icranın durdurulabilip
durdurulamayacağı hususu tartışmaya açılmıştır. Öğretilerde bir görüş,⁴⁷
temyiz aşamasında (kanun yolu aşamasında) teminat karşılığında
hakem kararının icrasının durdurulması yönünde bir düzenlemeye

⁴⁵ 7101 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, iptal davasında kabul edilecek olan görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğuna bağlı olarak, bu mahkemenin kararından sonra karara karşı başvurulacak kanun yolları ve bu kanun yollarının hakem kararının icrasına etkileri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2793 vd.

⁴⁶ HMK m. 439'un Gerekçesi.

⁴⁷ Ekşi, s. 210; Süral, s. 1407.

HMK'da yer verilmediğini belirttikten sonra HMK m. 367'de, temyiz, hükmün icrasını durdurmaz kuralının öngörüldüğünü ve bu madde-
de İİK m. 36'daki hükmün saklı olduğunun belirtildiğini ifade ederek,
İİK m. 36 hükmünün tahkim bakımından uygulanmasının mümkün
olduğunu belirtmiştir. Bu görüş, kanunun tahkim kısmında düzen-
lenen konularda, "aksine hüküm bulunmadıkça, bu Kanunun diğer
hükümleri uygulanmaz" kuralından hareket etmiştir (HMK m. 444).
Bu görüşü savunan Ekşi'ye göre, "HMK'nın 444. maddesi uyarınca, diğer
hükümlerin tahkimde uygulanmaması için, on birinci kısımdaki maddelerin
o konuyu düzenlemiş olması gerekir".⁴⁸ HMK m. 444'deki bu düzenleme,
İİK m. 36'nın uygulanmasını engellemez. Çünkü HMK'daki hüküm-
ler, yargılama aşamasına ilişkin; İİK'daki hükümler, icra aşama-
sına ilişkindir. Dolayısıyla HMK m. 444 hükmü, iptal davası sonunda
verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde, icranın dur-
durulmasına ilişkin hükmün tahkimde uygulanmasına engel oluşturu-
mamaktadır. Bu görüş çerçevesinde, iptal kararına karşı, taraflardan
biri temyiz yoluna başvurduğunda, İİK m. 36'nın öngördüğü teminat
karşılanmış olmak şartıyla Yargıtay'dan icranın durdurulması kararı
alınabilir.

Yargıtay da iptal davası sonunda verilen karara karşı temyiz yolu-
na başvurulması halinde, hükmün icrasının durdurulabileceğine karar
vermiştir. Söz konusu karar şu şekildedir: "Mahkemece verilen karar
borçlu tarafından temyiz edilmiş ve temyiz inceleme sonuna kadar ic-
ranın geri bırakılması istenilmiş olup, hüküm altına alınan miktarın
teminat altına aldığı İcra Müdürlüğü'nün mehil belgesinden anlaşıl-
makla temyiz incelemesi sonuna kadar yukarıda belirtilen ilâm hük-
münün icrasının geri bırakılmasına, 26.12.2016 tarihinde oybirliği ile
karar verildi".⁴⁹

Biz öğretideki bu görüşe ve Yargıtay'ın uygulamasına katılama-
maktayız. Bizim kabul ettiğimiz görüşe göre,⁵⁰ HMK m. 444'de, ka-
nunun tahkim kısmında düzenlenen konularda aksine hüküm bu-

⁴⁸ Ekşi, s. 210.

⁴⁹ 11. HD, 26.12.2016, 8238/1639, yayınlanmamıştır. Bu karar için bkz., Pekcanitez/
Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2795, dpn., 541.

⁵⁰ Selçuk, s. 331-333. Benzer yönde bkz., Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s.
2795; Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hüküm-
leri", *UTTDER* 2012/1, s. 31-60, s. 57.

lunmadıkça, bu Kanunun diğer hükümleri uygulanmaz kuralı kabul edildiği için, HMK'nın diğer hükümlerinin tahkim bakımından uygulanabilmesi ilgili konunun tahkim kısmında düzenlenmemiş olması şartına bağlıdır. Buna göre, iptal davası sonucunda verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulmasının, kararın icrasını durdurmayaacağı HMK m. 439/6'da açık bir şekilde hükme bağlandığı için, HMK m. 444 uyarınca bu kanunun diğer hükümleri artık bu konuda uygulanamaz. Kanun koyucu, kararın icrasının temyiz aşamasında da teminatla durdurulabilmesini istemiş olsaydı, ilgili maddede teminat karşılığında icranın durdurulabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermesi beklenirdi. Bu şekilde bir düzenlemeyi tercih etmese bile, en azından, iptal davası sonucunda verilen kararın temyizi halinde HMK m. 367'nin uygulanabilmesi için, bu konuda suskun kalması gerekirdi. Eğer kanun koyucu, bu konuda suskun kalmış olsaydı, kanunda boşluk olduğu kabul edilebilecek ve HMK m. 444, bu konudaki boşluğun doldurulmasına engel oluşturmayacaktı. Bu son ihtimalde bile, HMK m. 367'nin uygulanabilmesi bakımından, kanun koyucunun, iptal davasında kararın icrasının durdurulmasını açık bir şekilde düzenlediği, buna karşın, iptal davasında verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulması bakımından suskun kaldığı söylenerek, buradaki susmanın bilinçli bir susma olduğu iddia edilebilir. Böyle bir değerlendirme sonucunda da HMK m. 367'nin bu konuda uygulanamayacağı söylenebilir.

Kanun koyucu, madde metninde bu şekilde bir düzenlemeye yer vermediği gibi, açık bir şekilde, "temyize başvuru, kararın icrasını durdurmaz" kuralını kabul etmiştir (HMK m. 439/6). Ayrıca maddenin gerekçesinde, tahkime sürat kazandırmak ve bu suretle tahkimi teşvik için, temyiz aşamasında kararın icrasının durdurulmasının önüne geçildiğini belirtmiş ve hakem kararına ilişkin olarak görevli mahkemenin de bir iptal sebebi görmemesi halinde, artık bu aşamada kararın icra edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere, kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapmaktaki amacı, özellikle iptal talebinin mahkeme tarafından reddedilmesi üzerine, bu karara karşı temyize başvurulması halinde, artık kararın icrasının durdurulamaması yönündedir.⁵¹

⁵¹ Selçuk, s. 332.

Yukarıdaki görüşte belirtildiği üzere, HMK'daki hükümler yargılama aşamasına ilişkin olsa da, bu durum HMK'da icraya ilişkin herhangi bir düzenleme yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. HMK'da da icraya ilişkin düzenleme yapılabileceğine HMK m. 350 ve m. 367'deki hükümler örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu maddelerde, bir mahkeme ilâmının icrasına yönelik düzenleme öngörülerek kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararların kesinleşmedikçe yerine getirilemeyeceği kabul edilmiştir. Ayrıca, ilgili maddelerde kanun koyucu, maddede belirtilen söz konusu haller dışındaki mahkeme ilâmlarına karşı kanun yoluna başvurulması durumunda, bunların icrasının kanun yolu aşamasında da durdurulabilmesi için, HMK m. 350/1'de ve m. 367/1'de, açık bir şekilde İİK m. 36'ya ilişkin hükmün saklı olduğunu düzenlemiştir. Buna karşın, hakem kararlarının icrası bakımından iptal davası sonunda verilecek karara karşı temyiz yoluna başvurulması bakımından, bu yönde bir düzenlemeye yer verilmeyerek, açık bir şekilde bunun aksini öngören bir düzenleme tercih edilmiştir. HMK m. 439/6'daki açık düzenleme, hakem kararlarının icrasının mahkeme ilâmlarının icrasından temyiz aşamasında icranın durdurulabilmesi bakımından farklı olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun, hakem kararlarının icrası bakımından yapmış olduğu bu düzenlemenin, bilinçli bir tercihin sonucu olduğu kabul edilmelidir.

Konuya bu noktadan yaklaşıldığında, HMK m. 439/6'da düzenlenen kural, hakem kararlarının icrası bakımından icraya yönelik getirilmiş bir düzenleme olarak kabul edilmelidir.⁵² Dolayısıyla, HMK m. 439/6'da öngörülen kural, HMK m. 367 (ve m. 350) ve İİK m. 36'ya göre, tahkim bakımından hakem kararının icrasına yönelik getirilmiş özel bir düzenlemedir.⁵³ Buna göre, bununla ilgili bir sonuca varılırken, belli bir konuda özel bir düzenleme öngörülmesi halinde o konudaki genel kuralın uygulanmayacağı ilkesi dikkate alınmalıdır. Böylece, iptal davasına ilişkin karara karşı (özellikle iptal talebinin reddi kararına karşı) temyiz yoluna başvurulmasında icranın durdurulabilmesi bakımından HMK m. 439/6'da özel bir düzenleme öngörüldüğü kabul edilerek, mahkeme ilâmlarının temyizinin icraya etkisine ilişkin

⁵² Selçuk, s. 332.

⁵³ Selçuk, s. 332.

hükümlerinin (HMK m. 367; ayrıca karş., m. 350) uygulanamayacağı sonucuna varılmalıdır.

İptal davasına ilişkin bölge adliye mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurulduğunda, Yargıtay mahkemenin iptal talebiyle ilgili verdiği kararı onama veya bozma yetkisine sahiptir.⁵⁴ Dolayısıyla Yargıtay'ın, mahkemenin kararını düzeltme ve değiştirme yetkisi yoktur.⁵⁵

İptal davası sonunda mahkeme tarafından iptal kararı verilir ve bu karara karşı temyiz yoluna başvurulmaz veya başvurulup da talep Yargıtay tarafından reddedilirse, hakem kararı kesin bir şekilde ortadan kalkmış olacağı için başlatılan ilâmlı icra takibine devam edilemez.⁵⁶ Artık, iptal kararının kesinleşmesiyle birlikte başlamış olan ilâmlı icra takibi de sona erer.

İptal davası sonunda karar iptal edilmişse, iptal kararıyla birlikte ilâmlı icra takibine dayanak yapılan hakem kararı ortadan kalmış olacağı için, başlatılmış olan takip de bu kararla birlikte kararın kesinleşmesine kadar kendiliğinden olduğu yerde durur (İİK m. 40/1). Bu durumda, iptal kararına karşı temyiz yoluna başvurulursa, hakem kararı iptal edilerek ortadan kalktığı için takip temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar durmaya devam eder.⁵⁷ Ancak buradaki durmanın sebebi, HMK m. 367'den hareketle İİK m. 36'daki düzenlemenin uygulanması olmayıp, hakem kararının iptal nedeniyle ortadan kalmış olmasıdır.⁵⁸ Temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay, iptal kararını bozacak olursa, bu bozma kararıyla birlikte, ilâmlı icra takibine hemen devam edilemez.⁵⁹ Bu halde, bölge adliye mahkemesinin bozma kararına uyma veya direnme kararı vermesi mümkün olduğu için, onun vereceği karara göre, takibe devam edilebilip edilemeyeceği belirlenir. Bölge adliye mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararına uyar ve yaptığı yargılama sonunda iptal talebinin reddine karar verirse, bu kararlar

⁵⁴ Turgut Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, Ankara 2010, s. 126; Selçuk, s. 350. Ayrıca bkz., Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2785, 2786.

⁵⁵ Kalpsüz, s. 126; Selçuk, s. 350.

⁵⁶ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2796.

⁵⁷ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2796.

⁵⁸ Bkz., yuk., II/1.

⁵⁹ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2796, 2798.

birlikte, ilâmlı icra takibine kaldığı yerden devam edilebilir.⁶⁰ Bu halde bölge adliye mahkemesi, iptal talebinin reddine karar verdiği için, bu karara karşı temyiz yoluna başvurulsa bile HMK m. 439/6 gereğince, artık temyiz incelemesinde durma kararı verilemez. Buna karşın, bölge adliye mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararına direnirse, bu direnme kararı yeni bir karar olduğu için, bu karara karşı temyiz yoluna yeniden başvurulur ve bu durumda temyiz incelemesi kararına direnilen ilgili daire tarafından yapılır (HMK m. 373/5). Daire direnme kararını yerinde görürse, kararını düzeltir; direnme kararını yerinde görmezse, konuyla ilgili karar verilmesi için Hukuk Genel Kurulu'na gönderir (HMK m. 373/5). Hukuk Genel Kurulu, yapacağı inceleme sonucunda bölge adliye mahkemesinin iptal kararını doğru bulursa, hakem kararı iptal edilmiş olur. Böylece başlatılmış olan icra takibi de sona erer. Yargıtay dairesi, direnme kararı üzerine kendisine gelen dosyada, bozma kararını doğru bulursa, bölge adliye mahkemesinin iptal talebini reddeder. Bu kararlar birlikte, iptal sebebiyle durmuş olan ilâmlı icra takibine devam edilir.

İptal kararına karşı temyiz yoluna başvurulduğunda, Yargıtay bölge adliye mahkemesinin iptal kararını onarsa, artık bu kararlar hakem kararı kesin olarak iptal edilmiş olur. Böylece başlatılmış olan ilâmlı icra takibi de sona erer.

Mahkeme hakem kararının kısmen iptaline karar verir ve bu karara karşı taraflar (veya taraflardan biri) temyiz yoluna başvurursa, iptal edilmeyen kısım bakımından icrası mümkün olan bir karar söz konusudur ve karara karşı kanun yoluna başvurulması, bu kısmın icrasına engel olmayacağı için bu aşamada artık o kısım bakımından icranın durmasına da karar verilemez (HMK m. 439/6).⁶¹ Ancak iptal edilen kısım bakımından, ilâmlı icra takibine devam edilemez (İİK m. 40/1). Bu kısım için takibe devam edilebilmesi, onun Yargıtay tarafından bozulması ve bozma kararına bölge adliye mahkemesinin uyararak bu kararın kesinleşmesi şartına bağlıdır.

Hakem kararının iptali talebi, mahkeme tarafından reddedilir ve bu ret kararına karşı temyiz yoluna başvurulursa, artık temyiz incelemesi süresince, teminat karşılığında bile olsa kararın icrasının dur-

⁶⁰ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2798.

⁶¹ Ekşi, s. 210.

durulması mümkün olmaz (HMK m. 439/6). Zira bu halde, hakem kararına ilişkin olarak iptal davasını inceleyen mahkeme de bir iptal sebebi görmemiş ise, artık temyiz aşamasında karar icra edilmelidir. İptal davası sırasında HMK m. 439/4 uyarınca icranın durdurulması kararı alınmış ve iptal davası sonunda, iptal talebi reddedilmişse, artık takibe kaldığı yerden devam edilir. Karara karşı, temyiz yoluna başvurulmuş olması da bu durumu değiştirmez. Yargıtay, iptal talebinin reddi kararını bozarsa, dosya bozmayla ilgili yeniden karar verilmesi için bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararına uyararak yapacağı yargılama sonucunda hakem kararının iptaline karar verirse, bu kararla hakem kararı ortadan kalkacağı için, başlamış olan takip olduğu yerde durur. Bu kararın kesinleşmesiyle birlikte, takip sona erer. Eğer bölge adliye mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararına direnirse, Hukuk Genel Kurulunun kararına göre, takibin akıbeti belirlenir.

III. İcranın İadesi

İcranın iadesi, aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilâmla tespit edilmesi halinde, ilâmın icra edilmesinden önceki hukuki ve fiili duruma geri dönülmesini sağlayan geniş anlamda bir hukuki çare olarak nitelendirilmektedir.⁶² Söz konusu hüküm, icra takibinin ve işlemlerinin durmaması sebebiyle, malvarlığı azalan borçluya, ayrı bir dava açmasına veya takip yapmasına gerek olmadan, malvarlığından çıkan değerleri yerine koyma, iade etme imkânı sunmaktadır.⁶³

İİK m. 40/2'de, kesinleşmeden icra edilebilecek bir ilâma dayanılarak başlatılan ilâmlı icra takibinde, icra işlemleri devam ederken veya tamamlandıktan sonra, ilâm, bölge adliye mahkemesince kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilir ya da Yargıtay tarafından bozulup da aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilâmla tahakkuk ederse, ayrıca hükme hacet kalmaksızın icranın tamamen veya kısmen eski haline iade olunacağı düzenlenmiştir.

⁶² Akkaya, s. 680, 681.

⁶³ Tanrıver, s. 183, 184; Akkaya, s. 681.

Görüldüğü üzere ilgili maddede kanun koyucu, icranın iadesi bakımından, ilâmın bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya ilâmın kaldırılarak yeniden karar verilmesi ya da Yargıtay tarafından bozulması ile bu kararın kesinleşmiş olmasını esas alarak düzenleme yapmıştır. Bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay yaptığı incelemede, uyuşmazlığın esasına girmekte ve bunun sonucunda da aleyhine icra takibi yapılan kişinin gerçekte hiç veya takibe konu ilâmdaki kadar borçlu olmadığını tespit etmektedir. Kanun kaleme alınış şekli itibarıyla, sanki bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından sadece esasa ilişkin bir denetim yapılması hali bakımından öngörülmüş olduğu, şeklinde anlaşılmalıya müsaittir. Bununla birlikte öğretide,⁶⁴ usule ilişkin bir nedenle, örneğin,⁶⁵ takibin dayanağını oluşturan ilâmın Yargıtay tarafından görevsizlik nedeniyle bozulması ve mahkemenin bozmaya uyararak görevsizlik kararı vermesi ancak buna rağmen tarafların süresi içinde dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmemesi nedeniyle davanın açılmamış sayılması durumunda da uygulanabileceği belirtilmektedir. Buna göre, davalının borçlu olduğunu tespit eden hükmün, Yargıtay tarafından bozulup kesinleşmesiyle, onun borçlu sıfatının ortadan kalktığı; özellikle görevsiz mahkeme tarafından verilen bu hükmün, gerçek anlamda bir hukuki varlığından söz edilemeyeceği için, böyle bir hükümden dolayı borçlunun borcu bulunduğu da bahsedilemeyecektir.⁶⁶ Yani bu halde, ilâmlı icra takibine dayanak yapılan ilâm ortadan kalktığı için, icranın eski haline iade edilmesi gerekmektedir.

İptal davası bakımından konu ele alınacak olunursa, gerek bölge adliye mahkemesinin yapacağı iptal incelemesi gerekse iptal davası sonucunda verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde, Yargıtay'ın yapacağı temyiz incelemesi sadece HMK m. 439/2'de

⁶⁴ Tanrıver, s. 181, 182; Tanrıver, İcranın İadesi, s. 288, 289; Talih Uyar, İcra Hukukunda İlâmlı Takipler, 2. Bası, Manisa 1991, s. 524, 525; Akkaya, s. 690, 691. "... bozma kararı sonucu yeni bir hüküm kurulmadığından ve davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğinden, bozmadan evvelki ilâm uyarınca tahsil edilen paranın borçluya İİK'nın 40. maddesi uyarınca iadesi gerekir" (12. HD, 17.5.2001, 7818/8700, Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁵ Görev yönünden verilen bu örnek, aynı şekilde, kesin yetki kuralları bakımından da geçerlidir (Akkaya, s. 691). Benzer yönde bkz., Tanrıver, İcranın İadesi, s. 289.

⁶⁶ Tanrıver, s. 182; Tanrıver, İcranın İadesi, s. 288; Uyar, s. 524, 525; Akkaya, s. 691.

belirtilen iptal sebeplerine hasredilmekte ve HMK m. 439'un gerekçesinde de bu husus "hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir" denilmek suretiyle ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla, hakem kararının iptali davasında, borcun var olup olmadığı yönünden herhangi bir karar verilmemektedir. Sadece, hakem kararı, iptal sebeplerinden birinin veya bir kaçının varlığına dayandırılarak ortadan kaldırılmaktadır. İptal davası sonucunda verilen karara karşı, temyiz yoluna başvurulması halinde de, aynı şekilde, temyiz incelemesi sadece, maddede belirtilen iptal sebepleri bakımından yapılmakta ve taraflar arasında borcun var olup olmadığı hakkında esasa ilişkin herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapılmamaktadır.⁶⁷ Bu şekilde yapılacak inceleme sonucunda, bölge adliye mahkemesinin iptal kararı veya Yargıtay'ın iptal talebinin reddi kararı bozularak kesinleşirse, borcun varlığını tespit eden hakem kararı ortadan kalkmış olur. Yani bu halde, hakem kararının hukuki varlığı sona erer.

Yukarıda belirttiğimiz üzere öğretide, İİK m. 40/2 hükmü, sadece aleyhine icra takibi yapılmış olan borçlunun borçlu olmadığı kesin olarak tespit edilmesi halinde değil, aynı zamanda mahkeme hükmünün usule ilişkin bir nedenle varlığının sona ermesi halinde de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu halde, hüküm ortadan kalktığı için, borçlunun borçlu sıfatı da sona ermektedir. Aynı durum, hakem kararının iptali kararının kesinleşmesi halinde de söz konusu olmaktadır. Zira hakem kararı iptal edilip kesinleşince, artık ortada, aleyhine takip yapılan borçlunun borçlu olduğunu (veya karardaki kadar borçlu olduğunu) gösteren bir karar da kalmamış olur. Bu nedenle, iptal edilen hakem kararından dolayı borçlunun borcu bulunduğundan da söz edilemez. Dolayısıyla, iptal edilen karara dayanılarak yapılmış olan ilâmlı icranın da, iptal kararının kesinleşmesiyle birlikte, İİK m. 40/2 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucunda eski haline iade edilmesi mümkün olmalıdır. Söz konusu hükmün, hakem kararlarının iptali halinde de kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmeyecek olursa, icra takibinin ve işlemlerinin durmaması sebebiyle, malvarlığı azalan borçlunun, malvarlığından çıkan değerleri yerine koyabilmek

⁶⁷ İptal davasında ve temyiz incelemesinde, hakem kararının esasına ilişkin herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapılamayacağına vurgu yapılan bir karar için bkz., 11. HD, 22.6.2016, 4931/6886 (Kazancı İçtihat Bankası).

için, iptal edilen hakem kararına dayanarak aleyhine takip yapmış olan alacaklıya karşı, bir dava açması ve bunun sonucunda da yeni bir takip yapması gerekecekti. Bu durum ise, borçlunun malvarlığından çıkan değerini yerine konması sürecini karmaşık, uzun ve masraflı hale getirecektir. Bu ise, takip ekonomisi ilkesine⁶⁸ aykırı bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bunun yerine iptal edilen hakem kararına dayanılarak başlatılan ilâmlı icra takibi içerisinde malvarlığından çıkan değerlerin iade edilmesine imkân tanıyan bir yorum yapılarak İİK m. 40/2 hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasının kabul edilmesi, takibin ve icra işlemlerinin mümkün olduğunca kısa sürede, basit ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılmasına hizmet edecektir.

Sonuç olarak, hakem kararının iptal edilip kesinleşmesinin, hakem kararını tamamen veya kısmen ortadan kaldırması ve buna bağlı olarak da borçlunun borçlu sıfatının tamamen veya kısmen ortadan kalkması sonucunu ortaya çıkarması ve takip ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak, İİK m. 40/2'nin hakem kararlarının iptali halinde de uygulanacağı kabul edilmesi uygun olur. İleride kanunda yapılacak herhangi bir değişiklikte, bu hususa açıklık getiren bir düzenleme yapılması, hakem kararlarının iptali halinde de İİK m. 40/2'nin uygulanmasında tereddüt yaşanmasının önüne geçecektir. Buna göre, kanun koyucunun, HMK m. 439/4'de, *"iptali kararının kesinleşmesi halinde, icra tamamen veya kısmen İİK m. 40/2 gereğince eski haline iade edilir"* şeklinde bir düzenleme yapması ya da İİK m. 40/2'ye, *"icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilâmla tahakkuk ederse"* den sonra gelmek üzere *"veyahut hakem kararı bölge adliye mahkemesince iptal edilir veya iptal talebinin reddi kararı Yargıtay'ca bozulup kesinleşirse"* düzenlemesini eklemesi bir seçenek olarak düşünülebilir.

Hakem kararıyla lehine hüküm verilen taraf, kararın kesinleşmesini beklemeden ilâmlı icra yoluna başvurabilir (HMK m. 439/4, 439/6). Bu nedenle, icraya konulmuş bir hakem kararına karşı iptal davası açılmış ve bu dava devam ederken, kararın icrasının durdurulması mahkemeden talep edilmemiş veya talep edilmiş olmakla birlikte, bu

⁶⁸ Takip ekonomisi ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi" Makaleler, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1543-1572, s. 1543, 1544; Muhammet Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 82; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 26.

talep mahkeme tarafından reddedilmişse, bir yandan iptal yargılamasına devam edilirken diğer yandan da ilâmlı icra takibine devam edilebilir. Takibin durmaması nedeniyle, hakem kararı yerine getirildikten sonra, iptal incelemesi sonucunda, bölge adliye mahkemesi iptal talebini reddeder ve bu karara karşı temyiz yoluna başvurulmazsa veya başvurulup da, Yargıtay iptal talebinin reddi kararını onarsa, başlatılmış olan icra takibinde herhangi bir sorunla karşılaşılmaz.

Buna karşın, ilâmlı icra takibi devam ederken, iptal davası sonucunda bölge adliye mahkemesi, hakem kararını tamamen veya kısmen iptal eder ve bu karar da temyiz yoluna başvurulmaması sebebiyle kesinleşirse ya da bu karara karşı temyiz yoluna başvurulur ve Yargıtay da bu kararı onarsa, bu halde, ilâmlı icra takibinin dayanağı olan hakem kararı kesin bir şekilde ortadan kalmış olur.

Aynı şekilde, iptal davası aşamasında durma kararı verilmiş olmasına rağmen, yapılan yargılama sonucunda, iptal talebi bölge adliye mahkemesi tarafından reddedilmiş ve bu ret kararıyla durma kararının ortadan kalması üzerine hakem kararının icrasına devam edilmesi mümkün hale gelmiş olabilir (HMK m. 439/6). Bu halde, iptal talebinin reddi kararına karşı, süresi içinde temyiz yoluna başvurulmuş olmasına rağmen, özellikle iptal talebinin reddi kararına karşı, temyiz yoluna başvurulmuş olmasının, kararın icrasını durdurmayacak olması nedeniyle, temyiz incelemesi devam ederken bir yandan da kararın icrasına devam edilebilir. Bu durumda, temyiz incelemesi sonucunda iptal talebinin reddi kararı Yargıtay tarafından bozulur ve bu bozma kararı da kesinleşecek olursa, aslında iptal edilmiş karara dayanılarak icra takibinde birtakım işlemler yapılmış olur.

Kısacası, bölge adliye mahkemesi hakem kararını iptal eder ve karara karşı temyiz yoluna başvurulmaz veya başvurulup da bu başvuru, Yargıtay tarafından reddedilirse ya da bölge adliye mahkemesi iptal talebini reddeder ve bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde, Yargıtay bu kararı bozar ve bozma kararı kesinleşirse, yargılamayla birlikte aynı anda devam eden ilâmlı icra takibinde, aslında iptal edilmiş hakem kararına dayanılarak icra işlemleri yapılmış demektir. Özellikle, bölge adliye mahkemesi tarafından hakem kararının iptaline karar verilmesi veya iptal talebinin reddi kararının Yargıtay tarafından bozulması hallerinde, başlatılmış olan ilâmlı icra takibi, bu

kararlarla birlikte olduğu yerde durur (İİK m. 40/1). Bununla birlikte, bu kararlardan önce icra takibinde yapılan icra işlemleri geçerli kalmaya devam eder.⁶⁹ Buna göre, örneğin, takipte borçlunun malı haczedilmiş ve fakat satış aşamasına geçilmeden önce hakem kararı bölge adliye mahkemesi tarafından iptal edilmişse, iptal kararıyla birlikte, takip olduğu yerde durur, ancak yapılan haciz işlemi de geçerli kalmaya devam eder.⁷⁰

Hakem kararının yukarıda belirttiğimiz şekilde iptal edilerek kesinleşmesiyle birlikte, başlatılmış olan ilâmlı icra takibinin eski hale iade edilebilmesi için, hakem kararının bölge adliye mahkemesi tarafından tamamen veya kısmen iptal edilmesi ve bu kararın da kesinleşmiş olması (iptal kararına karşı temyiz yoluna başvurulmaması veya başvurulup da iptal kararının onanması) gerekir. Aynı şekilde, bölge adliye mahkemesinin iptal talebinin reddi kararının Yargıtay tarafından kısmen veya tamamen bozulması ve bölge adliye mahkemesinin bozmaya uyararak karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, takibin dayanağı olan hakem kararının hukuki varlığı kesin olarak tamamen veya kısmen sona erer. Böylece başlatılmış olan ilâmlı icra takibinin de dayanağı kısmen veya tamamen kesin olarak ortadan kalmış olur.

İcranın tamamen veya kısmen iade edilebilmesi için, mahkemenin bu konuda bir karar vermiş olmasına gerek yoktur (İİK m. 40/2). İcranın iadesi işlemleri, daha önce yapılan takip dosyası üzerinden yürütülerek sonuçlandırılır.⁷¹ Bu halde, icra müdürü, alacaklıya ödemiş olduğu parayı (İİK m. 32) veya teslim ettiği malı (İİK m. 24) alacaklıdan geri alarak borçluya verir. İcranın kısmen iadesi söz konusuysa, bu halde, yalnız söz konusu kısım alacaklıdan geri alınarak borçluya iade edilir.

İcra eski hale iade edilirken, üçüncü kişilerin iyi niyetli kazanımları korunur (İİK m. 40/3). Örneğin,⁷² iptal yargılaması devam ederken, icranın durdurulmamış olması nedeniyle, borçludan alınıp alacaklıya

⁶⁹ Tanrıver, s. 174; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2792; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 271.

⁷⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 271.

⁷¹ Kuru, s. 297; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 384; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 272.

⁷² Kuru, s. 297, 298; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 385.

teslim edilen taşınır bir mal (İİK m. 24), alacaklı tarafından iyi niyetli üçüncü kişiye devredilir ve bu devirden sonra hakem kararı iptal edilip kesinleşmişse, icra eski haline iade edilirken, söz konusu taşınır mal iyi niyetli üçüncü kişiden geri alınamaz. Bu halde, artık icra müdürünün, taşınır malın değerini alacaklıdan alarak borçluya vermesi gerekir (İİK m. 24/4-5 kıyasen).⁷³

Sonuç

Milli hakem kararlarının mahkeme hükmüyle eş (denk) olmasının bir gereği olarak, mahkemelerin tasdikine gerek kalmadan taraflara bildirildiği anda icra edilebilir etkiye sahip olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir (HMK m. 439/4).

HMK m. 439/4'de, hakem kararına karşı iptal davası açılmasının, kural olarak, kararın icrasına etki etmeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre, hakem kararına karşı, iptal davası açılmış olması, kararın ilâmlı icra yoluyla yerine getirilmesine engel teşkil etmez. Ancak söz konusu bu kural, kanunda mutlak olarak düzenlenmemiş ve iptal davası aşamasında kanunun aradığı şartların yerine getirilmesi ve mahkemenin de iptal sebebini ciddi görmesi halinde, hakem kararının icrasının durdurulmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

İptal davası sonunda verilen karara karşı, temyiz yoluna başvurulmuş olması da, kararın icrasına engel değildir. Bu halde, kanun koyucu, iptal davasında verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde, icranın durdurulmasıyla ilgili HMK m. 439/6'da özel bir düzenleme öngördüğü için, genel kural konumunda olan HMK m. 367 (karş., HMK m. 350) artık burada uygulanamaz. Dolayısıyla, iptal davası sonunda verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulsa bile, HMK m. 367'deki yollamadan hareketle İİK m. 36'nun uygulanması yoluyla, ilâmlı icranın durdurulabilmesi mümkün değildir.

Hakem kararının icrasının iptal davasında, herhangi bir nedenle durmamış olması ve kararın gereğinin cebri icra ile yerine getirilmesinden sonra, kararın bölge adliye mahkemesi tarafından tamamen veya kısmen iptal edilerek kesinleşmesi halinde, icra edilen kararın İİK m. 40 hükümlerine göre, eski haline tamamen veya kısmen iade edilmesi gerekir.

⁷³ Tanrıver, s. 185, 186.

İptal davası sonunda mahkeme, iptal talebini reddeder ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulur ve Yargıtay, iptal talebinin reddi kararını bozup, bu kararın kesinleşmesine kadar, hakem kararı yerine getirilmiş olursa, bu halde, icra yine İİK m. 40'a göre eski haline iade edilmelidir.

Kaynakça

- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016
- Akkaya Tolga, "5236 ve 5311 sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlâmlı İcrada İcranın İadesi", *MİHDER* 2008/3, s. 677-698
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016
- Budak Ali Cem, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", *UTTDER* 2012/1, s. 31-60
- Çiftçi Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016
- Dayınlarlı Kemal, "Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s. 775-812
- Ekşi Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK md. 407-444), Beta Basım, İstanbul 2013
- Kalpsüz Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, Ankara 2010
- Kalpsüz Turgut, "Türk Hakem Kararı Kavramı", Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, (Kalpsüz, Hakem Kararı)
- Konuralp Cengiz Serhat, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim" İÜSBE Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017
- Pekcanitez Hakan, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 569-587
- Pekcanitez Hakan/Yeşilirmak Ali, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, C. III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017
- Özbay İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004
- Özbay İbrahim/ Korucu Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444, Adalet Yayınevi, Ankara 2016
- Özbek Mustafa Serdar, "Yeni İcra ve İflâs Kanunu İçin Öneriler Işığında İlâmlı İcrada İcranın Ertelenmesi", *TNBD* 2018/1, s. 9-124

- Özekes Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009
- Özsunay Ergun, "Almanya'da Tahkim", *Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler-Tartışmalar*, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 577-608
- Selçuk Seyhan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018
- Süral Ceyda, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, *DEÜHFD Özel Sayı*, 2014/16, s. 1377-1411
- Tanrıver Süha, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996
- Tanrıver Süha, "İcranın İadesi (İİK m. 40)", *Makalelerim I (1985-2005)*, Asil Yayın, Ankara 2005, s.279-294 (Tanrıver, İcranın İadesi)
- Taşpınar Ayvaz Sema, "Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları Konusunda HMK Hükümlerinin Uygulanması", *İç Tahkim ve Uygulamaları XLII. Çözüm Arama Konferansı* Ankara 2013, s. 47-56
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- Uyar Talih, *İcra Hukukunda İlâmlı Takipler*, 2. Bası, Manisa 1991
- Üstündağ Saim, "Hakemlerin Israr Hakkı Var mıdır?", *Yasa HD* 1996, C. XV, S. 171/2, s. 217-223
- Yeşilirmak Ali, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, On İki Levha, Yayıncılık, İstanbul 2011
- Yeşilova Bilgehan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, İzmir 2008
- Yılmaz Ejder, "Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim", *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum 11.4.1997, s. 127-164
- Yılmaz Ejder, "Usul Ekonomisi", *Makaleler*, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1543-1572 (Yılmaz, Usul Ekonomisi)

TFF TAHKİM KURULU YARGILAMASININ ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

DIE BEURTEILUNG DER SPORTGERICHTSBARKEIT VON TFF SCHIEDSSTELLE IM HINBLICK AUF DAS RECHT AUF EIN FAIRES VERFAHREN

Fatih GÜNDOĞDU*

Özet: Sportif uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri tarafından değil, bu alanda uzmanlaşmış bağımsız otoriteler tarafından çözüme kavuşturulması düşüncesiyle kurulan Spor Tahkim Mahkemesinin (CAS) bir mahkeme sayılıp sayılmayacağı ve yargılama faaliyetiinde adil yargılanma hakkına uygun davranıp davranmadığı hususu uzun zamandır tartışılmaktadır. Aynı tartışma T.C. Anayasasına göre Türkiye’de spor yargılamasında nihai karar mercii olan tahkim kurulları bakımından da yapılmaktadır. Bu alanda gerek CAS gerekse tahkim kurulları bakımından AİHM’e başvurular yapılmış ve Mahkeme CAS’la ilgili kararını *Mutu, Pechstein – İsviçre* kararında açıklamıştır. AİHM bu kararda CAS’ın “mahkeme” niteliğini kabul etmiş ve adil yargılanma hakkı bakımından – açık duruşma yapılması dışında – CAS’ın adil yargılanma hakkına riayet ettiğine hükmetmiştir. Bu kararın ardından gözler tahkim kurulları hakkında yapılan başvurulara çevrilmiştir. Bu çalışmada örnek başvurulardan ve *Mutu, Pechstein – İsviçre* kararından yola çıkılarak Türk spor yargılaması adil yargılanma bakımından mercek altına alınacaktır.

Anahtar kelimeler: Spor Yargılaması, TFF Tahkim Kurulu, Adil Yargılanma Hakkı, AİHS, AİHM, Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)

Zusammenfassung: Es ist seit langem umstritten, ob das Internationale Schiedsgericht für Sport (Court of Arbitration - CAS), das mit dem Gedanken gegründet wurde, um die sportrechtliche Konflikte nicht vor dem staatlichen Gerichten, sondern vor einem auf diesem Bereich spezialisierten Gerichten zu lösen, die als ein Gericht angesehen wird und ob es mit dem Recht auf ein faires Verfahren in Einklang steht. Dieselbe Diskussion wird genau hinsichtlich der Schiedsstellen, ihre Entscheidungen nach türkischem Grundgesetz endgültig sind. In diesem Bereich wurde in Bezug auf das CAS und die Schiedsstelle beim EGMR Beschwerden geführt und der Gerichtshof hat hinsichtlich das CAS seine Ansicht mit der Entscheidung *Mutu, Pechstein v. die Schweiz* bekannt gegeben. Der Gerichtshof hat in diesem Urteil seinen “Gerichtscharakter” akzeptiert. Darüber hinaus entschied EGMR mit diesem Urteil, das Recht auf faires Verfahren

* Dr. Öğr. Üyesi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, f.gundogdu@iku.edu.tr., ORCID: 0000-0003-1422-565X

– abgesehen von einer offenen Anhörung – durch das CAS nicht verletzt wurde. Nach diesem Urteil richtete sich die Aufmerksamkeit in die Beschwerden gegen türkischen Schiedsstellen. In diesem Beitrag wird die türkische Sportsgerichtbarkeit auf der Grundlage der *Mutu, Pechstein v. die Schwiez* Urteil im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren geprüft

Schlüsselwörter: Sportsgerichtsbarkeit, TFF Schiedsstelle, das Recht auf ein Faires Verfahren, EMRK, EGMR, Internationaler Schiedsgericht für Sport (CAS)

I- GİRİŞ

Son yıllarda ulusal ve uluslararası tahkim yargılaması, spor hukuku alanının odak noktası haline gelmiş bulunmaktadır. Bu durum, sportif hukuki uyuşmazlıkların çözümünün devletlerin yargı yetkisinden uzak tutulmaya çalışılmasının bir sonucudur. Ancak sportif uyuşmazlıkların özel otoriteler eliyle çözülmeye çalışılması, ulusal ve uluslararası alanda spor yargılaması sırasında adil yargılanma hakkına riayet edilip edilmediği ve özellikle yargılama faaliyetini yürüten kurumların bağımsızlığı meselelerini spor hukukunun en çok tartışılan konuları haline getirmiştir. Bu anlamda ulusal boyutta tahkim kurulları, uluslararası alanda ise CAS'ın hukuki niteliği ve bağımsızlıkları ciddi şekilde tartışılmaktadır.

Bu tartışmalar yaşanırken Ekim ayının başında Rumen futbolcu Adrian Mutu ve Alman sürat pateni sporcusu Claudia Pechstein'in "CAS'ın bağımsızlığı ve tarafsızlığı" ve "CAS'ta açık duruşma yapılmaması" nedenlerine dayanarak adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AIHM'e yaptıkları başvuruların başvurucular aleyhine karar bağlanmış olması, dünyada spor hukuku yargılaması bakımından spor mahkemelerinin konumunu oldukça güçlendirmiştir. Bu kararın ardından gözler TFF Tahkim Kurulu yargılamasıyla ilgili olarak yapılan başvurulara çevrilmiştir. CAS ve Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulu arasında yapısal farklılıkların bulunması, AIHM tarafından CAS ile ilgili olarak verilen bu kararın Türkiye için bir anlam ifade edip etmeyeceği sorusunu akla getirmiş ve AIHM'in TFF Tahkim Kurulu yargılaması ile ilgili vereceği karar giderek artan bir merakla beklenilmeye başlanmıştır. Bu çalışmada spor hukuku alanında yargılama modelleri üzerinde kısaca durulacak ve *Mutu, Pechstein - İsviçre* kararı ışığında TFF Tahkim Kurulu yargılaması aleyhine yapılan başvurular hakkında sonuca varılmaya çalışılacaktır.

II- TFF TAHKİM KURULU YARGILAMASI ALEYHİNE AİHM'E YAPILAN BAŞVURULARIN DAYANAKLARI

Türkiye'den AİHM'e yapılan ve burada örnek olarak verilen başvurularda, başvuruçuların ilki 2011-2014 yılları arasında Galatasaray Spor Kulübü yönetim kurulu üyeliği yapan Av. Sedat Doğan, ikincisi futbol yaşamını Almanya ve Türkiye liglerinde geçiren Deniz Naki ve sonuncusu ise bir dönem TFF'de hakemlik yapmış olan İbrahim Tokmak'tır. Yönetici Av. Sedat Doğan sportmenliğe aykırı hareket ettiği,¹ futbolcu Deniz Naki ideolojik propaganda yaptığı ve sportmenliğe aykırı açıklamalarda bulunduğu,² hakem İbrahim Tokmak ise MHK Talimatı m.38'e³ aykırı davrandığı⁴ gerekçesiyle TFF Disiplin

¹ Nelson Mandela'nın vefat haberinden sonraki ilk müsabakada, o dönemde Galatasaray Spor Kulübü'nde top koşturan Didier Drogba ve Emmanuel Eboue isimli futbolcular, kendileri için halk kahramanı olan ve ırkçılığa karşı verdiği mücadeleyle tüm dünyanın saygısını kazanan Nelson Mandela'ya hitaben "Teşekkürler Madiba" ve "Huzur içinde uyu" yazılı t-shirtlerle ısınmaya çıkmışlar ve bunun ardından söz konusu t-shirtleri izinsiz giydikleri ve siyasi propaganda yaptıkları gerekçesiyle TFF Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu'na sevk edilmişlerdi. Bunun üzerine yönetici Av. Sedat Doğan "İrkçilik yapana, hakeme tükürüne, kafasına poşet geçirip ırkçı küfür edene ceza yok, Drogba ve Eboue disipline sevk ediliyor. Bu yüzden TFF Yönetimi'nin istifasını istiyoruz. Ben merak ediyorum TFF Yönetimi Mandela öldüğü zaman bir taziye mesajı yayınladı mı? Uluslararası hukuk normlarına göre ırkçılık karşıtı bu eyleme yaptırım uygulamanın kendisi bizatihi ırkçılıktır. Üstelik Drogba ve Eboue hakkında hazırlanan raporun kulüplere ve sporculara tebliğ edilmesi gerekir. Ancak bu olayda bir hukuksuzluk var. Raporlar bize tebliğ edilmeden basına sızdırıldı. Orası bir kurum mu yoksa Dingo'nun ahırını mı?" şeklinde bir açıklama yapmış ve bu nedenle PFDK tarafından "sportmenliğe aykırı açıklama" sebebiyle 60 gün hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmıştır. Daha sonra ise TFF Tahkim Kurulu bu cezayı 30 güne indirmiştir.

² Profesyonel futbolcu olan Deniz Naki, 2016 yılında TFF 2. Lig temsilcisi Amedspor'da oynadığı sırada bir deplasman galibiyetinin ardından kişisel twitter hesabından yaptığı politik içerikli paylaşım sebebiyle PFDK'ya sevk edilmiş ve "ideolojik propaganda yapması" ve "sportmenliğe aykırı açıklamaları" nedeniyle PFDK tarafından 12 resmi müsabakadan men edilmiş, bu karar Tahkim Kurulu tarafından onanmıştır.

³ Bu hükme geçerli mazereti olmadan ısrarlı olarak görev kabul etmeyen, müsabaka sonucunu etkilemeye yönelik girişimlerde bulunan, sosyal yaşamı ve davranışları ile futbol camiasını küçük düşürecek tutum sergileyen görsel, işitsel yazılı (internet dâhil) ve sosyal medyada futbol ve hakem yorumculu yapan sosyal paylaşım sitelerinde millî, ahlaki ve sportif kültüre aykırı yazı, yorum ve paylaşımlarda bulunan kurul üyeleri, hakem, gözlemci, mentör ve eğitimcilerin lisansları Disiplin Kurulları tarafından iptal edilebilir, hak mahrumiyeti cezası verilebilir.

⁴ TFF eski ulusal hakemi İbrahim Tokmak ise, kamuya kapalı "Mekânın cehennem olsun emmi. Çok yaşa viagra" şeklindeki ifadeleri sebebiyle PFDK'ya sevk edilmiş ve kuruluş tarafından 3 ay hak mahrumiyeti cezasına çarptırılmış, bu karar Tahkim

Kurulu tarafından hak mahrumiyeti cezasına çarptırılmış, PFDK tarafından verilen bu cezalar TFF Tahkim Kurulu'nca onanmıştır.

Başvurucular cezaların ardından, TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapamamaları nedeniyle⁵ doğrudan AİHM'e başvuruda bulunmuş⁶ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen (AİHS) adil yargılanma, ifade özgürlüğü, etkili başvuru hakları ve ayrımcılık yasağına ilişkin maddelerin ihlal edildiğinin tespitini, AİHS'in koruması altındaki hakların ihlali nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararlara karşılık adil bir tazminata karar verilmesini istemişlerdir. Söz konusu başvurularda başvuruçular özetle şu gerekçelere dayanmışlardır:

- PFDK ve TFF Tahkim Kurulu üyeleri bağımsız ve tarafsız değiller. Zira bu üyeler federasyon yönetimi tarafından atanmaktadır. Kurulların görev süresi de başkanın görev süresine bağlıdır ve başkanın görevi sona erince, kurulların da görevleri sona ermektedir.
- Bu kurullar duruşma taleplerini kabul etmemekte ve bu suretle açık duruşmaya katılma, tanık dinletme, soru sorma hakları ihlal edilmektedir.
- *İfade özgürlüğü ihlal edilmektedir. Herhangi bir eleştiri hakkı tanınmamaktadır. Futbol dışı yorumlar dahi cezalandırılmaktadır.*
- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ihlal edilmekte, *açık olmayan* talimat hükümleri keyfi olarak yorumlanıp ceza verilmektedir.
- Her üç başvuru da AİHM tarafından kabul edilmiş ve Mahkeme

Kurulu tarafından onanmıştır. Bunun üzerine İbrahim Tokmak yargılamanın iadesi talebiyle Tahkim Kurulu'na başvuruda bulunmuş ancak bu başvuru reddedilmiştir.

⁵ Bu husus aşağıda "Spor Yargılamasında Anayasal Haklara Müdahale Edilmesi Halinde Durum" başlığı altında incelenecektir. Bkz. s.12 vd.

⁶ Sedat Doğan/Türkiye (48909/14), Deniz Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği-Türkiye (48924/16), İbrahim Tokmak-Türkiye (54540/16). Bu başvurular dışında gerek TFF Tahkim Kurulu'nun gerekse Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nun spor yargılamasında AİHS m.6'ya göre adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e yapılmış başka başvurular da bulunmaktadır. Ö. Fatih Arslan-Türkiye (17880/11), Serkan Akal - Türkiye (5506/16), Melih Özdil-Türkiye (22341/07).

tarafından Türkiye'ye konumuzla ilgili olarak şu sorular yöneltilmiştir:

- TFF Sözleşme m.10 f.1'de yer alan ifade özgürlüğüne, bilgi ve düşünce paylaşma özgürlüğüne müdahale etmiş midir? Bu müdahale Sözleşme m.10 f.2'ye göre kanun tarafından öngörülen ve gerekli bir müdahale midir? Başvurucular ifadeleri sebebiyle, TFF hukuk kurullarının yargı yetkisine tabi midir? Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi, TFF kurulları önündeki uyuşmazlıklara uygulanıyor mu? Bu kurullardaki yargılama usulü, adil yargılanma hakkını teminat altına alıyor mu? *Açık duruşma yapıldı mı? Disiplin ve Tahkim Kurulu önünde duruşma yapılmaması, AİHS m. 6 ile uyumlu muydu? Disiplin Kurulu ve Tahkim Kurulu üyeleri, özellikle atama usulleri ve görev süreleri bakımından, bağımsız ve tarafsızlar mıydı?*
- Başvurucuların ceza almasına sebep olan davranış, ulusal hukukta suç olarak düzenlenmiş miydi? Özellikle ilgili mevzuat hükümlerine göre başvurucular TFF'nin yargı yetkisi kapsamında mı kalmaktadırlar?
- Disiplin Kurulu ve Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu dikkate alındığında, başvurucuların iddia ettiği ihlalleri ileri sürebileceği etkili iç hukuk yolu var mıydı?

Başvurulara konu olaylar incelendiğinde, bu başvuruların esasında ifade özgürlüğü kapsamında da değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Özellikle son iki örnekte TFF Tahkim Kurulu'nun talimatları geniş yorumlayarak ilgili kişilere kendi faaliyet konusu kapsamında olmayan, futbol dışı sebeplerle ceza verdiği, bunun ise ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür. Ancak bu çalışmada sadece, Türkiye'de spor hukuku yargılamasında son sözü söyleme hakkına sahip olan Tahkim Kurulları tarafından verilen kararların AİHM m.6'da ifade edilen adil yargılanma hakkı bakımından aranan şartlara uygun olup olmadığı meselesi üzerinde durulacaktır. Tabi bunun için öncelikle Türkiye'de spor yönetimi ve yargılamasının yapısı üzerinde kısaca durmak gerekecektir. Zira bu alanda Türkiye'de Avrupa'dan farklı bir yol izlenmiştir.

III- DÜNYADA SPOR YARGILAMASI MODELLERİ

Spor yargılamasına ilişkin olarak başlıca üç usul yolu karşımıza çıkmaktadır: Bunlardan ilki dernekler hukuku kapsamında kalan spor yargılaması yoludur. Spor organizasyonlarındaki dernek içi organlar buna örnek olarak gösterilebilecektir. Bu yargılama yolunda uyuşmazlığı çözen kurullar dernek mahkemesi, spor mahkemesi, disiplin komitesi vb. isimlerle karşımıza çıkmaktadır. Bu yargılama yolunun temelinde dernek tüzüğünde yer alan spor yargılamasına ilişkin kurallar yer almaktadır.

İkinci yol ise CAS, Alman Spor Tahkim Mahkemesi ve Alman Futbol Federasyonu Spor Mahkemesi örneklerinde olduğu gibi spor hukuku uyuşmazlıklarının derneklerden ve onların organlarından bağımsız tarafsız özel mahkemeler tarafından görülmesidir. Bu özel mahkemelerin yargılama yetkisinin dayanağı, içinde buldukları ülkelerin anayasalarının dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen hükümleridir. Dernek kurma özgürlüğüne ilişkin bu hükümler yalnızca spor organizasyonlarına oyunları düzenleme ve oyun kurallarını belirleme hakkı vermekle kalmamakta, aynı zamanda kendi alanı içerisinde özel tahkimi örgütlenme ve yargılamanın yürütülmesi hususunda da geniş yetkiler tanımaktadır.⁷ Bu sistem tamamen bireysel ve kolektif irade serbestisi prensibine dayanmaktadır. Bu sebeple bu yargılama sisteminin, bu sistemi iradesiyle seçen kişiler bakımından geçerli olması gerekir.

Spor yargılamasında var olan sistemler arasındaki son yol, spor uyuşmazlıklarının devlet mahkemeleri eliyle özel hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturulmasıdır. Bu sistemde uyuşmazlıklar ilgili devletin anayasasında yer alan yargılama yetkisine sahip bağımsız ve tarafsız mahkemeler eliyle çözüme kavuşturulmaktadır.

⁷ Martin Nolte, "Staatliche Verantwortung im Bereich Sport - Ein Beitrag zur normativen Abgrenzung von Staat und Gesellschaft", Lorenz von Stein Institut Schriftenreihe, Band 23, Kiel 2004, s.240; Martin Nolte, "Das Zweisäulensystem von Justiz und Sportgerichtsbarkeit. Grundlagen, Grenzen und Wechselwirkungen", Justiz und Sportgerichtsbarkeit - Mit- und Gegeneinander, Kooperation oder Clich?, Tagungsband des wfv Sportrechtsseminars vom 26.-28. September 2014 in Wangen/Allgäu, Baden Baden 2016, s.15.

IV- TÜRKİYE'DE GEÇERLİ SPOR YARGILAMASI MODELİ

Türkiye'de spor yargılamasında nihai karar merci tahkim kurullarıdır. Spor disiplin hukukunun hızlı bir şekilde işletilmesi amacıyla 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği⁸ ile T.C. Anayasası m.59'a eklenen bir fıkra ile spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarının kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı mercii yoluna başvurulamayacağı hususu hükme bağlanmıştır.⁹

Türkiye'de spor yargılaması bakımından Anayasa'nın 59. maddesindeki düzenlemenin konusunu oluşturan iki tahkim kurulu bulunmaktadır. Bunlardan ilki Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde yer alan tahkim kuruludur ve bu kurul Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre kurulmuştur. Bu kurul futbol dışındaki spor federasyonlarının disiplin kurulları tarafından verilen kararların temyiz merci olarak görev yapmaktadır. Bu kurullardan ikincisi ise Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulu'dur ve bu Kurul yasal dayanağını 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve

⁸ Değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: "Anayasa'da yapılan bu değişiklikte, sportif faaliyetlerinin yönetilmesine ve disiplinine ilişkin ihtilafların süratle ve yargı denetimine tabi olmaksızın kesin olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede ilgili kurulların müsabakalarla, kulüplerle, sporcularla ve sporla ilgili diğer kişiler hakkında verdikleri müsabakadan men, küme düşürme, ligden ihraç, ihraç, seyircisiz oynama ve puan tenzili gibi kararlarına karşı süratli ve kesin bir denetim yolu öngörülmektedir".

⁹ 2011 yılında AY m.59'un değiştirilmesine Anayasa Mahkemesi'nin 2009 ve 2011 yıllarında vermiş olduğu iki iptal kararı neden olmuştur. Bunlardan biri 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Ek madde 9'dur. Bu madde GSGM Tahkim Kurulu'nu düzenlemektedir. Söz konusu maddede federasyon ile kulüpler; federasyon ile hakemler; federasyon ile teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktör ve antrenörler kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflar hakkında yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlamakla Tahkim Kurulu'nun görevli olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde bu Kanun'a dayanarak çıkarılan GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği m.12'de de Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir. AYM bu durumu Anayasa'ya aykırı bulmuş ve hükmü iptal etmiştir. AYM ikinci olarak ise 5894 sayılı TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un Tahkim Kurulu'nun kararlarının kesin ve nihai olduğunu düzenleyen 6. maddesinin 4. fıkrasını Anayasa'ya aykırı görerek iptal etmiştir. Bu kararlar üzerine Anayasa değişikliği paketine son dakikada bu hüküm de eklenmiştir. Bu Anayasa değişikliğine FIFA ve UEFA'nın spor uyumsuzluklarının adli yargıda görülmesini istememesi neden olmuştur.

Görevleri Hakkında Kanun m.6 f.4’de bulunmaktadır.¹⁰ Görüldüğü üzere Türkiye’de tahkim kurulları bir kanunla kurulmuş durumdadır ve bu kurullarının yargı yetkisi doğrudan Anayasa’ya dayanmaktadır.

Anayasa m.59 f.2’ye eklenen bu hüküm nedeniyle spor hukuku kapsamında kalan ihtilafların¹¹ çözümü artık adli yargı teşkilatı içerisinde yer alan mahkemelerin yetki alanı dışında bırakılmıştır.¹² Bir başka ifadeyle bu hükümle birlikte spor uyuşmazlıklarının çözümünde TFF Tahkim Kurulu ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu tek yetkili olup, bunlar dışında hiçbir mercie başvuru yapılamayacaktır.

TFF Tahkim Kurulu’nun yapısı ve kararlarının niteliği konusunda 17.6.1991 tarihli ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun zamanından beri var olan tartışma, 5894 sayılı Kanun zamanında da devam etmektedir. Bu belirlemenin yapılması için öncelikle Türkiye Futbol Federasyonu’nun hukuki niteliğine kısaca değinilmesi faydalı olacaktır.

5894 sayılı TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, tıpkı 3813 sayılı Kanun’da olduğu gibi, TFF’yi özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, özerk bir yapıya sahip olarak nitelendirmiştir. Ancak bu nitelendirmeye rağmen TFF’nin hukuki statüsü ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda üç farklı görüş bulunmaktadır: Birinci görüşe göre TFF bir özel hukuk tüzel kişisidir.¹³ Bu görüşteki yazarlar Kanun’da TFF’nin açıkça “özerk” bir kurum olarak nitelendirdiğini ve bu nitelemenin kamu kurumu sayılmaya engel oluşturduğunu ileri sürmektedirler.¹⁴ Öğretideki ikinci görüşe göre

¹⁰ Bu hükme göre Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karar bağlar ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz.

¹¹ Bu hükmün dayanağını teşkil eden 6214 sayılı Kanun’un gerekçesinde, sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekâlet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali hakların, sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olmadığından bu kapsam dışında bırakıldığından bahsedilmiştir. Bkz. TBMM 23. Dönem, 5. Yasama yılı, S. Sayısı, s.697.

¹² Ozan Ergül, “Sporda zorunlu tahkim - Bireysel başvuru ilişkisi: “Yargı denetimi dışında bırakılan işlemleri” dar yorumlamak mümkün mü?” *Anayasa Yargısı* Sayı 32, Ankara 2015, C.3, s.67.

¹³ Hasan Petek/Evrin Erişir, “Türkiye Futbol Federasyonu’nun Hukuki Niteliği”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:3, Sayı 19, Ankara 2008, s.205.

¹⁴ Danıştay da TFF’yi “kamu kurumu niteliği taşımayan bir özel hukuk tüzel kişisi” olarak nitelendirmektedir. Danıştay 10. D. E.1989/2924, K.1991//547, *Danıştay Dergisi*, Y.22, S.82-83, 1992, s.1005-1007; Danıştay 10. D. E. 1997/972,

TFF kendine özgü bir yapıya sahiptir.¹⁵ Bu görüşteki yazarlar TFF'nin vakıf, dernek ya da ticari bir şirket olmadığından özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilemeyeceğini, Kanun'da kamu kurumu olduğu yönünde bir ibare bulunmaması sebebiyle kendisine özgü bir yapısı olduğunu kabul etmek gerekeceğini ifade etmişlerdir. Doktrinde hâkim olan üçüncü görüşe göre ise TFF kamu tüzel kişisidir.¹⁶ Bu görüşteki yazarlar, Kanun'da yer alan "özel hukuk hükümlerine tabi olma" ifadesinin federasyonu özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirmeye yetmeyeceğini, hukuki nitelemeyi yaparken TFF'nin kurulma biçimi, faaliyet konusu, idare ile ilişkileri, kamu gücü ayrıcalıklarından faydalanıp faydalanmadıkları gibi hususların dikkate alınması gerektiğini, TFF'nin devlet tarafından kanunla kurulduğunu ve bir takım kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış ifade etmişlerdir. Bu yazarlar ayrıca TFF'nin kendisini oluşturan üyelerinin iradeleri ile ortadan kaldırılamayacağını ve bu nedenle TFF'nin kamu hukuku tüzel kişisi olduğunu da belirtmişlerdir.¹⁷

K.1997/2081 (Taner Ayanoglu, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, S.74, s.51, dipnot 10). Danıştay 1991 yılında verdiği bir kararda ise "Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu hükme bağlanmış olmasının, salt bu nedenle federasyonca ya da federasyon bünyesindeki kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağını" ifade etmiştir. Bkz. Danıştay 10. D. E.1991/1149, K.1991/2286, *Danıştay Dergisi*, Y.22, S.84-85, 1992, s.695-697. Öğretide Öztürk, Danıştay'ın bu yaklaşımının doğru olup olmadığının tartışmalı olduğunu ve spor federasyonlarının özel hukuk tüzel kişisi oldukları ve yaptıkları işlemlerin özel hukuk işlemi taşıyıp taşımadığı yönündeki soruya verilecek cevabın idarenin yargısal denetimine ve hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlamanın boyutunu ortaya koyması bakımından önemli olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Burak Öztürk, "İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu", Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2011, s.609.

¹⁵ Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I*, Ankara 2013, s.342; Şeref Ertaş/Hasan Petek, *Spor Hukuku*, Ankara 2011, s.197; Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 8. Basım, İstanbul 2018, s.497.

¹⁶ Ayanoglu, s.52. Yazar, TFF'nin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu, bunun özel hukuk tüzel kişisi olduğu anlamına gelmediğini, her iki niteleme arasında fark bulunduğunu, bir tüzel kişinin kanunla özel hukuka tabi olarak kurulmasının o tüzel kişiyi kamu tüzel kişisi sıfatından yoksun bırakmayacağını ifade etmektedir. Aynı yönde, M. Aytaç Özelci, *Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk Hukukundaki Yeri*, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2010, s.97; Cenk Akil, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği", *MÜHF - HAD*, C.19, S.3, s.379; Öztürk, s.612, 613.

¹⁷ TFF'nin Avrupa'daki örneklerinden farklı bir niteliğe sahip olduğu görülmektedir. Örneğin Alman Futbol Federasyonu (DFB) 28 Ocak 1900 tarihinde 86 kulübün

V- TFF TAHKİM KURULU'NUN YAPISI ve KARARLARININ NİTELİĞİ

5894 sayılı Kanun m.5 f.1'de TFF'nin organizasyon yapısı içinde yer alan ilk derece hukuk kurulları Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, Disiplin Kurulu, Kulüp Lisans Kurulu ve Etik Kurul olarak belirtilmiştir. İkinci fıkraya göre ise hukuk kurulları kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkilidir.

5894 sayılı Kanun m.6'ya göre Tahkim Kurulu TFF'nin en üst hukuk kuruludur. Aynı hükümde Tahkim Kurulunun oluşumu, görev, yetki, hak ve sorumlulukları ile üyelerinin sahip olması gereken niteliklerin TFF Statüsünde belirleneceği ifade edilmiştir. Bu Statüye göre, Tahkim Kurulu, Federasyon Başkanı'nun teklifi ve Yönetim Kurulu'nun kararı ile en az beş yıllık mesleki tecrübeye sahip hukuk fakültesi mezunları arasından seçilecek bir başkan ve altı asıl, altı yedek üyeden oluşmaktadır. Söz konusu üyelerin belirlenmesinde FIFA ve UEFA kriterleri esas alınmaktadır. Tahkim Kurulu'nun görev süresi, Federasyon Yönetim Kurulu'nun görev süresi kadardır. Kurul, görevinde bağımsızdır. Üyeler istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça yerlerine yeni üye görevlendirilemez. Tahkim Kurulu, kendisine intikal eden konular hakkında ilgililerden görüş, bilgi ve belge ister, gerekli delilleri toplar. Lüzum gördüğü takdirde, ilgilileri davet ederek dinleyebilir. Tahkim Kurulu, çalışmalarını, TFF Statüsü hükümleri ile FIFA ve UEFA kurallarına ve yargılamaya ilişkin kanunların ilgili hükümlerine göre yapar.

TFF Tahkim Kurulu'nun kararlarının hukuki niteliği hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hâkim görüş, 5894 sayılı Kanun'da Kurul'un kararlarının kesin ve nihai olduğunun ve Kurul'un kararlarına karşı idari ve adli hiçbir mercie başvurulamayacağını açıkça ifade edilmiş olması sebebiyle Tahkim Kurulu'na başvurunun "zorun-

bir araya gelmesiyle kurulan bir dernek olup tamamıyla dernekler hukukuna göre yönetilmektedir (bkz. https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/159360-02_Satzung.pdf). Keza Fransız Futbol Federasyonu'nun da dernek niteliğinde olduğu görülmektedir (bkz. Öztürk, s.613, dipnot 40).

lu tahkim" niteliğinde olduğu ve Kurul'un yargı yetkisini kullanan yargısal bir merci olduğu kanaatindedir.¹⁸ Buna göre futbol hukuku alanında kişiler, aralarında çıkacak uyuşmazlıkla ilgili olarak yalnızca TFF hukuku kurullarına başvurabileceklerdir. Öğretide başka bir görüş ise Tahkim Kurulu'nun yargısal değil idari bir merci olduğunu ileri sürmektedir.¹⁹ Bu görüş taraftarlarına göre 5894 sayılı Kanun m.4 f.2'de TFF'nin merkez, yurt içi ve yurt dışı teşkilatından meydana geldiği ve hukuk kurullarının merkezi teşkilata dâhil olması sebebiyle TFF merkez teşkilatı organlarından birisi olan Tahkim Kurulu organik olarak konumunun bağlı olduğu federasyona göre belirlenmelidir. Bu değerlendirme sonucunda ise TFF Tahkim Kurulu'nun yargısal değil, idari bir merci olduğunun söylenmesi isabetli olur.

Anayasa Mahkemesi 5894 sayılı Kanun'un TFF Tahkim Kurulu'nu düzenleyen 6. maddesinin 4. fıkrasına ilişkin olarak vermiş olduğu kararda, Tahkim Kurulu'nun yürüttüğü faaliyeti AY m.141'de belirtilen yargının davaları en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi kapsamında devletin yargı yetkisini ikame eden bir faaliyet olarak nitelendirmiştir.²⁰ Buna göre TFF Tahkim Kurulu'nun yürüttüğü faaliyet yargı işlevinin yerine getirilmesi niteliğindedir.²¹

VI- TAHKİM KURULU'NA BAŞVURU ZORUNLULUĞU VE KURUL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

Anayasa Mahkemesi'nin 5894 ve 3289 sayılı Kanunlarda yer alan tahkim kurullarına ilişkin hükümleri farklı gerekçelerle iptal etmesinden sonraki aşamada Anayasa'nın 59. maddesine bir fıkra eklenmiş

¹⁸ Erkan Küçükgüngör, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Hukuki Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2001/2, s.142; Özelçi, s.152; Sebahattin Devcioğlu/Bilal Çoban, "Türkiye Futbol Federasyonu'nun Özerkliği", *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimler Dergisi*, Sayı 8 Ankara 2003, s. 56; Hasan Petek, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, s.258; Akil, s.388. Tahkim Kurulu'nun yapısını ve oluşum tarzını dikkate alan bir başka görüşe göre ise Tahkim Kurulu yargısal bir mercii olmayıp, idari bir merciidir. Bkz. Ayanoglu, s.56, 57.

¹⁹ Ayanoglu, s.56.

²⁰ AYM E.2010/61, K.2011/7 06.01.2011, RG 26.02.2011 - 27858.

²¹ Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise, 3289 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen GSM Tahkim Kurulu'nun kararlarının, bu kurul GSM bünyesinde örgütlenmiş bir idari olması sebebiyle "idari işlem" olduğunu belirtmiş ve böyle bir birimin yargısal işlev yürütmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. AYM E.2006/118, K.2009/107, RG 19.03.2010 - 27526.

ve bu hükmünde spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarının kesin olup, bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı ifade edilmiştir.²² Bu Anayasa değişikliği ile meselenin Anayasaya aykırılığa ilişkin boyutu bu şekilde aşılmaya, bir başka ifadeyle bu sayede Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen iptal kararlarının sonuçları ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.²³

AY m. 59 f.3'ün yanı sıra 5894 sayılı Kanun m.6'da da Tahkim Kurulu'nun bir zorunlu tahkim mercii olduğu açıkça belirtilmiştir.²⁴ Buna göre TFF Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar mercii olup, kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlamaktadır. TFF Statüsünün 63. maddesine göre TFF üyeleri, kulüpler, hakemler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörlerin, futbolcu temsilcileri, müsabaka organizatörleri, sağlık personelleri ve diğer resmi görevliler, futbolun yönetimine ve disiplinine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında hukuk kurullarının dışında başka hiçbir yargı merciine başvuramayacaklardır. Görüldüğü üzere adında "tahkim" ifadesi geçmesine

²² Bu hükmün varlığına rağmen Kurul tarafından yerine getirilen işlevin niteliğinin hala tartışmalı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Öztürk, s.619. Öğretide Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna gidilememesi hukuk devletine ve idarenin yargısal denetimi ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Akgüner/Berk, s.503.

²³ İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, İdare Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2011, s.517. Yazarlar, böyle bir yolun izlenmesi Anayasa'nın genel olarak yargı kararlarının ve özel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını öngören 138/son ve 153/son hükümlerine aykırı olduğunu belirtmektedirler. Buna karşın öğretide Öztürk ise, normlar hiyerarşisine dayalı bir pozitif hukuk düzeninde, bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu belirten bir Anayasa Mahkemesi kararının sonucunun, en üst düzeyde yasa koyucuyu bağlayacağını, Anayasa Mahkemesinde iptal edilen bir yasa hükmünün anayasa koyucu tarafından anayasal düzende kurallaştırılmasının, o hükmün Anayasa'ya aykırı olmasından çıkarılabilecek meşru sonuçlar arasında yer alacağını, yapılan anayasa değişikliğinin, idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu öngören anayasal ilke karşısındaki istisnai niteliğinin ve bunun anayasa tekniği açısından değerlendirilmesinin ise "anayasaya aykırılık" tartışmasının dışında kalacağını ifade etmektedir. Bkz. Öztürk, s.618 dipnot 55.

²⁴ Spor federasyonlarının sporun yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına yönelik itirazlarının zorunlu tahkim yoluyla kesin olarak çözüme kavuşturulmasına ilişkin seçimin temelinde dünyadaki gelişme ve eğilimlerin yattığı ifade edilmektedir. Bkz. Küçükgüngör, s.146.

rağmen, yargılama faaliyeti gören bu kurulun, gerçek anlamıyla bir tahkim yargılaması yapmadığı, bir başka ifadeyle bir uyuşmazlığın taraf iradeleriyle devlet mahkemeleri dışında özel kişilerce çözüme kavuşturulması olarak tarif edilebilecek alternatif uyuşmazlık çözümü ile bir ilgisinin olmadığı ortadadır. Bu düzenlemelere göre Türkiye’de futbol yargılamasında yukarıdaki maddede verilen kişilerin, sportif uyuşmazlıkları TFF Tahkim Kurulu’ndan başka bir mercii önüne götürmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla adı Tahkim Kurulu olmasına rağmen, bu yargılamada tahkime ait genel prensiplerden ayrılmış ve Anayasa gereğince spor uyuşmazlıkları bakımından zorunlu bir yargı merci olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak, örneğin Almanya’da olduğu gibi spor uyuşmazlıkları Federasyon Tahkim Kurulu dışında devlet mahkemeleri önüne götürülemezdir.²⁵ Dolayısıyla burada aslında bir tahkim kurulundan değil, spor mahkemesinden bahsetmek gerekecektir.

Statünün 64. maddesinde FIFA ve UEFA Statüleri uyarınca kesin ve bağlayıcı bir FIFA ve UEFA kararına yönelik tüm itirazların Lozan’da bulunan Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) tarafından ele alınacağı belirtilmiş, ancak aynı fıkranın ikinci cümlesinde CAS’ın, TFF’nin bağımsız ve usulüne uygun olarak oluşturduğu Tahkim Kurulu tarafından alınan kararlar aleyhindeki itirazlara bakamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Bu arada Anayasa Mahkemesi, 18.01.2018 tarihli kararıyla, Türkiye Futbol Federasyonu’nun; ilk derece hukuk kurullarının kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya Kanun, TFF Statüsü, TFF’nin talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkili olduğunu düzenleyen 5894 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasını iptal etmiştir.²⁶ Mahkeme iptal kararının gerekçesinde şu hususlara yer vermiştir: *“Anayasa’nın 59. maddesinde spor federasyonları yalnızca spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlara*

²⁵ Her ne kadar Almanya’da spor uyuşmazlıkları için devlet mahkemelerine gidilebilecek olsa da, federasyonlar kendilerine lisans için başvuran sporculara tahkim anlaşması imzalatmakta, bu anlaşmayı imzalamaktan imtina edenlere lisans çıkarmamakta ya da bu sporcuları müsabakalara kabul etmemektedir.

²⁶ AYM E.2017/136, K.2018/7, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/genelkurul/detay/pdf/2018-7.pdf>.

karşı yargı zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarına karşı yargı merciine başvurulamayacağı öngörülmesine rağmen, itiraz konusu kuralda böyle bir ayırım yapmaksızın ilgili mevzuat ve TFF kurul ve organlarına ilişkin olarak çıkacak tüm uyuşmazlıklar bakımından ilk derece hukuk kurullarının münhasıran karar vermekle yetkili kılınması ve ilk derece hukuk kurullarının kararlarına karşı yargı yoluna başvuruların engellenmesi Anayasa'nın 59. maddesinde yer alan düzenlemeyle bağdaşmadığı gibi, ilgililerin mahkemeye erişim hakkını da ortadan kaldırmakta ve hak arama hürriyetine dokunmaktadır".

VII- SPOR YARGILAMASINDA ANAYASAL HAKLARA MÜDAHALE EDİLMESİ HALİNDE DURUM

AY m.59 f.3 hükmünün Anayasa'ya eklenmesiyle birlikte spor yargılamalarında Tahkim Kurulu'nca verilen kararların anayasal hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına yol açacak nitelikte olması halinde durumun ne olacağı, bir başka ifadeyle hakları ihlal edilenlerin gidebilecekleri bir başka hukuki yolun bulunup bulunmadığı meselesi irdelenmeye başlanmıştır. Aslında burada kısaca şu soru sorulmak istenmiştir: Acaba spor hukuku uyuşmazlıklarında anayasal hakları sınırlanan kişiler Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabilecekler midir?

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.45 f.3'de bireysel başvuru imkânının konu bakımından sınırlandığı görülmektedir. Bu hükme göre yasama işleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olmayacaktır.²⁷ Bu düzenleme AY m.59 ile birlikte değerlendirildiğinde, AY m.59'un "yargı yolunun kapatan" düzenlemesinin, dolaylı olarak

²⁷ Herkesin Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini ifade eden AY m.148 f.3 hükmü karşısında, 6216 sayılı Kanun'la getirilen bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu söylenmektedir. Bkz. Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.68; Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikâyeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler, Editörler: Ece Göztepe, Aykut Çelebi, Metis Kitabevi, İstanbul 2012, s.446.

bireysel başvuru yoluna gidilmesini de engellediği ifade edilmiştir.²⁸ Nitekim AYM'nin 22 Şubat 2013 tarih ve 2012/620 sayılı kararı bunun somut göstergesi olmuştur.²⁹

Bu nedenle spor kişilerinin disiplin hukukundan kaynaklanan uygulamalar ve kararlar karşısında anayasal haklarının güvence altında olduğu söylenemeyecektir. Bir başka ifadeyle, 6216 sayılı Kanun'daki bu düzenleme ve Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen kararı karşısında spor alanındaki kişilerin anayasal haklarının hukuk düzenince tanınmadığı anlaşılmaktadır.³⁰

VIII- ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI

AIHS m.6 adil yargılanma hakkını garanti altına almaktadır. Söz konusu hükme göre, *“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir”*.

²⁸ Ergül, s.68.

²⁹ Anılan kararda başvuru Wushu Federasyonu Başkanı, Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulu'nca kendisine verilen ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'nca onanan disiplin cezasına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş, ancak AYM esasa girmeden başvuruyu reddetmiştir. Söz konusu kararda Mahkeme, 6216 sayılı Kanun m.45 f.3'de Anayasa'nun yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağını belirtildiğini, Anayasa'nın 59. maddesinde spor tahkim kurulu kararlarının kesin olduğunun ve hiçbir yargı merciine başvurulamayacağını hükme bağlandığını, başvurunun Tahkim Kurulu tarafından verilen disiplin cezasına ilişkin olması nedeniyle 6216 sayılı Kanun m.45 f.3 uyarınca bu konuda bireysel başvuruda bulunamayacağını ifade etmiştir.

³⁰ Ergül, s.71. Yazar böyle bir sonucun çağdaş hukuk düzenlerine hâkim anlayış ve anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri karşısında kabul edilemez olduğunu ve Anayasa m.11 hükmüne göre hak ve özgürlük ihlalinin ister devlet kurumları ya da kamu erki kullanan diğer kuruluşların eylem ve işlemlerinden, isterse özel hukuk kişilerinin eylem ve işlemlerinden kaynaklansın, Anayasa hükümlerinin bir koruma sağlaması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu düzenlemenin uygulama alanının sadece muhakeme süreci olmadığı, bunun yanında yargılamaya hazırlık safhasını ve hükmün uygulanması aşamasını da kapsadığı ifade edilmektedir.³¹ Bu madde medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde herkesin adil duruşma hakkını garanti etmektedir. Madde metninde açıkça anlaşılacağı üzere bu hak medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili yargılamaları kapsamaktadır.

Bu madde gereğince adil yargılanma hakkının varlığından söz edebilmek için şu unsurların var olması gerekmektedir:

- Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin varlığı. Yasayla kurulmuş olma kavramı yargı kurumunun idareye tabi olmaması ama buna karşın yasama meclisi tarafından çıkarılan yasa ile düzenlenmesini amaçlamaktadır. Yargılama makamının bağımsızlığı kavramı yargının diğer güçlerden ve özellikle de yürütmeden ayrılmasına dair usulü garantilerin mevcudiyetini gerektirmektedir.
- Yargılamanın yürütmeden belirli bir yapısal düzeyde ayrılması
- Davanın makul süre içerisinde ve hakkaniyete uygun şekilde görülmesi³²
- Davanın açık oturumda görülmesi
- Hükmün açık oturumda verilmesi

6. maddede yer alan “mahkeme” deyimini Divan içtihadında, kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız ve yargılama usulü güvencesine sahip bir makamı ifade etmektedir.³³ *Sözleşme anlamındaki mahkeme, görevine dâhil konularda belirli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gereğinde devlet zoruyla*

³¹ Kai Ambos, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m.6”, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi S.3, s. 25, Çeviri Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.15.

³² Strasbourg denetim organlarının bu ibareden hareketle adil yargılanma kavramının fıkarda açıkça sayılanlar yanında dava hakkı, taraflar arasında silah eşitliği, yargılamada çelişiklik gibi zimni unsurlar da içerdiği sonucuna vardıkları belirtilmiştir. Bkz. Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama” *AÜSBF Dergisi*, Ankara 2004, C.29, No: 1-4, s.201.

³³ Gölcüklü, s.210.

yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde tutmaktadır. Buna göre bir organa mahkeme özelliğini kazandıran unsur, onun yargısal fonksiyonudur.³⁴ Bir kurulun bu nitelikleri taşımak kaydıyla genel ve olağan yargı merciler grubu dışında yer alması³⁵ veya yargısal fonksiyon yanında başka görevler de yürütmekte olması³⁶ kendisinin mahkeme sayılmasına engel olmayacaktır. Bu nedenle AİHM içtihatlarına göre, uygun teminatları sunması daimi şartıyla, sınırlı sayıda özel konularda hüküm vermek üzere kurulmuş bir organ da mahkeme olarak sayılabilecektir.³⁷ Yasayla kurulmuş olma ifadesi yalnızca bir mahkemenin varlığının yasal dayanağıyla ilgili değil, aynı zamanda mahkemenin kendisini düzenleyen özel kurallara uymasıyla ilgili olduğu da ifade edilmektedir.³⁸

Mahkemelerin *bağımsızlığı*, başka bir kişi ya da organdan emir almamak, özellikle yürütme erki ve tarafların etki alanı dışında olmak anlamına gelmektedir.³⁹ Mahkemelerin *bağımsızlığı*, üyelerinin *bağımsızlığı* ile eş anlamlıdır. Mahkeme içtihatlarına göre bir merciin *bağımsız* olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemede, *üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev sürelerine, üyelerine emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, dışarıdan baskılara karşı bir güvencelerinin alınıp alınmadığına ve nihayet mahkemenin global bir değerlendirme ile bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediğine* bakmaktadır.⁴⁰ Mahkeme üyelerinin yürütme tarafından atanması AİHM tarafından tek başına *bağımsız-*

³⁴ Belilos-İsviçre, 29.4.1988, A 132.

³⁵ De Wilde, Ooms et Versyp - Belçika, s.41; Le Compte, van Leuven et De Meyere - Belçika, 23.6.1981, A 43, s.24; Campbell et Fell - İngiltere, 28.6.1984, A 80, s.29. Bu husus son kararda, "mahkeme sözcüğünün ülkenin standart yargı mekanizmasında bulunan klasik türde bir hukuk mahkemesini tanımladığı şeklinde anlaşılması mutlaka zorunlu değildir" şeklinde ifade edilmiştir.

³⁶ Campbell et Fell - İngiltere, 28.6.1984, A 80, s.29.

³⁷ Lithgow ve Diğerleri - Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1986, § 201, Seri A no. 102.

³⁸ Sokurenko and Strygun - Ukrayna, 29458/04 ve 29465/04, 11.12.2006, § 24.

³⁹ Gölcüklü, s.211. Bunun yanı sıra hâkimlerin *bağımsızlığının* unsurlarından birinin ekonomik *bağımsızlık* olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Hakan Pekcantez, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", *İzmir Barosu Dergisi*, İzmir, Nisan 1997, Sayı 2, s. 40.

⁴⁰ Langborger - *İsveç*, § 32; Kleyn ve diğerleri - Hollanda, BD, § 190, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. madde rehberi, Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönünden), tps://www.echr.coe.int/Documents/ Guide_Art_6_TUR.pdf, s.26. Ayrıca Campbell et Fell - İngiltere, 28.6.1984, A 80, s.39.

lığı şüpheye düşürecek bir durum olarak görülmemektedir.⁴¹ Ancak üyelerin belirli menfaat grupları tarafından teklif edilmesi ve bunlarla sıkı bağlılık ilişkisi içinde olması halinde artık bu bağımsızlıktan bahsetmek mümkün olamayacaktır.⁴²

AİHM içtihatlarına göre tarafsızlık davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu, özellikle mahkemenin taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhinde bir duyguya ya da çıkara sahip olmaması anlamına gelmektedir.⁴³ Mahkeme tarafsızlığı objektif ve sübjektif tarafsızlık olarak ikiye ayırmaktadır. Sübjektif tarafsızlık mahkemenin bir üyesinin kişisel tarafsızlığı, objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin organın tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır.⁴⁴ Mahkeme, mahkemelerin bireylere güven hissi vermelerine büyük önem atfetmektedir.⁴⁵ Nitekim Mahkeme, birçok kararında “adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır” fikrini savunmaktadır.⁴⁶ Bu anlamda mahkemelere duyulan güven büyük ölçüde kurumun, üyelerinden soyutlanarak bir bütün olarak verdiği nesnel görünüme bağlıdır.⁴⁷

Adil yargılanma hakkının varlığından söz edebilmek için aranan diğer kriterler ise davanın açık oturumda görülmesi ve hükmün açık oturumda verilmesidir. Açık duruşma olarak da ifade edilebilecek davanın açık oturumda görülmesi yargılama hukukunun evrensel ilkelelerinden biridir. *Açık duruşma*, adil yargılanma hakkının asli boyutu olduğu, bu hakkın amacının yargılamada keyfiliğe müsait olan gizli yargılamayı önlemek olduğu ifade edilmektedir.⁴⁸ *Hükmün açık oturumda verildiğinin söylenebilmesi için kısa kararın açık duruşmada taraflar bildirilmesi yeterlidir; gerekçeli karar sonradan taraflara bildirilebilecektir.*⁴⁹

⁴¹ Belilos - Schweiz, 29.April 1988, 10328/83, § 66.

⁴² Lauko - Slovakya, 2.9.1998, 26138/95, § 66-67.

⁴³ Langborger - İsveç, § 35, s.16.

⁴⁴ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 7. Bası, Ankara 2018, s.322.

⁴⁵ Tarafılıkları hakkında şüphe duyulmasını haklı çıkarabilecek durumların varlığı bile, mahkemelerin tarafsız sayılmasına yeterli engel olarak görülmektedir. Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.323.

⁴⁶ Gölcüklü, s.212.

⁴⁷ Brandtstetter - Avusturya, 28.8.1991, A 211, s.21.

⁴⁸ Gölcüklü, s.216; Pekcanitez, s.43.

⁴⁹ Pekcanitez, s.44.

AİHM içtihatlarında, duruşmaların kamuya açık olarak yapılmasının 6. maddenin 1. paragrafında vurgulanan temel bir ilkeyi teşkil ettiği, bu şartın dava taraflarını adaletin gizli olarak ve hiç bir kamu denetimi olmaksızın uygulanmasına karşı koruduğu, aynı zamanda bunun mahkemelere duyulan güvenin idame ettirilmesini sağlayabilecek araçlardan bir tanesi olduğu belirtilmektedir. AİHM'e göre duruşmanın kamuya açık olması, adaletin uygulanmasını şeffaf kılmak suretiyle, 6. maddesinin 1. fıkrasının amacına, yani Sözleşme anlamında her demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan adil yargılama teminatına ulaşılmasına katkıda bulunmaktadır.⁵⁰

Açık duruşma hakkı kural olarak sözlü duruşma hakkını da kapsamaktadır. Her ne kadar Sözleşme'de duruşmaların "kamuya açık" olmasından bahsedilmiş olsa da, öğreti ve içtihatlarda sanığın "dinlenilmesi" anlamına geleceği kabul edilmektedir.⁵¹ Birçok olayda iç hukuk mevzuatında yer alan bir hükmün Sözleşmeye aykırılığı bu hakka aykırılık ile temellendirildiği için, AİHM içtihatlarında bu temel hakka büyük önem verildiği görülmektedir.⁵²

Açık duruşmanın hem ilk derece mahkemelerinde hem de üst derece mahkemelerinde yapılmasına gerek bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinde açık duruşma yapılmışsa üst derece mahkemesinde açık duruşma yapılması zorunlu değildir. Ancak ilk derece mahkeme önündeki yargılamada açık duruşma yapılmamışsa, bu durum bir üst derece mahkemesinin önünde yapılacak duruşma ile düzeltilebilecektir. Her iki mahkeme önünde de duruşma yapılmaması ancak istisnai hallerde makul kabul edilebilecektir.⁵³ Duruşma yapılmamasını haklı kılan istisnai nedenler bulunmadığı sürece, ilk ve tek derece mahkemesinin huzurundaki yargılamalarda, AİHS m.6 f.1 uyarınca "açık duruşma hakkı", beraberinde "duruşma yapılmasını isteme hakkını" da getirir.⁵⁴

⁵⁰ Diennet - Fransa, 26 Eylül 1995, Seri A no. 325-A, § 33; Malhous - Çek Cumhuriyeti [BD], no. 33071/96, § 55, 12 Temmuz 2001.

⁵¹ Siegbert Morscher/Peter Christ, "Grundrecht auf öffentliche Verhandlung gem. Art.6 EMRK", EUGRZ 2010, s.272.; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.300. Yazarlar konuya ilişkin olarak, tarafların duruşmada fiziksel olarak hazır bulunmalarının yetmeyeceğini, tarafların duruşmada cereyan eden işlemleri dinleyip takip ederek duruşmaya etkin olarak katılma haklarının bulunduğunu ifade etmişlerdir.. Axen - Federal Almanya, 8 Aralık 1983, § 28. Bu anlamda Sözleşmenin İngilizce metninde geçen "hearing" ifadesi bu durumu daha net bir biçimde ortaya koymaktadır.

⁵² Morscher/Christ, s.272.

⁵³ Helmers - İsveç, 11826/85, 29 Ekim 1991, § 36; Miller/İsveç, 55853/00, § 60.

⁵⁴ Fischer - Avusturya, 16922/90, 26 Nisan 1995, § 44; Salomonsson - İsveç, 38978/97, 12 Şubat 2003, § 36.

IX- TFF YARGILAMASININ ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda izah edildiği gibi, AİHM Sözleşmenin 6. maddesinde geçen “mahkeme” kavramını içtihatlar yoluyla geliştirdiği kriterlere göre değerlendirmektedir. Buna göre kendi görev alanına giren uyuşmazlıkları belirli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak çözen, kanunla kurulmuş bir merci mahkeme sayılmaktadır. Bu noktada öncelikle, iç hukukta kararlarının niteliği tartışılan TFF Tahkim Kurulu’nun AİHS m.6 anlamında bir mahkeme olarak sayıldığı söylenebilecektir. Nitekim TFF Tahkim Kurulu tarafından yapılan yargılamanın adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle 2007 yılında yapılan bir başvuruda AİHM TFF Tahkim Kurulu’nun mahkeme sayılıp sayılmayacağı meselesi ile ilgili şu açıklamalarda bulunmuştur:⁵⁵ “Sözleşme’nin 6. maddesinin tüzel kişiler arasındaki anlaşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla tahkim mahkemelerinin kurulmasını engellemediğini hatırlatmaktadır. Nitekim 6. maddede geçen “mahkeme” sözcüğünün, mutlak suretle ülkenin standart adli mekanizması içerisinde yer alan, klasik türden bir hukuk mahkemesi olarak anlaşılmalıdır; bu nedenle söz konusu sözcük, uygun teminatları sunması daimi şartıyla, sınırlı sayıda özel konularda hüküm vermek üzere kurulmuş bir organı içerebilir (Lithgow ve Diğerleri - Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1986, § 201, Seri A no. 102). Ayrıca, ihtiyari tahkim ile zorunlu tahkim arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Normalde 6. madde, ihtiyari olarak tahkime gidilen hallerde hiç bir sorun teşkil etmemektedir. Öte yandan şayet tahkim, yasa gereği olması anlamında zorunlu ise, tarafların elinde anlaşmazlıklarını Tahkim Kuruluna götürmekten başka seçenek yoktur ve Kurulun, 6 § 1 maddesinde belirlenen güvenceleri sunması gerekmektedir (Suda - Çek Cumhuriyeti, no. 1643/06, §§ 50, 28 Ekim 2010)”⁵⁶

Bu başvuruda AİHM, TFF Tahkim Kurulu’nu mahkeme olarak kabul etmektedir. Kararda ayrıca TFF Tahkim Kurulu’nun bir “zorunlu tahkim” yolu olduğu da belirtilmektedir. Bunun anlamı, ihtiyari tahkimde 6. maddede sayılan güvencelerin uygulanamayacak olabilme-

⁵⁵ Kolgu - Türkiye, 2935/07.

⁵⁶ Belirtmek gerekir ki AİHM söz konusu başvuruda AİHS m.6’ye göre adil yargılanma hakkına ilişkin kriterleri açıkladıktan sonra somut başvuru ile ilgili hiçbir değerlendirme yapmaksızın söz konusu yargılamaların özel mahiyetinin, başvuranın Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında sahip olduğu haklarını ihlal ettiğinin düşünüleceği kanaatine varmıştır.

sine karşın,⁵⁷ zorunlu tahkimde bu istisnai durumdan bahsedilemeyecek olmasıdır. Buna göre AİHM nezdinde mahkeme sayılan Kurul'un, uyuşmazlıkların çözümünde AİHS m. 6 f.1' de belirlenen güvenceleri sunması gerekecektir.

Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına ilişkin değerlendirilmede üyelerin atanma biçimi, görev süreleri, dışarıdan baskılara karşı garantilerin varlığı ve kurumun bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı hususları göz önünde bulundurulacaktır. AİHM bu anlamda mahkemelerin üyelerinin yürütme tarafından atanıyor olmasının tek başına Sözleşme ihlali anlamına gelmediğini ifade etmekte,⁵⁸ ancak atama uygulamasının tatminkârlıktan yoksun olmasını adil yargılama hakkına müdahale olarak görmektedir.⁵⁹ Mahkeme üyeleri belirli bir süre için atanıyorsa ve bu süre zarfında görevden alınmıyorsa, bu durum AİHM tarafından bağımsızlık garantisi olarak algılanmaktadır.⁶⁰ TFF Tahkim Kurulu üyelerinin görev süreleri ise tamamen, kendilerini atayan TFF Yönetim Kurulu üyelerinin görev sürelerine bağlıdır. Tahkim Kurulu üyeleri TFF Yönetim Kurulu ile göreve gelmekte ve yönetim kurulu görevde kaldığı sürece yargılama faaliyetlerini sürdürebilmektedir. Bu husus "*Tahkim Kurulu'nun görev süresi, Federasyon Yönetim Kurulu'nun görev süresi kadardır*" şeklindeki TFF Statüsü m.61 f.2'de net bir şekilde ifade edilmiştir. Her ne kadar Statü'de Kurul'un görevinde bağımsız olduğu, üyeler istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça yeni üye görevlendiremeyeceği ifade edilmiş olsa da, görev süresi bakımından kendisini atayan yönetim kurulunun görev süresine bağlanmasının AİHS m.6'da aranan bağımsızlık kriterini zedeleyeceği ortadadır.⁶¹

⁵⁷ Mahkeme'ye göre ihtiyari tahkimde Sözleşmenin 6. maddesi bir sorun teşkil etmemektedir. Bunun anlamı uyuşmazlıklarda ihtiyari tahkim yoluna başvurulması halinde Sözleşmenin 6. maddesinde belirlenen güvencelerin uygulanmayacak olabileceğidir. AİHM birçok kararında bir uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan tahkim anlaşmasının hukuken bu güvencelerden vazgeçmek anlamına geldiğini, bunun tek istisnasının tahkim anlaşmasının cebren imzalatılması olduğunu ifade etmektedir (Deweer - Belçika, 27.02.1980, § 35).

⁵⁸ Campbell et Fell - İngiltere, 28.6.1984, § 79.

⁵⁹ Zand - Avusturya, 15 DR § 70, 71.

⁶⁰ Le Compte, van Leuven, De Meyere - Belçika, 23 Haziran 1984.

⁶¹ Aynı görüşte Özelçi, s149. Yazar isabetli bir şekilde TFF Yönetim Kurulunun, kendi kararlarını hukuken denetleyecek ve yargılayacak bir organı kendi iradesine göre oluşturduğunu vurgulamıştır.

Bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birbiriyle yakın ilişkilidir. AİHM mahkemenin tarafsızlığını araştırırken, üyelerin atanma ve görevden alınma usulü ile görev sürelerine, emir ve talimat alıp almadıklarına ve en sonunda genel bir değerlendirmeye bağımsız bir görüntüye sahip olup olmadıklarına bakmaktadır. TFF Tahkim Kurulu, Federasyonunun diğer hukuk kurullarıyla birlikte aynı yapı içerisinde yer almaktadır. Profesyonel Disiplin Kurulu'nun ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun üyelerinin görev süreleri, kendilerini atayan yönetim kurulunun görev süreleri ile aynıdır. Bu kurulların verdikleri kararlar, bu kararlara karşı süresi içerisinde itiraz edilmemesi halinde bu sürenin sona ermesiyle ya da itiraz üzerine verilen Tahkim Kurulu kararı ile kesinleşmektedir. Bu kurulların aynı yapı içerisinde yer alması ve görev sürelerinin yönetim kuruluna bağlı olmasının, mahkemelerin tarafsız olarak kabul edilebilmesi için önem arz eden "demokratik bir toplumda adalet yalnızca sağlanmamalı, aynı zamanda adaletin sağlandığı görülmelidir" ilkesiyle zıt düştüğü söylenebilecektir. Zira mahkemelerin kamuoyunda gerekli güveni uyandırabilmesi için, aynı zamanda iç örgütlenmeyle alakalı konuların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁶²

Açık duruşma yapılması bakımından ise; TFF Statüsü'nde açık duruşma yapılmasına ilişkin bir madde bulunmamaktadır. Statü'de konuyla ilgili olarak geçen yegâne hüküm Tahkim Kurulu'nun kendisine intikal eden konular hakkında ilgililerden görüş ve bilgi isteyeceğine ve gerekli delilleri toplayacağına; lüzum görmesi halinde ise ilgilileri davet edip dinleyebileceğine ilişkin hükümdür. TFF Tahkim Kurulu duruşma yapılıp yapılmamasında oldukça geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Yargılama faaliyeti sırasında taraflardan gelen duruşma taleplerini tamamen takdir yetkisine bağlı olarak geri çevirebilmektedir. Dolayısıyla TFF Statüsünün bu anlamda yeterli güvence vermediği ve Kurul tarafından yürütülen yargılama faaliyetinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir.⁶³

⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. madde Rehberi, Adil Yargılanma Yönü (Medeni Hukuk Yönü), Avrupa Konseyi 2013, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf, s.29.

⁶³ T.C. Anayasası m.141'e göre de mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.

X- MUTU, PECHSTEIN - İSVİÇRE (40575/10 ve 67474/10) KARARININ SPOR YARGILAMASINA ETKİSİ

AİHM 2 Ekim 2018 tarihinde yayımladığı *Mutu, Pechstein - İsviçre* kararında, profesyonel atletlerin Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS) önüne getirdiği davalara konu adli süreçlerin hukuku uygun olup olmadığına ilişkin olarak bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu kararın içeriğine geçmeden kısaca başvurulara konu olayın özetini yapmakta fayda bulunmaktadır.

Romanya vatandaşı olan profesyonel futbolcu Adrian Mutu Premier Lig ekiplerinden Chelsea FC'de oynarken, İngiltere Futbol Federasyonu'nun yaptığı testte kanında kokain izlerine rastlanmış ve bunun üzerine kulüp tarafından sözleşmesi feshedilmiştir. İngiltere'de futbolcuların ve kulübün temyiz merci olan Futbol Federasyonu Temyiz Komitesi futbolcunun sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Chelsea FC FIFA Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvurarak zararının giderilmesine yönelik talepte bulunmuş, bu Kurul tarafından futbolcunun kulübe 17 milyon Euro ödemesine karar verilmiştir. Bunun üzerine futbolcu CAS'a temyiz başvurusunda bulunmuş, ancak CAS bu başvuruyu reddetmiştir. Futbolcu bu sefer CAS'ın bağımsız ve tarafsız olmadığını ileri sürerek İsviçre Federal Mahkemesine başvurmuş, ancak Federal Mahkeme de bu başvuruyu reddetmiştir.

Alman vatandaşı sürat patencisi Claudia Pechstein 2009 yılında gerçekleştirilen Dünya Sürat Pateni Şampiyonasına katılmak üzere Uluslararası Paten Birliği'ne (ISU) başvurmuştur. Başvurusunun kabul edilebilmesi için ISU tarafından önüne konulan ve içerisinde, çıkacak uyuşmazlıklarda CAS'ın yargılama yetkisini kabul ettiğine ilişkin "tahkim anlaşması" olarak kabul edilen bir maddenin de bulunduğu formu imzalamak zorunda bırakılmıştır. Sporcu daha sonra şampiyonada yarışacak tüm atletler gibi doping testine tabi tutulmuş ve kan profili analizi neticesinde ISU tarafından iki yıl men cezasına çarptırılmıştır. Bu karar CAS tarafından onanmıştır. Pechstein daha sonra CAS'ın hakem atama usulü, mahkeme başkanının dopinge karşı olan katı tutumu ve duruşmanın aleni yapılmadığı gerekçeleriyle İsviçre Federal Mahkemesine başvurursa da, başvuru reddedilmiştir.

Her iki sporcu da konuyu AİHM'e taşımışlar ve başvurularında 6. maddenin 1. fıkrasına dayanarak CAS'ın bağımsız ve tarafsız

bir mahkeme olmadığını iddia etmişlerdir. Başvuruculardan Pechstein ise bunlara ek olarak hem tahkim anlaşmasının kendisine zorla imzalatıldığını,⁶⁴ hem de ne Uluslararası Buz Pateni Federasyonu Disiplin Kurulu'nda ne CAS'ta ne de İsviçre Federal Mahkemesi'nde açık duruşma yapıldığını, hâlbuki meselenin kamu denetimine tabi bir mesele olması sebebiyle duruşma gerektirdiğini, açıkça talep etmesine rağmen bunun reddedildiğini ileri sürmüştür.

AİHM yaptığı değerlendirmede öncelikle mahkemeye erişim hakkının tahkim mahkemelerinin özel kişiler arasındaki mülkiyete ilişkin belirli uyuşmazlıklarda karar vermek üzere belirlenmesine engel olmadığını ve tahkim şartının Sözleşme ile uyum içinde olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme bu aşamadan sonra CAS'ın "yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" olup olmadığını değerlendirme safhasına geçmiştir. Mahkeme bu değerlendirme sonunda ise, CAS'ın hukuk kurallarını ve söz konusu kurallara göre işletilmiş hukuki süreçlere konu olan davaları görmeye ilişkin, önüne getirilen uyuşmazlıklarla sınırlı olarak tam yargı yetkisini haiz olduğunu, kararlarının yargısal tipte bir çözüm getirdiğini, kararları ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi'ne temyiz yolunun açık olduğunu, CAS'ın kararlarının her zaman "esaslı, bir mahkemeden çıkan kararlara benzer nitelikte kararlar" olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu sebeple CAS'ın "yasayla kurulmuş mahkeme" şartını taşıyor görünüşünü belirtmiştir.

⁶⁴ Pechstein başvurusunda CAS'ın yargı yetkisini serbest iradesiyle kabul etmediğini, kendisine sunulan tek seçeneğin ya tahkim şartını kabul ederek profesyonel düzeyde spor yaparak geçim kaynağı edinmekten ya da tahkim şartını reddederek profesyonel aktivitelerini tamamen sona erdirmekten ibaret olduğunu ifade etmiştir. Spor federasyonlarının bir sporcunun düzenlenecek yarışmalara ancak tahkim şartını kabul etmek suretiyle katılmasına olanak tanıyan bu düzenlemelerinin AİHS m.6 f.1 bakımından durumu bu karara kadar AİHM'in önüne gelmemiştir. Konuyla ilgili olarak İngiltere Yüksek Mahkemesi ise önüne gelen bir meselede Konvansiyon organlarının içtihatları doğrultusunda, anlaşmanın özgür iradeyle imzalanması şartına bağlı olarak tahkim anlaşmalarıyla mahkemeye başvuru olanaklarının sınırlandırılmasının AİHS m.6 f.1'e aykırılık teşkil etmediğini belirtmiş ve kararında davacının bu tahkim anlaşmasını imzalamak zorunda bırakılması hususuna hiç değinmeden somut olayda adil yargılanma hakkının ihlali bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. Ulrich Haas, "Zwangsschiedsgerichtbarkeit im Sport und EMRK", Justiz und Sportgerichtsbarkeit - Mit- oder Gegeneinander, Kooperation oder Clinch?, in Schriften zum Sportrecht, Band 39, Tagungsband des wfv-Sportrechtsseminars vom 26.-28. September 2014 in Wangen/Allgäu, Baden Baden 2016, s. 163, 164.

AİHM bu aşamadan sonra yasayla kurulmuş bir mahkeme olarak kabul ettiği CAS'ın yürüttüğü yargılama faaliyetinde 6. maddenin 1. fıkrasında belirtilen güvenceleri sağlayıp sağlamadığını değerlendirmiş ve bunun sonunda başvuruçuların CAS'ın bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ilgili iddialarını ispatlayamadıklarına, ancak Pechstein'in talebine rağmen ne ISU Disiplin Kurulu, ne Federal Mahkeme ne de CAS önünde açık duruşma yapılmamasının 6. maddenin 1. fıkrasının ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre söz konusu uyuşmazlığın kamusal önem taşıması durumunda, olağan mahkemelerde ve profesyonel disiplin kurullarında açık duruşma yapılması gerekmekte olup, somut olayda başvuruçuya doping kullandığı iddiasıyla uygulanan cezanın esas ve duruşma bağlamında yapılan tartışma kamusal önem taşımaktadır ve kamu denetimine tabidir. Mahkeme bu ihlal sebebiyle Pechstein'a 8.000 Euro manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme bu kararda başvuruçuların CAS'ın tarafsızlıktan ve bağımsızlıktan yoksun olduğu iddiasına ilişkin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (adil yargılanma hakkının) ihlal edilmediğine; ikinci başvuruçuyu için (Pechstein) CAS önündeki duruşmaların aleni olmaması sebebiyle, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

XI- MUTU, PECHSTEIN - İSVİÇRE KARARI İŞİĞİNDE TFF TAHKİM KURULU YARGILAMASINA KARŞI YAPILAN BAŞVURULARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHM, CAS yargılamasına karşı açılan Mutu, Pechstein - İsviçre kararı ile aynı zamanda uzun yıllardan beri süregelen TFF Tahkim Kurulu'nun yapısı ve verdiği kararların hukuki niteliği ile ilgili tartışmaları, en azından uluslararası hukuk bakımından sona erdirmiş bulunmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği gibi, AİHM içtihatlarına göre mahkeme sınırlı sayıda özel konularda hüküm vermek üzere kurulmuş bir organ da olabilecek, bu organın genel ve olağan yargı mercileri dışında kalması mahkeme sayılmasına engel bir durum olarak değerlendirilemeyecek ve yargısal fonksiyonu yerine getirmesi bu organın mahkeme sayılması için yeterli olacaktır. AİHM bu kararda bu içtihatlarına

bağlı kalarak, CAS'ın sportif uyuşmazlıklarla ilgili sınırlı olarak önüne getirilen meselelerde tam yargı yetkisine sahip bir kurul olduğuna ve yasayla kurulmuş mahkeme şartını taşıdığına hükmetmiştir.

Meseleyi TFF Tahkim Kurulu hakkında yapılacak başvurular bakımından değerlendirmek gerekirse; CAS gibi özel hukuk tüzel kişileri tarafından oluşturulmuş ve hukuk tekniği açısından bir kanunla kurulmamış olan bir kurulu, “yasayla kurulmuş mahkeme” olarak kabul eden AİHM’in, parlamento tarafından Anayasaya uygun şekilde hazırlanan ve yürürlüğe sokulan bir kanunla kurulan TFF Tahkim Kurulu hakkında evleviyetle aynı yönde karar vermesi beklenmelidir.^{65,66} Dolayısıyla AİHM TFF Tahkim Kurulu yargılamasıyla ilgili önüne gelen başvurularda Tahkim Kurulunun AİHS anlamında bir “mahkeme” olduğunu kabul ederek ikinci aşamaya geçecek ve Kurul’un yargılama faaliyeti görürken AİHS m.6 f.1 kapsamındaki güvenceleri verip vermediğini inceleyecektir. Nitekim AİHM bu başvurularda Türkiye’ye yönelttiği soruların amacı da gelecek cevaplara göre bu değerlendirmeyi yapabilmektir.

AİHM bu değerlendirmeyi yaparken ilk olarak TFF Tahkim Kurulu’nun bağımsız ve tarafsız olup olmadığı hususunu inceleyecektir. Mahkeme *Mutu, Pechstein – İsviçre* kararında başvuru sahiplerinin CAS’ın bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili ileri sürdükleri gerekçeleri yeterli bulmamış ve bu anlamda bir ihlalin bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkeme Türkiye’den yapılan başvurularda ise TFF Tahkim Kurulu’nun TFF organizasyonu içindeki yeri, üyelerinin atanma şekillerini ve görev sürelerinin tamamen kendilerini atayan yönetim kurulu üyelerine bağlı olduğunu göz önünde bulundurduğunda Tahkim

⁶⁵ AİHM *Mutu, Pechstein – İsviçre* kararında CAS’ın yasayla kurulmuş mahkeme olduğunu gerekçelendirirken, CAS kararlarının temyiz edilebilirliği üzerinde durmuştur. Ancak bu durum Tahkim Kurulu’nun TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar mercii olması ve kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlamasının Mahkeme açısından bir sorun teşkil edeceği anlamına gelmemektedir. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kararı ile ilgili olarak yapılan bir başvuruda, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasını, yargıç bağımsızlığının ihlali için yeterli bir neden olarak görmediği de belirtilmelidir. AİHK, Uslu - Türkiye, Başvuru No:29860/96, 20.5.1998.

⁶⁶ Nitekim AİHM *Kolgu – Türkiye* 2935/07 kararında bu hususu açıkça ifade etmiştir.

Kurulu'nun CAS'tan farklı bir yapıda⁶⁷ olduğunu gözeterek bağımsızlık unsuru ile ilgili olarak farklı yönde bir karar verebilecektir.⁶⁸ Zira Türkiye Futbol Federasyonu'nun yapısı ve hukuk kurullarını oluşturma biçimi TFF Tahkim Kurulu'nun bağımsızlığı ve tarafsızlığını şüpheye düşürür niteliktedir. Bu yapı içerisinde TFF Yönetim Kurulu, kendi kararlarını hukuken denetleyecek ve yargılayacak bir organı kendi iradesiyle oluşturmuş görünümü vermektedir.⁶⁹ Daha önce ifade edildiği üzere AİHM bağımsızlık kriterini değerlendirirken mahkemenin global bir değerlendirme ile bağımsızlık görüntüsü sergileyip sergilemediğini; tarafsızlık kriterini değerlendirirken ise, bunu sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin organın tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olup olmadığını ve mahkemelerin bireylere güven hissi verip vermediklerini göz önünde bulundurmaktadır. Bu unsurlar göz önünde bulundurulduğunda TFF Tahkim Kurulu'nun AİHS m.6'da aranan güvenceleri sağlamadığı sonucuna varılabilecektir.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan açık duruşma yapılması ve hükmün açık oturumda verilmesi bakımından ise TFF

⁶⁷ Bilindiği gibi spor uyuşmazlıklarının artması üzerine spor alanında uzmanlaşmış ve bu alanda bağlayıcı kararlar alabilme yetkisine sahip bir bağımsız otorite olması gerektiği düşüncesiyle ortaya atılan "spor için tahkim" düşüncesi, ilk defa Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) tarafından hazırlanan 1984 tarihli CAS tüzüğü ile hayata geçirilmiştir. İlk başta tamamen IOC bünyesinde yer alan, üyeleri IOC, Uluslararası Federasyonlar, Ulusal Olimpiyat Komiteleri ve IOC Başkanı tarafından seçilen, finansal açıdan tamamen IOC'ye bağlı olarak faaliyetlerini sürdüren CAS, İsviçre Federal Mahkemesinin 15.03.1994 tarihli kararında hem finansal hem de örgütsel anlamda IOC'ye bağlı olduğunun vurgulanmasının ardından reform yoluna gitmiş ve CAS Statüsü ve tüzüklerini IOC'den bağımsız hale getirmek için çalışmalarına başlamıştır. Bu amaçla ICAS (Uluslararası Spor Tahkim Konseyi) oluşturulmuş ve bu Konsey IOC'nin yerini almıştır. Bu reformda CAS iki kademeli bir tahkim yargılama sistemi getirmiştir: Birinci derece tahkim ve temyiz tahkimi. ICAS'ın kurulması ve CAS'ın yeni yapısı 22 Haziran 1994'te Paris'te imzalanan antlaşma ile onaylanmıştır. Bu Antlaşmada ICAS'ın ilk üyeleri atanmış ve CAS'ın finansmanı belirlenmiştir. Paris Antlaşmasının imzalanmasından sonra tüm Olimpik Federasyonlar ve birçok Ulusal Olimpiyat Komitesi, Spor Tahkim Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımış ve tüzüklerine CAS'a yönelik uyuşmazlıklara atıfta bulunan bir tahkim şartı eklemişlerdir.

⁶⁸ Ancak bu noktada 2007 yılında aynı gerekçelerle AİHM' yapılan Kolgu -. Türkiye (2935/07) kararını gözden kaçırmamak gerekmektedir. Bu kararda AİHM, adil yargılanma hakkının varlığı için aranan yeterli güvencelerin Tahkim yargılamasında verilir verilmediği meselesine hiç değinmeden, ihlalin olmadığı sonucuna varmıştır.

⁶⁹ Özelci, s.149.

Tahkim Kurulu yargılaması sorunlu bir yapıya sahiptir. Nitekim TFF Tahkim Kurulu duruşma taleplerini kabul edip etmemekte büyük bir serbesti içinde bulunmakta ve dolayısıyla açık duruşma talebini kabul etmediği durumlarda hükmü de açık oturumda vermemektedir. AİHM'in *Mutu, Pechstein – İsviçre* kararında CAS yargılamasıyla ilgili verdiği ihlal kararını TFF Tahkim Kurulu yargılaması bakımından da vereceği öngörülebilecektir.

Burada akla, AİHM'in TFF Tahkim Kurulu yargılamasıyla ilgili olarak vereceği olası bir ihlal kararının *sonuçlarının ne olacağı* sorusu gelmektedir. Bu sorunun cevabı ihlal kararının gerekçesine bağlı olmakla birlikte, kısaca kararın TFF Tahkim Kurulu'nun yapısı ve yargılamasına ilişkin kurallar bakımından bazı değişikliklere yol açacağı söylenebilecektir. Böyle bir durumda Türkiye ihlalin gerekçesine uygun olarak bazı düzenlemeler yapmak zorunda kalacak, bu durum ise Türk spor yargılama sisteminde bazı köklü değişikliklere yol açacaktır. Ancak bu noktada şu hususun belirtilmesi gerekir ki; Türkiye'de sportif uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için en elverişli model, spor alanında uzman hâkimler tarafından meydana gelen bağımsız spor mahkemelerinin kurulmasıyla mümkün olabilecektir. Bunun dışında getirilecek her model mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili kamuoyunda hâlihazırdaki *düşüncelerin devam etmesi sonucunu doğuracaktır.*

XII- SONUÇ

AİHM'in yukarıda anılan *Mutu, Pechstein – İsviçre* kararı, CAS'ın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığı ve sportif uyuşmazlıklarla ilgili olarak yaptığı yargılama faaliyetinde adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yönündeki iddiaların en azından bir kısmına cevap niteliği taşımaktadır. Mahkeme bu kararla CAS'ın bağımsız bir mahkeme olduğunu net bir şekilde ifade etmiş ve uyuşmazlıkların mutlaka devlet mahkemeleri önünde çözülmesi gerektiğini kabul etmiştir. Üstelik bu hususta sporculara ilgili federasyonlarca bir tahkim anlaşmasının zorla imzalatılması hususunu önemsememiştir. AİHM verdiği bu kararla tarafsızlık meselesini ancak iddiaların somut bir şekilde ispatlandığı durumlarda dikkate alacağını mesajını da vermiştir. Mahkeme kararın sonunda ise başvuruçulardan biri bakımından açık duruşma hakkının ihlal edildiğini belirterek, gerekli düzenlemeler yapılmadığı

takdirde CAS yargılamasıyla ilgili olarak yapılacak başvurularda tazminat hükmü vermeye devam edeceğinin sinyalinin vermiştir.

AİHM'in CAS'la ilgili vermiş olduğu bu karar TFF Tahkim Kurulu yargılaması hakkında Mahkemeye yapılacak başvuruların akibeti hakkında ipuçları içermektedir. Öncelikle AİHM'in yapısı itibariyle TFF Tahkim Kurulu'nu bir "mahkeme" sayacağı söylenebilecektir. Bu durumda Mahkeme bu yargılama faaliyeti sırasında TFF Tahkim Kurulu'nun AİHS m.6 f.1'de sayılan güvenceleri sağlayıp sağlamadığını kontrol edecektir. Mahkemenin vereceği kararda TFF Tahkim Kurulu'nun tarafsızlığı ile ilgili yeterli delilin ortaya konulmadığını söylemesi beklenmelidir. Bağımsızlık unsuru bakımından ise TFF Tahkim Kurulu'nun sorunlu bir yapıya sahip olduğu ortadadır. CAS'ın kuruluşundan sonra yapılan "bağımsız olmadığı" şeklindeki eleştiriler dikkate alınmış ve Spor Tahkim Mahkemesi'nin yapısı ile ilgili olarak bazı değişiklikler yapılmıştır. Yapılan çalışmalar neticesinde CAS kendisini oluşturan IOC'den ayrı, bağımsız bir yapıya kavuşturulmuştur. Ancak aynı durum TFF Tahkim Kurulu için söylenemeyecektir. Tahkim Kurulu'nun TFF yapısı içindeki konumu, üyelerinin seçilme şekli ve görev süreleri AİHM'in CAS kararından başka bir yönde karar verebileceğinin öngörülmesine yol açmaktadır. Son olarak AİHM'in CAS ile ilgili olarak verdiği "açık duruşma hakkı" ihlali, TFF Tahkim Kurulu yargılaması bakımından söz konusu olacaktır. AİHM'den çıkacak olası bir ihlal kararının ardın ise Türk spor yargılamasında yapısal değişikliklere gidilmesi gerekecektir.

Kaynakça

- Akgüner Tayfun/Berk Kahraman, *İdare Hukuku*, 8. Basım, İstanbul 2017.
- Aambos Kai, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m.6", *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi S.3*, s. 25, Çeviri Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Akil Cenk, *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği*, *MÜHF - HAD*, C.19, S:3, s.379 vd.
- Ayanoğlu Taner, *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği*, *TBB Dergisi*, Sayı 74, 2008, s.43 vd.
- Devecioğlu Sebahattin/Çoban Bilal, *Türkiye Futbol Federasyonu'nun Özerkliği*, *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimler Dergisi*, 8 (3), s.49 vd.

- Ergül Ozan, Sporda Zorunlu Tahkim – Bireysel Başvuru İlişkisi: “Yargı denetimi dışında bırakılan işlemleri” dar yorumlamak mümkün mü? *Anayasa Yargısı* 2015, C.3, s.67 vd.
- Ertuş Şeref/Petek, Hasan, Spor Hukuku, Ankara 2011.
- Giritli İsmet/ Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun/Berk Kahraman, İdare Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2011.
- Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama” *AÜSBFD*, C.29, No: 1-4, 1994, s.201.
- Güzübüyük Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Ankara 2013.
- Haas Ulrich, Justiz und Sportgerichtsbarkeit – Mit- oder Gegeneinander, Kooperation oder Clinch?, in *Schriften zum Sportrecht*, Band 39, Tagungsband des wfv Sportrechtsseminars vom 26.-28. September 2014 in Wangen/Allgäu, Baden Baden 2016, s.72 vd.
- Kanadoğlu Korkut, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2015, s.68
- Küçükgüngör Erdal, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Hukuki Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, *AÜHF Dergisi* 2001/2, s.141 vd.
- Morscher Siegbert/Christ Peter, Grundrecht auf öffentliche Verhandlung gem. Art.6 EMRK, *EUGRZ* 2010, S.272.
- Nolte Martin, Staatliche Verantwortung im Bereich Sport – Ein Beitrag zur normativen Abgrenzung von Staat und Gesellschaft, Kiel 2004
- Nolte Martin, Das Zweisäulensystem von Justiz und Sportgerichtsbarkeit. Grundlagen, Grenzen und Wechselwirkungen, in: Justiz und Sportgerichtsbarkeit – Mit- und Gegeneinander, Kooperation oder Clinch?, Tagungsband des wfv Sportrechtsseminars vom 26.-28. September 2014 in Wangen/Allgäu, Baden Baden 2016, s.15.
- Özelçi M. Aytaç, Türkiye Futbol Federasyonu’nun Türk Hukukundaki Yeri, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2010.
- Öztürk Burak, İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2011, s.609.
- Pekcanitez Hakan, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzmir Barosu Dergisi*, İzmir, Nisan 1997, Sayı 2, s. 40.
- Petek Hasan/Erişir, Evrim, Türkiye Futbol Federasyonu’nun Hukuki Niteliği, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:3, Sayı 19, Ankara 2008.
- Sağlam Fazıl, Anayasa Şikâyeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar, Demokratik Anayasa, Editörler: Ece Göztepe, Aykut Çelebi, İstanbul 2012, s.418 vd.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, “İnsan Hakları El Kitabı”, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 7. Bası, Ankara 2018.

AVRUPA BİRLİĞİ İÇERİSİNDE YARGI KARARLARININ SERBEST DOLAŞIMI: SINIR ÖTESİ TAKİPLERDE BANKA HESAPLARININ İHTİYATİ HACZİNE YÖNELİK AVRUPA KARARI PROSEDÜRÜ

FREE MOVEMENT OF VERDICTS IN EU:
EUROPEAN ACCOUNT PRESERVATION ORDER PROCEDURE TO
FACILITATE CROSS-BORDER DEBT RECOVERY

Hilal ÜNAL KAYA*

Özet: Avrupa Birliği içerisinde üye devletlerarasında hukuk birliğini sağlamaya yönelik yeknesaklaştırma çabaları hızla devam etmektedir. Bu çabaların en yoğun gözlemlendiği alanlardan birisi de, sınır ötesi alacakların takibi ve buna bağlı olarak bir üye devlette verilen mahkeme kararının gereğinin, diğer bir üye devlette gecikmeksizin ve kolayca icra edilebilmesidir. Bu amaçla üye ülkelerin hukuk sistemlerine entegre olacak ve uygulamadan doğan farkları giderebilecek, ulusal-üstü yasal metinler hazırlanmıştır. Konuya ilişkin en dikkat çekici ve güncel yasal düzenleme, aynı zamanda bu makalenin konusunu oluşturan ve 2017 yılında yürürlüğe giren 655/2014 sayılı “Banka Hesaplarının İhtiyati Hacze Yönelik Avrupa Kararına İlişkin Tüzük” olmuştur.

Anahtar Sözcükler: Avrupa Birliği, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku, İcra Takibi, Sınır Ötesi Alacak, Para Alacağı, Banka Hesaplarının İhtiyati Hacı

Abstract: Efforts to create uniformity among judicial systems of the EU countries have been growing rapidly. One of the realms where such efforts have been intensely observed is the tracking of cross-border debts and the immediate and easy enforcement of the verdict given in a member state in another member state. For that purpose, supranational laws have been made which can be integrated into the judicial systems of member states and can thus overcome the differences in practice. The most remarkable and recent legal regulation in this context is Regulation (EU) No 655/2014 of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery, which is also the core theme of this essay.

Keywords: European Civil Procedure Law, Executive Proceeding, Cross-Border Debt, Pecuniary Claim, the Attachment of Bank Accounts

* Dr., Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-mail: unalhilal@hotmail.com.

GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin ("AB" veya "Birlik") temel hedefi, i sınırlardan arındırılmış ortak bir alan yaratmak ve bu alanda kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını sağlamaktır (Avrupa Birliği Antlaőması md. 3). Zamanla silinen sınırlar ve tanınan serbestlikler, Birlik içerisinde hukuki iliőikilerin ve buna bağlı hukuki uyuaşmazlıkların sayıca artmasına neden olmuş, bu durum beraberinde, ulusal yasalardan bağımsız, daha etkin ve hızlı bir hukuki korunmayı mümkün kılan mekanizmaların geliştirilmesi gerekliliğini ortaya çıkar mıőtır.¹ Bu mekanizmaların başında, bir ye devlet sınırı içerisinde alınan yargı kararının gereğinin, bir başka ye devlet sınırı içerisinde gecikmeksizin yerine getirilmesi hususu gelmektedir. Bu Şekilde mahkeme kararlarının da Birlik içerisinde serbest dolaşımı (Urteilsfreizugigkeit) sağlanmış olacaktır.² Böylece bir yandan Birlik vatandaőlarına tanınan hak ve özgürlükler güvence altına alınacak, diğer yandan ortak pazarın korunması ve geliőtmesi sağlanacaktır.

Yabancılık unsuru taşıyan hukuki iliőikilerin çoğalması ve karmaŐıklaŐması, sınır ötesi alacakların takibi konusunda Birlik düzeyinde önlemler alınmasını zorunlu kılmıőtır. Sınır tesi bir alacağın takibinde karŐılaőılabilecek en büyük zorluk, bu konuda her bir devlet yasasının birbirinden farklı hükümler içermesidir. Alacağını, yabancı ülke yasalarına göre tahsil etmeye çalışan alacaklı, kendisini çoğu kez bilmediği bir prosedürün içerisinde bulacak, bu prosedür aynı zamanda uzun ve masraflı olabilecektir.³ Alacaklıyı bekleyen diğer bir zorluk ise, borçlunun yurt dışındaki malvarlığı bilgilerine erişimin zor hatta bazen imkânsız olmasıdır.⁴ Bu tür zorlukları yenmek için Avrupa yasa koyucusu, özellikle son yıllarda icra iflas hukuku alanında ortak bir hukuk yaratmak amacıyla pek çok adım atmıőtır. Bu adımlardan birisi de 18. 01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 655/2014 sayılı "Banka He-

¹ Jens Adolphsen, "Abschaffung der Exequaturverfahren in Europa-Stand 2012", *ZJS* 5/2012, s. 579 (579).

² Adolphsen, *ZJS* 5/2012, s. 579 (583).

³ Karol Weitz, Probleme der Vollstreckung aus polnischer Sicht, in: Mikls Kengyel/Viktria Harsgi, Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europischen Union, Dr. Otto Schmidt Verlag, Mnch 2011, s. 181.

⁴ Karol Weitz, Der Europische Scherungstitel, in: Kengyel/Harsgi, Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europischen Union, s. 327.

saplarının İhtiyati Hazine Yönelik Avrupa Kararına İlişkin Tüzük”⁵ olmuştur.

655/2014 sayılı Tüzük, borçlusunun yurt dışındaki banka hesabı üzerine ihtiyati haciz koydurtmak isteyen alacaklıya bir takım avantajlar sağlayarak, sınır ötesi alacakların takibini önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır. Tüzük önerisinin gerekçesinde, kapsam alanına özellikle banka hesaplarının alınma nedeni olarak, banka hesaplarına uygulanacak haczin alacaklıların tatmin edilmesinde kullanılacak en hızlı ve etkili yöntem olması, ancak hesapların içinin kolayca boşaltılabilmesi veya aktarılabilmesi nedeniyle bir o kadar suiistimale açık bir alan olması gösterilmiştir.⁶ Bu nedenle, ihtiyati haciz kararının mümkün olduğunca borçlunun haberi olmadan alınması sağlanmak istenmiş ve bu bağlamda Tüzük ile ilk kez, özel hukuk alanında borçlu dinlenmeden alınan bir ihtiyati tedbir kararı tüm Birlik içerisinde icra edilebilir kılınmıştır. Tüzüğün sağladığı diğer önemli bir avantaj ise, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, borçlunun yurt dışındaki banka hesap bilgilerine ulaşımı mümkün kılmasıdır.

Çalışmamızın başında, Avrupa yasa koyucusunun özel hukuka ilişkin yargı kararlarının Birlik içerisinde serbest dolaşımını sağlamaya yönelik çabalarına genel bir bakış sunulduktan sonra, asıl konumuz olan “Banka Hesaplarının İhtiyati Hazine Yönelik Avrupa Kararına İlişkin Tüzük” hükümlerinin incelenmesine geçilecek ve devamında ilgili düzenleme tüm yönleriyle birlikte ele alınıp, değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. Yargı Kararlarının AB İçerisinde Serbest Dolaşımını Sağlamaya Yönelik Atılan Adımlar

Bir üye devlet mahkemelerince verilen kararın, diğer bir üye devlette uygulanmasını kolaylaştırmaya yönelik atılan ilk önemli adım, 22.10.2000 tarih ve 44/2001 sayılı “Özel Hukuk ve Ticari Uyuşmazlıklarda Yargı Yetkisi İle Mahkeme Kararlarının Tanınma ve Tenfizine

⁵ Verordnung (EU) Nr. 655/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Verfahrens für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung im Hinblick auf die Erleichterung der grenzüberschreitenden Eintreibung von Forderungen in Zivil- und Handelssachen vom 15. Mai 2014.

⁶ Begründung des Verordnungsvorschlags KOM (2011) 445, s. 3.

İlişkin Tüzük" tür.⁷ Her ne kadar bu Tüzük, 2015 yılında yürürlüğe giren ve kendisiyle aynı adı taşıyan yeni bir düzenlemeyle geçerliliğini yitirmiş olsa da, sonrasında gelen yasal düzenlemelere zemin oluşturması bakımından önemlidir.

44/2001 sayılı Tüzük, özel hukuk alanında verilmiş bir mahkeme kararına dayanan alacağın, tüm AB ülkeleri içerisinde gecikmeden ve en az zahmetle elde edilebilmesine yönelik tedbirler içermektedir. Tüzüğün üçüncü bölümü, bir üye devlet mahkemesince verilen kararın, diğer bir üye devlette "tanıma ve icrasına" (Anerkennung und Vollstreckung) ilişkin kolaylaştırıcı hükümler öngörmektedir. İlgili bölümün 33. maddesinin birinci fıkrasında, kural olarak, herhangi bir üye devlette verilen kararın, diğer bir üye devlette tanınması için, ayrıca bir mahkeme kararına gerek olmadığı hüküm altına alınmıştır. Ancak ne zaman ki kararın tanınırlığı uyuşmazlık konusu edilir, o zaman konuya ilişkin mahkeme kararı gerekli görülmektedir (44/2001 s. Tüzük md. 33/2). Kararın icrası için ise bir "icra edilebilirlik şerhi" (Exequatur) şart koşulmuştur. Bu şerhi alabilmek için alacaklının, kararın icra edileceği ülke yetkili mahkemesine dilekçe ile başvurması gerekmektedir. Bu aşamada mahkeme, uyuşmazlığa dair yeniden bir inceleme yapmayacak, sadece şerh için gerekli bilgi ve belgelerin eksiksiz olup olmadığına ilişkin "formel" bir inceleme yapacaktır. Alacaklı için kolaylaştırıcı olan diğer bir husus ise, borçlunun bu aşamada tekrar dinlenmesine gerek olmamasıdır (44/2001 s. Tüzük md. 41). Ancak borçlunun verilen karara itiraz hakkı saklıdır (44/2001 s. Tüzük md. 43).

44/2011 sayılı Tüzük her ne kadar alacaklı lehine hükümler içerse de, kararın "tanınma ve tenfiz edilmesine" yönelik öngörülen prosedür, sınır ötesi alacakların takibi önünde halen bir engel oluşturmaya devam etmektedir. Bu engeli ortadan kaldırmak için atılan ilk geniş kapsamlı adım, 21.04.2004 tarih ve 805/2004 sayılı "Çekişmesiz Alacaklar İçin Avrupa İcra Emrine İlişkin Tüzük"⁸ olmuştur. Tüzük, özel hukuk alanında, çekişmeli olmaktan çıkmış alacakların takibini

⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22. Dezember 2000.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen vom 21. April 2004.

kolaylaştırmak adına, yukarıda bahsedilen tanıma ve icraya ilişkin prosedürleri ortadan kaldırmıştır.⁹ Bunun yerine, esas hakkında kararı veren mahkemenin, verdiği kararın tüm AB ülkelerinde (Danimarka hariç) icra edilebilir olduğuna ilişkin açıklamasını içeren bir başlık (Europäischer Vollstreckungstitel), alacağın diğer bir üye devlette takip edilebilmesi için yeterli görülmüştür. Bu yönde bir açıklamayı içeren mahkeme kararına dayanan alacakların takibi, bundan böyle tüm AB ülkeleri içerisinde herhangi bir engelle karşılaşmaksızın, direkt olarak gerçekleştirilecektir. İlgili Tüzüğün 3. maddesi, hangi durumda bir alacağın çekişmeli olmaktan çıkacağını düzenlemiştir. Buna göre; borçlu borcunu mahkeme huzurunda kabul veya sulh yoluyla ikrar etmişse, mahkemede borca herhangi bir itirazda bulunmamışsa (burada ulusal yargı hükümleri de dikkate alınacaktır), duruşmaya gelmemişse ve bu durum yargılamanın yapıldığı ülke hukuku uyarınca borcun ikrarı anlamı taşıyorsa, borçlu borcunu resmi bir belgede açıkça tanımışsa, alacak çekişmeli olmaktan çıkar ve 44/2011 sayılı Tüzük çerçevesinde icra edilebilir.¹⁰ “Çekişmesiz Alacaklar İçin Avrupa İcra Emri Tüzüğü” ile getirilen en önemli değişim, yabancı mahkeme kararlarının icrasında geleneksel yöntem olan, kararı icra edecek ülke mahkemesi denetiminden vazgeçilerek, kararın verildiği ülke mahkemesinin denetiminin kabul edilmesi olmuştur.¹¹

Bir üye devlet mahkemesince verilen kararın, diğer bir üye devlette herhangi bir prosedüre gerek kalmaksızın, direkt olarak uygulanabilmesi prensibi kendisini daha sonraki yıllarda kabul edilen 1896/2006 sayılı Avrupa Ödeme Emrine İlişkin Tüzük¹², 861/2007 sayılı Belirli Parasal Değerin Altındaki Alacakların Takibine İlişkin Tüzük¹³ ve

⁹ Bu düzenlemeden önce 27.10.2003 tarih ve 2201/2003 sayılı “Aile Hukuku Ve Ebeveynlerin Sorumluluklarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargı Yetkisi İle Mahkeme Kararlarının Tanıma Ve İcrasına İlişkin Tüzük” ile çocuk-ebeveyn ilişkilerini düzenleyen mahkeme kararlarının AB içerisinde, herhangi bir ara prosedüre gerek kalmaksızın uygulanması mümkün kılınmıştı.

¹⁰ Çekişmesiz alacak kavramının geniş tanımı için bkz: Jens Adolphsen, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Springer Verlag, Heidelberg 2011, s. 191. Adolphsen, *ZJS* 5/2012, s. 579 (582).

¹² Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens vom 12. Dezember 2006.

¹³ Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen vom 11. Juli 2007.

4/2009 sayılı Nafaka Alacaklarının Takibine İlişkin Tüzük¹⁴ içerisinde de göstermiştir.

Mahkeme kararlarının AB içerisinde serbest dolaşımında atılan en büyük adım ise, 10.01.2015 tarihinde yürürlüğe giren 1215/2012 sayılı “Özel Hukuk Ve Ticari Uyuşmazlıklarda Yargı Yetkisi İle Mahkeme Kararlarının Tanıma ve İcrasına İlişkin Tüzük”¹⁵ olmuştur. İlgili düzenleme yukarıda kısaca bahsettiğimiz, kendisi ile aynı adı taşıyan 44/2001 sayılı Tüzüğün yenilenmiş halidir. Yeni düzenlemenin hedefinde, bir üye devlet mahkemesince verilen kararın tüm AB ülkelerinde ilave bir işleme gerek kalmaksızın icra edilebilir kılınması vardır. Tüzüğün kapsamına, adından da anlaşılacağı gibi, yalnızca özel hukuk uyuşmazlıkları ile ticari uyuşmazlıklar girmektedir.¹⁶ Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin verilen mahkeme kararları da yine Tüzük kapsamına alınmıştır (1215/2012 s. Tüzük md. 2/a).

1215/2012 sayılı Tüzük, bir üye devlet mahkemesince verilen kararın, diğer bir üye devlette tanınması ve icra edilmesi için herhangi bir ara prosedüre gerek duymamıştır. Bunun yerine, kararı veren mahkemenin, verilen kararın kesin hüküm teşkil ettiği ve AB içerisinde icra edilebilir olduğu yönündeki açıklaması yeterli görülmüştür.¹⁷ Bu açıklama, alacaklının talebi üzerine matbu bir form aracılığıyla gerçekleşecektir (1215/2012 s. Tüzük md. 42/1, 53). Böylece 1215/2012 sayılı Tüzük ile yargı kararlarının AB içerisinde serbest dolaşımı tüm özel hukuk uyuşmazlıkları için önemli ölçüde kolaylaşmıştır.

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen vom 18. Dezember 2008.

¹⁵ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 12. Dezember 2012.

¹⁶ Aile hukukuna ait belirli tip uyuşmazlıklar ile miras hukuku ve nafaka uyuşmazlıkları Tüzük kapsamı dışında tutulmuştur (1215/2012 s. Tüzük md. 1/2). Özel hukuk ve ticari uyuşmazlık kavramının geniş tanımı için bkz: Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, s. 78.

¹⁷ Belirtmek gerekir ki, borçlunun da, kararın icra edilebilirliğine itiraz hakkı vardır. Kararın icrasına engel olacak nedenlerin neler olduğu Tüzükte sırasıyla belirtilmiştir. Buna göre; kararın icra edilecek ülkenin kamu düzenine açıkça aykırı olması, borçlunun hukuki dinlenilme hakkının zedelenmesi, daha önce başka bir ülke mahkemesince taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili verilen kararlar çelişmesi gibi hallerde, kararın icra edilebilirliği itiraz konusu yapılabilecektir (1215/2012 s. Tüzük md. 46, 45).

Mahkeme kararlarının gereğinin Birlik sınırları içerisinde, herhangi bir ara prosedüre gerek kalmaksızın, hızlı ve zahmetsizce yerine getirilmesi, sınır ötesi alacakların takibi ile de yakından ilişkilidir. Özellikle ihtiyati tedbir kararlarının gecikmeksizin uygulanması, alacağın güvence altına alınmasında son derece önemlidir. Bu amaçla düzenlenen 655/2014 sayılı “Banka Hesaplarının İhtiyati Hacine Yönelik Avrupa Kararına İlişkin Tüzük”, kendisinden önce gelen yasal düzenlemeleri takip ederek, bir üye devlette verilen ihtiyati haciz kararının, diğer bir üye devlette “tanıma ve tenfiz” işlemlerine gerek kalmaksızın icra edilebilmesini içermektedir. Aşağıda etraflıca ele alacağımız gibi, bunun yanında alacaklıya birtakım başkaca kolaylıklar da sağlanmıştır.

B. Banka Hesaplarının İhtiyati Hacine Yönelik Avrupa Kararına İlişkin Tüzük

1. Tüzüğün Amaç Ve Kapsamı

“Banka Hesaplarının İhtiyati Hacine Yönelik Avrupa Kararına İlişkin Tüzük” ile para alacaklarının Avrupa Birliği içerisinde tahsili önemli ölçüde kolaylaştırılmıştır.¹⁸ Borçlusunun yurt dışında bulunan banka hesabına ihtiyati haciz koydurarak alacağını ileriye dönük güvence altına almaya çalışan bir alacaklı, bundan böyle isterse mahkemenin bir Avrupa Kararı (Europäischer Beschluss) olarak, bu kararın gereğinin 655/2014 sayılı Tüzük hükümlerine göre üye ülkelerde¹⁹ kolayca yerine getirilmesini sağlayabilecektir. Burada alacaklıya seçimlik bir hak tanınmıştır. Alacaklı dilerse ihtiyati haciz kararının alınmasında ve uygulanmasında ilgili üye devlet veya devletlerin yasalarını da takip edebilir (655/2014 s. Tüzük md. 1/2).²⁰ Ancak bu daha uzun ve zahmetli bir yol olacaktır. Zira hacze ilişkin Avrupa Kararı alınabilmesi prosedürü, ulusal yasalara göre yürüyecek prosedürün sakıncalarını ortadan kaldırmaya yönelik, alternatif bir yol olarak geliştirilmiştir. Her şeyden önce, geliştirilen bu formülde, kararın diğer bir ülkede tanınır ve icra edilebilir olduğuna ilişkin ek bir incelemeye gerek kalmayacaktır.

¹⁸ Avrupa Birliği içerisinde sınır aşırı banka hesap hacine ilişkin gelişmeler için bkz: Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Cilt II, Ankara 2018, s. 660 vd.

¹⁹ Danimarka haric.

²⁰ Wolfgang Hau/Florian Eichel, “Zur Entwicklung des Internationalen Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union seit 2010”, GPR 2/2012, s. 94 (96).

Tüzüğün iki önemli amacı vardır. Bunlardan ilki, banka hesaplarına ilişkin ihtiyati haciz kararlarının Birlik içerisinde yeknesak, hızlı ve etkin biçimde uygulanmasını sağlamak, ikincisi ise gerektiğinde borçluların ülke dışındaki hesap bilgilerine erişimi sağlamaktır.

Tüzüğün kapsamına özel hukuktan doğan ve uluslararası boyutu olan para alacaklarının takibi girmektedir (655/2014 s. Tüzük md. 2/1). Bir alacağın ne zaman uluslararası boyuta sahip olacağını belirlemek için şu üç kritere bakmak gerekir: Tarafların ikamet ettiği ülke, mahkemenin bulunduğu ülke ve hacze konu olan banka hesabının bulunduğu ülke. Bunlardan en az biri farklı bir ülkede ise, o zaman uluslararası boyuttan, diğer bir deyişle takibi sınırları aşan bir alacaktan bahsetmek mümkündür.²¹ Örneğin Almanya'da ikamet eden bir alacaklı, yine Almanya'da ikamet eden borçlusuna karşı, Almanya mahkemeleri aracılığıyla icra takibi başlatır ve borçlunun İsviçre'deki banka hesabına ihtiyati haciz kararı aldırır, bu kararın gereğinin yerine getirilmesinde "Banka Hesaplarının İhtiyati Haczi Konusunda Avrupa Kararına İlişkin Tüzük" hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Özel hukuktan kaynaklandığı halde bazı belirli tip uyuşmazlıklar, sosyal yönleri ağır bastığı ve toplumsal özellikleri ön plana çıktığı için Tüzük kapsamından çıkarılmıştır. Evlilik birliği mal rejimine ait uyuşmazlıklar, miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, sosyal güvenliği ilgilendiren konular kapsam dışındadır. Benzer şekilde, borçluya karşı açılmış hâlihazırda bir iflas davası varsa, Tüzük hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Hakem kararları da yine kapsam dışında tutulmuştur (655/2014 s. Tüzük md. 2/2).²² Hakem kararlarının kapsam dışında kalmasının nedeni olarak, Tüzük kabul edildiği sırada henüz hakem kararlarının AB içerisinde tanıma ve icrasına ilişkin genel anlamda bir çok soru işaretinin olması gösterilmiştir.²³

Son olarak, banka hesabında bulunan sadece nakit para değil, hazine bonusu, tahvil, mevduat sertifikası gibi malvarlığına ilişkin tüm

²¹ Friedrich L. Cranshaw, "Der europäische Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung", DZWIR 22/2012, s. 399 (400); Stefan Schlauß, "Erleichterte grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung in der EU durch die zentrale Einholung von Kontoinformationen", RIW 4/2017, s. 205 (206).

²² Detaylı bilgi için bkz.: Cranshaw, DZWIR 22/2012, s. 399 (402 vd.).

²³ Cranshaw, DZWIR 22/2012, s. 399 (402).

değerler Tüzük kapsamında hacze konu olabilecektir (655/2014 s. Tüzük md. 4/3).²⁴

2. İhtiyati Haciz İçin Avrupa Kararı Alınmasında Uygulanacak Prosedür

a) Yetkili Mahkeme

Borçlusunun banka hesabına ihtiyati haciz koydurmak isteyen alacaklı, buna ilişkin Avrupa Kararını asıl davadan önce ya da asıl dava sırasında talep edebileceği gibi, asıl dava lehine sonuçlandıktan sonra da talep edebilir (655/2014 s. Tüzük md. 5/1). Alacaklının elinde alacağına ilişkin henüz bir mahkeme kararı yok ise, ihtiyati hacze ilişkin Avrupa Kararını vermeye yetkili olan mahkeme, uluslararası hukuka göre asıl davaya bakmaya yetkili olan mahkemedir (655/2014 s. Tüzük md. 6/1). Eğer birden çok yetkili mahkeme varsa, alacaklı ihtiyati haciz kararı için dilediğine başvurmakta serbesttir.²⁵ Alacaklının elinde asıl uyuşmazlıkla ilgili önceden alınmış bir mahkeme kararı varsa, o zaman ihtiyati haciz için Avrupa Kararını vermekle yetkili mahkeme, asıl davaya bakmış olan mahkemedir (655/2014 s. Tüzük md. 6/3).

Tüzükte tüketicileri korumak adına bir de özel yetki kuralı getirilmiştir. Buna göre borçlu eğer bir tüketiciyse ve borç, borçlunun mesleki veya ticari faaliyetini sürdürmesinden kaynaklanmıyorsa, ihtiyati hacze ilişkin Avrupa Kararını verme yetkisi borçlunun yerleşim yeri mahkemesindedir (655/2014 s. Tüzük md. 6/2).

b) Gerekli Şartlar

Mahkemeden, Birlik içerisinde geçerli bir Avrupa Kararı olarak borçlusunun banka hesabına tedbiren haciz koydurmak isteyen alacaklının yerine getirmesi gereken şartları, alacaklının elinde daha önceden alınmış bir mahkeme kararı olup olmamasına göre ikiye ayırarak incelemek gerekir. Şayet alacaklının elinde, alacağını belgeleyen henüz bir mahkeme kararı yok ise, ihtiyati haciz kararının verilebilmesi için, öncelikle alacağın temellendirilmesi gerekmektedir. Alacağın varlığına ilişkin somut bilgilerin mahkemeye delilleri ile birlikte sunulması zo-

²⁴ Cranshaw, DZWIR 22/2012, s. 399 (401).

²⁵ Cranshaw, DZWIR 22/2012, s. 399 (404).

runludur. İhtiyati hacze karar verilebilmesi için her ne kadar alacağın tam olarak ispatlanması aranmasa da, mahkemenin alacağın ilk bakışta var olduğu ve asıl davanın muhtemelen alacaklı lehine sonuçlanacağı yönünde bir izlenimi olmalıdır ki, borçlu aleyhine karar verilebilsin (655/2014 s. Tüzük md. 7/2).²⁶ Doktrinde isabetle belirtildiği gibi, alacağın yalnızca çıplak bir ihtimal olarak var olması, ihtiyati haciz kararı için yeterli görülmemelidir. Bilakis bu ihtimalin, borçlunun hukuki alanına müdahaleyi haklı kılacak ölçüde kuvvetli olması gerekir.²⁷ Şayet alacaklının elinde, hâlihazırda alacağını belgeleyen bir mahkeme kararı var ise, o zaman ihtiyati hacze karar verecek olan mahkemenin, alacakla ilgili başkaca bir inceleme yapmasına gerek olmayacak, haciz kararı için gerekli diğer şartların incelenmesine geçilebilecektir.

İhtiyati haciz için aranan diğer bir şart, eğer bu yönde bir tedbir alınmazsa, alacağın tahsilinin gelecekte tehlikeye düşecek olmasıdır. Bu nedenle, ihtiyati haciz isteminde bulunan kişinin - elinde alacağına ilişkin bir mahkeme kararı olsun ya da olmasın - hakkını elde etmesini tehlikeye düşüren durumların neler olduğunu ispatlaması gerekir. Bu duruma örnek olarak borçlunun banka hesabını kötü niyetle boşaltma tehlikesi verilebilir. Bu noktada, borçlunun ekonomik durumunun ileride kötüleşme tehlikesi veya banka hesabı üzerine diğer bir alacaklı tarafından haciz konulması tehlikesinin, tek başına ihtiyati haciz kararının verilebilmesi için yeterli olup olmayacağı sorusu akıllara gelebilir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, ihtiyati haciz kararının amacı, istemde bulunan alacaklıyı, diğer alacaklıların önüne geçirmek ya da onlara göre daha avantajlı hale getirmek olmadığından, sayılan ihtimaller tek başına ihtiyati haciz kararı için yeterli görülmemelidir.²⁸

²⁶ Jan D. Lüttringhaus, "Die Europäisierung des Zwangsvollstreckungsrechts im Bereich der vorläufigen Kontenpfändung", ZJP 129/2016, s. 187 (199).

²⁷ Nils Harbeck, "Ein Entwurf!", ZInsO 2012, s. 805 (807); Micheal Müller, "Der Kommissionsvorschlag für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung", RIW 3/2012, s. 151 (154); Stefan Leible/Michael Müller/Rosa Miquel Sala, Länderbericht Deutschland, in: Kengyel/Harsági, Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union, s. 13. Domej, borçlunun en önemli finans kaynağı olan banka hesabına koyulan ihtiyati haczin, borçlunun hukuki alanına önemli bir müdahale teşkil ettiğini, bu yüzden henüz bir mahkeme kararı ile belgelenmemiş alacağına ilişkin böylesine bir tedbirin alınabilmesi için, alacağın varlığına ilişkin ciddi bir şüphenin olmaması gerektiğini belirterek, doktrinde ağır basan "kuvvetli ihtimal" ölçüsüne itiraz etmiştir. Tanja Domej, "Ein wackeliger Balanceakt: Die geplante Verordnung über die Europäische vorläufige Kontenpfändung", ZEuP 2013, s. 497 (513).

²⁸ BGH v. 1.3.2007-IX ZR 261/03. BGHZ 171,261 ff., 268, Rn. 23.; Cranshaw, DZWIR

Alacaklı olduğunu iddia eden tarafın, ihtiyati haciz kararını sui-istimal ederek karşı tarafı zarara uğratması ihtimaline karşı da hakim gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bu bağlamda mahkeme eğer gerekli görürse, ihtiyati haciz kararını vermeden önce alacaklıdan teminat yatırmasını isteyebilir (655/2014 s. Tüzük md. 12). Tüzüğün 12. maddesi bu konuda hakime bir takdir yetkisi tanımıştır. Hakim takdir yetkisini kullanırken, alacaklının elinde daha önceden alınmış bir mahkeme kararı olup olmadığına dikkat etmelidir. İlgili hükme göre, eğer alacaklı elindeki karara binaen ihtiyati haciz talebinde bulunuyorsa, kendisinden ancak istisnai hallerde teminat yatırması istenebilir. Henüz elinde bir mahkeme kararı yoksa kural olarak teminat yatırması istenir, ancak mahkeme istisnai hallerde teminattan vazgeçebilir. Her ne kadar Tüzük çalışmaları sırasında ve sonrasında, teminatın her halde zorunlu olması gerektiği yönünde görüşler bildirilmişse de, Komisyon hakime teminatın yatırılıp yatırılmaması konusunda takdir yetkisi tanımayı uygun bulmuştur.²⁹ Gerekçe olarak da, teminatın zorunlu hale gelmesinin, alacaklının hakkını araması önünde engel teşkil edebileceği ve hatta onu ihtiyati haciz kararı almaktan caydırabileceği gösterilmiştir.³⁰

Son olarak, ihtiyati hacze ilişkin Avrupa Kararı elde etmek isteyen alacaklı, matbu bir form (dilekçe) aracılığı ile mahkemeye başvurmak zorundadır. Bu formda nelerin bulunması gerektiği Tüzüğün 8. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Borçlunun ve alacaklının kimlik bilgileri, güvence altına alınmak istenen alacağa ilişkin bilgiler ve ihtiyati haczi istenen banka hesaplarının neler olduğu gibi mahkemenin işine yarayacak bilgilerin, ilgili formda belirtilmesi gerekir.

c) Kararın Verilmesi Ve Uygulanması

İhtiyati haciz talebini alan mahkeme, öncelikle talebin Tüzük kapsamına girip girmediğini, kendisinin yetkili olup olmadığını ve dilek-

²⁹ 22/2012, s. 399 (405).
Teminatın zorunlu olması gerektiği yönündeki görüşler için bkz: Harbeck, ZIn-so 2012, s. 805 (808); Cranshaw, DZWIR 22/2012, s. 399 (405). Almanya Federal Konseyi de aynı yönde görüş bildirmiştir: BR-Drs. 426/11, s. 3 vd. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2011/0426-11.pdf> (Görülme tarihi: 6.10.2018).

³⁰ Komisyonun gerekçesi için bkz: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2012/0226-12.pdf>, s. 3. (Görülme tarihi: 6.10.2018)

ede bir eksiklik bulunup bulunmadığını inceler. Giderilebilecek bir eksiklik tespit ederse, bunun giderilmesi için dilekçe sahibine süre verir. Verilen süre içerisinde eksiklik giderilmezse talep reddedilir (655/2014 s. Tüzük md. 17/3). Sonrasında talebin esas yönden incelenmesine geçilir. Bu esnada mahkeme yukarıda sayılan, ihtiyati hacze yönelik Avrupa Kararı verilebilmesi için gereken Şartların var olup olmadığını inceleyecektir.³¹

Alacaklının elinde alacağına ilişkin hâlihazırda bir mahkeme kararı var ise, ihtiyati haciz talebini alan mahkeme, talepten itibaren beş gün içerisinde kararını vermek zorundadır. Alacaklının elinde böyle bir mahkeme kararı yoksa bu süre 10 güne çıkacaktır. Talebi reddedilen alacaklı, bu yöndeki kararın kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde, kararın verildiği ülkenin yetkili mercilerine itiraz edebilir (655/2014 s. Tüzük md. 21/2; 50/1d).

Alacaklının ihtiyati haciz talebi kabul edildiği takdirde, talebin kabul edildiği tarihten itibaren 14 gün içerisinde ve her hâlükârda dilekçenin verildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde alacağa yönelik asıl davanın açılması gerekir (655/2014 s. Tüzük md. 10/1). Yukarıda birden fazla yetkili mahkeme olması durumunda ihtiyati haciz isteminin bunlardan birinde yapılabileceğini belirtmiştik. Eğer asıl davanın açıldığı mahkeme, ihtiyati haciz kararının alındığı mahkemeden farklı ise, ihtiyati haciz kararını veren mahkemeye, asıl davanın süresi içinde açıldığına ilişkin bir belge sunulması zorunludur, aksi takdirde haciz kararı geri alınır (655/2014 s. Tüzük md. 10/2).

Banka hesaplarının ihtiyati haczine ilişkin Avrupa Kararı verilen ülke ile kararı uygulayacak ülke farklı olduğunda, öncelikle uygulayıcı ülkenin yetkili organlarına bu karar bildirilir. Bir ye devlette alınan Avrupa Kararı diğer bir ye devlette herhangi bir tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi olmaksızın geçerli olacaktır (655/2014 s. Tüzük md. 22). Karar, tıpkı onu uygulayacak ülkede alınmış gibi uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle, kararı uygulayacak ülke içerisinde eş değerdeki ulusal kararların uygulanmasında hangi usûl izleniyorsa, Avrupa Kararının uygulanmasında da o usûl izlenecektir. (655/2014 s. Tüzük md. 23/1, 5).

³¹ Bkz. Başlık B.2.b).

Banka hesaplarının ihtiyati haczine yönelik Avrupa Kararı verilmesindeki en önemli ve ayırt edici özellik, bu kararın karşı taraf (borçlu) dinlenmeden ve onun haberi olmadan alınıyor ve uygulanıyor olmasıdır. Borçlunun, ne alacaklının verdiği dilekçeden ne de mahkeme kararından önce veya hemen sonra kendi aleyhine işleyen böyle bir süreçten haberi olmaktadır. Borçluya, banka hesabının ihtiyaten haciz altına alındığı haberi ancak bankanın ilgili mahkeme kararını uygulamasından sonra verilmektedir (655/2014 s. Tüzük md. 28).

İhtiyati hacze ilişkin mahkeme kararını alan banka, kararın gereğini gecikmeksizin yerine getirmek, bu bağlamda borçlunun kararda belirtilen miktar kadarlık tutar üzerindeki tasarruf yetkisini duruma göre ya kısıtlamak ya da tamamen engellemek zorundadır.³² Kararın gereğini yerine getiren banka 3 gün içerisinde bunu ilgili mercilere bildirmek zorundadır (655/2014 s. Tüzük md. 25/1). Bankanın bildirimden itibaren 3 gün içerisinde de borçluya, banka hesabı üzerine ihtiyati haciz konulduğu bildirim yapılacaktır.³³ Böylece borçlunun, ileride gerçekleşmesi muhtemel bir icrayı engellemek amacıyla banka hesabını boşaltması engellenmek istenmiştir. Tüzük gerekçesinde, borçlunun kendisi aleyhine işleyen bu süreçten önceden haberdar olması durumunda, kararın “sürpriz etkisinin” (Überraschungseffekt) ortadan kalkacağı ve ihtiyati haciz kararının içinin boşalacağı belirtilmiştir.³⁴ Bu yüzden borçlunun bu karardan ancak karar uygulandıktan sonra haberi olması amaçlanmıştır.

3. Borçluyu Korumaya Yönelik Tedbirler

Borçlunun banka hesabı üzerine kendisi dinlenmeden konulan ihtiyati haciz onun hukuki alanına ciddi bir müdahaledir. Bu müdahalenin haksız ya da orantısız olması ihtimaline karşı, borçlunun da kendisini koruyabileceği hukuk mekanizmalarının işletilmesi gerekir. İşte bu amaçla Tüzük, borçluya hem ihtiyati haciz kararına hem de kararın icrasına karşı itiraz hakkı tanımıştır.

³² Hemen belirtmek gerekir ki, ihtiyati haciz kararının amacı alacaklının tatmin edilmesi değildir. Bu karar yalnızca ileride gerçekleşmesi muhtemel bir haczi güvence altına almaya yöneliktir.

³³ Bildirim için yetkili merciinin tayininde borçlunun yerleşim yeri yasaları dikkate alınır (655/2014 s. Tüzük md. 28).

³⁴ Bkz. Tüzük gerekçesi 15 nolu paragraf: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0655&from=DE> (Görülme tarihi: 6.10.2018).

İhtiyati haciz kararının yanlış olduğunu düşünen borçlu, kararın verildiği ülkedeki yetkili mahkemeye, kararın tekrar gözden geçirilmesi için başvurabilir. İzlenecek prosedür ilgili ülke yasalarına göre belirlenecektir. Tüzük, nelerin itiraz nedeni olabileceği 33. maddenin 1. fıkrasında sıralamıştır. Buna göre, kararı veren mahkemenin yetkisiz olması, karara konu uyuşmazlığın Tüzük kapsamında olmaması, kararın verilebilmesi için gereken şartların bulunmaması, borçluya yapılması gereken bildirimlerin hiç yapılmamış veya gerektiği gibi yapılmamış olması, alacak miktarını aşar şekilde borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olması, borcun sona ermiş olması, alacağa ilişkin asıl davanın kaybedilmiş olması veya asıl davada verilen kararın kaldırılmış olması, ihtiyati haciz kararının iptaline yahut değiştirilmesine neden olabilir.

Borçlu, kararın icrasına itiraz etmek isterse bu kez kararın icra edileceği ülkedeki yetkili mahkemeye başvurmak zorundadır. İhtiyati haciz kararının icrasına engel olabilecek itiraz nedenlerinin neler olduğu Tüzüğün 34. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; haciz altına alınmak istenen hesap kararı uygulayacak ülke yasalarına göre hacizden muaf bir hesap ise, aynı şekilde bu hesap Tüzüğün 2. maddesi ile kapsam dışı bırakılmışsa,³⁵ ihtiyati hacze temel alınan mahkeme kararı ihtiyati haciz kararını uygulayacak ülke yasalarına göre icrası kabil olmayan bir karar ise, ihtiyati haciz kararının uygulanması uygulayıcı ülkenin kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, borçlu kararın uygulanmasına itiraz edebilir. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz karara itiraz nedenlerinden olan, borçluya yapılması gereken bildirimlerin gerektiği gibi yapılmamış olması, alacak miktarını aşar şekilde borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olması, borcun kapatılması, alacağa ilişkin asıl davanın kaybedilmiş olması veya asıl davada verilen kararın kaldırılmış olması nedenleri aynı zamanda kararın icrasına itiraz nedeni teşkil eder.

Bunun dışında her iki taraf da, hacze temel olan durumlarda değişiklik olması halinde (örneğin alacağın ödenmesi hususunda anlaşmışlarsa), kararı vermiş olan mahkemeden, kararın değişen şartlara uyarlanmasını isteyebilirler (655/2014 s. Tüzük md. 35).

³⁵ Bkz. Başlık B.1.

Borçluyu korumaya yönelik diğer önemli bir düzenleme, alacaklının ihtiyati haciz kararı ile kusurlu olarak borçluyu zarara uğratması durumunda tazminat borcunun doğabilecek olmasıdır (655/2014 s. Tüzük md. 13/1). Bu düzenleme, kararın icra edileceği ülke hukuku ile bir arada uygulanır (655/2014 s. Tüzük md. 13/4). Örneğin, ilgili ülke hukukuna göre alacaklı haksız bir talebe dayanan hacizden dolayı kusur aranmaksızın sorumlu tutuluyor da olabilir.³⁶

Son olarak, borçlunun (ister gerçek kişi ister tüzel kişi olsun) varlığını sürdürebileceği kadar bir miktar (Existenzminimums) haciz kararının dışında tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle borçlu, banka hesabında bulunan ve kendisinin ve ailesinin yaşamını ikame ettirebilmesi için gerekli minimum miktar üzerinde, ihtiyati hacizden sonra da serbestçe tasarruf etmeye devam edebilecektir. Bu miktarın ne olduğu ise haczin uygulandığı ülke yasalarına göre belirlenecektir (655/2014 s. Tüzük md. 31).

4. Hesap Bilgilerine Erişim

İhtiyati haciz talebinde bulunan alacaklı, kural olarak borçlunun hangi hesap veya hesapları üzerine tedbiren haciz konulması istediğini dilekçesinde açıkça belirtmelidir (655/2014 s. Tüzük md. 8/2). Ancak alacaklı borçluyu ilgilendiren bu bilgilere her zaman sahip olmayabilir. Tüzük ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi, artık bu gibi durumlarda, belirli şartların gerçekleşmesi halinde borçlunun hesap bilgilerine AB içerisinde erişimin mümkün kılınmış olmasıdır. Böylece sınır ötesi alacakların takibi önündeki önemli bir engel de ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Borçlunun hesap bilgilerini bilmeyen alacaklı, ihtiyati haciz talebinde bulunurken, aynı zamanda bu bilgilerin elde edilmesi yönünde mahkemeye dilekçe verebilir. Mahkemenin bu isteme olumlu cevap verebilmesi için, alacaklının elinde mutlaka önceden alınmış alacağına ilişkin bir mahkeme kararı olması gerekir (655/2014 s. Tüzük md. 14/1). Bu düzenlemeden, yasa koyucunun, alacak henüz netlik kazanmamışken borçlunun hesap bilgilerine erişimi orantısız bir müdahale olarak gördüğü sonucuna ulaşmak mümkündür. Ayrıca alacaklının,

³⁶ Karşılaştığımız: Lüttringhaus, ZJP 129/2016, s. 187 (216).

ihtiyati hacze konu olan banka hesabının, kararı uygulayacak devlet içerisinde bulunduğu yönündeki iddiasını desteklemesi gerekir (655/2014 s. Tüzük md. 14/2). Örneğin, borçlunun ilgili ülkede mesleki veya ticari birtakım faaliyetlerde bulunması ya da o ülke içerisinde malvarlığı edinmiş olması bu iddiayı destekler niteliktedir.³⁷

Mahkeme ancak ihtiyati haciz kararı verebilmesi için gereken şartlar mevcut ise, borçlunun banka hesap bilgilerine erişim kararı verebilir (655/2014 s. Tüzük md. 14/3). Bu yönde karar veren mahkeme, ihtiyati haciz kararını uygulayacak ülkenin (yani muhtemel banka hesabının bulunduğu ülkenin) ilgili birimlerinden, borçlunun hesap bilgilerini kendisiyle paylaşmasını ister. Bu bağlamda Tüzük, tüm üye devletleri banka hesap bilgilerinin hızlı ve etkin şekilde paylaşmasını mümkün kılan tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır. Bu tedbirlerin neler olabileceği 14. maddenin 5. fıkrasında gösterilmiştir. İlgili düzenlemeye göre; ulusal yasalarca bankalar için bir açıklama ödevi getirilebilir, banka hesap bilgilerinin saklanması için ulusal düzeyde resmi siciller oluşturulabilir, borçluya (aynı zamanda hesabından para çekmeyi ve transferini de yasaklayan) mal varlığı bildiriminde bulunması yönünde mahkeme emri verilebilir. Üye devletler bu önlemlerden istediğini alabileceği gibi, hızlı ve etkin bilgi aktarımını sağlayacak başkaca tedbirler de alabilirler.

İhtiyati haczin uygulanacağı ülke yetkili birimleri, borçlunun hesap bilgilerine ulaşır ulaşmaz bu bilgiyi talep eden mahkemeye paylaşmak zorundadır. Tıpkı ihtiyati haciz kararında olduğu gibi, burada da borçlunun banka hesabını boşaltması tehlikesine karşı, işleyen prosedürden kendisinin önceden haberi olmaması amaçlanmıştır. Bu nedenle borçluya kişisel verilerinin paylaşıldığı hususunda bilgi verilmesi ancak 30 gün sonraya bırakılmaktadır (655/2014 s. Tüzük md. 14/8).

C. Tüzük Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Banka hesaplarının ihtiyati haczine yönelik Tüzük ile sınır ötesi alacakların takibine Avrupa düzeyinde bir standart getirilmiş, ulusal yasalar arasındaki farklılıklardan kaynaklanan olumsuzluklar gideril-

³⁷ Schlauß, RIW 4/2017, s. 205 (207).

meye çalışılmış, böylelikle daha etkin ve hızlı bir hukuki koruma mekanizması sağlanmıştır. Ancak Tüzük içerisinde halen cevap bekleyen sorular ve suiistimale açık noktalar da yok değildir. Bu anlamda ilk akla gelen, alacaklıların sırf Tüzüğün sağladığı avantajlardan yararlanmak için, alacaklarının takibine sınır ötesi bir görünüm verme çabaları olacaktır. Örneğin, bu amaçla bir alacaklı ikamet ettiği yeri AB içerisinde (asıl niyeti orada geçici oturmak olsa da) kolaylıkla bir başka ülkeye taşıyabilir, ya da alacağını sınır ötesi nitelik kazanacak şekilde bir başkasına devredebilir.³⁸ İhtiyati haciz kararı borçlu dinlenmeden verileceği için, karar aşamasında onun bu yönde bir itiraz hakkı da olamayacaktır. Aslında bu anlamda, Tüzük ile sağlanan avantajlar, sınır ötesi icra takibini, sınır içerisi icra takibine nazaran daha çekici hale getirmiştir. Özellikle borçlunun hesap bilgilerine ulaşım söz konusu olduğunda, ulusal yasa hükümlerinin Avrupa Kararı prosedürünün çok gerisinde kaldığını görüyoruz.³⁹

Diğer suiistimale açık bir nokta da, ihtiyati hacze ilişkin üye bir devlette Avrupa Kararı almak için talepte bulunan alacaklının, buna paralel olarak bir başka üye devlette aynı borç için bu defa ulusal yasa hükümlerine göre ihtiyati haciz isteminde bulunabilme ihtimalidir. (Ya da tam tersi olabilir; önce ulusal yasa hükümlerine göre başvurulmuş, sonrasında Avrupa Kararı talep edilmiş olabilir). Zira Tüzük, birden çok yetkili mahkeme olduğunda alacaklıya bunlardan dilediğine başvurabilme imkânı tanımıştır. Her ne kadar Tüzük ile bu tarz paralel takipler teorik olarak yasaklansa da (655/2014 s. Tüzük md. 16), pratikte nasıl bir önlem alınması gerektiği halen Birlik içerisinde cevap bekleyen sorulardandır.⁴⁰

³⁸ Lüttringhaus, ZZP 129/2016, s. 187 (207); Schlauß, RIW 4/2017, s. 205 (208).

³⁹ Örneğin Almanya'da § 802c ZPO uyarınca takip borçlusunun haberi olmadan malvarlığı bilgilerine ulaşım söz konusu değildir. Ayrıca, borçlunun insiyatifi dışında gerçekleşecek malvarlığı araştırması ikincil niteliktedir. Yani ancak borçlu malvarlığı bildirim yükümlülüğünü yerine getirmez veya bildirdiği değerler alacaklıyı tatmin etmez ise, o zaman icra memuru tarafından malvarlığı bilgilerine ilişkin bir araştırma yapılabilir (§ 802l ZPO). Benzer şekilde Avusturya'da, borçlunun malvarlığı bilgileri kendisinden istenir (§ 47 EO), borçlu buna yanaşmaz ise 6 aya kadar zorlama hapsi ile cezalandırılır (§ 48 Abs. 2 EO). Ancak borçlunun haberi olmadan hesap bilgilerine ulaşım imkânı bu ülke icra yasasında da öngörülmemiştir.

⁴⁰ Lüttringhaus, ZZP 129/2016, s. 187 (201 vd.).

Bir diğer cevap bekleyen soru ise, Tüzük hükümlerine göre alınmış ihtiyati haciz kararının ne zamandan itibaren geçerli sayılıp etkisini doğurmaya başlayacağıdır. Bunu bilmek özellikle banka hesabı üzerinde başka tedbirler varsa onları sıraya koymakta önem taşır. Konuya ilişkin doktrinde kararın verildiği tarih⁴¹ ve kararın bankaya gönderildiği tarih⁴² ön plana çıkmaktadır. Tüzük içerisinde konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, madde 46`da “usule ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, yargılamanın yapıldığı yer usul kurallarının uygulanacağı” belirtilmiştir. Bu açıdan bakıldığında akla ilk gelen, ihtiyati haciz kararının etkisinin ne zaman doğacağı konusunda kararın verildiği ülke yasalarının geçerli olabileceğidir. Ancak madde 26 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, Tüzüğe göre alınmış bir Avrupa Kararı'nın, üye devletler tarafından tıpkı kendi sınırları içerisinde alınmış yerel bir karar gibi uygulanması gerektiği anlaşılıyor. Dolayısıyla haczin ne zamandan itibaren geçerli olacağı konusunda da kararı uygulayacak ülke yasalarının dikkate alınması daha doğru bir yol olacaktır.⁴³

Tüzüğün sağladığı önemli avantajlardan birinin, bir üye devlette verilen ihtiyati haciz kararının diğer bir üye devlette herhangi bir ara karara gerek kalmaksızın direk olarak icra edilebilmesi olduğunu belirtmiştik. Aslında bu düzenleme Tüzükten önceki yasal metinleri takip eden bir gelişmedir.⁴⁴ Ancak son yıllarda, her üye devlette yargılamanın temel ilkelerine aynı ölçüde riayet edilmediği belirtilerek, hukukun temel bir ilkesi zedelenerek alınmış mahkeme kararının, onu uygulayacak ülke tarafından hiç bir kontrole tabi tutulmadan icra edilebilecek olması eleştiriye maruz kalmıştır.⁴⁵ Bu eleştiri özellikle Birliğe yeni üye olan devletlerin hukuku uygulamalarındaki sıkıntılar bakımından getirilmiştir. Kanımızca, her ne kadar bu yöndeki endişeler anlaşılabilirse de, Avrupa Birliği'nin en önemli amaçlarından birisi,

⁴¹ Birke Häcker, “Die geplante EU-Verordnung zur grenzüberschreitenden vorläufigen Kontopfändung –Eine kritische Analyse –”, WM 46/2012, s. 2180 (2183); Müller, RIW 3/2012, s. 151 (155).

⁴² Lüttringhaus, ZZP 129/2016, s. 187 (216).

⁴³ Benzer yönde: Peter Schlosser/Burkhard Hess, EuZPR, C. H. Beck Verlag, Münih 2015, Einl. EuKtPVO Rn. 2; Lüttringhaus, ZZP 129/2016, s. 187 (210).

⁴⁴ Bkz. Başlık A.

⁴⁵ Leible, in: Kengyel/Harsági, Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union, s. 45.

yargı kararlarının serbest dolaşımını sağlayarak, vatandaşlara etkin bir hukuki koruma mekanizması sunmaktır. Bu da ancak üye devletlerde alınan yargı kararlarının Birlik sınırları içerisinde eşit ve hızlı bir şekilde uygulanabilir olması ile mümkündür. Bir üye devletin yargılama sistemindeki aksaklıklar, yasal zeminde alınan başkaca önlemlerle giderilmeye çalışılmalı, uygulamadan doğan sıkıntılar Birlik nezdinde sağlanacak farklı türdeki desteklerle giderilmelidir.

Tüzüğün tartışmaya en açık noktası alacaklı-borçlu menfaati arasında sağlamaya çalıştığı dengedir. Uluslararası boyutu olan bir alacağın takibinin ne kadar zor ve masraflı olduğu su götürmez bir gerçektir. Tüzük ile bu zorluk bir dereceye kadar giderilmeye çalışılmış, alacaklılara bu bağlamda geniş haklar ve imkanlar sağlanmıştır. Diğer bir gerçek ise, banka hesabına ihtiyaten haciz konulan borçlunun içinde bulunduğu zor durumdur, üstelik çoğu kez ortada henüz kesinleşmiş bir alacak da bulunmamaktadır.

Banka hesabı kişilerin yaşamını finanse ettiği en önemli parasal kaynaklardan birisidir. Özellikle büyük ölçekli ticari borçlarda, hesabı haciz altına alınan borçluya bankalar tekrar kredi ve borç vermekten çekinecekler, iş ilişkisi içerisinde olunan üçüncü kişilere yapılması gereken ödemeler yapılamayacak ve bu bir sonraki aşamada tacirlerin iflasına bile neden olabilecek sonuçlar doğurabilecektir.⁴⁶ Dolayısı ile alacaklıların haklarını güvence altına almaktaki menfaat ile borçluların uğradıkları risk arasındaki hassas dengenin korunması gerekir. Tüzüğün bu amaçla borçluyu koruyucu birtakım tedbirler aldığına yukarıda değinmiştik.⁴⁷ Ancak borçluyu koruyucu en önemli tedbirlerden biri olan, ihtiyati hacze ilişkin Avrupa Kararına ve bu kararın icrasına ilişkin itirazlar, ulusal yasa hükümlerine tabi tutulmuştur. Bizzat Avrupa Kararı'nın alınmasında ise alacaklılara, ulusal yasa hükümlerinden bağımsız ve onlara göre çok daha avantajlı haklar tanınmıştır. Bu durum, alacaklılara tanınan imkanlar ile borçluya tanınan imkanlar arasında derin bir uçuruma sebebiyet vermektedir.⁴⁸ Bu noktada borçlunun da kendini savunabilmesinde - Avrupa Kararı alınmasında

⁴⁶ Cranshaw, DZWIR 22/2012, s. 399 (405); Domej, ZEuP 2013, s. 497 (512).

⁴⁷ Bkz. Başlık B.3.

⁴⁸ Tanja Domej, "Europäische vorläufige Kontenpfändung: der erste Schritt einer langen Reise", GPR 2/2017, s. 84 (93); Domej, ZEuP 2013, s. 497 (525).

olduğu gibi – ulusal yasalardan bağımsız, daha hızlı ve etkin bir korumayı mümkün kılan, Birlik çapında mekanizmalar işletilebilir miydi sorusu sorulmalıdır. Özellikle ortada henüz alacağı kanıtlayan bir mahkeme kararı olmadan başlatılan ihtiyati haciz işlemlerinde, borunun içinde bulunduğu risk ve uğrayabileceği zararın büyüklüğu de hesaba katılmalıdır. Tüzüğün yola çıkış noktası her ne kadar alacaklıları, mal kaçırma abasinda olan kötü niyetli borçlulara karşı korumak olsa da; borçluların da kötü niyetli alacaklılara karşı yeterince korunması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

Tüzük içerisindeki diğer önemli bir boşluk, borçluyu korumaya yönelik tedbirler arasında, alacaklıya borçlunun hesap bilgilerine ulaştıktan sonra bu bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmasını yasaklayan bir hükmün olmamasıdır.⁴⁹ Benzer şekilde, borçlunun ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi için hacizden muaf tutulması gereken miktar konusunda, Tüzüğün kendisinin bir parametre vermeden sadece ulusal yasa hükümlerine atıf yapmakla yetinmiş olması isabetli değildir. Çünkü bu hususta üye devletlerin yasaları arasında önemli farklar olmakla birlikte, bazı devlet yasalarında tüzel kişiler için öngörölmüş böyle bir tedbir dahi bulunmamaktadır.⁵⁰

Son olarak Tüzük, hacizden muaf tutulacak miktarın belirlenmesinde kararının uygulandığı (yani banka hesabının bulunduğu) ülke yasalarını yetkili kılmıştır. Ancak borçlunun yaşamını sürdürebilmesi için gerekli minimum miktarın belirlenmesinde, onun yerleşik olduğu, iş ve aile yaşamını sürdürdüğu ülke standartlarının baz alınması daha doğru bir yöntem olabilirdi.⁵¹

SONUÇ

Banka hesaplarının ihtiyati haczine yönelik 655/2014 sayılı Tüzük ile sınır ötesi alacakların takibinde ulusal yasalardan kaynaklanan gecikmeler, zorluklar ve masraflar en aza indirgenmeye çalışılmış; bunun yerine daha hızlı, basit ve ekonomik bir yol olan Avrupa Kararı prosedürü öngörölmüştür. Bu prosedür, uluslararası boyutu olan

⁴⁹ Häcker, WM 46/2012, s. 2180 (2185).

⁵⁰ Domej, ZEuP 2013, s. 497 (512).

⁵¹ Domej, ZEuP 2013, s. 497 (514).

para alacaklarının takibinde, ulusal yasa hükümlerine alternatif olarak geliştirilmiş bir yoldur. Tüzüğün kapsamına giren bir alacak bundan böyle, istenirse uluslararası yetki kurallarına göre belirlenen devlet yasalarına göre, istenirse de devlet yasalarından bağımsız Tüzük hükümlerine göre takip edilebilir.

Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar ihtiyati hacze yönelik Avrupa Kararı ile ulusal yasalardan bağımsız, ortak bir Avrupa prosedürü yaratılmaya çalışılmışsa da, Tüzüğün bir çok alanda üye devlet yasalarına atfı yaptığı ve uygulamayı onlara bıraktığı görülmektedir (Territorialitätsprinzip).⁵² Özellikle kararın icrası, karara karşı başvurulabilecek yasal yollar ve borçluyu korumaya yönelik tedbirler gibi önemli alanlarda halen ulusal yasaların ve uygulamaların baskınlığı söz konusudur. Bu durum ise, sınır ötesi alacakların takibinde “yerellikten” henüz tam anlamıyla uzaklaşamadığına ve Tüzüğün yeteri kadar “Avrupalılaştıramadığına” işaret etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Tüzük tarafından üye devlet yasalarına atfı yapılan yerlerde, uygulamadan doğan farklılıklar kaçınılmaz olacaktır. Bu durum ise Tüzüğün amacıyla çelişmektedir. Özellikle borçluyu korumaya yönelik tedbirler gibi önemli konularda, Avrupa yasa koyucusunun daha fazla inisiyatif alarak, bu alanları üye devlet yasalarına bırakmak yerine, bizzat kendisinin düzenlemesi daha doğru bir yaklaşım olabilirdi. Yasa koyucusunun alacaklı lehine oldukça fazla inisiyatif alırken, borçlu lehine inisiyatif kullanmakta çekimser kaldığının da altı çizilmelidir. Bu durumun alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini bozduğu söylenebilir.

Eleştiriye açık tüm yönlerine rağmen, 655/2014 sayılı Tüzük ile medeni usul hukukunun ve onun bir parçası olan icra hukukunun AB içerisinde harmonize edilmesine ve sınır ötesi alacakların takibinin kolaylaştırılmasına önemli katkılar sağlanmıştır. Bu katkı her ne kadar şu an için banka hesaplarının ihtiyati haczi ile sınırlı olsa da, Tüzük içerisinde yer alan düzenlemeler gelecekte AB içerisinde gerçekleşecek diğer icra takip türlerine öncülük edebilecek niteliktedir.

⁵² Müller, RIW 3/2012, s. 151 (157); Domej, GPR 2/2017, s. 84 (93).

Kaynakça

- Adolphsen Jens, Abschaffung der Exequaturverfahren in Europa-Stand 2012, ZJS 5/2012, s. 579-583.
- Adolphsen Jens, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Springer Verlag, Heidelberg 2011.
- Cranshaw L. Friedrich, Der europäische Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung, DZWIR 22/2012, s. 399-410.
- Domej Tanja, Ein wackeliger Balanceakt: Die geplante Verordnung über die Europäische vorläufige Kontenpfändung, ZEuP 2013, s. 497-527.
- Domej Tanja, Europäische vorläufige Kontenpfändung: der erste Schritt einer langen Reise, GPR 2/2017, s. 84-94.
- Häcker Birke, Die geplante EU-Verordnung zur grenzüberschreitenden vorläufigen Kontopfändung –Eine kritische Analyse –, WM 46/2012, s. 2180-2186.
- Harbeck Nils, Ein Entwurf!, ZInsO 2012, s. 805-811.
- Hau Wolfgang/Eichel Florian, Zur Entwicklung des Internationalen Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union seit 2010, GPR 2/2012, s. 94-102.
- Leible Stefan/Müller Michael/Sala Rosa Miquel, Länderbericht Deutschland, in: Kengyel, Miklós/Harsági, Viktória, Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union, Dr. Otto Schmidt Verlag, Münih 2011, s. 4-48.
- Lüttringhaus D. Jan, Die Europäisierung des Zwangsvollstreckungsrechts im Bereich der vorläufigen Kontenpfändung, ZZP 129/2016, s. 187-218.
- Müller Micheal, Der Kommissionsvorschlag für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung, RIW 3/2012, s. 151-157.
- Özbek Mustafa Serdar, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Cilt II, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2018.
- Schlauff Stefan, Erleichterte grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung in der EU durch die zentrale Einholung von Kontoinformationen, RIW 4/2017, s. 205-208.
- Schlosser Peter/Hess Burkhard, EuZPR, C. H. Beck Verlag, 4. Baskı, Münih 2015.
- Weitz Karol, Probleme der Vollstreckung aus polnischer Sicht, in: Kengyel Miklós/Harsági Viktória, Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union, Münih 2011, s. 181-208.
- Weitz Karol, Der Europäische Sicherungstitel, in: Kengyel Miklós/Harsági Viktória, Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union, Münih 2011, s. 327-345.

**MAHKEME KARARINA DAYANMAYAN
AD VE SOYADI DEĞİŞİKLİKLERİ
(NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU GEÇİCİ MADDE
8 HÜKMÜNE BİR BAKIŞ)
THE CHANGES OF NAME AND SURNAME
NOT DEPENDING ON A JUDICIAL DECISION
(A BRIEF STUDY ON THE PROVISIONAL
ARTICLE 8 OF THE LAW ON POPULATION SERVICES)**

Arif Barış ÖZBİLEN*

Özet: Türk Medenî Kanunu'nun 27. maddesi, ad ve soyadı değişikliğinin ancak haklı sebeplerin varlığı hâlinde ve mahkeme kararına dayanılarak gerçekleştirilebileceği kuralını öngörmektedir. Bununla birlikte 19.10.2017 tarih ve 7039 sayılı Kanun'la 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'na eklenen geçici madde 8 düzenlemesi, bu esastan ayrılarak, kişilerin ad ve soyadlarının mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın idare tarafından değiştirilmesine olanak sağlamaktadır. Bu çalışmada, söz konusu düzenleme ile geçici bir süreliğine de olsa hukuk hayatımıza giren bu imkândan hangi hâllerde yararlanılabileceği, başvuru koşullarının neler olduğu, prosedürün nasıl işleyeceği ve ad ve soyadı değişikliğinin üçüncü kişiler üzerinde ne gibi etkiler doğuracağı hususları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Sözcükler: Adın Değiştirilmesi, Ad Üzerindeki Hak, Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Hak

Abstract: Article 27 of the Turkish Civil Code states that the change of name and surname can only be carried out in the presence of legitimate reasons and on the basis of a judicial decision. However, the provisional article 8 which is added to the law n° 5490 on the Population Services by the law n° 7039 of 19.10.2017, brings an exception to this principle and allows the change of name and surname without the requirement of a judge's decision but with an administrative decision. In this study, the questions under which conditions one can take advantage of this legal opportunity, the conditions of application, how the procedure works and the effects of the change of name and surname for third parties will be tackled.

Keywords: Change of Name, Right to a Name, Strictly Personal Right

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GENEL OLARAK AD ÜZERİNDEKİ HAK VE ADIN DEĞİŞTİRİLMESİ

Kişisel durumu oluşturan unsurların başında kişinin adı (ismi) gelmektedir. Her kişide bulunması zorunlu olan “öz ad” ve “soyadını” içine alan (geniş anlamıyla) ad kavramı, bir kimseyi diğer kişilerden ayırmaya yarayan, kişinin hangi aileden geldiğini gösteren ve bu nedenle kişinin kimliğinin önemli bir parçasını oluşturan kelime veya kelime grupları olarak tanımlanmaktadır.¹ Kişinin adı üzerindeki hakkı, hukukî niteliği itibarıyla bir kişilik hakkıdır;² bu nedenle, söz konusu hakkın başkalarına devredilmesi ya da miras yoluyla mirasçılara intikâl etmesi mümkün değildir.³ Hiç kimse isimsiz olarak var olamayacağından, ad üzerindeki haktan vazgeçmek de söz konusu olamaz. Benzer şekilde, sırf bir kimsenin, örneğin sevmediği için kendi adını kullanmıyor olması da, onun adı üzerindeki hakkını belirli bir sürenin geçmesi neticesinde kaybetmesine yol açmaz.⁴

Medenî Kanun, gerçek kişilere adları üzerindeki haklarını hukukten koruyabilmeleri için özel bir düzenleme öngörmektedir. Kanun’un 26. maddesi ile tesis edilen bu özel koruma yolu aslına bakılırsa, kişilik haklarının genel olarak korunmasını amaçlayan MK m. 24 ve m. 25 hükümlerinin özel bir görünüm şekli olarak kabul edilmektedir.⁵

¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2016, sh. 110; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medenî Hukuk - Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Ankara 2016, sh. 451; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 4. Bası, İstanbul 2012, sh. 167; Jale Akipek/Turgut Akıntürk, *Türk Medenî Hukuku*, Cilt I, Başlangıç Hükümleri, *Kişiler Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2002, sh. 435-436; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 4. Bası, İstanbul 1979, sh. 186; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Aufl., Bern 2008, sh. 278; Andreas Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e éd., Bâle 2009, sh. 169; Regina E. Aebi-Müller, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht*, 3. Aufl. (Hrsgb: Breitschmid/Jungo), Art. 27-30a ZGB, Zürich 2016, Art. 29, No: 1.

² Alain Thévenaz, *Commentaire Romand (éd: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx), Code Civil 1, Art. 1-359 CC*, Bâle 2010, Art. 29, No: 1; Henri Deschenaux/Paul Henri Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, Berne, 2001, sh. 288; Mario M. Pedrazzini/Niklaus Oberholzer, *Grundriss des Personenrechts*, 4. Aufl., Bern 1993, sh. 188; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, C. II, *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2016, sh. 165.

³ Akipek/Akıntürk, sh. 449; Bilge Öztan, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, 21. Bası, Ankara 2006, sh. 295.

⁴ Kılıçoğlu, sh. 453; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 110.

⁵ Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, *Basler Kommentar, Zivil-*

Ad ile ilgili olarak, o adı taşıyan kişinin olduğu kadar, o kişi ile sosyal veya ekonomik ilişkiler içine giren kişilerin de korunmaya değer menfaatleri bulunmaktadır. Bu menfaat özellikle, adın haklı bir sebep olmaksızın değiştirilememesinde kendini gösterir.⁶ Gerçekten, bir kimsenin dilediği zaman, olur olmaz saiklerle adını ya da soyadını değiştirmesi, bu kişinin eski adını kullanarak ilişki kurduğu ve bu kişiyi eski adıyla tanıyan kimseler bakımından güven zedeleyici ve hatta zarar doğurucu neticeler yaratabilir.⁷ İşte bu nedenle MK m. 27/f. 1 hükmü, adın değiştirilmesini belirli koşullara bağlayarak, kişilerin ad ya da soyadlarını istedikleri gibi ya da diledikleri zamanda değiştirmelerinin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Adı geçen hüküm, adın değiştirilmesinin ancak haklı sebeplerin varlığı hâlinde söz konusu olabileceğini düzenlemekte ve ad değişikliğinin yalnızca mahkeme kararına dayanılarak gerçekleşebileceğini öngörmektedir. Bu hüküm karşısında, adını veya soyadını değiştirmek isteyen bir kimse, bunu sağlamak için dava açmak ve hâkime ad ya da soyadı değişikliği talebinin haklı bir sebebe dayandığını ispat etmek zorundadır.⁸ Yasal düzenleme ile haklı sebepleri sıralayan sınırlayıcı bir liste oluşturmak mümkün olmayacağından, ad değişikliğini gündeme getiren sebebin haklı olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir.⁹

gesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 29, No: 1; Hausheer/Aebi-Müller, sh. 279; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 110; Kılıçoğlu, sh. 451; Özsunay, sh. 186; Aebi-Müller, Art. 29, No: 3.

⁶ Thévenaz, Art. 30, No: 17; Sibylle Hofer, Einleitungsartikel und Personenrecht (Hofer/Hrubesch-Millauer/Roberto), Bern 2011, sh. 200; August Egger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Art. 11–89, Zürich 1978, sh. 282. Ayrıca bkz. ATF 131 III 201.

⁷ Akipek/Akıntürk, sh. 446.

⁸ Dural/Öğüz, sh. 177.

⁹ Helvacı, sh. 178; Kılıçoğlu, sh. 458; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 122. Bkz. Yarg. 8. HD, 8.2.2018 tarih ve E. 2017/6911, K. 2018/1819 sayılı karar: “Hangi hâllerin haklı sebep teşkil ettiği konusu her bir davadaki özel koşullara göre mahkemece belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir. Bu özel ve kişiye özgü nedenler; istemde bulunanın kişiliği, sosyal statüsü, aile ilişkileri de göz önünde bulundurulur hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Ad ve soyadı kişiliğin ayrılmaz bir ögesidir. Kişi bununla anılır ve tanımlanır. Ad veya soyadı niteliği gereği onu taşıyan kişi tarafından benimsendiğinde anlam taşır. Adını benimsemeyen kişiliği ile özdeşleşmeyen kimsenin, adını değiştirmek istemesi en doğal hakkıdır. Böyle bir durumda, ad değiştirme istemlerini içeren davalarda davacının tercih ve arzusunun ön planda tutulması ve öncelikle dikkate alınması gerekir” (<http://www.kazanci.com>).

Yargı kararlarında, kişinin adını ya da soyadını değiştirmesinin dürüstlük kuralına göre haklı sebebe dayandığını gösteren durumlardan bazıları şunlardır: Kişinin adının gülünç, iğrenç ya da genel ahlâka aykırı olarak değerlendirilebilecek anlamlar taşıması,¹⁰ kişinin sosyal yaşamında tamamen başka bir adla tanınıyor ve biliniyor olması,¹¹ sahip olunan adın toplum genelinde tasvip edilmeyen veya nefret edilen bir başka kişinin adıyla aynı olması ve bunun neticesinde bu kişiler arasında bir akrabalık olduğu zannının bulunması,¹² kişinin dinini¹³ ya da vatandaşlığını değiştirmiş olması.¹⁴

¹⁰ Kızları için “Sürtük” adını koymak isteyen anne-baba örneği için bkz. Hüseyin Hatemi, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), İstanbul 2005, sh. 56.

¹¹ Bkz. Yarg. 8. HD, 21.9.2017 tarih ve 6499/11305 sayılı; Yarg. 8. HD, 14.12.2017 tarih ve E. 6311/16881 sayılı; Yarg. 8. HD, 8.2.2018 tarih ve E. 2017/6911, K. 2018/1819 sayılı kararları.

¹² Örneğin Fransız seri katil Henri Désiré Landru ile aynı soyadını taşıyan bir kimse- nin soyadı değiştirme talebinin haklı sebebe dayandığı yönünde bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 133.

¹³ Bkz. Yarg. 18. HD, 22.10.2007 tarih ve 881/8649 sayılı kararı: “...davacı Hıristiyan dinini kabul ettiğini, Ramazan olan adının dini inancına uygun düşen “Daniel” olarak değiştirilmesini istemiş, mahkemece, davacının adını değiştirmede haklı nedenin bulunmadığı gerekçesi ile “davanın reddine” karar verilmiştir... Ramazan olarak taşıdığı ad İslam dininin kutsal aylarından birinin adıdır. Davacının dinini değiştirmesinin yanında kendi dinini ve kültürel yapısını yansıttığına inandığı adı kullanmak istemesi bir haklı neden sayılmalıdır. O halde, mahkemece yukarıda açıklanan hususlar da dikkate alınarak, davanın kabulüne karar verilmesi reddi yolunda hüküm kurulması doğru görülmüştür” (<http://www.kazanci.com>).

¹⁴ Evlilik dışında doğmuş olan çocukların ya da boşanmış ailelerin çocuklarının fiilen beraber yaşamakta oldukları annelerinden farklı bir soyadı taşımaları nedeniyle yaşadıkları sıkıntıların, soyadı değişikliği konusunda haklı sebep oluşturup oluşturmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 124-126. Yargıtay’ın ilgili dairesinin bu konudaki görüşünü ortaya koyan bir karar için bkz. Yarg. 18. HD, 4.5.2015 tarih ve E. 2014/19503, K. 2015/7269 sayılı kararı: “...Boşanma sebebiyle velayet hakkının sırf anneye verilmiş olması çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı bir neden sayılmadığı gibi hukuki mevzuat da buna cevaz vermemektedir. Bir an için mevzuatın böyle bir duruma izin verdiği kabul edilse dahi sonradan gelişen sebeplerden dolayı çocuğun yararı açısından velayetin babaya yeniden verilmesi hallerinde bu kez baba, velayet hakkına dayanarak tekrar çocuğun soyadını değiştirmek isteyecektir. Mademki velayet kimde ise çocuk onun soyadını taşıyacaktır, o halde baba bu haktan mahrum edilemez. Böyle bir uygulamanın nüfus kayıtlarının güvenilirliğini ve istikrarını zedeleyeceği ve asıl bu gibi uygulamaların çocuğun ruh hali üzerinde çok derin ve etkili travma yaratacağı açıktır. Yargı mercilerinin bu durumu ve çocuğun yüksek yararını gözeterek anne ile babanın ya da ailelerin hukuken oluşmuş statüleri değiştirmeye çalışmalarına izin vermemesi gerekir” (<http://www.kazanci.com>).

MK m. 27/f. 1 hükmü ile ortaya konulan, ad ya da soyadının mahkeme kararı olmadan değiştirilemeyeceğine yönelik prensip, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu hükümleri ile de tekrar edilmiştir. NHK m. 35/f. 1 hükmü, kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydının düzeltilemeyeceğini ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhlerin konulamayacağını öngörmektedir. Bununla beraber, olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hataların, nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak (mahkeme kararına gerek olmaksızın) düzeltileceği de söz konusu hükümde ifade edilmiştir. Ad değişikliği davası, adını değiştirmek isteyen kişinin yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır (NHK m. 36/f. 1/b. a).

II. NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU GEÇİCİ MADDE 8 HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE AD VE SOYADI DEĞİŞİKLİĞİ

19.10.2017 tarih ve 7039 sayılı Kanun, 5490 sayılı ve 25.4.2006 tarihli Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Bunlardan biri de, kişilerin ad ve soyadlarının mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın idare tarafından değiştirilmesine olanak sağlanması olmuştur. 7039 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile 5490 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 8, *"kişinin iki yıl içerisinde yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğüne yazılı olarak başvurması kaydıyla; 21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3'üncü maddesine aykırı soyadları ile yazım ve imla hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunan ad ve soyadları, mahkeme kararı aranmaksızın, il veya ilçe idare kurulunun vereceği kararla bir defaya mahsus olmak üzere değiştirilebilir. İl ve ilçe idare kurullarının vereceği karar kesindir. Soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte varsa karısının ve müracaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadları düzeltilir. Soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir"* hükmünü taşımaktadır.

1- Ad ve Soyadında Değişiklik Yapılmasını Haklı Kılan Nedenler

Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8 hükmü, ad ve soyadında değişiklik yapılması isteminde bulunulabilmesi için belli nedenlerin

varlığını aramaktadır. Söz konusu hüküm, ad veya soyadında idarî karar neticesinde değişiklik yapılmasını, MK m. 27/f. 1 düzenlemesinde olduğu gibi “haklı sebepler”in varlığına bağlamamış; ad değişikliğini haklı kılan sebepleri çok daha dar bir içerikle tayin etme yoluna gitmiştir.¹⁵ Örneğin, yargı kararlarına göre, din değişikliği veya adın karışıklığa yol açması MK m. 27/f. 1 hükmü kapsamında birer “haklı sebep” olarak kabul edilmekteyken; bu sebepler NHK geçici m. 8 hükmü çerçevesindeki ad ve soyadı değişikliklerinde haklı sebep olarak sayılmamıştır. NHK geçici m. 8 hükmü uyarınca ad ve soyadında değişiklik yapılmasını haklı kılan nedenler şunlardır:

a) Soyadı Kanunu’na aykırılık

Soyadında değişiklik yapılmasını haklı kılan nedenlerden ilki, kişinin soyadının, 21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 3’üncü maddesine aykırı olmasıdır. Söz konusu düzenlemeye göre, rütbe, memuriyet, aşiret, yabancı ırk ve millet isimleri soyadı olarak kullanılamayacağı gibi, umumi edeplere uygun olmayan, iğrenç ve gülünç soyadlarının kullanılması da mümkün değildir.¹⁶

İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün “Ad ve Soyadı Değişikliği” konulu, 11.12.2017 tarih ve 24341420-010.06.01-137397 sayılı Genelgesi (bundan sonra kısaca Genelge olarak adlandırılacaktır), konuyla ilgili olarak uygulamada talep edilmesi

¹⁵ Bunun nedeni ise, MK m. 27/f. 1 hükmü uyarınca gerçekleşen ad değişikliklerinde söz konusu olan sebeplerin varlığını tayin ve haklılığını takdir eden hâkimin; NHK geçici m. 8 hükmü çerçevesinde gerçekleştirilecek olan ad ve soyadı değişikliklerinde rol oynamayışı olarak açıklanabilir.

¹⁶ Konu ile ilgili bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 18. HD, 29.9.2005 tarih ve 7193/8433 sayılı kararı: “Türk Medeni Kanunu’nun 27. maddesine göre haklı nedenin varlığı hâlinde ad ve soyadın düzeltilmesi hâkimden istenebilir. Davacı dava dilekçesinde, daha önce açtığı ve kabul edilerek kesinleşen mahkeme kararı ile “Sufiyan” olan adını yanlışlıkları önlemek ve okunuşunda sadelik sağlamak amacı ile “Sufyan” olarak değiştirdiğini, ancak bu adın çevresinde alay konusu edildiğini bu nedenle mağdur olduğunu ileri sürerek adının “Süfyan” olarak değiştirilmesini istemiştir. Yargıtay uygulamalarında kişinin çevresinde alay konusu edilen ve kendisini inciten adını değiştirmeyi istemesinin haklı neden sayılabacağı kabul edilmektedir. Davacı da bu nedene dayanarak adının değiştirilmesini istediği ve kanıt olarak tanık anlatımlarına dayandığına göre, tanıklar dinlenip göstereceği diğer deliller toplandıktan ve davada haklı nedenin var olup olmadığı araştırıldıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçeler ile davanın reddi doğru görülmemiştir” (<http://www.kazanci.com>).

muhtemel **örneklere** yer vermiştir. Buna göre, kişilerin dayanak belgesinde¹⁷ ve aile kütüğünde yer almakla birlikte, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nda belirtildiği üzere, umumi edeplere uygun olmayan,¹⁸ toplum nazarında iğrenç ya da gülünç olarak addedilebilecek (Yalak, Kalas, Sıçan, Deli, Koyun, Top, Boynuz, Ördek... vb.) soyadlarını değiştirme talepleri idare tarafından kabul edilecektir (m. 13/f. 5).

¹⁷ 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'na göre dayanak belgesi; aile kütüğüne işlenen nüfus olaylarının dayanağı olan form, tutanak, mahkeme kararı, noter senedi, doğum veya ölüm raporu gibi resmî belgeler ile bunların yedeklerini ifade etmektedir (NHK m. 3 / f. 1/ğ).

¹⁸ Konu ile bağlantılı olarak, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan 1587 sayılı Nüfus Kanunu m. 16/f. 4 hükmünün 2. cümlesi "Ancak milli kültürümüze, ahlak kurallarına örf ve adetlerimize uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz" ifadesini taşımaktaydı. "Rojda" isminin, milli kültürümüze ya da örf ve adetlerimize aykırı olmadığı yönünde bkz. Yarg. 18. HD, 13.3.1992 tarih ve 411/1351 sayılı kararı: "Mahkemece görüşü alınan TDK Başkanı'nın, 13.11.1991 günlü yazısında; "Rojda" biçimindeki kelimeye kaynaklarında rastlanmadığı, anlamının bilinmediği, Türkçe olmadığı, bu bakımdan da Türk çocuklarına ad olarak verilmesinin milli kültürümüze, örf ve adetlerimize uygun olmadığını belirtmiş, mahkeme de buna dayanarak nüfusa "Rojda" yazılı ismin iptaline ve davalının kızının isimsiz kalması korkusu altında «eğer iptal edilecekse annemin ismi olan Nefise olarak düzeltilsin» şeklindeki beyanı, "istem" olarak nitelendirilerek Nefise isminin takılmasına karar verilmiştir. Nüfus Kanunu'nun 16. maddesinin son fıkrası; "milli kültüre, ahlak kurallarına, örf ve adetlerimize uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten" adların konulmasını yasaklamıştır. "Rojda" sözcüğünün bu yasaklardan hangisine uyduğu, mahkemece aynen benimsenen TDK Başkanlığı yazısında belirtilmemiştir. Sözü edilen yazıda belirtildiği üzere bu sözcüğün Türkçe olmaması yasaklama kapsamında olması elbette yeterli değildir. Çünkü dilimizde Türkçe olmayan hatta halkının çoğunluğu İslam'ı din olarak kabul etmiş herhangi bir ulusun dilinden olmayan birçok sözcük ve isim mevcuttur. Rojda sözcüğünün anlamının bilinmediğini bildiren TDK görevlisi bunun milli kültürümüze ya da örf ve adetlerimize ne suretle aykırı olduğunu açıklamamıştır. Esasen adı geçenin, hiç bir gerekçe göstermeden, sanki Türkçe olmayan tüm isimler milli kültürümüz ile örf ve adetlerimize uygun değilmiş gibi, yanlışlığı aşikâr olan zihniyeti ile bu konuda görüş bildirmeye ehil olmadığı anlaşılmaktadır... Mahkemenin, Nüfus Kanunu'nun 46. maddesi kapsamında olmayan bir davaya bakması, yasalarımızın ana babaya verdiği bir yetkiyi onlardan alarak ve onların yerine geçerek, çocuğun alışıl gelmiş olmaktan başka bir aykırılığı olmayan adını bu konuda ehil olmadığı anlaşılan kişinin yetersiz ve gerekçesiz görüşüne dayanarak iptal edip ona yeni bir ad vermesi yürürlükteki kanunlarımıza aykırı olduğu gibi çağdaş Türkiye'mizin hukuki, sosyal ve kültürel düzeyi ve gerçekleri ile de bağdaşmamaktadır. Bütün bu nedenlerle davanın reddedilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir" (<http://www.kazanci.com>). Öte yandan, 1587 sayılı Nüfus Kanunu m. 16/f. 4 hükmünün 2. cümlesinde geçen "milli kültürümüze" ve "örf ve adetlerimize" şeklindeki ifadeler, 18.7.2003 tarih ve 4928 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile metinden çıkarılmış; söz konusu cümle "Ancak ahlâk kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz" şeklinde değiştirilmiştir.

b) Yazım yanlışlığı, imla hatası ve düzeltme işareti eksikliği

aa) Genel olarak

Ad veya soyadının düzeltilebilmesi için Kanun tarafından mevcudiyeti aranan ikinci neden ise, ad ya da soyadında yazım veya imla hatasının bulunması veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan bir anlam değişikliğinin var olmasıdır.

Genelge m. 8 hükmü uyarınca, kişinin ad veya soyadı, dayanak belgesine uygun şekilde aile kütüklerine tescil edilmesine rağmen, evlenme, yer değiştirme, evlat edinilme gibi nedenlerle kaydın taşınması sırasında hatalı yazılmış ve bu ad veya soyadı, uzun yıllar okul, askerlik, evlenme ve boşanma gibi işlemlerinde kullanılmış ise resmî makamlar karşısında zor durumda kalmasını önlemek açısından uygulamada ilgilinin yazılı talebi olmadan yapılan maddî hatalar düzeltilmemiştir. Söz konusu hüküm, 5490 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 8 ile ilgililerin yazılı talebinin olması hâlinde açık kaydına hatalı tescil edilen ad veya soyadının muhafaza edilip kapalı kaydındaki ad veya soyadının açık kaydına göre düzeltilmesinin talep edilmesi ve il ve ilçe idare kurullarınca bu yolda karar verilmesi hâlinde kişinin kapalı olan kaydındaki ad veya soyadının nüfus müdürlüklerince düzeltilmesine imkân sağlandığını belirtmektedir.

Bu durum, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile öngörülmuş olan genel prensipten ayrışıldığını göstermektedir. Nitekim NHK m. 14 hükmü, kapalı bir kayıt üzerinde işlem yapma imkânının bulunmadığını ortaya koymaktadır.¹⁹ NHK m. 14/f. 1 hükmüne göre, nüfus

¹⁹ Bu konuda bkz. Bkz. Yarg. 8. HD, 2.11.2017 tarih ve 5944/14425 sayılı kararı: "Dava dilekçesinde, evlenmeden önce kayıtlı olduğu bekarlık hanesindeki "Zarif" olarak geçen adını kullandığı gibi "Zarife" olarak düzeltilmesi istenmiş; Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar davalı ... Müdürlüğü tarafından kapalı kayıtlarda düzeltme yapılamayacağı gerekçesiyle temyiz edilmiştir. Dava, davacının evlenme ile kapalı hale gelen bekârlık hanesindeki adının, açık olan mevcut nüfus kaydında yazılı ve günlük yaşamında kullandığı «Zarife» şeklinde düzeltilmesi istemine ilişkindir... Davacının açık olan evlilik hanesinde adının «Zarife» olduğu, evlenmeden önceki bekârlık hanesi olan Niğde İli Merkez İlçesi Songur Mahallesi cilt no:17, hane no: 29 daki nüfus kaydında adının «Zarif» olarak geçtiği, iş bu nüfus kaydının 15.08.1970 tarihinde evlenme sonucu kapatıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında kapalı kayıt üzerinde işlem yapılmayacağı dikkate alınmadan davacının kapalı kaydındaki «Zarif» olan adının «Zarife» olarak düzeltilmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (<http://www.kazanci.com>).

kaydının kapatılması; ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlât edinilme, soybağının düzeltilmesi veya reddi gibi olaylar nedeniyle bir kaydın üzerinde işlem yapılamaz hâle getirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeniden açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında ise kayıt yeniden açılmaktadır. Kaydın açılmasından sonra kişisel durumda meydana gelmiş olan olaylar kişinin kaydına işlenir (NHK m. 14/f. 2).

Konuyu bir örnekle somutlaştırmaya çalışalım. Kişinin aile kütüğüne tescil edilen adı Perran'dır. Ancak bu kişinin kaydı, evlendiği için bir başka yere taşınmış ve bu işlem sırasında adı, açık kaydına yanlışlıkla "Perihan" olarak yazılmıştır. "Perihan" adı uzun yıllar boyunca bu kişi tarafından birçok resmî işlemde kullanılmış ve kişi yıllarca "Perihan" ismiyle tanınmıştır. İdare, adı, açık kaydı ile kapalı kaydında farklı olarak yer alan bu kişinin resmî makamlar karşısında zor durumda kalmasını engellemek için bu yanlışlığı re'sen düzeltmemektedir. 5490 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 8'in yürürlüğe girmesiyle birlikte, kişinin kapalı kaydında yer alan ad ve soyadına ilişkin düzeltme talepleri de idare tarafından dikkate alınacaktır. Bu sayede, çevresinde yıllardır "Perihan" adıyla tanınmış olan kişi, bu ad açık kaydına yanlışlıkla yazılmış olmasına rağmen, bu adını tercih edebilecek; kapalı kaydında yer alan "Perran" isminin "Perihan" olarak düzeltilmesini idareden talep edebilecektir.

Görüldüğü gibi, NHK m. 14/f. 1 hükmü, kapalı kayıtlar üzerinde işlem yapılamayacağını açıkça ortaya koymuş olmasına rağmen, Genelge m. 8 ile getirilen düzenleme, kişinin kapatılmış olan kaydındaki ad veya soyadının da düzeltilebileceğini öngörmektedir. Aslına bakı-

Bununla birlikte, Yargıtay'ın bu kuralı çok katı uygulamadığını gösteren kararları da mevcuttur. Bkz. Yarg. 8. HD, 3.5.2018 tarih ve E. 2017/7680, K. 2018/12058 sayılı kararı: "... her ne kadar kapalı kayıtlar üzerinde işlem yapılamaz ise de davanın temelini oluşturan "Nazife" adının "Nefise" olarak idarece düzeltildiği, 2013 yılında da adı geçenin nüfus kaydı kapalı olmasına rağmen, idarece davaya konu işlem kapalı kayıtlar açılarak yapılmış olduğundan davacının eldeki davayı açmakta hukukî yararı mevcut olup, duruşma açılarak taraf delilleri toplanıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, davacının delil sunma ve hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilerek dosya üzerinden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (<http://www.kazanci.com>). Benzer yönde bkz. Yarg. 8. HD, 25.6.2018 tarih ve 10231/14329 sayılı; Yarg. 8. HD, 10.5.2018 tarih ve E. 2017/7774, K. 2018/12473 sayılı kararları.

lacak olursa, kapalı kayıtlardaki bilgilerin düzeltilebileceği hususuyla ilgili olarak geçici m. 8 hükmünde açık bir ifade bulunmamaktadır. Dolayısıyla, geçici m. 8 hükmünün nasıl uygulanması gerektiği konusunda uygulayıcılara bilgi veren Genelgenin, Kanun tarafından açıkça yasaklanmış bir konu hakkında olur vermesi de düşünülemez. Daha açık bir anlatımla, Kanunun nasıl uygulanması gerektiğini açıklamak üzere oluşturulan Genelge, Kanun'a aykırı bir düzenleme içeremez. Bununla birlikte, geçici m. 8 hükmünde yer alan "...yazım ve imla hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunan ad ve soyadları" şeklindeki ifadeyi geniş yorumlayarak, "açık olduğu safhada yazım yanlışlığı içeren ve sonradan kapatılmış olan kayıtlardaki ad ve soyadları" nı da hükmün kapsamı içine girecek şekilde değerlendirmek, Genelge m. 8 düzenlemesine uygun bir netice verecektir.

Benzer şekilde, kapalı kayıtlardaki hatalı yazılmış olan ad veya soyadlarının il ve ilçe idare kurulu kararlarına dayanılarak 28.10.2016 tarihli ve 99484 sayılı talimat gereğince düzeltileceği, Genelge'nin 20. maddesinde de belirtilmiştir. Genelge'de zikredilen talimat, özellikle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kaydına, kapanma tarihinden sonra meydana gelen nüfus olaylarının hiçbir şekilde nüfus müdürlükleri ile dış temsilcilikler tarafından işlenmeyeceğini belirtmekte; Türk vatandaşlığının kaybı tarihinden sonra kapalı kayıt üzerine işlem yapıldığının tespit edilmesi hâlinde, yapılan işlemin İçişleri Bakanlığınca eski hâle getirileceğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, kişinin kusuru olmaksızın adı, doğum yeri, doğum tarihi ve cinsiyet gibi kaydında yer alan maddî hataların düzeltilmesi ile daha önceden yanlış ya da eksik olarak oluşturulmuş doğum, evlenme, boşanma gibi olay bilgilerinin tamamlanmasının sağlanması gerektiği, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 99484 sayılı talimatı ile açıkça öngörülmüştür.

bb) Özel nedenler

NHK geçici m. 8 ile Genelge m. 13 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, yazım yanlışlığından, imla hatasından ya da düzeltme işareti eksikliğinden kaynaklanan ad ya da soyadı değiştirme taleplerinin özel olarak şu nedenlere dayandığı görülmektedir:

aaa) Kapalı kayıtla açık kayıt arasındaki farklılık ve kişinin açık kayda tescil edilen ad ya da soyadını tercih etmesi

Bu ihtimâlde, yukarıda vermiş olduğumuz örnekte olduğu gibi kişinin adı (veya soyadı) dayanak belgesinde²⁰ ve kapalı kaydında "PERRAN" olarak yer almasına rağmen, bu ad, örneğin evlilik nedeniyle naklen gittiği açık kaydına "PERİHAN" olarak geçmiştir. NHK geçici m. 8 hükmü gereği, bu kişinin "PERİHAN" adını kullanma yolundaki talebini il veya ilçe idare kuruluna bildirmesi ve kurul tarafından adının "PERİHAN" olarak düzeltilmesine karar verilmesi durumunda, kişinin kapalı kaydında "PERRAN" olarak yer alan adı "PERİHAN" olarak düzeltilecektir.

bbb) Dayanak belgesi ile aile kütüğü arasındaki farklılık ve kişinin hatalı yazılmış olan ad ya da soyadını tercih etmesi

Bu ihtimâlde ise kişinin, açık ve kapalı olarak iki kaydı değil; tek bir kaydı bulunmaktadır. Bununla birlikte kişinin soyadı (veya adı) dayanak belgesinde örneğin "SERİM" olarak yer almasına rağmen aile kütüğüne yanlışlıkla "SEVİM" olarak yazılmıştır. Hatalı yazılmış olan "SEVİM" soyadını uzun yıllar taşıyan bu kişinin, söz konusu soyadını kullanma yönündeki talebini il veya ilçe idare kuruluna bildirmesi ve kurulca soyadının "SEVİM" olarak düzeltilmesine karar verilmesi durumunda; kaydının düşünceler alanına "..... il veya ilçe idare kurulunun .../.../..... tarihli ve sayılı kararına göre "SERİM" iken "SEVİM" soyadını kullanmasına karar verilmiştir." şeklinde açıklama yapılacaktır.

ccc) Kişinin dayanak belgesinde ve aile kütüğündeki ad ya da soyadında harf eksikliği bulunması

Üçüncü ihtimâlde ise, kişiye ait nüfus kayıtlarında ad ya da soyadı ile ilgili bir farklılık bulunmamakta; bununla birlikte kişinin dayanak belgesinde ve aile kütüğünde yer alan ad veya soyadında harf eksikliği söz konusu olmaktadır. Mesela aile kütüğünde adı "TUĞÇE" olarak yazılması gerekirken yanlışlıkla "TUÇE" şeklinde yazılmış olan bir kişinin, bu eksikliğin tamamlanması için il veya ilçe idare kuruluna başvurması ve kurulca bu yönde karar verilmesi durumunda,

²⁰ Bkz. 17 no'lu dipnot.

bu karara dayanılarak nüfus müdürlüğünce kişinin kaydında gerekli tamamlama yapılacak ve kaydının düşünceler alanına bu konuda bir açıklama yapılacaktır.

ddd) Kişinin dayanak belgesinde ve aile kütüğündeki ad ya da soyadında noktalama işareti eksikliği bulunması

Kişinin dayanak belgesinde ve aile kütüğünde yer alan ad veya soyadında noktalama işareti eksikliği bulunması da NHK geçici m. 8 hükmü kapsamında ad ya da soyadı değiştirme taleplerinin nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda aile kütüğünde, soyadı "İSMAİLOĞLU" olarak yazılması gerekirken "ISMAİLOĞLU" olarak yazılmış veya adı "ZİYA" yerine "ZİYA" yazılmış olan bir kişi, adındaki (veya soyadındaki) bu eksikliğin tamamlanması için il veya ilçe idare kuruluna başvurur ve kurulca talebine uygun bir karar verilirse, bu karara dayanılarak nüfus müdürlüğünce gerekli tamamlama yapılacak ve kaydının düşünceler alanına bu konuda bir açıklamada bulunacaktır.

eee) Dayanak belgesinde ve aile kütüğünde yer alan ad ya da soyadlarının yazılışına ilişkin diğer talepler

NHK geçici m. 8 hükmü kapsamında ad ya da soyadı değiştirme taleplerinin nedenleri sınırlı sayıda olmadığından, kişilerin dayanak belgelerinde ve aile kütüklerinde yer alan ad ya da soyadlarının yazılışına ilişkin diğer düzeltme taleplerinde bulunmaları da mümkündür.²¹ Bu çerçevede, örneğin aile kütüğünde, soyadı "İKİNCİBAHAR" yazılacak iken, "2. BAHAR" ya da "SEKİZOĞLU" yazılması gerekirken "8 OĞLU" yazılan soyadı (veya adlardaki) rakamların kaldırılarak, bu sözcüklerin Soyadı Nizamnamesinin 6'ncı maddesine uygun şekilde yazı ile yazılmasına ilişkin talepler, ad ya da soyadlarının yazılışına ilişkin diğer talepler arasında yer almaktadır. Bundan başka, örneğin "PELİNSU" adında olduğu gibi bitişik yazılması gerekirken aile kütüğünde "PELİN SU" şeklinde ayrı yazılmış olan isimlerin birleştirilmesine ya da "MEHMET ALİ" isminde olduğu gibi iki ayrı isim olarak yazılması gerekirken "MEHMETALİ" şeklinde bitişik yazılmış olan

²¹ Bu husus, Genelge m. 13'ün son fıkrasında açıkça ortaya konulmaktadır: "Yukarıdaki maddelerdeki muhtemel örnekler uygulayıcıya ışık tutmak ve yön vermek amacıyla yer almış olup benzer örneklere göre işlem yapılması il ve ilçe idare kurumlarının takdirindedir".

isimlerin ayrılmasına yönelik düzeltme talepleri de NHK geçici m. 8 hükmü kapsamında değerlendirilecektir. Bu ve benzeri talepler de yukarıdaki ihtimâllerde olduğu gibi, yine il ve ilçe idare kurullarınca değerlendirilecek ve kurulca talebe uygun bir karar verilirse, bu karara dayanılarak nüfus müdürlüğünce gerekli değişiklik yapılarak, ilgili kaydın düşünceler alanına bu konuda bir açıklamada bulunulacaktır.

2- Başvuru Koşulları

5490 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 8, ad ve soyadlarının mahkeme kararı aranmaksızın, il veya ilçe idare kurulunun vereceği kararla değiştirilebilmesi için belirli başvuru koşulları ortaya koymuştur.

a) *Başvuru süresi, talebin yöneltileceği makam ve başvuru şekli*

Bu koşullardan ilki, başvuru süresine ilişkindir. Buna göre, yukarıda bahsettiğimiz nedenlerden birine dayanarak ad veya soyadı değişikliği talebinde bulunan kişinin, geçici madde 8 hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıl içinde başvuruda bulunması gerekmektedir. Bu husus Genelge m. 15 hükmü ile de ortaya konulmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, 7039 sayılı Kanun gereğince ad veya soyadı değişikliğine ilişkin müracaatlar, 03.11.2019 tarihinde mesai saati bitimine kadar kabul edilecektir. Bu tarihten sonra yapılacak olan müracaatlar ise kabul edilip, işleme alınmayacaktır.

Başvuruya ilişkin diğer bir koşul ise, ad veya soyadı değişikliği talebinde bulunan kişinin bu talebini yöneltileceği makamdır. Geçici madde 8 hükmü, konu ile ilgili olarak, ad veya soyadı değiştirme talebinde bulunan kişinin yerleşim yerinin bulunduğu yerin nüfus müdürlüğünü işaret etmektedir. Bu nedenle il veya ilçe idare kurullarınca yerleşim yeri dışındaki nüfus müdürlüklerine yapılan müracaatlar kabul edilmemektedir. Yerleşim yeri aynı olan ailenin ergin çocukları soyadı değişikliğine ilişkin talepleri için anne ve babaları ile birlikte başvuruda bulunabilirler. Yerleşim yeri yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının ad veya soyadı değişikliğine ilişkin başvuruları ise dış temsilcilikler vasıtasıyla alınmaktadır. Bu talepler, il veya ilçe idare kurullarınca değerlendirilmek üzere ilgililerin aile kütüğünde kayıtlı olduğu yerin valilik veya kaymakamlığına dış temsilcilikler tarafından ulaştırılmaktadır (Genelge m. 14).

Başvuru koşulları hakkında belirtilmesi gereken diğer bir nokta ise, ad veya soyadı değişikliğine yönelik müracaatın yazılı olarak yapılması konusundaki gerekliliktir.

b) *Başvuruda bulunacak kişi*

Ad ya da soyadı değişikliğine yönelik başvurunun kural olarak bizzat ilgili kişi tarafından yapılması gerektiği öngörülmektedir. Bununla birlikte, Genelge m. 14 hükmü uyarınca, ad veya soyadı değiştirilmesine yönelik bilgileri içeren vekâletnameyi ibraz eden vekilin talepte bulunan kişi adına başvuruda bulunması mümkün kılınmıştır.²²

Bilindiği gibi, kişinin adı veya soyadını değiştirme talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır.²³ Genelge de, “Ad ve Soyadının Düzeltmesine İlişkin Esaslar” başlığının 1. maddesinde bu esası açık bir biçimde vurgulamaktadır: “Özel hukuk açısından ad, kişiyi tanıtan ve onu diğer bireylerden ayırmaya yarayan bir kavramdır. Kendine özgü kişiliği ve özvarlığı olan her birey, başkalarından adıyla ayırt edilir, toplum ve ailesi içinde bununla yer alır. Onun içindir ki her kişinin bir adının olması ve adının aile kütüğüne yazılması yasayla zorunlu kılınmıştır. Bu nedenle ilgili kişilerin yazılı talebi olmadan *re’sen ad ve/veya soyadı düzeltilmeyecektir*”.

Bu ilkenin bir neticesi olarak, ölmüş kişilerin ad veya soyadında değişiklik yapılmasına ilişkin olarak mirasçıların talepte bulunamamaları gerekir. Gerçekten, ad ve soyadı değişikliğine yönelik talep, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, adını veya soyadını değiştirmek isteyen kişinin ölümü hâlinde, bu talebin mirasçılar tarafından ileri sürülmesi de mümkün olmayacaktır. Genelge m. 3 hükmü de,

²² MK m. 27 hükmü uyarınca açılan ad değiştirme davaları bakımından genel vekâletnamenin yeterli olmadığı; bu davanın açılabilmesi için vekile, ad değişikliği konusunda özel bir yetki verilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 18. HD, 21.9.2006 tarih ve 5835/6584 sayılı kararı.

²³ Bucher, sh. 181; Deschenaux/Steinauer, sh. 70; Thévenaz, Art. 30, No: 5; Estelle De Luze/Valérie De Luigi, “Le nouveau droit du nom”, PJA 2013, sh. 517; Rona Serozan, Medenî Hukuk- Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2013, sh. 483; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 128; Dural/Öğüz, sh. 179; Helvacı, sh. 167. Ayrıca bkz. Yarg. 8. HD, 15.6.2017 tarih ve 2300/9111; Yarg. 18. HD, 18.2.2016 tarih ve E. 2015/6693, K. 2016/2710 sayılı; Yarg. 18. HD, 21.9.2006 tarih ve 5835/6584 sayılı kararları.

kişiyeye bağlı olan ad üzerindeki hakkı, kişinin kendisinden başkasının kullanamayacağından hareket ederek, ölmüş kişilerin ad veya soyadında değişiklik yapılmasına ilişkin taleplerin il ve ilçe idare kurullarınca reddedileceği hususunu öngörmüştür.

c) *Başvuruda bulunan kişinin ehliyeti*

Ad veya soyadı değiştirme talebinde bulunan kişinin ehliyet bakımından da ayrıca incelenmesi gerekir. Tam fiil ehliyetine sahip olan bir kişinin 5490 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesi kapsamında başvuruda bulunabileceği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, acaba sınırlı ehliyetsiz bir kimse ad ve soyadı değiştirme konusunda nüfus müdürlüğüne başvuruda bulunabilecek midir? Geçici madde 8 hükmü, bu konuda bir açıklığa sahip değildir. Fakat Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün "Ad ve Soyadı Değişikliği" konulu Genelgesi kısıtlı kişiler bakımından özel hükümler ihtiva etmektedir.

Genelge'nin 5. maddesi uyarınca, MK m. 407 hükmü gereği kısıtlanan hükümlülerin Cumhuriyet savcılığı kanalı ile müracaatta bulunmaları hâlinde ve vasilerinin de ad veya soyadı değişikliği talebine ilişkin yazılı izinlerinin olması kaydıyla hükümlünün talebi il ve ilçe idare kurullarınca değerlendirmeye alınacaktır. Görüldüğü gibi "Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her erğin kısıtlanır" hükmünü ortaya koyan MK m. 407 hükmü uyarınca kısıtlanan kişi, 5490 sayılı Kanunun geçici 8. maddesi kapsamında ad veya soyadı değişikliği talebinde bulunmak istiyorsa, yasal temsilcisinin bu konudaki yazılı iznini almak ve Cumhuriyet savcılığı vasıtasıyla müracaatta bulunmak zorunda tutulmuştur.

Öte yandan, kısıtlanmış olmamakla birlikte ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde tutuklu bulunan kişiler de, Cumhuriyet savcılıkları kanalıyla tutuklu buldukları yerin nüfus müdürlüğüne başvuruda bulunmak koşuluyla, bunların ad veya soyadı değişikliğine ilişkin yazılı talepleri kabul edilip işleme alınacaktır (Genelge m. 6).

Kısıtlı kişilerin ad ve soyadı değişikliği talepleri hakkındaki diğer bir düzenleme ise, Genelge'nin 7. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, MK m. 408 hükmünde belirtilen ve ayırt etme gücüne sahip olup; yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işle-

rini gerektiği gibi yönetemeyen kişilerin kendi istekleri üzerine verilen ve kesinleşmiş olan kısıtlama kararlarının bulunması hâlinde, söz konusu kişilerin ad veya soyadı değişikliğine ilişkin dilekçeleri kabul edilip işleme alınacaktır.

Genelgedeki bu hükümler nazara alındığında, yanıtızsız kalan sorulardan ilki, ad ve soyadı değişikliği taleplerine ilişkin düzenlemelerin neden yalnızca MK'nın 407. ve 408. maddeleri uyarınca kısıtlanan kişilerle sınırlı tutulduğudur. Gerçekten, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü Genelgesi, kısıtlı kişilerin başvuruları ile ilgili olarak yalnızca iki kısıtlama sebebini dikkate almış, bunlar dışındaki nedenlerle kısıtlanmış olan kişilerin ad ve soyadı değişikliğine yönelik talepleri konusunda suskun kalmıştır. Oysa bilindiği gibi, kısıtlama sebepleri yalnızca, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûmiyet ile ilgilinin talebinden ibaret değildir. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (MK m. 405) ile savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya kötü yönetim (MK m. 406) gibi hâller de kısıtlama sebepleri arasında yer almaktadır.²⁴ Kanatımızca Genelgenin, bu kısıtlama sebeplerini göz ardı etmiş olması, söz konusu nedenlerle, örneğin akıl zayıflığı veya uyuşturucu madde bağımlılığı sebebiyle kısıtlanmış olan bir kişinin nüfus müdürlüğüne başvurarak ad veya soyadı değişikliği talebinde bulunamayacağı şeklinde yorumlanamaz. Bir kimse hangi nedenle kısıtlanmış olursa olsun, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkı Kanun'da öngörülen koşullara riayet etmek şartıyla kullanabilir. Burada dikkate edilmesi gereken yegâne husus, ad ya da soyadı değişikliği talebinde bulunan kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır.²⁵

Konu ile ilgili olarak Genelgede tereddüt yaratan noktalardan bir diğeri ise, kısıtlı olan kişinin nüfus müdürlüğüne ad veya soyadı değişikliği talebinde bulunurken yasal temsilcisinin iznine ihtiyaç duyup duymayacağıdır. Nitekim Genelge'nin 5. maddesi, MK m. 407 hükmü

²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara 2015, sh. 701-711; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2018, sh. 408-412; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medenî Hukuku, 2. C, Aile Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2013, sh. 482-487. Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 73-74; Serozan, sh. 432.

²⁵ Bucher, sh. 181; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 128.

uyarınca kısıtlanan hükümlülerin, ancak vasilerinin de ad veya soyadı değişikliği talebine ilişkin yazılı izinlerinin bulunması kaydıyla NHK geçici madde 8 hükmünden yararlanabileceklerini belirtmektedir. Buna karşılık, Genelge'nin 7. maddesine göre, MK m. 408 hükmü gereği kendi isteğiyle kısıtlanmış olan bir kimse, yasal temsilcisinin iznini almaya gerek duymaksızın, nüfus müdürlüğüne ad veya soyadı değişikliği talebinde bulunabilecektir. Özgürlüğü bağlayıcı ceza nedeniyle kısıtlanmış olan bir kimse, ad ya da soyadı değişikliği talebi için yasal temsilcisinin yazılı iznine ihtiyaç duyarken; aynı talepte bulunan kişi, kendi isteği üzerine kısıtlanmış ise, onun, yasal temsilcinin iznine ihtiyaç duymuyor oluşu açıklanmaya muhtaç kalmaktadır. Kanun koyucunun, kısıtlılıkları farklı nedenlere dayanan kişiler arasında, bir hakkın yasal temsilcinin iznine bağlı olmadan kullanılıp kullanılmayacağı hususu ile ilgili olarak yapmayı tercih etmediği böyle bir ayırımın, Genelge ile öngörülmüş olması açıkça Kanuna aykırılık teşkil etmektedir.

Genelge'nin, yadırgatıcı bir biçimde, kısıtlanmaları farklı nedenlere dayanan kişiler arasında farklı bir başvuru prosedürü öngörmesi dışında, sınırlı ehliyetsiz olan kimseler bakımından da eşit bir yaklaşım tarzı benimsemediği görülmektedir. Nitekim Genelge, her ne kadar yalnızca iki kısıtlanma sebebini dikkate almış dahi olsa; nihayetinde, kısıtlı kimselerin ad veya soyadı değişikliği taleplerini hangi şartlar altında ileri sürebilecekleri hususunu düzenlemektedir. Oysa bilindiği gibi, sınırlı ehliyetsizler, yalnızca ayırt etme gücüne sahip olup, kısıtlanmış kişilerden ibaret değildir. Ayırt etme gücü olan ancak henüz ergin olmayan kişiler yani mümeyyiz küçükler de hukuken sınırlı ehliyetsiz kategorisi içinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle, tıpkı ayırt etme gücüne sahip bir kısıtlı gibi, ayırt etme gücüne sahip olan bir küçüğün de, Kanunda öngörülen nedenlerin varlığı hâlinde, ad veya soyadını değiştirme hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. O hâlde, Genelge ile açıkça düzenlenmemiş olsa bile, örneğin NHK geçici madde 8 hükmünün yollama yaptığı 2525 sayılı Soyadı Kanunu'na göre, toplum nazarında "gülünç" ya da "iğrenç" olarak nitelendirilebilecek bir soyadına sahip olan ve bu nedenle okul arkadaşları tarafından sürekli bir biçimde aşağılamalara maruz kalarak, alay konusu

yapılan ayırt etme gücüne sahip küçükün, soyadını değiştirme konusunda NHK geçici m. 8 hükmü gereği nüfus müdürlüğüne başvuruda bulunabilmesi gerekir.²⁶

Kanun'da ya da Genelge'de tam ehliyetsiz kişilerin ad veya soyadı değişikliklerinin nasıl gerçekleşeceğine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Adını değiştirme hakkı her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa ve bu hakkın bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gerekse dahi, öğretide genel olarak ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin menfaatlerini daha iyi bir biçimde koruyabilmek adına, yasal temsilcinin bu kişi için ad değişikliği talebinde bulunabilmesi gerektiği savunulmaktadır.²⁷ Kanaatimizce NHK geçici m. 8 hükmü çerçevesinde gerçekleşecek olan ad değişikliği talepleri bakımından da bu düşünceden ayrılmayı gerektirecek herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

3- Düzeltme Kararlarının Alınması ve Nüfus Kayıtlarına İşlenmesi

Nüfus müdürlüklerine intikal eden ad veya soyadı değişikliği taleplerine ilişkin dilekçeler kayıt altına alınarak talepte bulunanların

²⁶ Adını değiştirme hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olması sebebiyle, küçük ve kısıtlıların ayırt etme gücüne sahip olmak koşuluyla bu haklarını yasal temsilcilerinin rızasına bağlı olmadan kullanabilmeleri gerektiği yönünde bkz. Thévenaz, Art. 30, No: 5; Deschenaux/Steinauer, sh. 70; Hausheer/Aebi-Müller, sh. 287; Bucher, sh. 180; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 128-129; Serozan, sh. 483; Helvacı, sh. 179. Öyle ki, küçük ya da kısıtlı ayırt etme gücüne sahip ise, yasal temsilcinin onun adına isim değişikliği talebinde bulunamaması gerekir. Bkz. Thévenaz, Art. 30, No: 8. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun anayasa ile teminat altına alınmış olan bu hakkını İsviçre mahkemelerinin de göz ardı ettiği yönünde bkz. Bucher, sh. 180. Ancak zorunlu ve ivedi durumlarda bu hakkı sınırlı ehliyetsiz adına yasal temsilcinin de kullanabileceği görüşünde bkz. Serozan, sh. 483. Yasal temsilcinin bu isteme katılmasının sınırlı ehliyetsizlerin çıkar durumlarına daha uygun olduğu görüşünde bkz. Dural/Öğüz, sh. 179; Özsunay, sh. 201; Aydın Zevkliler/Beşir M. Acabey/K. Emre Gökyayla, Medenî Hukuk Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999, sh. 430; Öztan, sh. 302.

²⁷ Bkz. Philippe Meier, "Nouveau droit de la protection de l'adulte: Introduction générale et système des curatelles", RNRF 94/2013, sh. 129; Thévenaz, Art. 30, No: 6; Bucher, sh. 181; De Luze/De Luigi, sh. 517; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 129; Öztan, sh. 302; Dural/Öğüz, sh. 180; Özsunay, sh. 201; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, sh. 430; Helvacı, sh. 179.

adı, soyadı, talep konusu, başvuru tarihi ile evrak kayıt numarasının yer aldığı bir liste ve yerleşim yerini gösteren nüfus kayıt örnekleri, iş yoğunluğuna göre belirlenecek aralıklarla il veya ilçe idare kurullarına teslim edilmektedir (Genelge m. 16).

İl ve ilçe idare kurullarına, ad veya soyadının düzeltilmesi safhasında belirli kurallara riayet etme yükümlülüğü getirilmiştir. İl ve ilçe idare kurulları, ad veya soyadı düzeltmelerine ilişkin taleplerde 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun, 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile Soyadı Nizamnamesi'nde yer alan mevzuat hükümlerini göz önünde bulundurmak zorundadır. Öte yandan, yazım ve imla hatalarının denetlenmesinde ya da ad ve soyadlarında düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan bir anlam değişikliği olup olmadığının tespitinde Türk Dil Kurumu Başkanlığı'nın Yazım Kılavuzu ile 8.4.2013 tarihli ve 35620 sayılı talimat ekindeki Türk Dil Kurumu Başkanlığı'nın 14.1.2013 tarihli ve 21 sayılı yazısından²⁸ yararlanılması gerektiği Genelge m. 9 hükmü ile ortaya konulmuştur.

Ad veya soyadlarında yapılması talep edilen düzeltmelerde nüfus kayıt örneklerindeki bilgiler esas alınacaktır. Bu çerçevede, ad veya soyadına ilişkin düzeltme talebinde bulunan kişinin bir kaydının mı yoksa birden fazla kaydının mı bulunduğu önem arz etmektedir. Yalnızca bir kaydı bulunan kişinin soyadı düzeltme talebinde bulunması hâlinde, bu kimsenin aile kütüğündeki kayıtlara dayanılarak karar alınacak; zorunlu hâller dışında nüfus müdürlüklerinden kişinin tesciline esas olan dayanak belgesi ya da soyadı defterinden örnek istenmeyecektir. Bu noktada altı çizilmesi gereken husus, talep edilen soyadının 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile Soyadı

²⁸ Türk Dil Kurumu Başkanlığı'nın 63434571-663.09.21 sayılı ve 14.1.2013 tarihinde "düzeltme işareti" hakkında Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderdiği yazıda, Arapça ve Farsça kökenli özel adlarda bulunan ince "g" ve "k" ünsüzlerinden ve kişi adlarında ince "l" ünsüzünden sonra gelen "a" ve "u" ünlülerinin, düzeltme işareti (^) ile -örneğin Kâzım, Nigâr, Halûk, Lâle, Nalân, Bilâl, Hilâl, Celâl vb. şekilde- yazılabildiği ifade edilmiştir. Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü de, 81 ilin nüfus ve vatandaşlık müdürlükleri ile Dışişleri Bakanlığı'na gönderdiği 8.4.2013 tarihli ve 35620 sayılı talimatta (açıklayıcı yazıda), doğum bildiriminde çocuğa konulmak istenen adın belirtilen hususlar kapsamında olması durumunda, doğum bildiriminde bulunan kişiye konu ile ilgili bilgi verilmesi ve çocuğun adında düzeltme işareti kullanılıp kullanılmayacağı konusunda alınan yanıtı göre, bu adların nüfus kayıtlarına tescillerinde azami özenin gösterilerek işlem yapılması talimatını vermiştir.

Nizamnamesi'nin 7, 8, 9, 10 ve 11'inci maddelerine aykırı bulunmamasıdır.²⁹ Bu nitelikteki bir soyadının alınması yönündeki talepler il veya ilçe idare kurulları tarafından reddedilecektir.

Tek kaydı bulunan bir kişinin adında değişiklik yapılmasını istemesi durumunda da, bu kimsenin nüfus kayıtları göz önünde bulundurulurken gerekli değerlendirme yapılacak ve yine zorunlu hâller dışında, kişinin tesciline esas olan doğum tutanağı veya doğum vukuat defteri örneği istenmeyecektir.

Şayet ad veya soyadı değişikliği talebinde bulunan kişinin birden fazla kaydı bulunuyor ise, bu kişinin soyadının hatalı yazılmış olması ihtimâlinde, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile Soyadı Nizamnamesi'nin 7, 8, 9, 10 ve 11'inci maddelerine aykırı olmamak kaydıyla talep ettiği soyadı değerlendirmeye alınacaktır. Aynı şekilde, birden fazla kaydı bulunan kişinin ad düzeltme talepleri de, kaydında yazım veya imla hatası bulunması veya düzeltme işareti kullanılmasından kaynaklanan bir anlam değişikliği olması şartıyla değerlendirilmeye tâbi tutulacaktır (Genelge m. 18).

Nüfus müdürlükleri, il veya ilçe idare kurulları tarafından verilen tek veya toplu kararlara göre ilgililerin ad veya soyadlarında gerekli düzeltmeyi yapacaklardır. Genelge m. 12 hükmüne göre, il ve ilçe idare kurullarınca verilen ad veya soyadı değiştirme kararları ile ilgili olarak; nüfus kaydının düşünceler alanına ".....il veya ilçe idare kurulu-

²⁹ 21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, rütbe, memuriyet, aşiret, yabancı ırk ve millet isimleri soyadı olarak kullanılamayacağı gibi, umumi edeblere uygun olmayan, iğrenç ve gülünç soyadlarının kullanılması da mümkün değildir. Benzer şekilde, 24.12.1934 tarih ve 2/1759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na dayanan Soyadı Nizamnamesi'ne göre de, yabancı ırk veya millet isimleri ile bir aşiret veya kabile ile ilişkiyi gösteren; eski ve yeni devlet kadrosundaki rütbeyi ve memuriyeti bildiren, umumi edeblere uygun olmayan, gülünç veya iğrenç olan ve hakaret içeren soyadları kullanılamayacağı gibi; tarihte ün almış kişilerle ilişkiyi gösteren soyadları da, kişinin bu kimselerle ilişkisi resmî kayıt ve belgelerle sabit olmadıkça kullanılamaz ve yeniden takılamaz (m. 7, 8, 9, 10, 11).

Soyadı Nizamnamesi'nin 25.3.2009 tarih ve 2009/14848 karar sayılı Soyadı Nizamnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük ile değiştirilen 12. maddesine göre, 7, 8, 9, 10 ve 11'inci maddelere aykırı olarak verilmiş adlar aile kütüklerine ve doğum tutanaklarına yazılamaz. Söz konusu maddelere aykırı olarak verilmiş olan adların değiştirilmesi için ilgili resmî dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcılığı tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde dava açılır.

nun .../.../..... tarihli ve sayılı kararı ile adı ve/veya soyadı “.....” iken “.....” olarak düzeltilmiştir” şeklinde açıklama yapılacaktır. Nüfus kaydında yapılacak olan bu değişiklik, MERNİS³⁰ Uygulama Yazılımında da “Ad ve Soyadı Güncellemesi” olarak gerçekleştirilecektir. Bu güncellenmenin yapılabilmesi için il veya ilçe idare kurulu kararına ait bilgilerin girilmesi zorunlu tutulmuştur.

Görüldüğü gibi, NHK geçici m. 8 hükmü kapsamında talep edilen ad veya soyadı değişiklikleri herhangi bir mahkeme kararına gerek duyulmaksızın, il veya ilçe idare kurullarının vereceği karar doğrultusunda gerçekleşmektedir. Aslına bakılırsa, kişilerin ad ve soyadlarının değiştirilmesi konusunda mahkeme kararı aranmaksızın bu değişikliklerin idarî yoldan gerçekleşebilmesinin, kamu düzeni açısından bir takım sakıncalar doğurabileceği düşünülebilir.³¹ Bununla birlikte, ad ve soyadı değişikliğine ilişkin talepleri karara bağlama yetkisinin doğrudan doğruya idareye bırakıldığı hukuk sistemleri de mevcuttur.

Örneğin İsviçre’de, adını ya da soyadını değiştirmek isteyen bir kişi, bu talebinin gerçekleşmesi için Türkiye’de olduğu gibi dava açmak zorunda değildir. İsviçre Medenî Kanunu m. 30 hükmü uyarınca, yerleşim yerinin bulunduğu kanton hükümeti,³² haklı sebeplerin bulunması hâlinde bir kimsenin adını (ve soyadını) değiştirmesine izin verebilmektedir (CC art. 30 al. 1). Görüldüğü gibi, İsviçre hukukunda haklı sebeplerin varlığı konusundaki değerlendirme yetkisi MK m. 27/f. 1 hükmünde olduğu gibi hâkime değil, idareye bırakılmıştır. Ancak isim değişikliği taleplerinin reddini konu alan kanton idaresi kararlarına karşı adli yargıya başvuru hakkı bulunmaktadır.³³

³⁰ MERNİS (Merkezî Nüfus İdare Sistemi) Projesi, kişi hâllerine ilişkin tüm bilgilerin elektronik ortama aktarılmasını amaçlayan ve kişi hâllerine ilişkin bilgilerde meydana gelen değişikliklerin anlık güncellenmesini ve bir ağ üzerinden güvenle paylaşılmasını sağlayan bir proje olarak tanımlanmaktadır. İçişleri Bakanlığı’na bağlı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nce yürütülen MERNİS Projesi ile nüfus kayıtlarının bilgisayar ortamına aktarılarak ilçe nüfus veri tabanlarının oluşturulması ve ilçe nüfus veri tabanlarını Merkez ile bütünleştirerek Merkezî Nüfus Veri Tabanı’nın kurulması sağlanmaktadır. Bkz. <https://www.nvi.gov.tr/hakkimizda/projeler/mernis/genel-olarak-mernis>

³¹ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 128, dn. 423.

³² Ancak kantonların bu yetkiyi başka idarî birimlere devretmelerine izin verilmiştir. Bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 136; Bucher, sh. 181.

³³ Bkz. Thévenaz, Art. 30, No: 33; Deschenaux/Steinauer, sh. 137.

NHK geçici m. 8 hükmü ise, ad veya soyadı değişikliği ile ilgili olarak il ve ilçe idare kurulları tarafından verilen kararların kesin olduğunu belirtmektedir. İdarî işlem niteliğindeki bu kararın iptaline yönelik olarak idarî yargı yoluna başvurmak ise mümkündür. Diğer taraftan, adını ya da soyadını değiştirmek isteyen kişinin NHK geçici m. 8 hükmü ile öngörülen hukukî yolu kullanmak yerine; adını değiştirmek konusunda haklı sebebin varlığını ispatlamak koşuluyla (MK m. 27 hükmü gereği) adli yargı yoluna başvurma hakkının da mevcut olduğundan şüphe duymamak gerekir.

NHK geçici m. 8 hükmü kapsamında gerçekleştirilen ad veya soyadı değişiklikleri yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere yapılabilir.

4- Ad ve Soyadı Değişikliğinin Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etkileri

Bir kimsenin Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8 hükmü kapsamında gerçekleştirmiş olduğu ad veya soyadı değişikliğinin diğer bazı kişiler üzerinde de etkileri bulunmaktadır. Bu etkiler söz konusu düzenlemede açıkça ortaya konulmuştur: *“Soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte varsa karısının ve müracaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadları düzeltilir. Soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir”*. Düzenlemenin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Genelge'nin 13. maddesi de yasada belirtilen bu kuralı tekrarladıktan sonra *“Bu nedenle il veya ilçe idare kurullarınca bu durumdaki kişiler için ayrıca karar verilmesine gerek bulunmamaktadır”* şeklinde bir ifade ortaya koymuştur.³⁴

Görüldüğü gibi, evli bir erkek NHK geçici m. 8 hükmü uyarınca soyadını değiştirdiğinde, eşinin ve henüz ergin olmayan çocuklarının soyadı da yasanın ifadesi ile *“sistem tarafından”*, diğer bir anlatım-

³⁴ Benzer bir düzenleme Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 64/f. 1/b. a' da da yer almaktadır. Mahkemece verilen kayıt düzeltme kararlarının aile kütüklerine tescilinde uyulması gereken esasları ortaya koyan söz konusu maddeye göre: *“Soyadını düzelttiren veya değiştiren erkek ise; mahkeme kararında bir açıklama aranmaksızın, kendisi ile birlikte varsa karısının ve karar tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadları düzeltilir veya değiştirilir. Soyadını düzelttiren veya değiştiren kadın ise; kendisinin ve karar tarihinde ergin olmayan evlilik dışı doğmuş çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir veya değiştirilir”*.

la “kendiliğinden” değişmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu burada evli olan kadının, soyadının değişmesi konusunda rıza göstermesine gerek duymamaktadır. Evli bir kadın, eşi soyadını değiştirmeye karar verdiğinde ve eşinin bu talebi il veya ilçe idare kurulu tarafından uygun bulunduğu, soyadının değişmesine katlanmak mecburiyetinde bırakılmaktadır. Oysa evli olan kadının da, evlenmekle kazandığı soyadını herhangi bir değişikliğe uğramadan kullanmaya devam etmesinde hukuken korunmaya değer bir menfaati bulunabilir. Meslekî olarak bu soyadı ile tanınmış, çevresinde önemli bir yer edinmiş olan kadının, sırf kocasının isteği nedeniyle soyadını değiştirmek zorunda kalması, onda telafisi mümkün olmayan maddî ve manevî kayıplar yaratabilir.

Acaba kanun koyucu söz konusu düzenlemeyi getirirken hangi düşünce ile hareket etmiştir? Bir kadın nasıl olsa evlenmekle kocasının soyadını almak zorunda olduğu için, onun soyadı değişikliği konusunda rızasını aramak abesle iştigal mi sayılacaktır? Acaba kanun koyucu, evli kadının, kural olarak zaten kocasının soyadını taşıdığını, bu nedenle onun, kocasının soyadını almaktan başka bir seçeneği bulunmadığını, kocasının soyadı ne olursa olsun, kocası soyadı üzerinde ne tür bir tasarrufta bulunursa bulunsun; evli kadının, buna itaat etmek ya da daha masum bir ifadeyle, boyun eğmek zorunda olduğuna mı kanaat getirmiştir? Yoksa evlendiği erkeğin soyadını almak suretiyle kendisinden “kamu düzenini” sağlamak adına fedakârlık göstermesi beklenen kadının; kocasının soyadını değiştirmek istemesi durumunda ikinci bir fedakârlıkta bulunmasında bir sakınca olmayacağına mı hükmetmiştir?³⁵

³⁵ Hâlbuki “kamu düzeni”nin sağlanması düşüncesi bile, özellikle Yargıtay’ın son yıllarda vermiş olduğu ve kadınların evlenmelerine rağmen yalnızca bekârlık soyadlarını taşıyabilecekleri yönündeki kararlarıyla örselenmiş gibi gözükmektedir. Yargıtay’ın bu yöndeki uygulaması, Türk hukukunda bugün evli eşlerin farklı soyadına sahip olmalarına imkân vermektedir. Bu yönde bkz. Yarg. HGK, 30.9.2015 tarih ve E. 2014/2-889, K. 2015/2011 sayılı karar: “Dava, evlilik soyadının iptali ile evlilik birliği içinde kızkılık soyadının kullanılması istemine ilişkindir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi Medeni Kanun’un 187. maddesini Anayasa’ya aykırı bulmamışsa da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemeler kanun hükmünde olup hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarına göre, kişinin soyadı özel hayat

Diğer taraftan, düzenlemede evli bir kadının evlenme nedeniyle kazandığı soyadını bu madde çerçevesinde değiştirme hakkına sahip olup olmadığı da açık değildir. Mesela, evlenmekle edindiği soyadı 2525 sayılı Soyadı Kanunu'na göre "gülünç" ya da "iğrenç" nitelikte olan bir kadın, NHK geçici m. 8 hükmü çerçevesinde soyadını değiştirme talebinde bulunabilecek midir? Şayet bu talep il ve ilçe müdürlükleri tarafından uygun bulunursa, evli kadının soyadında gerekli değişiklik nasıl yapılacaktır? Bu değişiklik neticesinde, soyadını değiştiren evli kadınla birlikte, onun eşinin (kocasının) ve ergin olmayan çocuklarının soyadı da sistem tarafından (yani onların bu konudaki rızaları aranmaksızın) değiştirilecek midir? Yoksa bu kural yalnızca soyadını değiştirmek isteyen erkek eş olduğunda mı uygulama alanı bulacak, evli kadının soyadını değiştirmesinin, kocanın ve ergin olmayan çocuklarının soyadı üzerinde herhangi bir etkisi olmayacak mıdır?

Her hâlükârda, NHK geçici m. 8'de yer alan ve evli erkeğin soyadını değiştirmesi neticesinde, karısının soyadının da "otomatik olarak" değişeceği yönündeki hüküm, evli çiftlerin soyadını yalnızca kocanın kişilik değeri olarak kabul eden ve kadının evlenerek kazandığı soyadı üzerindeki kişilik hakkını görmezden gelen bir düzenleme olarak karşımızda durmaktadır. Oysa yukarıda da bahsettiğimiz gibi ad ve soyadı üzerindeki hak, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir. Bu bakımdan, bireylerin, kişiliklerinin en önemli değerlerinden olan ad ve soyadlarının iradelerine aykırı bir biçimde değiştirilememesi gerekir. Bu konuda karar alma yetkisi yalnızca adı ya da soyadı değişecek olan kişiye ait olmalıdır. Adın konulmasında veya soyadının seçilmesinde kişinin kendi iradesinin rol oynamamış olması; bizi, o ad ya da soyadının kişiye sorulmadan, kişinin rızasına ihtiyaç duyulmadan değiştirilebileceği şeklinde bir sonuca götürmeye yetmez.

kapsamında değerlendirilmiş ve evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğu özel hayata bir müdahale olarak kabul edilerek Medeni Kanun'un konuya ilişkin düzenlemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulunmuştur. Buna göre, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesi karara esas alınmayarak, kızkılık soyadının kullanılması talebi AİHS'nin 8. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında bir insan hakkı olarak kabul edilip cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanması gerektiğinden kızkılık soyadını kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmadığının kabulü ile davacının isteminin kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir" (<http://www.kazanci.com>).

Aynı nedenden ötürü, NHK geçici m. 8'de yer alan *"soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte ... müracaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadları düzeltilir"* şeklindeki hüküm de sorunludur. Ayırt etme gücüne sahip olması koşuluyla bir çocuğun da kendi kişiliğinin bir parçası olan, herkese karşı kendisini tanıtan soyadının değiştirilmesi konusunda rızasının bulunması gerekir. Rızası alınmaksızın, ayırt etme gücüne sahip olan bir çocuğun adında ya da soyadında değişiklik yapılması en hafif tabiriyle onun kişilik hakkına saldırı teşkil eder. Buna bir kanun hükmü vasıtasıyla cevaz verilmesi ise söz konusu fiili saldırı olmaktan çıkarmaya yetmez.³⁶

NHK geçici m. 8 hükmünde yer alan bir diğer hüküm ise şöyledir: *"Soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik*

³⁶ Konu ile alakalı bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. HGK, 4.4.2012 tarih ve 18-183/275 sayılı kararı: "Davacı, reşit olmadığı bir tarihte, Cihanbeyli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 15.12.1998 gün ve 1998/392 E.-1146 K. sayılı kararı ile babası tarafından "Öztürk" olarak değiştirilen soyadının, önceki soyadı olan "Tosun" olarak değiştirilmesini talep etmiştir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 36/1-b maddesiyle, aynı konuya dair olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılacağı ve ad değişikliği halinde, Nüfus Müdürlüğü'nün bu kişinin çocuklarının baba ve ana adına dair kaydı, soyadı değişikliğinde ise eş ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzelterek hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar madde metninde, nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılacağından bahsedilmiş ise de, davacının babası tarafından açılan dava ile davacının da dava açtığını kabul etmek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme)'nin 6. maddesiyle 1982 Anayasası'nın 36. (Değişik: 3.10.2001- 4709/14 md.) maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü" ilkelerine tezat teşkil edecektir. Davacının babası tarafından açılmış dava ile soyadının değişmesi halinde, davacı tarafından açılmış bir davadan söz edilemez. Soyadı değişikliğinin, aynı konuya dair nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılacağı hükmü kapsamında değerlendirilmesi haklı nedenlerin varlığı halinde davacının dava açma hakkının engellemesi sonucunu doğurur ki, bunun kabulüne olanak yoktur. Diğer taraftan reşit olmayan çocuğun babasının değiştirdiği soyadını reşit olana kadar kullanması zorunlu ve reşit olmadan açılan dava, ancak reşit olana kadar onu bağlayacağına göre, reşit olduktan sonra şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanabileceği ve soyadının değiştirilmesini isteyebileceğinin kabulü gerekir" (<http://www.kazanaci.com>).

Kanaatimizce Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, babasının açtığı dava sonucunda soyadı değişen çocuğun, ergin olduktan sonra tekrar soyadının değiştirilmesini isteyebileceği ve bunun nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılacağı hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceği doğrultusundaki kararı, küçüğün soyadına ilişkin menfaatlerinin korunması konusunda önemli bir fayda sağlamış olmakla birlikte; kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını sanki ancak ergin olduktan sonra kullanabilecekleri yönünde yanlış bir kanaat oluşturması bakımından sakıncalıdır.

dışı çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir". Yukarıda, evli erkeğin soyadı değişikliğinin etkileri ile ilgili olarak yaptığımız eleştiriler burada da söz konusudur. Bize göre, henüz ergin olmasa da, ayırt etme gücüne sahip olan bir çocuğun soyadının, ancak kendi rızası ile değiştirilebilmesi gerekir. Öte yandan, hükümde, bir kadının soyadını değiştirmesi hâlinde, onun ergin olmayan evlilik dışı çocuklarının soyadlarının da sistem tarafından değiştirileceği hususu yer almaktadır. Hiç şüphesiz ki, bu durum ancak ergin olmayan evlilik dışı çocukların hâlihazırda annelerinin soyadını taşıyor olmaları durumunda mümkün olabilir. Gerçekten NHK m. 23/f. 1 hükmü, evlilik dışında veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz günden sonra doğan veya baba tarafından mahkeme kararı ile soybağı reddedilen çocuğun; annesinin bekârlık hanesine, annesinin soyadı ve onun bildireceği baba adı ile tescil edileceğini belirtmektedir. Bununla beraber, evlilik dışında doğmuş olan ve henüz ergin olmayan bir çocuk pekâlâ babasının soyadını da taşıyor olabilir. Nitekim NHK (19.10.2017 tarihli ve 7039 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik) m. 28/f. 4 hükmü gereği, tanınan veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilmektedir.³⁷ Dolayısıyla, NHK geçici m. 8 hükmündeki "*soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir*" şeklindeki hatalı ifadenin, hâlihazırda annelerinin soyadını taşıyan çocuklarla sınırlı olarak anlaşılması gerekir. Şayet ergin olmayan ve evlilik dışında doğmuş olan bir çocuk, tanıma ya da babalık hükmü neticesinde babasının soyadını taşımakta ise, annesinin soyadı değişikliğinden etkilenmeyecektir.

Diğer taraftan, şayet NHK geçici m. 8 hükmü çerçevesinde adında değişiklik yapılmasını isteyen ve bu konudaki talebi uygun bulunarak adı değiştirilen kişi çocuk sahibi ise, çocuğa ait kütükte de "anne

³⁷ Bu husus, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik hükümleri ile de ortaya konulmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, mahkemelerce babalığa hüküm kararı verilmesi hâlinde; çocuk daha önce annesinin hanesinde kayıtlı ise başka bir belge veya anne ve babanın beyanı aranmaksızın mahkeme kararına dayanılarak çocuğun kaydı baba soyadı ile baba hanesine taşınır (m. 103/f. 1). Benzer şekilde, tanınan çocuk henüz aile kütüklerinde kayıtlı değilse; doğum formu düzenlenmek suretiyle çocuk babasının soyadı ile baba hanesine tescil edilerek, anne ve çocuk arasında bağ kurulur. Tanınan çocuk, annesinin bekârlık hanesinde kayıtlı ise; bu hanedeki kaydı kapatılarak, baba soyadı ile babasının hanesine tescil edilir (m. 109/f. 1).

adı" veya "baba adı" kayıtlarında söz konusu değişiklik yapılacaktır. Çocuğun küçük ya da ergin olması bu konuda bir farklılık yaratmaz. Bu husus Genelge m. 13 hükmünde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Adını değiştiren kişinin çocuklarının baba veya ana adı ergin olup olmadıklarına bakılmaksızın yine sistem tarafından değiştirilecektir*".

Netice itibarıyla, Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8 hükmü vasıtasıyla bir kimsenin, mahkeme kararına gerek olmaksızın soyadını değiştirmesine imkân tanınması, kişiliğe ait unsurların korunması bakımından bu kişiye önemli bir fayda sağlayabilir. Fakat soyadını değiştirme ihtiyacında bulunan kimseye kazandırılmak istenen bu faydanın, başka kişilerin kişilik haklarının ihlâline de sebebiyet vermemesi gerekmektedir. Bu nedenle, soyadının değiştirilmesi sürecinde, talepte bulunan kişi haricindeki kimselerin, özellikle talepte bulunan kimsenin eşinin ve henüz ergin olmamakla birlikte ayırt etme gücüne sahip olan çocuklarının soyadı değişikliği konusundaki rızalarının alınması, bu sakıncanın giderilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Bu konuda, NHK geçici m. 8 hükmünün uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Genelge'nin Ad ve Soyadının Düzeltilmesine İlişkin Esaslar başlığını taşıyan ilk maddesi ile ortaya konulan ana ilkenin göz ardı edilmemesi gerekir: "*...ilgili kişilerin yazılı talebi olmadan re'sen ad ve/veya soyadı düzeltilmeyecektir*". İsviçre Medenî Kanunu'na eklenerek 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe giren CC 270b hükmü³⁸ de bu konu ile ilgili olarak önemli bir örnek teşkil etmektedir. Söz konusu düzenleme, on iki yaşını doldurmuş olan çocukların adlarının, onların rızası olmaksızın değiştirilemeyeceği hükmünü ortaya koymaktadır.³⁹

Kaynakça

Aebi-Müller Regina E., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, 3. Aufl. (Hrsgb: Breitschmid/Jungo), Art. 27-30a ZGB, Zürich 2016
Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Türk Medenî Hukuku, 2. C, Aile Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2013

³⁸ RO 2012 2569; FF 2009 6843 6851.

³⁹ İsviçre hukukunda, isim değişikliğinin (eş ya da ergin olmayan çocuklar gibi) üçüncü kişilerin adları üzerinde de etki doğurması hâlinde, isim değişikliğine yönelik talep dilekçesinde tüm bu kişilerin rızalarının bulunması gerekir. Bkz. Thévenaz, Art. 30, No: 9; Bucher, sh. 181.

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut, Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002
- Bucher Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5^e éd., Bâle 2009
- De Luze Estelle/De Luigi Valérie, "Le nouveau droit du nom", PJA 2013, sh. 505-524.
- Deschenaux Henri /Steinauer Paul Henri, Personnes physiques et tutelle, Berne 2001
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2016
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2018
- Egger August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Art. 11-89, Zürich 1978
- Hatemi Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), İstanbul 2005
- Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008
- Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, 4. Bası, İstanbul 2012
- Hofer Sibylle, Einleitungsartikel und Personenrecht (Hofer/Hrubesch-Millauer/Roberto), Bern 2011
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014
- Kılıçoğlu Ahmet M., Medenî Hukuk- Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2016
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2015
- Meier Philippe, "Nouveau droit de la protection de l'adulte: Introduction générale et système des curatelles", RNRF 94/2013, sh. 71 vd.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016
- Özsunay Ergun, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 4. Bası, İstanbul 1979
- Öztan Bilge, Medenî Hukukun Temel Kavramları, 21. Bası, Ankara 2006
- Pedrazzini Mario M./Oberholzer Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993
- Serozan Rona, Medenî Hukuk- Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2013
- Thévenaz Alain, Commentaire Romand (éd: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx), Code Civil 1, Art. 29-30, Bâle 2010
- Zevkliiler Aydın/ Acabey Beşir M./Gökyayla K. Emre, Medenî Hukuk Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999

ZARARIN BİRLİĞİ İLKESİ VE SONUÇLARI

ONE-SATISFACTION RULE AND ITS CONCLUSIONS

İbrahim GÜL*

Özet: Türk tazminat hukukunda maddi zarar ayrımlarından birisi, gerçekleşmiş ve gelecekteki (müstakbel) zarar ayrımıdır. Bu ayrıma göre tazminatın hesaplanmasında esas alınan tarihe kadar meydana gelen zarar, gerçekleşmiş zarar, hesaplanma anında gerçekleşmeyen ancak daha sonra gerçekleşen zarar, gelecekteki zarardır. Gerçekleşen ve gelecekteki zararların tazmininde zararın birliği ilkesi uygulanabilir. Zararın birliği ilkesine göre aynı fiilin yol açtığı gerçekleşen ve gelecekteki zararlar bir bütün olarak ele alınır, tek dava sebebi yaratır ve zarar periyodik olarak arttıkça, her periyod için ayrı tazminat verilmez. Bu ilke, zarar meydana geldiği anda öngörülebilir olan ve gelecekte gerçekleşmesi kesin gözüyle bakılan zararlar bakımından geçerlidir. Diğer yandan zararın oluşmasında ilave bir fiilin söz konusu olması halinde bu ek fiilin etkisi ile oluşan zararlar; yani muhtemel zararlar için zararın birliği ilkesi uygulanmaz. Buna ilaveten zararın birliği ilkesinin uygulanmaması gelecekteki zararın önlenmesini teşvik edici ise zararın birliği ilkesinden vazgeçilebilir. Zararın birliği ilkesinin sonucu, gelecekteki zararlar için ayrı bir dava sebebinin olmaması ve gelecekteki zararların şimdiden tazmin edilmesi nedeniyle gelecekteki zarar tutarının tazminat hesaplama tarihine göre iskonto edilme zorunluluğudur. İşbu makale ile zararın birliği ilkesi ve sonuçları değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tazminat, Zararın Birliği İlkesi, Gelecekteki Zarar, Telif İlkesi, Iskonto

Abstract: One of the distinctions in Turkish law regarding damages is made between past and future loss. According to this distinction, future loss occurs in the aftermath of the time of calculation of damages while the past loss is occurred until the time of calculation of damages. The one-satisfaction rule can apply to the calculation of damages for the past loss and the future loss. According to the one-satisfaction rule, the past loss and future loss caused by the same action are treated as a whole, lead to legal action based on single cause of action, and damages is not awarded for each period as the damage increases periodically. This principle applies to damages that are foreseeable or strictly foreseen to occur in the future when the damage has occurred. On the other hand, if

* Dr., av.dr.gul@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0271-5048

there is an additional action in the occurrence of the future loss, this principle does not apply to the damages caused by the effect of this additional action. In addition, if the application of this principle will not encourage the prevention of the future damage, it may be not be applied for this kind of loss. The consequence of this principle is the need to discount the future loss on the date of calculation of damages and single cause of action for it. This article discusses the one-satisfaction rule and its conclusions.

Keywords: Damages, One-Satisfaction Rule, Future Loss, Compensatory Function, Discount of Future Loss.

GİRİŞ

Türk tazminat hukukunda zarar ayrımlarından birisi, gerçekleşmiş ve gelecekteki (müstakbel) zarar ayrıımıdır.¹ Bu ayrııma göre tazminatın hesaplanmasına esas alınan tarihe kadar² meydana gelen zarar

¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s.752, s.560; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Legal Yayınevi, İstanbul 2017, s.105; Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.44. Türk tazminat hukukunda diğer zarar ayrıımları şöyledir: Fiili zarar-Mahrum kalınan kâr-Normatif (hükümü) zarar; Doğrudan zarar-Dolaylı zarar-Yansıma zarar; Mevcut zarar-Müstakbel (gelecekteki zarar)-Muhtemel zarar; Kişiyeye verilen zarar- Şeye verilen zarar-Salt malvarlığı zararı; Somut zarar-Soyut zarar; Menfi zarar-müspet zarar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, C.2, s.41 vd; Eren, s.550 vd; Antalya, C.2, s.83 vd; Erdem Büyüksağış, Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.53 vd; Hatemi/Gökayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.130 vd; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s.164; Aydın Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri, 14.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016, s.90; Sefa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 25.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.171; Kumru Kılıçoğlu, Yansıma Yoluyla Zarar, Turhan Kitapevi, Ankara 2012, s.6 vd; Seda İrem akırca, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı (Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.24 vd; Pınar ağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları erevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.10 vd; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2015, s.256 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993, s.559 vd; Şaban Kayıhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.216 vd; Ali Naim İnan/Özge Yücel, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.400 vd; Aydın Zevkiler/Şeref Ertaş/Ayşe Havutçu/Murat Aydoğdu/Emre Cumalioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2.Bası, Barış Yayınları, İzmir 2013, s.216 vd; Hasan Karakılıç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.121.

² Eren, “Hâkim, karar sırasında ilke olarak yalnız gerçekleşen zararı belirleyerek, bunun tazminine karar verir;” ifadesi ile karar tarihini gerçekleşen zararın hesaplanmasında dikkate alınacak tarih olarak kabul etmektedir; Eren, s.752. Büyüksağış de hüküm tarihine kadar gerçekleşmemiş olan zararı gelecek zarar olarak değerlendirmektedir; Büyüksağış, s.89. Mahkemelerin tazminatı bilirkişiyoluyla

gerçekleşmiş zarar, hesaplanma esas alınan tarihte gerçekleşmeyen ancak daha sonra gerçekleşen zarar ise gelecekteki zarar olarak nitelendirilir.³

Elde edilebilecek bir kazançtan yoksun kalmayı ifade eden gelir yoksunluğu, gelecekteki zarar şeklinde de gerçekleşebilir.⁴ Çünkü gelir yoksunluğu, zarar hesabına esas alındığı tarihte gerçekleşmemiş olabilir. Örneğin kaza sonucu kolu kesilen kişinin gelir getirme kapasitesinin azalması veya ekonomik geleceğinin sarsılması yüzünden uğrayacağı zarar, ölen bir kişinin desteğinden yoksun kalanların uğrayacakları zararlar, zarar hesabına esas alındığı tarihten sonra ise gelecekteki zarardır. Aynı şekilde hasara uğrayan bir taksi sahibinin tamir süresinde hizmet sunamaması nedeniyle elde edemediği gelirin tazminatın hesabına esas alınan tarihten sonra oluşan kısmı, gelecekteki zarardır.⁵

Gerçekleşmiş zararda, zararın varlığı konusunda bir şüphe genelde yoktur. Diğer bir anlatımla gerçekleşmiş zararların kesin olarak hesaplanması mümkün olduğundan zararın hesaplanması ve tazmini, tazminatın telafi işlevine uygun şekilde gerçekleşir.

Buna karşın gelecekteki zararda, zararın varlığı konusunda az da olsa şüphe vardır. Diğer bir anlatımla gelecekteki zararın gerçekleşmesi olası olduğundan kesin olarak bilinemez. Bu çerçevede gelecekteki zararların tazmini, iki farklı yaklaşımla ele alınabilir. Birinci yaklaşım, gelecekteki zararın fiilen gerçekleşmesinin beklenmesidir. Diğer bir

hesaplaması gözetildiğinde gelecek zararın hüküm anına göre belirlenmesi pratik görünmemektedir.

³ Oğuzman/Öz, C.2, s.44. Antalya'ya göre gelecek zarar, zararın belirlendiği ana göre belirlenir; Antalya, C.2, s.105. Aynı görüşte bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2017, s.525; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2016, s.118. Büyüksağış'e göre faili, kapsam ve miktarı aynı anda ve açıklıkla hüküm tarihine kadar öğrenilmiş olan zarar, mevcut zarardır ve bu zarardan bahsedebilmek için zararın belirlenmesine ilişkin unsurların varsayımsal nitelikte olmaması gerekir; bkz. Büyüksağış, s.88.

⁴ Bünyamin Gürpınar/Murat Oruç, "Haksız Rekabette Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Yaklaşımlar", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.61-95, s.67; <http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/sorumluluk-ve-tazminat-hukuku-sempozyumu-17418?siteUri=hukuk> (erişim tarihi: 31.03.2018); Engin Erdil, Haksız Rekabet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.362.

⁵ Başka örnekler için bkz. Eren, s.752, s.551.

deyişle malvarlığında eksilmenin gerçekleşeceği veya artışın engelleneyeceği tarih veya dönem geldiğinde, o zaman gelecekteki zarar tazmin edilmelidir. Bu durumda gerek mağdur ve gerekse zarar veren, zararın miktarı konusunda herhangi bir şüpheye düşmezler. Ayrıca zararın tazmini de tazminat hukukunun temel işlevi olan telafi işlevine uygun olarak gerçekleşir.

İkinci yaklaşım, gelecekteki zarar fiilen gerçekleşmeden önce, gerçekleşen zararın hesaplanması anında gelecekteki zarar miktarını muhtemelen hesaplamaktır.⁶ Bu yaklaşımda mağduriyete neden olan eylemden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız, ayrı ayrı zararların toplamı olarak değil, bir birlik olarak ele alınır. Gerçekleşen zarar ile gelecekteki zararların tek seferde birlikte hesaplanması, öğretide “tazminatın teklifi”⁷, “zararın birliği”⁸ veya “zararın bütünlüğü”⁹ ilkesi olarak adlandırılmaktadır.¹⁰

Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında zararın birliği ilkesinin yasal bir dayanağı olmamakla birlikte öğretide ve içtihatlarda genel kabul görmektedir. Ancak Alman hukukunda zararın birliği ilkesinin BGB'nin kabulünden önce Prusya Mahkemesi'nin verdiği bir karara¹¹

⁶ Matthias Leemann, Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht, Dissertation, Schulthess, Zürich 2002, s.21.

⁷ İbrahim Gül, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015, s.121.

⁸ İsmet Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, C.1, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1884; Hukuk Fakültesi Yayınları No. 419, İstanbul 1973, s.98 vd; Ö. Faruk Karacabey, “Haksız Fiillerde Zamaşımı (BK. m.60)”, *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1978, C.4, Sa.4, 477-502, s.498; Temel Doğan, “Haksız Fiillerde Zamaşımı Süreleri ve Bu Sürelerin Başlangıcı (BK. m. 60)”, *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1992, C.18, Sa.1-2, 188-219, s.200 vd; Fatma Burcu Savaş, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı”, *TBB Dergisi*, Ankara 2008, Sa.74, 121-148, s.132 vd. “...”Zararın birliği prensibi” olarak tanımlanan ve Alman ve İsviçre uygulamasında da yerleşmiş bir içtihat olarak benimsenen bu temel prensibe göre; haksız fiilden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararlar toplamı olarak değil de bir birlik olarak ele alınır...”; *Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin* 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararı; bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ankara 1982, C.8, Sa.1, s.32.

⁹ Çelik Ahmet Çelik, “Trafik Kazalarında Sorumluluk ve Zamaşımı”, III, 4, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/trafik-kazalarinda-sorumluluk-ve-zamanasimi.htm> (erişim tarihi: 31.03.2018)

¹⁰ Zararın birliği teriminin, zararın bir birlik olarak ele alındığını ifade etmesi ve öğretide ağırlıkla bu terimin tercih edilmesi nedeniyle, bu makalede bu terimi kullanmayı daha uygun bulmaktayım.

¹¹ OTrE 13,19. Karar için bkz. Alexander Panier, Grundsatz der Schadenseinheit, Peter Lang, Frankfurt 2009, s.5. Ayrıca bkz. Frank Peters, “Die Kenntnis vom Schaden als Verjährungsvoraussetzung bei § 852 I BGB”, *JuristenZeitung (JZ)*, Tübingen

dayandırılmakta iken 01.01.2002’de yürürlüğe giren BGB reformuyla zararın birliği ilkesinin yasal bir dayanak kazandığı ifade edilmektedir.¹² Ancak zararın birliğinin kabulüne ilişkin BGB’de açık bir hüküm halen bulunmamaktadır. ABD hukukunda ise “*equity*”in bir uygulaması (the equitable principle)¹³ olarak, mağdurun müşterek sorumlulardan birinden zararını tazmin etmesinden sonra diğerlerinden de zararını tazmin etmesine engel olmak amacıyla gelişen zararın birliği ilkesinin, belirleyebildiğimiz kadarıyla genel bir yasal¹⁴ dayanağı bulunmamaktadır.¹⁵

gen 1983, Sayı:4, s.121-125, s.122.

¹² MüKoBGB/Helmut Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Bası, Münih 2015, BGB § 199 Rn. 9; BGH Urteil v. 8.11.2016, NZG 2017, s.753, s.756.

¹³ Benton T. Wheatley/Tracy McCreight, “Joint and Several Contractual Liability and Settlement Credits: A Look At The “One Satisfaction Rule” in Texas”, s.1-39, s.2; bkz. https://www.munsch.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-43304/overrideFile.name=/wheatley_2017_01-27_one_satisfaction_paper.pdf (erişim tarihi: 31.03.2018); Uthe Tech. Corp. v. Aetrium, Inc. 808 F.3d 755 (2015) (9th Circuit), s.760; bkz. <https://www.leagle.com/decision/inco20151211104> (erişim tarihi: 31.03.2018). Ayrıca bkz. Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 401 U.S. 321 (1971); Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Co., 377 U.S. 476, 377 U.S. 501 (1964); McKenna v. Austin, 77 U.S.App.D.C. 228, 134 F.2d 659 (1943); Vine Street, LLC v. Keeling ex rel. Estate of Keeling, 460 F. Supp.2d 728; Tompkins v. Cyr, 202 F.3d 770, 53 Fed. R. Evid. Serv. 1424, 46 Fed. R. Serv. 3d 319 (5th Cir. 2000); 17 U.S. Code § 504; Restatement, Torts § 885(3) (1939).

¹⁴ Bununla birlikte ABD Telif Yasası’nın [Copyright Act, 17 U.S.C. § 504(c)(1)] tek tazmin ilkesini benimsediği değerlendirilmektedir; bkz. Dan Booth, “The One Satisfaction Rule: A New Approach to Curbing Copyright Trolls”, Landslide (ABA Publication), Chicago 2015, C.7, Sa.3, s.22-28, s.26.

¹⁵ ABD hukukunda zararın birliği ilkesi genellikle “one satisfaction rule” olarak ifade edilmekle birlikte, “single recovery rule” veya “lump sum award” olarak da ifade edilmektedir. ABD hukukunda zararın birliği ilkesi için bkz. Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law, 5.Bası, Foundation Press, New York 2017, s.242; Edward J. Kionka, Torts in a Nutshell, 3.Bası, West Group, ABD 1999, s.346; Dan B. Dobbs, Law of Remedies, 2.Bası, West Publishing Co., ABD 1993, s.3, s.647; James M. Fischer, Understanding Remedies, Matthew Bender & Co, ABD 1999, s.51. “One-satisfaction rule: the principle that a plaintiff is entitled to only one recovery for a particular harm, and the plaintiff must elect a single remedy if the jury has awarded more than one.”; Black’s Law Dictionary, 8th Edition, s.1122. “Double recovery for the same items amounts to overcompensation and is prohibited. Plaintiff may plead and prove multiple causes of action, though he or she may obtain only one recovery for his or her injury. In other words, regardless of the nature and number of legal theories advanced by plaintiff, plaintiff may not receive more than a single recovery for each distinct item of compensable damage supported by the evidence.”; bkz. Corpus Juris Secundum Damages, § 22. Ayrıca bkz. F.D.I.C. v. First Heights Bank, FSB, 229 F.3d 528, 2000 FED App. 364P (6th Cir. 2000); Szalla v. Locke, 421 Mass. 448, 657 N.E.2d 1267 (1995); Waite Hill Services, Inc. v. World Class Metal Works, Inc., 959 S.W.2d 182 (Tex. 1998); Dowd & Dowd,

Öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilen zararın birliği ilkesi üzerine Alman hukukunda kapsamlı araştırmalar¹⁶ bulunmakla birlikte Türk¹⁷ ve İsviçre hukukunda¹⁸ konu üzerine yeterli araştırmanın olduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle zararın birliği ilkesinin açıklığa kavuşturulması önemlidir.

İşbu makale ile zararın birliği ilkesi, ilkenin istisnaları ve sonuçları ele alınmaktadır. Bu çerçevede zararın birliği ilkesinin sonuçlarından olan gelecekteki zarar tutarının peşin sermaye değerinin bulunma zorunluluğunun nedenleri de açıklanacaktır. Diğer yandan işbu makalede zararın birliği maddi zararlar bakımından ele alınacak olup, manevi tazminat bakımından zarar birliği ilkesi ele alınmayacaktır.

I- ZARARIN BİRLİĞİ İLKESİ

Genel kabul gören zararın birliği ilkesine göre aynı fiilden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararların toplamı olarak değil, bir birlik olarak ele alınır.¹⁹ Diğer bir deyişle tazminat hesabının zararın birliği ilkesine göre yapılması halinde zarar periyodik olarak arttıkça, her periyod için ayrı tazminat hesaplanmaz; tek fiilden doğan zararların tamamı için tek tazminat verilebilir ve talep edilebilir.

Ltd. v. Gleason, 181 Ill. 2d 460, 230 Ill. Dec. 229, 693 N.E.2d 358 (1998).

¹⁶ Alman hukukunda "schadenseinheit" anlamına gelen zararın birliği ilkesi için bkz. Panier, s.1 vd; MüKoBGB/Grothe, BGB § 199 Rn. 9-12; Peters, s.122 vd; Reinhard Zimmermann/Jens Kleinschmidt, "Verjährung: Grundgedanken und Besonderheiten bei Ansprüchen auf Schadensersatz", Tradition mit Weitsicht Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Stämpfli Verlag, Berne 2009, s. 861-888, s.877 vd. Zararın birliğine ilişkin bazı Alman mahkeme kararları şöyledir: RGZ 83, 354; BGHZ 6, 195; BGHZ 73, 363; BGHZ 100, 228; BGH 16.11.1999, NJW 2000, 861; BGH 3.6.1997, NJW 1997, 2448; BGH 27.11.1990, NJW 1991, 973; BGH 30.1.1973, NJW 1973; BGH 15. 11. 2012, NJW-RR 2013, 113; BGH 8.11.2016, NZG 2017, 753.

¹⁷ Türk hukukunda zamanasımı başlangıcı bakımından zararın birliği ilkesine değinen sınırlı sayıda makale bulunmaktadır. Bkz. Sungurbey, s.98 vd; Karacabey, s.498; Doğançün, s.200 vd; Savaş, s.132 vd.

¹⁸ Philippe Seiler, Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus Positiver Vertragsverletzung, Dissertation, St. Gallen 2011, s.40.

¹⁹ Sungurbey, s.98 vd; Karacabey, s.498; Doğançün, s.200 vd; Savaş, s.132 vd. "...Zararın birliği prensibi" olarak tanımlanan ve Alman ve İsviçre uygulamasında da yerleşmiş bir içtihat olarak benimsenen bu temel prensibe göre; haksız fiilden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararlar toplamı olarak değil de bir birlik olarak ele alınır..."; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararı; bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ankara 1982, C.8, Sa.1, s.32.

Zararın birliği ilkesi, ilerde oluşacağı kesin gözüyle bakılan gelecekteki zararlar bakımından geçerlidir. Diğer bir anlatımla zarar görenin zararın varlığını öğrendiği anda ilerde doğabileceğini öngöremediği zararlar, zararın birliği ilkesine tabi değildir.²⁰ Örneğin tazminatın hesaplanmasında esas alınan tarihten sonra maluliyet oranının artması halinde, maluliyetin artmasıyla oluşan zararlar ayrı bir dava ile tazmin edilebilir.²¹ Çünkü zararın oluştuğu tarihte mağdurun bu maluliyet artışını öngörebilmesi beklenemez. Aynı şekilde haksız fiil nedeniyle mağdurun kanser gibi bir hastalığa tutulma riski doğmuşsa, mağdurun gelecekte kansere maruz kalma riski konusundaki haklı endişesinden kaynaklanan zararını mağdur, bugünden dava edemez. Çünkü oluşmamış gelecekteki zararlar için sorumluluğun doğumu, zararın gerçekten oluşmasının kesinliğine bağlıdır. Bununla birlikte mağdur,

²⁰ Doğangün, s.202; Karacabey, s.498. "...Ancak zamanaşımı yönünden zararın tekliği ve bölünmezliği (bütünlüğü) esas alınarak tespit ve kabul edilen bu kuralın bazı özel durumlarda uygulanması mümkün değildir; mesela, zarar görenin zararın varlığını öğrendiği anda ileride doğabileceğini öngöremediği zararlar sonradan ortaya çıkarsa, bu zararların tazmini için zamanaşımı, bunları öğrendiği gündün işlemeye başlar..."; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararı; bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ankara 1982, C.8, Sa.1, s.32. Öngörülebilir gelecekteki zarar kavramı, zamanaşımı işlemesi için devam eden eylemlerde zararın öğrenilmesi ile benzerlik için bkz. Antalya, C.2, s.505; H. Murat Develioğlu, "Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.787-821, s.815; Serdar Nart, "Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK. md.72)", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s.215-237, s.221; Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.179-180; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.719. On yıllık mutlak zamanaşımının zararın oluşmasıyla değil, haksız fiilin işlenmesi ile başlayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Ayşe Havutçu, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2010, C.12, Özel Sayı, s.579-605, s.579 vd. Veysel Başpınar/Mehmet Altunkaya, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2008, C.57, Sa.1, s.95-131, 95 vd. Ayrıca bkz. Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Schulthess Verlag, Zürich 2013, s.143; BGE 93 II 498; BGE 114 II 253.

²¹ Bkz. Y. 4.HD.04.10.2001 T. 2001/7309 E. 2001/9031 K.; bu karar ve diğer kararlar için bkz. Çelik Ahmet Çelik, "Sürekli İş Göremezlik Oranında Her Artış Yeni Bir Olgu, Yeni Bir Dava Konusudur"; bkz. https://www.tazminathukuku.com/dosyalar/530_maluliyet-artisinin-yeni-dava-konusu-olmasi.pdf (erişim tarihi: 31.03.2018)

tıbbi takip maliyetlerinin tazminini isteyebilir.²² Çünkü kanser hastalığına yakalanma riskinin izlenmesi tıbbi takibi gerektirir. Bu çerçevede zararın birliği ilkesi, kanser hastalığına yakalanılması halinde bundan doğan zararın ayrı olarak tazminine engel olmamalıdır.

Zarara neden olan olayın gelişimini devam ettiriyor olması halinde zararın oluşmaya devam ettiği²³ gözetilerek gelecekteki zararın, gelişen olayın sona ermesinden sonra hesaplama anına göre belirlenmesi gereklidir. Burada gelişen durum kavramının hem eylemin gelişimini hem de eylem sonucunun meydana gelmesini kapsadığı kabul edilmelidir.²⁴ Bu durumu gözetken kanun koyucu, bedensel zararın kapsamının karar verme sırasında tam olarak belirlenememesi halinde hâkimin kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilme imkânı vermiştir (TBK m.75).²⁵

²² Abraham, s.245.

²³ "Gelişme sona ermedikçe, zararın gerçekleşmiş olduğu kabul edilmez."; Büyüksağış, s.90.

²⁴ Ayrıca bkz. Büyüksağış, s.91. YHGK kararında gelişen durumu "...ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bir durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olmayacaktır. Gelişen durum kavramı, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir nedenle geciktiği durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Gelişen durum kavramı, salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder..." şeklinde ifade etmiştir; YHGK 14.04.2004 T. 2004/4-200 E. 2004/227 K.; bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelisimDokumanAraServlet> (erişim tarihi: 31.03.2018); bkz. Erdil, s.362. Aynı yönde diğer bir karar için bkz. YHGK 11.12.2002 T. 2002/13-1011 E. 2002/1047 K.; bkz. Tülay Aydın, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi", İÜHF Mecmuası, İstanbul 2006, C.64, Sa.2, s.327-342, s.327 vd.; ayrıca bkz. http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_2002_13_1011.php (erişim tarihi: 31.03.2018); Yargıtay, sezaryen ameliyatı sırasında AIDS virüslü kanın verilmesi sonucu AIDS hastalığına yakalanan davacının ve yeni doğan çocuğunun, devam eden bir zarara uğramadığına oy çokluğu ile karar vermiştir; bkz. Y. 4. HD 23.10.2001 T. 2001/7908 E. 2001/10071 K.; karar için bkz. Büyüksağış, s.90 dpnt.174.

²⁵ Ayrıca bkz. Eren, s.752, s.753; Kılıçoğlu A., s.547.

Gelecekteki zarar, zarar miktarının hesap anından sonra meydana geldiğinden gelecekteki zararın kesin olarak ispat edilmesi ve hesap edilmesi mümkün değildir.²⁶ Bu nedenle gelecekteki zararın, zararın birliği ilkesi tabii olabilmesi için zararın gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılması yeterli olup, zarar miktarının kesin olarak hesaplanması gerekli değildir. Eren'e göre gelecekteki zarar henüz doğmadığı için karara esas olacak şekilde kesin olarak hesap edilmesi mümkün olmamakla birlikte, gelecekteki zararın yeter derecede kesinlikle hesap edilmesinin mümkün olması veya zarar görenin gerçekleşen zararın tazminine ilişkin kararda ileride doğacak (gelecek) zararına ilişkin hakkının hüküm fıkrasında saklı tutulması hallerinde gelecek zarar dava edilebilir.²⁷ Kanaatimce gelecekteki zararın öngörülebilmesi ve oluşmasının kesin gözüyle bakılması yeterli olup, ayrıca kesin olarak hesap edilmesi gerekli değildir.²⁸ Çünkü zarar fiilen gerçekleşmediğinden gelecekteki zarar miktarının muhtemelen hesaplanması bir zorunluluktur. Nitekim maluliyetin neden olduğu gelir yoksunluğu miktarının kesin olarak ispatlanmasının imkânsız olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²⁹ Bunun için muhtemel bir hesap yapılarak gelir yoksunluğu miktarı hesaplanmaya çalışılır. Ayrıca hâkim TBK m. 50/f. 2 uyarınca tazminat miktarını takdir edebilir.³⁰

Diğer yandan gelecekteki zarar, muhtemel zarardan farklı olduğundan bu zararlar bakımından zararın birliği mevzu bahis olmaz.³¹ Nitekim eklenecek bir riskin gerçekleşmesi halinde doğması ihtimali

²⁶ Oğuzman/Öz, C.2, s.44.

²⁷ Eren, s.753. Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması gerektiği hakkında YİBBG'nın 30.11.1955 tarih 1955/14-20 sayılı kararı için bkz. R.G. 30.01.1956 T. 9220 sayılı. Ayrıca bkz. Halil Yılmaz, "İhtirazi Kayıt İradesinin Açıklanması (İhtirazi Kayıt İleri Sürme Hakkının Kullanılması)", *TBB Dergisi*, Ankara 2006, Sa.66, s. 307-329, s. 307 vd; Halil Yılmaz, "İş Hukukunda İhtirazi Kayıt/Kayıtsızlık Problemi", *Çimento İşveren Dergisi*, İstanbul 2009, C.23, Sa.4, s.4-19, s.4 vd; Erdem, s.296 vd. Yargıtay'ın görüşünü Borçlar Kanunu ve HUMK hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. BK ve HUMK yürürlükten kaldırıldığından HMK hükümlerinin, özellikle m. 109/3 hükmünün hakkın saklı tutulmasına gerek bırakmadığı kanaatindeyim.

²⁸ Aynı yönde bkz. Honsell/Isenring/Kessler, s.143. Ayrıca bkz. BGE 114 II 253; BGE 131 III 68.

²⁹ Büyüksağış, s.91; Erdil, s.362; N. Füsün Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.421; Nomer, s.231.

³⁰ Oğuzman/Öz, C.2, s.44; Eren, s.560, Kılıçoğlu A., s.523; Nomer, s.231.

³¹ Ayrıca bkz. Karacabey, s.498; Mehmet Akif Tutumlu, Türk Borçlar Hukukunda Zamanasımı ve Uygulanması, 4.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.242.

bulunan zarar, muhtemel zarar olarak kabul edilir.³² Muhtemel zarar da risk gerçekleşmedikçe zararın tazmini söz konusu olmaz.³³

Zararın birliği ilkesinin taraflar bakımından avantajları olduğu gibi dezavantajları da vardır. Zararın birliği ilkesinin taraflar bakımından avantajlarından birisi, davaların ebediyen devam etmemesi ve bir yargılama sonucunda olayın hukuken kapanmasıdır.³⁴ Sorunun hukuken kapanmasının mağdur için yararı, verilen tazminatla zararını karşılayan veya yarasını iyileştiren mağdurun bu tazminatla yaşamını devam ettirmesidir. Zarar veren açısından sorunun hukuken kapanmasının yararı ise davanın sonuçlanmasıyla zarar verenin finansal açığının ortaya çıkması ve mağdura karşı sorumluluğunun getirdiği gelecekteki belirsizlik olmaksızın gelecek planını yapabilmesidir.

Zararın birliği ilkesinin dezavantajı ise zararın dönemsel olarak belirlenmesine göre gelecekteki zararların daha az doğruluğa sahip olması nedeniyle mağdurun zararının tam olarak tazmin edilemeye ihtimalidir.³⁵ Çünkü mağdurun gelecekteki zarar miktarı bugüne tahvil edilirken, tazminatı önceden alması nedeniyle elde edebileceği gelirler gözetilir. Bu ise mağdurun iyi bir yatırımcı olmasını; yani aldığı tazminatı iyi biçimde değerlendirmesini şart kılar. Mağdurun iyi bir yatırımcı olmaması halinde, mağdur gelecekteki zararın oluşacağı anda ihtiyaç duyacağı ve bugünden aldığı tazminat tutarı ile zararının tamamını karşılayamaz. Bu durumda tazminat hukukunun başlıca amacı olan zararın telafisi tam olarak gerçekleşmez.³⁶

Zararın birliği ilkesinin gelecekteki bazı zararlar bakımından uygulanmasından vazgeçilebilir. Nitekim tazminatın birliği ilkesinin uygulanmaması gelecekteki zararın önlenmesini teşvik edici ise zararın birliği ilkesinin uygulanmaması isabetli olabilir. Örneğin çimento fabrikasının çevresindeki tarlaların kirlenmesine neden olduğunu ve

³² Eren'e göre kesin zarar, belirli veya belirlenebilir bir zarardır ve kesin zararın karşısında muhtemel zarar bulunur; Eren, s.560.

³³ Antalya, C.2, s.105; Oğuzman/Öz, C.2, s.44; Eren, s.560.

³⁴ Abraham, s.242. Alman hukukunda federal mahkemeye göre zararın birliği ilkesi hukuki belirliliği ve kesinliği esas alır ("Der Grundsatz der Schadenseinheit be ruht auf den Geboten der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit."); BGH 8.11.2016, NZG 2017, 753, N.15, s.755. Ayrıca bkz. BGH, NJW 1997, 2448.

³⁵ Abraham, s.243.

³⁶ Abraham, s.244.

bugünkü teknolojinin fabrikayı kapatmaksızın çevreye verilen zararı giderme imkânı sunmadığını düşünelim. Eğer mağdurun bütün gelecekteki zararlarını kapsayan toplam bir tazminat almasına izin verilirse, zarar veren tazminatı zaten ödediğinden daha iyi bir teknoloji arayışına girmek istemeyebilir. Halbuki mahkeme, makul bir teşvik sağlamak için mağdurun oluşan zararlarını, zarar verenin zararı önleyinceye kadar her yıl tazmin etmesini veya dava etmesini kabul edebilir. Burada zararın birliği ilkesi uygulanmayarak zarar verenin zararı önleyici tedbirler alması teşvik edilir.³⁷ Çünkü zarar veren, yeni bir teknoloji geliştirerek ilerleyen zamanda yıl bazında ödeyeceği tazminattan kurtulabilir.

Diğer yandan zararın birliği ilkesi misli tazminatlar, ceza amacıyla verilen tazminatlar veya zararı aşan tazminatlar bakımından geçerli olmadığı söylenebilir. Çünkü bu tazminatların amacı, zararı telafi etmek değil, zararı aşan bir tazminat vermektir.³⁸

II- ZARARIN BİRLİĞİ İLKESİNİN SONUÇLARI

Zararın birliği ilkesinin sonuçları, gelecekteki zararların şimdiden tazmini nedeniyle gelecekteki zarar miktarının hesap anına ıskonto edilmesi, zamanaşımı süresinin bütün zararlar bakımından aynı anda başlaması ve birden fazla dava sebebine izin verilmemesi olarak üç başlıkta toplanabilir.

Zararın birliği ilkesinin bir sonucu, gelecekteki zararın şimdiden tazmini nedeniyle gelecekteki zarar miktarının hesap anına ıskonto etme zorunluluğudur.³⁹ Bu zorunluluk, tazminatın telafi işlevinin bir gereğidir. Gerçekten mağdurun gelecekteki zararları için şimdiden aldığı tazminat tutarı, gelecekteki zarar tutarına eşit olursa mağdur, önceden aldığı tazminatın getirisi kadar daha fazla tazminat almış olur. Diğer bir deyişle mağdur, zararın oluşacağı zaman gelmeden önce aldığı tazminatı yatırımla değerlendirerek bir getiri elde ede-

³⁷ Dobbs, s.213.

³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Gül, s.198 vd.

³⁹ Dobbs, s.219, s.792. Gelecek zarar tutarının peşin sermaye değerinin %10 oranında ıskonto edilmesine ilişkin Yargıtay'ın uygulamasının eleştirisi için bkz. Ahmet İyimaya, "Tazminatın Çokluğu Sorunu (Yahut Normatif Tazminattan Keyfi Tazminata Doğru)", *TBB Dergisi*, Ankara 1990, Sa.2, s.180-211, s.202.

bilir ve elde ettiği bu getiri kadar zarar miktarını aşan fazladan bir tazminat alır. Bu fazladan alınan tutar, tazminatın esas işlevi olan telafi işlevine aykırıdır. Bu aykırılığın önüne geçilebilmesi için peşinen alınan tazminat tutarı ile peşin alınan bu tutarla elde edilecek getiri toplamının, zararın oluşacağı zamandaki zarar tutarına eşit olması gereklidir. Bu eşitliği sağlamak için önceden ödenen tazminat miktarının, bu ödenen tazminat ile ilerde elde edilecek net getiri kadar daha az olması gereklidir. Diğer bir anlatımla gelecekteki zarar miktarının tazminat hesabının yapıldığı tarihteki peşin sermaye değerinin bulunması gereklidir.⁴⁰

Bu çerçevede gelecekteki zararın tazmin edileceği tarihteki peşin sermaye değerinin bulunması iki aşamayı gerektirir. Birinci olarak hâkim tazminatın hesaplandığı tarihten sonraki her gelecek yıl için mağdurun uğrayacağı zarar miktarını belirler. Bunun yapmanın bir yöntemi, gelecekte enflasyonun olmayacağını farz etmektir. Diğer yöntem ise gelecekteki enflasyonun mağdurun uğrayacağı zararı veya yapacağı harcamaları nasıl etkileyeceğini tahmin etmek ve sonra enflasyonu mağdurun gelecekteki zararlarının bugünkü parasal değerini öngörmede kullanmaktır.⁴¹ Her iki yöntem de ikinci bir adımı gerektirir. Bu ikinci adım, önceden hesaplanan tazminatın bugünkü değerine indirgemedir; yani peşin sermaye değerini bulmaktır. İndirgeme (ıskonto etme), esas olarak sıradan birinin elde edebileceği enflasyondan arındırılmış net faiz getirisiyle yapılır.⁴² Sözelimi enflasyonun %20 olduğu yerde bankaların % 24 faiz vermesi halinde indirgenme, % 4 net getiri oranı üzerinden yapılır. Bu indirgenme, karmaşık gibi görünse de istatistik tablolarının kullanılması yoluyla üstesinden kolayca gelinebilecek bir matematik hesabıdır.⁴³ Ayrıca uzun vadeli devlet tahvili getirileri, net getiri oranlarının belirlenmesi için elverişli bir araçtır.

Zararın birliği ilkesinin zamanaşımı bakımından sonucu, gelecek zararlar bakımından zamanaşımının geçmiş zararlarla aynı tarihte

⁴⁰ Dobbs, s.260.

⁴¹ Abraham, s.243; Dobbs, s.219, s.260.

⁴² Dobbs, s.260.

⁴³ Abraham, s.244.

başlamasıdır.⁴⁴ Bu bakış açısı Türk⁴⁵, İsviçre⁴⁶ ve Alman hukukuna⁴⁷ hâkimdir. Yargıtay'a göre de zararın birliği ilkesi gereğince aynı eylemden doğan zararlar bir birlik olarak ele alınır; bundan dolayı zarar gören genel olarak zararın varlığını öğrendiği anda, ileride doğacağı öngörülebilir başkaca zararlı sonuçları da öğrenmiş sayılır ve bir birlik olarak düşünülen zararın tümü için zamanaşımı da bu anda işleme başlar.⁴⁸

Zararın birliği ilkesinin diğer bir sonucu, gelecekteki zararlar için ayrı bir dava sebebinin olmamasıdır.⁴⁹ Diğer bir anlatımla zararın birliği ilkesine göre gerçekleşen ve gelecekteki bütün zararlar için tek dava sebebi vardır. Nitekim ABD hukukunda ise zararın birliği, dava sebebinin bölünmezliği kapsamında ele alınmaktadır.⁵⁰ Gelecekteki zararlar için ayrı bir dava sebebinin olmaması, usul hukukunda tek dava sebebi (kısmi dava yasağı) olarak da ifade edilebilir. Tek dava sebebinin amacı, tek bir dava açmak yeterli iken başka dava açılmasını ve dava etme yetkisinin kötüye kullanılmasını engellemektedir.⁵¹ Böylece za-

⁴⁴ Sungurbey, s.100; Doğan, s.200; Savaş, s.132; Karacabey, s.498. Ayrıca bkz. Tutumlu, s.242; Antalya, C.2, s.505; Oğuzman/Öz, C.2, s.74; Eren, s.856; Develioğlu, s.814; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararı; bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ankara 1982, C.8, Sa.1, s.32.

⁴⁵ Oğuzman/Öz, C.2, s.74; Eren, s.856; Antalya, C.2, s.504 vd; Ergin Akçay, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s.66; Erdem, s.180-181; Develioğlu, s.814.

⁴⁶ Seiler, s.40; Honsell/Isenring/Kessler, § 12, N.3, s.143; BK/Roland Brehm, *Berner Kommentar, Obligationenrecht*, 4. Bası, Stämpfli Verlag, Berne 2013, OR 60, N.28, s.951; BSK/Robert K. Däppen, *Basler Kommentar, Obligationenrecht* 1, 3. Bası, Helbing Lichtenhahn, Basel 2003, OR 60, N.7, s.422; Alfred Koller, OR AT, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Stämpfli Verlag, Berne 2009, §71, N.45, s.1155; Zimmermann/Kleinschmidt, s.883 vd; Schwenzler, s.505. Farklı bakış açısı için bkz. Leemann, s.19. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 92 II 1; BGE 89 II 402; BGE 74 II 37; BGE 96 II 41; BGE 81 II 448. Kararlar için bkz. <https://www.bger.ch/index/jurisdiction.htm>

⁴⁷ Zimmermann/Kleinschmidt, s.877 vd; MüKoBGB/Grothe, BGB § 199 Rn. 9-12; Peters, s.122 vd; Panier, s.1 vd.

⁴⁸ Y. 4. HD T. 22.1.1981 E. 1980/12753 K. 1981/415 T. 22.1.1981; bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ankara 1982, C.8, Sa.1, s.32.

⁴⁹ Abraham, s.242.

⁵⁰ *Corpus Juris Secundum Damages*, § 22; Abraham, s.242. Ayrıca bkz. Carter v. Hinkle, 189 Va. 1, 52 S.E.2d 135 (1949); Gary Steel Corp. v. Kitchin, 197 Va. 471, 90 S.E.2d 120 (1955).

⁵¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin ikinci fıkrası, kısmi dava yasağını sınırlı ve yetersiz biçimde düzenlemiştir. Buna göre; "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz."

rarın birliği yoluyla yargısal kaynaklar korunur, uyumsuz kararların verilmesi engellenir ve karara olan güven desteklenir.

III- SONUÇ

Zararın birliği ilkesi gereğince gelecek zararların Şimdiden tazmininde tazminatın telafi işlevi gereğince gelecek zarar tutarının peşin sermaye tutarının bulunması gereklidir. Bu ilke sadece haksız fiilden kaynaklanan zararlar bakımından değil, sözleşmeden kaynaklanan zararlar veya benzeri gelecekteki zararlar bakımından da benimsenmelidir.

Zararın birliği ilkesi, zarar görenin zararının tam olarak telafi edilmesine engel olacak biçimde uygulanmamalıdır. Ülkemizde enflasyonun yüksek olması, faiz oranlarının değişkenliği gibi nedenlerle zararın peşin sermaye tutarının, gelecek zarar tutarını tam karşılamaması ihtimali bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın gelecekteki zararın peşin sermaye tutarının bulunması için uyguladığı %10 arttırma, %10 azaltma yöntemi enflasyonun ve faizin değişkenliği göz ardı etmesi nedeniyle zararın tam olarak tazmin edilmemesine veya aşırı tazmin edilmesine yol açabilir. Bu nedenle gelecekteki zararların, Şimdiden tazmini yerine gelecekte gerçekteleştiği zaman tazmin edilmesi yöntemi göz ardı edilmemelidir. Gelecekteki zararların, gelecekte gerçekteleştiği zaman tazmin edilmesi yöntemi mağdurun zararının tam olarak karşılanmasına ve zarar verenin yüklü tazminatı birden ödemek durumunda bırakmaması bakımından tercih edilebilir.

Diğer yandan mağdurun gelecekteki zararın oluşumunu tam olarak öngörebildiğinin kabul edilmesi, günümüz şehir hayatının karmaşıklığı, zararın tam olarak belirlenmesi için gerekli olan verilerin değişkenliği düşünöldüğünde çoğu zaman gerçekçi değildir. Bu nedenle mağdurun gelecekte oluşmasını öngörmesi beklendiği zararların kapsamı mümkün oldukça dar yorumlanmalıdır. Ayrıca gelecekteki zararın oluşmasının öngörölmesinde ölçü olarak mağdurun dikkat ve özen seviyesinin dikkate alınması daha isabetli olur.

Bu maddeye ilişkin hükümet gerekçesinde "...kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş"(tir) ifadesine yer verilmiştir; bkz. www.tbmm.gov.tr (10.08.2012). Kısmi dava yasağına ilişkin bu hüküm, 01.04.2015 tarihli ve 6644 sayılı Yasa'nın 4. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Kaynakça

- Abraham Kenneth S., *The Forms and Functions of Tort Law*, 5.Bası, Foundation Press, New York 2017.
- Akçay Ergin, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.
- Antalya O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2*, Legal Yayınevi, İstanbul 2017.
- Ayan Mehmet, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 10. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2015.
- Aybay Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 14.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016.
- Aydın Tülay, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi", *İÜHF Mecmuası*, İstanbul 2006, C.64, Sa.2, s.327-342.
- Başpınar Veysel/Altunkaya Mehmet, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2008, C.57, Sa.1, s.95-131.
- BK/Roland Brehm, *Berner Kommentar, Obligationenrecht*, 4. Bası, Stämpfli Verlag, Berne 2013.
- BSK/Robert K. Däppen, *Basler Kommentar, Obligationenrecht 1*, 3. Bası, Helbing Lichtenhahn, Basel 2003.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8.Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2016.
- Booth Dan, "The One Satisfaction Rule: A New Approach to Curbing Copyright Trolls", *Landslide (ABA Publication)*, Chicago 2015, C.7, Sa.3, s.22-28.
- Büyüksağış Erdem, *Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Çağlayan Aksoy Pınar, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- Çakırca Seda İrem, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı (Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Çelik Ahmet Çelik, "Sürekli İş Göremezlik Oranında Her Artış Yeni Bir Olgu, Yeni Bir Dava Konusudur"; bkz. https://www.tazminathukuku.com/dosyalar/530_maluliyet-artistinin-yeni-dava-konusu-olmasi.pdf (erişim tarihi: 31.03.2018).
- Çelik Ahmet Çelik, "Trafik Kazalarında Sorumluluk ve Zamanaşımı", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/trafik-kazalarinda-sorumluluk-ve-zamanasimi.htm> (erişim tarihi: 31.03.2018).
- Develioğlu H. Murat, *Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.787-821.
- Dobbs Dan B., *Law of Remedies*, 2.Bası, West Publishing Co., ABD 1993.
- Doğangün Temel, "Haksız Fiillerde Zamanaşımı Süreleri ve Bu Sürelerin Başlangıcı (BK. m. 60)", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1992, C.18, Sa.1-2, 188-219.
- Erdem Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- Erdil Engin, *Haksız Rekabet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Fischer James M., *Understanding Remedies*, Matthew Bender & Co, ABD 1999.
- Gül İbrahim, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Ankara 2015.
- Gürpınar Bünyamin/Oruç Murat, "Haksız Rekabette Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Yaklaşımlar", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.61-95; <http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/sorumluluk-ve-tazminat-hukuku-sempozyumu-17418?siteUri=hukuk> (erişim tarihi: 31.03.2018).
- Hatemi/Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Havutçu Ayşe, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2010, C.12, Özel Sayı, s.579-605.
- Honsell Heinrich/Isenring Bernhard/Kessler Martin A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Schulthess Verlag, Zürich 2013.
- İnan Ali Naim/Yücel Özge, *İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
- İyimaya Ahmet, "Tazminatın Çokluğu Sorunu (Yahut Normatif Tazminattan Keyfi Tazminata Doğru)", *TBB Dergisi*, Ankara 1990, Sa.2, s.180-211.
- Karacabey Ö. Faruk, "Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK. m.60)", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1978, C.4, Sa.4, 477-502.
- Karakılıç Hasan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- Kayıhan Şaban, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2017. Anılış "Kılıçoğlu A."
- Kılıçoğlu Kumru, *Yansima Yoluyla Zarar*, Turhan Kitapevi, Ankara 2012.
- Kionka Edward J., *Torts in a Nutshell*, 3.Bası, West Group, ABD 1999.
- Koller Alfred, *OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Stämpfli Verlag, Berne 2009.
- Leemann Matthias, *Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht*, Dissertation, Schulthess, Zürich 2002.
- MüKoBGB/Helmut Grothe, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Bası, Münih 2015.
- Nart Serdar, "Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK. md.72)", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s.215-237.
- Nomer Ertan N. Füsün, *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Nomer Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Panier Alexander, Grundsatz der Schadenseinheit, Peter Lang, Frankfurt 2009.
- Peters Frank, "Die Kenntnis vom Schaden als Verjährungsvoraussetzung bei § 852 I BGB", JuristenZeitung (JZ), Tübingen 1983, Sayı:4, s.121-125.
- Reisoğlu Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 25.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Savaş Fatma Burcu, "Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı", *TBB Dergisi*, Ankara 2008, Sa.74, 121-148.
- Seiler Philippe, Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus Positiver Vertragsverletzung, Dissertation, St. Gallen 2011.
- Sungurbey İsmet, Medeni Hukuk Sorunları. C.1., İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1884; Hukuk Fakültesi Yayınları No. 419, İstanbul 1973.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993.
- Tutumlu Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 4.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Yılmaz Halil, "İhtirazı Kayıt İradesinin Açıklanması (İhtirazı Kayıt İleri Sürme Hakkının Kullanılması)", *TBB Dergisi*, Ankara 2006, Sa.66, s. 307-329.
- Yılmaz Halil, "İş Hukukunda İhtirazı Kayıt/Kayıtsızlık Problemi", *Çimento İşveren Dergisi*, İstanbul 2009, C.23, Sa.4, s.4-19.
- Zevkliler Aydın/Ertas Şeref/Havutçu Ayşe/Aydoğdu Murat/Cumalıoğlu Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2.Bası, Barış Yayınları, İzmir 2013.
- Wheatley Benton T./McCreight Tracy, "Joint and Several Contractual Liability and Settlement Credits: A Look At The "One Satisfaction Rule" In Texas", s.1-39; bkz. https://www.munsch.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-43304/overrideFile.name=/wheatley_2017_01-27_one_satisfaction_paper.pdf (erişim tarihi: 31.03.2018).
- Zimmermann Reinhard / Kleinschmidt Jens, "Verjährung: Grundgedanken und Besonderheiten bei Ansprüchen auf Schadensersatz", Tradition mit Weitsicht Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Stämpfli Verlag, Berne 2009, s. 861-888.

TIBBİ KONSÜLTASYON VE KUSURUN PAYLAŞTIRILMASI SORUNU

THE MEDICAL CONSULTATION AND THE PROBLEM OF ALLOCATING FAULT

Yakup KORKMAZ*

Özet: Günümüzde tıp bilimi, önceki yıllarla kıyaslanamayacak kadar büyük bir ilerleme kaydetmiştir. Bu iyileştirme ve ilerleme, tıp meslekleri içinde uzmanlaşma ihtiyacına yol açmıştır dolayısıyla bu durum doktorlar arasındaki iş birliğinin zorunlu olmasına neden olmuştur. İş birliği, dikey iş birliği şeklinde olabileceği gibi, yatay iş birliği şeklinde de olabilir. Konsültasyon yatay iş birliğine dahildir. Bu çalışmada konsültasyonun nasıl yapılması gerektiği ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar incelenmiştir. Konsültasyon sebebiyle hasta bir zarar görürse, bundan kimin sorumlu olacağı ile ilgili güven ilkesi ve özen borcu üzerinde durulmuştur. Son olarak müteselsil sorumluluk incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi İş Birliği, Konsültasyon, Müdavi Hekim, Konsültan Hekim, Güven İlkesi, Özen Borcu, Müteselsil Sorumluluk

Abstract: Nowadays, the medical science has made such a tremendous progress that cannot be compared to previous years. This improvement and progress have led to the need for specialization within the medical professions, thereby this has caused the compulsory collaboration among the physicians. This collaboration can be a vertical collaboration or it can as well be a horizontal collaboration. Consultation is considered as part of the horizontal collaboration. In this study, how the consultation should be performed and the problems that may arise in practices are examined. If the patient is harmed due to consultation, who will be responsible? In this context, the principle of confidence and the duty of care will be emphasized. Finally, the joint and several liability has been examined.

Keywords: Medical Cooperation, Consultation, Referring Physician, Consultant, Confidence Principle, Duty of Care, Several and Joint Liability

I. GENEL OLARAK

Son yüzyılda tıp bilimi, geçmiş yıllarla kıyaslanamayacak oranda büyük bir gelişim ve ilerleme kaydetmiştir. Kuşkusuz bu gelişim ve ilerleme sağlık mesleklerinde uzmanlaşma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Hatta tıbbi uygulamaların baş aktörleri olan hekimler için uzmanlaşma zorunlu hale gelmiştir. Günümüzde, hekimler, ana branş-

* Avukat Dr., dr.yakupkorkmaz@gmail.com

larda (iç hastalıkları, genel cerrahi, çocuk sağlığı ve hastalıkları gibi) uzmanlaşma yanında, yan dal uzmanlığı şeklinde, o uzmanlık alanına ait daha spesifik bir konuda (iç hastalıklarının yan dalları olan gastroenteroloji, geriatri, hematoloji, nefroloji gibi) eğitim alarak uzmanlaşmaktadırlar.

Uzmanlaşma zorunluluğu ve özellikle pek çok tıbbi uygulamanın, tek bir uzman hekimin üstesinden gelemeyeceği kadar teknik bilgi ve tecrübe gerektirmesi, hekimler arasında iş birliğini zorunlu kılmaktadır.

Ayrıca birden fazla uzmanlık alanını ilgilendiren hastalarda, konu ile ilgili uzmanların birlikte çalışması zorunlu bir durumdur. Uygulamada komplike ve zor vakalarda, özellikle teşhis ve tedavi yöntemine karar verilmesi, doğru teşhisin konulması ve bu teşhise bağlı tedavinin yürütülmesi için hekimlerin meslektaşlarından bilimsel görüş veya öneri alması sık karşılaşılan bir durum haline gelmiştir. Hastalar da kendilerine tıbbi müdahalede bulunacak sağlık mensuplarının uzman, hatta başvurdukları konuda özel ihtisası bulunan kişileri olmasını tercih etmektedirler.

Aşırı uzmanlaşma ve karmaşık hastalıkların mevcudiyeti, disiplinler arası birliktede çalışmayı zorunlu kılmaktadır. Birlikte çalışma yapıldığında ve bunun sonucunda bir zarar doğduğunda, bundan kim veya kimlerin sorumlu olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada öncelikle iş birliği, türleri ve özellikle konsültasyon konusu ele alınacak olup, daha sonra konsültasyon sonucunda doğan zarardan sorumlu olacakları belirlemek için yararlanılabilecek hukuki kurumlar incelenecektir.

II. SAĞLIK HİZMETLERİNDE İŞ BİRLİĞİ

A) İş Birliği

Genel olarak iş birliği kavramı¹ amaç ve çıkarları bir olanların oluşturdukları çalışma ortaklığını ifade eder.² İş birliğinde esas olan şey

¹ İş birliğine yakın bir diğer kavram da iş bölümüdür. İş bölümü kavramı ise, "bir işi, iki veya daha çok kişi arasında bölme"yi ifade eder (bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ab0ed41594279.16593717, Erişim Tarihi: 20.03.2018).

² Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ab0e54dc6af79.72643039,

kişilerin niteliklerinden daha çok kurucu unsur olan ortak amaçtır. Bu sebeple ortak amacı gerçekleştirebilmek için görevler iç içe geçebilir.

İş birliği kavramı içerisinde, özellikle “*ekip*” ve “*ekip çalışması*” kavramları öne çıkmaktadır.

Ekip, ortak bir amaç veya hedefe ulaşmak için bir araya gelmiş, sorumlu oldukları konuda ortak bir yaklaşım belirleyen, farklı uzmanlık alanlarından gelip her biri görevini yerine getirerek birbirlerini tamamlayan özelliklere sahip iki veya daha fazla kişinin oluşturduğu topluluğa verilen isimdir.³ Ekip çalışması ise, hasta/sağlıklı bireyin, istek ve beklentilerini karşılamak amacıyla sağlık kurumunun değişik bölümlerinin birbiriyle uyumlu çalışmasıdır.⁴

Sağlık hizmetlerinin, birçok farklı alandaki işlerden daha çeşitli olması, buna bağlı olarak karşılaşılan sorunların daha fazla ve karmaşık olması, bu hizmet türündeki sonuçla ilgili beklentilerin daha yüksek olması, tıbbi bakım sürecinde etkili neticeler alınabilmesi ve değişimlere hızlı yanıt verilebilmesi bilinen özellikleridir. Sağlık hizmetlerinin kendine özgü bu özellikleri, ekip çalışmasını zorunlu kılmaktadır.⁵ Hatta etkin bir ekip çalışmasının, kaliteli bir sağlık hizmeti sunumunun temel öğelerinden biri olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, ekipler ve ekip çalışması sağlık hizmetlerinin önemli bir boyutudur. Tüm hasta bakımı, sağlık ve hastalığın farklı dönemleri boyunca çeşitli birimlerle koordineli olmak zorunda olan farklı profesyonellerden üyeleri gerektirir. İletişim ve birlikte çalışabilme kabiliyeti, bakımın devamlılığı için temeldir.

Sağlık kurumlarında hedeflenen amaçlar, birbirinden çok farklı donanımlara sahip, farklı mesleki yönelimleri olan personelin eş zamanlı çabalarıyla gerçekleşmektedir. Kompleks bir tıbbi uygulama ve bakım sürecinin sadece bir meslek grubunun tümüyle yönlendirme-

(Erişim Tarihi: 20.03.2018).

³ Fatma Canlı, Sağlık Çalışanlarının Ekip Çalışmasına İlişkin Görüşleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Hemşirelik Anabilim Dalı, Adana 2010, s. 4.

⁴ Canlı, s. 4.

⁵ Özay Çelen, Ekip Çalışması Etkinliğinin İş Tatmini ve Hasta Güvenliği Kültürü Üzerine Etkisi: Gülhane Askeri Tıp Fakültesi Eğitim Hastanesinde Bir Uygulama, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2011, s. 37.

si ve bu süreçte yer alan faaliyetleri tek başına gerçekleştirmesi pek mümkün değildir. Bu sebeple tıbbi uygulamalarda ekip çalışması⁶ gerekliliği ortaya çıkmaktadır.⁷

Ekip çalışmasıyla ilgili Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin⁸ 13'üncü maddesi güzel bir örnek oluşturmaktadır. Söz konusu maddeye göre, "*Servis hizmetleri uzman, uzmanlık eğitimi görenler, hemşire ile eczacı, diyetisyen, fizyoterapist, psikolog gibi branşla ilgili diğer meslek mensupları tarafından birlikte yürütülen bir ekip çalışması olup, hastaya en iyi koşullarda, güvenilir araçlarla isabetli teşhisi koyarak, bakımının ve en kısa zamanda tedavisinin sağlanmasını, eğitim hastanelerinde ayrıca servis içi hasta başı eğitimlerini de gerçekleştirmeyi amaçlar. Bu ekibe kimlerin dahil edileceği dalın özelliğine göre ilgili şef veya uzmanın teklifi, baştabibin tasvihiyle saptanır.*"

Geçmişte hekim, kendisine başvuran bir hastanın hemen tüm ihtiyaçlarına tek başına cevap verebilmekte, hatta hastasının ilacını da bizzat kendisi hazırlayıp ona vermekteydi. Günümüzde ise, hekimler sadece stetoskopla hastasını dinleyerek tanıya varmak zorunda değildir. Endoskopi, biyopsi, anjiyografi, bilgisayarlı tomografi ve manyetik rezonans görüntüleme, nükleer sintigrafi gibi ileri teknoloji destekli tanısal girişimlerde kullanılan cihazlar hekimlerin yararlanmasına sunulmuştur. Yine hekimler hastaların tedavilerinde mikroskopik cerrahi, özel protez, radyoaktif tedavi, kök hücre ve gen tedavisinden yararlanabilmektedirler. Çok özel bilgi ve beceri gerektiren ileri teknoloji destekli tanı ve tedavi imkanlarından yararlanmak isteyen hekim, be-

⁶ Sağlık hizmetlerinde ekipler farklı şekillerde tasnif edilmiştir. Buna karşılık çalışmanın kapsamı açısından ekipler iki grup altında tasnif edilebilir. Bunlardan birisi dikey ekiplerdir. Dikey ekipler bir yöneticiden ve biçimsel bir emir komuta zincirinden, ona bağlı kişilerden oluşur. Tipik bir dikey ekip bir örgütteki bir bölümü kapsar. Hastanelerde her bir servis (kardiyoloji servisi, genel cerrahi servisi, kadın doğum ve hastalıkları servisi gibi) dikey ekibe birer örnektir. Diğer ekip türü ise yatay ekiplerdir. Bunlar, aynı hiyerarşik seviyeden, ancak farklı uzmanlık alanlarından gelen elemanların oluşturduğu ekiplerdir. Birkaç bölümden seçilen elemanlarca belirli bir görevi yerine getirmek için kurulurlar ve görev bittikten sonra dağılırlar. Birçok bölümü ilgilendiren konularda, özellikle süreçlerle ilgili konularda oluşturulan geçici ekipler ile komiteler buna örnek oluştururlar. Bkz. Çelen, s. 13 - 14.

⁷ Yakup Gökhan Doğramacı, Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlişkisi, İstanbul 2016, s. 58 - 59.

⁸ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği (YTKİY), 13.01.1983 tarih ve 17927 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

lirli alanlarda uzmanlaşmış meslektaşlarının eğitim ve deneyimlerine ihtiyaç duyar. Bu nedenle günümüz hekimliğinde iş birliği, geçmişle kıyaslanamayacak kadar zorunlu ve işlevseldir.⁹

Bu anlamda sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde iş birliği, bir ihtiyaç hatta bir zorunluluktur. Zira bazen basit bir tıbbi müdahale bile hekim ve/veya sağlık çalışanından oluşan bir ekip çalışmasını gerektirebilir. Günümüzde, küçük müdahale sayılabilecek basit bir ameliyatta dahi yarım düzine kadar sağlık personelinin görev aldığı belirtilmektedir. Bu sebeple çoğu zaman farklı uzmanlık alanına sahip birden fazla hekim ve sağlık çalışanı (örneğin teşhis aşamasında radyologlar, ameliyat sırasında cerrahlar, anestezi uzmanı, hemşireler, sonrasında da fizik tedavi uzmanları gibi) tedaviye dahil olur. Tanı ve tedavinin niteliğine göre bazen de aynı veya farklı uzmanlık alanına sahip hekim ve sağlık çalışanı ekip olarak tedaviye katılmak zorunda kalabilmektedir.¹⁰

Uzmanlaşma alanlarının ve sağlık mesleklerinin çeşitlenmesiyle birlikte tıbbi uygulamalar teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve teknolojiyi de içine alan geniş bir yelpazeye bürünmüş ve böylece salt tedaviden ayrı, mesleki özerk alanlar ortaya çıkmıştır. Örneğin odyoloji, radyoloji gibi. Mesleki özerklikler iş birliği ayırımında önem kazanmaktadır.¹¹ Bu bağlamda hekim, hemşire, eczacı, laborant, röntgen teknisyeni gibi farklı eğitim alanlarından profesyonel kişiler yanında, hekim, farklı uzmanlık ve ilgi alanlarından kendi meslektaşlarının bilgi ve birikimine de ihtiyaç duymaktadır. Bu desteği almaksızın günümüz hekiminin hastalarını yönetmesi ve doğru kararlar vermesi artık mümkün değildir.

B) İş Birliği Türleri

Sağlık hizmetlerinde iş birliği çok değişik şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu konuda ilk yapılan ayırım “*dikey iş birliği - yatay iş birliği*”

⁹ Tefik Özlü, Günümüz Hekimliğinde Konsültasyon, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/tevfik-ozlu/tr-gunumuz-hekimliginde-konsultasyon-1-45-2322.html>, (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

¹⁰ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, (Hakeri, Kitap), s. 154; Ali Kemal Yıldız, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, VII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2010, s. 259.

¹¹ Doğramacı, s. 67.

ayırımıdır. Tıbbi tedavinin dikey veya yatay iş birliği çerçevesinde gerçekleşmesi, bu tıbbi müdahale sürecinde ortaya çıkan hukuki ve cezai sorumluluğun kime veya kimlere ait olacağı sorununu da beraberinde getirir. Bu açıdan çalışmanın bu kısmında dikey ve yatay iş birliğine kısaca değinilecek olup, sonrasında yatay iş birliğinin en önemli türünü oluşturan konsültasyon konusu etrafıca incelenecektir.

1) Dikey İş Birliği

Genel olarak dikey iş birliği, mesleki altlık – üstlük (hiyerarşi) ilişkisinin olduğu, bir klinik veya birimin şefi, yöneticisi, onun görevlendirdiği uzman, ona yardım eden asistan ve görevli hemşireler ya da diğer sağlık personeli arasında iş birliği ilişkisidir. Bu açıdan dikey iş birliği işletmelerin dikey yapılanmasına benzer. Zira işletmeler genellikle alttaki en uç kademedeki merkezdeki en üst noktaya kadar hiyerarşik örgütlenme esasına dayanır.¹²

Dikey iş birliğine klinik ve servisler iyi birer örnektir. Zira tıbbi organizasyonlarda bir klinik veya servis yöneticisi kendisinin emri ve talimatları altındaki tüm personelin, önceden saptanmış belirli bazı önlemlerin tek başına ya da birlikte alınmasına yönelik eylem ve davranışlarından sorumludur.¹³ Yine ameliyatı yapan cerrahi ekip üyeleri (cerrah ile asistan/yardımcı cerrah, ameliyat hemşiresi, sirkülatör (sirküle) hemşire ve cerrahi tekniker)¹⁴ arasında dikey iş birliği vardır. Cerrah, eğitimini ve ihtisasını tamamlamış sertifikalı bir hekimdir. Hastaya tanıyı koyan ve cerrahi/medikal tedaviyi yönlendiren esas hekimdir. Operasyonu yardımcıları ile birlikte gerçekleştiren ekibin lideridir.¹⁵

¹² Mehmet Demir, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 90; Doğramacı, s. 91.

¹³ Demir, s. 90.

¹⁴ Hasan Besim, Ameliyathane Ortamı, Ekip Üyeleri ve Organizasyon, http://docs.neu.edu.tr/staff/hasan.besim/Ameliyathane%20Ekip%20%C3%9Cyeleri_2.pdf, (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

¹⁵ Cerrahi ekibin diğer üyeleri, cerrahinin uygulandığı sahanın görülebilmesini sağlar, kanamaları kontrol eder, kesiyi (yarayı) kapatır, pansumanı yapar ve cerrahi araç ve gereci kullanırlar. Bkz. Hasan Besim, Ameliyathane Ortamı, Ekip Üyeleri ve Organizasyon, http://docs.neu.edu.tr/staff/hasan.besim/Ameliyathane%20Ekip%20%C3%9Cyeleri_2.pdf, (Erişim Tarihi: 21.03.2018); Döndü Soyer Erdemir, Cerrahi Ekip Üyeleri ve Ameliyathane Ortamı, <https://dondusoyer.wordpress.com/2016/11/03/cerrahi-ekip-uyeleri-ve-ameliyathane-ortami/>, (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

İlk defa 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun Ek m. 13 ile Türk hukukunda yerini alan sağlık çalışanları görev tanımları, Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik¹⁶ ile ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Bu düzenleme, sağlık meslek mensupları kavramının, hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 sayılı Kanun'un Ek 13'üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını ifade edeceğini belirtmektedir (m. 4/b).

Anılan Yönetmeliğin ekinde yer alan ve “sağlık meslek mensuplarının iş ve görev tanımları”nı açıklayan Ek-1’de, hekim ve uzman hekim için, tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazanmış olduğu bilgi, beceri ve tutum çerçevesinde, tıbbi ilke ve yöntemleri uygulayarak birey ve toplumu sağlık sorunlarından, hastalıklardan ve yaralanmalardan koruyucu tedbirleri alacağı, tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapacağı ve olası komplikasyonların önlenmesi için çalışacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte ortaya çıkan komplikasyonlarda uygun müdahaleyi yapacağı ve gerektiğinde hastayı sevk edeceği ifade edilmiştir. Yine aynı Yönetmelikte devamla hekimin, birlikte çalıştığı diğer sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen tıbbi bakım ve uygulamaları planlayacağı, izleyeceği ve denetleyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme sonucu diğer sağlık personeli, aralarında hiyerarşik ilişki sebebiyle ekip lideri olan hekimin talimatlarına kural olarak uymak zorundadır (1219 sayılı Kanun Ek m. 13; YTKİY m. 16).

Bununla birlikte hekimin dahil olduğu her ekip çalışması dikey bir iş birliği sonucunu doğurmaz. Zira ameliyat örneğinde, ameliyat ekibinde yer alan anestezi hekimi ve anestezi teknisyeni ile cerrah arasında bir hiyerarşik ilişki mevcut olmadığından¹⁷, cerrah ile anestezi

¹⁶ Sağlık Bakanlığı, Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik, 22.05.2014 tarih ve 29007 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁷ “Anestezi hekimi, hastanın anestezisinin verilmesini, ameliyat öncesi premedikasyonunu, ameliyat sırasında ve sonrasında ağrının giderilmesini, ameliyat süresince hastanın havayolu açıklığını ve vital bulgularının normal seyrini sağlar. Ameliyat sırasında gerekli bütün invaziv girişimlerin yapılmasından sorumludur. Anestezi teknisyeni ise, hastaya anestezi uygulanması esnasında anestezi hekimine yardımcı olur. Tüm cihaz ve ekipmanları kontrol eder ve hazırlar. Uygulanacak anestezi yöntemine uygun ilaç ve malzemeleri hazırlar. Hastanın ameliyat esnasında vital bulgularının izlenmesinden sorumludur.” Döndü Soyer Erdemir, Cerrahi Ekip Üyeleri ve Ameliyathane Ortamı, <https://dondusoyer.wordpress.com>.

uzmanı ve teknisyeni arasında dikey bir iş birliğinden bahsedilemez. Ancak anestezi uzmanı olmadığında, anestezi teknisyeni ile cerrah arasında hiyerarşik bir ilişki vardır.¹⁸

2) Yatay İş Birliği

Yatay iş birliği, birden fazla sağlık meslek mensubunun aralarında altlık - üstlük ilişkisi bulunmaksızın iş bölümü yaparak, emir alma ve verme olmaksızın gerçekleştirilen iş birliğidir.¹⁹ Başka bir ifade ile hastane organizasyonu içerisinde, hekimlik hizmetlerinde aralarında hiyerarşik ilişki bulunmayan, aynı veya farklı uzmanlık dallarından hekimlerin birlikte çalışmasıdır. Örneğin ortopedi ve travmatoloji uzmanı ile fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı hekimin birlikte çalışması veya hematoloji ve immünoloji gibi yan dal uzmanı iki hekimin birlikte çalışması ya da cerrahi - anestezi - röntgen ve patoloji uzmanları gibi bir ekip halinde çalışan farklı hekimlik dalları arasında bir tıbbi iş birliği ve dayanışma gereksinimi durumunda yatay iş birliğinden bahsedilebilir.²⁰ Yine trafik kazası sonucu çoklu travması olan hasta için ortopedist, genel cerrah ve beyin cerrahisi uzmanlarının ya da ameliyat sırasında anestezi ile cerrahın birlikte çalışması gibi aralarında hiyerarşi bulunmayan uzmanların bir araya gelmesi yatay iş birliğine birer örnektir.²¹

com/2016/11/03/cerrahi-ekip-uyeleri-ve-ameliyathane-ortami/, (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

¹⁸ YTKİY m. 137 "Anestezi teknisyeni; anestezi uzmanı veya bunun bulunmadığı hallerde ameliyathane sorumlu uzmanının sorumluluğu altında, bunların ve ameliyatı yapan uzmanın direktiflerine göre ameliyatın ve narkozun salimen ve rahat bir şekilde sonuçlanması için gerekenleri yapar." Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, cerrah ile anestezi teknisyeni arasında kural olarak bir dikey (hiyerarşi) ilişki bulunmaz. Bununla birlikte anestezi uzmanı bulunmayan hastanelerde anestezi veren anestezi teknisyenleri ile ameliyathane sorumlu uzmanı olan cerrah arasında hiyerarşi ilişkisi olacaktır. Zira Yüksek Sağlık Şurasına intikal eden bir olayda "Yüksek Sağlık Şurası, anestezi tüpünün işlem sırasında yerinden oynaması durumunu değerlendirmekte yetersiz kalan kardiyoloji ve göğüs hastalıkları uzmanlarının 4/8, anestezi teknisyenlerinin 2/8 ve gerekli konsültasyonları istemekle beraber Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nce anestezi uzmanı bulunmadığında anestezi uygulamalarından da sorumlu olması nedeniyle cerrahın da 2/8 oranında kusurlu olduğuna oy birliği ile karar vermiştir." Nazmi Zengin, Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında İşbirliği, VII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2000, s. 289.

¹⁹ Yıldız, s. 260; Doğramacı, s. 68.

²⁰ Demir, s. 89.

²¹ Doğramacı, s. 63 - 64.

Yatay iş birliğinin en önemli özelliği, ekibe dahil olan hekimlerin (uzmanlık formasyonu ve idari kademelenme bakımından) eşit düzeyde olması ve birbirlerinden emir almamalarıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6'ncı maddesinde de "*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatına göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbest*" olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre hekimler mesleki özerkliğe sahip olup, mesleklerini icra ederken vicdani ve mesleki kanaatlerine göre hareket ederler. Ancak bu özerklik hekimlerin iş birliği yapmalarına engel değildir. Hekimler mesleki açıdan yeterli olmadıkları hususlarda kendi uzmanlık alanları dışında hatta aynı uzmanlık alanındaki başka hekimlerin yardımına başvurabilirler.²²

III) TIBBİ KONSÜLTASYON

Tıp teknolojisinin gelişmesi ve tıpta uzmanlaşmanın yaygınlaşması sebebiyle, tanı ve tedavi gibi hasta takibinde belli bir uzmanın veya uzmanlığın yeterli olmaması ve bunun sonucunda uzmanlar arası iş birliğine ihtiyaç duyulmasının hekimlik uygulamasındaki karşılığı konsültasyondur.

Latince "*consultation*" sözcüğünden türeyen konsültasyon²³, tam aydınlatılmamış bir vaka yahut teşhisi zor bir hastalık karşısında hasta veya ailesinin isteği ya da tedavi eden hekimin göreceği gereksinim üzerine, farklı dallarda uzman olan iki yahut daha fazla hekimin bir hasta başında buluşup o hasta üzerinde ortak değerlendirmede bulunması olarak tanımlanabilir.²⁴

²² Cerrahin ameliyat yaparken anesteziyle iş birliği veya iç hastalıkları uzmanı olup farklı yan dal eğitimi alan iki hekimin iş birliği örnek olarak gösterilebilir. Zengin, s. 285; Doğramacı, s. 77.

²³ "Almancada "*consultation*", İngilizce ve Fransızcadada "*consultation*" ... şeklinde ifade edilmektedir." Yahya Deryal, Tıbbi Konsültasyona Bağlı Hukuki Problemler (Müdavi Hekim Konsültan Hekim İlişkileri), Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2010, s. 92.

²⁴ Benzer tanımlar için bkz. Ayşegül Erdemir Demirhan, Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi, Bursa, 1996; s. 235; Deryal, s. 93; Yener Ünver, Müdavi Hekim - Konsültan Hekim İlişkisinin Ceza Hukuku Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi, Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2010, s. 100; The American College of Obstetricians and Gynecologists, ACOG Committee Opinion; Seeking and Giving Consultation, Number 365, May 2007, s. 2 (<https://www.acog.org/Clinical-Guidance-and-Publications/Committee-Opinions/Committee-on-Ethics/Seeking-and-Giving-Consultation>).

Doktrinde bu danışma, danışım, müşavere, meşveret, istişare, müzakere olarak isimlendirilmektedir. Bununla birlikte daha çok kabul gören hali etimolojik kökenine uygun olarak konsültasyon şeklinde kullanılmasıdır.²⁵ Biz de çalışmamızda en çok kabul gören şekliyle “konsültasyon” olarak kullanacağız.

Konsültan, danışılan, istişare edilen, diğer bir ifadeyle ilgili konuda bilgisine ve deneyimine güvenilen kişidir. Bu durumda “konsültan hekim”, kendisine hasta danışılan, bilgi ve görüşüne başvuru alan hekimdir.²⁶ Sözleşme veya kamu görevinden kaynaklanan bir yasal yükümlülük gereği konsültasyonu istenen hastanın tanı ve tedavisini yapma görevini üstlenmiş olan sürekli hekim ise “müdavi hekim (sorumlu hekim)” olarak adlandırılır.²⁷

Aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacağı gibi konsültasyon faaliyetinde hastanın tanı ve tedavisinde asıl görev ve sorumluluk müdavi hekime aittir. Müdavi hekimin izin verdiği ölçüde ve kişisel sorumluluğunu kaldırmayacak şekilde konsültan hekim de tıbbi sürece dahil olabilir.²⁸

Amerikan Tabipler Birliği (The American Medical Association) tıbbi konsültasyonla ilgili dokuz etik ilke belirlemiştir.²⁹ Bunlar; a) Öncelikle niçin konsültasyon talebinde bulunulduğu açıkça belirtilmelidir. Bu şüpheli veya zor vakalar için olabileceği gibi tıbbi uygulamaların

Erişim Tarihi: 07.04.2018).

²⁵ Deryal, s. 92 - 93; Haluk Cemalettin Çalışır/Serap Şahinoğlu-Pelin, Tıpta Konsültasyon Olgusu, Etik Yaşama Dair Bir Bakış, Ankara 2002, s. 178; Hanzade Doğan, Virginia Üniversitesi Etik Konsültasyon Merkezi, Charlottesville, Virginia, ABD, Medikal Etik (İlkeler ve Sorunlar), İstanbul 2000, s. 31.

²⁶ Tevfik Özlü, Günümüz Hekimliğinde Konsültasyon, Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2010, (Özlü, Sempozyum), s. 63; Deryal, s. 93.

²⁷ Deryal, s. 93; Özlü, Sempozyum, s. 63; Zengin, s. 285. Sağlık Bakanlığının 2000 yılında hazırlanmış olduğu Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın “tanımlar” başlıklı 3'üncü maddesinde müdavi hekim, “Kamuya ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşları ile özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren ve gerçek veya tüzel kişilere ait hastane, poliklinik, dispensar, sağlık kabini, muayenehane, laboratuvar ve her ne ad altında olursa olsun tıbbi teşhis, tedavi ve müdahale ile bu maksada matuf yerlerde hastasına tıbbi hizmet veren hekimi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (Erişim Tarihi:21.03.2018)

²⁸ Deryal, s. 93; Zengin, s. 285; Doğramacı, s. 79.

²⁹ Steven L. Cohn, The Role of the Medical Consultant, The Medical Clinics of North America, Y. 2003, C. 87, s. 1 - 2.

kalitesini artırmak için de olabilir. b) Konsültasyon öncelikle hastanın yararı için yapılmalıdır. c) Sözlü olarak bilgi verilmiş olsa da vaka hakkında kısa bir özet konsültan hekime verilmelidir. d) Hasta tedavisinden sadece bir hekim sorumlu olmalıdır. e) Hastanın tedavisiyle ilgili kural olarak müdavi hekim sorumludur.³⁰ f) Konsültan hekim, müdavi hekimin bilgisi olmadan, hastanın tedavisini değiştirmemelidir. g) Konsültasyon geciktirilmeden, zamanında yapılmalıdır. h) Konsültasyon boyunca tartışmalar müdavi hekimle yapılmalı ve müdavi hekimden izin alınarak hasta ile yapılmalıdır. i) Konsültasyonda hekimler farklı görüşte ise ikinci bir konsültasyon talep edilmelidir.

A) Konsültasyon Talebi

Konsültasyon genellikle müdavi hekim tarafından talep edilir. Ancak, hasta veya hasta yakını da konsültasyon talep edebilir (TDN m. 24). Konsültasyon *çoğunlukla* müdavi hekimin uzmanlık alanı dışındaki bir alanda veya yan dalda uzman olan hekimden talep edilir. Karmaşık bir vaka olması halinde çoklu konsültasyona başvurulabilir.³¹ Ancak bazen bir hekimden konsültasyon talep etmek yerine konsey toplantısı şeklinde konsültasyon yapılması da mümkündür.

1) Hasta veya Hasta Yakınının Konsültasyon Talebi

Hasta veya hasta yakınının konsültasyon talebi, hastaya uygulanacak tanı, tedavi veya bakıma ilişkin olarak, hasta veya yakını tarafından bir başka hekimin görüşüne başvurusu faaliyetidir.³² Bu talebin hukuki dayanağı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (TDN) 24/I maddesinde hastanın, konsültasyon yapılmasını talep etmesi halinde müdavi hekimin bu talebi kabul edeceği hükme bağlanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HHY)³³ 9/II maddesi uyarınca *"Mevzuat ile belirlenmiş usüllere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağ-*

³⁰ The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 4.

³¹ The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 4.

³² Özlü, Sempozyum, s. 64; The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 2.

³³ Hasta Hakları Yönetmeliği, 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

lık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır." Yine HHY'nin 25'inci maddesinde "Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir." düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla kendisine hizmet edecek sağlık personelini seçme ve değiştirme, tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı tanınan hastanın konsültasyon talep etmesinin engellenmesi düşünülemez. Bu düzenlemeler sebebiyle hastanın konsültasyon talep etmesi bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu yüzden müdavi hekimin tıbbi bir endikasyon ve haklı bir gerekçe olmadıkça bu talebi dikkate alması gereklidir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 65'inci maddesinde de yataklı tedavi kurumunda yatan ve tedavi gören hasta veya ailesinden birisinin, bir veya birkaç uzmanla konsültasyon yapılmasını istemesi durumunda, müdavi hekimin muvafakati, baştabibin müsaadesiyle, istenen uzmanların hastayı görmesine müsaade edileceği belirtilmiştir. Müdavi hekimin konsültasyona muhalefeti halinde ise, gereğine baştabip karar verir.

Müdavi hekim, hastanın konsültasyon talebi ile bağlı mıdır diye bakıldığında, TDN. m. 24 "bu talebi kabul eder" cümlesindeki anlam şekli haklı bir gerekçe yoksa hastanın konsültasyon talebinin kabul edilmesi gerektiğini destekler niteliktedir. Yine belirtilmelidir ki, 24'üncü maddenin ikinci fıkrasında müdavi hekimin konsültasyonu uygun bulması halinde durumdan hastayı haberdar etmesi gerektiği ve hastanın bunu uygun bulmaması hali düzenlenmiş olmasına rağmen, ilk fıkrada hastanın konsültasyon talebinde bulunması durumunda hekimin bunu kabul edeceği belirtilip aksi düzenlenmeyerek, kabulün zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Buradaki talep yetkisi bir hak olarak kabul edilmekle birlikte, doktrinde haklı gerekçelerle bu talebin reddedilebileceği de ifade edilmektedir.³⁴

³⁴ Deryal, s. 94; Doğramacı, s. 82-83.

2) Müdavi (Sorumlu) Hekimin Konsültasyon Talebi

Hekimler teşhis ve tedavi işlemini yaparken, hastaların gelecekle-ri ve yaşamlarıyla ilgili kritik ve hayati derecede önemli kararlar vermektedirler. Bu kararları verirken kendi ilgi ve uzmanlık alanlarının dışında kalan birçok bilgi ve beceriye gereksinim duymaları, bunun sonucu olarak da meslektaşlarıyla konuşup, tartışmaları ve kararlarının sorumluluğunu paylaşmayı istemeleri doğaldır. Bu ihtiyacın giderilmesi adına TDN m. 24/II'de "*Müdavi tabip veya dış tabibi, konsültasyon yapılmasına lüzum gördüğü takdirde, keyfiyeti hastaya bildirir. Bu teklifin kabul edilmemesi halinde, müdavi tabip veya dış tabibi, hastasını bırakabilir.*" düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre, müdavi hekim konsültasyon talep etmeden önce durumu hastaya veya yakınına bildirmeli ve onun onayını almalıdır.³⁵ Diğer bir ifadeyle hekimin konsültasyon istemi, hastanın müdavi hekimin konsültasyon talebini uygun bulması şartına bağlanmıştır. Hasta, müdavi hekimin konsültasyon talebini uygun bulursa, hekim ilgili uzmandan veya konseyden konsültasyon talep edebilir.

Hastanın, müdavi hekimin konsültasyon talebini uygun bulmaması durumunda ise, TDN m. 24/II hükmü uyarınca müdavi hekim, bu gerekçeyle hastasını bırakabilir. Müdavi hekim, kamuda görev yapıyorsa memur statüsünden kaynaklanan yükümlülükleri ve hastaya bakabilecek başka bir uzmanın varlığı ile hasta acilse durumunun stabilize edildikten sonra hastayı bırakma hakkını kullanması mümkün olacaktır.³⁶

Müdavi hekimin, mesleki veya şahsi sebeplerle tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabileceği TDN m. 19'da da hüküm altına alınmıştır. Söz konusu maddede hastanın tedavisi bırakılırken nelere dikkat edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, tedaviyi bırakan hekimin, 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.³⁷ Hastayı bu suretle terk eden hekim, lüzum gör-

³⁵ The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 2.

³⁶ Deryal, s. 95.

³⁷ Birol Demirel, Hekimin Yasal Sorumlulukları, *Gazi Tıp Dergisi*, Y. 2005, C. 16, S. 3,

düğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını vermesi gerekir.

TDN m. 24/II'de sadece müdavi hekimin konsültasyon talebinden bahsedilmiş, ancak konsültan hekimin de ayrıca konsültasyon isteyip isteyemeyeceğine dair bir açıklık getirilmemiştir. Uygulamada konsültan hekimlerin de konsültasyon isteyebildiği doktrinde belirtilmektedir. Buna örnek olarak da epigastrik ağrı şikayeti olan hastada dahiliye konsültasyonu istendiğinde, konsültan dahiliye hekiminin genel cerrahiden konsültasyon isteyebildiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte her ne kadar açıkça TDN'de belirtilmese de konsültasyonu hasta ile birlikte sadece müdavi hekimin isteyebileceği belirtildiğinden, konsültan hekimin konsültasyon talebini müdavi hekim değerlendirmelidir. Zira asıl sorumluluk konsültasyon talep eden müdavi hekimdedir.³⁸

3) Konsültasyon Talebinin Muhatabı

Konsültasyon, genellikle müdavi hekimin uzmanlık alanı dışındaki bir alanda uzman olan hekimden istenir. Bu açıdan konsültan hekim, kural olarak danışılan hastalık, tedavi veya tıbbi girişim vb. konularında bilgi ve deneyim sahibi olmalıdır.³⁹ Zira konsültasyon kavramı, müdavi hekim dışındaki uzman bir hekimden görüş alınmasını ifade eder.

Doktrinde ifade edildiği gibi⁴⁰, ideal bir konsültan hekim, patronluk taslamadan bilgilendiren, konferans vermeden öğreten, doğrudan order vermeden yönlendiren ve müdavi hekimi güç durumunda bırakmadan problemi çözen kişidir.

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 15.08.2013 tarihli 2003/97 sayılı Genelgesinde de belirtildiği üzere sağlık kurumları; birinci basamak sağlık kuruluşları (aile hekimleri, sağlık ocakları vb.), ikinci derece sağlık kuruluşları (eğitim ve araştırma hastanesi olmayan devlet hastaneleri) ve üçüncü derece sağlık kuru-

s. 102.

³⁸ Doğramacı, s. 84.

³⁹ Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 19/c "Konsültan hekim, alanında bilimsel ve teknik bilgiye sahip olmalıdır."

⁴⁰ RC. Bates, The two sides of every successful consultation, Med Econ. Y. 1979, C. 7, s. 173 - 180. (Cohn, s. 5'den naklen).

luşları (eğitim ve araştırma hastaneleri, üniversite hastaneleri) olmak üzere üç basamaklı bir yapıdadır. Konsültasyon talebi, aşağıdan yukarıya doğru yapılmalıdır. Başka bir ifade ile birinci basamak sağlık kuruluşundan ikinci veya üçüncü basamak sağlık kuruluşuna doğru yapılmalıdır. Bunun aksi mümkün değildir. Üniversite hastanesinden bir hasta konsültasyon için aile hekimine gönderilemez. Bunun gibi aynı uzmanlık alanına sahip bir hekim diğer birine hasta gönderemez. Hastaya müdavi hekim kendisi teşhis koymalıdır. Ancak koyamıyorsa bunu hastaya söylemeli ve tıbbi müdahaleye son vermelidir.⁴¹

Konsültasyon, her zaman uzman bir hekime başvurulması faaliyeti değildir. Bazı durumlarda ciddi hastalarla ilgili önemli kararların alındığı konseyden de konsültasyon talebinde bulunulabilir. Özellikle aynı branşta birden fazla uzman hekimin bulunduğu sağlık kurumlarında konseyler düzenli olarak veya olguların varlığına göre toplanmaktadır. Örneğin, onkoloji konseyi, kardiyoloji – kalp damar cerrahisi konseyi, göğüs hastalıkları – göğüs cerrahisi konseyleri gibi. Bu konseylerde aynı alanlarda çalışan dahili ve cerrahi branş hekimleri yanında radyoloji, patoloji ve diğer olgularla ilgili görülen uzmanlık alanlarından hekimler de hazır bulunur. Konseyde müdavi hekim hastasını konseye katılanlara sunarak, tartışmaya açar ve her uzman kendi bilgi ve birikimiyle olguyu değerlendirir. Konseyde karşılıklı soru ve tartışmalarla tüm olasılıklar dile getirilmektedir. Eksikler saptanmakta, hatalı kararlar düzeltilmektedir. Olgunun yönetimiyle ilgili öneriler yapılmakta ve ortak görüşler kayda alınmaktadır. Böylece hasta için ortak akıl kullanılmakta, riskli olgularda hata yapma olasılığı azaltılmaktadır.⁴²

Tıbbi konsültasyon talebi çoğunlukla bireysel olarak bir uzmana yöneltirse de son zamanlarda yaygınlaşan şekliyle hastane organizasyonları içinde oluşturulan etik kurullara da konsültasyon amaçlı olarak başvurulduğu görülmektedir. Bu açıdan etik konsültasyonu, tıbbi konsültasyonun bir alt dalı olarak görmek mümkündür. Bu bağlamda etik konsültasyon, tıbbi tedavi sürecinde ortaya çıkan etik değer sorunlarının çözümüne ilişkin öneri ve görüş sağlanması etkinliğidir. Başka bir ifadeyle etik konsültasyon, hastanın tedavisi sırasında gelişen etik

⁴¹ Ünver, s. 115.

⁴² Özlü, Sempozyum, s. 65.

sorunların tanımlanması, analiz edilmesi ve çözümünde hastalara, aile üyelerine ve sağlık çalışanlarına yardım etmektir.⁴³

Hastane etik kurulları, insan bedeni üzerinde icra edilen deneyler neticesinde tıp biliminde gerçekleşen oldukça hızlı gelişmeler sebebiyle bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Başka bir ifadeyle hastalıklara çare olacak yeni ilaç, tedavi yöntemi veya tıbbi araçların geliştirilmesi birtakım etik tartışmaları beraberinde getirmiş olup, bunun sonucunda ortaya çıkan etik tartışmalar bakımından karar vermede yardımcı olacak disiplinler arası çalışan profesyonel organlara ihtiyaç duyulmuştur.⁴⁴

Etik kurullarda kimlerin bulunması gerektiği konusunda farklı görüşler vardır. Bir etik kurulda, hekimler (cerrahi bilimlerden ve dahili bilimlerden birer temsilci), deontoloji uzmanı, etik uzmanı, müdavi hekim, hemşirelik hizmetlerinden sorumlu hemşire, tıp hukuku konusunda uzman hukukçu, hastane yönetimini temsilen bir üye, hastanın kendisi veya temsilcisi, sosyal hizmet uzmanı, din adamı gibi uzmanların bulunabileceği kabul edilmektedir.⁴⁵

Ele aldıkları konular bakımından etik kurullar genellikle iki gruba ayrılmaktadır.⁴⁶ Bunlar araştırma etik kurulları⁴⁷ ve hastane etik kurul-

⁴³ Esin Karlıkaya, "Etik Konsültasyon/Danışmanlık" Konusunda Kliniklerde Çalışan Sağlık Görevlilerinin Tutum ve Beklentileri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2007, s. 4; Uzmanlık Dernekleri Etik Kurullar Kılavuzu, [https://ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content &view=article&id=985:etik&catid=26:etik&Itemid=65](https://ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=985:etik&catid=26:etik&Itemid=65) (Erişim Tarihi: 13.05.2018).

⁴⁴ Semra Karabacak Furuncı, Türk Hukuk Düzeninde Biyoetik Kurullar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2013, s. 21.

⁴⁵ Karlıkaya, s. 25-26; Karabacak Furuncı, s. 55 vd.; Nermin Ersoy, Hastane Etik Kurulları, http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/Hastane_etik_kurullari.ppt (Erişim Tarihi: 13.05.2018); Süleyman Kaleli, Etik Kurullar, http://content.lms.sabis.sakarya.edu.tr/Uploads/29014/53366/ebe_13.pdf (Erişim Tarihi: 13.05.2018).

⁴⁶ "Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu üyelerince etik kurulu mevcut 21 tıp fakültesi, 9 devlet hastanesi, 2 SSK, 1 özel hastane olmak üzere toplam 33 hastanenin katılımıyla gerçekleştirilen araştırmada etik kurulların %70'ine yakın bir oranının, araştırma etkinliklerinin dışında başka bir etik sorumluluğu bulunmadığı; üniversite hastanelerinin %67'sinde, diğer hastanelerin ise %15'inde araştırmanın dışında başka etik sorumluluklar olduğundan söz edildiği (toplam olarak 10 etik kurul), bu sorumluluklar arasında vaka danışmanlığını da arasına dâhil edebileceğimiz rutin uygulamalar (%40), etik eğitimi (%20), hekimler arası ilişkiler, raporlar, eğitim konularının altı çizildiği belirlenmektedir." Karlıkaya, s. 29.

⁴⁷ Araştırma etik kurulları, insanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla ilgilenip, belli

larıdır.⁴⁸ Türk hukukunda araştırma etik kurullarıyla ilgili düzenleme mevcutken⁴⁹, hastane etik kurulları ile ilgili genel düzenleyici bir işlem/mevzuat bulunmamakta, kurumlar kendileri etik kurul yönergeleri yayınlatabilmektedirler.

Bu bağlamı içinde hastane Etik Kurulları, tıbbi uygulamalar sırasında ortaya çıkan/çıkabilecek olan etik sorunların çözümlenmesinde yol gösteren, klinik içindeki ilgili tüm çalışanların temsilcilerinden oluşan, tartışılan konunun niteliğine göre yapılarında misafir üyeler bulunduran, etik duyarlılık geliştirme konusunda eğitim veren, iletişim kopukluklarını gidermenin yanı sıra etik ilkelere uygun kurumsal politikalar geliştirilmesi ve sınırlı kaynakların kullanımına yönelik önceliklerin saptanmasıyla ilgili öneriler de sunan disiplinler arası danışma kurullarıdır.⁵⁰

Böylece hastane etik kurullarının temel amacı, sağlık hizmetinin yürütülmesinde karşılaşılan tıp etiği sorunları bakımından karar vermede hasta, hasta yakını ve hekimlere danışmanlık etmek olarak belirtilebilir.⁵¹

Hastane Etik Kurulu'nun aldığı kararlar, müdavi hekim için bağlayıcı olmayıp, öneri niteliğindedir.⁵² Bu yüzden mesleki özerkliğe/bağımsızlığa müdahale anlamı taşımaz. Nitekim bu kararların bağlayıcı olmadığı hastane etik kurul yönergelerinde açıkça vurgulanmaktadır. Örneğin, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Birimi Hastane Etik Kurul Yönergesi m. 7 "*Etik Kurulun kararları tavsiye niteliğindedir, taraflar için bağlayıcı değildir. Mesleki bağımsızlığa müdahale anlamı taşımaz.*"; Uludağ Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Hastane Etik Kurulu Yönergesi m. 9/1-a "*HEK bu ve benzeri konularda yaşanabi-*

şartlar yerine getirildiğinde tıbbi araştırmalara onay veren kurullardır. Araştırma etik kurulları konumuzla ilgili olmadığından inceleme dışı tutulmuştur.

⁴⁸ Karabacak Furuncu, s. 6.

⁴⁹ İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin birinci maddesinde, bu Yönetmeliğin amacının, Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu ve etik kurulların teşkili, görevleri, çalışma usul ve esaslarını düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

⁵⁰ Karlıkaya, s. 21.

⁵¹ Karabacak Furuncu, s. 21.

⁵² Karlıkaya, s. 23. Kurulların bir yargılama yeri olmadığı, karar aşamasında hekimlerin, hastaların ya da ailenin yerini almaması gerektiği bildirilmektedir. Bkz. Karlıkaya, s. 26

lecek etik ikilemlerin çözümüne yardımcı olmak amacıyla klinik etik danışım hizmeti verir. HEK kararları klinisyen için bağlayıcı değildir; öneri niteliğindedir. Mesleki bağımsızlığa müdahale anlamı taşımaz.”; Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastane Etik Kurul Yönergesi m. 10 “HAEK, sağlık çalışanının, hasta ya da hasta vekilinin/vasisinin isteği üzerine etik çatışma yaşanan konularda/vakalarda tıbbi-etik karar verilmesine yardımcı olabilecek çözüm önerileri sunmak üzere etik danışmanlık hizmeti verir. Danışmanlık işlevi; taraflar adına bir karar vermek olmayıp yalnızca karar seçenekleri sunmak ve öneride bulunmaktır” gibi. Bundan dolayıdır ki bağlayıcı olmayan, öneri niteliğindeki etik kurul kararlarını esas alarak hastasının tedavisinde uygulayan müdavi hekim, hastanın bu nedenle zarar görmesinin sorumluluğunu da üstlenmiş olacaktır.

B) Konsültasyon Talebinin Şekli

Konsültasyon talebinin şekli ile ilgili açık bir yasal düzenleme mevcut değildir. Türk Tabipler Birliği (TTB) Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın “Danışım (Konsültasyon) ve Ekip Çalışması” başlıklı 19’uncu maddesinde, müdavi hekimin konsültasyon talebini yazılı olarak yapacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte sağlık hizmetlerinde, sıklıkla karşılaşılan acil ve olağanüstü durumlarda yazılı konsültasyon talebi söz konusu olamayacağından, sözlü talepte bulunulsa bile en kısa sürede bu talep yazılı bir forma dönüştürülmelidir. TDN ve TTB Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının yazılılık ilkesine vurgu yapması karşısında ve yaşanabilecek ispat problemleri dikkate alındığında sözlü konsültasyon talebiyle yetinmenin önemli sorunlara yol açabileceği açıktır.

Konsültasyon talep formunun içeriğinde nelerin yer alması gerektiği hususunda bütün kurumları bağlayıcı bir düzenleme bulunmakla birlikte, uygulamada her sağlık kurumunun kendi konsültasyon yönergesini oluşturduğu görülmektedir. Örneğin, Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Konsültasyon Hizmetleri Yönergesi⁵³ ve Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Konsültasyon Hizmetleri İç

⁵³ Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Konsültasyon Hizmetleri Yönergesi, (Kabul Tarihi: 01.04.2008), <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8xarUNME7NgJ:hastane.ege.edu.tr/duyurular/Saglik/konsultasyon%2520yonerge.doc+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>, Erişim Tarihi: 05.04.2018.

Hizmet Yönergesi⁵⁴ gibi. Hızlı, etkili konsültasyon ve meslektaş ilişkilerini en üst seviyeye çıkarmanın yolu resmi bir konsültasyon protokolüne sahip olmaktır.⁵⁵ Bu yönüyle kurumların kendi konsültasyon yönergelerinin olması teşvik edilmelidir.

Kurumların hazırlamış oldukları Konsültasyon Yönergelerinden yola çıkarak, bir konsültasyon formunda; konsültasyon isteyen birim, hasta bilgileri, isteğin tarih ve saati, isteme gerekçesi, müdavi hekimin iletişim bilgileri, konsültasyon istenen birim ve konsültasyonun acil olup olmadığı gibi bilgilerin bulunmasının gerektiği söylenilebilir. Karışıklığa sebebiyet verilmemesi için konsültasyon formunda hastane yönetimi tarafından kabul görmüş ve ilan edilmiş kısaltmalar dışında kısaltma kullanılmaması amaca daha uygun düşmektedir.

Konsültasyon gerekçesi açık ve net olmalı ayrıca hastanın hastalığı ile ilgili kısa bilgilendirmeyi ve konsültan hekimden hangi konuda görüş ve öneri istendiğine ilişkin bilgiyi de içermelidir.⁵⁶ Yine yönergelerde de belirtildiği gibi, gerekçenin açık ve net olarak yazılması konsültan hekimin konsültasyona bilgi ve malzeme bakımından (pansuman seti, biyopsi seti vb.) donanımlı gitmesine imkân sağlayacaktır. Yeterli bilginin verilmemesi nedeniyle konsültan hekimin hazırlıklı olarak hastanın başına gidememesinden doğan sorumluluk, konsültasyonu isteyen hekime ait olacaktır.

Sorumlu hekim birden fazla olan konsültasyon istemi için ayrı ayrı konsültasyon formu kullanılmalıdır. Bir forma iki ayrı uzmanlık dalı için konsültasyon istemi yapılmamalıdır.⁵⁷

Konsültasyon konsey şeklinde planlanmış ise katılacak olan hekimlerin kimler olduğu belirtilmeli, hastayla ilgili bir bilgilendirme

⁵⁴ Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Konsültasyon Hizmetleri İç Hizmet Yönergesi, http://anh.gov.tr/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1242&Itemid=414, Erişim Tarihi: 05.04.2018.

⁵⁵ The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 3.

⁵⁶ Steven Freer/Mary Nettleman, Medical Consultation, s. 1 (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.602.6924&rep=rep1&type=pdf>, Erişim Tarihi: 03.04.2018). Konsültasyonun neden talep edildiğinin kesin olarak belirlenmesi konsültan hekim için büyük önem taşır. Zira müdavi hekimin konsültasyon talebindeki ifade tarzı konsültan hekimin cevabını etkileyebilir. Cohn, s. 2.

⁵⁷ Sakarya Üniversitesi Eğitim ve Araştırma Hastanesi Konsültasyon Hizmetleri Yönergesi, m. 5.1.4, <http://www.sakaryaeah.saglik.gov.tr/TR,84097/konsultasyon-hizmetleri-yonergesi.html>, Erişim Tarihi: 05.04.2018.

föyü hazırlanmalı ve bu toplantıya katılacak hekimlere yeterince bir süre öncesinde dağıtılmalıdır. Bu föyde hastanın anamnezi, muayene bulguları, yapılan tetkikler ve sonuçları, uygulanmakta olan tedavi ve elde edilen sonuçlar, hastalığın seyri ve tartışılacak konular eklenmelidir.⁵⁸

C) Konsültasyon Usulü

TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 19/g hükmü gereğince, konsültan hekim, konsültasyon davetine uymak zorundadır. Konsültasyon talebini reddedemez. Konsültasyon talebi⁵⁹, yazılı şekilde iletilebileceği gibi, telefonla, hastane otomasyonu üzerinden veya SMS mesajı yoluyla da iletilebilir. Talebin nasıl iletildiğine bakılmaksızın konsültan hekim, konsültasyonun acil veya acil olmadığına karar vermemelidir. Konsültasyonla ilgili en önemli kavramlardan birisi de zamanında cevaptır. Konsültasyonun, acil durumlarda hemen yerine getirilmesi gerekir. Hastanede yatan diğer hastaların konsültasyonları ise genellikle aynı gün cevaplandırılmalıdır. Ancak her durumda konsültasyon 24 saat içinde gerçekleştirilmiş olmalıdır, başka bir ifadeyle aynı gün hizmet standart olmalıdır.⁶⁰

Ayaktan konsültasyonlarda hasta, doğrudan konsültan hekime gönderilebilir. Yatan hastalarda ise müdavi hekimin, konsültan hekimini karşılayıp/karşılatıp, hastasını bizzat sunması ve birlikte karşılıklı

⁵⁸ Özlü, Sempozyum, s. 67-68.

⁵⁹ Verimli bir şekilde konsültasyonun gerçekleştirilebilmesi için doktrinde on emir ismiyle bir açıklama yapılmıştır. Buna göre on emir; 1) sorunu belirle 2) aciliyeti ortaya koy 3) kendin muayene et/değerlendir 4) mümkün olduğu kadar kısa 5) amacı ifade edecek kadar öz ve özel/spesifik önerilerde bulun 6) acil durum planları oluştur 7) hastanın müdavi hekiminin bilgilerini güncelle ve onun rolüne destek ol 8) nazikçe öğret 9) etkili konuş (doğrudan talepte bulunan hekimle görüşüp tavsiyelerde bulun) ve 10) takip et şeklindedir. Lee Goldman/Thomas Lee/Peter Rudd, Ten Commandments for Effective Consultations, Arch Intern Med Y. 1983; C. 143, s. 1753 - 1755. Doktrinde sözkonusu on emir eleştirilmiştir. 2006 yılının konsültasyon ortamının, 1983'te Goldman ve meslektaşlarının tanımladığı ortandan farklı kılan çeşitli eğilimlerin bulunduğu, farmakolojide, mevcut laboratuvar testlerinde ve cerrahi teknolojide bir artış olduğu, bunların da tıbbi karar verme sürecini büyük ölçüde karmaşıktırdığı ifade edilmiştir. Bkz. Stephen M. Salerno/Frank P. Hurst/Stephanie Halvorson, Principles of Effective Consultation: an update for the 21st-century consultant, Arch Intern Med., Y. 2007, C. 167, s. 273.

⁶⁰ Cohn, s. 4; Freer/Nettleman, s. 2; Özlü, Sempozyum, s. 68.

tartışarak görüş teatisinde bulunmaları konsültasyonun amacına daha uygundur.⁶¹ Ancak özellikle yoğun kliniklerde her hasta için bu prosedürün uygulanmasının pek mümkün olmadığı da açıktır.⁶² Buna karşılık *müddavi hekimin*, en azından hastayla ilgili tüm bilgileri gizlemeden konsültan hekimle paylaşması ve onun sorularını doğru bir şekilde cevaplandırması gerekir.

Müddavi hekimle konsültan hekim arasında buluşma ve görüşmenin nasıl olması gerektiği *Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde* açıklanmıştır. Buna göre, konsültasyonlarda hekimler arasındaki görüşme ve danışmalar, hastanın durumu ve hastalığın seyri hakkındaki her türlü ihtimal değerlendirileceğinden, hasta ile yakınlarının duyup anlayamayacakları şekilde yapılmalıdır (m. 25/I).⁶³ Böylece müddavi hekim ile konsültan hekim arasındaki mesleki görüşmeden, hasta ve yakınları ile refakatçılarının olumsuz etkilenmesi önlenmiş olur.

Konsültasyon görüşmeleri hekimlik mesleğinin gerektirdiği ciddiyet içerisinde yürütülmelidir (TDN m. 25/II). Görüşmeler, müddavi hekimin konsültasyon ihtiyacına sebep olan sorunun çözümüne yönelik ciddi bir müzakere ve bilimsel danışma şeklinde gerçekleştirilmelidir.

Nizamnamenin 25/III'inci maddesinde "*Konsültasyona iştirak eden tabip, bir meslektaşı himaye maksadı ile veya başka bir hissi sebeple, lüzumsuz medihlerden kaçınarak, kanaatini açıkça söylemesi lazımdır.*" açıklamasına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, konsültan hekim müddavi hekimini koruma veya gereksiz övgü gibi duygusal kaygılardan uzak, dürüstlük ve açıklıkla hasta ile ilgili kanaat ve önerilerini söylemelidir.⁶⁴ Zira konsültasyonun amacı, hastanın tanısı, tedavisi veya bakımına yönelik farklı bir uzmanın görüşünün alınmasıdır.

⁶¹ Yapılan bir araştırmada Boston'daki tıbbi konsültasyon taleplerinde müddavi hekim ile konsültan hekimin %15'inde konsültasyonun talep edildiği nedenlerden tamamen farklı izlenim edildiği tespit edilmiştir. Başka bir çalışmada ise ameliyat öncesi diyabetik konsültasyonlar arasında vakaların %24'ünde özel bir soru sorulmadığı ve konsültan hekimlerin vakaların %12'sinde sorulan soruyu göz ardı ettiği tespit edilmiştir. Bu sorunların çözümü ile eksik ya da yanlış anlamaları, iletişimde ortaya çıkabilecek sorunları önlemek için müddavi hekim hastasını konsültan hekime kendisi sunmalıdır. Goldman/Lee/Rudd, s. 1753.

⁶² Özlü, Sempozyum, s. 68.

⁶³ Deryal, s. 97.

⁶⁴ Deryal, s. 97; Özlü, Sempozyum, s. 68.

Konsültan hekim kendi uzmanlık alanıyla ilgili tavsiyelerde bulunmalı, uzmanlık alanı dışına çıkmamalıdır.⁶⁵ Konsültan hekimin uyarı ve tavsiyeleri bilgilendirici fakat kısa ve öz olmalıdır⁶⁶; aynı zamanda müdavi hekim tarafından sorulan soruya özel olmalıdır.⁶⁷ Konsültan hekimin tavsiyelerinin çok önemli veya tartışmalı olduğu durumlarda, müdavi hekimle doğrudan iletişim kurulması daha iyi olacaktır.⁶⁸

Konsültasyonun yapılması durumunda, TDN'ye (m. 26/I) ve TTB Hekimlik Meslek Etiği Kurallarına (m.19) göre, konsültasyonun gerekçesi ve sonuçlarının açık ve anlaşılır biçimde bir tutanak altına alınması ve bu tutanağın hem müdavi hekim hem de konsültan hekim tarafından müştereken imzalanmasının gerektiği belirtilmiştir.⁶⁹

Konsültasyon tutanağı genel bir risk değerlendirmesini, hastanın ameliyat için durumunu, ameliyat (öncesi, sırası, sonrası) dönemi ile ilgili hastanın ilaç tedavisine yönelik önerilerini içermelidir. Bununla birlikte konsültasyon tutanağında, konsültasyon sebebi, ilişkili olan medikal problemler, hastalık geçmişi, fiziki muayene, laboratuvar ve test sonuçları aktarılmalıdır. Tutanakta anlaşılır bir dil kullanılmalı ve öneriler öncelik sırasına göre sıralanmalıdır. Bulgulardan varılan tanı/tanımlar net olarak belirtilmelidir.⁷⁰ Konsültan hekim önerilerinin beşten fazla olması uygun görülmemekte, öneri sayısı arttıkça buna uyma oranının azaldığı ifade edilmektedir.⁷¹

⁶⁵ Goldman/Lee/Rudd, s. 1754.

⁶⁶ Aksi takdirde, önemli noktalar, daha az önemli olan düşünceler arasında kaybedilebilir. Ancak her iki durumda da tanı ve ayırıcı tanı genellikle bir liste halinde olmak üzere ihtimal sırasına göre açık bir şekilde ifade edilmelidir. Goldman/Lee/Rudd, s. 1754

⁶⁷ Goldman/Lee/Rudd, s. 1754; Cohn, s. 3; The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 4.

⁶⁸ Goldman/Lee/Rudd, s. 1755.

⁶⁹ "Konsültan hekim, kendisine danışılan hususlarda görüş ve kanaatlerini yazılı olarak açıklar, konsültasyon istek formunda kendisine ayrılan yere hastayı gördüğü tarihi (acil durumlarda saati), yeri belirtir. Hastanın değerlendirilmesi sonrasında tespit ettiği bulguları ve bunlara dayanarak vardığı sonuçları ve gerek tanıyla ve gerekse tedaviyle ilgili önerilerini sıralar." Özlü, Sempozyum, s. 68.

⁷⁰ Cohn, s. 4; Freer/Nettleman, s. 2; The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 4. Konsültan hekim, orijinal talepten farklı olarak önemli konular bulursa, bu konular konsültasyon tutanağına dahil edilmeden önce doğrudan müdavi hekimle görüşülmelidir (Freer/Nettleman, s. 2.).

⁷¹ Birçok araştırmacı, uzun bir öneri listesi hazırlamanın, önemli olanları da dahil olmak üzere, bunlardan herhangi birinin takip edilme olasılığını azalttığını iddia etmişlerdir (Goldman/Lee/Rudd, s. 1754). Bu konu ile ilgili yapılan başka

Konsültan hekim, yapılan tedaviyi uygun görmediği takdirde, tedaviye doğrudan müdahale etmeden, kanaatini konsültasyon tutanağına yazması gerekir (TDN m. 27).

Konsültasyon tutanağının, iki nüsha olarak düzenlenmesi amaca daha uygundur. Zira bir nüshanın müdavi hekim tarafından hastanın dosyasına konulması, diğer nüshanın ise konsültan hekim tarafından kendi arşivinde saklanması⁷², ileriki tarihlerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda/açılacak davalarda ispat aracı olarak kullanılabilmesi bakımından önemlidir. Doktrinde de ifade edildiği üzere⁷³, uygulamada bu işlemler genel olarak bilgisayarlı otomasyon sistemleri üzerinden dijital ortamda yapılmaktadır. Dijital bu sistemler üzerindeki işlemler ancak şifre veya dijital imzalar⁷⁴ ile yapılabildiği göz önünde bulundurulduğunda, dijital ortamda yapılan bu işlemlerin yazılı olarak yapılmış olduğu kabul edilebilir.⁷⁵ Elektronik ortamda yapılan işlemlerde hasta gizliliğine (sır saklama yükümlülüğüne) dikkat edilmelidir.⁷⁶

bir açıklamada, bir konsültasyon etkinliğinin konsültan hekimin önerileri ile bağlantısının araştırıldığı ve önceki bir çalışma ile uyumlu olduğu belirtilmiştir. Bu çalışmaya göre daha az öneri yapıldığında ve ağır hastalar için yapılan önerilere uyumun daha fazla olduğu görülmüştür. Yine bu çalışmada konsültan hekimlere beş veya daha az öneride bulunulması talimatı verilmiştir. Talimat verilmeden önce hasta başına ortalama 6.2 öneride bulunulmuşken, talimattan sonra ise hasta başına ortalama 3.8 tavsiyede bulunulmuştur. Bkz. W. Perry Ballard/Jeffrey P. Gold/Mary E. Charlson, Compliance with the recommendations of medical consultants, *Journal of General Internal Medicine*, Y. 1986, C. 1, S. 4, s. 220.

⁷² Freer/Nettleman, s. 2.

⁷³ Doğramacı, s. 85.

⁷⁴ Dijital imza ve hukuki niteliği konusunda geniş bilgi için bkz. Leyla Keser Berber, "İmzalıyorum O Halde Varım" Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, *TBB D*, Y. 2000, S. 2, s. 503 vd.; Zariye Şenocak, Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması, *AÜHFD*, Y. 2001, C. 50, S. 2, s. 97 vd.; Gürsel Orer, Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 2011; Mine Erturgut, Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-Belge ve E-İmza, *Bankacılık Dergisi*, Y. 2003, S. 48, s. 66 vd.; Şeref Sağıroğlu/Mustafa Alkan, Her Yönüyle Elektronik İmza, Ankara 2005; Derya Belgin, Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri (HUMK m. 295/A), *Hukuk Gündemi Dergisi*, Y. 2009, S. 2, s. 37 vd.; Yakup Korkmaz, E-İmza, E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2017, s. 305 vd.

⁷⁵ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (RG., T. 23.01.2004, S. 25355) m. 5 "Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur." hükmünü içerirken, TBK. m. 14 "...güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer" düzenlemesine yer vermiştir.

⁷⁶ The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 3.

Konsültasyon sonucu, müdavi hekim tarafından hastaya bildirilir (TDN m. 26/II).⁷⁷ Konsültasyon sonucu bildirilirken, hastanın veya yakınlarının maneviyatını bozacak veya kendilerini tereddüt ve şüpheye düşürecek belirsiz, açık olmayan ve imalı sözler kullanılmamalıdır.⁷⁸

Konsültasyon sonucunu öğrenen hasta veya hasta yakını, konsültan hekimin müdavi hekimden farklı düşündüğünü görüp, konsültan hekimin görüşünü tercih edebilir. Bu durumda müdavi hekim iki farklı şekilde davranabilir; ya konsültan hekimin görüşünü uygulayabilir veya bu görüşü kabul etmeyerek kendi görüşünde ısrar edebilir.

Müdavi hekimin kendi görüşünde ısrar etmesi durumunda, hastayı bırakma hakkı doğar (TDN m. 28).⁷⁹ Müdavi hekimin bu sebeple hastayı bıraktığı anda, konsültan hekim müdavi hekime dönüşür. Bu durumda hastanın seçimi ile önceki müdavi hekimin tedaviyi bırakması sağlanmış olur. Söz konusu durum gerçekleştiğinde, yeni müdavi hekim (eski konsültan hekim) ihtiyaç duyarsa bir başka konsültan hekime başvurabilir.⁸⁰

Konsültan hekim, hastanın ısrarlı talebi olmadıkça hastayı tedavi edemez. Bu kural, hekimlerin, meslektaşlarının hastalarını elde etmeğe yönelik hareket ve teşebbüslerde bulunamayacaklarına ilişkin TDN m. 39'a uygundur.⁸¹ Yine konsültan hekimin, konsültasyonu icap ettirmiş olan hastalığın devamı süresince, müdavi hekimin onayı olmadan, hastanın yanına aynı hastalık için mesleki bir amaçla sonradan girmesi yasaklanmaktadır (TDN m. 29/II).

⁷⁷ TDN'nde konsültasyon sonucunun en yaşlı hekim tarafından bildirileceği düzenlenmişse de günümüzde bunu müdavi hekim şeklinde anlamak düzenlemenin amacına daha uygun olacaktır. Bkz. Deryal, s. 98; The American College of Obstetricians and Gynecologists, s. 4.

⁷⁸ TDN, m. 26/II'de "Konsültasyon neticesi, ayrıca, en yaşlı tabip veya dış tabibi tarafından hastaya bildirilir. Netice bildirilirken, hastanın veya yakınlarının maneviyatını bozacak veya kendilerini tereddüt ve şüpheye düşürecek müphem ve imalı sözler sarfedilmesi caiz değildir." hükmü düzenlenmiştir.

⁷⁹ YTKİY m. 65/II,III "Müdavi tabibin konsültasyona muhalefeti halinde, gereğine baştabip karar verir. Yapılan konsültasyonun neticesi müşahade kâğıdına etraflıca yazılarak altı muayene eden tabipler tarafından imza edilir. Kurumun görevli tabibi, konsültasyon kararı çoğunluk ile de olsa, kendi özel görüş ve fenni kanaatine aykırı tedavi ve ameliyata zorlanamaz. Bu takdirde tedavi ve müdahale hasta veya sahibinin muvafakati ile konsültasyona katılan uzman tabip tarafından yapılır."

⁸⁰ Ünver, s. 104.

⁸¹ Deryal, s. 98.

D) Konsültan Hekim Görüşünün Hukuki Niteliği

Konsültasyon talebi yukarıda da açıklandığı üzere kural olarak zorunlu olmayıp, isteğe bağlı bir durumdur. Hasta veya hasta yakınının talepte bulunması ve müdavi hekimin uygun bulması yahut *müdavi hekimin* doğrudan ihtiyaç görmesi ile konsültan hekime başvurulabilir.

Bazı istisnai hallerde konsültan hekime başvurmak zorunludur. Örneğin TDN m. 22’de “Ananın hayatını kurtarmak için yegâne çare teşkil ettiği takdirde, avortman⁸² yapılması caizdir. Ciddi bir tehlikede bulunan ananın hayatı, cerrahi müdahaleyi veya gebeliğe son verebilecek bir tedaviyi zaruri kılıyorsa, hastalığın taallük ettiği tıp şubesinde mütehassıs iki tabibin ve bu iki mütehassıs temin edilemediği takdirde iki tabibin objektif ve kati delillere dayanan raporları alınmadıkça bu müdahale veya tedavi yapılamaz.” Madde devamında, ağır ve acil durumlarda ise, bu hekimlere başvuru zorunluluğu olmadığı, hekimin kendiliğinden hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yine TDN m. 24’deki “Hasta, konsültasyon yapılmasını arzu ederse, müdavi tabip veya dış tabibi bu talebi kabul eder.” düzenlemesi de bir zorunluluk olarak anlaşılabilir.

Konsültasyona başvuru ister isteğe bağlı isterse de zorunlu olsun, konsültan hekimin görüşü müdavi hekim için bağlayıcı değildir. Müdavi hekim, konsültan hekimin uzmanlık bilgisine ihtiyaç duysa dahi onun açıklayacağı görüşüne rağmen gerekçesini göstererek ve sorumluluğu da üstlenerek aksine bir uygulamaya gidebilir.⁸³

Yukarıdaki açıklamalara bakıldığında konsültasyon işleminin bilirkişilik kurumuna benzediği söylenilebilir.⁸⁴ Dolayısıyla konsültan hekimin raporu da bilirkişi raporu niteliğindedir. TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları “Danışım (Konsültasyon) ve Ekip Çalışması” başlıklı 19’uncu maddesinde de konsültan hekimin yaptığı işin bir danışmanlık işi olduğu belirtilmiştir.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun⁸⁵ 2/b maddesinde bilirkişi “Çö-

⁸² Avortman, “Gebeliğin, fetus rahim dışında yaşama yeteneği kazanmadan önce kendiliğinden sona ermesi ya da tıbbi sebepler veya istek sonucu sona erdirilmesi; özellikle embriyo veya fetus’un 20. gebelik haftasından önce uterus’tan dışarı atılması; çocuk düşürme, düşük yapma” (<https://saglik.sozlugu.org/abortion/>, Erişim Tarihi:28.03.2018).

⁸³ Deryal, s. 98; Ünver, s. 103.

⁸⁴ Deryal, s. 98; Ünver, s. 102.

⁸⁵ 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 03.11.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 24.11.2016

zümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisini... ifade eder.” Konsültan hekim de kendi uzmanlık alanı ile ilgili görüşünü yazılı olarak açıklamak üzere başvurulmuş uzman bir hekimdir. Bu açıdan konsültan hekimin yaptığı iş, bilirkişinin yapmış olduğu işe benzemektedir. Başka bir ifadeyle konsültan hekim, aynen bilirkişi gibi *müdavi hekimin seçtiği bir yardımcıdır. Temel görevi, müdavi hekime yardım etmektir.*⁸⁶

Bilirkişi Yönetmeliğinde (m. 11)⁸⁷, bilirkişinin kendisine verilen görevi kabulle yükümlü olduğu, haklı bir gerekçesi olmadan görevi kabulden kaçınmayacağı ifade edilmiştir. Ancak bilirkişi, görevlendirildiği konuda uzmanlık bilgisi ve tecrübesinin yeterli olmadığını, konunun kendi uzmanlık alanına girmediğini, varsa görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeretini, görevlendirmeyi yapan mercie bildirmekle yükümlüdür. Aynı şekilde, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 19/g hükmü gereğince, konsültan hekim konsültasyon davetine uymak zorundadır, talebi reddedemez. Ancak konsültan hekim de haklı bir gerekçesi olması halinde (konunun kendi uzmanlık alanına girmemesi gibi) pekâlâ reddedebilir.

E) Konsültasyondan Doğabilecek Hukuki Sorunlar

Türk hukuk sisteminde tıbbi faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin birçok kanun ve ikincil mevzuat bulunmakla birlikte, hekimin ve sağlık kurumlarının sorumluluğu özel olarak düzenlenmemiş, konu genel hükümlere bırakılmıştır.⁸⁸ Tıbbi uygulamalardan bir zararın ortaya çıkmasına sebep olan davranış, borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil olabileceği gibi, aynı zamanda ceza hukuku anlamında bir suç da teşkil edebilir.⁸⁹ Bu durumda sorumluluk, her bir somut olayın ken-

tarih ve 29898 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸⁶ Ünver, s. 102; Doğramacı, s. 86.

⁸⁷ Bilirkişilik Yönetmeliği, 03.08.2017 tarih ve 30143 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸⁸ Hasan Petek, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2013, s. 83; Ünver, s. 112.

⁸⁹ Örneğin, bir hekimin hastaya yapılacak tıbbi müdahale için onu aydınlatmaması ve rızasını almaması (TCK m. 26), kasten öldürme (TCK m. 81), kasten yaralama (TCK m. 86), insanlar üzerinde deney yapması (TCK m. 90), organ ve doku ticareti yapması (TCK m. 91), kanuna aykırı olarak çocuk düşürme (TCK m. 99), rıza

dine özgü şartları içerisinde değerlendirilmelidir. Ceza hukuku ile borçlar hukukuna ait sorumluluk ilkeleri ve yaklaşım biçiminin farklı olması sebebiyle çalışmamızı özel hukuk sorumluluğu ile sınırlandırmayı uygun buluyoruz.

Konsültasyondan doğabilecek hukuki sorunlar şunlardır;

1) Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartlarının Bulunmaması

Müdavi hekim veya konsültan hekimin yapacağı işlem tıbbi müdahale olduğundan, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için aranan şartların bulunması gerekir. Bir tıbbi müdahalenin⁹⁰ hukuka uygun olabilmesinin ön şartı, müdahalenin sağlık personeli tarafından, özellikle de hekim tarafından yapılmış olmasıdır.⁹¹ Nitekim 1219 sayılı Kanun'un birinci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde hekimlik yapabilmek ve hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmanın şart olduğu hüküm altına alınmıştır.

İntörn hekimler, tıp fakültelerinin altıncı sınıf öğrencileri olup, henüz diploma almadıkları için hekim sayılmazlar.⁹² Bunlar, ancak ilgili hekimin gözetimi altında eğitim amacıyla tıbbi müdahalelerde bulunabilirler. Bu durumda hekim adayı konumundaki intörn hekimlerin özel hukuk bakımından sorumlulukları, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa göre belirlenir.⁹³

olmaksızın kısırlaştırma veya rıza olmasına rağmen yetkili olmayan tarafından kısırlaştırma (TCK m. 100), görevi kötüye kullanması (TCK m. 257) gibi durumlar hekimin suç oluşturan haksız fiil davranışlarıdır.

⁹⁰ Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder. Bu faaliyetler, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden, en ileri düzeydeki cerrahi müdahalelere (ameliyatlara) kadar uzanır.

⁹¹ Herhangi bir eğitimi olmayan veya aldığı eğitim dışında müdahalede bulunan kişilerin fiilleri hukuka aykırıdır. Bu kapsamda, ebe olmadığı halde köyde doğum yaptıran kişilerin veya enjeksiyon yapan eczacıların, hukuka aykırı tıbbi müdahalede bulunduğu kabul edilir. Petek, s. 60.

⁹² Türk Hukukunda intörn (intern) hekimlikle ilgili genel bir yasal düzenleme mevcut değildir. Uygulamada üniversiteler ayrı ayrı çıkardıkları yönergelerle düzenleme yapmaktadırlar. Örneğin İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, İnternlik Dönemi Yönergesi gibi (http://www.ctf.edu.tr/egitim_ogretim/ders/CTF_internlik_donemi_yonergesi.pdf, Erişim Tarihi: 25.04.2018).

⁹³ İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, İnternlik Dönemi Yönergesi m.

Asistan hekimler (uzmanlık öğrencisi), henüz uzman hekim olmadıklarından ancak eğitimcilerinin gözetim ve denetiminde sağlık hizmeti sunumunda görev alabilirler.⁹⁴ Hemen belirtilmelidir ki, asistan hekimler aynı zamanda pratisyen hekim statüsündedir. Başka bir ifade ile uzmanlık öğrencileri hekimdirler. Bu sebeple pratisyen hekimin yapabileceği işlemleri kendi başlarına yapabilirler.⁹⁵ Pratisyen hekimler kural olarak müdavi hekim olabilirler. Ancak uzmanlık öğrencileri henüz uzmanlık eğitimine devam ettikleri için, uzman hekim sıfatıyla müdavi hekim veya konsültan hekim olamazlar. Çünkü asistan hekimler, uzman hocalarının nezaretinde eğitim amaçlı veya onları asis-

6/a "İntern" görevli olduğu servisteki hastanın, hastaneye başvurusundan çıkışına kadar tüm muayene, tedavi, klinik uygulama, bakım ve yönetimine sorumlu asistan, uzman doktor veya öğretim üyesi eşliğinde ve denetiminde bizzat katılır. Bu nedenle hastanın poliklinik kartı ve dosyasının düzenlenmesi, anamnezi, fizik muayenesi, hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınması, istenilen tetkiklerin takibi ve sonuçlarının hasta dosyasına/otomasyon programına kaydedilmesi, hastalığın seyir bilgilerinin dosyaya konması, hastanın alması gereken ilaçların hasta tabelasına yazılması, taburcu işlemlerinin yapılmasına sorumlu asistan, uzman doktor veya öğretim üyesi eşliğinde ve denetiminde katılır. Bu görevlerin tam olarak yürütülmesi, ilgili öğretim üyesinin sorumluluğundadır." Adıyaman Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği m. 33/6 "Öğrenci mezuniyet öncesinde öğretim üyesi denetiminde intörn doktor olarak çalışır. Çalıştığı kliniğin tüm kurallarına uymakla yükümlüdür. İlgili öğretim üyesinin sorumluluğunda daha önceki eğitim dönemlerinde edindiği bilgi ve beceriyi uygulama fırsatı bulur. Çalıştığı her birimde rutin poliklinik uygulamasına aktif olarak katılır. Yataklı birimlerde kendisinin sorumluluğunda olan hastaları izler ve sorunları ile yakından ilgilenir, nöbet tutar, gözetim altında tıbbi girişimlerde bulunabilir."

⁹⁴ Uzmanlık öğrencilerinin eğitimleri ve uzmanlık belgelerini almalarıyla ilgili usul ve esaslar Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği (Resmi Gazete, T. 26.04.2014, S. 28983) ile düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğe göre "uzmanlık öğrencisi", kurumlarındaki kadro ve pozisyonları ne olursa olsun bu Yönetmelik hükümlerine göre uzman eğitimi gören kişilerdir (m. 3/ş). Ancak eğitimcilerin gözetim ve denetiminde sağlık hizmeti sunumunda görev alabilirler (m. 11/7).

⁹⁵ Yarg. 12. CD, T. 04.07.2017, E. 2015/16291, K. 2017/5821 "Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı başkanı ve üyesinden oluşan bilirkişilerce hazırlanan raporda özetle «Net olarak anlaşılacağı gibi bir Eğitim ve Araştırma Hastanesinde uzmanlık eğitimi gören bir hekimin (asistanın) herhangi bir hastayı tek başına üstlenebilme yetki ve sorumluluğu yoktur... söz konusu hekimin "asistan" sıfatı ile "pratisyen hekim" kadar olan "bireysel" hata ve sorumluluğundan söz etmek de mümkün değildir... sanığın asistan olması sebebiyle aynı bölümde görev yapan uzman doktor veya klinik şefine danışmadan hastanın ambulanssız bir şekilde sevk edilmesi... sanık tarafından yapılan tıbbi işlem ve müdahalelerin yerinde olup olmadığı, meydana gelen ölümle arasında illiyet bağınnın mevcut olup olmadığı... sanığın hukuki durumunun tayini ve tespiti gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...bozulmasına" (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

te etmek anlamında çalışabilir iseler de kural olarak tüm sorumluluk müdavi/konsültan hekim olan eğitici hocalarının üzerindedir.⁹⁶ Ancak asistan hekimler müdavi veya konsültan hekim olarak görev yaptıklarında üstlenme yasağını ihlal etmiş olurlar. Üstlenim kusuru sadece kusur düzeyinde önem taşımaz, aynı zamanda sözleşmenin ihlali düzeyinde özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Bu durumda da asistan hekimlerin özel hukuk bakımından sorumlulukları, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa göre belirlenir.

Müdavi hekim konsültan hekimi seçerken dikkatli olmalı, yetersiz ve ilgisiz bir hekime konsültasyon için başvurulmamalıdır. Aksi halde hem konsültasyon talep eden müdavi hekimin hem de bu talebi kabul eden konsültan hekimin sorumluluğu söz konusu olur. Zira konsültan hekimin, danışılan hastalık, tedavi veya tıbbi girişim vb. konularda bilimsel ve teknik bilgiyle donanmış, deneyim sahibi olması gerekir (TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 19/c). Konsültasyon bağlamında konsültan hekimin uzman hekim olması gerekir. Konsültasyon talep eden müdavi hekim için uzman olma şartı yoktur.

Konsültasyonda hem müdavi hekim hem de konsültan hekimin yapacağı müdahalenin hukuka uygun olması için aranan diğer bir şart, tıp biliminin verilerine göre bu müdahalenin zorunlu olması gerekir. Bu zorunluluğa, tıbbi endikasyon şartı adı verilmektedir.⁹⁷ Tıbbi endikas-

⁹⁶ Yıldız Ertuğ Ünder, Asistan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2012, s. 37 vd.; Ünver, s. 112. Yarg. 12. CD, T. 12.04.2017, E. 2016/12670, K. 2017/3105 "Uzmanlık öğrencilerinin ancak uzman gözetiminde işlem yapabileceklerinin Tıpta Uzmanlık Yönetmeliğinin gereği olduğu cihetle; doğumu gerçekleştiren ve daha sonra uygun resusitasyon yapmayan Asistan Dr. ... ve Dr. ... ile (hasta başında bulunmayan) sorumlu uzman ...'in eylemlerinin tıp kurallarına aykırı olduğu..."

⁹⁷ Endikasyondan anlaşılması gereken, tıbbi müdahaleyi gerekli kılan bir durumun olmasıdır. Anayasa m. 17/II'de "tıbbi zorunluluklar" terimi ile tıbbi endikasyon şartına işaret edilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 99/II'nci maddesinde de ifade edildiği üzere "Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" düzenlemesindeki "tıbbi zorunluluk" kavramı da tıbbi endikasyona işaret etmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13/III, "Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz." Yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı" başlıklı 12'nci maddesinde, "Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azal-

yon olmaksızın bir ameliyat yapmış olması halinde hekim hem haksız fiil dolayısıyla hem de sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumlu olur.

Hukuka uygun bir tıbbi uygulamanın gerçekleşebilmesi için aynı zamanda hastanın rızası da alınmış⁹⁸ olmalıdır.⁹⁹ Rıza alınırken hastanın veya yasal temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.¹⁰⁰ Aksi halde verilen rıza geçerli olmaz.¹⁰¹

tabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez." düzenlemesine yer verilmiştir.

⁹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/1 "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz."

⁹⁹ Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Mevzuatça öngörülen istisnalardan birisi; 1219 sayılı Kanun'da büyük cerrahi müdahaleler için yazılı izin alınması gerektiği düzenlenmiştir (m. 70). Yine Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da da yazılı iznin gerekli olduğu belirtilmiştir (m.6). Tıbbi araştırmalarda da rıza yazılı şekil şartına tabidir (HHY. m. 34). Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz (HHY. m. 28).

¹⁰⁰ Yarg. 13. HD, T. 10.03.2016, E. 2015/30631, K. 2016/7474 "Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da ...aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır." Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir." (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

¹⁰¹ "Tedavi edecek hekimin hastayı bizzat aydınlatması ve rızasını aldıktan sonra tedaviyi gerçekleştirilmesi gerekmele birlikte, aydınlatma görevinin konunun uzmanı diğer bir hekime bırakılması kabul edilmektedir. Böyle durumda tedaviyi yapacak olan hekim, görevi üstlenen hekimin kurallara uygun bir biçimde aydınlatma görevini yerine getirerek hastanın rızasını aldığına güvenerik hareket edebilecek ve bu güveni korunacaktır. Aydınlatma görevini üstlenen hekim, bu görevi hiç yerine getirmemiş veya olması gerektiği gibi yerine getirmemiş olabilir. Bu durumda, tedavi eden hekim esas olarak aydınlatılmış bir rızanın varlığı konusunda hataya düşmektedir ve eğer bu hatası kaçınılmaz ise, bundan yararlanacak ve gerçekte rıza bulunmasa veya geçersiz bir rıza bulunsa dahi bu durumdan dolayı cezalandırılmayacaktır (TCK m 30/3). Bununla birlikte, hekimin aydınlatma görevini, hekim dışındaki bir kimseye bırakması kabul edilmemekte ve hekim olmayan bir kimse tarafından gerçekleştirilen aydınlatmaya dayanılarak alınmış bir rızaya güven korunmamaktadır." Yıldız, s. 276.

Hastanın kendisine tıbbi müdahaleyi yapan hekimi bilme ve seçme hakkı vardır. Hasta seçme hakkını kullanıp, buna göre bir hekimin tıbbi müdahalesi için rıza vermişken, hasta haberdar edilmeden başka bir hekim tarafından müdahale gerçekleştirilirse, bu durumda rızanın geçersizliğinden söz edilebilir.

Hukuka uygunluk şartlarından herhangi birisinin eksik olması halinde yapılan müdahale hukuka aykırı olur. Bu durumda sözleşmeye aykırılık ve/veya haksız fiil sebebiyle tazminat sorumluluğu doğar.

2) İhtiyaç Olmasına Rağmen Konsültasyona Başvurulmaması

Yukarıda açıklandığı üzere, konsültasyona hem hasta hem de müdavi hekim ihtiyaç duyabilir. Özellikle müdavi hekimin ihtiyaç duyması durumunda, esas olan, konsültasyonun talep edilmesidir. İhtiyaç olmasına rağmen konsültasyon talep etmeyip hastaya kendisi müdahale eden hekimin hukuki durumu ayrıca tartışılmaya değerdir.

Şüphesiz, pratisyen hekimin yapabileceği tıbbi müdahaleleri, uzman hekimin uzmanlık alanı dışında bile olsa yapabileceğini kabul etmek gerekir. Zaruret hali dışında uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerin pratisyen hekimlerce veya uzmanlık alanı dışındaki bir uzman hekim tarafından yapılması, müdahalenin tıbbi olmadığı anlamına gelmez. Ancak bu durum, kendi bilgi seviyesinin üstünde müdahaleye giriştiği için hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturur.¹⁰² Gerçekten de tıbbin çok hızlı gelişmesi ve hekimlerin her alanda bilgi sahibi olmasının beklenememesi karşısında, tıbbi müdahaleden kaynaklanan cezai, idari ve tazminat sorumluluğu hakkında karar verirken, uzmanlık alanı dışında müdahalede bulunan hekimlerin özen borcuna aykırı davrandıkları kabul edilir ve sorumluluklarına hükmedilebilir. Bununla birlikte TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 18'inci maddesinde de hekimin tıbbi görevlerini yerine getirirken, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi, beceri gerektiren bir girişimde bulunamayacağı belirtilmiştir. Bu açıdan hekimler, uzmanlık alanı dışındaki konularda ilgili konsültan hekime başvurmalıdır.¹⁰³

¹⁰² Mehmet Ayan, Tıbbi, Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 7; Petek, s. 60.

¹⁰³ Yarg. 12. CD, T. 03.03.2014, E. 2013/11750, K. 2014/5182 "Ölen A.. T..'un, sol kol-

Yargıtay ise bir kararında¹⁰⁴, bazı ayrıcalıklar dışında hekimlik mesleğinin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılmasının söz konusu olmadığına ve bu sebeple genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapmasının hukuka aykırı sayılamayacağına hükmetmiştir. Ancak Yargıtay, özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunan hekimin, o özel uzmanlık dalının gereği olan bilgi ile araç ve gereçlere sahip olmaması sebebiyle tıbbi müdahaleden doğan zararları tazmin edeceğine hükmetmiştir.¹⁰⁵

Bir müdavi hekimin, kendi uzmanlık alanına dahil olan bir hu-

da ağrı, sol el orta ve yüzük parmağında uyuşma şikayeti ile Devlet Hastanesi Acil Servisine başvurduğu, çekilen EKG'sinin değerlendirilemeyecek kadar parazitli olduğu, hastaya ikinci bir EKG çekildiğinin söylenmesinde rağmen ikinci bir EKG'nin dosyada mevcut olmadığı, hastanın kardiyak enzimlerinin anlamlı bir şekilde yükseldiği nedeniyle kardiyoloji konsültasyonu istenilmesi gerekirken, hasta kısa bir süre gözlem altında tutulup, taburcu edildiği, hastane çıkışı aracına binerek seyri sırasında, hastane bahçesinin duvarına çarparak durduğu, hastaneye getirildiği, öldüğünün anlaşıldığı, ... hastanın kardiyoloji konsültasyonu yapılarak yatırılması ve izlenmesinin gerektiği, bu çerçevede zamanında ve uygun tedavi yapmadığından sanık Dr.'nin kusurlu olduğunun" tespit edildiği olayda..." (<http://www.hukukmedeniyeti.org>, Erişim Tarihi: 29.03.2018); Yarg. 12. CD, T. 10.12.2015, E. 2015/2100, K. 2015/19121 "ATK 3. İhtisas Kurulu; "kişinin vital bulgularının (tansiyon nabız, hemogram) aralıklarla kontrol edilmemesi, çekilen grafiplerin yanlış olarak değerlendirilmesi ve multipl travma öyküsü olan bir kişide ortopedi ve genel cerrahi konsültasyonu istenmemesi nedeniyle Dr...'nin kusurlu..." (<http://www.hukukmedeniyeti.org>, Erişim Tarihi: 29.03.2018).

104

105

Yarg. 4. HD, T. 06.05.1991, E. 1991/5104, K. 1991/429 (Petek, s. 60).
 Benzer kararlar için bkz. Yarg. 8. CD, T. 06.05.1987, E. 1987/1586, K. 1987/4648 "Hijyen ve koruyucu hekimlik belgesi bulunan ve Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile buna ilişkin tüzük hükümlerine göre açılan kurstan sterilizasyon ve kastrasyon ameliyelerinde kurs görüp beceri kazandığı anlaşılan ve pratisyen hekim olarak serbest meslek yapan sanığın özel muayenehanesinde uzman doktor olmadığı halde rahim tahliye etmesi eyleminde yetki ve yetkisini kötüye kullanmasının söz konusu olup olmadığı vakum aspirasyon ile rahim içindeki materyali dışarı almanın 1219 sayılı Kanun'un 23. maddesinde yazılı umumi veya mevzi his iptali ile yapılan büyük ameliyelerden sayılıp sayılmadığı hususunda dosya bütünüyle gönderilerek 1219 sayılı Kanunun 75. maddesi uyarınca Yüksek Sağlık Şurası'ndan düşünce alınması gerekir" (Hakan Hakeri, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları*, *Tıp Hukuku Dergisi*, C. 3, Y. 2014, S. 6, s. 20); Yarg. 4. HD, T. 17.12.1976, E. 1976/692, K. 1976/11046, "Davada davalı çene cerrahı olarak çalıştığı hastanede ameliyat ettiği hastanın çenesine röntgen ışınları uygularken egzama yarasına benzeyen bazı aşırı cilt ve adale bozuklukları meydana getirmiş ve bu kötü uygulama sonunda hasta kadının yüzünde sabit ve ağır izler kalmıştır... Hekim mesleki bilgisinin gerektirdiği bütün gerekleri yerine getirdiğini ispat zorunluluğundadır. Esasen 3153 sayılı Kanun'un açık buyruğuna aykırı hareket ederek kendi uzmanlığı dışında başka bir uzmanlık alanında çalışmıştır... Olayda açık ve belirli bir kişisel kusur vardır." (<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=6105>, Erişim Tarihi: 10.02.2017).

susla ilgili yine kendisi gibi uzman olan bir başka hekimden konsültasyon isteyip isteyemeyeceği de tartışılmalıdır. Kanaatimizce uzman bir hekim, teknik donanım veya bilgi ya da tecrübe eksikliği sebebiyle hastasına teşhis koymakta veya tedavi etmekte yetersiz kaldığında, kendi branşından ve aynı uzmanlık derecesine sahip bir hekimden konsültasyon istemeyip, hastayı bir üst derece sağlık kuruluşuna sevk etmesi daha uygun olacaktır. Ancak iç hastalıkları uzmanı bir hekim, iç hastalıklarda örneğin geriatri gibi yan dal uzmanı bir meslektaşından konsültasyon talep edebilmelidir.

3) Gerekli Bilgilerin Verilmemesi

Müdavi hekim, hastayla ilgili tüm bilgileri gizlemeden konsültan hekimle paylaşmalıdır. Böyle yapmayıp, hasta ile ilgili bir kısım bilgilerin paylaşılmaması halinde, bilgi eksikliğinden dolayı yanlış bir teşhis veya tedavi uygulanabilir. Bu durumda karşı tarafa bildirilmesi gereken bilgiyi kasten veya ihmalen paylaşmayan *müdavi* hekim doğacak zarardan sorumlu tutulmalıdır.

Müdavi veya konsültan hekimden birisinin diğer hekimi aldatmak kastıyla yanlış bilgi vermesi halinde de o hekim doğacak zarardan sorumlu olacaktır.

Daha az rastlanabilir olmakla birlikte konsültan hekim tarafından elde edilecek bir kısım tıbbi verilerinde asıl tedaviden sorumlu *müdavi* hekime iletilmesi gerekir. *Müdavi* hekim tarafından konsültan hekimle paylaşılan hasta dosyası ve bilgilerinin de konsültasyon işlemi tamamlandıktan sonra konsültan hekim tarafından aynıyla iade edilmesi gerekir.

4) Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali

Hekim bakımından sır kavramından anlaşılması gereken, sadece belirli ve sınırlandırılabilir kişi grubu tarafından bilinen ve bunun açıklanmamasında hasta bakımından anlaşılabilir, yani gerekçelendirilebilir ve dolayısıyla korunmaya layık bir yarar bulunan durum, olgu, vakıadır.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Hakeri, Kitap, s. 566. Benzer tanım ve geniş bilgi için bkz. Yusuf Büyükkay, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, *AÜEHFD*, C. VIII, S. 1-2, Y. 2004, s. 386 vd.; Hayrunnisa Özdemir, Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, *Gazi*

Sır saklama yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesindeki sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan bir yükümlülüktür (TBK m. 506). Sır saklama borcu aynı zamanda Anayasa'nın 20/I ve Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesinin de bir neticesidir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 4'de de sır saklama yükümlülüğünden bahisle, "*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.*" düzenlemesini yapmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de aynı konu ile ilgili olarak, mahremiyete saygı gösterilmesi başlığı altında 21'inci madde düzenlenmiştir. Bunlardan başka Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin 5/1 maddesinde de, sağlık mensuplarının mesleki uygulamalar sırasında edindiği kişisel verileri ve sağlık ile ilgili özel bilgileri, ilgili mevzuat gereği rapor düzenleme ve hastanın ya da diğer kişilerin hayati tehlikesi söz konusu olduğu durumlar hariç, muhafaza edeceği ve üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gerekli tedbirleri alacağı hükmüne yer verilmiştir.

Hastanın sırlarının korunması, insan onurunun esasıdır, bu yüzden anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Hasta olup da hekime hastalığı ile ilgili bilgileri aktaran herkes, bu bilgilerin gizli kalacağı ve ilgisiz kişilere aktarılmayacağına güvenmelidir. Ancak bu şekilde hasta ile hekim arasında bir güven ilişkisi kurulabilir.

Yukarıda ifade edilen mevzuat doğrultusunda bakıldığında, hastanın üstün menfaatine uygun işlem yapılmasını öngören sadakat yükümlülüğü gereği müdavi hekim, konsültasyon talep ettiğinde, konsültan hekime hasta ile ilgili gerekli bütün bilgileri vermelidir. Müdavi hekimin sır saklama yükümlülüğü açıklanan hükümlere tabidir. Konsültan hekim için bir değerlendirme yapılması gerektiğinde, konsültan hekimin de kendisine aktarılan miktar kadar da olsa öğrenmiş olduğu bilgilerle ilgili sır saklama yükümlülüğü vardır.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. XIV, S. 1, s. 138 vd.; Zafer Zeytin, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Türkiye Klinikleri J Med Ethics, Y. 2006, S. 14, s. 77-82; Sinem Karasu, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009; Adem Yelmen, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 907 - 922.

5) Tıbbi Standartlara Aykırı Öneride Bulunulması

Konsültan hekim tıbbi standartlara aykırı öneride bulunamaz. Nitekim İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin¹⁰⁷ 4'üncü maddesinde, sağlık alanındaki herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir. TDN 13'üncü maddesi uyarınca hekimler, hastalık teşhis ve tedavisini tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapmakla yükümlüdürler. Her ne kadar konsültasyon için gelen hastalar kendi hastası olmasa da konsültan hekim, tıp biliminin standartlarına aykırı bir öneride bulunamaz. Aksi halde *müdavi hekim*, bu tür önerilere uymak zorunda değildir. *Müdavi hekim isterse bir başka hekime ikinci defa konsültan hekim olarak başvurabilir.*

Tıbbi standartlara uygun önerilerde ise, müdavi hekim haklı gerekçesini ortaya koyamadığı sürece, bu önerilere uymalıdır. Konsültan hekimin tıp biliminin gereklerine uygun önerisine uymayıp, müdavi hekim kendisi bir müdahalede bulunursa, bu müdahaleden bir zarar doğduğunda sorumlu olur. Konsültan hekimin önerisinin reddi tatmin edici bir sebebe dayandığı veya bir zarar doğmadığı hallerde malpraktisten bahsedilemez ve bir sorumluluk da söz konusu olmaz.

Konsültan hekimin tıbbi hatasından, kural olarak müdavi hekim sorumlu değildir. Meğer ki konsültan hekimin önerisi temel tıp bilimi kurallarına açık şekilde aykırı olsun. Daha açık bir ifadeyle, konsültan hekimin temel tıp bilimi kurallarına açık bir şekilde aykırı teşhis ve önerisini fark etmeyip, tıbbi müdahalesini konsültan hekimin bu önerisi üzerine bina eden müdavi hekim elbette sorumluluktan kurtulamaz.¹⁰⁸ *Müdavi hekim konsültan hekime danıştığı konuları, kendi tıbbi bilgi ve becerisi ölçüsünde değerlendirmekle yükümlüdür.*¹⁰⁹

¹⁰⁷ "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", 5013 sayılı Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun'la onaylanması uygun bulunmuş ve Resmi Gazete'nin 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁸ Ünver, s. 111; Hasan Tahsin Gökcan, Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması, *Yargıtay Dergisi*, Y. 2012, C. 38, S. 1-2, s. 41.

¹⁰⁹ Ünver, s. 111.

Konsültan hekim, müdavi hekim tarafından belirlenen tanıyı ve uygulanması düşünülen tedavi önerilerini uygun görmemesi durumunda, kanaatini konsültasyon tutanağına yazmalıdır. Bununla birlikte müdavi hekim tarafından yapılan tedaviye müdahale edemez (TDN m. 27).

6) Konsültan Hekimin Gerekli Özeni Göstermemesi

Konsültan hekim kendisine danışılan uzmanlık alanında görüş açıklarken mesleki standartlara uygun bir özen göstermesi, işini baştan savma yapmaması, konsültasyon hizmetini angarya olarak görmemesi gerekir.

Her ne kadar TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 19/b maddesinde, konsültasyon sürecinde konsültan hekimin de müdavi hekim gibi hastadan sorumlu olduğu açık şekilde belirtilmiş olsa da bu kuralı konsültasyon işleminde açık bir kusur bulunması ve müdavi hekiminde bunu fark etmeden uygulaması şeklinde anlamlandırmak zorunludur. Nitekim bir Yargıtay kararında konsültasyon görevini layıkıyla yerine getirdiği halde hastanın zamanında sevk edilmemesi nedeniyle ölümünden müdavi hekimle birlikte konsültan hekim de sorumlu tutulmuştur.¹¹⁰

¹¹⁰ Yargıtay 12. CD, T. 18.03.2016, E. 2016/1134, K. 2016/4487 sayılı kararında, özel PŞ. Hastanesinde 28.08.2006 tarihinde saat 11.00 sıralarında doğan bebekte, doğumdan 4-5 saat kadar sonra solunum sayısındaki artış ve solunum esnasında inlemeler başlaması üzerine, hastanede çocuk uzman hekimini görev yapan Dr.... tarafından Hood yöntemi ile bebeğe oksijen desteğinin verilmeye başlandığı, özel PŞ. Hastanesinde kadrolu doktor olmayıp konsültan hekim olarak zaman zaman çalışan Doç.Dr. ...'nın hastanede bizzat gördüğü ve konsülte ettiği bebeğe Hood tedavisine devam edildiği, yeterli gelmemesi üzerine CPAP yöntemi ile bebeğin hava yoluna maske ile oksijen verildiği, mesai saatinin bitmesi üzerine hastaneden Dr....'nın da ayrılması ile yoğun bakım altındaki bebeğin hastanede sadece nöbetçi pratisyen hekim ve hemşire gözetiminde bırakıldığı, Hood ve CPAP tedavileri sonucu gelişebilecek risk olan prömotoraks (yani göğüs boşluğunda hava toplanması) komplikasyonu ve bu durumda yapılması gerekli tedavi olan enjektör yardımı ile havanın boşaltılması ve sonrasında göğüs tüpü takılması operasyonu için hastanede devamlı çocuk hastalıkları uzmanı, neonatoloji uzmanı, çocuk cerrahisi uzmanı ve göğüs cerrahisi uzmanı olan uzmanlardan en az birisinin bulunmasının gerektiği, ancak bu uzman doktorlardan birisinin bulunmadığı gibi, durumu ciddi olan bebeğin bu uzman doktorların ve daha gelişmiş yoğun bakım ünitesinin bulunduğu bir hastaneye de gönderilmediği, durumu kötüleşen bebekte gelişen prömotoraks rahatsızlığının ilerlediği, telefon ile gece ulaşılan konsültan hekim ...'nın bebekte prömotoraks gelişmiş olma ihtimali nedeni ile bebeğe göğüs tüpü takılması gerektiğini söylediği, ancak 30.08.2006 ge-

Çoğunlukla konsültan hekimin uzmanlık alanı müdavi hekime nazaran daha spesifik bir konuya ilişkin olabileceğinden müdavi hekimin konsültan hekimin görüşündeki mesleki standarta aykırılığı fark etmesi söz konusu olmayabilir. Bunun dışında müdavi hekimden, aldığı eğitim ve sahip olduğu formasyon gereği bilmesini bekleyebileceğimiz bir hususta bunu fark etmeyerek konsültan hekimin hatalı görüşünü uygulamasında birlikte sorumluluktan söz edilebilecektir.¹¹¹

7) Hastayı Görmeden Görüş/Öneri Belirtilmesi

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde hekimin bir kimsenin sağlık durumu hakkında, ilmi metotları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaate ve şahsi müşahadesine göre rapor vereceği belirtilmiştir (m. 16). TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları uyarınca hekimlerin, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamayacağı ifade edilirken aynı gerçeğe dikkat çekilmiştir (m. 23).

Bu düzenlemelere göre kural olarak konsültan hekim hastayı bizzat görüp muayene etmeli ve ona göre bir tavsiyede bulunmalıdır. Ancak bazı uzmanlık alanlarında işin niteliği gereği bazen hastayı bizzat muayene etmek gerekli değildir. Örneğin tıbbi patoloji, radyoloji veya

cesi ilk saatlerinde hastanede bu operasyonu yapacak bir hekimin bulunamadığı, bunun üzerine bebeğin özel Ç. Hastanesine sevk edildiği, gece 03:45 de durumu çok kötü olarak bu hastaneye getirilen bebekte prömotoraks gelişmiş olduğunun tespit edildiği ve sağ akciğere toraks tüpünün takıldığı, bebeğin 05:55 de hayatını kaybettiği olayda; özel PŞ Hastanesinde gerekli uzman kadrosunun bulunmaması nedeniyle, prömotoraks gelişen bebekte bu komplikasyonun zamanında tespit edilemediği ve dolayısıyla buna bağlı işlemlerin yapılmadığı gibi yoğun bakım altındaki bebeğin gerekli uzman doktor kadrosuna sahip bir hastaneye gönderilerek gerekli tüm bu tedavi sürecine daha erken başlanmasının da sağlanmadığı ve böylece zamanında müdahale ile ölüm riskinin çok düşük olduğu prömotoraks nedeniyle bebeğin ölümüne sebebiyet verildiği, hastayı takip eden ve erken dönemde başka bir hastaneye sevk etmeyen doktorlar Dr. ve Doç.Dr.'nın, hayatını kaybeden bebeğin ölümü olayında sorumlu olduklarına karar verilmiştir (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

¹¹¹ Sağlık çalışanlarının görev alanını belirlerken öncelikle ilgili meslek grubunu düzenleyen mevzuata bakmak gerekir. Mevzuatta açıkça görev ve yükümlülükler düzenlenmişse bu mevzuat esas alınır. Açıkça bir düzenleme yoksa, sağlık çalışanının aldığı eğitim esas alınmalıdır. Sağlık personeli eğitimini aldığı tıbbi müdahaleleri yapabilir, eğitimini almadığı tıbbi müdahaleleri ise yapamaz. Yargıtay bir kararında yatan hastalarla ilgili ilaç takibinin kimler tarafından yapılması gerektiği belirlenmeden verilen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bkz. Hakeri, Kitap, s. 163.

tıbbi mikrobiyoloji gibi uzmanlık alanlarında hastanın bizzat görülmesi ve muayene edilmesi gerekemeyebilir.

Hastayı bizzat muayene etmesi gereken bir konsültan hekimin hastayı görmeden bir öneride bulunması durumunda, hasta bundan bir zarar görürse, konsültan hekimle birlikte müdavi hekim de bu zardan sorumlu olacaktır.¹¹²

Bundan başka, özellikle vardiya usulü çalışma veya uzmanlık sınırlaması nedeniyle başka bir hekimin sorumluluğuna bırakılması gereken hastalar, konsültasyon istenmek yerine, mutlaka sorumlu hekime devredilmeli ve durum gözlem kağıdına kaydedilmelidir.¹¹³

8) Konsültasyon Talebine Uyulmaması

Yukarıda da ifade edildiği üzere, konsültasyon talep edilen uzman hekim, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 19/g hükmü gereğince, konsültasyon davetine uymak zorundadır. Başka bir ifadeyle kendisinden konsültasyon talep edilen uzman hekim, konsültasyon talebini reddedemez. Ancak, konsültasyona konu olan talep, konsültan hekimin uzmanlık alanı dışında olması halinde veya başka haklı bir sebep bulunması durumunda reddedilebilir.

¹¹² Demirel, s. 101. Yarg. 9. CD., T. 13.02.2008, E. 2007/12553 K. 2008/780 kararında, pediatri uzmanı nöbetçi doktor nezaretinde takip edilen ve yeni doğum yapmış hastanın kan değerlerinde düşme görülür. Evinde bulunan kadın doğum uzmanına sorularak kocasından bir ünite kan alınıp hastaya verilir. Koca eşyle aynı kan grubunda olduğunu belirttiği gibi laboratuvar sonucu üzerinde de kan grubu yazılıdır. Hastanın durumu daha da kötüleşince, kadın doğum uzmanı gelir; genel cerrahi, dahiliye ve bir başka kadın doğum uzmanı ile yapılan konsültasyon sonucu üst hastaneye sevki uygun görülen hasta yolda ölür. Sonradan sarılık olan bebeğin kanının B rh+ olduğu ve anneye verilen kanın başka gruptan olduğu fark edilir. YSS raporunda, kadın doğum uzmanının hastayı görmeden kan nakli tavsiyesi; nöbetçi çocuk doktorunun da, hasta reaksiyonlarını iyi değerlendirememesi nedeniyle kusurlu bulunmuş; ATK 5. İhtisas Kurulu raporunda, kadın doğum uzmanının hastayı görmeden semptomatik tedavi gibi kan nakline karar vermesi ve postpartum kanamaların farklı ciddiyetlerde gelişebileceği ihtimali ile gelip hastayı görmemesinden dolayı; nöbetçi çocuk doktoru ise, kan verilirken preşok tanısını düşünüp kan uyumsuzluğunu gözardı etmesinden dolayı kusurlu görülür. Kadın doğum uzmanı sanığın görevi ihmal suçundan beraatına, nöbetçi doktorun ise taksirle ölüme neden olmak suçundan mahkumiyetine karar verilmiştir. Karar için bkz. Gürsel Yalvaç, Hukuksal Açıdan Tıpta Uygulama Hataları, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, s. 20 (<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/842.pdf>, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

¹¹³ Demirel, s. 101.

IV) BİRDEN FAZLA KİŞİNİN MÜDAHİL OLDUĞU TIBBİ İŞLEMLERDE KUSURUN PAYLAŞTIRILMASI SORUNU

Tıbbi tedavinin iş birliği çerçevesinde gerçekleştirilmesi, bu tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan hukuki ve cezai sorumluluğun kime/kimlere ait olacağı sorununu beraberinde getirmektedir. Örneğin, radyoloji uzmanının hatalı işlemi ve raporuna göre ameliyatı gerçekleştiren bir cerrah, hastanın zararından sorumlu tutulacak mıdır?

Tıbbi iş birliğinde kusurun paylaşılması için iki ilkenin tartışılmasının gerektiğini düşünmekteyiz. Bunlardan ilki ceza hukuku disiplini içinde geliştirilen güven ilkesi, ikincisi ise hekimlerin özen borcudur.

A) Güven İlkesi

Birden fazla tıp mensubunun dahil olduğu tıbbi müdahalelerde kimin hangi oranda sorumlu olduğunun belirlenmesi önemli bir sorundur. Yine birden fazla hekimin tedaviye katıldığı hallerde, bunlardan birisinin davranışından kaynaklanan sonuçlardan diğerlerinin de sorumlu olup olmayacağına belirlenmesi başka bir önemli sorundur.

Sorumluluk ve/veya kusur oranlarının belirlenmesinde kullanılacak kriterlerden birisi, güven ilkesidir. Tıbbi iş birliğinde güven ilkesi, köken olarak tıp ceza hukuku alanında geliştirilmiş olmakla birlikte, tıp tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde de kullanılabilir bir ilkedir. Bu ilke temelini dürüstlük kuralı ve özen ilkesinden almaktadır.

Güven ilkesi, birden fazla uzman kimse tarafından iş birliği halinde gerçekleştirilen riskli tıbbi faaliyetlerin, kendi dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranan kimsenin, aksine bir kabulü gerektirecek karineler bulunmadığı sürece, diğer kimselerin de bu yükümlülüklerine uygun davranacaklarına olan güvenle hareket etmesi halinde meydana gelen sonuçlardan sorumlu olmaması şeklinde tanımlanabilir.¹¹⁴

¹¹⁴ Yıldız, s. 261; Tuğrul Katoğlu, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2007, S. 68, s. 29; Yener Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, (Ünver, Güven İlkesi), s. 882.

Çalışma konusu olan konsültasyon açısından değerlendirildiğinde, bir tıbbi müdahaleye katılan hekimlerin, tedavi sürecine katılan diğer meslektaşlarının kurallara uygun davrandıkları, teşhis ve tedavilerinde ayıplı bir edim ifası gerçekleştirmediklerine ilişkin güvenle hareket edebilmeleridir.¹¹⁵

Güven ilkesinin, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalini ve çerçevesini belirleme fonksiyonu vardır.¹¹⁶ Müdavi hekimler ile konsültan hekimlerin uzmanlık alanları çoğunlukla birbirinden farklı olduğundan ve kendi uzmanlık alanında özerk müdahale yetkileri bulunduğu ve hiyerarşik kademelenme açısından birbirlerine denk bulduklarından; birbirlerini kontrol etmek yükümlülüğüne sahip olmayıp, birbirlerinin işlemlerine ve görüşlerine güvenle hareket edebilirler.¹¹⁷ Örneğin cerrah ile anestezi uzmanlarının işlemlerine güvenle hareket etmeleri halinde, birinin davranışından ortaya çıkan zarardan dolayı diğerinin tazminat sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.¹¹⁸ Yine radyoloji uzmanınca çekilen filmlere ve düzenlenen raporlara güvenen cerrah bunlardan dolayı sorumlu tutula-

¹¹⁵ Demir, s. 87; Hakeri, Kitap, s. 157. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 16.05.2000, E. 2009/9, K. 2000/110 "Diğer yandan birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda, taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında, herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan, grupta çalışanlardan her biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur." (Doğramacı, s. 104).

¹¹⁶ Doğramacı, s. 102.

¹¹⁷ Demir, s. 87.

¹¹⁸ Özlem (Yenerer) Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 254; Yıldız, s. 274. Hekim, teşhis veya tedavide kullanacağı, ilaç, kan veya diğer tıbbi malzemenin üretici veya hazırlayıcılarının belirttiği özelliklere sahip olduğuna güvenebilir. Ancak açık bir şekilde aksinin düşünülmesini gerektiren bir durum varsa bu güven korunmaz. Örneğin, kan bankasından gelen ve gerekli tüm kontrollerinin yapıldığı belirtilen kanın ameliyat sırasında hastaya verilmesi ve hastanın kandan geçen bir hastalıkla karşılaştığı durumlarda hekim bu sonuçtan sorumlu tutulmamalıdır (Yıldız, s. 277). Nitekim Yargıtay'ın 4. Hukuk Dairesinin, T. 23.10.2001, E. 2001/7908, K. 2001/10071 kararında da görüleceği üzere 1996 yılında Davacı M'ye sezeryan ameliyatı sırasında verilen AIDS virüsü taşıyan kanın nakledilmesi sonucu AIDS virüsünün alması ve yapılan operasyonda doğan çocuk R'nin de aynı hastalığa yakalanması sebebiyle operasyonu yapan hekim aleyhine değil, kanın alındığı Kızılay Genel Müdürlüğü aleyhine dava açıldığı uygulamada görülmektedir (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi: 02.04.2018). Buna karşılık, hekim ve hemşireler, eczacı tarafından verilen ilacın hekim tarafından yazılmış reçeteye uygun olup olmadığını denetlemekle yükümlüdürler.

maz.¹¹⁹ Aksi halde ekip halinde yapılan müdahalelerde ekip üyelerinin sürekli olarak birbirlerinin işlemlerini kontrol etmeleri, kendi üzerlerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmelerine engel olabilecek ve bu yüzden iş birliğinden beklenen fayda sağlanamayacaktır.¹²⁰

Tıbbi iş birliği içerisinde iki farklı uzmanlık alanından hekimlerin birlikte çalışması durumunda bu hekimlerin görev alanlarının tanımlanarak (1219 sayılı Kanun Ek m 13), belli ölçülerde sınırlandırılması gerekmektedir ki güven ilkesi uygulanabilsin. Böylece her hekim kendi uzmanlık alanından sorumlu tutulabilir. Aksi halde iki uzman hekim tarafından yapılan işlemlerden dolayı hasta zarar görmüşse ortak sorumluluklarına gidilebilecektir. Örneğin, bir göz hastalıkları uzmanı hekimin yürüttüğü cerrahi operasyonda, anestezi uzmanı tarafından verilen saf oksijen ile göz hekiminin kullandığı termokoterin¹²¹ bir araya gelmesi sonucu hastanın yüzünde oluşan ağır yanıklardan dolayı ortak sorumluluk yüklenebilmektedir.¹²²

Hemen belirtilmelidir ki güven ilkesinin bazı durumlarda uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin, tedaviye katılanlardan birisinin bu faaliyet bakımından sahip olması gereken niteliklere sahip olmadığı, yetersiz olduğu, hata yaptığı veya geçen zaman içerisinde önceki teşhislerin geçerliliğinin kalmadığı konusunda açık göstergeler bulunması halinde, diğer hekimlerin onun teşhis ve tedavisine güvenerek hareket etmeleri, onların özel hukuk sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.¹²³

Yine iş birliği halindeki hekimlerden birisi diğerinin teşhis ve tedaviye ilişkin verilerinde tereddüt yaşaması veya açık ve ciddi kurallara aykırılıklar, anormallikler görmesi durumunda bunları gözetimle yükümlüdür. Bu tereddüt ve açık aykırılıklara rağmen, gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim, meydana gelecek sonuç-

¹¹⁹ Burada hatırlamak gerekir ki radyoloji uzmanına ait konsültan görüşünü kendi uzmanlık bilgisi ile fark edebilecek durumda olan müdavi hekim, bu dikkati göstermediğinde sorumluluğu paylaşacak demektir.

¹²⁰ Katoğlu, s. 30; Hakeri, Kitap, s. 159; Yıldız, s. 274.

¹²¹ Termokoter, yüksek ısı aracılığıyla dokuyu yakmada kullanılan alet. <http://tibbi-sozluk.com/arama.php?terim=thermocautery>, Erişim Tarihi: 02.04.2018.

¹²² Hakeri, Kitap, s. 158; Demir, s. 88.

¹²³ Yıldız, s. 268; Ünver, Güven İlkesi, s. 889; Katoğlu, s. 34.

lardan sorumlu olur.¹²⁴ Örneğin, bir ameliyata başlamak üzere olan cerrah, anestezi uzmanının alkol veya uyuşturucunun etkisi altında olduğunu fark ettiğinde, o anestezi uzmanı ile operasyona başlamamalıdır. Aksi halde doğacak zararlı sonuçtan cerrah da anestezi uzmanı ile birlikte sorumlu olacak ve güven ilkesinden yararlanamayacaktır. Zira bu durumda cerrah da üzerine düşen özen yükümünü ihlal etmiştir.¹²⁵

Güven ilkesinin uygulanamayacağı hallerden bir diğeri de hekimin, kendi uzmanlık alanına giren konularda başka bir hekimin değerlendirmelerini hiçbir denetim yapmadan kabul etmesi durumudur. Örneğin, anestezi sürecinin işleyişine ilişkin ameliyatı yapacak cerrahın değerlendirmelerini ve kararını hiçbir denetim yapmaksızın doğrudan uygulayan anestezi uzmanı bir hekim güven ilkesinden yararlanamayacaktır.¹²⁶

Konsültan hekim, somut muayene görevinin dışında kalan, hastanın öyküsünü almak veya başka bulgular araştırmak gibi işlemleri yapmak zorunda olmayıp, müdavi hekimin verdiği görev çerçevesinde bunların yapılmış olduğuna güvenerek hareket edebilir. Ancak kendisinden önce konulan tanı ile ilgili şüpheli bir durum varsa güven ilkesinden istifade edemez. Doktrinde¹²⁷ konu ile ilgili verilen bir örnekte belirtildiği gibi, “55 yaşındaki tip 2 diyabetes mellitus ve ritim bozukluğu hastası H, kısa bir süre önce inme (serebro vasküler olay) geçirmiştir. Bu sebeple nöroloji uzman hekim N, elektrokardiyografi, kan tetkikleri, beyin ve toraks tomografisi ile karotis doppler ultrasonu istemiştir. Radyoloji uzmanı doktor R, beyin tomografisini iskemik serebrovasküler olay lehine, diğerlerini ise trombüs görülme-

¹²⁴ Hakeri, Kitap, s. 160; Yıldız, s. 274. Bu konuya ilişkin bir olayda, iki uzman hekim hastanın rızasını almadan, sezaryen sonrasında hastayı kısırlaştırmışlardır. Bu hekimlerden birisi şef hekim olarak hastayı ameliyat etmiş, diğer hekim de onu asiste etmiştir. Yüksek mahkeme bu olay sebebiyle her iki hekiminde sorumlu olduğunu, her ne kadar hekimlerden birisi sadece asiste etmiş olsa da asiste eden hekimin ameliyatın yürütülmesinden ve ameliyat edilmeyecek organların korunmasından sorumlu olması nedeniyle kısırlaştırmaya ilişkin kararın bütün tıbbi olgulardan haberdar olarak her iki hekim tarafından alındığına karar verilmiştir. Bkz. Hakeri, Kitap, s. 160.

¹²⁵ Ünver, Güven İlkesi, s. 887; Hakeri, Kitap, s. 158.

¹²⁶ Yıldız, s. 276; Doğramacı, s. 124.

¹²⁷ Doğramacı, s. 126.

diğini belirterek doğal olarak değerlendirmiştir. N'nin konsültasyon istediği kardiyoloji uzmanı K, hastanın elektrokardiyografisi ile diğer tetkiklerini değerlendirmiş, tomografi raporunda trombüs tespit edilmediğini görmüştür. Ancak hastanın daha öncesinden kalp rahatsızlığı olduğunu bildiğinden riski ekarte edebilmek için ekokardiyografi yapmış ve kalp içerisinde trombüs tespit etmiştir. Daha sonra N, hastanın diyabetik öyküsü nedeniyle iç hastalıkları uzmanı İ'den de konsültasyon istemiştir. İ, hastanın kan tetkiklerini ve kullandığı ilaçları değerlendirmiştir. Kan tetkiklerinde böbrek ile ilgili kreatinin değerini normalden yüksek (3mg/dl) olduğunu ve N tarafından beyin kan akımını düzenleyici ve böbrek hastalarında dikkatli kullanılması gereken pirasetam etken maddeli ilaç başlandığını görmüştür. Olayda H, ritim bozukluğu hastası olduğundan kalp içi trombüs riskinin artması söz konusudur. Riskli duruma rağmen K, R'nin raporuna dayanarak ekokardiyografi yapmamış olsaydı güven ilkesinden yararlanamazdı çünkü güven ilkesinden yararlanabilmesi için şüphe duyulabilecek riskli bir durumun olmaması gerekir. Diğer yandan eğer H'de kalp ritim bozukluğu olmasaydı K'nın, R'nin raporuna güveni korunabilirdi. K, yaptığı ekokardiyografi ile kalpteki trombüsü görüp R'nin raporundaki hatayı fark ettiğinde gereken tedbirleri almalı ve R'yi bu doğrultuda uyarmalıdır.”

Son olarak hastanın başka bir sağlık merkezine gönderilmesi gerektiğinde, hekimler arasında aydınlatma yükümlülüğü doğar. Sevk eden hekim, sevk edilen hekime gerekli bilgileri vermelidir. Bu durumda da sevk edilen hekim, sevk eden hekim tarafından elde edilen bulgulara, şüpheli bir durum olmadıkça güvenebilir. Örneğin, trafik kazası sebebiyle kafa kaide kırığı tanısıyla sevk edilen hastada sevk edilen hekim sevk edenin bulgularına güvenebilir. Fakat bir eksiklik fark ederse (batın içi kanama kontrolünün yapılmamış olması gibi) veya fark etmesi gerekirse güven ilkesinden yararlanamaz.¹²⁸

B) Hekimlerin Özen Borcu

Hasta ile bağımsız çalışan hekim arasındaki sözleşme ilişkisi ge-

¹²⁸ Doğramacı, s. 130.

nellikle vekalet sözleşmesi¹²⁹ olarak kabul edilmektedir.¹³⁰ Hasta bir özel hastaneye başvurmuş ise hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi doğar.¹³¹ Burada da yine vekalet sözleşmesindeki özen borcu bir yükümlülük olarak kabul edilmelidir.¹³² Kamuya ait bir hastanede

¹²⁹ Hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi kural olarak vekalet sözleşmesi kabul edilmekle birlikte, estetik cerrahi (istenilen burunun güzelleştirici operasyonun başarıyla sonuçlandırılması gibi), diş hekiminin takma diş yapması veya ortopedistin bacak protezi takması gibi bazı hallerde ise eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Ayan, s. 55; Mehmet Demir, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 57, S. 3, (Demir, Sorumluluk), s. 238; Hasan Petek, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2006, C. 8, S. 1, s. 191 vd.; Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 29 vd.; Çelik Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, s. 10, (http://www.tazminat hukuku.com/dosyalar/465_hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf, Erişim Tarihi: 13.04.2018). Yargıtay da doktrinle aynı görüşü paylaşmaktadır. Örneğin, "Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur." Yarg. 15. HD, T. 03.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868 (<http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=24&cat=18>, Erişim Tarihi: 13.04.2018).

¹³⁰ Hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Ayan, s. 51 vd., vekalet sözleşmesi olduğu yönünde özellikle bakınız s. 54-55; Zariye Şenocak, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998, s. 18 vd., vekalet olduğu yönünde özellikle bakınız s. 225.

¹³¹ Hasta ile özel sağlık kuruluşu arasındaki sözleşme teşhis ve tedavi sözleşmesidir. Bu sözleşme doktrinde "teşhis ve tedavi sözleşmesi, tam iki tarafa bor yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek özel sağlık kurum ve kuruluşlarıyla hasta veya kanunî temsilcisi arasında gerçekleştirilen ve hasta veya kanunî temsilcinin tıbbî teşhis ve tedavi ediminin karşılığını oluşturan belli bir ücreti ödemeyi üstlendiği rızalı bir sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır (Hayrunnisa Özdemir, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 49).

¹³² Teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin, özel sağlık kuruluşlarıyla yapıldığı durumlarda aradaki ilişkinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olması, özel sağlık kurumlarıyla sözleşmeye de vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda özen borcu burada da mevcuttur. Bkz. Özdemir, s. 135. Yarg. 13.HD, T. 06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185 "Hastane ve çalıştırdığı elemanın tedavi sırasındaki kusurları sebebiyle oluşan zararın giderilmesi vekâlet sözleşmesine dayandırılır." (Çelik, s. 9). Yarg. HGK, T. 11.12.2002, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047 "BK m. 386/2 hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekâlet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır." (Çelik, s. 10). Yarg. 13. HD, 08.07.2005, E. 2005/3645, K. 2005/11796 "Dava, dok-

ise hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisinden bahsedilemez.¹³³

torun yanlış teşhis ve tedavi sonucu ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle tazminat talebine ilişkindir. Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulu'nun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporunda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan söz edilmemektedir. Tüm bu açıklamalar ışığında, taraflar arasındaki uyumsuzluk vekâlet aktinden kaynaklandığına, davalıların her türlü özen gösterme borcu olup, en hafif kusurundan bile sorumlu olduğuna göre, zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerekirken, maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırıdır." (Çelik, s. 22).

133

Kamu hastanelerinde görevli hekim ve yardımcı kişiler kamu görevlisidirler. Bir kamu hastanesine başvuran hasta ile hastane yönetimi ve personel arasında özel hukuk anlamında herhangi bir sözleşme ilişkisi (hastaneye kabul sözleşmesi) kurulmamaktadır. Başka bir ifadeyle kamu hastanesine başvurmak ya da giriş yapmakla hasta ile idare arasında kamu hukukuna özgü statüer bir kamu hizmeti ilişkisi kurulmaktadır. Hasta kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. Bu nedenle, kamusal sağlık hizmetlerinin bir kamu görevlisi (devlet personeli) konumundaki hekimler aracılığıyla sunulması sonucunda hastanın uğramış olduğu zararlardan dolayı bir yandan, idarenin idarî hizmet kusuru; diğer yandan da hekimin, duruma göre görev ve/veya kişisel kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğu ortaya çıkabilir. Hasta, kamu hastanesindeki tedavisi sırasında bir zarar görürse, somut olayın özelliklerine göre devlete veya ilgili kamu tüzel kişisine karşı dava açabilir. Anayasa m. 129/V'da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla, ancak idare aleyhine açılacağı düzenlenmiştir. Benzer bir hüküm de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13'üncü maddesinde yer almaktadır. Bkz. Demir, Sorumluluk, s. 230; Çelik, s. 34. Yarg. 4.HD, T. 01.06.2016, E. 2015/6730, K. 2016/7292 "Davacı, davalı doktor tarafından, belindeki eğriliğin düzeltilmesi amacıyla ameliyat edilen dava dışı ...'ın ameliyat nedeniyle felç ve %100 malul olduğunu, bu sebeple mağdur tarafından idare mahkemesinde açılan maddi ve manevi tazminat davası sonucu davacı tarafından mağdura tazminat ödendiği belirterek, kusuruyla mağdurun maluliyetine neden olan davalıdan ödenen bedelin rucuan tahsilini talep etmiştir... Mahkemece, dosyadaki tüm belge ve bilgiler değerlendirilerek davalı doktorun kusur düzeyinin tespit ettirilerek; davalının kusuru oranında sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken; kusur belirlemesi yapılmaksızın davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş; hükmün, bu nedenle bozulması gerekmiştir." (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018). Diğer yandan tedavinin zararlı sonucundan, kamu görevlisi hekimin veya diğer sağlık personelinin haksız fiil niteliğinde görevden ayrılabilir kişisel kusurları varsa, haklarında adli yargıda ve doğrudan kendisine karşı dava açılabilir. Yarg. HGK, T. 26.09.2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı kararında, hekimin eyleminin görevinden ayrılabilir salt kişisel kusura dayanması halinde, kişisel sorumluluğu sebebiyle doğrudan kendisine karşı bir tazminat davası açılacağı bildirilmektedir (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi:

Ancak bu durumda da yine özen borcu söz konusudur. Burada da vekalet sözleşmesindeki özen borcu ile ilgili hüküm kıyasen uygulanabilecektir.¹³⁴

Vekalet sözleşmesinde önemli olan vekilin belirli bir sonuca yönelik edim fiilini özenle yerine getirmesi gerekliliğidir. Sonuç sorumluluğu içermeyen vekalet sözleşmesinde özen borcunun anlam ve önemi çok yüksektir.¹³⁵

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin konusu, taraflardan birinin (hastanın) bedensel bütünlüğüdür. Hekimin iş yapacağı yer hastanın bedendir. Tedavi sırasında yapılan bir yanlışlık ya da dikkatsizlik mal zararına değil doğrudan can zararına neden olacağından, hekim yüksek özen göstermek zorundadır.¹³⁶

1) Özen Kavramı ve Borcu

Kelime anlamı ile özen, “*bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam*” şeklinde ifade edilmektedir.¹³⁷ Özen kavramına Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) çeşitli maddelerde yer verilmiş ol-

03.05.2018).
¹³⁴ Yarg. 9.HD, T. 18.11.1991, E. 1991/8375 K. 1991/143367 “Devlet, Üniversite, Belediye ve SSK’ya ait hastaneler ile doktor arasındaki ilişki ilke olarak kamusal bir ilişkidir. Ancak hastanede çalışan doktorun, hastane ile eylemli ilişkisi ne olursa olsun, tedavi söz konusu olduğu durumlarda, kurum sigortalısı veya kurumun tıbbi yardımından yararlanan sigortalı yakını hasta ile kurumun çalıştırdığı ve tıbbi yardımda bulunan doktor arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da aynı ilkeleri benimsemiştir.” Bkz. Çelik, s. 9.

¹³⁵ Şebnem Akipek Öcal, Şahsen İfa, Sadakat ve Özen Gösterme (m. 506), Vekâlet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, İstanbul 2017, s. 74. Yarg. 13. HD, T. 07.02.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728 “Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK’nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” Bkz. <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=1932>, (Erişim Tarihi: 03.05.2018).

¹³⁶ Çelik, s. 7.

¹³⁷ TDK Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=252637 (Erişim Tarihi: 02.04.2018).

masına rağmen, hiçbirinde tanımlanmamıştır. Özen kavramını¹³⁸, “*asıl borcun (vekaletin) ifası için, zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı*” olarak tanımlamak mümkündür.¹³⁹

Özen borcu ise, vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması şeklinde ifade edilebilir.¹⁴⁰

Hekim, hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunsun veya bulunmasın özen gösterme yükümü altındadır. Özen gösterme yükümü sözleşme ilişkisi olduğunda, vekilin borcunu özenle yerine getirmesi gereğini ortaya koyan 6098 sayılı TBK’ya dayanır. Vekilin özen borcu, TBK 506/II’nci maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*” Bu hükme göre vekilin sorumluluğu, işin görülmesinde borçlanılan özen ve sadakatin gösterilmesine bağlanmıştır. Bu hüküm, gereği gibi ifa etmeme halleri ile sınırlı olmayan, diğer sözleşme hallerini de kapsayan vekilin sorumluluğuna ilişkin genel bir hükümdür.¹⁴¹ Özen kavramı, iş görenin sorumluluğunun kurucu olgularından hem sözleşme ihlalinin hem de kusurun tespitinde önem taşımaktadır.¹⁴²

¹³⁸ Özen kavramını ifade etmek için kanun koyucu 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda “dikkat ve itina” (m. 55/I ve 56/I), “ihtimam dairesinde” (m. 256/I), “takayyüd ve ihtimam” (m. 297/I ve 391/II), “ihtimam ile” (m. 321/I), “bütün ihtimam ile” (m. 357/I) ve “icap eden ihtimam” (m. 413/II) kavramlarını kullanmıştır. 6098 sayılı TBK’da ise terminolojide yeknesaklık sağlanmış ve bu kavramı anlatmak için “gerekli özen” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Veysel Başpınar, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 124; Mustafa Alper Gümüş, Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 45; Ahmet Tok/Sabiha Gün Tok, Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2016, C. 90, S. 5, s. 18.

¹³⁹ Başpınar, s. 124.

¹⁴⁰ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 410; Ayan, s. 88; Yarg. 3. HD, T. 09.09.1985, E. 1985/2552, K. 1985/5380 “Özen borcu ise vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneyimlerine ve işin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmasıdır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

¹⁴¹ Walter Felmann, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art 394-406 OR, Bern 1992, s. 455; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, İstanbul 2014, (Gümüş, Kitap), s. 159.

¹⁴² Gümüş, Kitap, s. 159.

Hekimin özen borcundan, asıl edimin ifası için gerekli olan ve hekimden beklenen dikkat ve itinanın gösterilmesi anlaşılmaktadır. Özen borcu, hekimin hem teşhisi koyması ve bu teşhise uygun tedavi metodunu seçmesi hem de seçilen bu metodun uygulanmasında dikkate alınması gereken genel bir borçtur. Özen borcu, niteliği itibarıyla hekimin diğer borçlarını da belirleyici role sahiptir. Zira özen borcunu ihlal eden hekimin, diğer borçlarını da tam ve gereği gibi ifa ettiği söylenemez. Bu yüzden hekimin diğer yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirip getirmediğinin tespitinde özen borcunun önemi büyüktür.¹⁴³

Özen borcunun konusu, vekilin, sözleşme ile üstlendiği sonuca ulaşılması için gerekli girişim ve davranışlarda bulunmasıdır. Özen borcu, geniş anlamda dürüstlük kuralının (TMK m. 2/1) vekalet veya daha geniş anlamıyla iş görme sözleşmeleri alanındaki görünümüdür. Kanun koyucunun herkesten beklediği, dürüstlük kuralına göre hareket etmesidir. Bu şekilde hareket etme mecburiyeti iş görme sözleşmelerinde özen borcu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla vekil, vekalet verenin yararına ve iradesine uygun hareket etmek ve ona zarar verici davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır.¹⁴⁴ Yargıtay da bir kararında, dürüstlük kuralı ile özen borcunu bir arada zikretmek suretiyle aynı sonuca varmıştır.¹⁴⁵

¹⁴³ Çelik, s. 19; Veysel Başpınar, Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007, (Başpınar, Sempozyum), s. 27.

¹⁴⁴ Başpınar, s. 136; Veysel Başpınar, Avukatın Özen Borcu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. XII, S. 1 - 2, s. 42; Akipek Öcal, s. 75; Tok/Gün Tok, s. 23; Recep Makas, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, C. XVI, S. 4, s. 151.

¹⁴⁵ Yarg. 1. HD, T. 18.03.2013, E. 2013/2652 ve K. 2013/3694 sayılı kararı şu şekildedir: "Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nun temsil ve vekâlet bağlarını düzenleyen hükümlerine göre, vekâlet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır... Borçlar Kanunu'nda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş ... Sözleşmede vekâletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu göz ardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen maddenin üçüncü fıkrası uyarınca sorumlu olur." (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

Vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcu, edim sonucunun başarılı bir şekilde gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işlerin normal akışına göre gerekli davranışlarda bulunmak ve bunu engelleyecek davranışlardan kaçınmaktır.¹⁴⁶ Yargıtay HGK bir kararında¹⁴⁷, vekilin özen borcunun kapsamı ile ilgili olarak “*Vekilin işin başarılı olması için mesleki bilgi ve deneyimleriyle hayat deneyimlerine ve işlerin normal oluşuna göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınıp, tedbirli ve basiretli olarak hareket etmesi, özen borcunun konusunu teşkil eder. Sadakatle ifa genel bir anlatımla objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak ifa şeklinde tanımlanmaktadır. O sebeple vekil, vekaleti ifada; özen ve sadakat yükümlüne aykırı davranışta kusuru pek hafif olsa dahi sorumluluktan kurtulamayacak ve bu yükümlüne aykırı davranışları halinde uğranılan zararı tazmin etmek zorunda olacaktır.*” açıklamasına yer vermiştir.

Vekilin özen borcunun konusu ve kapsamının belirlenmesinde, vekalet sözleşmesinin içeriğinin önemi büyüktür. Vekilin özen borcunun kapsamı sözleşme ile belirlenmemişse, TBK m. 504/I'e göre, “*görülebilecek işin niteliğine göre belirlenir*”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Tandoğan, s. 410. Yarg. 13. HD, T. 06.11.2000, E. 2000/8590, K. 2000/9569 “Dava, davalı doktorun vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır (BK m. 386-390). Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur...Vekil, ... özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (BK m.321/2). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan hafif dahi olsa bütün kusurları sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören ve doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK m. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” (www.hukuki.net, Erişim Tarihi: 05.04.2018).

¹⁴⁷ Yarg. HGK, T. 19.09.2012, E. 2012/13-311, K. 2012/599 (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi: 04.04.2018)

¹⁴⁸ Bu durumda vekâletin kapsamı belirlenirken vekil, vekâlet verenin iş görme ile erişmek istediği amaca, olayın özelliğine ve varsa bu konudaki geleneklere göre faaliyette bulunmakla yükümlüdür. Rolf H. Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, s. 2398; Carole Gehrer/Gion Giger, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Fünfter Teil: Obligationenrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, s. 2068; Felmann, s. 267; Yakup Korkmaz, Vekaletin Kap-

Hekimlerin özen yükümü denilince, tıbbi müdahalenin her aşamasında (teşhis, tedavi, ameliyat, bakım gibi) teorik ve uygulamalı tıp alanında genel kabul görmüş mesleki ilke ve kurallara uygun davranma¹⁴⁹ zorunluluğu anlaşılır.¹⁵⁰

2) Özenin Ölçüsü

TBK m. 506/III'de "*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*"

Vekalet sözleşmesine dayalı iş ve hizmet gördüğü hallerde vekilin özen ölçüsü, basiretli¹⁵¹ vekilin davranışdır.¹⁵² Bu anlamıyla özen borcu, ortalama objektif hekim tipinin aynı olayda göstermesi kendisinden beklenen özen derecesinde davranması demektir.¹⁵³ Buna göre, hekimin bir uzman hekim olup olmadığı, klinik tecrübesinin azlığı veya çokluğu, çift dalda uzmanlık diplomasına sahip olup olmadığı ve aynı zamanda akademik unvanının bulunup bulunmadığı, somut

samı (m. 504), Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, İstanbul 2017, s. 41-42. Yargıtay 1. HD, T. 02.06.2016, E. 2016/6395, K. 2016/6823 (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 05.04.2018).

¹⁴⁹ Hastayı aydınlatma, rızasının alınması, sır saklama yükümlülüğüne uygun davranma ve kayıt tutma gibi.

¹⁵⁰ Tandoğan, s. 416; Başpınar, Sempozyum, s. 27; Demir, Sorumluluk, s. 243. Tıp biliminin genel kabul gören standartlarından her sapma, sözleşmenin ihlalinin gerçekleşmesi için yeterlidir. Gümüş, s. 222.

¹⁵¹ Sözlük anlamına göre basiret, "gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, sezisi, anlayış, kavrayış, sağgörü, vizyon" olarak ifade edilebilir. TDK Büyük Türkçe Sözlük, (<http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=comgts&kelime=basiret>, Erişim Tarihi: 02.04.2018).

¹⁵² 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda vekilin özen borcu düzenlenirken, iş sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özen esas alınmışken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu konu ile ilgili değişikliğe gidilerek, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınmıştır. Madde gerekçesinde kanun koyucu, "Fıkra, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır" açıklamasını yapmıştır. Yarg. 1. HD, T. 05.03.2015, E. 2014/19241, K. 2015/1318 "*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, "benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır"* hükmüne yer verilmiştir... Bu sorumluluk BK'da daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK'da benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin sorumluluğu esas alınarak daha da ağırlaştırılmıştır." (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi: 04.04.2018)

¹⁵³ Demir, Sorumluluk, s. 243.

olayın her aşamasında gösterilmesi gerekli dikkat ve özenin derecesinin belirlenmesinde birer objektif ölçüt olarak göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁵⁴ Örneğin, iç hastalıkları hekimi olmakla birlikte konsültan hekim mevcut durumla ilgili yan dal uzmanlığı varsa, normal bir iç hastalıkları hekimine göre daha özenli davranmalıdır, kendisinden bu beklenilebilir. Kısaca, hekimin tıbbi özen yükümünün ölçüsü, somut ve objektiftir.¹⁵⁵

Hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalenin veya uygulanan tedavinin tehlike ve risk oranı arttıkça, hekimin özen gösterme yükümü de artacaktır. Bunların başında da cerrahi müdahaleler gelmektedir. Cerrahi müdahaleler, hastanın sağlığı için taşıdıkları büyük önem ve tehlikeleri nedeniyle, cerrahi olmayan müdahalelere oranla daha yüksek bir özeni gerekli kılmaktadır.¹⁵⁶

3) Özen Borcuna Aykırılık Örnekleri

Hekim tarafından yapılan tedavi veya cerrahi müdahale beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara, bu arada özen yükümüne uygun bir müdahale yapılmış ise, hekime kusur izafe edilemeyeceği için meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, yukarıda da belirtildiği üzere, aynı branştaki bir hekimin aynı durum ve şartlar altında göstereceği özenden ibarettir.¹⁵⁷

Hekimin sorumlu olduğu özen yükümlülüğüne aykırılığa örnek olarak şunlar gösterilebilir: bir cerrahi müdahale sırasında hastanın

¹⁵⁴ Felmann, s. 503; Başpınar, Sempozyum, s. 29 vd.; Gümüş, s. 344 - 345; Demir, Sorumluluk, s. 243.

¹⁵⁵ Ayan, s.89; Başpınar, Sempozyum, s. 29; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 731; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, 402; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1195. Hekim, uzun süreli eğitimler ve sınavlar sonucunda alınan bir diploma ile devletçe verilmiş bir ruhsatnameye dayalı olarak faaliyet gösterdiği için, kural olarak subjektif kıstasa dayanılmayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla burada objektif kıstas uygulanmalıdır. Bu kıstasa göre, sözleşmeye uygun olarak ve sözleşme çerçevesinde görülecek işin çeşidi, güçlüğü, gerektirdiği uzmanlık, öğrenim ve mesleki bilgi düzeyi göz önünde tutulur. Hekimlik sözleşmesi açısından da bu kıstasın uygulanması söz konusudur. Bkz. Tandoğan, s. 410-411, Ayan, s. 89.

¹⁵⁶ Ayan, s. 92; Başpınar, Sempozyum, s. 31.

¹⁵⁷ Tandoğan, s. 418.

ameliyat yerinde spanç (gazlı bez)¹⁵⁸, operasyon mendili, makas, pens gibi yabancı cisimlerin unutulması¹⁵⁹, prematüre doğan bebeğin hemen prematüre servisine nakledilmemesi, aradan hayli zaman geçtikten sonra bebeğin Fakülte hastanesine gönderilmesi ve orada ölmesi¹⁶⁰, zamanında ve gerekli tedavi yapılmayarak hastanın bir kolunun omzundan kesilmesine sebebiyet verilmesi¹⁶¹, intihar fikrine sahip ruhi bunalımlı hastanın uzman hastane personelinden olmayan kimselerin denetimine teslim edilmesi ve gerekli koruyucu tedbirlerin alınmaması sebebiyle hastanın tedavi edildiği odanın penceresinden atlayarak ölmesi¹⁶², hekimin geç müdahale etmesi sebebiyle kalp krizi geçiren hastanın ölümüne sebep olması¹⁶³, kurşun yarasıyla hastaneye gelen hastanın vücudunda kurşun kalıp kalmadığı araştırılmaksızın ve ertesi güne kadar durumu takip edilmeksizin hastanın yarasının temizlenerek eve gönderilmesi ve ertesi gün ağırlaşan hastanın vücudunda kalan kurşuna bağlı iç kanmadan dolayı ölmesi¹⁶⁴, ameliyat sırasında doktorun burun içinde kırılan iğne ucunu tüm uğraşmalarına rağmen bulamayıp çıkaramaması¹⁶⁵ gibi.¹⁶⁶

İsviçre Federal Mahkemesi'nin hekimin özen yükümüne aykırılık olarak saydığı durumlara örnek olarak da, anestezi uzmanının narkoz veya diğer bir ilacı atardamar yerine yanlışlıkla toplardamara zerk etmesi, hekimin çinko filtreyi röntgen cihazının içerisine yerleştirmeme-

¹⁵⁸ Yarg. 13.HD, T. 14.03.1983, E. 1983/7237, K. 1983/1783 "Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutulması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın bir uzman önünde inceltirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır." (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi: 04.04.2018).

¹⁵⁹ "Ameliyatta yabancı cisim unutulması ne demektir?" başlıklı yazı için bkz. <https://www.hastane.com.tr/saglik/ameliyatta-yabanci-cisim-unutulmasi-neydemektir.html>, Erişim Tarihi: 04.04.2018.

¹⁶⁰ Yarg. 13. HD, T. 04.03.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138 (Başpınar, Sempozyum, s. 35).

¹⁶¹ Yarg. HGK, T. 26.09.2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643 (Başpınar, Sempozyum, s. 35).

¹⁶² Yarg. 13. HD, T. 30.12.1985, E. 1985/6950, K. 1985/7902 (Gümüş, s. 226).

¹⁶³ Yarg. 4. HD, T. 09.11.1967, E. 1967/9028, K. 1967/8680 (Gümüş, s. 227).

¹⁶⁴ Yarg. 4. HD, T. 02.03.1965, E. 1965/14605, K. 1965/1160 (Gümüş, s. 227).

¹⁶⁵ Yarg. 13. HD, T. 06.11.2000, E. 2000/8590, K. 2000/9569 (Çelik, s. 22).

¹⁶⁶ Bunlar ve başka örnekler için bkz. Gümüş, s. 223 vd.; Başpınar, Sempozyum, s. 34 vd.

si, hekimin tipik difteri belirtilerine rağmen difteri teşhisi için gerekli olan araştırmaları ve koruyucu olarak bir tehlikesi de bulunmayan difteri serumu yapmaması yüzünden iki çocuğun ölmesi, hekimin hastanın talebi ile bilmediği bir ilacı hastanın damarı yerine adaleye zerketmesi, guatr ameliyatı sırasında baş atardamarın troit arteri yerine yanlışlıkla boğulması, bir hekimin depresif bozukluğunun tedavisi için kendisine gelen 17 yaşındaki hastası ile aşk ilişkisi kurması gösterilebilir.¹⁶⁷

Bu örneklerde olduğu gibi, mesleki bilgi eksikliği, tıp/sağlık mesleği mensubunun bilgilerini güncellememesi kendisini geliştirmemesi, yeni literatürü takip etmemesi, yeni metot ve araçların nitelik, işlev ve kullanımını öğrenmemesi meslekte acemilik anlamına gelip, özen yükümüne aykırı olduğu gibi kusurlu bir davranış olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁸

4) Özen Borcuna Aykırılığın Sonuçları

TDN'nin 2 ve 14'üncü maddeleri¹⁶⁹, hekimin hastası için gereken özeni (ihtimamı) göstermesinden bahsetmekte ise de hekimin özen gösterme borcuna aykırılığı ile ilgili hukuki sorumluluk genel hükümlere göre yani TBK hükümlerine göre çözümlenmelidir.

Tedavinin gereği gibi yapılmaması, tedavi sürecinde yüksek özen ve dikkatin gösterilmemesi sonucu hasta bir zarara uğramışsa, bu zarara yol açan hekim/hekimler sorumlu tutulacaklardır. Yargıtay'ın istikrarlı kararlarına göre hekim en hafif kusurundan dahi tam sorumlu olacaktır.¹⁷⁰ Başka bir ifadeyle hastanın uğradığı zararların tamamını

¹⁶⁷ Gümüş, s. 223 vd.

¹⁶⁸ Ünver, Güven İlkesi, s. 893; Başpınar, Sempozyum, s. 28.

¹⁶⁹ TDN. m. 2 "Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir."

TDN. m. 14 "Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir..."

¹⁷⁰ Yarg. 13. HD, T. 12.12.2017, E. 2015/24839, K. 2017/12344 "Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390) (TBK 502.506) Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı

tazmin etmek zorunda kalacaktır.¹⁷¹ Bununla birlikte zararlı sonucun

sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1) (TBK 400). O sebeple doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1 (TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Aynı hususlar adam çalıştıran sıfatı ile doktorun görev yaptığı sağlık kuruluşları için de geçerlidir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).; Yarg. 13. HD, T. 01.03.2016, E. 2015/3276, K. 2016/6289 “Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1)(TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

¹⁷¹ Yarg. 13. HD, T. 26.10.2004, E. 2004/6493, K. 2004/15431 “Davacıların davalılardan T... Sağlık Hizmetleri A.Ş’ne ait A... Hastanesinde ikiz çocuklarının dünyaya geldiği ve prematüre doğan bu çocukların doğum sonrası sağlık kontrollerinin davalı çocuk doktoru H tarafından yapıldığı ve çocuklardan K’in bir gözünün, diğer çocuk D’un ise iki gözünün de görme kabiliyetini kaybettiği anlaşılmaktadır. Yüksek Sağlık Şurası’nın raporuna göre istihdam eden şirket ve davalı doktora ayrı ayrı 1/8’er kusur zafere edilmiş ve mahkemece de bu orana göre tazminat miktarından indirim yapılmıştır. Davalılarla hasta arasındaki hukuki ilişki vekâlet ilişkisi olup, vekil görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil zararın tamamından sorumludur. Kaldı ki olayda davacılara zafere edilecek bir kusur saptanamadığına yani davacıların müterafik kusuru bulunmadığına göre davalılar saptanan tazminat miktarının tamamından sorumludur. Hâkim ancak BK 43. maddesi hükmü gereğince tazminatın miktarından indirim yapabilir. Mahkemece bu yön göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018); Yarg. 13. HD, T. 06.07.2006, E. 2006/5518, K. 2006/11185 “Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve çalıştırdığı elemanın tedavi sırasındaki kusurları temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır... Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurdan bile sorumludur. O nedenle sağlık memuru ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir... Taraflar arasındaki uyuşmazlık vekâlet akdinden kaynaklandığına, her türlü özen gösterme borcu olup en hafif kusurundan bile sorumlu bulunduğuna göre zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerekirken maddi zarar hesabında kusur oranına göre, indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018)

ortaya çıkmasında hastanın da kusuru varsa, TBK. m. 52 hükmü uyarınca hâkim tazminattan indirim yapabilecektir.¹⁷²

Hekimlik sözleşmesinden doğan diğer borçlara aykırılık hallerinin ispatlanmasında olduğu gibi, hasta, hekimin özen borcuna aykırı davranışın varlığını tam bir ispat biçiminde değil, ilk görünüş ispatı ölçüsünde yaklaşık olarak ortaya koyacaktır.¹⁷³ Ancak, buna karşılık, hekim, somut olaydaki davranışının, kendisinin de mensubu olduğu ortalama objektif hekim tipinin aynı olayda göstereceği davranış tipinden sapmadığını ve dolayısıyla tıbbi özen derecesine uygun hareket ettiğini, yani kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlüdür (TBK m. 112).¹⁷⁴

Özen yükümlülüğü ile ilgili açıklamalar ışığında, özen ilkesinin, kimin hangi özen yükümlülüğü altında olduğunu belirleyici fonksiyonu vardır.¹⁷⁵

C) Aynı Zarardan Birden Fazla Kişinin Birlikte(Müteselsil) Sorumluluğu

Hekimin bir hastaya zarar vermesi durumunda, aralarındaki hukuki ilişkiye bağlı olarak, sorumluluğun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir. Hekimle hasta arasındaki hukuki ilişki, yukarıda da belirtildiği üzere, bir sözleşme (vekalet veya eser) ilişkisi olabileceği gibi, bir vekaletsiz iş görme ilişkisi de olabilir. Bununla birlikte, hekim ile hasta arasında haksız fiil ilişkisi de bulunabilir. Ayrıca kamuda çalışan hekimle hasta arasında kamu görevinden doğan bir ilişki de söz konusu olabilir.

Çalışmanın bu kısmında hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkiye değinilmeden, birden fazla hekimin/sağlık çalışanının zarardan sorumlu olması halinde aralarındaki ilişki inceleme konusu yapılacaktır.

¹⁷² TBK m. 52/I "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 kaldırabilir."

¹⁷³ Gümüş, s. 383 vd. Genel olarak hastalar tıbbi müdahale konusunda tamamen bilgisizdirler. Bu sebeple, hastanın somut olay bakımından normal hayat tecrübelerine göre olumsuz bir durumun varlığını ortaya koyduğu hallerde hekimin özen borcuna aykırı davrandığını ispat etmiş kabul edilmelidir. Başpınar, Sempozyum, s. 33.

¹⁷⁴ Demir, Sorumluluk, s. 244; Başpınar, Sempozyum, s. 33.

¹⁷⁵ Ünver, Güven İlkesi, s. 894.

Öncelikle hemen belirtilmelidir ki hekim ile hasta arasında genellikle bir tedavi sözleşmesi vardır. Sözleşmenin bulunmadığı vekaletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanmadığı durumlarda, sorumluluk haksız fiil esaslarına göre belirlenir. Bununla birlikte, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hallerde de haksız fiile dayanarak dava açmak mümkündür. Zira hekim hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalede bulunduğundan sözleşmeye aykırı zarar verici her davranışı, aynı zamanda haksız fiil oluşturur. Bu durumda da hasta isterse sözleşmeye aykırılıktan, isterse de haksız fiilden dolayı tazminat talep edebilecektir.

Kamuda çalışan hekimlerle ilgili olarak daha önce ifade edildiği üzere, hizmet kusuru veya şahsi kusur kavramları mevcuttur. Hekimin hizmet kusurundan bir zarar doğması halinde, devlet veya ilgili kamu kurumuna karşı (hekime rücu edilmek üzere) idare mahkemesinde¹⁷⁶, hekimin şahsi kusuru bulunması halinde ise doğrudan hekime karşı adli yargıda tazminat davası açılabilir. Bu iki halde de kusur- la ilgili değerlendirme TBK hükümlerine göre yapılacaktır.

Hekim hasta ilişkisinde, hastanın zarar görmesi durumunda birden fazla kişi bu zarardan sorumlu olabilir.¹⁷⁷ Bu durumda birlikte sorumluluk (teselsül) söz konusudur. Aynı zarardan birden fazla kişinin sorumluluğu TBK m. 61'de düzenlenmiştir.¹⁷⁸ Bu düzenlemeye

¹⁷⁶ Yarg. 4.HD, T. 01.06.2016, E. 2015/6730, K. 2016/7292 "Mağdur tarafından idare mahkemesinde açılan maddi ve manevi tazminat davası sonucu davacı tarafından mağdura tazminat ödendiği belirterek, kusuruyla mağdurun maluliyetine neden olan davalıdan ödenen bedelin rucuan tahsilini talep etmiştir. 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 50. ve 51. (TBK m. 61-62) maddelerinde düzenlenmiş bulunan teselsül kuralları, birden çok kişinin birlikte bir zarara yol açmaları ve aynı zarardan dolayı sorumlu olmaları durumuna ilişkin olup zarara yol açanlar ile zarar gören arasındaki ilişkinin düzenlenmesine yöneliktir. Eldeki davada, zarar görene ödenen tazminat, zarar verenden rücu yoluyla istendiğine göre zarar veren kendi kusuru oranında sorumludur." (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

¹⁷⁷ Yarg. 13.HD, T. 07.02.2005, E.2004/12088 K. 2005/1728 "...ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastahane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur." (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 03.05.2018).

¹⁷⁸ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu haksız fiil sebebiyle doğan zarardan birden fazla kişinin sorumluluğunu iki ayrı maddede düzenlemişti. BK m. 50'de ortak kusur-

göre, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.¹⁷⁹ Müteselsil sorumlulukla ilgili bu hüküm haksız fiillere ilişkin bir düzenleme olmakla birlikte, TBK m. 114/II'deki¹⁸⁰ atıf sebebiyle sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanabilir.¹⁸¹

Müteselsil sorumluluğun iki türü vardır. Bunlardan birincisi, birden fazla kişinin aynı zarara birlikte sebep olmalarından doğan sorumluluktur.¹⁸² Müteselsil sorumluluğu doğuran "aynı sebep" veya "birlikte sebep" kusur olabileceği gibi, sözleşme veya kanun da olabilir.¹⁸³ Bu açıklamalara göre, iki veya daha fazla hekimin kusurlu davranışı sebebiyle hasta zarar görmüşse, birden çok kişinin aynı zarara birlikte sebep olması hali gerçekleşmiş olur. Örneğin, yukarıda da belirtildiği gibi, bir göz hastalıkları uzmanı hekimin yürüttüğü cerrahi operasyonda, anestezi uzmanı tarafından verilen saf oksijen ile göz hekiminin kullandığı termokoterin bir araya gelmesi sonucu hastanın yüzünde oluşan ağır yanıklardan dolayı müteselsil sorumluluk söz konusudur.¹⁸⁴

Müteselsil sorumluluğun ikinci türü ise, birden çok kişinin aynı

larıyla zarara sebebiyet veren birden fazla kişinin müteselsil sorumluluğu (tam teselsül) düzenlenmişken, m. 51'de ise değişik hukuki sebeplerle birden fazla kişinin müteselsil sorumluluğu (eksik teselsül) düzenlenmişti. İki teselsül arasındaki en önemli fark; tam teselsülde borcu ifa eden müteselsil borçlu diğer borçlulara rücu ederken alacaklının haklarına halef olurken, eksik teselsülde halefiyetin olmadığı kabul edilmekteydi. TBK m. 61 teselsülde ikiliği ortadan kaldırarak hem tam teselsülü hem de eksik teselsülü aynı hukuki sonuca bağlamıştır. Bkz. Kemal Tahir Gürsoy, *Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu*, AÜHFED, Y. 1973, S. 1-4, s. 58 vd.; Kürşat Turanboy, *Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısının Hükümleri*, www.e-akademi.org (Erişim Tarihi: 28.04.2018); Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Ankara 2015, s. 465; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, İstanbul 2015, s. 542; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, İstanbul 2015, s. 197 vd.

¹⁷⁹ Müteselsil sorumlulukla ilgili geniş bilgi için bkz. Ali Haydar Yağcıoğlu, *Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu*, Ankara 2014.

¹⁸⁰ TBK m. 114/II "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır."

¹⁸¹ Antalya, s. 535.

¹⁸² Eren, s. 812; Antalya, s. 536.

¹⁸³ Eren, s. 812.

¹⁸⁴ Hakeri, Kitap, s. 158; Demir, s. 88.

zarardan çeşitli hukuki sebeplerden dolayı sorumlu olması halidir.¹⁸⁵ Aynı zararı doğuran çeşitli hukuki sebepler; kusur sorumluluğu (haksız fiil), sözleşme veya kusursuz sorumluluk olabilir. Başka bir ifadeyle bu durumda birden çok zarar verenden biri, aynı zararı haksız fiil, diğeri ise sözleşme veya kusursuz sorumluluk hükümlerine göre tazmin etmek zorundadır. Örneğin, özel bir hastanede hekimin hatalı davranışı sebebiyle hasta zarar gördüğünde, hekim haksız fiil hükümlerine (TBK. m. 49 vd.) göre, hastane ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk (TBK m. 116) hükmüne göre aynı zarardan dolayı müteselsilen sorumlu olacaklardır.¹⁸⁶

Zarar gören, zarara sebebiyet veren/verenler veya ondan/onlardan sorumlu olandan herhangi birisine başvurabilir (TBK m. 163/I).¹⁸⁷ Başka bir ifadeyle sorumlu kişilerin teselsülü sebebiyle zarar gören zararın bir kısmı veya tamamı için dilerse sorumlulardan birine ya da birkaçına veyahut tamamına başvurabilir. Kanun koyucu burada zarar görene, kendisine karşı sorumlu olanlardan daha avantajlı olanı seçme serbestisi tanımıştır. Bu durumda alacak tamamen karşılancaya kadar borçlulardan her biri alacağın tamamından sorumlu tutulabilecektir. Müteselsil borçlulardan birinin alacaklıyı tatmin ettiği oranda diğer borçlular da alacaklıya karşı borçtan kurtulurlar (TBK m. 166/I).

Müteselsil sorumlulardan birisi, zarar sebebiyle talep edilen tazminatın kendi payına düşen kısmından fazlasını öderse, bu fazla ödeme için diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip olur ve zarar görenin haklarına halef olur (TBK m. 62/II).¹⁸⁸ Ayrıca, rücu işle-

¹⁸⁵ Eren, s. 817; Antalya, s. 541-542.

¹⁸⁶ Yarg. HGK, T. 23.06.2004, E. 2004/13-291, K. 2004/370 "Olayın meydana gelmesinde ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B. Y. in 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta B. Y. ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastanenin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu açıktır." (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 07.05.2018); Yarg. 13. HD, T. 31.05.2012, E. 2012/7386, K. 2012/14143 "Ameliyathane, cihaz ve yardımcı elamanlara ilişkin kusurlarda davalı sağlık kuruluşunun da sorumlu olacağının kabulü gerekir." (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 07.05.2018).

¹⁸⁷ Yağcıoğlu, s. 179; Eren, s. 818; Antalya, s. 545; Kılıçoğlu, s. 468.

¹⁸⁸ Eren, s. 822 vd.; Kılıçoğlu, s. 469 vd.; Antalya, s. 553 vd. Yarg. 10.HD, T, 10.05.2016, E. 2015/5654, K. 2016/7879 "Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla neden olmaları durumunda, anılan

mi yapılırken, yani rücuen tazminat davalarında teselsül hükümleri uygulanmaz.¹⁸⁹ Diğer bir deyişle, rücu edilen kişi, sadece kendi kusur oranına isabet eden tazminat miktarından sorumlu olur.

Kaynakça

- Akipek Öcal Şebnem, Şahsen İfa, Sadakat ve Özen Gösterme (m. 506), Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, İstanbul 2017, s. 65-77.
- Antalya O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015.
- Ayan Mehmet, Tibbi, Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- Ballard W. Perry/Gold Jeffrey P./Charlson Mary E.: Compliance with the recommendations of medical consultants, *Journal of General Internal Medicine*, Y. 1986, C. 1, S. 4, s. 220-224.
- Başpınar Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Başpınar Veysel, Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007, s. 23-38. (Başpınar, Sempozyum)
- Başpınar Veysel, Avukatın Özen Borcu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. XII, S. 1 - 2, s. 39-62.

50. ve 51. maddeler (6098 sayılı Kanun'un 61. ve 62. maddeleri) gereğince teselsül hükümleri kapsamında bu kişilerin birlikte sorumlulukları vardır ve 146. maddeye (6098 sayılı Kanun'un 62. maddesine) göre, kendi payından fazlasını ödeyenin diğer müteselsil borçlulara karşı rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, her bir borçlu yönünden kusurlarına karşılık gelen miktar ayrılmaksızın teselsül kurallarına göre sorumluluklarına karar verilmelidir." (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 07.05.2018).

- ¹⁸⁹ Yarg. 4. HD, T. 14.01.2015, E. 2014/3412, K. 2015/142 "Dava, rücuen tazminat istemine ilişkin olup; rücu davasında, sorumlular arasında teselsül hükümleri uygulanamaz. Davalılar ancak kusurları oranında sorumludurlar. Açıklanan ilke göz önünde tutularak davalıların kusurlarının bilirkişi görüşü de alınmak sureti ile belirlenmesi ve kusur oranları itibari ile tazminatla sorumlu tutulmaları gerekir. Dosyada tarafların kusur oranlarına ilişkin herhangi bir bilirkişi raporu da bulunmamaktadır. Karar açıklanan nedenlerle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir." (www.kararara.com, Erişim Tarihi: 07.05.2018); Yarg. 4. HD, T. 05.11.2015, E. 2014/11939, K. 2015/12494 "Dava rücuen tazminat istemine ilişkin olduğundan, zararın doğmasına neden olan davalılardan her biri, yalnızca kendi kusuruna isabet eden miktardan sorumludur. Davalıların mahkemece takdir edilen zararın tamamından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları doğru değildir. Rücuda teselsül olmaz ilkesi uyarınca, her bir davalının somut olaydaki kusur ve sorumluluğuna göre tazminata karar verilmelidir. Açıklanan nedenle kararın bozulması gerekmiştir." (www.kararara.com, Erişim Tarihi: 07.05.2018). Benzer karar için bkz. Yarg. 4. HD, T. 05.06.2014, E. 2013/13701, K. 2014/9373 (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 07.05.2018).

- Bates RC: The two sides of every successful consultation, *Med Econ.* Y. 1979, C. 7, s. 173-180.
- Belgin Derya, Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri (HUMK m. 295/A), *Hukuk Gündemi Dergisi*, Y. 2009, S. 2, s. 37-54.
- Besim Hasan, Ameliyathane Ortamı, Ekip Üyeleri ve Organizasyon, http://docs.neu.edu.tr/staff/hasan.besim/Ameliyathane%20Ekip%20%C3%9Cyeleri_2.pdf, Erişim Tarihi: 21.03.2018.
- Besim Hasan, Ameliyathane Ortamı, Ekip Üyeleri ve Organizasyon, http://docs.neu.edu.tr/staff/hasan.besim/Ameliyathane%20Ekip%20%C3%9Cyeleri_2.pdf, Erişim Tarihi: 21.03.2018.
- Büyükcay Yusuf, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, *AÜEHFD*, C. VIII, S. 1-2, Y. 2004, s. 383-396.
- Canlı Fatma, Sağlık Çalışanlarının Ekip Çalışmasına İlişkin Görüşleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Hemşirelik Anabilim Dalı, Adana 2010.
- Cohn Steven L., The Role of the Medical Consultant, *The Medical Clinics of North America*, Y. 2003, C. 87, s. 1-6.
- (Yenerer) Çakmut Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Çalışır Haluk Cemalettin/Şahinoğlu-Pelin Serap, Tıpta Konsültasyon Olgusu, Etik Yaşama Dair Bir Bakış, Ankara 2002.
- Çelik Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, s. 1-45, (http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465_hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf, Erişim Tarihi: 13.04.2018).
- Çelen Özay, Ekip Çalışması Etkinliğinin İş Tatmini ve Hasta Güvenliği Kültürü Üzerine Etkisi: Gülhane Askeri Tıp Fakültesi Eğitim Hastanesinde Bir Uygulama, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2011.
- Demir Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010.
- Demir Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252. (Demir, Sorumluluk)
- Demirel Birol, Hekimin Yasal Sorumlulukları, *Gazi Tıp Dergisi*, Y. 2005, C. 16, S. 3, s. 99-106.
- Deryal Yahya, Tıbbi Konsültasyona Bağlı Hukuki Problemler (Müdavi Hekim Konsultan Hekim İlişkileri), Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2010, s. 91-98.
- Doğan Hanzade, Virginia Üniversitesi Etik Konsültasyon Merkezi, Charlottesville, Virginia, ABD, Medikal Etik (İlkeler ve Sorunlar), İstanbul 2000.
- Doğramacı Yakup Gökhan, Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlişkisi, İstanbul 2016.
- Erdemir Demirhan Ayşegül, Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi, Bursa, 1996.

- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.
- Ersoy Nermin, Hastane Etik Kurulları, http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoyn/Hastane_etik_kurullari.ppt (Erişim Tarihi: 13.05.2018).
- Erturgut Mine, Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-Belge ve E-İmza, *Bankacılık Dergisi*, Y. 2003, S. 48, s. 66-79.
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Felmann Walter, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art 394-406 OR, Bern 1992.
- Freer Steven/ Nettleman Mary, Medical Consultation, s. 1-4 (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.602.6924&rep=rep1&type=pdf>, Erişim Tarihi: 03.04.2018).
- Gehrer Carole/Giger Gion, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Fünfter Teil: Obligationenrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.
- Goldman Lee/Lee Thomas/Rudd Peter, Ten Commandments for Effective Consultations, *Arch Intern Med* Y. 1983; C. 143, s. 1753-1755.
- Gökcan Hasan Tahsin, Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması, *Yargıtay Dergisi*, Y. 2012, C. 38, S. 1-2, s. 5-44.
- Gümüş Mustafa Alper, Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, İstanbul 2014. (Gümüş, Kitap)
- Gürsoy Kemal Tahir, Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1973, S. 1-4, s. 57-83.
- Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015. (Hakeri, Kitap)
- Kaleli Süleyman, Etik Kurullar, http://content.lms.sabis.sakarya.edu.tr/Uploads/29014/53366/ebe_13.pdf (Erişim Tarihi: 13.05.2018).
- Karabacak Furuncu Semra, Türk Hukuk Düzeninde Biyoetik Kurullar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2013.
- Karasu Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009.
- Karlıkaya Esin, "Etik Konsültasyon/Danışmanlık" Konusunda Kliniklerde Çalışan Sağlık Görevlilerinin Tutum ve Beklentileri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2007.
- Katoğlu Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2007, S. 68, s. 29-42.
- Keser Berber Leyla, "İmzalıyorum O Halde Varım" Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, *TBB*, Y. 2000, S. 2, s. 503-556.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015.

- Korkmaz Yakup, E-İmza, E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2017, s. 305-365.
- Korkmaz Yakup, Vekaletin Kapsamı (m. 504), Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, İstanbul 2017, s. 35-49.
- Makas Recep, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, C. XVI, S. 4, s. 149-180.
- Nomer Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015.
- Orer Gürsel, Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 2011.
- Özay Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Özdemir Hayrunnisa, Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. XIV, S. 1, s. 125-164.
- Özdemir Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2017.
- Özlü Tefvik, Günümüz Hekimliğinde Konsültasyon, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/tevfik-ozlu/tr-gunumuz-hekimliginde-konsultasyon-1-45-2322.html>, (Erişim Tarihi: 21.03.2018).
- Özlü Tefvik, Günümüz Hekimliğinde Konsültasyon, Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2010, s. 63-70. (Özlü, Sempozyum)
- Petek Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2006, C. 8, S. 1, s. 177-239.
- Petek Hasan, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2013.
- Sağıroğlu Şeref/Alkan Mustafa, Her Yönüyle Elektronik İmza, Ankara 2005.
- Salerno Stephen M./Hurst Frank P./ Halvorson Stephanie, Principles of Effective Consultation: an uptade for the 21st-century consultant, *Arch Intern Med.*, Y. 2007, C. 167, s. 271-275.
- Soyer Erdemir Döndü, Cerrahi Ekip Üyeleri ve Ameliyathane Ortamı, <https://dondusoyer.wordpress.com/2016/11/03/cerrahi-ekip-uyeleri-ve-ameliyathane-ortami/>, Erişim Tarihi: 21.03.2018.
- Şenocak Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.
- Şenocak Zarife, Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması, *AÜHFD*, Y. 2001, C. 50, S. 2, s. 97-135.
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987.
- The American College of Obstetricians and Gynecologists, ACOG Committee Opinion; Seeking and Giving Consultation, Number 365, May 2007, s. 1-5 (<https://www.acog.org/Clinical-Guidance-and-Publications/Committee-Opini>

- ons/ Committee-on-Ethics/Seeking-and-Giving-Consultation, Erişim Tarihi: 07.04.2018).
- Tok Ahmet/Gün Tok Sabiha, Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu, *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 2016, C. 90, S. 5, s. 15-44.
- Turanboy Kürşat, Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısının Hükümleri, www.e-akademi.org (Erişim Tarihi: 28.04.2018);
- Ünder Yıldız Ertuğ, Asistan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2012, s. 35-47.
- Ünver Yener, Müdavi Hekim - Konsültan Hekim İlişkisinin Ceza Hukuku Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi, Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İş Birliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2010, s. 99-121.
- Ünver Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s. 881-916. (Ünver, Güven İlkesi)
- Weber Rolf H., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.
- Yağcıoğlu Ali Haydar, Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara 2014.
- Yalvaç Gürsel, Hukuksal Açıda Tıpta Uygulama Hataları, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, s. 16-22 (<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/842.pdf>, Erişim Tarihi: 03.05.2018).
- Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.
- Yelmen Adem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Ali Naim İNAN'a Armağan, Ankara 2009, s. 907 - 922.
- Yıldız Ali Kemal, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, VII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2010, s. 259-281.
- Zengin Nazmi, Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında İşbirliği, VII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar, Samsun 2000, s. 283-289.
- Zeytin Zafer, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Türkiye Klinikleri J Med Ethics, Y. 2006, S. 14, s. 77-82.
- www.anh.gov.tr
- www.ctf.edu.tr
- www.hastane.com.tr
- www.hukuki.net
- www.hukukmedeniyeti.org
- www.kararara.com
- www.kazanci.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.saglik.sozlugu.org

www.sakaryaeah.saglik.gov.tr

www.sinerjimevzuat.com.tr

www.tdk.gov.tr

www.ttb.org.tr

www.tiphukuku.org.tr

www.turkhukuk sitesi.com

TİCARİ İŞLERDE FAİZ VE YARGITAY UYGULAMASI

INTEREST IN COMMERCIAL AFFAIRS AND THE APPLICATION OF THE SUPREME COURT

Yasemin YÜCESOY YILMAZ*

Özet: Konusu bir miktar para olan borçlarda, para alacağından belirli bir süre mahrum kalınması sebebiyle ödenen bedele faiz denilmektedir. Faiz, konusu bir miktar para olan borçlarda söz konusu olmaktadır. Konusu para alacağı olmayan borçlarda, faiz alacağı doğmamaktadır.

Faiz, gerek doktrinde ve gerekse uygulamada çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutularak incelenmektedir. Yapılan bu sınıflandırmalardan birisi de adi işlerde faiz ve ticari işlerde faiz ayrımıdır. Ticari nitelikte olmayan işlerde uygulanacak faize, adi faiz denilmektedir. Ticari nitelikte olan işlere uygulanacak faize ise, ticari işlerde faiz denilmektedir. Ticari işlerde faiz, oran serbestisi, bileşik faiz uygulanabilmesi ve kararlaştırılmamış olmasına rağmen faiz istenebilmesi yönünden adi işlerden farklılaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ticari İş, Faiz, Oran Serbestisi, Bileşik Faiz, Temerrüt

Abstract: In cases where a debt is a certain amount of money, the amount of interest paid for deprivation for a certain period of time is called interest. Interest is a matter of debt, which is a substantial amount of money. Interest does not come into question in cases where a debt is not a certain amount of Money. Interest is examined both in the doctrine and in practice into various classifications. One of these classifications is interest in ordinary affairs and interest in commercial affairs. The interest that is applied to the affairs that are not of commercial nature is called ordinary interest. The interest that is applied to businesses of commercial nature is called interest in commercial affair. Interest in commercial affair differs from the interest in ordinary affairs in rate release and in compound interest and also commercial interest can be requested even though it is not agreed by the parties.

Keywords: Commercial Affair, Interest, Rate Release, Compound Interest, Default

* Dr., Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, yaseyuce30@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5479-9378

GİRİŞ

Para alacağından mahrum kalınması sebebiyle alacaklıya ödenen karşılığa faiz denilmektedir.¹ Faiz, konusu bir miktar para olan borçlarda² söz konusu olmaktadır. Konusu para alacağı olmayan borçlarda faiz söz konusu olmamaktadır.³ Bununla birlikte bir hukukî işlem veya kanun hükmü gereğince faiz ödeme borcu doğmadığı sürece, her para alacağı için mutlaka faiz ödenmesi gerekmemektedir.⁴

Faiz alacağı, anapara alacağından bağımsız, fakat aynı zamanda anapara alacağına bağlı bir alacaktır. Faiz alacağı anapara alacağının bir parçası olmadığından, faiz alacağına yönelik ödeme yapılması, kısmî ödeme olarak kabul edilmemektedir. Faiz alacağının anapara alacağından ayrı olarak takip ve dava edilmesi veya üçüncü bir kişiye alacağın devri hükümlerine göre devredilmesi mümkündür. Ayrıca anapara faiz alacağı, anapara alacağından bağımsız olarak TBK m. 147/b.1 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.⁵

Faiz, doktrinde ve uygulamada çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutularak incelenmektedir. Faiz bakımından yapılan bu sınıflandırmalar konusunda çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır. Bununla birlikte bu çalışmanın konusunu, ticari işlerde faiz oluşturmaktadır.

I. FAİZ KAVRAMI, FAİZİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ

A. Faiz Kavramı

Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan borçlarda, borcun doğduğu ya da muaccel olduğu tarihten, ödemenin yapıldığı tarihe kadar

¹ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.-1, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul 2014, s. 312.

² Para borcu, satış, kira, eser, finansal kiralama gibi bir sözleşmeden doğabileceği gibi, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğabilmektedir (Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 17. Bası, Ankara 2013, s. 616).

³ Kılıçoğlu, s. 616.

⁴ Kürşad Yağcı, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK. M. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 2, Y. 2013, s. 422; Oğuzman/Öz, C.-1, s. 312; Örneğin TBK m. 387/f.1 hükmüne göre ticari nitelikte olmayan tüketim ödünçü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenememektedir.

⁵ Oğuzman/Öz, C.-1, s. 313.

duruma göre kısa veya uzun bir süre geçebilmektedir. Böyle bir hâlde, borçlunun aradaki süreden faydalanması sebebiyle alacaklıya kanun veya sözleşme gereği, belli bir oran üzerinden ödemekle yükümlü olduğu paraya faiz denilmektedir.⁶ Ayrıca faiz hukukî açıdan bir miktar para alacağının, alacaklısına sağladığı medeni semere, ekonomik açıdan ise sermayenin geliri olarak tanımlanmaktadır.⁷ HGK'nın 15.05.2015 tarih, 2013/6-2249 E., 2015/1362 K. sayılı kararında ise, "... Faiz; para alacağının medeni semeresidir. Başka bir ifade ile faiz, ödünç akdi veya başka bir hukuki muamele yahut fiil neticesinde başka bir kimseden alacaklı duruma geçen kimsenin para alacağının karşılığı ve bir nevi ücret ve kirası ..." olarak tanımlanmıştır. Ancak faizi, para alacağının kirası olarak kabul etmek doğru değildir. Zira kirada bir mal kullanılmak üzere kiracıya bırakılmaktadır. Oysaki faiz alacağının doğması için, mutlaka bir miktar paranın kullanılmak üzere borçluya verilmesine gerek bulunmamaktadır. Satış sözleşmesinde, satış bedelinin geç ödenmesi sebebiyle kararlaştırılan temerrüt faiz alacağının doğması hâlinde durum böyledir. Bu açıklamalardan çıkan sonuç şudur ki, faiz borcunun esasını, bir miktar parayı kullanmaktan ziyade, para borcunu ödemek hususunda bir süreden faydalanmak oluşturmaktadır.⁸

Faiz alacağının doğması için, konusu bir miktar para olan bir borcun bulunması gerekmektedir. Para borçları dışında başka tür borçlarda, faiz alacağının doğması söz konusu değildir. Para borcunun kaynağı sözleşme olabileceği gibi, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme de olabilmektedir. Bununla birlikte bir para borcunun bulunması da, tek başına faiz alacağının doğması için yeterli değildir. Zira bir hukukî işlem veya kanun hükmü gereğince faiz ödeme borcu doğmadığı sürece, her para alacağı için mutlaka faiz ödenmesi gerekmemektedir.⁹

⁶ Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 978; Selahattin Sulhi Tekinay/Servet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 786; Murat Aydoğdu, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler", *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, Y. 2010 (Basım Yılı: 2011), s. 86.

⁷ Andreas von Tuhr (Çev.: Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısım C.:1-2, Yargıtay Yayınları No:15, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 61; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara 2017, s. 27, 31.

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 786.

⁹ Oğuzman/Öz, C.-1, s. 312; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 789.

Faiz alacağı, bir miktar paranın kullanım hakkından iradi olarak belli bir süre yoksun kalınması sebebiyle ortaya çıkabileceği gibi, iradi olmaksızın belli bir süre yoksun kalınması sebebiyle de ortaya çıkabilmektedir.¹⁰ Alacaklı, tüketim ödücü sözleşmelerinde iradi olarak paranın kullanım hakkından yoksun kalmakta, haksız fiilin varlığı hâlinde ise, iradi olmaksızın paranın kullanım hakkından yoksun kalmaktadır. Faiz alacağının ortaya çıkması için kusur şartı aranmamaktadır. Faiz alacağının hesaplanabilmesi için uygulanacak oran, sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi, kanun tarafından da belirlenebilmektedir.¹¹

Asıl alacak sona ermediği sürece, faiz alacağı da kural olarak işlemeye devam etmektedir. Bununla birlikte borçlu hakkında aciz vesikası düzenlenmesi veya borçlunun iflâs etmesi hâlinde iflâsın açılması ile birlikte faiz işlememektedir.¹²

B. Faizin Hukukî Niteliği

Faiz alacağı, anapara alacağına bağlı fer'î bir alacaktır. Buna bağlı olarak faiz alacağının doğumu, varlığı ve geçerliliği, asıl borcun doğumuna, varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Asıl borç sona erince, daha önce işlemiş ve doğmuş faiz alacağı da sona ermektedir.¹³ TBK m. 131/f.I' de bu husus açıkça düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, *"Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur."* Bununla birlikte bu genel kuralın istisnasına rastlamak mümkündür. Bu cümleden olarak, alacaklı ile borçlunun yapacakları bir anlaşma ile asıl borcun ibra edilmesini ve ancak faiz borcunun devam edeceğini kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, alacaklının asıl borcun sona ermesinden

¹⁰ Şükrü Saraç, Yargıtay Kararları Işığında Banka Kredi Kartı Uyuşmazlıkları, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2013, s. 140.

¹¹ Saraç, s. 140.

¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 797-798; von Tuhr, s. 65.

¹³ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 519-520; Arslan Kaya, "Adi ve Ticari İşlerde Faiz", *İHFM*, C. LIV, Y. 1994, s. 347; Aydoğdu, s. 87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 786-787; von Tuhr, s. 64; "... Faiz borcu, asıl alacaktan ayrı fakat ona bağlı bir yan edimdir. Faiz borçları asıl alacağın varlığına bağlıdır ve asıl alacak sona erdiğinde faiz borcu da sona erer ..." HGK, 15.05.2015 T., 2013/6-2249 E.-2015/1362 K. (Kişisel Arşiv).

önce işlemiş ve doğmuş faiz alacaklarını sonradan isteme hakkını açıkça saklı tutması ya da durum ve koşullardan saklı tuttuğunun anlaşılması da mümkündür.¹⁴ TBK m. 131/f.II'de bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *"İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir."*

Asıl borcun sona ermesine bağlı olarak faiz alacağının sona ermesi için, asıl alacağın fiili olarak tahsil edilmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple asıl alacağın tahsili için açılan bir davada, faiz alacağının istenilmemesi ya da faiz alacağına ilişkin hakkın saklı tutulmaması, bu alacağın daha sonra istenilmesine engel teşkil etmemektedir. Ancak açılan dava sonucunda hüküm altına alınan asıl alacağın çekince konulmaksızın tahsil edilmesi hâlinde, faiz alacağı da sona ermektedir.¹⁵

Faizin fer'î nitelikte bir alacak olması sebebiyle asıl alacağın üçüncü bir kişiye devri hâlinde, TBK m. 189/f.II uyarınca işlemiş ve fakat tahsil edilmemiş faiz alacakları ile işleyecek faiz alacakları da devredilmiş olmaktadır. Ancak bu kuralın aksinin kararlaştırılması mümkündür.¹⁶

¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 786-787.

¹⁵ "... Dava faiz alacağının ödettilmesi istemine ilişkindir. Dosya içeriğine göre, davacının, ilk davada esas alacak yönünden faiz için istemde bulunmadığı açık ve seçikle saptanmıştır. Faiz istenmeden yalnız asıl alacak için açılan dava, bir bölümsel (kısmî) dava değildir; tam davadır. Çünkü faiz asıl alacağın bir bölümü olmayıp onun fer'î nitelikte ve fakat ayrı bir alacaktır. İlk davada alacağın tümü için istemde bulunulursa, ortada tam dava var demektir. Davacı, asıl alacak hakkındaki dava dilekçesinde faiz istememiş ise, bununla faiz alacağından örtülü olarak vazgeçmiş sayılamaz. Davacı, yalnız asıl alacağın ödenmesi için açtığı davada, faiz isteme hakkını saklı tutmamış olsa bile, daha sonra faiz için ayrı bir dava açabilir. BK m. 113/II'de kabul edilen esas asıl borcun ödenmiş olması ile ilgilidir. Bu madde asıl borcun ödenmesi sırasında işlemiş faizleri istemek hakkı saklı tutulmamış ise, artık faizin istenemeyeceğini belirtmektedir. Somut olayda davacı asıl alacak için açtığı davada faiz istememiş ve faiz alacağı konusunda açtığı dava gününde asıl alacak davacıya ödenmemiş bulunduğundan, dayanaksız gerekçe ile davanın reddedilmesi doğru değildir ..." (Yarg. 13. HD, 15.03.1982 T., 1982/1232 E.-1982/1772 K.) (Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 787, dn. 24b).

¹⁶ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-2, Vedat Kitapçılık, 11. Bası, İstanbul 2014, s. 564; Kemal Dayınlarlı, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2010, s. 270; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 789.

Aynî ve şahsî teminatların asıl alacağa olduğu kadar, faiz alacağına da teminat oluşturmaları, fer'îlik ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁷

Faiz alacağı, anapara alacağına bağlı fer'î bir alacak olmasına rağmen, anapara alacağının bir parçası değildir. Faizin ödenmesi, kısmî ödeme olarak kabul edilmemektedir. Bu sebeple alacaklı, anapara ödenmeden yapılan faiz ödemesini kabul etmek zorundadır. TBK m. 84 uyarınca ifadan kaçınmaz.¹⁸ Faiz alacağı anapara alacağından ayrı olarak takip ve dava edilebileceği gibi, üçüncü bir kişiye de devredilebilmektedir.¹⁹ Anapara faiz alacağı, anapara alacağından bağımsız olarak TBK m. 147/b.1 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.²⁰ Anapara alacağı yönünden zamanaşımının kesilmesi, faiz alacağı yönünden de zamanaşımının kesilmesine sebep olmamaktadır. Her tür alacak da olduğu gibi, faiz alacağı da borcu sona erdiren sebeplerle sona ermektedir.²¹

C. Faiz Türleri

Faiz, çeşitli sınıflandırmalara tabi tutularak incelenmektedir. Aşağıda farklı açılardan yapılan sınıflandırmalara göre faiz türleri incelenecektir.

a) Akdi Faiz - Kanuni Faiz

Uygulanacak oranın sözleşmede taraflarca kararlaştırıldığı faiz türüne, akdi faiz denilmektedir.²² Uygulanacak oranın sözleşmede kararlaştırılmadığı hâllerde söz konusu olan faiz türüne ise, kanuni faiz denilmektedir. Faiz alacağının doğduğu bir hâlde, anaparaya hangi oranın uygulanması ile faiz alacağının hesaplanacağı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, uygulanacak oran 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (3095 sayılı Kanun) hükümlerine göre belirlenmektedir.²³

¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 789.

¹⁸ Kaya, s. 351.

¹⁹ Aydoğdu, s. 88.

²⁰ Oğuzman/Öz, C.-1, s. 313.

²¹ Eren, Özel Hükümler, s. 520.

²² Nurdan Orbay Ortaç, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", *AnBD*, 2014/2, s. 123; Ayhan/Çağlar, s. 32; Kaya, s. 353; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, Legem Yayıncılık, Ankara 2017, s. 132.

²³ Orbay Ortaç, s. 123; Ayhan/Çağlar, s. 33.

b) Anapara Faizi-Temerrüt (Gecikme) Faizi

Belirli bir miktar paranın sırf faiz elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya böyle bir amaç olmaksızın borçluda kalması sebebiyle talep edilebilen faiz türüne, anapara faizi denilmektedir.²⁴ Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşülmesi sebebiyle ödenen faiz türüne ise, temerrüt faizi denilmektedir.²⁵ Temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü kanundan doğmaktadır.²⁶ Anapara faizinde zamanaşımı süresi beş yıl olmasına rağmen, temerrüt faizi asıl alacağın bağlı olduğu zamanaşımı süresine bağlıdır.²⁷

c) Adi İşlerde Faiz-Ticari İşlerde Faiz

Ticari nitelikte olmayan işlerde uygulanacak olan faize, adi faiz denilmektedir. Ticari nitelikte olan işlere uygulanacak faize ise, ticari işlerde faiz denilmektedir. Ticari işlerde uygulanacak faiz konusunda aşağıda ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

d) Basit Faiz- Bileşik Faiz

Gerek anapara faizi, gerekse temerrüt (gecikme) faizi ödenmesi gereken hâllerde, yalnızca anaparaya faiz işletilmesine basit faiz denilmektedir. Belirli devreler sonunda faizin anaparaya eklenmesi suretiyle bulunacak toplam üzerinden işletilen faize ise, bileşik faiz denilmektedir.²⁸

II. TİCARİ İŞLERDE FAİZ

A. Ticari İş Kavramı

Bir hukukî uyumsuzluğun çözümünde ticari hükümlerin mi, yoksa genel hükümlerin mi uygulanacağı, uyumsuzluk konusu işlem veya fiilin ticari iş olup olmamasına göre belirlenmektedir.²⁹ Ticari işlerin

²⁴ Hasan Ayrancı, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar* (BK. m. 105), Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 66; Bozkurt, s. 128; Kaya, s. 352.

²⁵ Bozkurt, s. 128; Kaya, s. 352.

²⁶ Ayrancı, s. 66; Bozkurt, s. 138-139.

²⁷ Kaya, s. 353; Bozkurt, s. 129.

²⁸ Ayhan/Çağlar, s. 40; Eren, *Özel Hükümler*, s. 526; Orbay Ortaç, s. 123; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 793; Kaya, s. 352; Bozkurt, s. 139.

²⁹ Kürşat Göktürk, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", *GÜHFD*, C. XIX, S. 2, Y. 2015, s. 42; Eren Çıtır, "Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi", *GÜHFD*,

neler olduğu TTK m. 3'te düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m. 19'da da tacir olmanın hükümleri arasında ticari iş kavramına değinilmiştir.³⁰

Kanun sistemi esas alınarak yapılacak bir sınıflandırmada, ticari işlerin iki grup altında sınıflandırılması mümkündür. Bunlardan birincisi, TTK m. 3'te düzenlenen ve kanunun uygulama alanını belirlemeye yönelik ticari işlerdir. İkincisi ise, TTK m. 19 uyarınca tacir olmanın hükümleri olarak ortaya çıkan ticari iş karinesidir.³¹ Anılan bu hükümler incelendiğinde, bir işin ticari olup olmadığının belirlenmesinde, üç kriterin belirleyici olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, TTK'da düzenlenen işler, ticari işletmeyi ilgilendiren işler ve tacirin borçları, bir işin ticari nitelikte bir iş olup olmadığının belirlenmesinde kriter olarak alınmaktadır.³²

TTK m. 3, *"Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir."* düzenlemesini içermektedir. Madde hükmüne göre, TTK'da düzenlenen bir husus, ticari işletmeyle ilgili olmasa bile, kanun gereği ticari iş olarak kabul edilmektedir. Kamu görevlisi bir kişinin yine kamu görevlisi olan arkadaşından aldığı borç para için bono düzenlemesi hâlinde durum böyledir. Zira ne bonoyu düzenleyen, ne de bononun lehtarı tacirdir.³³ Bir işin TTK'da düzenlendiğinin kabul edilebilmesi, o işe ilişkin hukukî sonuçların da kanunda düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Yoksa yalnızca terim olarak bir hususun kanunda geçmesi, ticari iş olarak kabul edilmesi için yeterli değildir.³⁴ Yine madde hükmüne göre bir işlem veya fiil TTK'da düzenlenmemiş olsa bile, ticari işletmeyle ilgili oldu-

C. XX, S. 3, Y. 2016, s. 38; Ali Bozer/Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, BTHAE., 4. Bası, Ankara 2017, s. 53; Oruç Hami Şener, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 51.

³⁰ Ayhan/Çağlar, s. 14; 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda "ticari iş" terimi kullanılmamıştır. Bu terimin yerine, "ticari muamele", "mevaddı ticariye" gibi terimler kullanılmıştır. "Ticari iş" terimi 6762 sayılı eTTK. ile Türk Hukuk lügatına girmiştir (Bkz. Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 53).

³¹ Göktürk, s. 12; Ayhan/Çağlar, s. 14; Şener, s. 51.

³² Göktürk, s. 7.

³³ Ayhan/Çağlar, s. 14-15; Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 53-54; Şener, s. 51-52; TTK'da haksız fiil teşkil eden bazı hususların da düzenlendiği görülmektedir. Bu cümleden olarak haksız rekabet, TTK m. 54 vd. hükümlerde düzenlendiğinden ticari iş olarak kabul edilmektedir. Buna göre TTK'nda düzenlenen hususlar, bir ticari işletmeyi ilgilendirmese ve haksız fiil teşkil etse bile, yine de ticari iş olarak kabul edilmektedir (Bkz. Şener, s. 52).

³⁴ Göktürk, s. 15.

ğu sürece, ticari iş olarak kabul edilmektedir.³⁵ Burada “*ticari işletmeyi ilgilendiren*” kavramından anlaşılması gereken, işin ticari işletmenin işletme konusu ve işleyişi ile ilgili olmasıdır.³⁶ “*Ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller*” kavramından anlaşılması gereken ise, hukukî işlem, hukukî işlem benzeri, vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiillerdir.³⁷ Tacirin ticari işletmesi için klima satın alması, ticari işletmenin konusu ile ilgili bir faaliyetin yerine getirilmesi sırasında üçüncü kişiye zarar verilmesi hâlinde durum böyledir.³⁸ Yalnızca asıl işlemler değil, ticari işletme ile ilgili bir işin icrasına hazırlık oluşturan veya kolaylaştıran işlemler de, ticari iş sayılmaktadır.³⁹ Ancak maddede hükmünde geçen ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller kriterine göre belirlenen ticari iş olma özelliği, yalnızca ticari işletmesi ilgili işlem ve fiili gerçekleştiren kişi açısından geçerlidir. Karşı tarafın da dâhil edilmesi için, TTK m. 19/f.II uyarınca değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁴⁰

TTK m. 19’da ise ticari iş karinesi düzenlenmiştir. TTK m. 19/f.I’e göre, bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Bu kural tüzel kişi tacirler bakımından mutlak olarak uygulanmaktadır. Bununla birlikte gerçek kişi tacirler bakımından bu kural mutlak değildir.⁴¹ Aynı maddede hükmüne göre gerçek kişi bir tacir, işlemi yaptığı sırada bu işlemin ticari işletmesini ilgilendirmediyi diğer tarafa bildirirse ya da işin niteliği ticari sayılmasına elverişli değilse, borç adi borç olarak kabul edilmektedir. Gerçek kişi tacirin, çocuğunu özel bir okula kaydettirmek için eğitim sözleşmesi yapması hâlinde durum böyledir. Zira böyle bir işlemin ticari işletmeyle ilgili olamayacağı işin niteliğinden

³⁵ Ayhan/Çağlar, s. 15; Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 54.

³⁶ Göktürk, s. 17; Ayhan/Çağlar, s. 16; Şener, s. 52.

³⁷ Göktürk, s. 16; Şener, s. 52-53.

³⁸ Şener, s. 53.

³⁹ Şener, s. 54.

⁴⁰ Bozkurt, s. 108.

⁴¹ Göktürk, s. 18; Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 55; Bozkurt, s. 111; Şener, tüzel kişi tacirler bakımından bu durumun aksinin ispatının sağlanıp sağlanmayacağı bakımından ikili bir ayırım yapılması gerektiğini, tüzel kişi tacir olarak kabul edilen ve amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflar (TTK m. 16/f.I) için, adi iş ve ticari iş ayırımının söz konusu olabileceğini, bunların işlettikleri ticari işletme ile ilgili olmayan, diğer işlemlerden kaynaklanan işlerin, adi iş sayılması gerektiğini, buna bağlı olarak da böyle bir hâlin ispatına imkân tanınması gerektiğini ifade etmektedir (Bkz. Şener, s. 55, aynı yönde görüş için Ayhan/Çağlar, s. 21-22).

açıkça anlaşılmaktadır. TTK m. 19/f.II hükmüne göre ise, taraflardan yalnızca birisi için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğer taraf için de ticari iş sayılmaktadır. Bu madde hükmüne göre işin diğer taraf için de ticari iş olarak nitelendirilebilmesi için aranan kriter, taraflardan yalnızca birisi için ticari iş niteliğinde olan bir sözleşmeden kaynaklanmasıdır.⁴² Bununla birlikte borcun kaynağı sözleşme dışında haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanıyorsa veya TTK m. 19/f.II'nin uygulanmasına engel bir kanun hükmü bulunuyorsa söz konusu işlem veya fiil, ticari iş olarak kabul edilemez. Bir devlet memurunun kendi arabası ile bir şirketin mağazasına çarparak zarar vermesi hâlinde durum böyledir.⁴³

B. Ticari İşlerde Faiz Uygulaması

TTK'nın başlangıç bölümünde "*Ticari işlerde faiz*" üst başlığı ile 8.-10. maddeler arasında faize ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

TTK m. 8'de oran serbestisi ve bileşik faizin şartları düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, "(1) *Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.* (2) *Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir. Şu şartla ki, bu fıkra, sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz.* (3) *Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır.* (4) *Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı olarak işletilen faiz yok hükmündedir.*"

TTK m. 9'da uygulanacak hükümler başlığı altında, ticari işlerde, kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı, TTK m. 10'da ise, aksine bir sözleşme yoksa ticari bir borcun faizinin, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir.

⁴² Göktürk, s. 26; Çıtır, s. 41; Şener, s. 56-57; Bozkurt, s. 112; TTK m. 19/f.II'nin en çok tartışılan yönü, tacir olmayan kişiler aleyhine bir düzenleme içermesidir. Madde hükmüne göre sözleşmenin taraflarından ticari işle ilgili olmayan taraf, sözleşmenin sırf diğer taraf için ticari iş niteliğinde olması sebebiyle, bir takım külfetlerle karşılaşmaktadır (Bkz. Çıtır, s. 41); Şener ise hükmün, tacir olmayan kişiler aleyhine sonuçlar doğurabildiği gibi, yerine göre lehine sonuçlar da doğurabildiğini, somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir (Bkz. Şener, s. 56).

⁴³ Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 56-57.

Aşağıda ticari işlerde faiz uygulamasında özellik gösteren durumlar incelenecektir.

a) Oran Serbestisi

TTK m. 8/f.I'de, ticari işlerde tarafların faiz oranını serbestçe belirleyebileceği düzenlenmiştir. TTK'nın bu hükmünün, TBK m. 88 ve 120 hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

TBK m. 88'e göre anapara faizi ödeme borcunun doğduğu hâllerde, uygulanacak yıllık faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine (3095 sayılı Kanun) göre belirleme yapılacaktır. Uygulanacak yıllık faiz oranının sözleşmede kararlaştırılması hâlinde ise, kararlaştırılan bu oran uygulanacaktır. Bununla birlikte, sözleşmede kararlaştırılacak yıllık anapara faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre belirlenecek olan faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacaktır. Buna göre ticari nitelikte olmayan bir işte, anapara faizi ödenmesi gerektiğinde, taraflarca uygulanacak faiz oranı % 20 olarak belirlenmişse, kural olarak kararlaştırılan bu oran uygulanacaktır. Ancak kararlaştırılan bu oranın, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine (3095 sayılı Kanun) göre belirlenecek oranın yüzde elli fazlasını aşıp aşmadığının belirlenmesi gerekmektedir. 3095 sayılı Kanun m. 1/f.I'de faiz oranı % 12 olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte Bakanlar Kurulu, 3095 sayılı Kanun m. 1/f.II'den aldığı yetkiye dayanarak 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere bu oranın % 9 olarak uygulanmasına karar vermiştir. O halde taraflarca kararlaştırılan % 20 anapara faiz oranının uygulanması söz konusu değildir. Uygulanacak faiz oranı, 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenecek % 9 oranının yüzde elli fazlası olan % 13,5 olacaktır. Kanunun anapara faizi için öngördüğü % 13,5 oranını aşar şekilde kararlaştırılan oran bakımından, kısmi hükümsüzlük hâli söz konusu olmaktadır. Taraflarca bir kararlaştırma yapılmamış ise, uygulanacak anapara faiz oranı % 9 olacaktır.⁴⁴

TBK m. 120'ye göre ise, temerrüt faizi ödeme borcunun doğduğu hâllerde, uygulanacak yıllık faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat

⁴⁴ Yağcı, s. 424-425.

hükümlerine (3095 sayılı Kanun) göre belirleme yapılacaktır. Uygulanacak yıllık faiz oranının sözleşmede kararlaştırılması hâlinde ise, kararlaştırılan bu oran uygulanacaktır. Bununla birlikte, sözleşmede kararlaştırılacak yıllık temerrüt faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre belirlenecek faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır. Sözleşmede anaparaya uygulanacak faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte, temerrüt faiz oranı kararlaştırılmamışsa ve kararlaştırılan anapara faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre belirlenecek temerrüt faiz oranından fazla ise, kararlaştırılan bu oran, temerrüt faiz oranı olarak uygulanacaktır.⁴⁵ Buna göre ticari nitelikte olmayan bir işte temerrüt faizi ödenmesi gerektiğinde, taraflarca uygulanacak oran % 20 olarak belirlenmişse, kural olarak kararlaştırılan bu oran uygulanacaktır. Ancak kararlaştırılan bu oranın faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine (3095 sayılı Kanun) göre belirlenecek oranın yüzde yüz fazlasını aşıp aşmadı-

⁴⁵ "... Buna göre, TBK 88. maddesinden de açıkça anlaşıldığı gibi; faiz (anapara faizi) ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir.

Yürürlükte olan mevzuat hükümleri hiç şüphesiz şu anda da yürürlükte olan 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun'dur. Burada "yedek hukuk kuralı" veya "ikâme faiz" de denilebilecek olan kanunî (yasal) faiz devreye girmektedir (3095 sayılı Kanun m. 1).

Faiz (anapara faizi) ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmışsa buna itibar edilecektir. Burada bir sınır getirilmiştir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen (yani 3095 sayılı Yasaya göre belirlenen) yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz (TBK m. 88/f.2 atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 1 ile belirlenen faizin %50 arttırımlı hali, yani %9 + 4,5 = %13,5 oranını aşamaz.). Burada emredici hukuk kuralı devreye girmektedir (TBK m. 88/f.2).

TBK'da "temerrüt faizi" başlıklı düzenlemede de (m. 120) şu şekilde bir çözüme gidilmiştir:

Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir (TBK m. 120/f.1 atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 2).

Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmışsa, bu oran (sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı), birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. (TBK m. 120/f.2 atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 2- adi işlerde %9 + yüzde yüz fazlası yani %9 =18'i; ticari işlerde avans faizinin yüzde yüz fazlasını yani avans faizinin iki katını, (1.1.2011 tarihinden 31.12.2012 tarihine kadar avans faizi %15 olduğundan iki katı olan %30'u aşamayacaktır) ..." Yarg. 13. HD, 22.11.2012 T., 2012/17865 E.- 2012/ 26319 K. (Kişisel Arşiv).

ğının belirlenmesi gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre uygulanması gereken faiz oranı % 9'dur. O halde taraflarca kararlaştırılan % 20 temerrüt faiz oranının uygulanması söz konusu değildir. Uygulanacak faiz oranı, 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenecek % 9 oranının yüzde yüz fazlası olan % 18 olacaktır. Taraflarca bir kararlaştırma yapılmamış ise, uygulanacak temerrüt faiz oranı % 9 olacaktır. Ancak TTK m. 120/f.III hükmünün de burada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hükme göre, sözleşmede anaparaya uygulanacak faiz oranı kararlaştırılmış, bununla birlikte temerrüt faiz oranı kararlaştırılmamışsa ve kararlaştırılan anapara faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine (3095 sayılı Kanun) göre belirlenecek temerrüt faiz oranından fazla ise, kararlaştırılan bu oran, temerrüt faiz oranı olarak uygulanacaktır. Buna göre taraflarca anaparaya uygulanacak faiz oranı % 20 olarak belirlenmiş, fakat uygulanacak temerrüt faizi konusunda bir kararlaştırma yapılmamışsa, anapara faiz oranı olarak kararlaştırılan % 20 oranı, temerrüt faiz oranı olarak uygulanacaktır.⁴⁶

Uygulanacak faiz oranlarına ilişkin TBK m. 88 ve 120 hükümleri incelendiğinde, gerek anapara faiz oranı, gerekse temerrüt faiz oranı konusunda bir sınırlama getirildiği, sözleşme serbestisi ilkesinin kanuni oran üzerinden sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.⁴⁷ Getirilen bu sınırlamanın, faiz ödeme borcunun doğduğu ticari işlerde uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde ve Yargıtay kararlarında tartışılmıştır.

Doktrinde savunulan bir görüşe⁴⁸ göre, TBK m. 88 ve 120'de öngörülen sınırlamalar, ticari işlerde de uygulanabilir nitelikte emredici düzenlemelerdir. Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre⁴⁹ ise, TBK m. 88 ve 120'de öngörülen faiz oranına ilişkin sınırlamaların, ticari işlerde uygulanması söz konusu değildir.

Yargıtay uygulamasında da durum farklı değildir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi farklı tarihlerde verdiği kararlarda⁵⁰, TBK m. 88 ve 120

⁴⁶ Yağcı, s. 426-427.

⁴⁷ Yağcı, s. 421.

⁴⁸ Aydoğdu, s. 96.

⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 981-983; Kılıçoğlu, s. 620; Oğuzman/Öz, C.-1, s. 317; Orbay Ortaç, s. 126; Yağcı, s. 432; Göktürk, s. 43.

⁵⁰ "... İncelenen dosya kapsamına göre, davacının davalıdan aldığı 80.000 TL'ye karşılık davalı lehine verilen 11.01.2008 tarihli ipotek resmi senedine göre, asıl alacak

hükümlerinin emredici nitelikte olduğunu, taraflar ileri sürmese bile re'sen dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay'ın 11. ve 19. Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararlarda⁵¹

80.000 TL olmakla birlikte akti faizin aylık % 10 ve gecikme halinde temerrüt faizinin ise aylık % 20 olarak kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın Dairemiz incelemesine geldiği aşamada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiş olup, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2. maddesinde, "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır" denildikten sonra, görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlığını taşıyan 7. maddesinde aynen "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır." düzenlemesi getirilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)nun 88. maddesindeki "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz" hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur." düzenlemesine yer verilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; uyuşmazlığın çözümü bakımından karar tarihinden sonra yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı TBK 88 ve 120. maddelerinin ve 6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının irdelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

TBK'nun 88 ve 120. maddelerinin düzenleniş amacı ve niteliği gözetildiğinde, emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir. O halde faize ilişkin TBK'nun 88 ve 120. Maddelerinin uygulama şeklinin irdelenmesinde; TBK'da "temerrüt faizi" başlıklı 120. Maddedeki düzenlemeye göre, uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a göre belirlenecektir.

Hal böyle olunca; mahkemece, hükmedilecek temerrüt faizinin TBK'nun 120. maddesine göre belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasa-ya aykırı olup bozma nedenidir ..." Yarg. 13. HD, 19.01.2015 T., 2014/8892 E.-2015/426 K. (Kişisel Arşiv).

⁵¹ "... Dava, kredi sözleşmesinden kaynaklı alacağın tahsili talebine ilişkindir. Mahkemece, davacının temerrüt tarihinden itibaren asıl alacağı taraflar arasında akdedilen sözleşmede belirlenen akdî faiz oranının uygulanması talebi reddedilmiştir. Oysa 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt faizine ilişkin Kanun'un 1. maddesinde "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde" diyerek bu iki Kanun'a göre ödenmesi gereken faiz birbirinden ayrıl-

muştır. Faize ilişkin olarak Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu 8.,10. maddelerinde Borçlar Kanunu'nda bulunmayan, ticari işlere özgü hükümler konulmuş, Türk Ticaret Kanunu 8. maddesinde ticari işlerde faiz miktarında serbesti ilkesi benimsenmiştir. Dava konusu ticari işte de temerrüt faizine hükmedilirken 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun gerek akdi faize ilişkin 88. maddesi gerekse temerrüt faizine ilişkin 120. maddesi kısıtlamaları prensip olarak uygulanamayacaktır. Bu bağlamda mahkemece taraflar arasındaki sözleşme serbestisi ilkeleri çerçevesinde belirlenen temerrüt faizi oranının geçerli olacağı kabul edilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir..." Yarg. 11. HD, 09.06.2014 T., 2013/18074 E.-2014/10977 K. (Kişisel Arşiv).

"... Taraflar arasında düzenlenen bankacılık hizmetleri sözleşmesi ve bu sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğu belirtilen ek sözleşme içeriğinden müşterinin cari hesap bakiyesinin müsait olmadığı durumlarda kredili mevduat hesabına havale emirleri uyarınca borç kaydedileceği anlaşıldığından, dava konusu sözleşme ve ekinin dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 4.maddesinde öngörülen bankacılık işlemleri çerçevesinde, ticari işlemlerden olduğunun kabulü gerekir. Aynı yasanın 8. maddesine göre ticari işlerde faiz oranı serbestçe kararlaştırılır. Bu durumda Mahkemece 6098 sayılı TBK'nın 88 ve 120. maddelerindeki akdi ve temerrüt faizi oranlarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin somut olay bakımından uygulama yeri bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir ..." Yarg. 19. HD, 24.04.2014 T., 2014/4941 E.-2014/7928 K. (Kişisel Arşiv).

"...Yargılama sırasında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesinin "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz." hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur." hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, ticari işlere ilişkin düzenlemelerin bulunduğu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 8/1. maddesinde; ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği, 9/1. maddesinde; ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmış olup bu maddede gönderme yapılan ilgili mevzuat 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'dur. 3095 sayılı Kanun'un 1/1. maddesinde, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse faiz oranının yıllık % 12 olacağı düzenlenmiştir. Fakat Bakanlar Kurulu, Kanun'un 1/2 maddesinden aldığı yetkiye dayanarak 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ticari işlerde kanuni faiz oranını % 9'a indirmiştir.

Görüldüğü üzere Türk Ticaret Kanunu ve 3095 sayılı Kanun'da ticari işlerde akdi faizi sınırlayacak bir hüküm bulunmamaktadır.

6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin gerekçesinde; ticari işlerde faiz oranının serbestçe tayin olunacağına Türk Ticaret Kanununda temel bir ilke olarak yer

ise, ticari işlerde tarafların faiz oranını serbestçe kararlaştırabilecekleri, TBK m. 88 ve 120 hükümlerinde öngörülen sınırlamanın ticari işlerde uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Kanaatimizce TTK m. 88 ve 120 hükümlerinin ticari işlerde uygulanması söz konusu değildir. Zira ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceğini öngören TTK m. 8/f.I hükmü, TBK m. 88 ve 120 hükümlerine göre özel hüküm niteliğindedir⁵² ve öncelikle uygulanmalıdır. Buna göre ticari nitelikte bir işte taraflarca % 50 oranında anapara faizi, % 60 oranında da temerrüt faizi uygulanacağı kararlaştırılmışsa, kararlaştırılan bu oranlar hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın uygulanacaktır. Taraflarca herhangi bir kararlaştırma yapılmadığı hâllerde ise, TTK m. 9 göndermesi sebebiyle 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre belirleme yapılacaktır. Ticari nitelikte bir işte anapara faizi ödenmesi gerektiğinde kararlaştırma yapılmamışsa, adi işlerde olduğu gibi % 9 oranı uygulanacaktır. Temerrüt faizinde uygulanacak oran ise, adi işlerden farklılaşabilmektedir. 3095 sayılı Kanun m. 2/f.I'e göre, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için birinci maddede belirlenen orana (% 9) göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Ancak aynı Kanun m. 2/f.II uyarınca TCMB'nin önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, % 9 oranından fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faiz oranı olarak, bu oran istenebilecektir. Söz konusu bu oran, avans faiz oranı olarak nitelendirilmektedir. Hatta bu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında da bu oran uygulanacaktır. 3095 sayılı Kanun m. 2/f.III'te de, TBK m. 120/f.III'e paralel bir düzenleme yer almaktadır. Madde hükmüne göre, temerrüt faiz oranının sözleşmede kararlaştırılmadığı hâllerde, kararlaştırılan anapara faiz oranı, m. 2/f.I

alması gerektiği, ticari işlerde temel bir kanun olarak Türk Ticaret Kanunu'nun konunun düzenlenmesi gereken yer olduğu, ayrıca bir kanunun sadece kendi kapsamındaki konuları düzenlemesi, bunlara ilişkin hüküm koyması gerektiği, bu sebeple hükmün 6762 sayılı Kanun'da olduğu gibi ticari işlere özgü olduğu, 6762 sayılı Kanun'da kullanılan "tayin olunabilir" ibaresinin ilke ile bağdaşmayan gereksiz bir esnekliğe yer verdiği, ilkenin tam olarak öngörülebilmesi için kesin bir ifade kullanılması gerektiğinden "belirlenir" şeklinde düzeltilmesi vurgulanmıştır. ..." HGK, 15.05.2015 T., 2013/6-2249 E.-2015/1362 K. (Kişisel Arşiv).

52 Oğuzman/Öz, C.-1, s. 317; Yağcı, s. 432; Göktürk, s. 43.

ve II'ye göre belirlenecek orandan fazla ise, temerrüt faiz oranı olarak, kararlaştırılan anapara faiz oranı uygulanacaktır.

Ticari nitelikteki bir yabancı para borcunda uygulanacak anapara ve temerrüt faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, 3095 sayılı Kanun m. 4/a'ya göre yabancı para borcunun faizinde, Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanacaktır.

TTK m. 8/f.I'de ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği öngörülmüş ise de, aynı Kanun m. 8/f.III'te, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Buna göre bir tüketici işlemi söz konusu olduğunda, TTK m. 8/f.I hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Bu hâlde tüketicinin korunmasına ilişkin özel hükümler gündeme gelecektir. Öte yandan ticari işlerde aşırı faiz oranını belirleyen sözleşme, bazı şartların gerçekleşmesi hâlinde TBK m. 28'de düzenlenen gabin hükümlerine tâbi olabileceği gibi, bu sözleşmenin veya bazı hükümlerinin TBK m. 27 uyarınca kişilik haklarına veya ahlâka aykırılık gerekçesiyle geçersiz sayılması da teorik olarak mümkündür.⁵³

Murabaha Nizamnamesi, 3095 sayılı Kanun m. 5/f.I hükmü ile yürürlükten kaldırıldığından, gerek ticari olmayan işlerde ve gerekse ticari işlerde ödenmemiş faizler toplamı anaparayı geçebilmektedir.⁵⁴

b) Bileşik Faiz Uygulanabilmesi

Adi işlerde faize faiz yürütülmesi, başka bir deyişle bileşik faiz uygulanması yasaklanmıştır (3095 sayılı Kanun m. 3/f.I; TBK m. 388/f. III). Bununla birlikte 3095 sayılı Kanun m. 3/f.II'de, TTK hükümleri uyarınca bileşik faiz uygulanmasına cevaz verilmiştir.⁵⁵

TTK hükümleri uyarınca hangi hâllerde bileşik faiz uygulanabileceği, TTK m. 8/f.II ve 726'da açıklanmıştır. Buna göre, üç aydan aşağı olmamak üzere tarafları tacir olan cari hesaplarda bileşik faiz uygulanabilmektedir (TTK m. 8/f.II). Yine üç aydan aşağı olmamak üzere, her iki taraf bakımından ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde

⁵³ Oğuzman/Öz, C.-1, s. 318.

⁵⁴ Eren, Özel Hükümler, 522-523.

⁵⁵ Ayhan/Çağlar, s. 40; Eren, Özel Hükümler, s. 526.

de bileşik faiz uygulanması mümkündür (TTK m. 8/f.II). Bu hükmün tarafları tacir olmayanlara uygulanması söz konusu olmadığı gibi, bu madde hükmüne aykırı olarak işletilen faiz de aynı Kanun m. 8/f.IV hükmü uyarınca yok hükmündedir. TTK m. 726'ya göre ise, bir kambyo senedi dolayısıyla ödeme yapan müracaat borçlusunu, kendisinden önce gelen borçlulara rücu ettiğinde, ödediği ceza ve faizlere, tekrar faiz işletilmesini, başka bir deyişle bileşik faiz uygulanmasını isteyebilmektedir.⁵⁶ Kambyo senetlerine ilişkin bu düzenleme, TBK m. 121/f. III hükmünde öngörülen temerrüt faizine, tekrar faiz yürütülemeyeceğine ilişkin kuralın istisnasını oluşturmaktadır.⁵⁷

c) Kararlaştırılmamış Olmasına Rağmen Faiz İstenebilmesi

TTK m. 20'de, tacirin verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanacağı düzenlenmiştir. Buna göre tacirin ticari işletmesi ile ilgili verdiği bir avans ya da yaptığı bir gider için faiz ödeneceği kararlaştırılmamış olsa bile, tacir TTK m. 20 hükmü uyarınca faiz isteyebilmektedir. TBK m. 387'de de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Madde hükmüne göre, adi nitelikteki tüketim ödünçü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmadığı sürece anapara faizi istenememektedir. Ancak ticari nitelikteki tüketim ödünçü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile anapara faiz istenebilmektedir.⁵⁸

d) Faizin Başlangıcı

Ticari işlerde faiz ödenmesi gereken hâllerde, faizin ne zaman işlemeye başlayacağını, anapara ve temerrüt faizi açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.⁵⁹

⁵⁶ Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, BTHAE., 7. Bası, Ankara 2017, s. 140-141; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara 2013, s. 157.

⁵⁷ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, XII Levha Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2013, s. 219-220; Ayhan/Çağlar, s. 40; Bozkurt, s. 142.

⁵⁸ Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 15. Bası, Ankara 2015, s. 407; Ayhan/Çağlar, s. 36; Eren, Özel Hükümler, s. 520-521; Bozkurt, s. 137; Ticari nitelikteki bir banka genel kredi sözleşmesinde faiz istenebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmasa bile, banka kullandırdığı kredi karşılığında müşterisinden faiz isteyebilecektir (Bkz. Davut Gürses, Banka Genel Kredi Sözleşmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 281).

⁵⁹ Ayhan/Çağlar, s. 41.

da) Anapara Faizinde Faizin Başlangıcı

Anapara faizinde faizin ne zaman işlemeye başlayacağı, taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, kanun tarafından da belirlenebilmektedir. Taraflarca bir kararlaştırma yapılmamışsa ve kanunda da bu yönde bir hüküm bulunmuyorsa, TTK m. 20 uyarınca anapara borcunun doğduğu tarih itibariyle faiz işlemeye başlamaktadır.⁶⁰

db) Temerrüt Faizinde Faizin Başlangıcı

Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi, hukuka aykırı olarak yerine getirmemesi ya da geç yerine getirmesi hâlinde ortaya çıkan hukukî duruma, borçlunun temerrüdü denilmektedir. Temerrüt faizi talep edilebilmesi de, borçlunun temerrüdünün hukukî bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Temerrüt faizinin istenebilmesi, borçlunun kusurlu olmasına ya da alacaklının bir zararının bulunmasına bağlı değildir.⁶¹

Temerrüt faizinde faizin ne zaman işlemeye başlayacağı, TTK m. 10 uyarınca taraflarca kararlaştırılabilmektedir. Böyle bir kararlaştırma yapılmamışsa temerrüt faizi, borçlu temerrüdünün gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlamaktadır.⁶²

Borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117/f.1'de, muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşeceği düzenlenmiştir.⁶³ Anılan madde hükmüne göre borçlunun temerrüde düşmesi, bir takım şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlardan birincisi, edimin ifasının mümkün olmasıdır. Edimin ifası objektif olarak imkânsız hâle gelmişse, temerrüt gerçekleşmez. Bununla birlikte edimin ifası subjektif olarak imkânsız hâle gelmişse, temerrüt gerçekleşir. İkincisi, borcun muaccel olmasıdır. Alacaklının edimi borçludan talep ve dava edebilme yetkisine muacceliyet denilmektedir. Borç muaccel olmadan, borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu değildir.⁶⁴ Borcun

⁶⁰ Ayhan/Çağlar, s. 41.

⁶¹ Şamil Demir, "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", *AnBD*, 2012/4, s. 218; Ayrancı, s. 71; Bozkurt, s. 129.

⁶² Ayhan/Çağlar, s. 41.

⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 1092.

⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1092-1093.

muaccel olacağı an, tarafların anlaşması veya bir ihbar ya da kanun hükmü veyahut hukukî işlemin niteliği ile belirlenebilmektedir. Böyle bir belirleme söz konusu değilse, TBK m. 90 uyarınca borç doğduğu anda muaccel olmaktadır.⁶⁵ Üçüncüsü, alacaklının borçluya bir ihtar göndererek, borçluyu borçlanılan edimi yerine getirmeye davet etmesidir. Alacaklı ihtarında, alacağı talep yönündeki iradesini kesin olarak ortaya koymalı, edimi yerine getirmediği takdirde sonuçlarından sorumlu olacağı yönünde borçluyu açıkça uyarmalıdır.⁶⁶ İhtar, borçluya ulaşması gereken, tek taraflı, hukukî işlem benzeri, alacaklı tarafından yapılan bir irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır.⁶⁷ İhtar çekilmesi gereken hâllerde, temerrüt ihtarın borçluya ulaşması ile gerçekleşmektedir.⁶⁸ Bununla birlikte ihtarda ödeme için bir zaman dilimi öngörül-müşse, temerrüt faizi bu zaman diliminin sonundan itibaren işlemeye başlamaktadır. Gönderilen ihtarda, muaccel olan borcun ihtarın tebliğ tarihinden itibaren üç gün içinde ödenmesinin istenildiği bir hâlde durum böyledir.

TBK m. 117/f.II'de ise belirli vadeli borçlar ile diğer bazı hâllerde borçlunun ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. Belirli bir vadede yerine getirilmesi gereken borçlara, "*belirli vadeli borçlar*" denilmektedir. Belirli vadeli borçlarda, ya taraflar borcun ifa edileceği günü birlikte tespit ederler ya da taraflardan biri, sözleşme- de kendisine tanınan yetkiye istinaden bu günü belirler. Borçlu bu şekilde ifayı belirli bir vadede gerçekleştirmekle yükümlüyse, ihtar çekilmesine gerek olmaksızın belirli vadenin geçmesi ile kendiliğinden temerrüt gerçekleşmektedir.⁶⁹ Öte yandan borç muaccel olmamasına rağmen, borcu ifa etmeyeceğini alacaklıya açıkça bildirmişse, bu hâlde de borçlu ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşmektedir. Böyle bir hâlde borcu ifa etmeme iradesini açıkça ortaya koyan borçluya ihtar çekilmesinin hiçbir anlamı yoktur.⁷⁰

⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1093.

⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1093.

⁶⁷ Serkan Ayan, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü", *DEÜHFD*, C. 12, Özel S., Y. 2010, (Basım Yılı: 2012), s. 752.

⁶⁸ Ayhan/Çağlar, s. 41.

⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1095-1096.

⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1097.

e) TTK m. 1530'a Göre Ticari İşletmeler Arasında Mal ve Hizmet Tedariki Amacıyla Yapılan İşlemlerde Temerrüt Faizi

Borçlunun temerrüdünün şartları ve sonuçları, TBK m. 117 vd. hükümlerde düzenlenmiştir.⁷¹ TTK m. 1530'da, 2 ila 8. fıkralar⁷² arasında ise, ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, borçlunun temerrüde düşme şartları ve temerrüdün sonuçları bakımından genel hükümlerden ayrılan düzenlemeler yapılmıştır.⁷³ Düzenlemelerin uygulama alanı ikinci fıkrasında belirtilmiş olup, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerle sınırlıdır.⁷⁴ Düzenlemelerin temerrüde düşme şartları ve temerrüdün sonuçları bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.⁷⁵

⁷¹ Ayan, s. 717.

⁷² Hükümet'in TBMM.'ne teklif ettiği tasarıda ve Adalet Komisyonu'nca kabul edilen metinde yer almayan bu hükümler, Kanun'un TBMM.'nde görüşülmesi sırasında beş milletvekili tarafından önerilmiş, Hükümet'in de bu öneriyi desteklemesiyle yasalaşmıştır (Bkz. Ayan, s. 718).

Bu önerinin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır; "Bu Maddenin ikinci ila ile yedinci fıkraları Avrupa Parlamentosu ile Konseyin 19 Haziran 2000 tarihli ve 2000/35/EC sayılı, geç ödemelerle mücadele yönergesini değiştiren ve 2011 yılında AB Gazetesinde yayımlanacak olan yönergesinin esasları çerçevesinde kaleme alınmıştır. Yönergenin kamu kurumlarının ödemeleriyle AB çerçevesinde şeffaflık sağlayan mekanizmaları hakkındaki hükümleri ve konumuzla doğrudan ilgili bulunmayan düzenlemeleri değişik metne yansıtılmamıştır

Hüküm üreticileri, KOBİ'leri ve fatura ya da eşdeğer ödeme talepleri karşılığı hizmet veren ticari işletmeler ile kişileri, şartları dayatma konumları güçlü ticari işletmeler, özellikle market, süper market, hiper market gibi alışveriş merkezleri karşısında korumaktadır. Pazarlık güçleri ile konumları aynı olmayan kişi ve işletmeler arasında sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olmayacağı modern hukukun kabul ettiği bir diğer ilkedir. Tüketicinin, sigortalının, işçinin, küçük pay sahibi ile yatırımcının ve rekabetin korunması alanlarında ikinci ilke geçerlidir. Üretici firmalar ile KOBİ'ler de söz konusu ilkenin kapsamındadır. Çoğunlukla finansal açıdan pek de güçlü olmayan üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin teslim ettikleri malların ve hizmetlerin bedellerini zamanında alarak ekonomik yapılarını güçlendirmelerine yardımcı olmak, pazar ekonomisine hâkim yeni bir yaklaşımdır. AT yönergesi ve değişikliği bu yaklaşımın somut örneğidir

Yönergenin giriş kısmında da belirtildiği gibi birçok büyük ve güçlü ticari işletme geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanmaktadır. Ancak bu araç marketlere, süper marketlere, hiper marketlere ve benzeri güçlü ticari işletmelere mal ve hizmet verenleri çok güç durumda bırakmakta, finansal durumlarını sarsmakta, hatta iflasa da sürüklemektedir. Hüküm bu kötü uygulamanın önüne geçmek için öngörülmüştür." (Bkz. Ayan, s. 720).

⁷³ Ayan, s. 717-718; Orbay Ortaç, s. 128.

⁷⁴ Ayan, s. 730.

⁷⁵ Ayan, s. 718.

ea) Temerrüde Düşme Şartları Bakımından

TTK m. 1530/f.II'ye göre, *"Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirlenen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer."* Madde hükmüne göre, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, sözleşmede öngörülen tarihte veya belirlenen ödeme süresi içinde ödeme yapmayan borçlu, bu tarihlerin geçmesi ile ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşmektedir. Böyle bir hâlde, TTK m. 1530/f.III uyarınca temerrüde düşen borçlunun alacaklısı, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihten veya belirlenen ödeme süresinin sonunu takip eden günden itibaren, ödeneceği kararlaştırılmamış olsa bile faize hak kazanmaktadır.

TTK m. 1530/f.IV'te ise, sözleşmede ödeme gününün veya süresinin belirtilmediği ya da belirtilen sürenin aynı maddenin beşinci fıkrasına aykırı olduğu hâllerde, borçlunun ihtara gerek kalmaksızın ne zaman temerrüde düşeceği ve buna bağlı olarak alacaklının faize hak kazanacağı düzenlenmiştir. Buna göre mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, para borcunun ifa edileceği tarih veya süre sözleşmede öngörülmemişse, borçlu kural olarak, faturanın veya eş değer ödeme talebinin kendisi tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda temerrüde düşmektedir. Faturanın veya eş değer ödeme talebinin alınma tarihi belli değilse borçlu, mal veya hizmetin teslim alınma tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda temerrüde düşecektir. Borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda temerrüde düşecektir. Kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulü öngörülmüşse borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda temerrüde düşecektir. Bununla birlikte kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü geçiyor ve bu hâl alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren

otuz gün olarak kabul edilmektedir. Bu düzenleme ile temerrüde düşmenin temel koşulu olan ihtara önemli bir istisna getirilmiş olmaktadır.⁷⁶ Yine bu düzenleme ile tarafların para borcunun ifa edileceği tarihi belirleme özgürlüğüne kısmen sınırlandırma getirilmiştir. Zira bu madde hükmünde ayrıca, aynı maddenin beşinci fıkrasına aykırı olarak ödeme tarihinin ve süresinin belirlenmesi hâlinde, borçlunun ihtarsız temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. TTK m. 1530/f.V' de para borcunun ödeme süresinin, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabileceği düzenlenmiş olup, kural olarak ödeme süresinin madde hükmünde öngörülen altmış günlük süreyi aşacak şekilde belirlenmesi mümkün değildir.⁷⁷ Ancak, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak şartıyla ve açıkça anlaşmak suretiyle tarafların daha uzun bir süre kararlaştırmaları mümkündür. Ödeme için, madde hükmünde öngörülen süreden daha uzun bir sürenin kararlaştırıldığı hâllerde, kararlaştırılan sürenin alacaklı aleyhine haksız bir durum yaratıp yaratmadığı, somut olayın şartlarına göre hâkim tarafından takdir edilmelidir.⁷⁸ Bununla birlikte alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme niteliğinde bulunduğu mal veya hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, hiçbir şekilde ödeme süresinin altmış günü aşar şekilde belirlenmesi mümkün değildir.

eb) Temerrüdün Sonuçları Bakımından

Alacaklı, bir para borcunun ifasında kusurlu veya kusursuz olarak temerrüde düşen borçludan, para borcunun aynen ifasını ve temerrüt faizi ödenmesini isteyebilir. Ayrıca temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispatlayamayan borçludan, varsa temerrüt faizi ile karşılanamayan zararını da isteyebilmektedir. Alacaklının, sözleşmeden dönme veya her bir sözleşme türü için özel olarak öngörülen haklarını kullanması da mümkündür. Temerrüdün sonuçları bakımından özel hükümler getiren TTK m. 1530'da, para borcunun aynen ifası ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple para borcunun ay-

⁷⁶ Ayan, s. 719.

⁷⁷ Ayan, s. 719.

⁷⁸ Ayan, s. 746.

nen ifası, genel hükümlere göre talep edilebilmektedir. Ancak temerrüt faizi ve alacağın tahsil masrafları konusunda, TTK m. 1530'da özel hükümler getirilmiştir.⁷⁹

TTK m. 1530/f.VI'da, *"Gecikme faizi ödenmeyeceğini veya ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğini, alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zarardan borçlunun sorumlu olmayacağını veya sınırlı bir şekilde sorumlu tutulabileceğini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik durumunda yedinci fıkra uygulanır."* Denilmektedir. Madde hükmüne göre, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan bir sözleşmede kararlaştırılan, gecikme faizi ödenmeyeceğine veya ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğine, alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zarardan borçlunun sorumlu olmayacağına veya sınırlı bir şekilde sorumlu tutulabileceğine ilişkin hükümler geçersizdir. Taraflarca kararlaştırılan hangi oranın ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az olduğu, somut olayın özelliklerine bağlı olarak belirlenmelidir.⁸⁰

TTK m. 1530/f.VII'de ise, *"Bu madde hükümleri uyarınca alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hallerde uygulanacak faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her yıl Ocak ayında ilân eder. Faiz oranı, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olmalıdır."* Denilmektedir. Madde hükmüne göre, alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin uygulanacak temerrüt faiz oranının sözleşmede kararlaştırılmadığı veya kararlaştırılan oranın geçersiz olduğu hâllerde, uygulanacak faiz oranı ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarı TCMB tarafından, her yılın ocak ayında ilân edilecektir. Ancak TCMB tarafından ilân edilecek faiz oranı, 3095 sayılı Kanun'a göre ticari işlere uygulanacak temerrüt faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olacaktır.

Burada geçen *"en az yüzde sekiz fazla olma"* ifadesinin, ne anlama geldiği ayrıca incelenmelidir. Bu ifade ile acaba TTK m. 1530 uyarınca uygulanacak temerrüt faiz oranının, 3095 sayılı Kanun'a göre belirle-

⁷⁹ Ayan, s. 776.

⁸⁰ Ayan, s. 782.

necek ticari temerrüt faiz oranından % 8 oranında fazla olması mı, yoksa en az sekiz puan fazla olması mı anlatılmak istenmiştir? Hükmün lafzına bakıldığında, % 8 oranında fazla olması gerektiği yönünde bir sonuç ortaya çıkmaktadır.⁸¹ Bununla birlikte doktrinde TCMB tarafından ilan edilecek oranın, 3095 sayılı Kanun'a göre ticari işlere uygulanacak temerrüt faizi oranından en az sekiz puan fazla olması gerektiğini savunan görüş de bulunmaktadır.⁸² Kanaatimizce kanunun lafzı açıktır. TCMB tarafından belirlenecek temerrüt faiz oranı, 3095 sayılı Kanun'a göre belirlenecek ticari temerrüt faiz oranından % 8 oranında daha yüksek olmalıdır. Aksi yorumu haklı kılan bir gerekçe bulunmamaktadır. TCMB da bu oranı, lafzi yoruma uygun olarak ilân etmiştir.⁸³

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Konusu para olan borçlarda, borcun doğduğu ya da muaccel olduğu tarihten, ödemenin yapılacağı tarihe kadar geçen süre için kanun veya sözleşme gereği, belli bir oran üzerinden alacaklıya ödenen paraya faiz denilmektedir. Faiz alacağı anapara alacağına bağlı, fer'î nitelikte bir alacaktır. Ancak fer'î nitelikte bir alacak olan faiz alacağı, anapara alacağının bir parçası değildir. Bu sebeple faiz borcunun ödenmesi, kısmî ödeme olarak değerlendirilmemektedir.

Faiz, doktrin ve uygulamada farklı sınıflandırmalara tabi tutularak incelenmektedir. Yapılan bu sınıflandırmalardan birisi de adi işlerde faiz-ticari işlerde faiz sınıflandırmasıdır. Zira adi işlerde ve ticari işlerde faiz, çeşitli bakımlardan birbirinden farklılaşmaktadır.

Ticari işlerde faizde oran serbestisi ilkesi geçerlidir. Zira TTK m. 8/f.I'de açıkça, ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bağlı olarak faiz oranının sınırlandı-

⁸¹ Ayan, s. 783; Orbay Ortaç, s. 131.

⁸² Çiğdem Yatağan, "2011/7/EU Sayılı Topluluk Yönergesi ve 6102 sayılı TTK'nın 1530. maddesi Çerçevesinde Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 85-86; Aydoğdu, s. 109; Ayan, s. 784-785.

⁸³ Bu oran, 01.01.2014 tarihinden geçerli olmak üzere % 12,75, 01.01.2015 tarihinden geçerli olmak üzere % 11,50, 01.01.2016 tarihinden geçerli olmak üzere % 11,50, 01.01.2017 tarihinden geçerli olmak üzere % 10,75, 01.01.2018 tarihinden geçerli olmak üzere % 10,75 olarak ilân edilmiştir (Bkz. <http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Piyasa+Verileri/TTK+Md.+1530>, Erişim tarihi ve saati: 18.07.2018, 16.17).

rilmasına ilişkin TBK m. 88 ve 120 hükümlerinin, ticari işlerde taraflarca kararlaştırılmış faiz oranları hakkında uygulanması söz konusu değildir. Bu cümleden olarak banka ile müşterisi arasında imzalanan ticari nitelikteki bir banka genel kredi sözleşmesinde anapara faiz oranının % 40, temerrüt faiz oranının ise % 80 olarak uygulanacağı öngörülmüş ise, kararlaştırılan bu oranlar hiçbir sınırlama söz konusu olmaksızın uygulanacaktır. Yargıtay 11. ve 19. Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu'nun istikrar kazanmış kararları da bu yöndedir. Taraflarca bir kararlaştırma yapılmadığı hâllerde, yedek hukuk kuralı olarak 3095 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlenecek oranlar uygulanacaktır.

İşlemiş faize yeniden faiz yürütülmesi, başka bir deyişle bileşik faiz uygulaması adi işlerde yasaklanmıştır. Ancak ticari işlerde, bazı hâllerde bileşik faiz uygulanmasına cevaz verilmiştir. Üç aydan aşağı olmamak üzere tarafları tacir olan cari hesaplarda bileşik faiz uygulanabileceği gibi, yine üç aydan aşağı olmamak üzere, her iki taraf bakımından ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde de bileşik faiz uygulanması mümkündür. TTK m. 726 hükmü uyarınca kambiyo senedi dolayısıyla ödeme yapan müracaat borçlusuna da, kendisinden önce gelen borçlulara rücu ettiğinde ödediği faizlere, tekrar faiz işletilmesini talep edebilmektedir. İlk iki hâlde anapara faizine yeniden faiz yürütülmesine, kambiyo senetlerinde rücu hakkına ilişkin son hâlde ise, temerrüt faizine yeniden temerrüt faizi yürütülmesine olanak tanınmıştır. Bu son hâl, temerrüt faizine ayrıca temerrüt faizi yürütülmeyeceğine ilişkin TBK m. 121/f.III'de somutlaşan genel ilkenin tek istisnasını oluşturmaktadır.

Taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça adi işlerde faiz istenmesi söz konusu değildir. Ancak ticari işlerde kararlaştırılmamış olmasına rağmen, TTK m. 20 uyarınca tacir verdiği avanslar ve yaptığı giderler için ödeme tarihinden itibaren faiz isteyebilmektedir. Benzer bir düzenlemenin TBK m. 387/f.II'de de yer aldığı görülmektedir. Madde hükmüne göre, ticari tüketim ödünç sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilmektedir.

Ticari işlerde faizin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, anapara ve temerrüt faizi açısından ayrı ayrı incelenmektedir. Anapara faizinde, faizin hangi tarihten itibaren işleyeceğine ilişkin taraflarca bir kararlaştırma yapılmamışsa ya da bu hususta açık bir kanun hük-

mü yoksa TTK m. 20'ye göre ödeme tarihinden itibaren faiz işlemeye başlamaktadır. Temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı tarihe ilişkin olarak ise TTK m. 10'da bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, temerrüt faizinin ne zaman işlemeye başlayacağı taraflarca kararlaştırılabilmektedir. Böyle bir kararlaştırma yapılmadığı hâllerde, belirli vadeli borçlarda vade tarihinden, belirli vadeli olmayan borçlarda ise alacaklı tarafından çekilecek temerrüt ihtarının varma tarihinden itibaren temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır. Bununla birlikte para borcunun yerine getirilmesi hususunda ihtarda borçlunun bir zaman diliminden faydalanması öngörülmüşse, bu zaman diliminin geçmesi ile temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır.

Borçlunun temerrüdünün şartları ve sonuçları, genel olarak TBK m. 117 vd. hükümlerde düzenlenmiştir. TTK m. 1530'da, 2 ila 8. fıkralar arasında, ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, borçlunun temerrüde düşme şartları ve temerrüdün sonuçları bakımından genel hükümlerden ayrılan düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin uygulama alanı yukarıda anılan madde hükmünün ikinci fıkrasında belirtilmiş olup, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerle sınırlıdır.

Kaynakça

- Ayan Serkan, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü", *DEÜHFD*, C. 12, Özel S., Y. 2010, (Basım Yılı: 2012), (s. 717-793).
- Aydoğdu Murat, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler", *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, Y. 2010 (Basım Yılı: 2011), (s. 85-136).
- Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara 2017.
- Ayrancı Hasan, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar* (BK. m. 105), Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Bozer Ali/Göle Celal, *Ticari İşletme Hukuku*, BTHAE, 4. Bası, Ankara 2017, (Kısaltılmışı: Bozer/Göle, *Ticari İşletme*).
- Bozer Ali/Göle Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, BTHAE, 7. Bası, Ankara 2017.
- Bozkurt Tamer, *Ticari İşletme Hukuku*, Legem Yayıncılık, Ankara 2017.
- Çıtır Eren, "Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi", *GÜHFD*, C. XX, S. 3, Y. 2016, (s. 37-52).
- Dayınlarlı Kemal, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2010.
- Demir Şamil, "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", *AnBD*, 2012/4, (s. 207-234).

- Eren Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2014, (Kısaltılmışı: Eren, Genel Hükümler).
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: Eren, Özel Hükümler).
- Göktürk Kürşat, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", *GÜHFD*, C. XIX, S. 2, Y. 2015, (s. 3-44).
- Gürses Davut, Banka Genel Kredi Sözleşmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- Kaya Arslan, "Adi ve Ticari İşlerde Faiz", *İHFM*, C. LIV, Y. 1994, (s. 347-366).
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 17. Bası, Ankara 2013.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul 2014, (Kısaltılmışı: Oğuzman/Öz, C.-1).
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-2, Vedat Kitapçılık, 11. Bası, İstanbul 2014.
- Orbay Ortaç Nurdan, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", *AnBD*, 2014/2, (s. 117-134).
- Öztan Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara 2013.
- Saraç Şükrü, Yargıtay Kararları Işığında Banka Kredi Kartı Uyuşmazlıkları, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2013.
- Şener Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- Tekinay Selahâttin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altıp Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, XII Levha Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2013.
- von Tuhr Andreas (Çev.: Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.:1-2, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara 1983.
- Yağcı Kürşad, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK. M. 88 ve TBK. M. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m.9) Bakımından Uygulanabilirliği", *İÜHFM*, C. LXXI, S. 2, Y. 2013, (s.421-438).
- Yatağan Çiğdem, "2011/7/EU sayılı Topluluk Yönergesi ve 6102 sayılı TTK'nın 1530. maddesi Çerçevesinde Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- Zevkililer Aydın/Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 15. Bası, Ankara 2015.

**6360 SAYILI BÜYÜKŞEHİR KANUNU HÜKÜMLERİ
IŞIĞINDA ÇEKTE “DÜZENLENME YERİ” VE
“İBRAZ SÜRESİ” KAVRAMLARI ÜZERİNE BAZI
TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER***
**SOME DETERMINATIONS AND ASSESSMENTS
ON THE CONCEPTS OF “PLACE OF ISSUE”
AND “PERIOD OF REPRESENTMENT” IN CHEQUES IN LIGHT OF
METROPOLITAN MUNICIPALITY LAW NUMBERED 6360**

Sercan UÇAR**

Özet: 6360 sayılı Büyükşehir Kanunu ile bazı yerleşim yerlerinin hukuki niteliklerinde; bazı yerleşim yerlerinin ise sınırlarında değişikliğe gidilmiştir. Söz konusu değişiklikler çek hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Zira çek hukuku uygulamasında yerleşim yerlerinin hukuki nitelik ve sınırları oldukça önemli işlevlere sahiptir. Yerleşim yerlerinin hukuki nitelikleri, o yerleşim yerinin çekte düzenlenme yeri olarak gösterilip gösterilemeyeceği; yerleşim yerlerinin sınırları ise o çekte ibraz süresinin nasıl belirleneceği noktasında önemi haizdir. Bu çalışmada, anılan iki nokta itibari ile 6360 sayılı Kanun’un çek hukuku uygulamasına etkileri irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: 6360 sayılı Büyükşehir Kanunu, Çek, Düzenlenme Yeri, İbraz Süresi

Abstract: By Law of Metropolitan Municipality Numbered 6360; some of the residential areas have undergone a change in the legal characteristics while some of them have changed in terms of border lines. Aforementioned changes are closely related to the cheque law. Because the legal characteristics and border lines of the residential areas have significant functions in the practise of cheque law. The legal characteristics of the residential areas have importance in the decision regarding whether that residential area may be indicated as the place of issue in the cheque; whereas the border lines have importance in regarding how the period of representment will be determined in that cheque. In this study, the effects of Law Numbered 6360 in the practise of cheque law have been scrutinized in consideration of the two above-mentioned aspects.

Keywords: Law for Metropolitan Municipality Numbered 6360, Cheque, Place of Issue, Period of Representment

* Çalışma, 06.06.2018 tarihli mevzuat, literatür ve yargı kararlarına göre hazırlanmıştır.

** Arş. Gör., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, sercanucar@uludag.edu.tr

I. GİRİŞ

6360 sayılı “On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹ (6360 sayılı Kanun), mahalli idareler teşkilatına ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelerden bazıları çek hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Bu hususta iki noktaya dikkat çekilmelidir:

İlk olarak çek hukuku uygulamasında yerleşim yerlerinin hukuki nitelik ve özelliklerinin taşıdığı öneme dikkat çekilmelidir. Şöyle ki: TTK m. 780/1/e’de çekin düzenlenme yerini ihtiva etmesi gerektiği ifade edilmiş; TTK m. 781/3’de ise, çekte düzenlenme yerinin açıkça gösterilmesi halinde başvurulacak alternatif çözüm, yine yer kavramından hareketle ortaya konulmuştur. Anılan düzenlemeler, yer kavramının hangi anlamı taşıdığı; daha açık bir ifadeyle, hangi nitelik ve özellikleri haiz yerleşim yerlerini kapsadığı hususunda bir açıklama içermemektedir. Bununla birlikte yer kavramının taşıdığı anlam üzerine doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş; keza kavram (bazı noktalar itibari ile yeknesaklık da kazanarak) pek çok Yargıtay kararına da konu olmuştur.

6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediye teşkilatı kurulan illerde yer alan belde ve köylerin hukuki nitelikleri değiştirilmiştir (m. 1/3, 4). Belde ve köylerin hukuki niteliklerinde meydana gelen bu değişikliğin, TTK anlamında yer niteliğini haiz olup olmama bahsinde de bir değişikliği beraberinde getirip getirmediği hususu incelenmeye değer görülmektedir. 6360 sayılı Kanun, yalnızca büyükşehir belediye teşkilatı kurulan illerde yer alan belde ve köylere ilişkin hükümler içermektedir. Diğer illerde yer alan belde ve köyler ise mevcut hukuki niteliklerini korumaktadır. Böylece, büyükşehir belediye teşkilatı kurulan illerde yer alan belde ve köyler ile diğer illerde yer alan belde ve köyler arasında bir hukuki nitelik farklılığı da meydana gelmiştir. Bu farklılaşma, belde ve köylerin TTK anlamında yer nitelikleri bakımından sınırları içerisinde buldukları il esasına dayanan bir ayırımın söz konusu olup olmadığı sorusunu da ortaya çıkarmaktadır.

Dikkat çekilmesi gereken ikinci husus, çek hukuku uygulamasında yerleşim yeri sınırlarının taşıdığı önemdir. Yerleşim yerlerinin sınırları, çekin ödeme için ibraz edilebileceği sürenin tespiti bakımından önemi haizdir. TTK m. 796/1’e göre bir çek, düzenlendiği yerde ödenecekse

¹ RG, T. 06.12.2012, S. 28489.

on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhatap bankaya ibraz edilmelidir. Düzenleme, ibraz süresinin tespiti bakımından, düzenlenme yeri ile ödeme yerinin aynı yer olup olmasına sonuç bağlamaktadır. Herhangi iki yerin aynı yer olup olmadığı hususu ise, kaçınılmaz olarak, bu yerlerin sınırlarından hareketle tespit edilecektir.

6360 sayılı Kanun büyükşehir belediyelerinin sınırlarında değişiklik yapmaktadır (m. 6). Söz konusu Kanun öncesi dönemde, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan yerlerin aynı yer niteliğinde olup olmadığı hususu doktrinde irdelenmiş; keza bazı Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. 6360 sayılı Kanun ile yapılan sınır değişikliğinin doktrin ve yargı kararları ile oluşmuş birikim karşısındaki durumu, incelenmeye değer ikinci hususu oluşturmaktadır.

II. BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ SINIRLARI İÇERİSİNDE KALAN VE STATÜLERİ MAHALLEYE DÖNÜŞTÜRÜLEN BELDE İLE KÖYLERİN ÇEKTE “DÜZENLENME YERİ” OLARAK GÖSTERİLEBİLME NİTELİKLERİ

A. 6360 SAYILI KANUN ÖNCESİ DÖNEMDE BELDE, KÖY VE MAHALLELERİN HUKUKİ DURUMU

1. Mahalli İdare Teşkilatı İçerisindeki Konumları Bakımından

Belde, köyden büyük ve fakat şehirden küçük yerleşim yerlerini ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır.² Beldelerde 5393 sayılı Belediye Kanunu³ m. 4 uyarınca⁴ belediye kurulabilir.⁵ Bu belediye-

² Kemal Gözler, “6360 sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyeleri Haline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun Mudur?”, *LHD*, 2013, C. 11 S. 122, s. 44. 5393 sayılı Kanun m. 3/c’de belde, “belediyesi bulunan yerleşim yeri” olarak tanımlanmıştır. Bu haliyle belde kavramı il, ilçe ve belde belediyesi kurulan tüm yerleşim yerlerini kapsar bir anlama sahiptir. Ancak hukukumuzda belde kavramı, yerleşik olarak, nüfusu iki binden fazla olan ve fakat il ve ilçe merkezleri dışında kalan yerleşim yerlerini karşılamak üzere kullanılmaktadır, bkz. Gözler, 6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler, s. 44; Tahir Muratoğlu, “Mahalli İdareler Mevzuatında 6360 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, *Dicle HFD*, 2015, C. 20, S. 32, s. 73 vd. Çalışmada da kavram bu yerleşik anlamıyla kullanılmıştır.

³ RG, T. 13.07.2005, S. 25874.

⁴ Detaylı bilgi için bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11.b., Ankara 2017, s. 490; Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku*, Bursa 2018, s. 333 vd.

⁵ Gözler, 6360 sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler, s. 44; Muratoğlu, s. 74.

ler belde belediyesi olarak adlandırılmaktadır.⁶ Belde belediyeleri il ve ilçe belediyelerinden farklıdır. Esasen belde belediyelerinin il ve ilçe belediyeleri dışında kalan belediyeler olduğu söylenebilir.⁷ Belde belediyeleri, kamu tüzel kişiliğini haiz birer mahalli idare birimidir.

6360 sayılı Kanun öncesi dönemde, belde belediyelerinin mevcudiyeti bakımından, İstanbul ve Kocaeli ile diğer iller arasında bir ayırım söz konusu idi. İstanbul ve Kocaeli illeri sınırları içerisinde yer alan belde belediyelerinin tüzel kişilikleri kaldırılmıştı (5747 sayılı Kanun⁸ m. 2).⁹ Diğer illerde ise, ister normal il belediyesi¹⁰ isterse de büyükşehir belediyesi örgütlenmesi söz konusu olsun, belde belediyeleri varlıklarını sürdürmekte idi.¹¹

Köy ise AY m. 127/1’de ifadesini bulan bir mahalli idare birimidir.¹² *Gözler’in* tanımıyla köy; “köy sınırları içinde yaşayan nüfusu 150 ilâ 2000 arasında değişen insan topluluğunun oluşturduğu ve merkezi idare (devlet) karşısında belli bir özerkliğe sahip, ama onun vesayetine tâbi olan kamu tüzel kişisidir”.¹³

6360 sayılı Kanun öncesi dönemde, tıpkı belde belediyeleri bakımından söz konusu olduğu gibi, köylerin mevcudiyeti bakımından da İstanbul ve Kocaeli ile diğer iller arasında bir ayırım söz konusu idi. İstanbul ve Kocaeli dışında kalan illerde, ister normal il belediyesi isterse de büyükşehir belediyesi örgütlenmesi söz konusu olsun, köyler mevcut idi.¹⁴ İstanbul ve Kocaeli sınırları içerisinde yer alan köyler ba-

⁶ Gözler, 6360 sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler, s. 44; Muratoğlu, s. 74.

⁷ Muratoğlu, s. 74.

⁸ RG, T. 22.03.2008, S. 26824.

⁹ Bu hususta ayrıca bkz. Muratoğlu, s. 76-77, dn. 47.

¹⁰ Kavram için bkz. Gözler, Mahallî İdareler, s. 331; Muratoğlu, s. 73. Karş. Ramazan Yıldırım, Türk İdare Rejimi Dersleri, C. 1, Konya 2014, s. 116.

¹¹ Bununla birlikte, İstanbul ve Kocaeli dışında kalan illerde belde belediyesi sayısı azaltılmıştı. 5747 sayılı Kanun ile İstanbul ve Kocaeli dışında kalan illerde yer alan bazı belde belediyeleri köye dönüştürülmüştü (geçici madde 1/1). Ayrıca 5393 sayılı Kanun ile de bazı belde belediyeleri mahalleye dönüştürülmüştü (m. 11). Detaylı bilgi, istatistiksel veri ve özellikle konuya ilişkin AYM kararı için bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.1, 2.b., Bursa 2009, s. 412-413.

¹² Köy idaresi hakkında detaylı bilgi için bkz. Günday, s. 521 vd.; Gözler, Mahallî İdareler, s. 416 vd.

¹³ Gözler, Mahallî İdareler, s. 424.

¹⁴ Bununla birlikte, İstanbul ve Kocaeli dışında kalan büyükşehirlerde köy sayısı azaltılmıştı. Mevcut valilik binası merkez kabul edilmek ve il mülki sınırları içinde kalmak şartıyla, nüfusu bir milyona kadar olan büyükşehirlerde yarıçapı yirmi kilometre, nüfusu bir milyondan iki milyona kadar olan büyükşehirlerde yarıça-

kımından ise ikili bir ayrıma gidilmişti. Bu illerin sınırları içinde kalan (normal) köylerin tüzel kişiliği sona erdirilmiş; bu köyler mahalleye dönüştürülmüştü (5216 sayılı Kanun geçici m. 2). Kanun koyucu, orman köyleri bakımından ise bir istisnaya yer vermişti (5216 sayılı Kanun geçici m. 2). Bu istisna ile söz konusu iki ilin sınırları içerisinde kalan orman köylerinin tüzel kişiliği korunmuştu.

Mahalleler ülke genelinde en sık karşılaşılan yerleşim yerleridir.¹⁵ Gözler mahalle kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: “Mahalle, ‘belediye sınırları içerisinde yer alan, ortak ihtiyaç ve öncelikleri benzer özellikler gösteren ve sakinleri arasında komşuluk ilişkisi bulunan insanların yaşadığı idari birim’dir”.¹⁶ Mahalleler tüzel kişiliği haiz değildir. Bu sebeple mahalleler birer mahalli idare birimi olarak nitelendirilemez.¹⁷

2. Çekte Düzenlenme Yeri Olarak Gösterilebilme Nitelikleri Bakımından

a. Genel Olarak

TTK m. 780/1/e uyarınca çek metninde çekin düzenlendiği yerin gösterilmesi gerekmektedir.¹⁸ Kanun koyucu, düzenlenme yerinin çek metninde açıkça gösterilmemiş olması ihtimaline binaen, alternatif bir çözüme de yer vermiştir. TTK m. 781/3’e göre düzenlenme yeri gösterilmemiş olan çek, düzenleyenin adı¹⁹ yanında yazılı olan yerde

pı otuz kilometre, nüfusu iki milyondan fazla olan büyükşehirlerde yarıçapı elli kilometre olan dairenin sınırları içinde kalan (normal) köyler mahalle statüsüne dönüştürülmüş, tüzel kişiliklerini kaybetmişti. Belirtilen sınırlar içerisinde kalan orman köyleri bakımından ise durum farklıydı; orman köylerinin tüzel kişilikleri korunmuştu (5216 sayılı Kanun geçici madde 2). Bilgi için bkz. Gözler, İdare Hukuku, s. 484.

¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Günay, s. 508 vd.; Gözler, Mahallî İdareler, s. 48 vd.

¹⁶ Gözler, Mahallî İdareler, s. 488.

¹⁷ Gözler, Mahallî İdareler, s. 487, dn. 2.

¹⁸ Düzenlenme yerinin çek metninde gösterilmesine ilişkin esaslar hakkında detaylı bilgi için bkz. Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 7.b., Ankara 2017, s. 251 vd.; Erdoğan Moroğlu, “Kambiyo Senetlerinde Düzenlenme Yeri”, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 157-158; Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 4.b., İstanbul 2007, s. 92 vd.

¹⁹ Çekin unsurlarını düzenleyen TTK m. 780/1’de düzenleyenin adından söz edilmemiştir. Çekte, düzenleyenin adının değil; imzasının bulunması zorunludur. Bu sebeple, TTK m. 781/3’de yer alan “düzenleyenin adı” ifadesinin, “düzenleyenin imzası” olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Bu hususta bkz. Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 158; Şafak Narbay, “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan ‘Yer’ Kavramına ‘De Lege Lata’ ve ‘De Lege Ferenda’ Çözüm Önerileri”,

düzenlenmiş sayılacaktır. Düzenleyenin adı yanında da bir yer gösterilmemişse²⁰, senet, çek vasfı kazanamayacaktır (TTK m. 781/1).²¹

TTK'da düzenlenme yeri olarak gösterilecek yerin taşınması gereken nitelik ya da özelliğe ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Kanun koyucu *yer* kavramını kullanmakla yetinmiştir. Bu durum, hangi yerleşim yerlerinin TTK m. 780/1 ve TTK m. 781/3 anlamında *yer* niteliğini haiz olduğu hususunu tartışmalı hale getirmiştir.²²

Esasen il ve ilçelerin TTK 780/1 ve TTK m. 781/3 anlamında *yer* niteliği taşıdığı konusunda bir tereddüt yoktur. Konu daha çok belde, köy, semt²³, mahalle, cadde²⁴ ve sokak²⁵ gibi yerleşim yerleri bakımından irdelenmektedir. Çalışmanın kapsamı itibari ile de konu beldeler, köyler ve mahallelere ilişkin olarak incelenecektir.

Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 1, İstanbul 2003, s. 796; Kendigelen, s. 93; Bozer/Göle, s. 251-252.

²⁰ Bu noktada, çekte yer alan yetki kayıtlarının düzenlenme yeri olarak kabul edilemeyeceğine dikkat çekilmelidir, bkz. Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 156; Kendigelen, s. 93; Bozer/Göle, s. 251. Yine çekte yer alan firma adı, telefon ve vergi numarasından hareketle de düzenlenme yeri tespit edilemez, bkz. Kendigelen, s. 97, dn. 202.

²¹ Düzenlenme yerini ihtiva etmeyen senet, adi havale sayılacaktır, bkz. Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 156; Bozer/Göle, s. 252; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6. b., Ankara 2018, s. 280. Bununla birlikte senette, düzenlenme yerinin yanı sıra, lehtarın adına da yer verilmemişse bir havaleden söz etme olanağı yoktur, bkz. Seza Reisoğlu, "Çeklerde Keşide Yeri İle İlgili Sorunlar ve Yargıtay Kararları", *Bankacılar Dergisi*, 1992, S. 7, s. 21. Bu durumda senet yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilecektir, bkz. Kendigelen, s. 92.

²² Söz konusu belirsizliğin giderilmesi adına, konunun, kanun değişikliği veya genelgeyle (Ünal Tekinalp, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul 1998, s. 91) ya da içtihatla (Erdoğan Moroğlu, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul 1998, s. 91) açıklığa kavuşturulmasının isabetli olacağı ifade edilmiştir.

²³ Semtlerin düzenlenme yeri niteliğini haiz olmadığı yönünde bkz. Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 159; Narbay, s. 814. Aksi yönde bkz. Bozer/Göle, s. 254. Yargıtay semtlerin düzenlenme yeri olarak gösterilemeyeceği görüşündedir. Örneğin Yüksek Mahkeme, "Basıncıköy/Florya" (12. HD, T. 19.09.2013, E. 2013/19889, K. 2013/29082 (www.kazancı.com)); "Fenerbahçe" 12. HD, T. 17.10.2011, E. 2011/3168, K. 2011/18914 (www.kazancı.com) ve "Abidinpaşa" (12. HD, T. 16.03.2009, E. 2008/25476, K. 2009/5363 (www.kazancı.com)) semtlerinin düzenlenme yeri olarak gösterilemeyeceğine hükmetmiştir.

²⁴ Caddelerin düzenlenme yeri niteliğini haiz olmadığı yönünde bkz. Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 159.

²⁵ Sokakların düzenlenme yeri niteliğini haiz olmadığı yönünde bkz. Tekinalp, s. 91; Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 159.

b. Doktrinde İfade Edilen Görüşler

Doktrinde düzenlenme yeri olarak gösterilecek yerin taşınması gereken nitelik ya da özelliklere (bu arada beldeler, köyler ve mahallelerin bu nitelik ya da özellikleri haiz olup olmadığına) ilişkin çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir:

Bazı yazarlar konuya ilişkin ilkesel açıklamalarda bulunmakla yetinmiş; beldeler, köyler ve mahallelerin bu niteliği haiz olup olmadığı hususunda bir açıklamaya ise yer vermemiştir. Örneğin Öztan, düzenlenme yerinin “belli” ve “mümkün” bir yer olmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir.²⁶ Düzenlenme yerinin “belli” olması hususunda ise Yazar, “gerekli kesinlikten mahrum olmama” kıstasına dikkat çekmektedir.²⁷ *Tekinalp* düzenlenme yerinin belirli ve bulunabilecek bir yer şeklinde ortaya çıkması gerektiğini belirtmektedir.²⁸ *Reisoğlu* da düzenlenme yerinin tereddüt uyandırmayacak şekilde yazılmasının yeterli ve geçerli olduğu görüşündedir.²⁹

Bazı yazarlar, Yargıtay kararlarında ifadesini bulan³⁰ “idari birim” kavramından hareketle konuyu değerlendirmektedir. *Pulaşlı*, Yüksek Mahkeme tarafından ortaya konulan bu kıstası benimsemektedir.³¹ *Bozer/Göle* ise *yer* kavramının idari birim olarak daraltılmasının hiçbir anlamı olmadığını ifade etmektedir. Yazarlar’a göre böyle bir daraltma, hangi yerlerin idari birim olduğu konusunda emek ve zaman isteyen bir araştırma gerektirecek; bu durum da çekin tedavül kabiliyetini düşürecektir. Bu doğrultuda Yazarlar “köy ve benzeri idari birimlerin” düzenlenme yeri olarak gösterilebileceğini dile getirmektedir.³²

²⁶ Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2.b., Ankara 1997, s. 1056.

²⁷ Öztan, s. 1056, dn. 77.

²⁸ Açıklamalarının devamında Yazar, “Nişantaşı” ifadesinin bu niteliği haiz olduğunu; ancak “Kadıköy”de her yerde bulunabilecek bir sokak ismi” söz konusu ise şartın gerçekleşmemiş olduğu sonucuna varılacağını belirtmektedir. Bunun ötesinde Yazar beldeler, köyler ve mahallelere ilişkin bir açıklamaya yer vermemiştir, bkz. *Tekinalp*, s. 91.

²⁹ *Reisoğlu*, *Keşide Yeri*, s. 23.

³⁰ Bkz. *Aşa*. II/A/2/c.

³¹ Bununla birlikte yazar, aynı adlı birden fazla ilçenin bulunması halinde, karışıklığın giderilmesi adına, il adının çeke yazılması gerektiğine işaret etmektedir, bkz. *Pulaşlı*, s. 282.

³² *Bozer/Göle*, s. 254-255.

Doktrinde *yer* kavramının beldeler, köyler ve mahalleler özelinde irdelendiği de görülmektedir:

Narbay, düzenlenme yeri olarak her yerde bulunması mümkün olan belde, köy veya mahalle adlarının yazılmasının geçerli bir yazım olarak nitelendirilemeyeceğini; aksi takdirde çekin zorunlu unsur eksikliği sebebiyle geçersiz olacağını ifade etmektedir. Yazar, düzenlenme yerine ilişkin belirsizliğin giderilmesi (ve dolayısıyla geçerli bir çekten bahsedilebilmesi) adına, söz konusu belde, köy veya mahalle adının yanına bağlı olduğu il ya da ilçenin de yazılması gerektiği görüşündedir.³³

Moroğlu, işlevi ve hukuki güvenlik ihtiyacı sebepleriyle, düzenlenme yerinin “bir yönetim biriminin coğrafi adı” olarak gösterilmesi gerektiğini; söz konusu yönetim biriminin tüzel kişiliğinin bulunmasının ise şart olmadığını ifade etmektedir. Bu doğrultuda Yazar, köy ve mahallelerin geçerli birer düzenlenme yeri olduğunu belirtmektedir.³⁴ *Kendigelen* de köy ve mahallelerin düzenlenme yeri niteliğini haiz olduğu görüşündedir.³⁵

c. *Yargıtay Uygulaması*

Yargıtay kararlarında *yer* kavramını somutlaştırma çabası dikkat çekmektedir. Belirtmek gerekir ki Yüksek mahkeme, kavramı daraltma eğilimindedir.^{36,37}

Yargıtay, eski tarihli kararlarında düzenlenme yerinin “mülki taksimatta belirli bir yer” olması gerektiğine hükmetmiştir.³⁸ Yargıtay’ın görece güncel kararlarında ise “idari birim” kavramına başvurduğu

³³ Narbay, s. 813-814. Ayrıca bkz. Ceza hukuku ilkelerini esas almakla birlikte 6. CD, T. 06.05.1997, E. 1997/4697, K. 1997/4803: “...çekte keşide yerinin ‘Çemberlitaş’ olarak yazıldığı, hangi il veya ilçeye bağlı olduğu belirtilmemiş olduğundan, bu haliyle Türk Ticaret Kanunu’nun 692. maddesinde yazılı keşide yerinin bulunmadığı ...” (www.kazancı.com).

³⁴ Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 159-160.

³⁵ Kendigelen, s. 95-96.

³⁶ Bozer/Göle, s. 254-255.

³⁷ Hemen aşağıda ortaya konulan Yargıtay kararlarının bir kısmı bonoyu konu edinmektedir. Ancak bu kararların çek bakımından da geçerli olduğundan tereddüt edilmemelidir.

³⁸ 12. HD, T. 06.10.1994, E. 11001, K. 11719 (Gönen Eriş, Çek Hukuku, 5. b., Ankara 2004, s. 46).

görülmektedir.³⁹ Yüksek mahkeme, bir yerleşim yerinin idari birim niteliğinde olup olmadığını ise tüzel kişiliği haiz olup olmama kistasına göre belirlemektedir.

Yargıtay kararlarında çalışma kapsamında incelenen beldeler, köyler ve mahalleler yönünden de anılan kistasın gözetildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin beldeler, köyler ve mahallelere ilişkin kararları yeknesaklık kazanmış vaziyettedir.

Yargıtay, birer idari birim oldukları gerekçesiyle, beldeler⁴⁰ ve köylerin⁴¹ düzenlenme yeri olarak gösterilebileceği görüşündedir. Yargıtay mahalleler bakımından ise farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Yüksek Mahkeme, mahallelerin düzenlenme yeri olarak gösterilemeyeceğini içtihat etmektedir.⁴²

³⁹ Örnek kararlar için bkz. 12 HD, T. 08.06.2017, E. 2017/3389, K. 2017/8975 (www.kazancı.com); 12 HD, T. 28.02.2017, E. 2016/11711, K. 2017/2905 (www.kazancı.com); 12. HD, T. 10.09.2012, E. 2012/7924, K. 2012/25620 (www.kazancı.com); 12. HD, T. 29.09.2011, E. 2011/1362, K. 2011/17027 (www.kazancı.com); 11. HD, T. 09.06.2008, E. 2008/6809, K. 2008/7565 (www.kazancı.com).

⁴⁰ 12. HD, T. 11.06.2015, E. 2015/6447, K. 2015/16355: "Somut olayda, takibe konu çekte keşide yeri olarak '...' yazıldığı görülmektedir. Keşide yeri olarak gösterilen '...' belde olup, keşide yerinin bulunduğu kabulü için zorunlu olan idari birim niteliği taşımaktadır." (www.kazancı.com). Aynı yöndeki başkaca kararlar için bkz. 12. HD, T. 06.02.2012, E. 2012/1004, K. 2012/2136 (www.kazancı.com); 12. HD, T. 10.06.2010, E. 2010/2209, K. 2010/14809 (www.kazancı.com).

⁴¹ 12. HD, T. 13.11.2007, E. 2007/18075, K. 2007/21042: "Somut olayda takip dayanağı bonoda keşidecinin ad ve soyadı yanında senedin tanzim edildiği yer (Çakmak Köyü) şeklinde yazılmıştır. 442 Sayılı Köy Kanununun 7. maddesi ve Anayasanın 127. maddesi hükümlerine göre mahalli idareler ile belediye ve köy, kamu tüzel kişi olarak belirtilmiştir. Köy mahalli idareler ayırımına göre idari birim olup senette gösterilmesi halinde TTK 688/6. maddesinde belirtilen tanzim yerinin varlığının kabulü gerekir." (www.kazancı.com). Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. 12. HD, T. 6.9.2001, E. 2001/13662, K. 2001/12930 (www.kazancı.com).

⁴² 12. HD, T. 15.04.2014, E. 2014/8452, K. 2014/10930: "T.C Anayasası'nın 127. maddesinde mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olarak tanımlanmıştır. 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 1. maddesinde sayılan idari birimler arasında 'mahalle'ye yer verilmiş değildir. Bu durumda 'mahalle'nin idari birim olarak kabulüne yasal imkan bulunmamaktadır. ... Somut olayda, takibe konu senette yazılı olan 'Kızıltoprak' mahalle adı olup Kanunun aradığı anlamda bir idari birim olmadığından takibe dayanak belgede düzenleme yerinin yazılı olmaması sebebiyle anılan senet kambiyo senedi vasfını taşımamaktadır." (www.kazancı.com). Aynı yöndeki başkaca kararlar için bkz. 12 HD, T. 16.2.2017, E. 2016/9054, K. 2017/2122 (www.kazancı.com); 12. HD, T. 29.09.2016, E. 2016/19022, K. 2016/19999 (www.kazancı.com); 11. HD, T. 09.06.2005, E. 2005/6798, K. 2005/5970 (www.kazancı.com).

B. 6360 SAYILI KANUN’UN BELDE VE KÖYLERE ETKİSİ

6360 sayılı Kanun ile birlikte, büyükşehir belediyesi mülki idari sınırları içerisinde yer alan belde ve köylerin hukuki nitelikleri esaslı biçimde değişmiştir. Hemen aşağıda bu değişiklikler üzerinde durulacaktır. Ancak öncesinde bir hususa dikkat çekmekte fayda vardır: 6360 sayılı Kanun, yalnızca büyükşehir belediye teşkilatı kurulan *otuz* ilde⁴³ yer alan belde ve köylerin hukuki niteliklerine ilişkin hükümler içermektedir. Büyükşehir belediye teşkilatı kurulmayan *elli bir* ilde yer alan belde ve köyler bakımından herhangi değişiklik söz konusu değildir. Dolayısıyla söz konusu *elli bir* ilin sınırları içerisinde yer alan belde ve köyler, mevcut hukuki niteliklerini muhafaza etmektedir.

6360 sayılı Kanun’un beldelere ilişkin yenilikleri şu şekildedir:

6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediyesi mülki sınırları içerisinde yer alan belde belediyelerinin tüzel kişilikleri kaldırılmıştır (m. 1/3).⁴⁴ Tüzel kişiliğini kaybeden belde belediyeleri “belde ismiyle” ve “tek mahalle olarak” bağlı buldukları ilçenin belediyesine katılmıştır (m. 1/3). Söz konusu düzenlemeyle birlikte hukukumuzda, ismi belde ve fakat hukuki niteliği mahalle olan birimler dâhil olmuştur.⁴⁵ Bu noktada, yinelemek pahasına, büyükşehir belediye teşkilatı kurulmayan *elli bir* ilde yer alan ve ismi belde olan yerleşim yerlerinin, belde belediyesi niteliğini de koruyarak varlıklarını sürdürdüğüne dikkat çekmek yerinde olacaktır.

6360 sayılı Kanun’un köylere ilişkin yenilikleri ise şu şekildedir:

6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediyesi mülki sınırları içerisinde yer alan köylerin tüzel kişilikleri kaldırılmıştır (m. 1/3, m. 1/4).⁴⁶ Tüzel kişi niteliğini kaybeden köyler, mahalle olarak bağlı bulunduk-

⁴³ Büyükşehir belediyesi teşkilatı bulunan iller şu şekildedir: Adana, Ankara, Antalya, Aydın, Balıkesir, Bursa, Denizli, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, Hatay, İstanbul, İzmir, Kahramanmaraş, Kayseri, Kocaeli, Konya, Malatya, Manisa, Mardin, Mersin, Muğla, Ordu, Sakarya, Samsun, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van.

⁴⁴ Söz konusu Kanun ile büyükşehir belediyesi mülki sınırları il mülki sınırlarına dönüştürülmüştür (m. 1/1, m. 1/2). Böylelikle büyükşehirlerde yer alan tüm belde belediyeleri tüzel kişiliklerini kaybetmiştir.

⁴⁵ Muratoğlu, s. 76.

⁴⁶ Söz konusu Kanun ile büyükşehir belediyesi mülki sınırları il mülki sınırlarına dönüştürülmüştür (m. 1/1, m. 1/2). Böylelikle büyükşehirlerde yer alan tüm köyler tüzel kişiliklerini kaybetmiştir.

ları ilçenin belediyesine katılmıştır (m. 1/3, m. 1/4). Kanun koyucu, 5216 sayılı Kanun'dan farklı olarak, orman köylerine ilişkin bir istisnaya da yer vermemiştir. Büyükşehir belediyesi mülki sınırları içerisinde yer alan orman köyleri de tüzel kişiliklerini kaybetmiştir.

C. 6360 SAYILI KANUN'UN BELDE VE KÖYLERİN ÇEKTE DÜZENLENME YERİ OLARAK GÖSTERİLEBİLME NİTELİKLERİNE ETKİSİ

1. Yargıtay Uygulaması: 12. HD, T. 23.11.2015, E. 2015/19613, K. 2015/28936

6360 sayılı Kanun ile tüzel kişiliği kaldırılan ve mahalle statüsüne dönüştürülen beldelerin çekte düzenlenme yeri olarak gösterilip gösterilemeyeceği hususu, 12. HD'nin 23.11.2015 tarih ve E. 2015/19613, K. 2015/28936 sayılı kararına konu olmuştur. Anılan kararda Yüksek Mahkeme, şu yönde hüküm kurmuştur: "6102 sayılı TTK'nın 780/1-e maddesine göre çekin, kambiyo senedi vasfını taşıyabilmesi için keşide yeri unsurunu ihtiva etmesi gereklidir. Keşide yerinin ise; idari birim (kent, ilçe, bucak, köy gibi) adı olarak gösterilmesi zorunlu bulunmaktadır. Somut olayda, takip dayanağı çekte keşide yerinin '...' olarak yazıldığı görülmektedir. Bilindiği üzere; 06.12.2012 tarih ve 28489 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve ilk mahalli idareler genel seçimi olan 30.03.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6360 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrası ile '...' belde belediyesinin tüzel kişiliği kaldırılmış ve söz konusu belediye '...' ismiyle mahalle olarak bağlı bulunduğu Manavgat ilçesinin belediyesine katılmıştır. Bu durumda, takibe konu çekte keşide yeri olarak gösterilen '...' anılan çekin keşide tarihi olan 30.08.2014 tarihinden önce mahalleye dönüştüğünden bu yerin yukarıda belirtilen nitelikte idari birim olmadığı ve dolayısıyla dayanak belgenin keşide yeri unsurunu taşımadığı açıktır".⁴⁷

2. Değerlendirme

Görüldüğü üzere Yargıtay, mahalle statüsüne dönüştürülen beldelerin çekte düzenlenme yeri olarak gösterilemeyeceği görüşündedir. Kararda yer alan ifadeler, Yüksek Mahkeme'nin mahalle statüsüne dönüştürülen köyler bakımından da benzer bir yaklaşım sergileyeceği

⁴⁷ emsal.yargitay.gov.

izlenimi yaratmaktadır. Öz bir ifade ile yinelemek gerekirse Yargıtay, çekte düzenlenme yeri olarak gösterilebilme niteliği bakımından tüzel kişiliği haiz olma koşulunu aramaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımına katılma olanağı yoktur. Bu yönde bir kabulü gerekli kılan hususlar şu şekilde sıralanabilir:

İlk olarak, hukuki öngörülebilirlik ilkesine dikkat çekilmelidir. Konu beldeler örneğiyle somutlaştırılabilir: Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımına göre, mahalle statüsüne dönüştürülen (ve fakat ismi hâlâ belde olan⁴⁸) beldeler düzenlenme yeri niteliğini haiz değildir. Hemen yukarıda işaret olduğu üzere, yalnızca otuz ilin sınırları içerisinde yer alan beldeler mahalle statüsüne dönüştürülmüştür. Geriye kalan *elli bir* ilde ise beldeler, belde belediyesi (bu arada tüzel kişi) niteliğini korumaktadır. Yerleşik Yargıtay uygulaması dikkate alınır, söz konusu *elli bir* ilde yer alan beldelerin düzenlenme yeri olarak gösterilebilme niteliklerini koruduğu açıktır. Dolayısıyla beldelerin düzenlenme yeri niteliğini haiz olup olmamaları hususunda, sınırları içerisinde buldukları il esasına dayanan ikili bir ayırım ortaya çıkmıştır.

Dikkat çekilmesi gereken ikinci husus, çeke olan güvenin ve böylelikle çekin tedavül kabiliyetinin arttırılmasıdır. Esasen bu husus, hemen yukarıda ifade edilen hukuki öngörülebilirlik ihtiyacının bir uzantısını oluşturmaktadır. Hukuk düzeni, çek kullanımını yaygınlaştırma ve böylece çekten beklenen menfaati sağlama amacı gütmekte ise, çeke olan güveni arttırmak zorundadır. Kuşkusuzdur ki, çek hukuku kurallarının yeknesaklaşması, çeke olan güvenin arttırılması bakımından elzemdir. Yeknesaklaşma adına, çek hukukunun şekle ve süreye ilişkin ikilemelerinin mümkün olduğu ölçüde giderilmesi gerekmektedir.⁴⁹ Bu doğrultuda, mezkûr Yargıtay kararının benimsenmesi halinde, sonucun tersine olacağına dikkat çekilmelidir. Aynı adı (belde adı) taşıyan birimlerin düzenlenme yeri olarak gösterilip gösterilemeyeceği hususunda, sınırları içerisinde buldukları il esasına dayalı bir ayırma gidilmesi, çeke olan güveni zedeleyecektir. Konu lehtar ve muhatabın hukuki durumlarından hareketle somutlaştırılabilir:

⁴⁸ Bkz. Yuk. II/B.

⁴⁹ Korkut Özkorkut, “Çek Hukukunda Ödeme İçin İbraz Süreleri”, *BATİDER*, 1997, C. 19, S. 2, s. 60-61.

Böylesine bir ayırımın kabulü halinde çek, bir ödeme aracı olarak tercihe şayan olma vasfını önemli ölçüde yitirecektir. Zira lehtar çekin geçerli olup olmadığı (geçerli bir düzenlenme yeri içerip içermediği) hususunda, oldukça kapsamlı bir inceleme külfeti ile karşı karşıya kalacaktır. Bir beldenin düzenlenme yeri olarak gösterildiği çek kendisine teklif edilen lehtar, “bu beldenin hangi ilin sınırları içerisinde olduğunu” ve “bu ilde büyükşehir belediye teşkilatı kurulup kurulmadığını” araştırma mecburiyetinde olacaktır. Aksi halde söz konusu çek, düzenlenme yeri olarak gösterilen beldenin büyükşehir belediye teşkilatı kurulan bir ilin sınırları içerisinde yer almasından sebep, geçersiz kılınabilecektir. Çek kullanımını yaygınlaştırma gayesi güden bir hukuk düzeni, lehtar böylesine bir riskle karşı karşıya bırakmamalıdır.⁵⁰

Böylesine bir ayırım, muhatap banka bakımından da pek çok riski beraberinde getirecektir. Muhatap banka ödenmek üzere kendisine ibraz edilen çekin geçerli olup olmadığını incelemekle yükümlüdür.⁵¹ Öyle ki geçersiz bir çekin bedelini ödeyen muhatap, düzenleyene karşı sorumlu olacaktır.⁵² Beldeler bakımından ortaya çıkan bu ayırım muhatapın inceleme yükümlülüğünü de hayli genişletecektir. Bir beldenin düzenlenme yeri olarak gösterildiği çek kendisine ibraz edilen muhatap, tıpkı lehtar gibi, “bu beldenin hangi ilin sınırları içerisinde olduğunu” ve “bu ilde büyükşehir belediye teşkilatı kurulup kurulmadığını” araştırmak zorunda kalacaktır. Böyle bir zorunluluk halinde ise, “internet, harita, ansiklopedi gibi bir kaynağa gidilerek konunun araştırılması kaçınılmaz olacak; bu durum ise hiç şüphesiz çekin süratle tedavülünü ve ödenebilmesini engelleyecektir”.⁵³

Belirtilen sebeplerle, düzenlenme yeri kavramına ilişkin yeni bir kıstas belirlenmesi elzem görülmektedir. Bu doğrultuda en uygun çözüm, Moroğlu ve Kendigelen tarafından da ifade edildiği üzere, mahallelerin düzenlenme yeri niteliğini haiz olduklarının kabul edilmesi olacaktır.⁵⁴ Böylelikle, 6360 sayılı Kanun ile mahalle statüsüne dönüştürülen belde ve köyler düzenlenme yeri niteliklerini koruyacaktır.

⁵⁰ Bu hususta bkz. Öztan, 1057; Özkorkut, s. 60.

⁵¹ Kendigelen, s. 234 vd.; Bozer/Göle, s. 362.

⁵² Kendigelen, s. 234; Bozer/Göle, s. 362.

⁵³ Bozer/Göle, s. 255.

⁵⁴ Karş. Pulaşlı, s. 281.

Öte yandan bu yaklaşım, 6360 sayılı Kanun ile mahalle statüsüne dönüştürülen birimlerle sınırlı bir uygulama alanına sahip de değildir. Hukuki öngörülebilirlik ilkesinin bir gereği olarak, ülke çapındaki tüm mahalleler, düzenlenme yeri niteliğini haiz kabul edilmelidir.

Ekleme gerekir ki mezkûr görüş, başkaca hukuki sorunlara gebe-
bedir. Bunun temel sebebi, ülke çapında aynı adı taşıyan pek çok mahallenin yer almasıdır. Esasen böyle bir ihtimal Türk Hukuku bakımından yeni değildir. Aynı sorun, düzenlenme yeri niteliğini haiz oldukları tereddütsüz olan ilçeler bakımından da söz konusudur. Zira çeşitli illerde aynı adı taşıyan ilçeler bulunmaktadır (Ordu/Ulubey, Uşak/Ulubey; Van/Edremit, Balıkesir/Edremit; Zonguldak/Ereğli, Konya/Ereğli vb.).

Aynı ad kaynaklı sorunların neler olabileceği, düzenlenme yerine biçilen işlevlerden hareketle tespit edilebilir. Çek hukukunda düzenlenme yerinin iki temel işlevi vardır.⁵⁵ Bunlar ibraz süresinin ve uygulanacak hukukun tespitine ilişkindir:

Çek hukukunda *düzenlenme yerinin en önemli işlevi ibraz süresinin tespiti noktasındadır*. Aşağıda⁵⁶ da ifade edileceği üzere çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhatap bankaya ibraz edilmelidir (TTK m. 796/1). İbraz süresinin tespitinde, düzenlenme yeri ile ödeme yerinin aynı yer olup olmaması belirleyicidir. İşte aynı ada sahip mahalleler ihtimali bu nokta itibari ile soruna yol açabilir.

Konu bir örnekle somutlaştırılabilir: Bir çekte düzenlenme yeri “A” Mahallesi, ödeme yeri ise Ankara olarak gösterilmiştir. Öte yandan “A” adlı bir mahalle, hem Ankara’da hem de başka bir ilde mevcuttur. Bu çekin ibraz süresi, “A” adlı mahallenin Ankara’da bulunan mahalle olması halinde on gün; başka bir ilde bulunan mahalle olması halinde ise bir ay olacaktır.

Belirtilmelidir ki ortaya konulan sorun, düzenlenme ve ödeme yeri aynı ülke sınırları içerisinde yer alan çekler bakımından iki farklı ibraz süresinin öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Doktrin-
de de dile getirildiği üzere *de lege ferenda* çözüm, karşılaştırmalı hu-

⁵⁵ Karş. Hayri Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku, 2.b., 1975, s. 377; Öztan, s. 1058; Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 157.

⁵⁶ Bkz. Aşa. III/A/2.

kuktaki örneklere de paralel olarak⁵⁷, düzenlenme ve ödeme yeri aynı ülke sınırları içerisinde yer alan çekler için tek bir ibraz süresinin kabul edilmesidir.^{58,59}

Bununla birlikte örneğe konu çek, *de lege lata* da geçersiz değildir. Zira düzenlenme ve ödeme yeri Türkiye’de yer alan her çek, asgari on günlük ibraz süresinden yararlanabilmektedir. Bu sebeple söz konusu çek, işlem güvenliği ve hamillerin korunması düşüncesinin de bir gereği olarak⁶⁰, geçerli kabul edilmelidir.⁶¹ Söz konusu çek bakımından, süresinde bir ibrazın söz konusu olup olmadığı hususu ise çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmelidir:

*Bu hususta birinci ihtimal, çekin, on günlük ibraz süresi içerisinde ibraz edilmiş olmasıdır. Bu ihtimalde çekin süresi içerisinde ibraz edildiği tereddütsüzdür.*⁶²

İkinci ihtimal, çekin, on günlük ibraz süresinden sonra ve fakat bir aylık ibraz süresinden önce ibraz edilmiş olmasıdır. Bu ihtimalde süresinde bir ibrazın söz konusu olup olmadığı hususu tereddüt uyandırmaktadır. Zira “A” mahallesi, Ankara’da yer alan mahalle ise, çek, süresinde

⁵⁷ Nitekim Cenevre Yeknesak Kanunu m. 29’da, düzenlenme ve ödeme yeri aynı ülke sınırları içerisinde yer alan çekler bakımından sekiz günlük ibraz süresi öngörülmüştür. Bu düzenleme İsviçre ve Alman kanun koyucuları tarafından da benimsenmiştir. Bilgi için bkz. Özkorkut, s. 50; Narbay, s. 797.

⁵⁸ Özkorkut, s. 59 vd.; Narbay, 818; Kendigelen, s. 214.

⁵⁹ Özkorkut tarafından da ifade edildiği üzere, belirlenecek tek ibraz süresinin kısa mı yoksa uzun mu olacağı, kanun koyucunun çeke yüklediği anlama bağlıdır, bkz. Özkorkut, 61. Çek, klasik işlevine uygun biçimde, ödeme aracı olarak anlandırılmakta ise kısa bir ibraz süresinin belirlenmesi yerinde olacaktır. Eklemek gerekir ki bu yönde bir tercih, “ibraz süresini kaçırma” kaynaklı hak kayıplarına da yol açmayacaktır. Zira gerek ulaşım olanaklarında gerekse de teknolojiye (örn; takas odası) yaşanan gelişim, çekin, kısa süreler içerisinde ibrazını mümkün kılmaktadır. Öte yandan kanun koyucu, çeke, kredi fonksiyonu da tanımak istemekteyse, görece uzun bir ibraz süresi belirleyecektir.

⁶⁰ Kendigelen, s. 96.

⁶¹ Kendigelen, s. 96. Pulaşlı, aynı adı taşıyan ilçeler bakımından bu sonuca ulaşmaktadır, bkz. Pulaşlı, s. 282. Reisoğlu’na göre ise, on günlük süre içerisinde ibraz edilmiş olmak kaydıyla, düzenlenme yeri bulunmayan çekler dahi geçerli kabul edilmelidir, bkz. Seza Reisoğlu, Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 69.

⁶² Karş. Ceza hukuku ilkelerini esas almakla birlikte 10. CD, T. 08.01.2002, E. 2001/18911, K. 2002/1249: “... çekte keşide yerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık net ve herkes tarafından kolayca anlaşılabilir şekilde yazılması halinde geçerli olacağına kuşku bulunmamakta olup, suça konu çekin muhatap bankanın (Konya) Ereğli Şubesinden keşide edilmiş ve 10 günlük süre içinde ibraz edilmiş olması karşısında herhangi bir karışıklığa ve duraksamaya yer vermediği anlaşıldığından çekte keşide yeri olarak belirtilen Ereğli ibaresinin keşide yeri olarak kabulü gerektiği, ...” (www.kazancı.com).

ibraz edilmemiştir. Ancak “A” mahallesi, başka bir ilde bulunan mahalle ise, ortada süresinde ibraz edilmiş bir çek mevcuttur. Konuya aynı adı taşıyan ilçeler bakımından değinen *Pulaşlı*’ya göre, “düzenleme yeri ile ödeme yerinin aynı olduğu farzedilerek ibraz süresi 10 gün olarak kabul edilebilmelidir”.⁶³ Anılan ihtimal, cezai sorumluluk bağlamında olmakla birlikte, bir Yargıtay kararına da konu olmuştur. 10. CD, 07.10.1996 tarih ve E. 8716, K. 10353 sayılı kararında şu yönde hüküm kurmuştur: “Suç konusu çekte, ödeme yerinin çek hesabının bulunduğu banka şubesi Konya/Ereğli, keşide yerinin ‘Ereğli’ yerleşim biriminin yazılı bulunmasına göre, çok sayıda ‘Ereğli’ adı altında yerleşim biriminin olması da dikkate alınarak, keşide yerinin hangi ‘Ereğli’ olduğu taraflardan sorulup, kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıklığa kavuşturulması ve ibrazın yasal süre içerisinde yapılıp yapılmadığı belirlenerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır”.⁶⁴

Üçüncü ihtimal ise, çekin, bir aylık ibraz süresi geçtikten sonra ibraz edilmiş olmasıdır. Bu ihtimalde süresi içerisinde ibraz edilmiş bir çekten söz etme olanağı yoktur.

Çek hukukunda düzenlenme yerinin diğer işlevi, çekte uygulanacak hukukun tespiti noktasındadır. Çekten doğan borçlanmaların sonuçları düzenlenme yeri hukukuna göre belirlenir (TTK m. 821/1). Ancak bu husus çalışmanın konusu bakımından bir önemi haiz değildir. Zira incelenen ihtimalde aynı adı taşıyan farklı mahalleler, Türkiye sınırları içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla ortada uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bir tereddüt bulunmamaktadır.⁶⁵

III. DÜZENLENME VE ÖDEME YERİ AYNI BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ SINIRLARI İÇERİSİNDE YER ALAN ÇEKLERDE “İBRAZ SÜRESİ”NİN TESPİTİ

A. 6360 SAYILI KANUN ÖNCESİ DÖNEMDE HUKUKİ DURUM

1. Büyükşehir Belediyelerinin Sınırları Bakımından

6360 sayılı Kanun öncesi dönemde, büyükşehir belediyelerinin sınırları, 5216 sayılı Kanun m. 5 ile düzenlenmişti. Maddede şu ifadeye

⁶³ Pulaşlı, s. 283.

⁶⁴ Gönen Eriş, Çek Hukuku, 4.b., Ankara 2003, s. 723.

⁶⁵ Moroğlu, Düzenlenme Yeri, s. 161; Kendigelen, s. 95, dn. 190.

yer verilmişti: “Büyükşehir belediyelerinin sınırları, adını aldıkları büyükşehirlerin belediye sınırlarıdır”. Söz konusu düzenleme oldukça muğlaklıktı.⁶⁶ Bu muğlaklık, 5216 sayılı Kanun geçici m. 2 ile giderilmeye çalışılmıştı.

5216 sayılı Kanun geçici m. 2’de, büyükşehir belediye sınırlarının tespitine ilişkin ikili bir ayrıma gidilmişti. Kanun koyucu, İstanbul ve Kocaeli illerinde büyükşehir belediye sınırlarını, il mülki sınırları olarak belirlemişti. Diğer büyükşehir belediyeleri bakımından ise nüfus esasına dayanan bir belirleme yapılmıştı. Buna göre; mevcut valilik binası merkez kabul edilmek ve il mülki sınırları içinde kalmak şartıyla, nüfusu bir milyona kadar olan büyükşehirlerde yarıçapı yirmi kilometre, nüfusu bir milyondan iki milyona kadar olan büyükşehirlerde yarıçapı otuz kilometre, nüfusu iki milyondan fazla olan büyükşehirlerde yarıçapı elli kilometre olan dairenin sınırı ilgili büyükşehir belediyesinin sınırını oluşturmakta idi.

5216 sayılı Kanun geçici m. 2’de yer alan düzenleme, büyükşehir belediye teşkilatı kurulan illerde yer alan ilçe belediyeleri bakımından bir ayrıma yol açmıştı. İlçe belediyeleri, büyükşehir belediyesinin sınırları içerisinde yer alıp almaları esasına göre, büyükşehir ilçe belediyesi/merkez ilçe ve normal ilçe belediyesi olarak ikiye ayrılmakta idi. Büyükşehir belediyesinin sınırları içerisinde yer alan ilçe belediyeleri, büyükşehir ilçe belediyesi niteliğinde idi.⁶⁷ Büyükşehir belediye teşkilatı kurulu “ilin” sınırları içerisinde ve fakat “büyükşehir belediyesinin” sınırları dışında yer alan ilçe belediyeleri ise normal (bağımsız) ilçe belediyesi niteliğinde idi.⁶⁸

2. Büyükşehir Belediye Sınırları İçerisinde Kalan Yerlerde İbraz Süresinin Tespiti Bakımından

a. Genel Olarak

Çek bedelini tahsil etmek isteyen hamil, çeki, ödenmek üzere ibraz etmek zorundadır. Çekin içerdiği alacak, ödeme için ibrazla birlikte muaccel hale gelmektedir.⁶⁹

⁶⁶ Muratoğlu, s. 66.

⁶⁷ Günday, s. 511; Gözler, İdare Hukuku, s. 483.

⁶⁸ Gözler, 6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler, s. 53.

⁶⁹ Öztan, s. 1176; Bozer/Göle, s. 362.

Ödeme için ibraz, kural olarak, muhatap bankaya yapılır. İbrazin çekle işleyen hesabın bulunduğu şubeye yapılması şart değildir; muhatabın başka bir şubesine yapılan ibraz da ödeme için ibraz niteliğindedir (ÇekK m. 3/1). Hamil çeki takas odasına da ibraz edebilir. Çekin takas odasına ibrazı da ödeme için ibraz yerine geçer (TTK m. 798/1).

Kanun koyucu çekin ödeme için ibraz edilebileceği süreleri sınırlandırmıştır.⁷⁰ Düzenlenme ve ödeme yeri Türkiye sınırları içerisinde olan çekler bakımından dahi iki farklı süre öngörülmüştür.⁷¹ Düzenlendiği yerde ödenecek çeklerin on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecek çeklerin ise bir ay içerisinde ibraz edilmesi gerekmektedir (TTK m. 796/1). Düzenleme, ibraz süresinin tespiti hususunda, düzenlenme yeri ile ödeme yerinin aynı yer olup olmamasına sonuç bağlamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu, iki yerin aynı yer mi yoksa başka yer mi olduğunun ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir açıklamaya yer vermemiştir. Bu tutum konunun tartışmalı hale gelmesine yol açmıştır.⁷²

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında aynı yer/başka yer ayrımının tespitinde çeşitli kıstaslara başvurulduğu görülmektedir. Bu anlamda olmak üzere il sınırları, ilçe sınırları, büyükşehir belediye sınırları ile düzenleyenin iradesi kıstaslarına dikkat çekilmelidir.

b. Doktrinde İfade Edilen Görüşler

Narbay ve Kendigelen'e göre, aynı yer/başka yer ayrımı “il sınır-

⁷⁰ Çekte ibraz sürelerinin taşıdığı önem hakkında detaylı bilgi için bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21.b., İstanbul 2013, N. 445, s. 302; Bozer/Göle, s. 338 vd.; Reisoğlu, Çek Hukuku, s. 207-208.

⁷¹ Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çekler bakımından da farklı süreler söz konusudur. Bu çekler, düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay; ayrı kıtalarda ise üç ay içinde ibraz edilmelidir. Bu hususta, bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdeniz'e sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdeniz'e sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada düzenlenmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır (TTK m. 796/2).

⁷² Konunun yasal bir düzenleme ile açıklığa kavuşturulmasının yerinde olacağı yönünde bkz. Sıtkı Eroğlu, “3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İlgili Olarak T.C. Merkez Bankası Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar, Tespit ve Öneriler”, *BATİDER*, 1989, C. 15, S. 2, s. 18; Mehmet Bahtiyar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2005, S. 61, s. 102-103.

ları” dikkate alınarak tespit edilmelidir.⁷³ Bu görüşe göre, il sınırları bir bütün olarak aynı yer kapsamı içerisinde değerlendirilmeli; çekin düzenlenme yeri ile ödeme yeri o ilin sınırları içinde bulunmakta ise ibraz süresi on gün olmalıdır.

Öztañ ve *Reisoğlu*’na göre “ilçe sınırları” belirleyicidir.⁷⁴ Bu görüşe göre, çekin düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı ilçe sınırları içerisinde yer almakta ise ibraz süresi on gündür. Bununla birlikte her iki Yazar, büyükşehir belediyesi bulunan illerde yer alan ilçeler bakımından istisnai bir duruma dikkat çekmiştir. Yazarlar’a göre, “büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalan ilçeler (büyükşehir ilçe belediyeleri/ merkez ilçeler)” aynı yer olarak değerlendirilmelidir.⁷⁵ Öztañ konuyu şu şekilde örneklendirmektedir: “... keşide yeri Çankaya, ödeme yeri Altındağ ilçeleri ise, bu ilçeler Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde kaldığından, çek ‘aynı yerde ödenecek çek’ sayılmalı ve 10 günlük ibraz süresine tâbi tutulmalıdır. Buna karşılık, keşide yeri Çankaya, ödeme yeri Haymana ise, ibraz süresi 1 ay olmalıdır”.⁷⁶

Bozer/Göle farklı bir kıstasa yer vermektedir. Yazarlar’a göre ibraz süresi, yerleşim yerlerinin sınırlarına göre değil; keşidecinin iradesine göre tespit edilmelidir.⁷⁷ “Şöyle ki, çekte ödeme yerinin Ankara il sınırları içinde bir banka şubesi olduğu durumlarda keşideci, düzenlenme yeri olarak Kızılcahamam-Ankara yerine sadece Kızılcahamam yazmışsa, kendi iradesiyle düzenlenme yeri ile ödeme yeri arasında farklılık yarattığından bu çekin ödeme için ibraz süresi bir ay olmalıdır”.⁷⁸

c. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay, aynı yer/başka yer ayırımının hangi kıstasa göre tespit edileceği hususunda yeknesak bir tutum sergilememektedir. Yargıtay’ın ilçe sınırlarını, il sınırlarını ve hatta il belediye sınırlarını esas alan kararları mevcuttur.⁷⁹ Yüksek Mahkeme, bazı kararlarında da büyükşehir belediye sınırlarını gözetmiştir. Örneğin 12 HD, 26.12.2006

⁷³ Narbay, s. 815; Kendigelen, s. 214.

⁷⁴ Öztañ, s. 1168; Reisoğlu, Keşide Yeri, s. 21.

⁷⁵ Öztañ, s. 1168; Reisoğlu, Keşide Yeri, s. 21. Aynı yönde bkz. Ertan Demirkapı, “Noterlik Uygulaması Bakımından Kambiyo Senetlerinde Protestolar”, *TNB Dergisi*, 2014, Y.1, S. 2, s. 55.

⁷⁶ Öztañ, s. 1168.

⁷⁷ Bozer/Göle, s. 350.

⁷⁸ Bozer/Göle, s. 350-351.

⁷⁹ Yüksek Mahkeme’nin çeşitli kararları hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. Narbay, s. 807-808; Kendigelen, s. 213.

tarikh ve E. 2006/21797, T. 2006/24786 sayılı kararında Şu ifadelere yer vermiştir: "Somut olayda, takip dayanağı çekin keşide yeri İstanbul olup, muhatap bankanın bulunduğu yer ise BayrampaŐa/İstanbul'dur. İstanbul ilinin yerel idari yapısı Büyükşehir Belediyesi ve büyük Şehir belediyesinin altında ilçe belediyeleri Şeklinde olup, BayrampaŐa'da Büyükşehir Belediyesi içinde yer alan bir ilçe belediyesidir. Bu Şekilde Büyükşehir belediyesi içinde kalan alt belediyelerin aynı yer olduğunun kabulü gerekir. Bu duruma göre çekin keşide yeri ve muhatap bankanın bulunduğu yer aynı olduğundan takip dayanağı çek yönünden ibraz süresi 10 gün olarak kabul edilmelidir".⁸⁰

B. 6360 SAYILI KANUN'UN BÜYÜKŞEHİR BELEDİYELERİNİN SINIRLARINA ETKİSİ

6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediyelerinin sınırları değiştirilmiştir. 6360 sayılı Kanun m. 6 ile değişik 5216 sayılı Kanun m. 5'e göre, büyükşehir belediyelerinin sınırları, il mülki sınırlarıdır.

Mezkûr düzenleme ile birlikte, İstanbul ve Kocaeli ile diğer büyükşehir belediyeleri arasında söz konusu olan sınır farklılığı ortadan kaldırılmıştır. Tüm büyükşehir belediyelerinin sınırları, öncesinde İstanbul ve Kocaeli'de olduğu gibi, il mülki sınırları olarak belirlenmiştir. 6360 sayılı Kanun, 5216 sayılı Kanun geçici madde 2'den farklı olarak, nüfusa dayalı bir ayrıma da yer vermemiştir.

6360 sayılı Kanun'un bu düzenlemesi, büyükşehir belediye teşkilatı bulunan illerde yer alan ilçeler bakımından da önemli bir sonucu beraberinde getirmiştir. Büyükşehir belediye sınırları (il sınırları) içeresinde yer alan tüm ilçe belediyeleri, büyükşehir ilçe belediyesine/merkez ilçeye dönüştürülmüştür.⁸¹ Böylelikle büyükşehir belediye teşkilatı bulunan illerde yer alan ilçeler bakımından, "büyükşehir ilçe belediyesi/merkez ilçe-normal (bağımsız) ilçe belediyesi" ayrımı ortadan kalkmıştır.

⁸⁰ www.kazancı.com. Ayrıca bkz. Ceza hukuku ilkelerini esas almakla birlikte 10. CD, T. 24.02.2004, E. 2004/401, K. 2004/2006: "Yine keşide ve ödeme yerlerinin aynı yer sayılmasında ve ibraz sürelerinin hesaplanmasında, il sınırı değil, ilçe sınırının esas alınacağı, ancak; Büyükşehir Belediyesinin bulunduğu yerlerde, Büyükşehir Belediyesi sınırları içeresinde kalan yerlerin aynı yer sayılacağı hususu da gözden uzak tutulmayacaktır.". (www.kazancı.com).

⁸¹ Gözler, Mahalli İdareler, s. 393; Gözler, 6360 sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler, s. 53.

C. 6360 SAYILI KANUN SONRASI DÖNEMDE İBRAZ SÜRESİ

İbraz süresinin tespiti hususunda, doktrinde bazı yazarlarca ifade edilen ve çeşitli Yargıtay kararlarında rastlanılan “büyükşehir belediye sınırları” kıstası, 6360 sayılı Kanun ile birlikte yeni bir boyut kazanmıştır. Zira bu kıstasın dayanağını oluşturan “büyükşehir belediye sınırları içerisinde”-“büyükşehir belediye sınırları dışında” yer alan ilçe ayrımı ortadan kalkmıştır. Büyükşehir belediye teşkilatı bulunan illerde yer alan tüm ilçeler, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan ilçe (büyükşehir ilçe belediyesi/merkez ilçe) haline gelmiştir.

Bu doğrultuda, düzenlenme ve ödeme yeri aynı büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yer alan çeklerde ibraz süresi bahsine ilişkin olarak bazı değerlendirmelerde bulunulabilir:

Aynı yer-başka yer ayrımının tespitinde ilçe sınırları görüşünün kabul edilmesi halinde, büyükşehir ilçe belediyeleri/merkez ilçeler bakımından bir istisnaya yer verilmesine gerek kalmamıştır. Zira büyükşehir belediye teşkilatı bulunan illerde yer alan tüm ilçe belediyeleri, büyükşehir ilçe belediyesi/merkez ilçe niteliği kazanmıştır.

6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediye sınırları, il mülki sınırları olarak belirlenmiştir. Böylece, aynı yer-başka yer ayrımı bakımından ileri sürülen “büyükşehir belediye sınırları” kıstası ile “il sınırları” kıstası birbirleriyle örtüşür hale gelmiştir. Bu düzenleme ülke çapında yeknesak bir kıstas belirleme olanağı sunar görünmektedir. Bu kıstas, *Narbay* ve *Kendigelen* tarafından ileri sürülen⁸² “il sınırları” kıstasıdır. “İl sınırları” kıstasının kabulü, normal il belediyesi kurulu iller ile büyükşehir belediye teşkilatı kurulu iller arasında bir ayrıma gidilmesini gereksiz hale getirecektir.⁸³ Bir çekin düzenlenme yeri ve ödeme yeri aynı ilin sınırları içerisinde ise, o ilde ister büyükşehir belediyesi isterse de normal il belediyesi teşkilatı bulunsun, ibraz süresi on gün olacaktır. “İl sınırları” kıstası, *de lege lata* en uygun çözüm olarak görünmektedir. Bununla birlikte, *de lege ferenda*, düzenlenme ve ödeme yeri aynı ülke sınırları içerisinde yer alan çekler bakımından tek bir ibraz süresinin kabul edilmesinin yerinde olacağını, tekrara düşmek pahasına, vurgulamakta fayda vardır.

⁸² Bkz. yuk. II/A/2/b.

⁸³ Pulaşlı, s. 282, s. 304; Narbay, s. 816.

IV. SONUÇ

Belde, Köy ve Mahallelerin Çekte Düzenlenme Yeri Olarak Gösterilebilme Niteliklerine İlişkin Olarak: Yargıtay, yalnızca idari birim niteliğini haiz yerleşim yerlerinin çekte düzenlenme yeri olarak gösterilebileceği görüşündedir. Bu doğrultuda Yüksek mahkeme, belde ve köylerin düzenlenme yeri niteliğini haiz olduğunu; mahallelerin ise bu niteliği haiz olmadığını içtihat etmektedir. 6360 sayılı Kanun ile belde ve köylerin hukuki niteliklerine ilişkin ikili bir ayırım ortaya çıkmıştır. Büyükşehir belediye teşkilatı kurulan otuz ilde yer alan belde ve köyler, mahalle statüsüne dönüştürülmüştür. Diğer elli bir ilde yer alan belde ve köyler ise mevcut hukuki niteliklerini korumaktadır. Yerleşik Yargıtay içtihadında ısrar edilirse, belde ve köylerin çekte düzenlenme yeri olarak gösterilebilmesi hususunda, sınırları içerisinde buldukları il esasına dayanan ikili bir ayırım ortaya çıkacaktır. Hukuki öngörülebilirlik ilkesi sebebiyledir ki, böyle bir sonuç kabule şayan değildir. Bu türden belirsizliklerin giderilmesi adına, mahallelerin de düzenlenme yeri niteliğini haiz olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Mahallelerin düzenlenme yeri niteliğini haiz olduğunun kabulü başkaca hukuki sorunlara gebedir. Zira ülkemizde aynı adı taşıyan pek çok mahalle yer almaktadır. Bu olgu, ibraz süresinin hesaplanmasında güçlüğe yol açabilir. Ancak bu güçlük çekin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır.

Düzenlenme ve Ödeme Yeri Aynı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde Yer Alan Çeklerde İbraz Süresinin Tespitine İlişkin Olarak: 6360 sayılı Kanun öncesi dönemde, aynı yer-başka yer ayırımının tespitinde ilçe sınırları görüşünü savunan yazarlar, aynı büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yer alan ilçeler bakımından bir istisnaya dikkat çekmiştir. Buna göre, düzenlenme ve ödeme yeri farklı ilçeler olsa da, bu ilçeler aynı büyükşehir belediyesinin sınırları içerisinde yer almakta ise çek, aynı yerde ödenecek çek olarak kabul edilmelidir. Bu yaklaşım, bazı Yargıtay kararlarında da kabul görmüştür. 6360 sayılı Kanun ile birlikte, mezkûr yaklaşımın dayanağını oluşturan "büyükşehir belediye sınırları içerisinde" -"büyükşehir belediye sınırları dışında" yer alan ilçe ayırımı ortadan kalkmıştır. Zira büyükşehir belediye teşkilatı bulunan illerde yer alan tüm ilçeler, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan ilçe (büyükşehir ilçe belediyesi/merkez ilçe) haline gelmiştir. Dolayısıyla aynı yer-başka yer ayırımının tespitinde ilçe sınırları kıstasının kabul edilmesi halinde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalan

ilçeler bakımından bir istisnaya yer verilmesine de gerek kalmamıştır. 6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediye sınırları, il mülki sınırları olarak belirlenmiştir. Böylece, aynı yer-başka yer ayrımı bakımından ileri sürülen “büyükşehir belediye sınırları” kıstası ile “il sınırları” kıstası birbiriyle örtüşür hale gelmiştir. Bu düzenleme ile birlikte, “il sınırları” kıstası, aynı yer-başka yer ayrımının tespiti bakımından en uygun çözüm niteliği kazanmıştır. “İl sınırları” kıstasının kabulü, normal il belediyesi kurulu iller ile büyükşehir belediye teşkilatı kurulu iller arasında bir ayrıma gidilmesini de gereksiz hale getirecektir.

De Lege Ferenda Öneri: TTK’da düzenlenme ve ödeme yeri aynı ülke sınırları içerisinde yer alan çekler bakımından farklı ibraz süreleri öngörülmüştür. Bu tercih ibraz süresinin tespiti bahsinde belirsizliklere yol açmakta; giderek, hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedeleyici sonuçlara sebebiyet vermektedir. Bu türden olumsuz sonuçların giderilmesi adına, düzenlenme ve ödeme yeri aynı ülke sınırları içerisinde yer alan çekler bakımından tek bir ibraz süresinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Kaynakça

- Bahtiyar Mehmet, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2005, S. 61.
- Bozer Ali/Göle Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 7.b., Ankara 2017.
- Demirkapı Ertan, “Noterlik Uygulaması Bakımından Kambiyo Senetlerinde Protestolar”, *TNB Dergisi*, 2014, Y.1, S. 2.
- Domaniç Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku, 2.b., 1975.
- Eriş Gönen, Çek Hukuku, 4.b., Ankara 2003.
- Eriş Gönen, Çek Hukuku, 5.b., Ankara 2004.
- Eroğlu Sıtkı, “3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İlgili Olarak T.C. Merkez Bankası Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar, Tespit ve Öneriler”, *BATİDER*, 1989, C. 15, S. 2.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C.1, 2.b., Bursa 2009.
- Gözler Kemal, “6360 sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyeleri Haline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun Mudur?”, *LHD*, 2013, C. 11 S. 122.
- Gözler Kemal, Mahallî İdareler Hukuku, Bursa 2018.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 11.b., Ankara 2017.
- Kendigelen Abuzer, Çek Hukuku, 4.b., İstanbul 2007.

- Moroğlu Erdoğan, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul 1998.
- Moroğlu Erdoğan, “Kambiyo Senetlerinde Düzenlenme Yeri”, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.
- Muratoğlu Tahir, “Mahalli İdareler Mevzuatında 6360 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, *Dicle HFD*, 2015, C. 20, S. 32.
- Narbay Şafak, “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan ‘Yer’ Kavramına ‘De Lege Lata’ ve ‘De Lege Ferenda’ Çözüm Önerileri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. 1, İstanbul 2003.
- Özkorkut Korkut, “Çek Hukukunda Ödeme İçin İbraz Süreleri”, *BATİDER*, 1997, C. 19, S. 2.
- Öztan Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2.b., Ankara 1997.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 21.b., İstanbul 2013.
- Pulaşlı Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 6. b., Ankara 2018.
- Reisoğlu Seza, “Çeklerde Keşide Yeri İle İlgili Sorunlar ve Yargıtay Kararları”, *Bankacılar Dergisi*, 1992, S. 7.
- Reisoğlu Seza, *Çek Hukuku*, Ankara 2011.
- Tekinalp Ünal, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul 1998.
- Yıldırım Ramazan, *Türk İdare Rejimi Dersleri*, C. 1, Konya 2014.

“ALTERNATİF” BİR UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU (ARABULUCULUK) ARACILIĞIYLA “ALTERNATİF” İŞ HUKUKUNA DOĞRU TOWARDS AN ALTERNATIVE EMPLOYMENT LAW THROUGH THE USE OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION BY MEDIATION

Kadriye BAKIRCI*

Özet: Türkiye’de, bireysel iş uyuşmazlıklarında, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuğun, ulusal işverenler, yabancı yatırımcılar ve devletin küçülmesi, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi eğiliminde olan hükümetler tarafından tercih edilmesi sonucu, 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kabul edilmiş ve bu Kanun’la 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmış, 4857 sayılı İş Kanunu (m.20, 21) , 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’de değişiklikler yapılmıştır. 25.10.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3, 11 ve 12. maddeleriyle iş uyuşmazlıklarının çözümünde “zorunlu” arabuluculuk öngörülmüş ve Türkiye’ya özgü bir model yaratılmıştır. Bu makalede, bu model karşılaştırmalı hukuk açısından ve toplumsal cinsiyet farkındalığıyla analiz edilerek, bu modelin, arabuluculuğun ilkelerine, bireysel iş uyuşmazlıklarına, kadın işçilere ve güç durumdaki bazı işçi gruplarına uygunluğu, iş hukuku üzerindeki etkisi, adalete erişim ve adil yargılanma haklarına güvence sağlanması ve sosyal diyalog ilkesi açılarından yarattığı sorunlar ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, Bireysel iş uyuşmazlıkları, İş Mahkemeleri Kanunu (No.7036)

Abstract: In Turkey, as a result of the preference of national employers, foreign investors and government, for mediation in individual labour disputes a new Labour Courts Act (No.7036) has been enacted on 10.12.2017. A specific legal framework has been created and “compulsory” mediation has been introduced in individual labour disputes for the first time in Turkey. In this article this model is analysed from the perspectives of comparative law and gender

* Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, kbakirci@hacettepe.edu.tr

awareness, and its usefulness has been examined in terms of the principles of mediation, individual labour disputes, female workers and some specific groups of workers. The effects of this model on individual labour law (employment law), access to justice and the right to a fair trial are examined.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Mediation, Compulsory Mediation, Individual Labour Disputes, Employment Disputes, Turkish Labour Courts Act (No.7036)

I. GİRİŞ

Demokratik toplumlarda geleneksel olarak adalete erişim hakkı, hakları ihlal edilen kişiye yetkili mahkeme tarafından etkili bir giderim sağlanması olarak anlaşılır. Dolayısıyla uyuşmazlık çözümünde klasik anlayış, devletin yargı organları tarafından yargılama yapılması yoluyla uyuşmazlığın çözümüdür. İş uyuşmazlıklarında işçinin korunması ilkesinin yaşama geçirilmesinin güvencesi de geleneksel olarak yargısal çözümdür.

Nitekim uluslararası sözleşmelerde ve 2008 tarihine kadar olan AB mevzuatında adalete erişim hakkı, bu klasik anlayışa uygun biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi uyarınca, “Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır” (m.8); BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi uyarınca, “Herkes, bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve aleni duruşma hakkına sahiptir” (m.14/1); Avrupa Konseyi (AK) İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (AİHS) uyarınca, “Herkes, davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, aleni olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir” (m.6/1); AB Temel Haklar Şartı uyarınca, “Birlik hukuku tarafından teminat altına alınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede düzenlenen koşullara uygun biçimde, mahkemeye başvurarak etkili bir hukuki çözümden yararlanma hakkına sahiptir. Herkes, önceden kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul bir süre içinde, adil ve aleni bir yargılamadan ya-

rarlanma hakkına sahiptir. Herkes, danışma, savunma ve temsil edilme imkanlarından yararlanır. Adalete etkili erişim amacıyla gerekli olduğu ölçüde, yeterli kaynağı olmayan kişilere yasal yardım sağlanır” (m.47).

Anayasa (AY) uyarınca da, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz” (m.36); “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” (m.37); “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır” (m.9).

Küreselleşmeyle birlikte dünyada hukuk da küreselleşmekte ve tek tip hukuksal düzenlemelere (standartlaşmaya) doğru hızlı bir gidiş yaşanmaktadır. Ancak bu standartlaşmada, yakın zamana kadar Kara Avrupası hukukuna egemen olan, devletin taraf olarak yer aldığı, sosyal adaleti sağlama ilkesine dayalı “inquisitorial” sistem değil, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tipi liberal devlet anlayışının yansıması olan ve bireylerin baş başa bırakıldığı “adversarial” sistem egemen bir hal almaktadır. Bunun sonucu olarak, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aracılığıyla adalet hizmeti özelleştirilmekte ve temel bir hak olan adalete erişim hakkı, devletin yargılama dışı çeşitli uyuşmazlık çözüm yolları önermesi yükümlülüğüne doğru evrilmektedir.

Bir başka deyişle devlet, uyuşmazlıkların çözümündeki görev ve yükümlülüklerinden elini çekmekte, taraflar kendi hakları için devlet müdahalesi olmadan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aracılığıyla aralarındaki uyuşmazlıklara çözüm bulmaya itilmektedir. Bu dalga- dan en fazla ve en hızlı biçimde etkilenen hukuk dallarından birisi iş hukukudur. Yakın zamana kadar Kara Avrupası Hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları toplu pazarlığı desteklemenin aracı olarak kabul görmesine rağmen, günümüzde ABD’de egemen olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının iş uyuşmazlıklarında da adalete erişimin ve yargı üzerindeki yükün azaltılmasının aracı olarak kabul edilmesi anlayışı, Avrupa Birliği (AB) Hukukuna da sıçramış bulunmaktadır.

Sendikaların gücünü kaybetmeleri veya sendikal örgütlenme düzeyinde yaşanan düşüş, iş uyuşmazlıklarının çözümünde işçilerin tamamen yalnız kalmalarına yol açmakta; sendikaların ulusal düzeyde ve uluslararası örgütlerde temsil ve baskı grubu olma güçlerini kaybetmeleri de uluslararası örgütler ve AB düzeyinde terazinin ibresinin neo-liberal anlayıştan yana ağır basmasına yol açmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, öğretilerde bir grup yazar tarafından yargının üzerindeki ağır iş yükü, yargılamanın karmaşıklığı ve yavaşlığı, davaların çok geç sonuçlanması, yüksek maliyet gerekçesiyle haklı gösterilmeye çalışılırken;¹ diğer bir grup tarafından ise, “uyuşmazlık çözüm yollarında çoğulculuk” teorisine ve günümüzde adalet erişim temel hakkının, devletin, farklı kullanıcıların ihtiyaçlarına cevap veren, iş yükünü en aza indiren farklı uyuşmazlık çözüm yolu modelleri sağlama yükümlülüğüne dönüştüğü gerekçesine dayandırılmaktadır.²

Güç eşitsizliğinin sözkonusu olduğu uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sakıncalarıyla ilgili ufuk açan ilk yazarlardan biri olan Owen Fiss, 1984 tarihli makalesinde,³ alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının varlığı ile yoksul arasındaki güç eşitsizliğini artıracaklarını savunmuştur. Fiss’e göre taraflar arasındaki kaynak eşitsizliği, tarafların uzlaşmalarını üç şekilde etkileyebilir: Birincisi, yoksul taraflar daha az bilgilendirilmiş olabilirler ve dava yoluna başvurlarsa uyuşmazlığın nasıl sonuçlanacağı konusunda daha az öngörü sahibi olabilirler. İkincisi, yoksul tarafların acil paraya ihtiyacı olabilir ve bu durum uzlaşma konusunda üzerlerinde baskı yaratabilir. Üçüncüsü, yoksul taraf dava açmak konusunda yeterli kaynak sahibi olmadığı için uzlaşmak zorunda kalabilir. Fiss’e göre, güç eşitsizliği dava yoluna başvurulduğunda dava sonucunu da etkileyebilir, ancak formal yargısal süreç güç eşitsizliğinin etkilerini azaltabilir.

¹ EC (European Commission), Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law/ COM/2002/0196 final, 2002, s.37. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196:EN:HTML>.

² Carrie Menkel-Meadow, “Peace and justice: Notes on the evolution and purposes of legal processes”, *Georgetown Law Journal*, 2006, 94(2), s.553-580. https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=fac_lectures.

³ Owen M. Fiss, “Against Settlement”, *Yale Law Journal*, 1984, Vol.93, s.1073-90. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215.

Türkiye’de, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ulusal işverenler,⁴ yabancı yatırımcılar ve devletin küçülmesi, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi eğiliminde olan hükümetler tarafından tercih edilmesi sonucu, 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İşMahK) kabul edilmiş ve bu Kanun’la 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İşMahK yürürlükten kaldırılmış, 4857 sayılı İş Kanunu (İşK) (m.20, 21) , 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’de değişiklikler yapılmıştır. 25.10.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 7036 sayılı İşMahK’nun 3, 11 ve 12. maddeleriyle iş uyuşmazlıklarının çözümünde “zorunlu” arabuluculuk öngörülmüştür.

Böylece 2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile öngörülmüş olan ve bireysel iş uyuşmazlıklarını da kapsayan gönüllü arabuluculuğun⁵ yerini, “zorunlu” arabuluculuk almış ve ücret, fazla ve fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal ve genel tatil günleri ücreti, kullandırılmayan yıllık izin ücreti, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı ve işe iade talepleri sonucunda boшта geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatına ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurmak zorunlu hale getirilmiştir⁶.

Belirtmek gerekir ki, mahkeme içi veya mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çok çeşitlidir ve ülkeden ülkeye farklı uygulamaları mevcuttur. Bu makalenin konusu olan arabuluculuk, bu çözüm yollarından biridir.

⁴ Derya Karademir, “Panel”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını, 2016, s.232-240.

⁵ HUAK m.13(1) uyarınca, “Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir”. Madde 15/2 uyarınca, “Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.”

⁶ 7036 sayılı İşMahK m.3/3 uyarınca, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir.

II. TANIMLAR

Devletin yargı organlarınca yapılan yargılama dışında başvuru mahkeme içi veya mahkeme dışı uyuşmazlığın çözüm yollarına, bu yolların kullanılmaya başlandığı ilk dönemlerde "alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (alternative dispute resolution)" denmiştir. Bu terimdeki "alternatif" sözcüğü, devlet yargılamasına alternatif uyuşmazlık çözüm yolları anlamında kullanılmıştır.⁷

Ancak günümüzde "alternatif" sözcüğünün, devlet yargılamasının eleştirisi anlamına gelebileceği kaygısıyla ve her uyuşmazlıkta başvurulması gereken uygun uyuşmazlık çözüm yolunun uyuşmazlığın türüne göre farklı olabileceği, modern toplumların çok çeşitli uyuşmazlık çözüm yollarını sağlaması gerektiği, bunlardan biri veya bazılarının bazı durumlara başarıyla uyum sağlayabileceği ama her durumda uygulanamayacağı görüşünün kabul edilmesiyle, hem yargılamayı hem yargılama dışı yolları kapsayan "uygun uyuşmazlık çözüm yolları (appropriate dispute resolution)" veya "etkili uyuşmazlık çözüm yolları (effective dispute resolution)" terimleri de kullanılmaya başlanmıştır.⁸

Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, devlet yargılamasının alternatifi olan ve yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan yahut onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olarak kabul edilmemektedir. Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmesi gereken uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür.⁹

⁷ David B. Lipsky/Ronald L. Seeber, "Resolving workplace disputes in the United States: The growth of alternative dispute resolution in employment relations", *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 2000, 2(3), s.37-49. <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1801&context=articles>.

⁸ Felicity Steadman, *Handbook On Alternative Labour Dispute Resolution*, the ILO's Regional Office for Asia and the Pacific in Bangkok and the International Training Centre of the ILO (ty). <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.516.3538&rep=rep1&type=pdf>.

⁹ Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, 2006, Sayı 64 (Pekcanitez,

HUAK'ın Genel Gerekçesinde, arabuluculuğun (alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin), aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amacın yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmak olmadığı da vurgulanmıştır. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.

HUAK m.2/b uyarınca, “Arabuluculuk: Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini... ifade eder”.¹⁰

2008 tarihli AB Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi uyarınca ise, bu Yönerge kapsamında arabuluculuk, “bir uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla tarafın gönüllü olarak, bir arabulucu yardımıyla uyuşmazlığı çözücü bir anlaşmaya varmak için başvurduğu sistemik bir süreçtir. Bu süreç, tarafların iradeleleriyle veya mahkeme kararıyla veya yasa gereği olarak başlatılabilir” (m.3/a).

Dolayısıyla arabuluculuk, üçüncü bir kişinin yardımıyla uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmaya çalışılması yolu olarak tanımlanabilir. Arabuluculuk süreci sonunda, bir anlaşma sağlanacak olursa, her iki tarafın tatmin edilmesini hedefleyen ve optimal bir çözümü içeren bu anlaşma, genelde, her iki tarafın da karşılıklı ödünler vermesi suretiyle gerçekleştirilecektir.

H., “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s. 12-16’ dan naklen ve dn.1’deki yazarlar); A. J.De Roo / R W Jagtenberg, *Settling Labour disputes in Europe*, Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation,1994.

¹⁰ HUAK uyarınca arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığı’na düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu ve TC vatandaşı kişiyi ifade eder (m.2/1; 20).

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ARABULUCULUK VE TÜRKİYE'YE ÖZGÜ ARABULUCULUK MODELİ

ABD'de arabuluculuk dahil alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ilk olarak toplu iş uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulmuştur ve geçmişi 19. yüzyıla dayanmaktadır.¹¹

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kaynağı olan ABD'de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları son derece kurumsallaşmış ve neredeyse yargılama yoluyla uyuşmazlık çözüm yollarının yerini almış olsa da,¹² zorunlu arabuluculuk dahil zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmasını öngören federal düzeyde bir düzenleme mevcut değildir.

ABD'de daha çok ticari uyuşmazlıklarda, ikinci sırada ise aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulur. Taraflar sözleşme ile öngürmedikleri sürece arabuluculuğa başvurma yükümlülüğü söz konusu değildir.¹³ İş uyuşmazlıklarında ise daha çok, henüz devam etmekte olan iş ilişkilerinde ortaya çıkan kişiler arası çatışmalarda, duygusal tepkilerden kaynaklanan çatışmalarda veya iletişim zorluklarından kaynaklanan sorunların çözümünde başvurulmuş ve iş ilişkisi kurtarılmaya çalışılan bir uyuşmazlık çözüm yoludur.¹⁴ Arabuluculuk, uyuşmazlıkları başlangıç aşamasında, sorunlar büyümeden çözüme rol oynamaktadır. Örneğin ABD'de taciz olaylarında arabuluculuğa başvurulmaktadır. Çünkü taciz olaylarında pek çok mağdur tacizin durmasını ister. İşverenlerini dava etmek, yargılamanın verdiği

¹¹ 1898 tarihli "Erdman Act"; Such V. Vilches/A.L. Verbeke/C. Menkel-Meadow, "Mandatory Workplace Mediation", *Advancing Workplace Mediation Through Integration of Theory and Practice* (K. Bollen/ M. Euwema / L. Munduate (eds)), Springer, Switzerland, 2016. https://doi.org/10.1007/978-3-319-42842-0_9

¹² Douglas Ashman, *The Impact of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Employment Law*, College of Technology Masters Theses, Paper 56, 2011. <http://docs.lib.purdue.edu/techmasters/56>.

¹³ R. Gaull Silberman/Susan E. Murphy/Susan P. Adams, *Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims*, 54 *Louisiana Law Review*, 1994. <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol54/iss6/6>; Eugene K. Connors/Brooke Bashore-Smith, "Employment Dispute Resolution in the United States: An Overview", 17 *Canada-United States Law Journal*, 1991, Issue:2, s.319. <http://scholarlycommons.law.case.edu/cuslj/vol17/iss2/15>; Ann C. Hodges, "Mediation and the Transformation of American Labor Unions", 69 *Missouri Law Review*, 2004, Issue 2. <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol69/iss2/2>.

¹⁴ Alfred G. Felio (Editor-in-Chief), *ADR in Employment Law*, Arlington, Virginia: Bloomberg BNA, 2015.

sıkıntıyı ve olayın basına yansımaları istemezler, dava yoluna son çare olarak başvururlar.¹⁵

ABD’de iş hukuku alanında tartışma konusu olan, zorunlu hakemlik.¹⁶ Bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (yargıya gitmeyip uyuşmazlığın zorunlu hakemlikle çözümü yolu)¹⁷, ABD Anayasa Mahkemesi’nin (Supreme Court) 1991 tarihli *Gilmer v. Interstate Johnson Lane Corp.* (1991) kararından sonra, işverenlerce, işçilerin işe alınmaları veya çalıştırılmaya devam edilmelerinin koşulu olarak, sendikalı olmayan işçilerin iş sözleşmelerine hükümler konarak yaygınlaştırılmıştır.¹⁸ *Gilmer* davasında Mahkeme, iş sözleşmesine konmuş olan zorunlu hakemlik hükmünü, hukuka uygun bulmuştur. Ancak bütün iş uyuşmazlıkları zorunlu hakemlik kapsamı içinde değildir. Bazı yasal haklar hakemlik konusu olamazlar.¹⁹ Örneğin New York eyalet hukuku, cezai nitelikteki tazminatların hakemlik konusu olmasına izin vermemektedir.²⁰ Ayrıca zorunlu hakemlik bütün işçileri kapsamamaktadır. Bu tür hükümler, sendikalı olmayan işçilerin sözleşmelerine konmaktadır. Sözleşmelerine bu tür hükümler konan sendikalı olmayan işçilerin oranı tüm sendikalı olmayan işçilerin % 25’i kadardır.²¹

¹⁵ Hodges (2004).

¹⁶ Ashman (2011).

¹⁷ Katherine Stone, sözleşmesi hakemlik sözleşmelerini, 1990’ların sendika karşıtı sözleşmeleri (yellow dog contracts) olarak nitelendirmiştir (Katherine Van Wezel Stone, “Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights The Yellow Dog Contract,” *Denver University Law Review*, 1996, Vol. 73, No 4, s.1017-1050. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1601>; Hodges (2004).

¹⁸ Sharona Hoffman, “Mandatory Arbitration: Alternative Dispute Resolution or Coercive Dispute Suppression”, *17 Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 1996, No. 1, s.131. <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjell/vol17/iss1/4>.

¹⁹ Aaron Halebua, “United States”, *Resolving individual labour disputes: A comparative overview* (Minawa Ebisui/Sean Cooney/Colin Fenwick (eds.)), Geneva, International Labour Office, 2016, s.311-347.

²⁰ In *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.*, 353 N.E.2d 793, 794 (1976) davasında New York Temyiz Mahkemesi, bir hakemin, taraflarca üzerinde anlaşma sağlanmış olsa bile cezai tazminat verme yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: “Seçimi, çoğunlukla üstün pazarlık gücüne sahip tarafın tercihine bağlı olan bir hakemin, mahkemenin, jürinin ve dolayısıyla devletin yerini almasına izin verilemez. Hakemlere cezai tazminat verme yetkisi verilirse, tahkimin yararı yok olacaktır. Hakemlere cezai tazminat verme yetkisinin verilmesi, verilen cezai tazminatların kapsamının öngörülmesi ve denetimi olanağını ortadan kaldıracaktır”.

²¹ *Cole v. Burns International Security Services* 1997; Halebua (2016), s.311-347.

ABD’de adeta bir endüstri haline gelen iş uyuşmazlıklarında zorunlu hakemlik yolu, adalet ve hakkaniyeti sağlamada sorunlu görüldüğü için, ABD öğretisinde ve kamuoyunda tartışmalıdır.²² Özellikle sendikalı olmayan sektörlerde uygulama alanı bulduğu için, zorunlu hakemliği şekillendiren, uygulayan ve ödemesini yapan işverenlerdir. Bu nedenle Clinton tarafından kurulan ve başkanlığını dönemin Çalışma Bakanı (Secretary of Labour) John T. Dunlop’un yaptığı Federal Komisyon bu uygulamayı kınamıştır.²³ Nisan 2015’de bu uygulamayı yasaklamaya yönelik Hakemlikte Adalet Kanunu (The Arbitration Fairness Act) Kongre’ye sunulmuş fakat henüz yasalaşmamıştır.²⁴

AB üyesi ülkelerde iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları çok büyük farklılıklar göstermektedir.

Yargı sistemindeki farklılıklar nedeniyle Kara Avrupası ülkelerinde iş uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yaklaşım biçimi, ABD’nkinden farklıdır. Kara Avrupası ülkelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları 2008/52/EC sayılı AB Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi kabul edilinceye kadar önemli bir uygulama alanı bulmamış, hatta Almanya ve İtalya gibi bazı ülkelerde yasaklanmıştı.²⁵

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda ABD ile benzerlik gösteren Avrupa ülkesi, Britanya’dır. Britanya’da, geçmişi 1896 tarihine dayanan, 1974 yılında yasal dayanağa kavuşturulan Tavsiye, Uzlaştırma ve Hakemlik Hizmetleri Kurumu olarak adlandırılacak ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) Hükümetten oldukça bağımsız hareket eden bir kurumdur. Kurum çalışanları yal-

²² Lipsky/Seeber (2000), s.37-49; David Sherwyn, /J. Bruce Traoey/Zev J. Eigen, "In Defense of Mandatory Arbitration of Employment Disputes: Saving the Baby, Tossing Out the Bath Water, and Constructing a New Sink in the: Process", *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 1999, 2(1), s.73-150; Stone (1996), s.1017-1050.

²³ U.S. Department of Labor, Report and Recommendations Commission on the Future of Worker-Management Relations [The "Dunlop Commission"], Washington, DC: Government Printing Office, December 1994. https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1004&context=key_workplace.

²⁴ Halegua (2016), s.311-347.

²⁵ M. Finkin, "Workplace Justice: Does Private Judging Matter?", *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2014, Vol.113, s.166- 185.

nızca uzlaştırma faaliyeti yürütebilir. ACAS, kamu tarafından finanse edilmektedir. Verdiği hizmetler ücrete tabi değildir.²⁶

İngiltere’de toplu veya bireysel bir iş uyuşmazlığı için İş Mahkemesi’ne başvuracak olan tarafın, mahkemeye başvurmadan önce, ACAS’ı bilgilendirme yükümlülüğü vardır; ancak daha sonra ACAS tarafından başlatılan “erken uzlaştırma (early conciliation)”²⁷ sürecine katılmak zorunda değildir. Dolayısıyla İngiltere’de uzlaştırma sürecinin başlayabilmesi için yalnızca bildirimde bulunma zorunluluğu vardır.

Arabuluculuk ise zorunlu değil, gönüllüdür. Tarafların anlaşmasına bağlıdır.²⁸ Arabuluculuk faaliyeti ACAS dışındaki uzmanlar tarafından yerine getirilir.

İşyeri arabuluculuğu, çalışma ilişkilerini iyileştirmeyi ve iyi yönetim ve örgüt kültürünü teşvik etmeyi amaçlamaktadır. İşyeri arabulucuları, çalışma ilişkilerini iyileştirmek için işyeri uyuşmazlıklarını erken bir aşamada çözüme sürecine dahil olmayı amaçlar. İşyeri arabulucuları, her iki tarafla bağlantısı olmayan, işyeri içi arabulucu olarak faaliyet göstermek için istihdam edilen işçi veya harici bir arabuluculuk sağlayıcısının işçisi olabilirler. İşyeri arabuluculuğu kişisel beyana (self-certified) dayalıdır ve işyeri arabulucuları Sivil Arabuluculuk Konseyi’ne (Civil Mediation Council) gönüllü olarak kayıt yaptırabilirler.²⁹

Halsey v. Milton Keynes NHS Trust davasında (2004), İngiliz Temyiz Mahkemesi, her uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığına

²⁶ ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service), Conciliation Explained, 2015.

<http://webextdev.acas.org.uk/media/pdf/o/g/Conciliation-Explained-Acas.pdf>

²⁷ ACAS gönüllü toplu arabuluculuk hizmeti de vermektedir (Ipsos Mori/Caroline Booth/ Michael Clemence/Sara Gariban, Acas collective conciliation evaluation, 2016. <http://m.acas.org.uk/media/pdf/1/b/Acas-collective-conciliation-evaluation-2016.pdf>; Vilches ve diğ. (2016).

²⁸ ACAS/CIPD, Mediation: An Approach to Resolving Workplace Issues, A Guide, 2013. <http://m.acas.org.uk/media/pdf/n/n/Mediation-an-approach-to-resolving-workplace-issues.pdf>

²⁹ Richard Saundry/Gemma Wibberley, “Workplace Mediation – Transforming the Culture of Conflict Management?” Conference paper, CIPD Applied Research Conference, 2015. https://www.cipd.co.uk/Images/workplace-mediation-transforming-the-culture-of-conflict-management_2015_tcm18-15587.pdf.

ve istemeyen tarafların arabuluculuğa zorlanmasının yargı yoluna başvurma hakkının, dolayısıyla AİHS'nin 6. maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir.

Öte yandan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Rosalba Alasini and Others v. Telecom Italia SpA and Others (2010) davasında, mahkeme dışı zorunlu uyuşmazlık çözüm yolunun, belli ilkelere uyulmak koşuluyla AB Hukukuna ve etkili yargısal koruma ilkesine uygun olduğuna karar vermiştir. Uyulması gereken koşullardan birincisi genel niteliktedir. ABAD, etkili yargısal koruma hakkının koşulsuz olarak tanınmadığını, bu hakka sınırlama getirilmesinin mümkün olduğu görüşündedir. Sınırlamaların, genel ilgi alanındaki hedeflere karşılık gelmesi ve garanti altındaki hakların özünü ihlal edecek şekilde uygulanan amaçla orantısız olmaması gerekir. İkinci olarak ABAD, aşağıdaki özel koşullara uyulması gerektiğini öngörmüştür: Alternatif uyuşmazlık prosedürü taraflar için bağlayıcı bir kararla sonuçlanmalıdır; mahkeme dışı anlaşma hukuksal süreçler için esaslı bir gecikmeye yol açmamalıdır; mahkeme dışı uyuşmazlık çözümüne başvurma, zamanaşımı sürelerini durdurmalıdır; mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu taraflara maliyet yüklememeli ya da düşük maliyetli olmalıdır; elektronik vasıtalar uyuşmazlık çözüm yolunda başvurulabilecek tek yol olmamalıdır; uyuşmazlığın gerektirdiği acil durumlarda ara önlemler mümkün olmalıdır.

Bu yaklaşım uyarınca, zorunlu uyuşmazlık çözüm prosedürü, etkili yargısal koruma hakkının ölçüsüz/orantısız ihlalini oluşturmaz. Sınırlamalar, etkili korumanın mahkemeler tarafından sağlanması hakkının küçük bir ihlalini oluşturur ve uyuşmazlığın hızlı ve ucuz biçimde sona erdirilmesi olanağı, etkili korumanın mahkemeler tarafından sağlanması hakkına ağır basar.³⁰ Ancak alternatif uyuşmazlık prosedürü taraflar için bağlayıcı bir kararla sonuçlanmamalıdır.

AB, yukarıda sözü edilen 2008/52/EC sayılı AB Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi ile sivil ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğu kabul etmiştir. Yönerge, bu Yönerge kapsamın-

³⁰ Kokott, Opinion of Advocate General Kokott delivered on 23 April 2009, Case C97/08 P Akzo Nobel NV and Others v. Commission of the European Communities, European Court Reports, 2009, I-08237. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CC0097>.

daki arabuluculuğun tarafların üzerinde tasarrufa sahip olabilecekleri, istedikleri zaman organize edip, istedikleri zaman sona erdirebilecekleri gönüllü nitelikte bir arabuluculuk olması gerektiğini belirtmektedir (paragraf 13). Ancak üye devletlerin, yargı yoluna başvurma hakkını engellemek koşuluyla sivil ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu öngörmesine de izin verilmiştir (paragraf 14).

Yönerge uyarınca, Yönerge, sivil ve ticari uyuşmazlıklara uygulanmalı, ancak özellikle aile hukuku ve iş hukukunda yoğun olarak var olan ve tarafların kendi başlarına karar vermekte özgür olmadıkları haklar ve yükümlülüklerde uygulanmamalıdır (paragraf 10).³¹ Dolayısıyla taraflar arasında pazarlığa açık olmayan iş uyuşmazlıkları, gönüllü arabuluculuğun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle sözkonusu uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun sözü bile edilemez.

Yönerge, yalnızca sınırlar arası uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere düzenlenmiş, ancak iç hukuktaki arabuluculuk süreçlerinde de isteyen AB ülkesinin bu Yönerge'yi uygulaması önünde bir engel olmadığı belirtilmiştir (paragraf 8).

ABAD, bu düzenlemeyi AB Temel Haklar Şartı'na uygun bulmuştur.³²

Öte yandan Türkiye'nin üyesi olduğu AK ve Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) düzeyinde bu konuda bağlayıcı düzenlemeler mevcut değildir.

Türkiye'nin taraf olduğu 1996 tarihli AK Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda (GGASS), taraf devletlerin toplu iş uyuşmazlık

³¹ EPCLA (European Parliament Committee on Legal Affairs), <TitreType>Report</TitreType> <Titre>on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters <DocRef>(2016/2066(INI))</DocRef> <Commission>{JURI} </Commission>(Rapporteur: <Depute>Kostas Chrysonos), 2017.
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0//EN</Depute>>.

³² ECJ (European Court of Justice), Joined Cases C-317/08, C318/08, C319/08 and C-320/08 Rosalba Alassini and Others v Telecom Italia SpA and Others, 18 March 2010.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2010:146,par.37>.

larının çözümü için uygun uzlaştırma ve gönüllü hakemlik sisteminin kurulmasını ve işletilmesini teşvik etmeyi taahhüt etme yükümlülüğü öngörülmektedir (m.6/3). Sözleşme’de bireysel iş uyuşmazlıklarının çözüm yollarından veya arabuluculuktan söz edilmemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), AİHS’nin yargıya erişim hakkına (m.6) ilişkin 1980 tarihli *Deweer v Belgium* davasında, yargıya erişim hakkının hakemlik anlaşmasıyla kaldırılabilceğini, ancak bu işlemin, mağdurun zorlama veya baskıya maruz kalmadığını garantilemek için dikkatli bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir.

AK Bakanlar Komitesi’nin 2002 tarihli Sivil Konularda Arabuluculuk Hakkında Tavsiye Kararı’nda, iş hukuku niteliğindeki sivil haklar ve yükümlülükler de arabuluculukla çözümlenecek sivil konulara dahil edilmesine (m.II) ve arabuluculuğun, arabuluculuğa uygun olan uyuşmazlıkları ve mahkemelerin yükünü azaltmaya yardımcı olabileceği belirtilmesine rağmen, arabuluculuğun etkili, adil ve ulaşılabilir bir yargısal sistemin yerini alamayacağına vurgu yapılmaktadır (paragraf 10).

Öte yandan AİHM, adalete erişim hakkının bazı koşullarda sınırlandırılabilceği görüşündedir. Mahkemenin öngördüğü ilkelere uygun sınırlamalar AİHS’nin 6/1 maddesine aykırılık oluşturmaz:

Birincisi, sınırlandırma, adalete erişim hakkının özünü ortadan kaldıracak nitelikte olmamalıdır. Her sınırlandırma, meşru bir amacı hedeflemeli ve kullanılan araçlarla varılmak istenen amaç arasındaki orantılılık arasında makul bir ilişki olmalıdır.³³ Bazı meşru sınırlamalara, yasal zamanaşımı süresinin öngörülmesi, ödeme emirlerinin garanti altına alınması veya hukuksal temsil talebi örnek olarak verilebilir. İkincisi, bir tarafın, genellikle sözleşmelerdeki hakemlik hükümlerinde görüldüğü gibi, sivil (medeni) konularda yargılama hakkından vazgeçmesi, AİHS’nin ihlalini oluşturmaz.³⁴ Ayrıca, adalete erişim hakkı, pratik ve etkili olmalıdır, bir başka deyişle birey haklarını ihlal eden davranışla mücadele edecek açık ve pratik olanaklara sahip olmalıdır.

³³ ECtHR (European Court of Human Rights), Guide on article 6: Right to a fair trial, 2013. http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf.

³⁴ ECtHR (2013).

Bu nedenle kanunlar davacıların var olan bir giderim yolunu kullanmasını engellememelidir.³⁵

Öte yandan, Türkiye'nin tarafı olduğu 2015 tarihli İstanbul Sözleşmesi olarak da anılan AK Kadına Yönelik Şiddetle ve Ev İçi Şiddetle Mücadele ve Önleme Sözleşmesi'nde (AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi) ise, taraf devletlere, Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinde arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü öngörülmüştür (m.48/1).³⁶

UÇÖ, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla ilgili çalışmalar yürütmesine rağmen, şimdilik bireysel iş uyuşmazlıklarında bağlayıcı bir düzenlemesi mevcut değildir.

UÇÖ'nün 1948 tarihli Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında 87 sayılı Sözleşmesi, 1949 tarihli Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı İlkelerinin Uygulanması Hakkında 98 sayılı Sözleşmesi, 1951 tarihli Gönüllü Uzlaştırma ve Hakemlik Hakkında 92 sayılı Tavsiye Kararı, 1978 tarihli Kamu Hizmetlerinde Çalışma Koşullarının Belirlenmesinde Prosedürlerin ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında 151 sayılı Sözleşmesi, 1978 tarihli Kamu Hizmetlerinde Çalışma Koşullarının Belirlenmesinde Prosedürlerin ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında 159 sayılı Tavsiye Kararı ve 1981 tarihli Toplu Pazarlığın Teşviği Hakkında 154 sayılı Sözleşmesi, toplu uyuşmazlıklarda uyuşmazlık çözüm yollarından söz etmektedir.

UÇÖ'nün uyuşmazlık çözüm yollarıyla doğrudan ilgili 92 sayılı Gönüllü Uzlaştırma ve Hakemlik Hakkında Tavsiye Kararı, toplu iş uyuşmazlıklarında gönüllü uzlaştırma ve hakemliğe ilişkin tavsiyeler içermektedir.

1967 tarihli 130 sayılı İşletme İçi Şikayetlerin İncelenmesi Hakkında Tavsiye Kararı ise, bireysel iş uyuşmazlıklarının işletme içinde çözümlenmesi yollarına ilişkin tavsiyelerde bulunduktan sonra, bu

³⁵ ECtHR (2013).

³⁶ Kadriye Bakırcı, "İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair AK Sözleşmesi)", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 73 Sayı: 2015/4.

yolla çözümlenemeyen bireysel iş uyuşmazlıklarında işçi ve işveren veya sendikaların gönüllü olarak belirledikleri hakemler aracılığıyla uzlaşmaya gitmelerine ilişkin tavsiyelerde bulunmaktadır. 130 sayılı Tavsiye Kararı'nın 9. paragrafında, bu Tavsiye Kararı'ndaki hiçbir düzenlemenin, çalışanların şikayetleriyle ilgili olarak ulusal mevzuatta öngörülen yetkili idari organlara veya iş mahkemelerine veya diğer yargısal organlara doğrudan başvurma hakkını sınırlayamayacağı vurgulanmaktadır. Tavsiye Kararı, uyuşmazlıkların işyeri içinde çözüme kavuşturulması için çalışanların yönetime katılmalarının önemine vurgu yapmaktadır.

1978 tarihli İş Yönetimi Hakkında 158 sayılı Tavsiye Kararı, gönüllü uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmasından söz etmektedir.

158 sayılı Sözleşme madde 8 uyarınca ise, iş ilişkisine geçerli bir neden olmadan son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır.

Dolayısıyla iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa kaynaklık edecek tek bir uluslararası belge mevcut değildir.

AB ise, taraflar arasında pazarlığa açık olmayan iş uyuşmazlıklarını gönüllü arabuluculuk kurumunun bile kapsamı dışında bırakmıştır.

Dolayısıyla 7036 sayılı İşMahK ile getirilen zorunlu arabuluculuk, tamamen Türkiye'ye özgü bir modeldir. Uluslararası Hukukta ve AB Hukukunda dayanağı mevcut olmadığı gibi, aşağıda üzerinde durulacağı gibi uluslararası sözleşmelere ve AB mevzuatına açık aykırılıklar taşımaktadır.

IV. BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ZORUNLU ARABULUCULUK VE SONUÇLARI

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler, gönüllülük (iradeye bağlı olma) (HUAK m.3/1), eşitlik (HUAK m.3/2), tarafsızlık (HUAK m.9/1), gizlilik (HUAK m.4) ve "arabuluculuktaki bazı beyan veya belgelerin ileride açılacak olan davalarda, kural olarak kullanılmamasıdır" (HUAK m.5).³⁷

³⁷ Kate Aubrey-Johnson /Helen Curtis, Making Mediation Work for You: A Practi-

Dolayısıyla genel olarak zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, özel olarak zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun gönüllü olması ilkesine aykırılık oluşturur.

Ayrıca genel olarak bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk, herkesin ihtiyaçlarına cevap veren ve her türlü uyuşmazlığa uygun bir kurum değildir.³⁸ Örneğin tarafların tam bir zafer kazanmada kişisel çıkarlarının olduğu durumlarda; taraflar arasındaki sorunların tarafların karşılaşmak istemeyecekleri derecede ciddi olduğu durumlarda; taraflar arasındaki güven ilişkisinin yok olduğu ve taraflardan birinin iyi bir teklifinin dahi diğer tarafça güvensizlik nedeniyle reddedilebileceği durumlarda, içtihat, emsal veya öğreti oluşturmak istenen durumlarda; stratejik veya toplu sonuç elde etmek istenen durumlarda; kamu düzenini ilgilendiren konularda, tarafların fiilen eşit olmadığı (taraflar arasında güç eşitsizliğinin bulunduğu) durumlarda arabuluculuk uygun değildir.

1. GÖNÜLLÜLÜK (İRADEYE BAĞLILIK) İLKESİNE AYKIRILIK

HUAK m.2/b’de arabuluculuğun ihtiyarî (gönüllü) olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu, m.3/1’de tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları; m.13/1’de tarafla-

cal Handbook (1st edition), London: Legal Action Group Education and Service Trust Ltd, 2012.

³⁸ Fiss (1984), s.1076-77; Owen M. Fiss, “The History of An Idea”, Faculty Scholarship Series, 2009, s.1307 <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss-papers/1307>; H. T. Edwards, “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema”, 99 *Harvard Law Review*, 1985-1986; R. Mnookin/ S.Peppet / A.Tulumello, *Beyond winning: Negotiating to create value in deals and disputes* (2nd ed.), Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2000 ; Carrie Menkel-Meadow, “When litigation is not the only way: Consensus building and mediation as public interest lawyering”, 10 *Washington University Journal of Law & Policy*, 2002, s.37-61. <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=facpub>; Maurits Barendrecht/ Peter Kamminga/ Jin Ho Verdonschot, “Priorities for the Justice System: Responding to the Most Urgent Legal Problems of Individuals”, Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 002/2008. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1090885>, s.12; R. Kulms, “Privatising Civil Justice and the Day in Court”, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective* (K. J. Hopt/F. Steffek (eds.)), Oxford: Oxford University Press, 2012. http://www.academia.edu/7346978/Mediation_Principles_and_Regulation_in_Comparative_Perspective; Tanrıver 2006:12-16’dan naklen ve dn.1’deki yazarlar.

rın dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilecekleri öngörülmüştür.

Nitekim, 4857 sayılı İşK'nun 20. maddesinin ilk yürürlük metninde yer verilen feshe karşı itirazlarda “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” (m. 20/I) şeklindeki düzenleme, İşK'nun yürürlüğe girdiği dönemde tartışma konusu olmuş ve bu düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde (AYM) dava açılmıştı. AYM de, anılan maddede yer alan “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” ibarelerini AY'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme'ye göre, “... 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif niteliktedir ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde emredici nitelikte bir ifadeyle, “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa... özel hakeme götürülür” denilmektedir. AY'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir. İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından AY'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez... Bu nedenlerle, kuralın “... taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” bölümü AY'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir”.³⁹

AYM'nin bu kararına rağmen, 7036 sayılı İşMahK'nun Genel Gereğesinde AYM'nin iptal ettiği İşK. m.20/1 hükmünün gerekçesi yenilenerek, “iş mahkemelerinin yükünü azaltmak” amacıyla “zorunlu arabuluculuk” esasının öngörüldüğü ifade edilmiştir.

Böylece ABD'deki⁴⁰ uygulamadan ve 2008/52/EC sayılı AB Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Ararabuluculuk Yönergesi'ndeki düzenlemeden bile öteye gidilerek, Türkiye'de işçiler arabulucuya başvurmayla zorlanmaktadır.

³⁹ AYM 19.10.2005, 2003/66E, 2005/72 K, RG. 24 Kasım 2007, S.26710.

⁴⁰ Vilches ve diğ. (2016).

İşMahK'nın "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlıklı 3. maddesi uyarınca, "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (f.1). Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (f.2)".

Madde 3/6 uyarınca "Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir". Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılıyor ki, arabuluculuğun özünde, ruhunda var olan ve işaret edilen AYM'nin konuya ilişkin kararlarına karşın, bu düzenlemeyle arabuluculuk zorunlu hale getirilmekte, arabulucunun re'sen atanması hususu da dahil, arabuluculukta, "iradeye bağlılık" gibi temel bir ilke ortadan kaldırılmaktadır.⁴¹

Madde 3/12 uyarınca "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur" hükmüne de yer verilerek, uzlaşma sağlanamayacağını gören işçinin de arabuluculuk görüşmelerine mutlak katılımı öngörülmektedir.

⁴¹ Ali Güzel, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Alternatif Çözüm Yolları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını, 2016, s.35-38.

Oysa, AYM'nin 6325 sayılı HUAK'ın bazı maddelerinin AY'ye aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında verdiği kararında "...Tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifade edilmiştir..."⁴² denilerek, HUAK'nun m.3/1 hükmünün AY'ya aykırılık oluşturmadığı vurgulanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, öğretide bir görüşe göre, her temel hakta olduğu gibi etkili yargısal koruma da sınırsız bir hak değildir.⁴³ Yargıya erişim hakkı, sınırsız ve koşulsuz olarak istenilen zaman yargıya başvurulması anlamına gelmemelidir. Etkili yargısal koruma, en azından arabuluculuğa başlama zorunluluğunu da içerecek şekilde yeniden tanımlanmalıdır. Arabuluculuğu başlatmak zorunlu hale getirilse bile, bu zorunluluk tarafların özerkliğini veya arabuluculuk sürecindeki pozisyonunu etkilemeyecektir. Taraflar arabuluculuk sürecini başlatmakla veya arabuluculuk toplantısına katılmakla yükümlü olmalarına rağmen, süreci istedikleri zaman son verme özgürlüğüne sahip oldukları sürece sürecin gönüllülük ilkesi korunmuş olur. Bu görüştekilere göre, zorunlu arabuluculukla zorunlu hakemlik arasında büyük bir fark vardır. Arabuluculukta taraflar bir anlaşmaya varmayıp her zaman arabuluculuk sürecini bırakıp mahkemeye başvurabilir.⁴⁴

Ancak İşMahK ile öngörülen düzenleme, taraflara arabuluculuk sürecini istedikleri zaman son verme özgürlüğünü bile tanımamaktadır.

Sonuç olarak, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi, arabuluculuğun gönüllü olması ve bireylerin özerk karar verme ilkelerine⁴⁵ ve AYM kararlarına da açıkça aykırıdır.

⁴² AYM 10.07.2013, E.2012/94, K.2013/89, RG. 25 Ocak 2014, S. 28893.

⁴³ ECtHR (2013); Carrie Menkel-Meadow/ Harold I. Abramson, *Mediating Multiculturally: Culture and the Ethical Mediator*, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works: 961, 2011.
<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/961>.

⁴⁴ Vilches ve diğ. (2016).

⁴⁵ Jacqueline M. Nolan-Haley, "Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation?", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2012, Vol. 37.
<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1967&context=ncilj>; Vilches ve diğ. (2016).

2. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN GENEL OLARAK İŞ UYUŞMAZLIKLARINA UYGUNLUĞU SORUNU: İŞÇİLER İÇİN “İKİNCİ SINIF” ADALET

İşçilerin kurumsal, ekonomik ve kişisel güç açılarından işverenle eşit olmadığı, işverene karşı zayıf konumda olduğu bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygun değildir.

İşçiler işverenlerle eşit pazarlık gücüne, parasal güce, insan kaynağına, işverenin iş ilişkilerinde ve iş uyuşmazlıklarında sahip olduğu bilgi, donanım ve deneyime sahip değildir. İşverenler, işçilerin davranışlarını, duygularını ve olayların akışını etkileme gücüne sahip olmasına rağmen, işçilerin böyle bir gücü yoktur. Dolayısıyla arabuluculuk süreci, hakkaniyet ve adalete uygun olmayan, fiili eşitsizlikleri daha da derinleştirici uzlaşmalarla sonuçlanabilir.⁴⁶ İşçilerin sendika tarafından temsili güç eşitsizliğini azaltma veya hafifletme etkisine sahip olmasına rağmen,⁴⁷ Türkiye’de sendikalaşma oranının %6 oranında olması aradaki eşitsizliği hafifletme etkisinin sağlanma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.

İşçinin işveren karşısında zayıf konumda olması, haklarını sendika aracılığıyla veya bir avukatla temsil edilmediği zamanlarda gerçekten ölçmemesi, nakde olan ihtiyacı ve diğer bazı zorluklar karşısında, ibanameyle birtakım haklarından vazgeçmesi olaylarında yaşandığı gibi, zorunlu arabuluculukta da haklarının çok altında birtakım uzlaşmalara imza atması kaçınılmaz hale gelebilir. İşçi açısından hak kaybı yaşama ihtimali çok yüksektir.

Bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk, özellikle zorunlu arabuluculuk, iş hukukunun temel ilkesi olan işçinin korunması ilkesini ve iş hukuku kurallarının emredicilik niteliğini ihmal ettiği için iş hukukunun ekseninin değişmesi sürecinin önemli adımlarından biri olacak niteliktedir.

Çünkü zorunlu arabuluculuk ile iş hukuku, işçi ve işverenin eşit olduğunun kabul edildiği bir nitelik kazanmış olmaktadır.

⁴⁶ AYM (2013).

⁴⁷ Oren Gazal-Ayal/Ronen Perry, Imbalances of Power in ADR: The Impact of Representation and Dispute Resolution Method on Case Outcomes, Law & Social Inquiry, *Journal of the American Bar Foundation*, 2014, Volume 39, Issue 4. <https://doi.org/10.1111/lis.12063>.

İş hukuku, 19. yüzyılda işçi ve işveren taraflarının fiilen eşit olmaları görüşünün devlet tarafından kabul görmesiyle ortaya çıkmış ve devletin emredici hukuk kurallarıyla yoğun biçimde müdahalede bulunduğu, kamu hukuku yönü ağır olan bir hukuk dalıdır. İş hukuku, işçinin hukukudur ve ortaya çıkış amacı işçinin korunmasıdır.

İş yargılaması hukuku da bu ilke üzerinde temellenmiştir. İş yargılamasının temel ilkelerinden biri işçinin korunması ilkesidir. Dolayısıyla iş uyuşmazlığında, "işçinin korunması" ilkesinin yaşama geçirilmesinin güvencesi yargısal çözümdür ve bu yargısal çözüm de iş yargılamasının kendisine özgü ilke ve usullerinin uygulanmasından geçmektedir.

İş hukukunun temel ilkelerinden bir diğeri, iş hukuku kurallarının emredicilik niteliğidir. Zayıf taraf olarak işçinin iş sözleşmesinden yahut yasadan kaynaklanan haklarının önemli bir bölümü mutlak veya nispi emredici kurallarla korunmuş olup, tarafların bu normları işçi aleyhine değiştirebilmeleri mümkün değildir. Bir başka deyişle iş hukuku, iki tarafın iradesine tabi olmayan hükümler içerir. İşçi, yasayla korunan haklarına iş mahkemelerindeki yargılama süreci sonrasında ulaşabilmektedir. İş mahkemelerinin verdiği kararlar da üst mahkemeler tarafından emredici normlara uygunluk bakımından denetlenmektedir.

Buna karşılık alternatif çözüm yolları, işçiye bu tip bir emredici koruma sağlamamaktadır. Bu hukuki tabloda taraflar hiçbir sınırlama olmaksızın arabulucu önünde işçilik alacakları üzerinde pazarlık edebileceklerdir.

Sonuçta ortaya çıkacak olan işçiler için "ikinci sınıf" bir adalet olacaktır.

3. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN KADIN İŞÇİLERE VE GÜÇ DURUMDAKİ BAZI İŞÇİ GRUPLARINA UYGUNLUĞU SORUNU: "ÜÇÜNCÜ SINIF" ADALET

Öte yandan taraflar arasında yukarıda sözü edilen güç eşitsizliklerine, toplumsal cinsiyetten kaynaklı güç eşitsizliği, kültürel güç eşitsizliği (örneğin işçinin egemen ırk veya etnik kökenden, cinsel yönelimden olmamasından, göçmen olmasından kaynaklanan güç eşitsizliği) veya fiziksel veya ruhsal güç eşitsizliği (örneğin çocuk veya engelli

olmasından) veya vasıflı veya vasıfsız olmasından kaynaklı güç eşitsizliği de eklendiğinde fiili eşitsizlikler daha da derinleşmektedir.

Fiili eşitsizliği daha derin olan işçi grupları, mahkemelerde daha iyi korunurlar, çünkü iş yargılaması hukukuna ilişkin düzenlemelerden, uluslararası sözleşmelerin⁴⁸ ve ulusal iş hukukunun kendilerine sağladığı özel düzenlemelerden yararlanırlar.

Mahkeme kararları yayımlandığı ve yargıçlar uluslararası sözleşmelere uygun davranmak zorunda oldukları için veya bu konuyla

⁴⁸ Örneğin, AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak". Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair AK Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 56. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "Taraflar soruşturmaların ve yargı sürecinin tüm safhalarında, özellikle aşağıdakileri sağlayarak, mağdurların, tanık olarak özel ihtiyaçları da dâhil olmak üzere, haklarını ve çıkarlarını koruyacak yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır: a) mağdurların, ailelerinin ve tanıkların, sindirmeye, misillemeye ve tekrar mağdur bırakılmaya karşı korunmalarını sağlamak; b) mağdurların en azından kendisinin veya ailesinin tehlikede olabileceği durumlarda, failin kaçması veya geçici veya kesin olarak serbest bırakılması halinde mağdurların bilgilendirilmesini sağlamak; c) mağdurlara, iç hukuk kurallarının öngördüğü koşullar altında, hakları ve faydalanabilecekleri hizmetler ve şikayetlerinin takibi, masraflar, soruşturma veya davaların genel gelişimi ve mağdurların bu süreç içindeki rolleri, ve davalarının sonuçları hakkında bilgi vermek; d) mağdurların iç hukuk kurallarının usulüne uygun olarak duruşmalara katılmasını, kanıt temin etmesini ve kendi görüşlerini, ihtiyaçlarını ve kaygılarını doğrudan veya bir aracı vasıtasıyla sunmasını ve bunların dikkate alınmasını sağlamak; e) mağdurlara haklarının ve menfaatlerinin usule uygun olarak arz edilmesini ve dikkate alınması için uygun destek hizmetleri sağlamak; f) mağdurların mahremiyetini ve görüntüsünü korumak için tedbirlerin alınabilmesini temin etmek; g) mağdur ile failer arasında temastan mahkemede ve kolluk kuvvetlerinin binalarında, mümkün olduğu ölçüde kaçınmak; h) davaya taraf olarak katılan veya kanıt sunan mağdurlara bağımsız ve yetkin çevirmenler sağlamak; i) iç hukuk kurallarına uygun biçimde, mağdurların, varsa uygun iletişim teknolojilerinden yararlanarak, mahkeme salonuna gitmeden veya en azından fail olduğu iddia edilen kişinin mahkeme salonunda bulunmadığı bir ortamda ifade vermesini sağlamak. Madde 57 uyarınca ise, Taraflar, mağdurların iç hukuk kurallarının öngördüğü koşullar altında hukuki yardım ve ücretsiz adli yardım alma hakkını sağlayacaklardır.

ilgili eğitim almış oldukları için, örneğin kadınlara yönelik veya güç durumdaki bazı işçi gruplarına yönelik önyargıların mahkeme kararlarını etkileme ihtimali arabuluculuğa kıyasla daha düşüktür.

a. Doğrudan veya Dolaylı Ayrımcılık İhtimali

Daha derin fiili eşitsizlikler veya önyargılar, uygulamada kadın işçiler veya güç durumdaki bazı işçi grupları için “üçüncü sınıf” adalete dolayısıyla doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa yol açabilir.⁴⁹

Uygulamada taraflardan biri, “üçüncü sınıf” bir adalete maruz kalırsa veya bu sürecin yalnızca “üçüncü sınıf” bir adalet biçimi sunduğunun gösterilebildiği hallerde, etkilenen kesim, yasalar görünüşte tarafsız olsa bile, sürecin kendilerini orantısız olarak etkilediğini iddia edebilir ve AİHS’nin 14. maddesiyle birlikte 6/1 ve 13. maddeleri çerçevesinde dolaylı ayrımcılığa maruz kaldığını öne sürebilir. Kuşkusuz dolaylı ayrımcılık iddiası, arabuluculuğun “üçüncü sınıf” adalete yol açtığı durumlarda sözkonusu olabilir, taraflardan arabuluculuğa başvurmalarının veya bu süreci kullanmalarının talep edilmesinin, otomatik olarak dolaylı ayrımcılığa yol açacağı varsayılmamalıdır.

Kadın işçilere yönelik “üçüncü sınıf” adalet, BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nin (BM Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi) 2., 5. ve 15. maddeleri ve AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi’nin 12. maddeleri çerçevesinde de doğrudan veya dolaylı ayrımcılık iddialarına yol açabilir.

BM Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi’nin 2. maddesi uyarınca, taraf devletler kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıta ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi kabul ederler ve bu amaçla kadınların haklarını erkeklerle eşit bir biçimde koruyacak hukuki mekanizmalar kurmak ve yetkili ulusal yargı yerleri ile diğer kamu kurumları vasıtasıyla her hangi bir ayrımcılık karşısında kadınların etkili bir biçimde korunmasını sağlamak (c bendi); her hangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek

⁴⁹ Kadriye Bakırcı, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık (2012).

için gerekli her türlü tedbiri almak (e bendi); kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasaları, hukuki düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya kaldırmak için gerekli her türlü tedbiri almak (f bendi) taahhüdünde bulunurlar. 5. madde uyarınca, taraf devletler her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkekler ile kadınların basma kalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve gelenekler ile her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek (a bendi); ailede verilen eğitimin, toplumsal bir işlev olarak anneliğin gerektiği şekilde anlaşılmasını ve çocuğun büyü-tülmesinde ve yetiştirilmesinde erkeklerin ve kadınların ortak sorumluluğunun kabul edilmesini (b bendi) sağlamak için gerekli tedbirleri alırlar. 15. maddenin 2. fıkrası uyarınca ise, taraf devletler özellikle, sözleşme yapma ve malların idaresi konusunda kadınlara eşit haklar tanır ve mahkeme ve yargı yerleri önündeki davaların her aşamasında eşit muamele görmelerini sağlar.

AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi'nin 12. maddesi ise taraf devletlere, kadınların daha aşağı düzeyde olduğu düşüncesine veya kadınların ve erkeklerin toplumsal olarak klişeleşmiş rollerine dayalı ön yargıların, törelerin, geleneklerin ve diğer uygulamaların kökünün kazınması amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesine yardımcı olacak tedbirleri alma (f.1), herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin bu Sözleşmenin kapsamında kalan her türlü şiddet eylemini önleyecek gerekli yasal ve diğer tedbirleri alma (f.2); Bu bölüm uyarınca alınan tüm tedbirlerle belirli şartlar nedeniyle hassas konuma gelmiş insanların ihtiyaçlarının göz önüne alınması ve karşılanmaya çalışılması ve tüm tedbirlerin merkezinde mağdurların insan haklarının yer alması (f.3); özellikle gençler ve erkekler olmak üzere, toplumun tüm bireylerinin bu Sözleşme kapsamındaki her türlü şiddet olayının önlenmesine aktif bir biçimde katkıda bulunmasını teşvik etmeye yönelik gerekli tedbirlerin alınması (f.4); kültür, töre, din, gelenek veya sözde "namus" gibi kavramların bu Sözleşme kapsamındaki herhangi bir şiddet eylemine gerekçe olarak kullanılmasını temin etme (f.5) yükümlülüğü getirmektedir.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, AY'nin 10. maddesine de aykırılık oluşturur.

b. Kadın İşçilerin Özel Alana Dönüşe Zorlanması İhtimali

AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi uyarınca, taraf devletler, Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinde arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere, gerekli hukuki veya diğer önlemleri alacaklardır (m.48/1).

Dolayısıyla Sözleşme, tarafların kendi iç ceza ve medeni hukuklarında alternatif herhangi bir çözüm sürecine katılmayı zorunlu tutmalarını talep eder.⁵⁰

Çünkü alternatif çözüm yöntemleri zorunlu tutulduğunda ve mahkeme süreçlerinin yerini aldığı anda, olumsuz birtakım sonuçlar da ortaya çıkabilir. Şiddet mağdurları, alternatif çözüm süreçlerine, hiçbir zaman faille eşit düzeyde giremezler. Mağdurların utanç, çaresizlik ve güçsüzlük duygularıyla baş başa bırakılmaları, buna karşılık faillelerin güç ve egemenlik duygusuna kapılmaları bu tür suçların doğasında vardır.

Kadınlara yönelik şiddetin yeniden özelleşmesinden kaçınmak ve mağdurun adalet arayışını güçlendirmek açısından, başında doğal yargıcın yer aldığı ve yürürlükteki ulusal yasalar uyarınca yürütülecek yargı süreçlerine erişimin sağlanması devletin sorumluluğundaki bir iştir.

BM Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi'nin 15. maddesi uyarınca, taraf devletler hukuki meselelerde kadınların erkeklerle aynı hukuki ehliyete sahip olmalarını ve bu ehliyeti kullanmaları için aynı imkanlara sahip olmalarını kabul eder (f.2); taraf devletler, kadının hukuki ehliyetini kısıtlamaya yönelik hukuki sonuç doğuran bütün Sözleşmelerin ve her türlü özel belgenin hükümsüz sayılacağını kabul eder (f.3).

Dolayısıyla işyerinde kadın işçilere yönelik şiddet olaylarının zorunlu arabuluculuğa tabi tutulması AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi'nin ve BM Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi'nin ihlalini oluşturur.

⁵⁰ COE (Council of Europe), Explanatory Report: Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence CM (2011)49 final, 2011.
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/210.htm>.

4. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN ADALETE ERİŞİM VE ADİL YARGILANMA HAKLARINA GÜVENCE SAĞLAYAMAMASI SORUNU

Yukarıda belirtildiği gibi İnsan Hakları Evrensel Beyanname-si (m.8); Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (m.14/1); AİHS (m.6/1); AB Temel Haklar Şartı (m.47) ve AY (m.36; m.37;m.9) adalete erişim hakkını ve adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır.

Adalete erişim hakkı, davacıların haklarını ileri sürmelerini sağlayan etkili bir giderime sahip olmalarını gerektirir. Adil yargılanma hakkı ise, üç unsuru barındırmaktadır: Kamuya açık (aleni) duruşma, makul bir sürede adil bir şekilde davanın görülmesi ve kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme.⁵¹

AYM, 2013 tarihli kararında, AY'nin 36. maddesini "dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü, aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisi" olarak nitelendirmiştir. AYM'ye göre, bu "maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin maruz kaldığı bir haksızlık veya idari işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir".⁵²

Bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk, temel bir hak olan adalete etkili erişim hakkını garanti etmemektedir. Çünkü arabuluculuk, aşağıda da ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı gibi, kamuya açık bir hukuk üretmemekte, kararlar yayımlanamamakta, alenilik sağlanamamakta, kararlar temyiz edilememekte ve emsal oluşturmamaktadır.

⁵¹ Susan Schiavetta, "Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?", *Journal of Information and Law&Technology*, 2004, 3. https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_3/schiavetta/.

⁵² AYM (2013).

a. Yargılama Hizmetinin Özelleştirilmesi Açısından Sorunlar

Arabuluculuğun zorunlu olması, yargılamaya dayalı mevcut adalet sistemini tehdit eder. Çünkü sonuçta arabuluculuk dahil alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlık çözüm işlevini kamudan alıp özele devreder.

Zorunlu arabuluculuğa hükümet kanadından gerekçe olarak, mahkemeler üzerindeki iş ve dava yükü,⁵³ davaların uzun sürmesi⁵⁴, adaletin hızlanması gerekliliği, HUAK gereğince hakimlerin tarafları arabuluculuğa teşvik etmek zorunda olmalarına rağmen, mevcut durumda hakimlerin arabuluculuğa teşvik konusunda yeterli çabayı göstermemesi⁵⁵ ve arabuluculuğun bireyler tarafından tercih edilmemesi⁵⁶ gösterilmektedir.

Peki bu durumda AY'nin 2, 9, 13, 37, 128, 138, 139, 140, 141, 142, 144. maddeleri uyarınca devletin yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli hizmetlerden biri olan yargı hizmetini devlet yerine getiremeyecek de ne yapacak diye sormak gerekmez mi? 1980'lerden bu yana süregelen özelleştirme sürecinde Türkiye'de devlet çeşitli kamu hizmetlerini özel sektöre devrederek ve bunlardan elini çekerek küçülme yolunda bir sürece girmiştir. Bu düzenlemeyle devlet yargılama hizmetini de özelleştirme adımlarını atmış bulunmaktadır.

Oysa devlet, yargı hizmetini özel kişilere bırakmak yerine yargı hizmetlerinde aksayan yönler varsa bunları düzeltmek zorundadır. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargılamanın yerini ala-

⁵³ Niyazi Acar, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Sunumu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), TISK Yayını: Ankara, 2016, s.17-32.

⁵⁴ Nitekim aynı gerekçelerle özel hukuk alanında "arabuluculuk" yanında, ceza hukuku alanında "uzlaştırma" gibi yargılama dışı çözümlerle uyuşmazlıkların sonlandırılması için yasal düzenlemelere gidilmekte, bazı idari davalarda da tahkim ve hakem usullerinin uygulanması gerektiği görüşleri savunulmakta ve yönetmeliklerle düzenlemeler yapılmaktadır.

⁵⁵ HİADB, ty.

⁵⁶ 2014 yılında yapılan bir araştırmaya göre, AB'nde sivil ve ticari uyuşmazlıkların %1'inde arabuluculuğa başvurulmaktadır. Bkz. EP (European Parliament), Rebooting the mediation directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, 2014. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

maz. Kamu müdahalesini gerektiren yargılama, kişilerin rızasına dayalı değil, sosyal devlet (AY m.2) olmanın gereği olan sosyal adaleti sağlama ilkesine dayalıdır ve özel değerleri değil kamusal değerleri yansıtır.

Arbuluculuk görüşmeleri sırasında tarafların uyuşmazlık konusu iddiaları çoğu kere mülkiyet haklarıyla ifade edilmekte, tercihen de piyasa koşulları üzerinden pazarlık edilebilir hale gelmektedir.⁵⁷ Hukukun ekonomik analizi göstermektedir ki, taraflar bir uzlaşmaya giriştiğinde temel stratejileri kendileri için yaratacakları faydayı maksimize etmektir. Ulaştıkları çözümün üçüncü kişiler nezdinde yaratacağı dışsal etkileri kural olarak dikkate almazlar. Dolayısıyla taraflar arasındaki özel uyuşmazlık çözüm yöntemleri “doğru davranış” (just behaviour) konusundaki maddi hukuk kurallarının temelini çökertebilir.⁵⁸ Hızlı, ucuz ve enformel bir yargılama, her zaman adil ve olması gereken bir yargılamayla eş anlamlı değildir.⁵⁹ Öte yandan taraflar, mahkemeler dışında uyuşmazlıklarını çözmek suretiyle bireysel menfaatlerini azamileştirebilir; ancak bu tip bir anlaşmadan kaynaklanan sosyal maliyetleri bertaraf edemezler. Yargılama yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü süreci değildir. Yargılamanın amacı yalnızca bireysel menfaatleri azamileştirmek yahut bireysel uyuşmazlıkları çözmek ve tarafları sulhe kavuşturmak değildir. Yargılama faaliyetinin amacı, aynı zamanda AY ve yasalarda yer alan normları ve değerleri açıklamak, yorumlamak, bunları hayata geçirmek ve uygulamaktır.⁶⁰ Arbuluculuk ve uzlaşma yöntemlerinin yaygınlaşması, yargının hukuk yaratma ve sosyal davranışı yönlendirme konusundaki rolünün azalması sonucu yaratacaktır.⁶¹ Uyuşmazlık tarafları, kendi aralarındaki uyuşmazlığı aralarında ödünler vermek suretiyle çözme-yi uygun bulabilir ancak bu yolla mahkemelerin ileride de ortaya çıkması olası bir uyuşmazlığa ilişkin norm yaratma süreci engellenmiş olacaktır. Çok başarılı ve yaygın bir uzlaşma sisteminde mahkemeler normatif olarak içtihat yoluyla norm koyma rollerinden mahrum kalmış olacaktır.⁶²

⁵⁷ Kulms (2012), s.207.

⁵⁸ Kulms (2012), s.207.

⁵⁹ Edwards (1985-1986), s.679.

⁶⁰ Fiss (2009), s.1085

⁶¹ Fiss (2009), s.1085

⁶² Fiss (2009), s.1085; Z Şişli, “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s.62-63.

b. Alenilik İlkesi Açısından Sorunlar

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin prosedürler özel ve gizlidir.

HUAK m. 4 uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık kararları, mahkeme kararlarının aksine taraflara ait kabul edilir ve yayımlanmazlar. Bu nedenle adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi mümkün değildir.

Bu durum yasal emredici (kamu düzeninden) olan düzenlemelere aykırı, adil olmayan, keyfi kararlar alınmasına yol açar, uyuşmazlık tarafı işçilerin önceki kararları öğrenmesi önünde önemli bir engel oluşturur.

c. İçtihat Birliği ve Sonuçlarda Eşitlik İlkeleri Açısından Sorunlar

Arabuluculuğun zorunlu olması, ana akım uyuşmazlık çözüm yolu haline dönüşmesine ve yargılamanın yerini almasına, yargılamayla sağlanan adalet ve hakkaniyetin yerini ödün vererek anlaşmanın almasına yol açar. Arabuluculukta ödün vererek anlaşmak esas olduğu için, her kararın farklı olması, farklı kişiler veya farklı gruplar için farklı adalet düzeylerinin ortaya çıkması kaçınılmazdır ve dolayısıyla benzer davalarda sonuçlarda eşitliğin ve içtihat birliğinin sağlanması da mümkün değildir.⁶³

Unutmamak gerekir ki kurum ve kavramları sürekli değişime açık iş hukukunun gelişiminde yargının çağdaş yorumları büyük rol oynamış, gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde yargının benimsediği

⁶³ Michael Delikat /Rene Kathawala, "Arbitration of Employment Discrimination Claims Under Pre-Dispute Agreements: Will Gilmer Survive?", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, 1998, Vol. 16, No. 1, s.83-131; Lipsky ve Seeber (2000), s.37-49.

pek çok ilke sonradan yasalaşmıştır.⁶⁴ Uyuşmazlıkların yargısal çözümü yerine, hep arabuluculuk uygulanıyor olsaydı yargısal kararlarla hukuka kazandırılan hakların hiçbiri bugün mevcut olmayacaktı.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, önceki içtihat hukukunu ve hatta yasaları dikkate alması zorunlu değildir. Bu durum, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri açısından önemli bir zayıflıktır

Öte yandan İşMahK m.8 uyarınca, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, 4857 sayılı İşK'nun 20. maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar; İşveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçiye verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalarda verilen kararlar; STİSK'nun 24. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları (işyeri sendika temsilcilerinin ve sendika yöneticilerinin güvencesi), 34. maddesinin dördüncü fıkrası (işletme toplu iş sözleşmesi), 53. maddesinin birinci fıkrası (toplu iş sözleşmesinin yorumu), 71. maddesinin birinci fıkrası kapsamında açılan davalarda (grev veya lokavtın kanun dışı olup olmadığı tespiti) verilen kararlar; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 10. maddesinin sekizinci fıkrası (sendikalara kayyım atanması), 14. maddesinin dördüncü fıkrası (üyeligi kabul edilmeyen kamu görevlisinin açtığı dava) kapsamında açılan davalarda verilen kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz.

İş davalarında, işe iade ile sendikalar ve toplu sözleşme hukuku uyuşmazlıklarında Yargıtay yolunun kapatılması kabul edilir bir yaklaşım değildir. İşe iade davaları, sendikaların yetki, genel kurul uyuşmazlıkları, grev, işkolu ve işletme kavramları ile ilgili uyuşmazlıklar çok özel ve teknik nitelikteki davalardır. Bu davaların sadece istinaf mahkemelerine itiraz yolu ile gönderilmesi, temyiz ve Yargıtay yolunun kapatılması doğru değildir. Yargıtay yoluna kapatılan bu davalarda, Yargıtay'ın uzman daireleri, içtihatlarını oluşturmak için yıllar harcamış, büyük emek sarf etmişlerdir. Bugün bile zaman zaman içtihatların oturmadığına, uzman dairelerin bile zaman zaman bocaladığına tanık olunmaktadır. İşçi örgütlerinin hukukunu ve toplu pazarlık hakkının kullanılmasını etkileyecek söz konusu düzenlemeler iş hukukunun bu bölümünü adeta sıfırlayacak, yılların getirdiği birikim, emek ve deneyim çöpe atılacaktır.⁶⁵

⁶⁴ Güzel (2016), s.35-38.

⁶⁵ Necdet Okcan, "Panel", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirir-

ç. Kararların Ulusal Hukuka, Uluslararası Sözleşmelere, Hakkaniyete Uygunluğunu Ölçme, İzleme, Denetleme ve Raporlama Açısından Sorunlar

Arabuluculuk kararları yayımlanmadığı için, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin çözüme kavuşturulan uyuşmazlık oranında artış sağlayıp sağlamadığının, arabuluculuğa başvuranların tatmininin sağlanıp sağlanmadığının, arabulucuların becerilerinin, arabuluculuk kararlarının tutarlılık derecelerinin, hukuka ve hakkaniyete uygunluğunun ölçülmesi ve değerlendirilmesi mümkün değildir.

Arabuluculuk dosyalarındaki gizlilik ilkesi, Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylamış olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere uygunluğu izleme, denetleme ve raporlamayı da olanaksız hale getirecektir.

V. SOSYAL DİYALOG İLKESİNE AYKIRILIK

İşçi ve işverenleri arabuluculuğa başvurmaya zorlayan bu düzenleme nereden alındı, bu konuda sosyal tarafların hepsinin görüşü alındı mı, sosyal taraflar ve iş hukuku öğretisi bu konuda ne düşünüyor diye araştırıldığında, hayretle görülecektir ki, iş hukukunu temelinden sarsacak olan bu düzenleme, esas olarak Adalet Bakanlığı bürokratlarının ve bir grup öğretim elemanının eseridir.

Bu düzenleme hazırlanırken, ne işçi sendika ve konfederasyonlarının, ne o dönemki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bürokratlarının,⁶⁶ ne de iş hukuku camiasındaki çoğunluğu bu düzenlemeye karşı uzmanların görüşü alınmıştır. Daha da ötesi, Kanun Tasarısı hazırlandıktan sonraki eleştiriler de dikkate alınmamıştır.⁶⁷

Durumdan memnun olan yalnızca işveren kesimidir.⁶⁸

Oysa sosyal diyalog, UÇÖ ve AB düzeyinde sürekli yükselen bir değerdir. Türkiye'de, AB müktesebatına ve 1993 yılında onaylanmış olan UÇÖ'nün 1976 tarihli 144 sayılı Uluslararası Çalışma Standartları-

ilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını, 2016, s.220.

⁶⁶ Ali Kemal Sayın, "Panel", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını, 2016, s.240-256.

⁶⁷ Güzel (2016), s.35-38.

⁶⁸ Karademir (2016), s.232-240.

nın Teşviği İçin Üçlü Danışma Hakkında Sözleşmesi'ne uyum amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey⁶⁹ ve Üçlü Danışma Kurulu (İŞK m.114) kurulmuş olmasına ve UÇÖ'nün 2008 tarihli Adil Bir Küreselleşme İçin Sosyal Adalet Hakkında Bildirgesi'nde sosyal diyalog vurgusu önemli bir yer tutmasına rağmen, sosyal diyaloga işlev kazandırılmamış olması, sosyal barışı tehlikeye düşürmekte, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine ve AB'ne yönelik taahhütlerine aykırılık oluşturmaktadır.

VI. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN ALTERNATİFLERİ

Kuşkusuz küreselleşen ve liberalleşen Dünya'da devlet, bireylere yargılama dışında başka uyuşmazlık çözüm yolları sunabilir. Ancak bu yollar uyuşmazlığın niteliğine ve tarafların durumuna uygun ve gönüllülük ilkesine dayalı olmalıdır.

Öte yandan zorunlu arabuluculuğa alternatif olabilecek ve gönüllülük ilkesine dayalı başka bazı alternatif çözüm yolları hukukumuzda yok değildir. Mevcut mekanizmalar güçlendirilebilir ve eksik olan işyeri içi ve işyeri dışı uyuşmazlık çözüm mekanizmaları hukuksal düzenlemeye kavuşturulabilir.

İşçilerin yönetime katılmasını sağlayacak mekanizmaların kurulması, iş uyuşmazlıklarının sayısını azaltacaktır.

İşyeri içinde uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının kurulması, bazı uyuşmazlıkların işyeri düzeyinde çözümlenmesini sağlayacaktır.

Britanya'da olduğu gibi iş ilişkisi devam ederken birbiriyle anlaşamayan işçiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmede ve böylece işyerinde çalışma barışının sağlanmasında gönüllü arabuluculuk yararlı sonuçlar doğurabileceği için, benzeri bir mekanizma yasal düzenlemeye kavuşturulabilir.

İşçiler belli uyuşmazlıkların çözümü için, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, **İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma** Esasları Hakkında Yönetmelik, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, 5840 sayılı Kadın

⁶⁹ 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma ve Yöntemleri Hakkında Kanun, RG 21.4.2001, S.24380.

Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu çerçevesinde, Kamu Denetçiliği Kurumu'na, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarına, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'na veya Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvurma olanağına sahiptir.

İşçiler, işin yürütümü ve iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren konularda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği çerçevesinde ÇSGB İş Teftiş Kurulu'na başvurabilir.

Kaynakça

- Acar, Niyazi (2016), "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Sunumu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), TİSK Yayını: Ankara.
- ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) (2015), Conciliation Explained.
<http://webextdev.acas.org.uk/media/pdf/o/g/Conciliation-Explained-Acas.pdf>
- ACAS/CIPD (2013), Mediation: An Approach to Resolving Workplace Issues, A Guide. <http://m.acas.org.uk/media/pdf/n/n/Mediation-an-approach-to-resolving-workplace-issues.pdf>
- Ashman, Douglas (2011), The Impact of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Employment Law, College of Technology Masters Theses, Paper 56. <http://docs.lib.purdue.edu/techmasters/56>
- Aubrey-Johnson, Kate/ Helen Curtis (2012), Making Mediation Work for You: A Practical Handbook (1st edition), London: Legal Action Group Education and Service Trust Ltd.
- Bakırcı, Kadriye (2012), Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Bakırcı, Kadriye (2015), "İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair AK Sözleşmesi)", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 73 Sayı: 2015/4.
- Barendrecht, Maurits/Kamminga, Peter/ Verdonschot, Jin Ho (2008), "Priorities for the Justice System: Responding to the Most Urgent Legal Problems of Individuals", Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 002/2008. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1090885>
- Connors, Eugene K./Brooke Bashore-Smith (1991), "Employment Dispute Resolution in the United States: An Overview", 17 *Canada-United States Law Journal*, Issue:2. <http://scholarlycommons.law.case.edu/cuslj/vol17/iss2/15>
- Chereji, Christian-Radu (2016), "Mediation in the European Union: The Directive 2008/52/EC and its Effects on National Legislations", *Conflict Studies Quarterly*, Issue 15.
<http://www.csq.ro/wp-content/uploads/Christian-CHEREJI.pdf>
- COE (Council of Europe) (2011), Explanatory Report: Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence CM(2011)49 final.

- <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/210.htm>.
- De Roo A J/ Jagtenberg R W (1994), *Settling Labour disputes in Europe*, Deventer/ Boston: Kluwer Law and Taxation.
- Delikat, Michael/Rene Kathawala (1998), "Arbitration of Employment Discrimination Claims Under Pre-Dispute Agreements: Will Gilmer Survive?", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, Vol. 16, No. 1.
- Edwards, H. T. (1985-1986), "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema", 99 *Harvard Law Review*, 1985-1986.
- EC (European Commission) (2002), Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law/ COM/2002/0196 final. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196:EN:HTML>
- EP (European Parliament) (2014), Rebooting the mediation directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)
- ECtHR (European Court of Human Rights) (2013), Guide on article 6: Right to a fair trial. http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf
- EPCLA (European Parliament Committee on Legal Affairs) (2017), <TitreType>Report</TitreType> <Titre>on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters <DocRef>(2016/2066(INI))</DocRef> <Commission>[JURI] </Commission>(Rapporteur: <Depute>Kostas Chrysogonos).
- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0//EN/Depute>
- Fiss, Owen M. (1984), "Against Settlement", *Yale Law Journal*, Vol.93.
- https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215
- Fiss, Owen M. (2009), "The History of An Idea", Faculty Scholarship Series, s.1307 <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss-papers/1307>.
- Feliu, Alfred G. (Editor-in-Chief) (2015), *ADR in Employment Law*, Arlington, Virginia: Bloomberg BNA.
- Feinberg, K. R (2009), "Reexamining the arguments in Owen M. Fiss, Against Settlement", *Fordham Law Review*, Vol. 78, Issue 3.
- <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4502&context=flr>
- Finkin, M (2014), "Workplace Justice: Does Private Judging Matter?", *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, Vol.113.
- Gazal-Ayal, Oren/Ronen Perry (2014), Imbalances of Power in ADR: The Impact of Representation and Dispute Resolution Method on Case Outcomes, *Law & Social Inquiry, Journal of the American Bar Foundation*, Volume 39, Issue 4. <https://doi.org/10.1111/lis.12063>
- Grillo, Trina (1991), "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", *Yale Law Journal*, Vol. 100. <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7346&context=yjl>
- Güzel, Ali (2016), "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...", *Çalışma ve Toplum*, 2016/3.
- Güzel, Ali (2016), "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Alternatif Çözüm Yolları", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş*

- Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını.
- Hodges, Ann C. (2004), "Mediation and the Transformation of American Labor Unions", 69 *Missouri Law Review*, Issue 2. <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol69/iss2/2>.
- Hoffman, Sharon (1996), "Mandatory Arbitration: Alternative Dispute Resolution or Coercive Dispute Suppression", 17 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, No. 1. <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjell/vol17/iss1/4>
- Halegua, Aaron (2016), "United States", Resolving individual labour disputes: A comparative overview (Minawa Ebisui/Sean Cooney/Colin Fenwick (eds.)), Geneva: International Labour Office.
- HİADB (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı), (ty) MoJ Presentation_Turkey_Mediation_TR. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/source/MoJ%20Presentation_Turkey_Mediation_TR.ppt
- Karademir, Derya (2016), "Panel", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını.
- Kulms, R. (2012), "Privatising Civil Justice and the Day in Court", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective (K. J. Hopt/F. Steffek (eds.)), Oxford: Oxford University Press. http://www.academia.edu/7346978/Mediation_Principles_and_Regulation_in_Comparative_Perspective
- Kokott (2009), Opinion of Advocate General Kokott delivered on 23 April 2009 (Case C97/08 P Akzo Nobel NV and Others v Commission of the European Communities), European Court Reports 2009 I-08237. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CC0097>
- Lipsky, David B./Ronald L. Seeber (2000), "Resolving workplace disputes in the United States: The growth of alternative dispute resolution in employment relations", *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 2(3). <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1801&context=articles>
- Menkel-Meadow, Carrie, (1997), "When Dispute Resolution Begets Disputes of its Own: Conflicts Among Dispute Professionals", *UCLA Law Review*, Vol. 46, No. 6 <https://ssrn.com/abstract=139667>
- Menkel-Meadow, Carrie (2002), "When litigation is not the only way: Consensus building and mediation as public interest lawyering", 10 *Washington University Journal of Law & Policy*. <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=facpub>
- Menkel-Meadow, Carrie (2006), "Peace and justice: Notes on the evolution and purposes of legal processes", *Georgetown Law Journal*, 94(2). https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=fac_lectures
- Menkel-Meadow, Carrie (2007), "Restorative justice: What is it and does it work?", *Annual Review of Law and Social Science*, Vol.3. <https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.2.081805.110005>.
- Menkel-Meadow, Carrie (2009), "Empirical studies of ADR: The Baseline problem of what ADR is and what it is compared to".

- https://www.researchgate.net/publication/228139673_Empirical_Studies_of_ADR_The_Baseline_Problem_of_What_ADR_is_and_What_it_is_Compared_to?enrichId=rgreq-bd5a15259a2385c24185ab32d3d3d4ec-XXX&enrichSource=Y292ZXJYUWdlOzlyODEzOTY3MztBUzoyODk1Nkc1NDQyMjY4MTIAMSQ0NjA0NzMwNjkxMQ%3D%3D&el=1_x
- Menkel-Meadow, Carrie/Abramson, Harold I. (2011), *Mediating Multiculturally: Culture and the Ethical Mediator*, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works: 961.
- <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/961>
- Menkel-Meadow, Carrie (2015a), *Variations in the Uptake of and Resistance to Mediation Outside of the United States*, UC Irvine School of Law Research Paper No. 2015-80.
- <file:///C:/Users/SONY/Downloads/SSRN-id2658903.pdf>
- Menkel-Meadow, Carrie (2015b), "Process pluralism in transitional/restorative justice", *International Journal of Conflict Engagement and Resolution*, 3(1).
- Mnookin, R./ Peppet, S./ Tulumello, A. (2000), *Beyond winning: Negotiating to create value in deals and disputes* (2nd ed.), Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Mori, Ipsos/Caroline Booth/Michael Clemence/Sara Gariban (2016), *Acas collective conciliation evaluation*. <http://m.acas.org.uk/media/pdf/1/b/Acas-collective-conciliation-evaluation-2016.pdf>
- Nolan-Haley/ Jacqueline M. (2012), "Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation?", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 37.
- <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1967&context=ncilj>
- Okcan, Necdet (2016), "Panel", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi* (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını.
- Sayın, Ali Kemal (2016), "Panel" *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi* (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını.
- Saundry, Richard /Gemma Wibberley (2015), "Workplace Mediation - Transforming the Culture of Conflict Management?" Conference paper, CIPD Applied Research Conference. https://www.cipd.co.uk/Images/workplace-mediation-transforming-the-culture-of-conflict-management_2015_tcm18-15587.pdf
- Silberman, R. Gaull/ Susan E. Murphy/ Susan P. Adams (1994), *Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims*, 54 *Louisiana Law Review*. <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol54/iss6/6>
- Steadman, Felicity (ty), *Handbook on Alternative Labour Dispute Resolution, the ILO's Regional Office for Asia and the Pacific in Bangkok and the International Training Centre of the ILO*.
- <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.516.3538&rep=rep1&type=pdf>
- Stone, Katherine Van Wezel (1996), "Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights the Yellow Dog Contract," *Denver University Law Review*, Vol. 73, No 4.

<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1601>

Schiavetta, Susan (2004), "Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?", *Journal of Information and Law&Technology*, 3. https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_3/schiavetta/

Sherwyn, David /J. Bruce Traoev/Zev J Eigen (1999), "In Defense of Mandatory Arbitration of Employment Disputes: Saving the Baby, Tossing Out the Bath Water, and Constructing a New Sink in the: Process", *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 2(1).

Şişli, Z (2012), "Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2.

Tanrıver, Süha (2006), "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 64 (Pekcanitez, H., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5, s. 12-16'dan naklen).

U.S. Department of Labor (1994), Report and Recommendations Commission on the Future of Worker-Management Relations [The "Dunlop Commission"], Washington, DC: Government Printing Office, December.

https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1004&context=key_workplace

Vilches Such V./Verbeke A.L./Menkel-Meadow C. (2016), "Mandatory Workplace Mediation", *Advancing Workplace Mediation Through Integration of Theory and Practice* (Bollen K./Euwema M./Munduate L. (eds.)), Springer:Switzerland. https://doi.org/10.1007/978-3-319-42842-0_9

Welsh, Nancy A. (2004), "Remembering the Role of Justice in Resolution: Insights from Procedural and Social Justice Theories", *Journal of Legal Education*, Vol. 54, No.1. <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1965&context=facscholar>

Mahkeme Kararları

AYM 10.07.2013, E.2012/94, K.2013/89, RG 25 Ocak 2014, S. 28893.

AYM 19.10.2005, 2003/66E, 2005/72 K, RG. 24 Kasım 2007, S.26710.

Cole v. Burns International Security Services (D.C. Cir. 1997) 323 U.S. App. D.C. 133, 105 F.3d 1465.

<https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1201038.html>

ECJ (European Court of Justice), Joined Cases C-317/08, C318/08, C319/08 and C-320/08 Rosalba Alassini and Others v Telecom Italia SpA and Others, 18 March 2010.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2010:146>.

ECtHR (European Court of Human Rights), Deweere v. Belgium, Appl. no. 6903/75, Judgment of 27 February 1980.

[http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/Deweere%20v.%20Belgium%20\[27%20Feb%201980\]%20\[EN\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/Deweere%20v.%20Belgium%20[27%20Feb%201980]%20[EN].pdf)

Garrity v. Lyle Stuart, Inc., 353 N.E.2d 793, 794 (1976).

Gilmer v. Interstate Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/20/>

Halsey v. Milton Keynes NHS Trust (2004) EWCA Civ. 576. <http://www.bailii.org/cgibin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARINDA KURUMUN İŞVERENE RÜCU HAKKI

RIGHT TO RECOURSE OF THE INSTITUTION IN CASE OF OCCUPATIONAL ACCIDENTS AND DISEASES

Özgür OĞUZ*

Özet: İş kazası ve meslek hastalığı halinde Sosyal Güvenlik Kurumu (Kurum) tarafından sigortalıya veya hak sahiplerine parasal yardım sağlanmaktadır. İşverenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde de Kurumun rücu hakkı bulunmaktadır. İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle Kuruma rücu hakkı tanınmasının esas nedeni, işverenleri iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli ve bütün önlemleri almaya teşvik etmektir. Bu bağlamda Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğine dair doktrinde görüş birliği sağlanamamış olup, halefiyet esasına dayandığını savunanlar olduğu gibi, halefiyet esasına dayanmadığını savunanlar da bulunmaktadır. Bununla beraber eski Kanun döneminde Kurumun rücu hakkının miktarı ve gelirlerde meydana gelen artışın rücu edilip edilemeyeceği hususundaki karmaşa, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile son bulmuş ve gelirlerde meydana gelen artışların rücu edilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca eski kanun döneminde tartışılan rücu davasında zamanaşımı ve faiz başlangıç tarihi konuları da yeni Kanun'da netleşmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kurum, Rücu, İşveren, Halefiyet

Abstract: In case of occupational accidents and occupational diseases, monetary assistance for the insured and the right owners is provided by the Institution. In case that the employer fails to fulfil his obligations, the Institution has the right to recourse. The main reason of Institution's right to recourse is to encourage employers to take all the necessary measures for occupational health and safety. In this context, there is a discussion in the doctrine about the legal nature of the right to recourse of the Institution, whether this right is based on the principle of subrogation or not. However, the discussions on the amount that can be recoured by the Institution and the confusion if the increase of incomes can be recoured have been solved by the Law numbered 5510 and it is set forth that the increase of incomes cannot be recoured. In addition, the discussions on the period of limitation in recourse cases the and beginning date of interest have become clear by the new Law.

Keywords: Institution, Recourse, the Employer, Subrogation

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ooguz1@anadolu.edu.tr

I. GİRİŞ

İş kazası ve meslek hastalığı meydana geldiğinde Sosyal Güvenlik Kurumu sigortalıya genel sağlık sigortası kapsamında sağlık yardımı yaparken, 5510 sayılı Kanun kapsamında da parasal yardım yapmaktadır. Sigortalının çalışmadığı sürelerde ücret kaybını önlemek adına Kurum tarafından sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği ödenmektedir. Eğer sigortalı iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü %10'dan fazla kaybederse sürekli iş göremezlik geliri bağlanmaktadır. Ayrıca sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine ölüm geliri, cenaze giderleri; kız çocuklarına da evlenme ödeneği verilmektedir.

Kurum tarafından yapılan bu yardımlar belli şartların varlığı halinde rücu hakkı kapsamında işverenden geri alınmakta ve böylece Kuruma tanınan rücu hakkı iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri konusunda hem caydırıcı etki oluşturmakta hem de gerekli önlemlerin alınması konusunda işvereni teşvik etmektedir. Ayrıca rücu hakkının kullanılmasıyla Kurum malvarlığında meydana gelen azalmalar da böylece giderilmiş olmaktadır.

Kurum rücu hakkını, 5510 sayılı Kanun md. 14'te meslek hastalığını süresinde bildirmeyen işverenin sorumluluğu, md. 21/II'de iş kazasını süresinde bildirmeyen işverenin sorumluluğu, md. 23'te Kuruma bildirilmeyen sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı geçirmesi halinde işverenin sorumluluğu ve md. 76'da düzenlenen iş kazası geçiren sigortalıya Kurum el koyuncaya kadar gerekli sağlık yardımlarını yapmayan işverenin sorumluluğu hallerinde kullanacaktır. Paragraf yeniden şöyle düzeltilebilir:

5510 sayılı Kanun kapsamında Kurumun rücu hakkı, Kanun'un;

- a) 14. maddesinde, meslek hastalığını süresinde bildirmeyen işverenin sorumluluğu,
- b) 21. maddesinin 2. fıkrasında, iş kazasını süresinde bildirmeyen işverenin sorumluluğu,
- c) 23. maddesinde, Kuruma bildirilmeyen sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı geçirmesi halinde işverenin sorumluluğu ve
- d) 76. maddesinde ise iş kazası geçiren sigortalıya Kurum el koyun-

caya kadar gerekli sağlık yardımlarını yapmayan işverenin sorumluluğu şeklinde düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda çalışmamız kapsamında iş kazası ve meslek hastalığında kurumun rücu hakkı, eski 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ve şu anda yürürlükte bulunan 5510 sayılı Kanun ve yargı kararları ışığında iki ana bölümde ele alınmıştır. “İş Kazası ve Meslek Hastalığı” başlıklı ilk bölümde genel olarak iş kazası ve meslek hastalığından bahsedilmiş, sırasıyla kavramlar ve unsurlar tanımlanarak, iş kazası ve meslek hastalığının Kuruma bildirilmesi ve Kurum tarafından sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan yardımlara yer verilmiştir.

“Kurumun İşverene Dava Hakkı” başlıklı ikinci bölüm de ise, Kurum’un dava hakkının hukuki niteliğine, 5510 sayılı Kanun kapsamında işverenin sorumluluk hallerine, rücu tazminatının miktarına, rücu davasında zamanaşımı ve faize yer verilmiştir.

II. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI

1. Genel Olarak

Ülkemizde iş kazası ve meslek hastalığı ilk kez 1945 tarihli ve 4772 sayılı İş Kazası ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu’nda düzenlenmiştir. Daha sonra ise 1964 tarih ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Şu anda ise yürürlükteki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda iş kazası ve meslek hastalığına yer verilmiştir. Ayrıca bu kanun hazırlanırken 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleri de esas alınmıştır.

Her ne kadar hem iş sağlığı ve güvenliği hem de sosyal güvenlik alanında geniş kapsamlı kanuni düzenlemeler yapılmışsa da dünya üzerinde iş kazası ve meslek hastalıkları yaşanmaya devam etmektedir. Nitekim ILO’nun verilerine göre son on yılda dünya üzerindeki iş kazası geçiren ve meslek hastalığına yakalan kişi sayısı 350 milyondur. Bunların 300 milyonu geçici iş göremez durumuna düşmüştür.¹

¹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_212131.pdf, (E.T.18.02.2017).

SGK tarafından hazırlanan iş kazası ve meslek hastalığı istatistikleri² incelendiğinde 2014 yılında 221.366 sigortalı iş kazası geçirmiş ve 494 sigortalı meslek hastalığına yakalanmışken; 2015 yılında 241.517 sigortalı iş kazasına, 510 sigortalı ise meslek hastalığına yakalanmıştır.³ Bu durum ülkemizde yıllardır süren hazin tablonun halen devam ettiğinin de göstergesidir.

Tüm dünyayı ilgilendiren, yıllar geçtikçe ve teknoloji ilerledikçe azalması beklenen fakat artan iş kazası ve meslek hastalıklarına sosyal, ekonomik, psikolojik ve çevresel faktörler etki etmektedir.

2. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Kavramları

2.1. İş Kazası Kavramı

İş kazası, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "İş kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması" başlıklı 13. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar madde başlığında "iş kazasının tanımı" denilmiş olsa da madde incelendiğinde iş kazasının tanımına yer verilmediği, sadece hangi hal ve durumlarda meydana gelen kazaların iş kazası olarak kabul edileceğine yer verildiği görülecektir.⁴ Mülga 506 sayılı Kanun'un 11. maddesinde iş kazasının tanımı yapılmış ve hangi hal ve durumlarda meydana gelen kazaların iş kazası olarak değerlendirileceği belirtilmişti. Maddeye göre, "İş kazası, aşağıdaki hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır." 6331 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendine göre ise iş kazası, "işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenengelli hâle getiren olayı ifade eder."⁵

5510 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre, "İş kazası;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

² <https://tuisag.com/2014-yili-kazasi-ve-meslek-hastaliklari-istatistikleri/>, (E.T.18.02.2017).

³ Ali Nazım Sözer, İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta, İstanbul 2015, s. 310.

⁴ Müjdat Şakar, Sosyal Sigorta Uygulamaları, Beta, İstanbul 2014, s. 215.

⁵ A. Sözer, (2015), s. 311.

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) *Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,*

d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) *Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır."*

1.2. İş Kazasının Unsurları

2.2.1. Kazaya Uğrayanın 5510 Sayılı Kanun Anlamında Sigortalı Olması

5510 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre sigortalı, "kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi ifade eder." Madde kapsamında bir işverene bağımlı olarak çalışanların yanı sıra bağımsız çalışanlar da sigortalı sayılmıştır. Kanun'un 4. ve 5. maddelerinde sigortalı sayılanlar ile kısmen sigortalı olanlara değinilmiştir. Kazanın iş kazası sayılabilmesi için kişinin 4. veya 5. madde kapsamında sigortalı olması gerekmektedir, aksi halde iş kazası olarak değerlendirilmez.⁶ Nitekim Yargıtay da pek çok kararında bu hususa değinmiştir.⁷

Sigortalının iş kazası hükümlerinden yararlanması için işveren tarafından Kurum'a bildirilmesi gerekli değildir. Kurum'a bildirilmeden kazaya uğrasalar dahi uğranılan kaza iş kazası olarak değerlendirilecektir.⁸ Ayrıca Kanun kapsamında sigortalının iş kazası hükümlerinin-

⁶ Zeki Kaynak, Sosyal Sigorta ve Uygulaması, Adalet, Ankara 2015, s. 583; Fatih Arkan, "İş Kazaları Nedeniyle SGK'nın Rücu Alacakları", www.taa.gov.tr, s. 4.

⁷ A. Sözer, A.(2015), s. 311; Y 10 HD 25.2.1982 T, E. 1982/1019, K. 1982/1171.

⁸ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 334; Y 10 HD, 05.10.1987 T, E. 1987/4723, K. 1987/4893; Şakar, M. (2014), s. 217.

den yararlanabilmesi için adına belirli bir süre prim yatırılmış olması şartı aranmaz. İşe girdiği gün dahi kazaya uğrasa iş kazası olarak kabul edilecektir. 5510 sayılı Kanun'un kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümleri bir işverene bağımlı olarak çalışanlar ve bağımsız çalışanlar hakkında uygulanırken kamu görevlileri bakımından uygulanmayacaktır.

2.2.2. Sigortalının Kazaya Uğraması

Kaza, genel olarak can veya mal kaybına, zararına neden olan kötü olay şeklinde tanımlanmaktadır.⁹ Hukuki olarak ise kazanın, dar ve geniş olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır.¹⁰ Geniş anlamda kaza, ani bir şekilde ve istenilmeyerek bir zararın oluşmasına neden olan sebeplerin tümüdür. Geniş anlamda kaza kavramına kişinin vücudunda meydana gelen zararlar, ölüm ve eşyaya ilişkin zararlar da dâhildir. Dar anlamdaki kaza ise kişinin ölmesi ve vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi halidir. Dolayısıyla eşyaya ilişkin zararlar dar anlamdaki kaza kapsamına girmemektedir. İş kazası ise dar anlamda kaza kavramının özel bir halidir.¹¹

Bir kazanın iş kazası olarak sayılabilmesi için öncelikle zarara neden olan olayın dışarıdan gelen bir etkenden kaynaklanması gerekmektedir. Bu etken, çok kısa bir süre içinde ve ani bir şekilde meydana gelmelidir. Ayrıca zarara neden olan olay, kazaya uğrayan kişi tarafından istenilmemiş olmalıdır. Doktrinde sigortalının kusuru nedeniyle iş kazası gerçekleşmiş olması hali tartışmalıdır, fakat 5510 sayılı Kanun'un 22. maddesinin (b) bendi dikkate alındığında sigortalının kusuru halinde de kazanın, iş kazası olarak kabul edileceği fakat Kurumca yapılan yardımlarda indirimle gidilecektir.¹² Tüm bunların yanı sıra bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için kazanın 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesi hükmünde belirtilen hal ve durumlarda meydana gelmiş olması gerekir.

⁹ A. Güzel/A. Okur/N. Caniklioğlu, (2016), s. 337. A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19. Baskı, İstanbul 2017, s. 376 vd.

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001. s. 19 vd.

¹¹ A. Güzel/A. Okur/N. Caniklioğlu, (2016), s. 337.

¹² A. Güzel / A. Okur/ N. Caniklioğlu, (2016), s. 339. Akın, L. (2001), s. 24 vd.

5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada uğranılan kaza başka koşullar aranmaksızın iş kazası kabul edilir. Aynı Kanun'un 11. maddesine göre, işyeri, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir. Dolayısıyla asıl işyeri, bağlı işyeri, eklenti ve araçlar da işyeri kavramı kapsamındadır. Bu nedenle sigortalının bahsi geçen yerlerde uğradığı kaza her halükarda iş kazası olarak kabul edilecektir.¹³ Yargıtay gemide kaptan olarak çalışan işçinin işyerindeyken kalp krizi geçirip ölmesini¹⁴ ve işyerinde beyin kanaması geçiren işçinin felç kalmasını¹⁵ iş kazası kabul etmiştir.

Sigortalının geçirdiği kazanın iş kazası olarak kabul edilmesi için kazanın mutlaka iş saatleri içinde olması gerekli değildir. Örneğin, öğle yemeği paydosu esnasında sigortalının iş arkadaşı tarafından öldürülmesi de iş kazası olarak nitelendirilecektir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 05.07.2004 tarihli ve 4465/6425 sayılı Kararına göre işyerinde işçinin intihar etmesini de iş kazası olarak kabul etmiştir.

¹³ Z. Kaynak, (2015), s. 585.

¹⁴ "... Dava konusu olayın işyeri olan gemide olduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık davacılar murisinin kalp krizi sonucu ölümünün iş kazası sayılıp sayılmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanun'un 11-A maddesidir. Anılan maddeye göre; iş kazası sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır. Başka bir anlatımla 506 sayılı Kanun'un 11-A-a ve b maddelerine göre; zararlandırıcı sigorta olayının, işçinin işyerinde bulunduğu ve işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla işverenin emrinde meydana gelmesi halinde, iş kazası sayılmasında yasal zorunluluk olduğu açıktır. Dava konusu olay; davacıların murisinin davalı şirkete ait gemide 1. kaptan olarak görevini yürüttüğü sefer sırasında işyerinde bulunduğu zamanda meydana gelmiştir. Bu durumda; meydana gelen olayın iş kazası sayılması gerekirken; mahkemece aksi düşüncelerle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Y 21 HD, 03.11.2004 T, 8871/9254.

¹⁵ "... Uyuşmazlık davacının geçirdiği beyin kanamasına bağlı oluşan felç'in iş kazası sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanun'un 11-A maddesidir. Anılan maddeye göre, iş kazası, sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır. Başka bir anlatımla yukarıda sözü geçen Kanun'un 11-A-a ve b maddelerine göre, zararlandırıcı sigorta olayının sigortalının işyerinde bulunduğu ve işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla işverenin emrinde meydana gelmesi halinde, iş kazası sayılmasında yasal zorunluluk olduğu açıktır. Dava konusu olayda, davacının gece bekçisi olarak görevini yürüttüğü ve işyerinde bulunduğu sırada meydana gelmiştir ve davacı geçirdiği beyin kanaması sonucu felç olmuştur. Bu durumda meydana gelen olayın iş kazası sayılmasında yasal zorunluluk olduğu açık iken, mahkemece; alınan Adli Tıp raporu gerekçe gösterilmek suretiyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Y 21 HD, 21.11.2002 T, 9004/10005.

Sigortalının işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya sigortalı kendi adına ve hesabına çalışıyorsa sigortalının yürütümekte olduğu iş nedeniyle kazaya uğraması hali de iş kazası olarak değerlendirilir. Sigortalının işyeri dışında işverenin talimatı üzerine ve yapılan iş neticesinde uğradığı kaza iş kazasıdır.¹⁶ Örneğin, sigortalının işverenin talimatı üzerine müşterinin evinde cam balkon takarken camdan düşerek ölmesi hali de iş kazası kabul edilir.¹⁷

Sigortalının işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda kazaya uğraması hali, iş kazası olarak kabul edilir. İşveren sigortalı işyeri dışında bir yerde görev ifa etmekle yükümlü tutabilir. Bu işyeri dışı aynı ile olabileceği gibi başka bir il hatta başka bir ülke de olabilir. Farklı bir il veya ülke olması işçinin, işverenin otoritesi altında olduğu gerçeğini değiştirmez.¹⁸ Ayrıca Yargıtay kararlarına göre sigortalının görev ile başka bir yere gönderilmesi halinde boş zamanlarını değerlendirdiği anlarda uğradığı kaza da iş kazası olarak kabul edilir.¹⁹

5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca, emziren kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda kazaya uğraması hali de iş kazasıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, "*Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi*

¹⁶ A. Sözer, (2015), s. 324.

¹⁷ Z. Kaynak, (2015), s. 586; A. Güzel/A. Okur/N. Caniklioğlu, (2016), s. 341.

¹⁸ "... Davanın yasal dayanağı mülga 506 sayılı Kanun'un 11/A-c, 5510 sayılı Kanun'un 13-c maddesinde: "...sigortalının işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda..." meydana gelen olay iş kazası sayılmıştır. Somut olayda davacılar murisinin 22.10.2002 tarihinden 03.10.2006 ölüm tarihine kadar davalı işveren işçisi olarak çalışmasının Kuruma bildirildiği, sigortalının olay günü görevi gereği Türkiye'den yüklenen yükü yurt dışında yerine ulaştırmak üzere 03.10.2006 tarihinde Arnavutluk'un Tiran şehrinde gece molası verip sabahleyin yola çıkmak üzere konakladıkları otel odasında kendi başına istirahat çekildiği sırada 01,30 sıralarında kalp krizi geçirip öldüğü, olayın sözü edilen madde gereği davalılar SGK ve işveren yönünden iş kazası sayılması gerekirken, Mahkemece, olayın SGK yönünden iş kazası olarak kabul edilmekle beraber iş ile ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle işveren yönünden iş kazası olarak kabul edilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Y 21 HD, 26.04.2010 T, 6341/4758.

¹⁹ Z. Kaynak, (2015), s. 586; A. Güzel/A. Okur/N. Caniklioğlu, (2016), s. 343; Y 10 HD, 02.06.1983 T, 2601/3302; Y 10 HD, 24.12.1976 T, 91915/8853; Y 9. HD, 29.12.1981 T, 11284/15904.

belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.” Dolayısıyla kadın sigortalının süt izninde uğradığı kaza iş kazası olarak kabul edilecektir.²⁰

5510 sayılı Kanun md. 13/1-e’ye göre sigortalıların işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında uğradıkları kaza da iş kazasıdır. İşveren tarafından sigortalıya tahsis edilen ve kendisinin kullandığı araçla işe gidiş-gelişi sırasındaki kazalar iş kazası kabul edilir. Nitekim bu halde işveren tarafından sağlanan araç da 5510 sayılı Kanun’un md. 11/2 uyarınca işyerinden sayılır. Ayrıca aracın mutlaka işverene ait olması gerekli değildir, işverenin zilyesinde bulunması iş kazası olarak sayılmasına yeterlidir.²¹

Sonuç olarak yukarıda bahsedilen hususlardan birinin varlığı kazanın, iş kazası olarak kabul edilmesi için yeterlidir. Bu hallerin dışında meydana gelen ve sigortalıyı bedensel veya ruhsal zarara uğratan olaylar iş kazası olarak kabul edilemez.²²

2.2.3. Sigortalının Uğradığı Kaza Sonucu Bedensel veya Ruhsal Bir Zarara Uğraması

Sigortalının geçirdiği kazanın iş kazası olarak nitelendirilebilmesi için kaza sonucu bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması gerekir. Bedensel zarar, kaza geçiren sigortalının vücut bütünlüğünde meydana gelen arızalardır. Bu zararlar vücudun dış organlarında meydana gelebileceği gibi, iç organlarında da meydana gelebilir.²³ Yaralanma, kemik kırılması, kemik çatlaması, yanık, görme kaybı, işitme kaybı vücudun dış organlarında meydana gelen zararlar, iç kanama, beyin kanaması, apandistin patlaması gibi zararsız iç organlarda meydana gelen zararlardır. Ruhsal zarar ise, sigortalıyı psikolojik yönden etkileyen olaylardır.²⁴ Ruhsal zarara örnek olarak ise akıl hastalığı, hafıza kaybı gösterilebilir.

Bu noktada kazada etkilenen organın protez olması durumunda, kazanın iş kazası sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Bizim

²⁰ Ramazan Elma, Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin, Ankara 2015, s. 169; A. Sözer, (2015), s. 327; A. Güzel/ A. Okur/N. Caniklioğlu, (2016), s. 344; Y HGK, 10.06.1983 T, 328/652; Kaynak, Z. (2015), s. 587.

²¹ A. Sözer, (2015), s. 319.

²² F. Arkan, (2015), s. 6.

²³ C. Tuncay, / Ö. Ekmekçi, (2017), s. 396.

²⁴ Tuncay/ Ö. Ekmekçi, Ö. (2017), s. 396.

de katıldığımız görüşe göre bu noktada vücut tamlığı kavramının geniş yorumlanması gereklidir. Böylece vücuda takılan bu protez artık bedenın ayrılmaz bir parçası haline geleceğinden, bunların iş kazasına konu olabilecektir.²⁵

Sigortalının uğradığı zararın Kurum tarafından kendisine yardım sağlanmasını gerektirecek nitelikte olması gerekir, aksi halde iş hayatında gündelik karşılaşılan küçük önemsiz yaralar, sıyrıklar vs. iş kazası olarak kabul edilemeyecektir. Başka bir deyişle küçük önemsiz yaralar, sıyrıklar vs. gibi durumlarda sağlık yardımlarından yararlanmak mümkün olsa da parasal yardımlara imkân vermeyecektir.²⁶ Sigortalının iş kazası neticesinde ölümü halinde de bedensel zarara uğradığı kabul edilecek ve iş kazası olarak kabul edilecektir.²⁷ Sigortalının uğradığı kaza bedensel veya ruhsal bir zarara değil de malvarlığında bir zarara yol açıyorsa, bu durumda artık geçirdiği kaza iş kazası olarak kabul edilemez.²⁸

2.2.4. Kaza ile Uğranılan Zarar Arasında İlliyet Bağının Bulunması

Sigortalının tek başına kaza geçirmesi veya tek başına bedensel veya ruhsal zarara uğraması o kazanın iş kazası olduğunu göstermez. İş kazası olabilmesi için sigortalının geçirdiği kazanın sigortalıda bedensel veya ruhsal bir zarara neden olması gerekir. Kısacası kaza ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gereklidir.²⁹ Başka bir deyişle

²⁵ Akın, (2001), s. 38. Tuncay, C./ Ekmekçi, Ö. (2017), s. 397.

²⁶ Akın, (2001), s. 37.

²⁷ Şakar, (2014), s. 218; Sözer, A. (2015), s. 331.

²⁸ Kaynak, (2015), s. 587.

²⁹ Sarper Süzek, İş Hukuku, 14. Bası, Beta, Eylül 2017, s. 443. Levent illiyet bağını "olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre gerçekleşen türden zararlı bir sonucu meydana getirmeye elverişli ya da böyle bir sonucun gerçekleşmesini kolaylaştıran sebep sonuç arasındaki bağ" olarak tanımlamıştır. "Davaacıların miras bırakanı, davalıya ait işyerinde çalışmakta iken ölmüştür. Ölüm olayı SS. Kurumunca önce iş kazası sayılmamıştır. Ancak, davaacıların açtıkları dava sonunda mahkemece iş kazası olduğunun tespitine karar verilmiş ve bu karar sonunda Kurumca hak sahiplerine iş kazası sigortasından gelir bağlanmıştır. Ancak olayın iş kazası sayılması mutlak olarak tazminat bakımından işverenin sorumluluğunu gerektirmez. İşverenin sorumlu olabilmesi için ölümle sonuçlanan olay ile işverenin eylemi arasında uygun sebep-sonuç bağının bulunması gerekir. Davada uygun sebep-sonuç (illiyet) bağı bulunup bulunmadığı araştırılıp incelenmemiş ve mahkemece de bu konuda bir irdeleme yapılmamıştır. Mahkemece yapılacak iş; dosyada mevcut murise ait olaydan önceki rapor, otopsi raporu ve tüm bilgi ve belgeler İş Kanunu ile İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü ve konu ile

bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için olayla sigortalının zarar görmesi arasında uygun neden-sonuç bağının gerçekleşmesi gerekir. Yani ortaya çıkan olayın nitelik itibariyle “sosyal sigorta olayı” olması ve bu olayın sigortalıyı zarara uğratması gereklidir.

Sigortalının geçirdiği kaza ile karşılaşılan sonuç arasında illiyet bağı bulunmadığından kaza, iş kazası olarak nitelendirilmeyecektir. Ayrıca doktrinde genel kabul edilen görüşe göre, sigortalı işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu sırada bir kazaya uğramışsa illiyet bağının bulunduğu kabul edilmektedir.³⁰ Yargıtay da kaza ile sonuç arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığını dikkatlice incelemektedir.³¹

ilgili sair mevzuat hükümleri dikkate alınmak suretiyle bu konuda uzman bir bilirkişi kurulu aracılığıyla inceleme yaptırılıp sonucu uyarınca bir karar vermekten ibarettir. Bu yönde bir araştırma ve inceleme yapılmadan olayın sadece iş kazası sayılmasına dayanılarak hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” Y 9 HD 04.06.1991 T, 7487/9304.

³⁰ Güzel, A./ Okur, A./ Caniklioğlu, N. (2016), s. 347; Sözer, A. (2015), s. 333; Tuncay, C./ Ekmekçi, Ö. (2017), s. 396.

³¹ “... Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 21.08.1989 tarihinden itibaren davalı şirkette çalıştığı, kaza olayının 21.05.1994 tarihinde davacı işçinin fabrika iş sahası içerisinde çöp vagonuna üstten çöp dökerken ızgara demirinin sağ ayağına düşerek yaralanması şeklinde oluştuğunun iddia edildiği, olay günü itibariyle düzenlenmiş kaza bildirim kağıdının bulunmadığı, 23.06.1994 tarihli vizite kağıdının iş kazası olduğu iddia edilen olayla ilgili olmadığı, davacının iş kazası nedeniyle Tokat Devlet Hastanesi ve SSK Tokat Hastanesi’nde yatış ve tedavisinin olmadığını bildirdiği, dinlenen tanıkların olay günü birlikte çöp vagonu üstünde çöp dökerlerken davacının ızgara demiri üzerine dizleri üstüne düştüğünü, çalışmaya devam ettiğini 2-3 ay sonra da bu olay nedeniyle hastaneye gittiğini belirttikleri, davacının maluliyetiyle ilgi olarak S.S.K Yüksek Sağlık Kurulu 24.05.2005 tarihli cevabında davacının iş kazası geçirdiğini iddia etmesi halinde, 506 sayılı Kanun’un 109. maddesi prosedürünü işletmesi gerekip tıbbi belgelerle kendilerine başvurmasının önerildiği, SSK’nın 16.06.2005 tarihinde iş kazasının sabit olması halinde maluliyet oranının belirleneceğinin bildirildiği, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu’nun 21.08.2006 tarihli kararında davacının olay tarihi itibariyle düzenlenmiş tıbbi belgeleri olmadığından mevcut arızası ile olay arasında illiyet bağı kurulmadığı olay tarihli belgelerin teminen gönderilmesi halinde görüş belirtileceği, 05.02.1998 tarihli SSK müfettişi raporunda olayın iş kazası sayılması için hastane heyet raporu veya yargı kararının bulunması gerektiğinin bildirildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda iş kazası olduğu iddia olunan olay ile davacıdaki mevcut arıza arasındaki illiyet bağı bulunduğu ispat edilemediği gibi dosyadaki mevcut delillerde illiyet bağının varlığını ortaya koyacak nitelikte değildir. Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olmuştur.” HGK 14.10.2009 T, 21-400/432.

2.3. Meslek Hastalığı Kavramı

2.3.1. Meslek Hastalığının Tanımı

5510 sayılı Kanun'da meslek hastalığı 14. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, " Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir." 6331 sayılı İSGK md. 3/1-1 bendine göre de meslek hastalığı, mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı ifade etmektedir.

Sigortalının yakalandığı hastalığın meslek hastalığı olup olmadığı hususu belirlenirken Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'ne³² bakılır. Bu yönetmelik meslek hastalıklarını belirleme yöntemini açıklamış ve ekinde meslek hastalıklarının bir listesini vermiştir. Ayrıca meslek hastalığının sigortalının işe başladıktan sonra ne kadar süre içinde ortaya çıkacağını da belirtmiştir.³³

Meslek hastalığı, sigortalı işten ayrıldıktan sonra ortaya çıkmış ve sigortalı olarak çalıştığı işten kaynaklanmışsa, sigortalının 5510 sayılı Kanun'da belirtilen haklardan yararlanabilmesi için, eski işinden fiilen ayrılmasıyla hastalığın ortaya çıkması arasında bu hastalık için Yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması zorunludur (5510 sayılı Kanun md. 14). Kurumca bir hastalığın klinik ve laboratuvar bulgularıyla belirlendiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin işyerindeki inceleme sonucunda tespit edildiği hallerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile söz konusu hastalık Kurumun veya ilgilinin başvurusu üzerine Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir.³⁴ Ayrıca Yönetmelik'te belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nca karara bağlanır. Bu kurulumun kararına karşı Yargıtay'ın 28.06.1976 tarihli ve 6/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca iş mahkemesine başvurulabilir.³⁵

³² Resmi Gazete Tarihi: 11.10.2008, Resmi Gazete Sayısı: 27021.

³³ Sözer, (2015), s. 339.

³⁴ Tuncay/Ekmekçi, (2017), s. 404.

³⁵ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, (2016), s. 359.

Meslek hastalığına yakalanan sigortalının Kanunda sayılan imkânlardan yararlanabilmesi için sigortalının meslek hastalığına tutulduğunun Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usulüne uygun düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi ve Kurumca gerekli görülen hallerde işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbi sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur (5510 sayılı Kanun md. 14/2).

2.3.2. Meslek Hastalığının Unsurları

Bir sigortalının 5510 sayılı Kanun kapsamında iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin hükümlerden yararlanabilmesi için öncelikle kanun kapsamında sigortalı kabul edilmesi gerekmektedir, aksi halde yakalandığı hastalık meslek hastalığı olarak kabul edilmez. Kimlerin sigortalı sayıldığı hususunda iş kazası unsurları başlığı altında yer verilen bilgiler burada da geçerlidir.

2.3.2.1. Sigortalının Bedensel veya Ruhsal Engellilik Durumuna Düşmesi

Sigortalının yakalandığı hastalığın meslek hastalığı olarak kabulünün ilk koşulu, hastalık neticesinde sigortalının bedensel veya ruhsal engellilik durumuna düşmesidir. Bu hastalık geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir hatta bu hastalık sigortalının ölümüne sebebiyet verebilir.³⁶

2.3.2.2. Geçici veya Sürekli Hastalık, Bedensel veya Ruhsal Engellilik Halinin Sigortalının Çalıştığı veya Yaptığı İşin Sonucu Olması

Sigortalıda hastalık nedeniyle oluşan bedensel veya ruhsal geçici veya sürekli engellilik hali sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin sonucu olmalıdır.³⁷ İş kazasının yapılan işle ilgisi bulunması şartı aranmazken, meslek hastalığında sigortalının yaptığı işin sonucu olarak

³⁶ Sözer, (2015), s. 338.

³⁷ Kaynak, (2015), s. 596.

ortaya çıkması şartı aranır. Çünkü meslek hastalığı özünde bir hastalıkken, bir hastalığın meslek hastalığı kabul edilebilmesi için yapılan iş veya işyeri ortamı ile hastalık arasında bağlantı bulunması gereklidir.³⁸ Meslek hastalığı iş kazasından farklı olarak dıştan gelen etkenlerden oluşur, kişinin bünyesine yavaş yavaş tesir eder. Örneğin, gürültülü işyerlerinin sağırlığa neden olması, benzenli maddelerin zaman içinde kemik yetersizliği ve lösemiye sebep olması, bilgisayar ekranı başında sürekli çalışmanın göz ve sırt ağrılarına neden olması gibi durumlarda hastalık birden birde değil, bir süreçte ortaya çıkar.³⁹

3. İş Kazası ve Meslek Hastalığının Kuruma Bildirilmesi

5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Kanun'un 4. maddesinin (a) bendi ile 5 maddesi kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde; (b) bendi kapsamında sigortalı bakımından kendisi tarafından bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç işgünü içinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile Kuruma bildirilmesi zorunludur.⁴⁰

Yabancı ülkelerde meydana gelen iş kazası ise üç iş günlük bildirim süresi içinde Kuruma bildirmek zorundadır. Ancak iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde üç iş günlük bildirim süresi iş kazasının öğrenildiği, Kurumca kabul edilebilir belgelenmiş bir mazeretin olması koşuluyla mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren başlar. Tarım işçileri açısından bildirim süresi ise 2925 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre kazadan sonraki iki gündür.⁴¹

Bağımsız çalışan sigortalılar ise kendisi tarafından bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç iş günü içinde Kuruma bildirilmesi zorunludur. İş kazasının kanuni süresi içinde işveren tarafından Kuruma bildirilmemesi halin-

³⁸ Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitapevi, 2015, s. 317.

³⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 354.

⁴⁰ Şakar, (2014), s. 219; Elma, (2015), s. 166; Sözer, (2015), s. 334. Yusuf Alper, Sosyal Sigortalar Hukuku, 9. Baskı, Dora, Nisan 2018, s. 271.

⁴¹ Kaynak, (2015), s. 587.

de, bildirim tarihine kadar geçen süre içinde sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği Kurumca işverenden tahsil edilir. Bağımsız çalışan sigortalıların iş kazasını kanuni süresi içinde bildirmemeleri halinde ise kendilerine yapılacak iş göremezlik ödenekleri bildirim tarihinden itibaren ödenmeye başlar. Böylece bağımsız çalışan sigortalı Kuruma bildirimde bulunmadığı her gün için gelirlerden mahrum kalmaktadır.⁴²

Sigortalının meslek hastalığına tutulduğunu öğrenen veya bu durum kendisine bildirilen işveren, bu durumun öğrenildiği günden başlayarak üç iş günü içinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesiyle doğrudan veya taahhütlü posta ile hastalığı Kurum'a bildirmek zorundadır. Geçici işçi çalıştıran işveren de işçinin meslek hastalığını özel istihdam bürosuna derhal, ilgili mercilere ise durumun öğrenildiği günden başlayarak üç iş günü içinde bildirmekle yükümlüdür.⁴³

Bağımsız çalışanlar, kendisi tarafından öğrenildiği günden başlayarak üç iş günü içinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesiyle doğrudan veya taahhütlü posta ile Kuruma bildirmek zorundadır. Yabancı ülkelerde meydana gelen meslek hastalığı olayları için Kanun'da belirtilen haber verme süresi olayın meydana geldiği, Kurumca kabul edilebilir belgelenmiş bir mazeretin olması koşuluyla mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren başlar.⁴⁴

5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, bahsi geçen yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yazılı olarak bildirilen hususları kasten eksik ya da yanlış bildiren işverene veya bağımsız çalışan sigortalıya Kurumca bu durum için yapılmış bulunan masraflar ile ödenmişse geçici iş göremezlik ödenekleri rücu edilir.⁴⁵

4. İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Nedeniyle Kurumun Sigortalıya veya Hak Sahiplerine Yaptığı Yardımlar

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğraması sonucunda belirli bir süre çalışmaması nedeniyle ücret kaybına uğrayacağı

⁴² Sözer, (2015), s. 345.

⁴³ Alper, (2018), s. 277. Elma, (2015), s. 175; Kaynak, (2015), s. 598; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, (2016), s. 359.

⁴⁴ Kaynak, (2015), s. 588.

⁴⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 360; Sözer, (2015), s. 346.

aşikârdır. Bahsi geçen kaybın telafisi için kurum tarafından sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği veya sürekli iş göremezlik geliri; sigortalının ölmesi halinde ise hak sahiplerine cenaze ödeneği, ölüm geliri ve evlenme ödeneği verilir.

4.1. Geçici İş Göremezlik Ödeneği

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu işinde geçici bir süre çalışamayacak işçiye, işe gidemeyeceği süre içinde oluşacak ücret kaybını önlemek amacıyla Kurum tarafından geçici iş göremezlik ödeneği ödenir.⁴⁶ Bu ödenek sigortalının işe gidemediği her gün için ilk günden itibaren ödenir.

Sigortalının iş kazası ve meslek hastalarında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması için belirli bir süre çalışmış veya prim ödemiş olması koşulu aranmaz.⁴⁷ Örneğin, işe başladığı gün iş kazası geçiren sigortalı da geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanacaktır.⁴⁸ Fakat tarım ve orman işlerinde süreksiz olarak çalışanlar ile bir ay içinde 10 günden az ev hizmetlerinde çalışan sigortalılara; iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olmaları, sigortalılıklarının sona ermemiş olması ve prim ve prime ilişkin herhangi bir borçlarının bulunmaması şartıyla Kanun'a göre geçici iş göremezlik ödeneği verilir (5510 sayılı Kanun Ek md. 5/5 ve md. 9/3) .

Sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmesi için iş göremezlik durumunun sözleşmeleri veya sözleşmesiz sağlık hizmet sunucularında Sağlık Bakanlığı'nca yetkilendirilen hekimlerden istirahat raporu alınması gerekir.⁴⁹ Görev ve işleri nedeniyle yurt dışında bulunan sigortalıların ise tedavi gördüğü sağlık tesislerinden alacakları raporu ve ilgili belgeleri o ülkede bulunan ülkemiz dış temsilcilerine onaylatması halinde geçici iş göremezlik ödeneği ödenir (SSİY md. 88/2). Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine

⁴⁶ "... Sigortalıya, iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle geçici iş göremez durumda bulunduğu sürece, Kurum tarafından 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca geçici iş göremezlik ödeneği ödenir. Bu ödenek iş kazalarında olay, meslek hastalığında da tedavinin başladığı tarihten itibaren çalışmaz durumda kaldığı (raporu olduğu) sürece ödenir." Y 21 HD, 19.03.2018 T, 18316/2435.

⁴⁷ Tuncay, / Ekmekçi, (2017), s. 410.

⁴⁸ Sözer, (2015), s. 347.

⁴⁹ Arıcı, (2015), s. 326. Alper, (2018), s. 280. Kaynak, (2015), s. 651.

göre sigortalı olanlara ise genel sağlık sigortası dâhil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması koşuluyla yatarak tedavi süresince veya tedavi sonrasında bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları sürece ödenir.⁵⁰ Yargıtay “... Davacının geçici iş göremezlik süresi hastanede yatılı olarak tedavi gördüğü süre ile kısıtlanamaz. Tıbbi şifa süresinin belirlenmesi gerekmektedir. Mahkemece yapılacak iş; tercihen adli tıp uzmanı olan doktor bilirkişiden davacının geçici iş göremezlik süresine yönelik rapor aldıktan sonra tazminata karar vermektir. Açıklanan nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” şeklinde hüküm kurarak, raporun devam ettiği sürece iş göremezliğin de devam ettiği sonucuna varmıştır.⁵¹

5510 sayılı Kanun’un 18. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve sigortalı kadının analığı halinde verilecek geçici iş göremezlik ödeneği, yatarak tedavilerde 17nci maddeye göre hesaplanacak günlük kazancının yarısı, ayaktan tedavilerde ise üçte ikisidir.”

Geçici iş göremezlik ödeneği sigortalının günlük kazancı üzerinden hesaplanmaktadır. 5510 sayılı Kanun’un “Ödenek ve gelirlere esas tutulacak günlük kazanç” başlıklı 17. maddesine göre, “İş kazası, meslek hastalığı hallerinde verilecek ödeneklerin veya bağlanacak gelirlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç; iş kazasının veya doğumun olduğu tarihten, meslek hastalığı veya hastalık halinde ise iş göremezliğin başladığı tarihten önceki on iki aydaki son üç ay içinde 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlar toplamının, bu kazançlara esas prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır.” On iki aylık dönemde çalışmamış ve ücret almamış olan si-

⁵⁰ Tuncay/ Ekmekçi, (2017), s. 410. “... Kurum’un halef olduğu sigortalının 12.07.1974-6.10.1974 tarihleri arasında toplam 84 gün süre ile geçici iş göremezliğine uğradığı dosyadaki raporlar ile kanıtlanmıştır. Bu sürenin tamamının da yapılacak hesaplamada nazara alınması yasa gereğidir. Hükme dayanak kılınan raporda ise, bu süre nedeni anlaşılmasız biçimde 68 gün olarak alınmış ve gerekçesiz olarak geçici iş göremezliği süresinden sayıldığı halde 22.07.1974-2.08.1974 tarihleri arasında geçen süre hesaplama dışı bırakılmıştır. Öte yandan, geçici iş göremezliğin ödeneğine esas alınan günlük kazanç ve bu kazanç üzerinden hesaplanacak oran gösterilmemiş; sonuç olarak nasıl bulunduğu belirtilmeksizin kurumun ödediği kanıtlanmış olan geçici iş göremezliği ödeneğinden 378,80 TL mükerrer bulunmuştur. Şu duruma göre, hatalı ve noksan incelemeye dayanan bilirkişi raporunun hükme esas alınması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y 10 HD, 22.11.1976 T, 3466/7933.

⁵¹ Y 10 HD, 14.04.2014 T, 11229/6469.

gortalı, çalışmaya başladığı ay içinde iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle iş göremezliğe uğrarsa verilecek ödeneklerin veya bağlanacak gelirlerin hesabına esas günlük kazanç; çalışmaya başladığı tarih ile iş göremezliğinin başladığı tarih arasındaki sürede elde ettiği prime esas günlük kazanç toplamının, çalıştığı gün sayısına bölünmesi suretiyle bulunur; çalışmaya başladığı gün iş kazasına uğraması halinde ise aynı veya emsal işte çalışan benzeri bir sigortalının günlük kazancı esas tutulur (5510 sayılı Kanun md. 17/2).

Geçici iş göremezlik ödeneğinin Kurum tarafından sigortalıya ödenmesi esastır.⁵² Fakat 5510 sayılı Kanun md. 18/6'da bu duruma istisna getirilmiştir. İlgili maddeye⁵³ göre, ödenek toplu iş sözleşmesi yapılan işleri ile kamu idarelerinin işverenleri tarafından Kurumca belirlenen usul ve esaslara göre Kurum adına sigortalılara ödenerek, daha sonra Kurum ile mahsuplaşmak suretiyle tahsil edilebilir. Ayrıca Yönetmeliğin 89. maddesine göre, işveren geçici veya sürekli görevle yurtdışında görevlendirdiği ya da yurtdışına götürdüğü sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı halinde Kurum tarafından işe el konuluncaya kadar, Kanun'a göre hak kazandığı geçici iş göremezlik ödeneğini ödemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesindeki gecikmeden dolayı işveren gerek Kurumun gerekse sigortalının uğrayacağı her türlü zarardan sorumludur. Kurum, Kanun'a uygun olarak yapılan ve belgelere dayanan geçici iş göremezlik ödenekleri tutarını işverene öder.

4.2. Sürekli İş Göremezlik Geliri

Sigortalının iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına yakalanması halinde Kurum tarafından tüm tıbbi yardımlar sağlanmakta ve istirahat raporu süresince geçici iş göremezlik ödeneği verilmektedir. Verilen tüm tıbbi yardımlar neticesinde sigortalı ya tümüyle yeniden çalışma gücünü kazanacak ya da meslekte kazanma gücünü %10'dan fazla yitirmiş olacaktır. Sigortalının tedavi neticesinde yeniden tüm çalışma gücünü kazanması halinde Kurum tarafından kendisine verilen geçici iş göremezlik ödeneği kesilecektir. Fakat yapılan tedavilere rağmen sigortalının meslekte kazanma gücü %10 veya daha

⁵² Elma, (2015), s. 190.

⁵³ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, (2016),s. 366.

üzeri kayba uğramışsa artık Kurumca sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanacaktır.⁵⁴

Sigortalıya sürekli iş göremezlik gelirinin bağlanması için ilk şart⁵⁵, sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan hastalık ve engeller nedeniyle mesleğinde hiç çalışamayacak ölçüde kazanma gücünü tümüyle yitirmiş olması veya mesleğinde çalışmasını sürdürmekle birlikte kazanma gücünün en az %10 azalmış olmasıdır. Burada önemli olan husus sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına yakalandığı sıradaki mesleğindeki kazanma gücünün kaybedilmiş veya azalmış olmasıdır. Diğer şart ise sigortalının meslekte kazanma gücünü kaybettiğinin veya azaldığının Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurulları raporlarına istinaden Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilmesi gerekmektedir (5510 sayılı Kanun md. 19/1).

Sigortalı iş kazası veya meslek hastalığı neticesinde meslekte kazanma gücünü tamamen yitirmişse, bu duruma "sürekli ve tam iş göremezlik hali" denilmektedir. Sürekli tam iş göremezlik durumuna düşen sigortalıya bağlanacak gelir, sigortalının 5510 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre hesaplanan aylık kazancının %70'idir. Meslekte kazanma gücünü %10 ila %100 arasında kaybeden sigortalı ise "sürekli ve kısmi iş göremezlik hali" olarak adlandırılır. Bu durumda sigortalının Kurum'dan alacağı sürekli iş göremezlik geliri, sigortalının mesleğinde kazanma gücündeki kayıp oranına göre hesaplanır (5510 sayılı Kanun md. 19). İş kazası veya meslek hastalığı sigortalı başka birinin sürekli bakımına muhtaç hale gelmişse bağlama oranı %100 olarak uygulanır.

Sürekli iş göremezlik gelirinin hesaplanması için öncelikle sigortalının aylık kazancı belirlenir.⁵⁶ Aylık ve günlük kazancın belirlenmesi konusu yukarıda bahsetmiş olduğumuz geçici iş göremezlik ödeneğinin hesaplanma yöntemi ile aynıdır. Bu nedenle bu konuda yapmış olduğumuz açıklamalar sürekli iş göremezlik geliri bakımından da geçerlidir. Sigortalıya ödenecek sürekli iş göremezlik geliri Kurum

⁵⁴ Konu ile ilgili detaylı bilgi için bk. Şakar, (2014), s. 231 vd., Kaynak, (2015), s. 665 vd., Arıcı, (2015), s. 327 vd., Alper, (2018), s. 285 vd.

⁵⁵ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, (2016), s. 369.

⁵⁶ Elma, (2015), s. 208.

tarafından gerekli belgelerin ve incelemelerin tamamlandığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde hesap ve tespit ederek sonuçları yazı ile bildirilir. Sürekli iş göremezlik geliri, sigortalıya daha önce geçici iş göremezlik ödeneği bağlanmışsa bu ödeneğin sona erdiği tarihi, geçici iş göremezlik tespit edilemeden sürekli iş göremezlik durumuna girilmişse sağlık kurulu raporu tarihini izleyen aybaşından itibaren başlar ve bu gelir sigortalıya her ay peşin olarak ödenir.

İş sözleşmesi ile bağlı olmayıp bağımsız çalışanlara sürekli iş göremezlik geliri bağlanabilmesi için sigortalının genel sağlık sigortası dâhil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur.⁵⁷

4.3. Cenaze Ödeneği

İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine kurum tarafından cenaze giderleri hususunda yardım sağlanır. Hak sahiplerine yardım sağlanabilmesi için bir işverene bağımlı olarak çalışan sigortalılar için en az 360 günlük uzun vadeli sigorta kollarının primi bildirilmiş olması, bağımsız çalışanlar içinse en az 360 günlük primin yatırılmış olması gerekmektedir. Kurum tarafından hak sahiplerine ödenecek cenaze ödeneği Kurum Yönetim Kurulu'nca belirlenip Bakan tarafından onaylanan tarife üzerinden ödenir. Cenaze ödeneği öncelikle sigortalının eşine, yoksa sırasıyla çocuklarına, anne ve babasına veya kardeşlerine ödenir (5510 sayılı Kanun md. 37/3).⁵⁸

4/1-c kapsamında sigortalı sayılanlardan ölenlerin hak sahiplerine kendi kurumları tarafından ilgili mevzuat gereği ölüm yardımı hariç cenaze gideri, cenaze nakil gideri ödeneği veya bu mahiyette bir ödemenin yapılması halinde artık Kurum tarafından hak sahiplerine cenaze ödeneği ödenmez.⁵⁹

4.4. Ölüm Geliri

Sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle ölmesi halinde

⁵⁷ Güzel / Okur / Caniklioğlu, (2016), s. 372; Sözer, (2015), s. 350.

⁵⁸ Sözer, (2015), s. 443; Güzel / Okur / Caniklioğlu, (2016), s. 377.

⁵⁹ 5510 sayılı Kanun md. 37/5: "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan ölenlerin hak sahiplerine kendi kurumları tarafından ilgili mevzuat gereği ölüm yardımı hariç cenaze gideri, cenaze nakil gideri ödeneği veya bu mahiyette bir ödemenin yapılması halinde, Kurum tarafından cenaze ödeneği ödenmez."

hak sahiplerine Kurum tarafından gelir bağlanır. 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 7. bendine göre hak sahibi, "sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını" ifade eder.

İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle ölen sigortalının hak sahiplerine ölüm geliri bağlanabilmesi için sigortalının belirli bir süre çalışmış ve prim ödemiş olması gerekli değildir. İşe girdiği gün iş kazası nedeniyle ölen sigortalının hak sahiplerine de ölüm geliri bağlanacaktır. Fakat bağımsız çalışan sigortalının hak sahiplerine ölüm geliri bağlanabilmesi için sigortalının genel sağlık sigortası dâhil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarını ödemiş olması zorunludur (5510 sayılı Kanun md. 19/3).⁶⁰

4.5. Kız Çocuklarına Evlenme Ödeneği

Sigortalının ölümü nedeniyle gelir bağlanmış olan kız çocukları evlendiklerinde kendilerine bağlanan gelir kesilir. Bu nedenle kız çocuklarına evlenmeleri ve talep etmeleri halinde 5510 sayılı Kanun'un 37. maddesine göre bir defaya mahsus olmak üzere gelirlerin iki yıllık tutarı evlenme ödeneği olarak verilir. Evlenme ödeneği bir defaya mahsus olmak üzere iki yıllık gelir tutarında verilir.⁶¹ İki yıllık sürenin başlangıç tarihi, evlenmesi nedeniyle kendisine bağlanmış gelirin kesildiği tarihtir.

III. KURUMUN İŞVERENE RÜCU HAKKI

1. Rücu Hakkının Hukuki Niteliği

Kurumun işverene karşı rücu hakkının hukuki niteliği konusunda Kanunda herhangi bir açıklama bulunmadığı gibi yargı kararları ve doktrinde de görüş birliği bulunmamaktadır. Bu noktada bizim de katıldığımız görüşe Kurumun hakkının basit rücu hakkına dayandığını düşünen görüş bulunmakta birlikte, bu hakkın hukuki niteliği kanuni halefiyet ilkesine dayanmaktadır.⁶²

⁶⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 378.

⁶¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 383.

⁶² Kurumu işverene başvuru hakkının hukuki niteliğini kanuni halefiyet olarak gö-

Hem kanuni halefiyette hem de rücuda, başkasına ait borcu ifa eden kişi, asıl borçluya karşı bir alacak hakkı elde eder ve bu alacak hakkına dayanarak borçludan borcun ifasını talep eder. Halefiyet, alacaklı ile ifada bulunan üçüncü kişi arasındaki ilişki iken, rücu borçlu ile ifada bulunan üçüncü kişi arasındaki ilişkidir.⁶³ Halefiyette alacak hakkı sona ermez ve halef olan üçüncü kişiye kendiliğinden geçerken, rücu hakkının mevcut olması halinde alacak hakkı sonra erer ve yeni bir hak olan rücu hakkı doğar. Dolayısıyla halefiyet ilişkisinde borç bütün unsurlarıyla devam eder, temerrüt hali, zamanaşımı süresi, zamanaşımı süresinin başladığı tarih, ifa zamanı ve yeri aynı kalırken rücu da ise rücutunun yeni bir hak olması nedeniyle zamanaşımı süresi hak doğduğu anda işlemeye başlar.⁶⁴

Rücu hakkının kullanılabilmesi için alacaklıya ifada bulunulduğunun ispatı ile birlikte rücuca esas teşkil eden hukuki sebebi de ispat etmek gerekirken, halefiyette üçüncü şahsın sadece ifayı ispat etmesi yeterlidir. Yukarıdaki bilgiler ışığında halefiyet ilkesinin rücu hakkından daha geniş kapsamlı olduğu anlaşılacaktır.

İşverenin kusurlu davranışı nedeniyle sorumluluğunda Kurumun rücu hakkının niteliğine dair 4772 sayılı, 506 sayılı ve 5510 sayılı Kanunlarda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak 4772 ve 506 sayılı Kanunlar zamanında verilmiş Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararları incelendiğinde halefiyet ilkesine ağırlık verildiği görülmüştür.⁶⁵

Anayasa Mahkemesi ise 1991 yılında verdiği bir kararda kurumun rücu hakkının hukuksal niteliğine değinerek, kurumun işverene baş-

ren görüş için bkz. Tuncay/ Ekmekçi, (2017), s. 422. Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 387. Aksi görüş için bkz. Aslanköylü, R. (2007), s. 1425.

⁶³ Ahmet Kılıçoğlu, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, s. 14; Resul Aslanköylü, "AYM Kararlarına Göre Kurumun Gelir Artışlarını İsteyip İsteyemeyeceği ve 26. maddeden Doğan Rücu Hakkının Hukuki Temeli", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi*, S. 16, Y. 2007, s.1418.

⁶⁴ Kılıçoğlu, (1979), s. 13; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2008, s. 894; Başak Güneş, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında SGK'nın İşverene Rücu Hakkı, GS Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.114; Aslanköylü, R. (2007), s.1422.

⁶⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 388; Y İBBGK, 31.03.1954 T, E. 1953/17, K. 1954/10; Y İBBGK, 29.06.1960 T, E. 1960/13, K. 1960/15; HGK, 29.01.1992 T, E. 1991/10-549, K. 1992/20; İBBGK, 01.07.1994 T, E.1992/3, K. 1994/3 Karar; Aslanköylü, R.(2007), s. 1407.

vurma hakkının kanuni halefiyet olduğunu belirtmiştir.⁶⁶ Ancak, Anayasa Mahkemesi 2006 yılında 506 sayılı Kanun'un 26. maddesindeki bazı fıkraları iptal edince⁶⁷, Yargıtay dava hakkının hukuksal niteliği bakımından görüş değiştirmiş ve kurumun rücu hakkının “*yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkı*” olduğunu belirtmiştir.⁶⁸ Bu bağlamda Yargıtay bir kararında “... *Şu hale göre; 26. madde de sayılan koşullarda kurumu sigortalının ardılı (halefi) olarak kabul eden anılan yasa maddesinin 1. fıkrasındaki “itiraz konusu” kuralın iptalinden sonra bu madde uyarınca açılan davalarda artık “halefiyet ilkesine” dayanılamayacağı, kurumun rücu hakkının hukuki temelinin (halefiyet değil) bundan böyle; yasadan doğan, sigortalı ya da hak sahibi kimselerin alacaklarından bağımsız, kendine özgü “Basit Rücu” hakkına dönüşmüş olmasının kabulüyle; bu aşamadan sonra; zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle, sigortalı veya hak sahiplerine kurum tarafından bağlanan gelirin (başladığı tarihteki) ilk peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının (işverenin) kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir.”* şeklinde hüküm kurarak, hakkın hukuki niteliğini rücu olarak görmüştür.⁶⁹

2. 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi Kapsamında İşverenin Sorumluluğu ve Kurumun Dava Hakkı

İşverenin iş kazası ve meslek hastalıklarında sorumluluğu kusur esasına dayanmaktadır. 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre, iş kazası ve meslek hastalığı işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumun sigortalıya veya hak sahiplerine kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı ol-

⁶⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 389; AYM, 02.05.1991 T, E. 1990/28, K. 1991/11.

⁶⁷ Ercan Turan, “AYM'nin 2003/10E, 2006/106K ve 23.11.2006 tarihli Kararı Karşısında 506 sayılı Kanun'un 26. Maddesine Dayalı Rücu Tazminat Davaları”, *Sicil-İş Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 6, s. 162; Lamih Çelik, “SGK'nın İşverene Rücu Hakkında Son Durum”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat 2008, S. 18, Y. 3, s. 53.

⁶⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 388; Y 10 HD, 28.05.2007 T, E. 2006/18514, K. 2007/8749; 10 HD, 02.04.2007 T, E. 2007/3391, K. 2007/4921.

⁶⁹ Y 10 HD, 16.09.2008 T, E. 12540/10786.

mak üzere Kurumca işverene ödettirilir.⁷⁰ İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır. Dolayısıyla işveren aleyhine rücu davası açılabilmesinin ilk şartı, iş kazası ve meslek hastalığının işverenin kasıt veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmesidir. Örneğin, kayıt dışı işçi çalıştırmak, sigorta primini ödememek gibi hallerde işverenin kastının varlığı kabul edilir.⁷¹

SSİY md. 45'e göre; kasıt, iş kazası ve meslek hastalığına işverenin bilerek ve isteyerek, hukuka aykırı eylemiyle neden olması halidir. 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinde işverenin kastının varlığından bahsedildiği için ağır ihmal ve ihmal hallerinde Kurum'un işverenin sorumluluğuna başvurması mümkün değildir.⁷² Ayrıca işverenin iş kazası veya meslek hastalığına neden olan hareketi bilerek ve isteyerek yapması yeterli olup sonuçlarının işverence istenip istenmemesi önemli değildir.⁷³

Maddenin ikinci fıkrasında ise sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareket sonucu iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesi halinde işverenin sorumluluğu düzenlenmiştir. Sosyal güvenlik çok geniş bir anlam ve kapsama sahiptir, sınırları kesin olarak belirli değildir. Bu nedenler bir işverenin sayısı bilinmeyen iş güvenliği mevzuat hükümlerine aykırı hareketinden kasıt, işçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüm kanun, tüzük, yönetmeliklerdir.⁷⁴ Ayrıca yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre mevzuatta yer almasa dahi iş sağlığı ve güvenliği bakımından işveren aklın, bilimin, tecrübenin ve teknolojinin gerekli gördüğü her türlü tedbiri almak zorundadır.⁷⁵ İşverenin kaçınılmazlık ilkesinden yararlanabilmesi için iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan bütün önlemleri alması ve denetleme, bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüklerini de yerine

⁷⁰ Kaynak, (2015), s. 608.

⁷¹ Berin Ergin, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 4, Y. 2006, s. 133.

⁷² Tuncay/Ekmekçi, (2017), s. 408; Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 391; Ergin, B. (2006), s. 137.

⁷³ Celal Tozan, "İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurumun Rücu Hakkı ve Sınırı, *Yaklaşım Dergisi*", S. 172, Y. 2007, s. 176.

⁷⁴ Tozan, (2007), s. 176.

⁷⁵ Y 10 HD, 01.11.1974 T, 4374/6363; 10 HD, 21.10.1985 T, 4787/5604.

getirmesi gerekir.⁷⁶ SSİY md.45/3'e göre; "Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesidir. İşveren alması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez."

Madde incelendiğinde Kurum'un ilk amacının iş kazası geçiren veya meslek hastalığına uğrayan sigortalıya veya ölüm halinde hak sahiplerine yaptığı parasal yardım neticesinde malvarlığında meydana gelen azalmanın giderilmesi olduğu görülecektir.⁷⁷ Ayrıca parasal yardımların Kurum tarafından ödenip Kurumun işverenden tahsil etmesi işverenle iş kazası geçiren veya meslek hastalığına uğrayan sigortalıları veya hak sahipleri arasındaki sürtüşmeyi, çıkması muhtemel kavgaları ve tartışmaları önler.

3. Kanuni Yükümlülüklerini Yerine Getirmeyen İşverenin Sorumluluğu ve Kurumun Dava Hakkı

3.1. Sigortalıları Kuruma Bildirilmemesi

5510 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, işverenler md. 4/1-a kapsamında sigortalı sayılan kişileri sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kurum'a bildirmekle yükümlüdür. Maddede bazı sigortalılar için istisnai durumlara da yer verilmiştir. Fakat her halükarda işverenin sigortalıyı kanunda belirtilen süre içerisinde kuruma bildirmesi zorunludur.⁷⁸

Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde işverenin Kanun'un 23. maddesine göre sorumluluğu doğar. Maddeye göre, si-

⁷⁶ Şakar, (2014), s. 237; Hakan Keser, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 2, Y. 2006, s. 136; Y 21 HD, 16.02.2015 T, E. 2014/23286, K. 2015/2550; Levent Akın, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırılık ve Kaçınılmazlık", *Çimento İşverenleri Sendikası Dergisi*, s. 53; Tuncay/Ekmekçi, (2017), s. 427.

⁷⁷ Tuncay/Ekmekçi, (2017), s. 407; Ercan Turan, "5510 sayılı Yasa Kapsamında Rücuan Tazminat Davaları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 15, Y. 2009, s.193; Müjdat Şakar, "İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortalı İşverene Rücuan Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 2, Y. 2006, s. 130; A. Can Tuncay, "Kurumun İşverene Rücuan - Olayda Kaçınılmazlık Durumu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 4, Y. 2006, s. 184.

⁷⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 403; Kaynak, (2015), s. 613.

gortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kurum'a bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurum'ca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir.⁷⁹ Kurumca yapılan ve ilerde yapılması gerekli bulunan her türlü masrafın tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı işverene ödetilir. Bu durumda 21. maddedeki koşulların varlığı aranmaz, yani iş kazası veya meslek hastalığında işverenin kusurunun olup olmaması önemli değildir.⁸⁰

3.2. İş Kazası ve Meslek Hastalığını Kanuni Süre İçinde Kurulma Bildirilmemesi

Kanun'un 13. maddesine göre, "İş kazasının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;

a) (a) bendi ile 5 inci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde,

b) (b) bendi kapsamında bulunan sigortalı bakımından kendisi tarafından, bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı gündün sonra üç işgünü içinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile Kuruma bildirilmesi zorunludur. Bu fıkranın (a) bendinde belirtilen süre, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde, iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlar." İşverenin bu maddeye aykırı davranarak bahsi geçen sürelerde iş kazasını Kuruma bildirmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverenden tahsil edilir (SSGSSK md. 21).⁸¹

İşveren 4/1-a kapsamındaki sigortalıyı meslek hastalığına tutulduğunu öğrendiği veya kendisine bu durum bildirilmesinden itibaren üç iş günü içinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür. İşverenin bildirim yükümlüğünü yerine

⁷⁹ Tuncay/Ekmekçi, (2016), s. 419.

⁸⁰ Elma, (2015), s. 223.

⁸¹ Kaynak, (2015), s. 612.

getirmemesi veya yazılı olarak bildirilen hususları kasten eksik ya da yanlış bildirmesi halinde Kurumca bu durum için yapılmış bulunan masraflarla ödenmişse geçici iş göremezlik ödenekleri rücu edilir. Bağımsız çalışanlar ise meslek hastalığını öğrendikleri günden itibaren üç işgünü içinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür, aksi halde yapılan ödemeler rücu edilir.⁸²

3.3. Sigortalıya İlk Sağlık Yardımlarının Yapılmaması

Kurum genel sağlık sigortası kapsamında sigortalıya yapmış olduğu sağlık giderleri bakımından işverenin sorumluluğunu 5510 sayılı Kanun'un 76. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlemiştir. İşveren, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan genel sağlık sigortalısına sağlık durumunun gerektirdiği sağlık hizmetlerini derhal sağlamakla yükümlüdür.⁸³ İşveren tarafından yapılan ve belgelere dayanan sağlık hizmeti giderleri ve diğer masraflar Kurum tarafından karşılanır. Fakat işverenin yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve gecikmesi nedeniyle sigortalının tedavi süresinin uzamasına, malul kalmasına veya malullük derecesinin artmasına neden oluyorsa, Kurum bu nedenle yaptığı her türlü sağlık hizmetini işverenden tahsil eder.⁸⁴

4. Rücu Tazminatının Hesaplanması

506 sayılı Kanun döneminde Yargıtay, Kurumun rücu hakkını düzenleyen 26. maddeye dayanarak sigortalı veya hak sahiplerine iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ilk defa sürekli iş göremezlik geliri bağlandıktan sonra Kanun veya KHK ile ileriki yıllarda gelirlerde meydana gelen artışın dahi işverenden rücu istenebileceğini belirtmişti.⁸⁵ Yargıtay'ın bu görüşü benimsemesindeki neden, 26. maddenin doğan rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı görüşüdür. Fakat Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına rağmen doktrinde bu konu sürekli eleştirilmiştir.⁸⁶ Anayasa Mahkemesi ise farklı kararlarında bah-

⁸² Güzel, /Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 407.

⁸³ Kaynak, (2015), s. 612.

⁸⁴ Keser, (2006), s. 138; Güzel/ Okur/Caniklioğlu, (2016), s. 407.

⁸⁵ Aslanköylü, (2007), s.1407; Utkan Araslı, "Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali, Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve 01.07.1994 tarihli YİBBGKK", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 6, Y. 2007, s.187.

⁸⁶ Ergin, (2006), s.132; Arkan, (2015), s. 2; Coşkun Erbaş, "Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Davaları, AYM'nin İptal Kararı Karşısında Öngörülen Hukuki Sonuçlar

si geçen maddeye göre ileriki yıllarda gelirlerde meydana gelen artışların kurumca işverenden istenemeyeceği belirtilmişti.⁸⁷

5510 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre, "Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere işverene ödettilir." İlk peşin sermaye değeri, gelir veya aylığın başlangıç tarihinde yürürlükte olan peşin sermaye değeri tablolarına göre belirlenecektir (SSİY md.46/1).⁸⁸

Sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerine Kurum tarafından yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler eklenir. İşveren bu yöntemle belirlenen tutardan kusuru oranıyla sorumlu olur. Yargıtay kararlarına göre işverenin kusuru ile hem iş mahkemesinde hem de ceza mahkemesinde dava açılabilir. Fakat ceza mahkemesince belirlenen işverenin kusur oranı, iş mahkemesini bağlamazken,⁸⁹ kesinleşmiş tazminat davasında hükme esas alınan kusur raporu kurum tarafından açılan rücu davasında bağlayıcıdır.⁹⁰

ve Uygulamadan Örnekler", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 7, Y. 2007, s. 95; Anayasa Mahkemesi 506 sayılı Kanun'un 26. maddesinin iptali için yapılan her başvuruda "gelirlerde ileriki meydana gelecek artışların Kurum tarafından işverenden talep edilmesi hakkı, maddenin lafzından anlaşılabilir "denilmesi rağmen Yargıtay içtihatları yönünde uygulama istikrar kazanmıştır. AYM 26. maddenin iptali kararını verene kadar da uygulamada Kurum gelirlerde meydana gelen artışları işverenden talep etmiştir. Fakat bu durum uygulamada birçok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Ergin'e göre, AYM kararına rağmen Yargıtay devleti koruma bilinci ile işverene, yasaya aykırı olduğu halde tekrar tekrar rücu edilmesine imkân veren kararlar vererek, işverenler aleyhine haksız sonuç doğmasına sebep olmuş ve adil yargılanma prensiplerine aykırı davranmıştır. Özellikle TİSK'in görüşü meselenin önemini kavramak için irdelenmelidir. TİSK'e göre, "Gelirlerde meydana gelen artışların istenmesi adil değildir ve işverenler açısından mükerrer ödeme oluşturmaktadır. Bu durum yüzünden işçi ile işveren ilişkilerinde denge bozulmakta ve işyerlerinin iflası veya yeni iş yerleri açılmaması gibi sonuçlara neden olmaktadır."

⁸⁷ Tuncay/Ekmekçi, (2016), s. 411; Turan, (2007), s. 162; Tozan, (2007), s. 177; AYM, 23.05.1972 T, E.1992/3, K.1994/3; 23.11.2006 T, E.2003/10, K. 2006/106.

⁸⁸ Aslanköylü, (2015), s. 1411.

⁸⁹ Y HGK, 23.01.1985 T, 10-372/21; 10 HD, 11.11.1985 T,5681/6101.

⁹⁰ Y 10 HD, 1951/2877 sayılı ve 27.04.1999 tarihli Kararı.

5. Kurumun Rücu Hakkında Zamanaşımı ve Faiz

5510 sayılı Kanun'un 93. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, kurumun açacağı davalarda zamanaşımı süresi 10 yıldır. Bu süre rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından onay tarihinden, masraf ve ödemeler için masraf ve ödeme tarihinden itibaren başlar. Yargıtay kararlarına göre Kurumca işveren aleyhine açılmış rücu davalarında faizin başlangıç tarihi giderler açısından ödeme tarihi, bağlanmış gelirler içinse tahsisin onay tarihidir.⁹¹

6. Rücu Davalarında Müteselsil Sorumluluk

5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinde işveren, işveren vekili, alt işveren ve geçici iş ilişkisi kurulan işveren arasındaki ilişkiye yer verilmiştir. İş kazası veya meslek hastalığına yukarıda bahsi geçenlerin birden fazlası neden olmuşsa, burada artık Kuruma karşı müteselsil sorumluluktan bahsedilecektir. Nitekim Yargıtay 10. HD. 2014/24206 Esas, 2016/4928 Karar ve 05.04.2016 tarihli Kararına göre, " İş kazası veya meslek hastalığına birlikte neden olan sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda, yapılan harcaman ve ödemeler yönünden ayrık bir durum söz konusu olmadığından *müteselsilen sorumluluk esası geçerlidir.*"

SONUÇ

Sosyal güvenlik anlayışı bir ülkedeki ulusu meydana getiren bireylerin sosyal refahı ile orantılıdır. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi yani ulusu meydana getirenlerin insan onuruna yaraşır biçimde yaşam düzeylerinin öncelikle asgari düzeyde sağlanması, sonra da devletin kaynaklarının ulus için gerekli seviyeye çıkarılmasını mümkün kılma gayesi sosyal güvenlik sisteminin temelini oluşturmaktadır.

Bahsi geçen gayeyi mümkün kılmak, emek-sermaye ilişkisinden yalnızca emeği korunmasıyla veya sadece sermayenin korunmasıyla mümkün değildir. Emek-sermaye ilişkisinin emek tarafında yer alan işçilerin iş kazası ve meslek hastalığına uğramaları halinde hem Kuru-

⁹¹ Turan, (2007), s. 208; Y 10 HD, 28.02.1989T, 1019/1883.

mun hem de işverenin sorumluluğunun öngörülmesi gerekir. Nitekim 5510 sayılı Kanun'a göre iş kazası ve meslek hastalığı sonucu sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine Kurum tarafından çeşitli parasal yardımlar sağlanmaktadır. Kurum, iş kazası ve meslek hastalığı gerçekleşikten sonra devreye girerken, işverenin sorumluluğu işçi işe başladığı anda başlamaktadır ve işveren sigortalı adına yatırdığı primle sorumluluk üstlenmektedir. Fakat işverenin sadece prim yatırması da sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

5510 sayılı Kanun'da işverenin kanuni yükümlülüklerini yerine getirmemesi, iş kazası ve meslek hastalığının kasti bir hareketi sonucu veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi nedeniyle iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesi halinde sorumluluk halleri öngörülmüştür. Bahsi geçen sorumluluk hallerinden birinin varlığında, Kurum tarafından sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine yapılan yardımların işverenden tahsil edilmesi öngörülmüştür. Bu hakka "rücu hakkı" denilmektedir. Bu noktada kanımızca Kurumun işverene rücu hakkının hukuki niteliği, kanundan doğan basit, bağımsız bir rücu hakkıdır.

506 sayılı Kanun döneminde Kurumun rücu hakkı kapsamında işverenden talep edebileceği miktar konusunda doktrinde, Yargıtay kararlarında ve uygulamada farklı görüşler bulunmaktayken, AYM'nin 2006 yılında verdiği kararlar kurumun rücu edeceği miktar kesinleşmiştir. Nitekim 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi de AYM kararı ile aynı doğrultudadır.

Kaynakça

- Akın Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001.
- Akın Levent, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırılık ve Kaçınılmazlık", Çimento İşverenleri Sendikası Dergisi, 48-56.
- Alper Yusuf, Sosyal Sigortalar Hukuku, 9. Baskı, Dora, Nisan 2018.
- Araslı Utkan, "Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali, Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve 01.07.1994 tarihli YİBBGKK", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, Y. 2007, 185-206.
- Arıcı Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, 2015.
- Arkan Fatih, "İş Kazaları Nedeniyle SGK'nın Rücu Alacakları", www.taa.gov.tr, (E.T. 04.03.2017).

- Aslanköylü Resul, "AYM Kararlarına Göre Kurumun Gelir Artışlarını İsteyip İstemeyeceği ve 26. maddeden Doğan Rücu Hakkının Hukuki Temeli", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi*, S. 16, Y. 2007, 1405-1439.
- Bulut Mehmet, Sorular ve Cevaplarla Sosyal Güvenlik, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- Bulut Mehmet, Orhan Sadettin, İş Sağlığı ve Güvenliği, Bilge Yayınevi, Ankara 2017.
- Büyükbirer Cengiz, "İş Kazası ve Meslek Hastalığının 01.10.2008'den Önce veya Sonra Vuku Bulmasının İşverenin Sorumluluğu ile Kurumun Rücu Hakkı Bakımından Farkı Var mıdır?", *Yaklaşım Dergisi*, S. 237, Y. 2011, 255-256.
- Civan Orhan Ersun, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2029/21107.pdf> , (E.T. 14.03.2017).
- Çelik Lamih, "SGK'nın İşverene Rücu Hakkında Son Durum", *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat 2008, S. 18, Y. 3, 49-58.
- Elma Ramazan, Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin, Ankara 2015.
- Erbaş Coşkun, "Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Davaları, AYM'nin İptal Kararı Karşısında Öngörülen Hukuki Sonuçlar ve Uygulamadan Örnekler", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 7, Y. 2007, 94-113.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2008.
- Ergin Berin, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 4, Y. 2006, 129-140.
- Güneş Başak, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında SGK'nın İşverene Rücu Hakkı, GS Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- Güzel Ali, Okur Ali Rıza, Caniklioglu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, Beta, İstanbul 2016.
- Kaynak Zeki, Sosyal Sigorta ve Uygulaması, Adalet, Ankara 2015.
- Keser Hakan, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 2, Y. 2006, 136-147.
- Kılıçoğlu Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979.
- Kılıçoğlu Mustafa, Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- Okur Nurdan, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla İşverenin Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, S. 70, Y. 2007, 326-344.
- Sözer Ali Nazım, İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta, İstanbul 2015.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 14. Bası, Beta, Eylül 2017.
- Şakar Müjdat, "İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaları İşverene Rücuunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 2, Y. 2006, 129-135.
- Şakar Müjdat, Sosyal Sigorta Uygulamaları, Beta, İstanbul 2014.

- Tozan Celal, "İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurumun Rücu Hakkı ve Sınırı", *Yaklaşım Dergisi*, S. 172, Y. 2007, 175-177.
- A. Can Tuncay, "Kurumun İşverene Rücu - Olayda Kaçınılmazlık Durumu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 4, Y. 2006, 183-188.
- Tuncay A. Can, Ekmekçi Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 18. Baskı, İstanbul 2017.
- Turan Ercan, "5510 sayılı Yasa Kapsamında Rücuan Tazminat Davaları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 15, Y. 2009, s. 193-211.
- Turan Ercan, "AYM'nin 2003/10E, 2006/106K ve 23.11.2006 Tarihli Kararı Karşısında 506 Sayılı Kanununun 26. Maddesine Dayalı Rücuan Tazminat Davaları", *Sicil-İş Hukuku Dergisi*, S. 6, Y. 2.
- Uygur Turgut, *Borçlar Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınları, 2012.