Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Gazi University Faculty of Law Review

Cilt XIX, Nisan 2015, Sayı 2
Vol. XIX, April 2015, No. 2

ANKARA
Temmuz 2015

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Ünversitesi	**Gazi University**
Hukuk Fakültesi Dergisi	**Faculty of Law Review**
Sahibi :	**Owner :**
Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER	Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü	**Editor in Chief**
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM
Editörler:	**Editors :**
Doç. Dr. Bülent YAVUZ	Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ
Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM	Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM
Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN	Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN
Yayın Kurulu :	**Editorial Board :**
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR	Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR
Bu dergi yılda dört defa yayınlanır.	This journal is published four times a year.
Yayın Sekreteri :	**Secretary of Publication**
Günay KANDEMİR	Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN
Basım Yeri:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: http://www.hukuk.gazi.edu.tr
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)
Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan "Hakemli Dergi" statüsünde yılda dört sayı **(Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)** olarak yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

3. Yazılar; "Microsoft Word" programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com adresine gönderilmelidir.

4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, İngilizce, Almanca, Fransızca yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.

6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıma" hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.

7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.
İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:
Örn. AYHAN, s. 178.
Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:
AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.
Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan*, C. I, Sa. 2, s. 31-40.
Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:
Örn. AYHAN, s. 31.

İnternetten alınan dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan*, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).
Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:
Örn. AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.
Tel: (312) 216 21 90
Faks: (312) 215 01 69
http: www.hukuk.gazi.edu.tr
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XIX **Nisan 2015** **Sayı 2**

İ Ç İ N D E K İ L E R

M A K A L E L E R*

ÖZEL HUKUK

Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi
Kürşat GÖKTÜRK.....**3-44**

Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı İle
Israrlı Takip Mağdurunun Korunması
Alper UYUMAZ / İdris AKDAĞ **45-94**

İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması
A. Eda MANAV.....**95-136**

Tv Copycatting: Determining The Threshold Between
Legal Copying And Copyright Infringement
Onur ŞAHİN.....**137-148**

Mirasçılık Sıfatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı İle İlişkileri
Özlem SARI FİDAN **149-164**

KAMU HUKUKU

İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine
Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış
**Bahtiyar AKYILMAZ / Çınar Can EVREN /
Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN / Begüm İSBİR /
Emine KARAGÖZ CİN / Hilal ALBAL /
Halim Alperen ÇITAK**.....**167-198**

Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme
Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme
Adil BUCAKTEPE.....**199-224**

Les Regimes Legislatifs De Responsabilite Administrative En France
Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY **225-258**

Yasa, Kanun Hükmünde Kararname ve Mahkeme
Kararları Işığında Tam Gün Sorunsalı
Nihan Yancı ÖZALP.....**259-290**

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Gazi University Faculty of Law Review
Vol. XIX April 2015 Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Mercantile Transaction And Its Delimitation
Kürşat GÖKTÜRK **3-44**

Violence-Stalking Terms And The Protection Of Victim With The Scope Of Turkish Civil Law
Alper UYUMAZ / İdris AKDAĞ **45-94**

Protection Of Employee's Personal Data In Labour Relations
A. Eda MANAV **95-136**

Tv Formatlarının Kopyalanması: Telif Haklarına Aykırılık Eşiğinin Saptanması Sorunu
OnurŞAHİN **137-148**

The Relationships Of The Heirs Who Lose Their Inheritance Rights With The Community Of Heirs
Özlem SARI FİDAN **149-164**

PUBLIC LAW

A Critical Review Of Code Proposal Concerning The Establishment And Duties Of The Court Of Human Damages
Bahtiyar AKYILMAZ / Çınar Can EVREN / Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN / Begüm İSBİR / Emine KARAGÖZ CİN / Hilal ALBAL / Halim Alperen ÇITAK **167-198**

A Consideration On The Disciplinary Jurisdiction Of Disciplinary Authority
Adil BUCAKTEPE **199-224**

Fransa'da İdarenin Sorumluluğunun Yasal Rejimleri
Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY **225-258**

Full-Time Problem In The Light Of Law, Decree Having The Force Of Law And Court Decisions
Nihan Yancı ÖZALP **259-290**

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

TİCARİ İŞ KAVRAMI, SINIRLANDIRILMASI VE FAİZ MESELESİ

Kürşat GÖKTÜRK[*]

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nda hangi işlerin ticari nitelik taşıdığı tayin edilmiş ve ticari işlere önemli bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun konu ile ilgili düzenlemeleri kapsamında, ticari işlerin çeşitli ölçütlere göre sınıflandırılması mümkündür. Bu sınıflandırmaya dayalı olarak, ticari işin kapsamının Türk Ticaret Kanunu tarafından aynı zamanda sınırlandığı yönünde bir tespit yapılması mümkündür. Tüketici hukukuna ilişkin mevzuattaki düzenlemeler de benzer sınırlama eğilimini göstermektedir. Özellikle bu son durum öğreti ve uygulamada faize ilişkin tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu makalede ağırlıklı olarak ticari iş kavramının kapsamı ve sınırları belirlenmeye çalışılarak, faize ilişkin sorun hakkında değerlendirmelere yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler: *Ticaret hukuku, Ticari iş, tacir, tüketici, faiz oranı*

MERCANTILE TRANSACTION AND ITS DELIMITATION

ABSTRACT

Mercantile nature of transactions were determined by Turkish Commercial Code and this nature of transaction entails some important legal consequences. Mercantile transactions can be classified according to the provisions of Turkish Commercial Code which relevant to this topic. Based on this classification, it's possible to say that, the scope of mercantile transactions were limited by Turkish Commercial Code. Consumer law regulations also show a similar limitation trend. Especially this aim raise a dabate about interest rates. In this essay, it's tried to determine the scope of mercantile transactions and by this way, on issues relating to interest rates were discussed.

Keywords: *Commercial law, mercantile transaction, merchant, consumer, interest rate*

---

[*] Yardımcı Doçent, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

I.TİCARET HUKUKU VE UYGULAMA ALANININ TAYİNİ

Ticaret hukukunun, özel hukukun müstakil bir dalı olarak ortaya çıkışı ve uygulama alanının tayini sorunu, tarihi gelişim sürecinin mahsulüdür [1]. Ticari faaliyetlerde bulunanların ihtiyaç duyduğu hukuk kurallarının oluşumu, ilk etapta ticari faaliyetleri yürüten ve tacir olarak nitelendirilen küçük bir grubun özel bir hukuki rejime tabi olmasını beraberinde getirmiştir. Bu bakımdan bir branş olarak ticaret hukukunun öncelikle "tacirlerin hukuku" olarak şekillendiğini söylemek, yanlış bir yaklaşım olmayacaktır[2]. Ticari sahanın hukuki açıdan müşterek bir nizama tabi tutulmasında, tarihi gelişim sürecindeki bu durum bazı devletler tarafından kanun yapım sürecinde temel hareket noktası olarak kabul edilmiş ve ticaret hukuku, tacirlerin esas alındığı bir sistemle şekillendirilmiştir[3].

Ticaret hukuku, tacirlerin hukuku olarak ortaya çıkmakla birlikte, zamanla ticaret hukukunun şekillenmesinde subjektif unsur olan taraf değil, objektif unsur olan ticari işlemler esas alınmak suretiyle ticaret hukukunun uygulama alanını belirleme eğilimi ortaya çıkmıştır[4]. Objektif sistem olarak anılan bu yaklaşımda, ticari olarak nitelendirilen muamelelerin ortak bir nizama tabi tutulması hedeflenmiştir. Bu faaliyetlerin süreklilik taşımaksızın icrası dahi, yapılan işe ticari nitelik vermektedir. Objektif sistemin sosyolojik açıdan sağlamış olduğu önemli bir avantaj, toplumun özel hukuki rejime tabi olduğu sınıflar şeklinde ayrışmasının önüne geçmesinde kendisini gösterir[5].

Ticaret hukukunun hangi sahada uygulanacağının belirlenmesinde kronolojik olarak daha sonraki dönemde ortaya çıkması nedeniyle "modern sistem" olarak isimlendirilen bir diğer yaklaşımda[6], ticaret hayatının bir

---

[1] Tespit ve konunun örnekleriyle izahı için bkz. *Cosack*, K.: Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart, 1895, s. 5 ff.; Ticaret hukukunun tarihi gelişimi hakkında bkz. *Poroy*, R./*Yasaman*, H.: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012, s. 5 vd.

[2] Bkz. *Cosack*, s. 6 ff.; *Arslanlı*, H.: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul, 1960, s. 3; *Karayalçın*, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 69, 94 vd.; *Poroy/Yasaman*, s. 7 vd; *Arkan*, S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s. 3; *Ayhan, R./Özdamar, M./Çağlar, H.*, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, s. 52; Ayrıca bkz. *Ülgen*, H. (*Ülgen*, H./*Helvacı*, M./*Kendigelen*, A./*Kaya*, A./*Nomer Ertan*, F.N.), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 6;

[3] *Arslanlı*, s. 4 vd.; *Arkan*, s. 4; *Bilgili*, F./*Demirkapı*, E.: Ticari İşletme Hukuku, Bursa, 2014, s. 4

[4] *Poroy/Yasaman*, s. 9; *Bilgili/Demirkapı*, s. 4

[5] Bkz. *Arkan*, s. 4; *Bilgili/Demirkapı*, s. 4

[6] *Arkan*, s. 5; Sistemin ortaya çıkış nedenleri hakkındaki açıklamalar için bkz. *Karayalçın*, s. 71 vd.

organizasyon içerisinde icra edilmesi gerçeğinden hareket edilmektedir. Modern sistem, her iki sisteme nazaran avantajlar içermektedir. Subjektif sisteme nazaran avantajı, bu sistemin esas aldığı ticaret hayatına yön veren tacir kavramının, hukuki açıdan ticaretin sebebi değil, sonucu olmasında kendisini gösterir. Başka bir ifadeyle tacir, belirli bir organizasyon içerisinde ticari faaliyetlerde bulunan şahıs olduğuna göre, tacir kavramı hukuken asli nitelik arzetmeyip, bu organizasyona bağlı olarak ortaya çıkan, tali nitelik arzeden bir kavramdır. Bu nedenle ticaret hayatının asli unsuru esas alınmak suretiyle uygulanacak hukuk sahasının belirlenmesi, daha isabetli bir çözüm tarzıdır[7]. Objektif sisteme nazaran avantajı ise, ticaret hayatının sürekli gelişimi ve bu sahadaki faaliyetlerin tahdidi şekilde sayımının fiilen mümkün olmamasında kendisini gösterir. Bu tür faaliyetler zaten gelir sağlama hedefi çerçevesinde ortaya çıkan daimi bir organizasyon çerçevesinde icra edilen faaliyetlerdir. Bunların tek tek sayımı fiilen mümkün olmadığı gibi, bu şekilde yapılan bir sınırlama, uygulamanın ihtiyaçlarını gidermeyi sağlayacak pratik bir faydayı da haiz değildir.

Ticari iş kavramı, ticaret hukukunun tarihi gelişim sürecindeki şekillenişinde tacir ve ticari hükümlerle birlikte temel önemi haiz kavramlardan biridir. Ticaret hukukunun uygulama alanının belirlenmesine ilişkin teoriler, ticari iş kavramının içeriğinin belirlenmesinde de temel önemi haizdir. Bu nedenle ticari iş kavramının kapsamının belirlenmesi, ticaret hukukunun uygulama alanının belirlenmesine ilişkin teorilerden müstakil olarak ele alınamaz[8]. Türk ticaret hukukunda da, teorilerin ticari iş kavramının belirlenmesindeki önemi, bu güne değin yürürlüğe giren ticaret kanunlarındaki yaklaşımlar dikkate alınmak suretiyle belirlenebilir. Ancak bu konuya geçmeden önce, "ticari iş"in kavramsal çerçevesinin çizilmesi yararlı olacaktır.

---

[7] Bkz. Türk Ticaret Kanunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), Devre X, İçtima 2, SS.198, s. 13 (Bundan sonra Gerekçe TTK[1957] olarak kısaltılacaktır). Gerekçenin aynı sayfasında, objektif kriterin de ticari işletme esası karşısında tali nitelik arzettiği vurgulanmaktadır.

[8] Bkz. *Cosack*, s. 24 ff.

II. TÜRK HUKUKUNDA TİCARİ İŞ KAVRAMI

Ticari iş, Türk hukukunda hem günlük[9] hem de teknik[10] anlamda kullanılan bir kavramdır. Günlük konuşma anlamıyla ticari iş kavramının çerçevesini belirleyen sarih bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, mevzuattaki bazı hükümlerden yola çıkılarak, ticari amaçla gerçekleştirilen faaliyetlerin bu kapsamda olduğu kabul edilebilecektir. Bu anlamıyla, "kazanç sağlamaya yönelik faaliyetler"in ticari iş olarak nitelendirilmesi mümkündür[11]. İktisadi bakımdan ticaret, üretim-tüketim arasındaki değişim faaliyetleri olarak nitelendirildiğinde[12], faaliyetlerin kazanç amaçlı olarak gerçekleştirilmesi durumunda, ticari olduğunu kabul etmek gereklidir. Faaliyeti kimin gerçekleştirdiği, ticari bir işletmenin mevcut olup olmadığı, faaliyetin işlem ya da eylem şeklinde ortaya çıkıp çıkmadığı gibi hususlar, işin günlük anlamda ticari bir iş olarak nitelendirilmesi bakımından –kural olarak- önem taşımamaktadır. Pozitif hukukta kavramın bu anlamdaki kullanımına ilişkin çeşitli örneklere tesadüf edilmesi mümkündür[13].

---

[9] Günlük konuşma dilindeki anlamıyla ticari iş, kavramın hukuki olmayan manasını ifade etmektedir. Ancak istisnai olarak, ticari işin günlük konuşma anlamına hukuki bir vasıf da verilmektedir. Bu yönüyle, ticari işin günlük ve teknik anlamları, her ikisi de hukuki olan anlamlardır. Burada günlük-teknik ayrımı yerine, geniş-dar anlamda ticari iş ayrımı, bir tercih kriteri olarak akla gelmekle birlikte, teknik anlamıyla ticari işin, günlük anlamda ticari olmaması ihtimali nedeniyle, geniş-dar anlamda ticari iş tabiri yerine, yukarıda belirtilen şekilde ayrım yapılmasının daha isabetli olacağı düşünülmüştür. Keza öğretide ticaretin, hukuki ve iktisadi anlamlarına yapılan vurgu nedeniyle (bkz. çoğu yerine *Arslanlı*, s. 2, 7), iktisadi-hukuki anlamda ticari iş ayrımının da kavramsal olarak kullanımının isabetli olduğu düşünülebilir. Ancak mevzuatta "ticari iş"in iktisadi anlamdaki kullanımlarının bulunması nedeniyle, kavram hukuki boyut da kazandığından, tasnif aracı olarak bu kullanımdan da kaçınılmıştır.

[10] Hukuki bir kavram için, "teknik anlamda" ibaresinin kullanılması yadırganabilir. Ancak Türk pozitif hukukunda hukuki bir kavramın bu özelliğine vurgu için "teknik terim" ibaresinin kullanılıyor olması nedeniyle (bkz. TTK m. 136/1), yukarıdaki şekilde terim tercihinde bulunulmuştur.

[11] Ticari işin günlük anlamıyla kullanımına yargı kararlarında da tesadüf etmek mümkündür. Mesela "…*Gerçekte de Ticaret Kanununda öngörülmüş işler hukuki yapıları itibariyle ister* ***ticari iş*** *niteliğinde olsun, ister olmasınlar, Ticaret Kanununda düzenlendikleri için ticari iştirler…*" cümlesinde bahsi geçen ilk "ticari iş" kavramının, günlük anlamıyla kullanıldığını kabul etmek gerekir. Bkz. HGK 17.02.1999, E. 1999/19-73 K. 1999/106 sayılı ilamı (Kaynak: Corpus içtihat programı).

[12] *Karayalçın*, s. 67

[13] Örnek olarak bkz. 6102 s. K m. 230/1, 396/1, 5174 s. K m. 9/4; 6098 s. K m. 57/3; 1136 s. K m. 44/I. Açıkça "ticari iş" kavramı kullanılmaksızın, bu anlama yönelik örnek için bkz. 5684 s. K m. 23/10; Mülga 5584 s. K m. 60; 4922 s. K m. 4/3; 834 s. K m. 1/1; 5996 s. K m. 15/10, 34/11, 41/1,i; 5607 s. K m. 3/11; 6502 s. K m. 6/3

Ticari iş kavramının teknik anlamı, kendisine nitelikli hükümlerin tatbik edildiği özel bir hukuki statüyü ifade etmektedir. Bu bakımdan ticari iş, "kazanç sağlama amacı" gibi geniş bir kriterle niteliğinin belirlenmesi mümkün olmayan, kanun koyucunun müdahalesi suretiyle içeriği şekillenen, muhtevası önceden tayin edilmiş işlem ve davranışları kapsamaktadır[14].

İnceleme konumuzu teşkil eden teknik anlamda ticari iş kavramının kapsamına hangi işlerin girdiği hususunda Türk Ticaret Kanunu'nun 3 ve 19'uncu maddelerinden istifade edilmektedir. Anılan hükümler tetkik edildiğinde, bir işin ticari olup olmadığının belirlenmesinde genel olarak üç kriterden hareket edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen işler, ticari işletmeyi ilgilendiren işler ve tacirin borçları[15], işin teknik anlamda ticari nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemek bakımından dikkate alınması gereken kriterlerdir (TTK m. 3, 19).

Pozitif hukukta "ticari iş" teriminin kullanıldığı münferit hükümlerde, kavramın hangi anlamı taşıdığının belirlenmesi bakımından kesin bir ölçüt bulunmamakla birlikte, ilgili düzenlemenin lafzı ve gayesi dikkate alınmak suretiyle bu anlamlardan hangisinin kastedildiğinin tespit edilmesi mümkündür. Bu çerçevede, kullanılan kavramla kazanç gayesinin ön plana çıkarılması durumunda, kavramın teknik anlamda kullanılmadığı sonucuna varılabilecektir. Bu tespit, özellikle teknik anlamda ticari işlerin tabi olduğu hükümlerin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır[16].

---

[14] Öğretide bu anlamıyla ticari işin, iktisadi anlamda ticari işten daha geniş bir muhtevaya sahip olduğu, zira sadece mal değişim faaliyetlerinin değil, özellikle üretim ve tüketim safhalarının da ticari nitelik taşıdığı vurgulanmaktadır. Bkz. *Karayalçın*, s. 67, 69

[15] Tacirin borçlarına ilişkin düzenlemenin farklı işlevleri hakkında aşağıda III-B-1-b-aa başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

[16] Ticari işlerin tabi olduğu hükümler bakımından, Türk Ticaret Kanunu'nun 1'inci maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenlemede geçen "ticari iş" kavramı, 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, "ticari mesail-ticari meseleler" şeklinde ifade edilmiş, kavramın kapsamı ve "ticari muamele" terimi ile olan ilişkisi bakımından öğretide tartışmalar yaşanmıştır (Öğretide konu hakkındaki görüşler için *Hirş*, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948, s. 50 ve devamında yer alan açıklamalara bakınız). Meri kanunun 1'inci maddesinde yer alan "ticari iş" kavramının, teknik anlamda "ticari iş" kavramı ile uyumlu olup olmadığı konusunun halen tartışmaya açık olduğu şeklinde bir düşünce akla gelebilir. Ancak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, konu hakkındaki tartışmaları sonlandıracak bir şekilde kaleme alınmıştır. Zira 6762 sayılı kanun, bir taraftan ticari mesail-mukavele-muamele-mevad gibi farklı terim tercihleri yerine müşterek bir kavram olarak "ticari iş" terimini tercih etmiş, başkaca kanunlarda bulunabilecek bu tür ibarelerin "ticari iş" olarak değerlendirileceğine yönelik özel bir hükme yer vermiş (TTK m. 1462), diğer taraftan ticari iş kavramının tanımında temel hareket noktası olarak ticari işletme ile ilgili bütün muamele, fiil ve işleri esas almak suretiyle, 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda yer alan "ticari muamele"

Kavram, her iki anlamı bakımından tetkik edildiğinde, günlük konuşmadaki anlamıyla ticari nitelik taşıyan bir işin, teknik anlamda ticari nitelik taşımaması mümkündür. Bu sonuç, teknik anlamda ticari iş kapsamına giren işlem ve fiillerin kanunen tahdit edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bazı durumlarda ise günlük ve teknik anlamda ticari iş kavramları örtüşmektedir[17]. Ancak ticari işin günlük konuşma anlamının, teknik anlamdaki ticari işlerin tamamını kapsadığı gibi bir sonuca da varılamaz. Başka bir deyişle, teknik anlamda ticari nitelik taşıyan işlerin hepsi, aynı zamanda günlük anlamda ticari iş niteliği taşımaz. Buna örnek olarak, herhangi bir ticari faaliyeti bulunmayan iki memurdan birinin diğerine olan borcu sebebiyle bono düzenlemesi gösterilebilir[18]. Bahsi geçen örnekte, kazanç sağlama amaçlı bir iş bulunmamasına rağmen, teknik anlamda ticari işin varlığı kabul edilmektedir.

Mevzuatta teknik anlamda ticari iş kapsamına giren bazı işlem ya da fiillerin kapsamı daraltılmak suretiyle daha özel bazı hükümlere de tesadüf etmek mümkündür[19]. Bu tür hükümler, ticari iş olmanın genel sonuçlarından ziyade, ilgili düzenlemede somutlaştırılmış işlem ya da fiile ilişkin özel hükümleri ifade etmektedir. Bu bakımdan ilgili özel sonuçların, ticari iş olmanın genel hükümleri kapsamında değerlendirilmesi ya da teknik anlamda ticari işin özel bir türü olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

III. TEKNİK ANLAMDA TİCARİ İŞ

Teknik anlamda ticari iş, Türk Ticaret Kanunu'nda belirlenen kriterleri taşıyan işlerdir (bkz. TTK[6102] m. 3,19). Bu tür işlerin, ticaret kanunlarındaki gelişim sürecinin tetkiki, kriterlerin kapsamının tayini ve buna bağlı sonuçların değerlendirilmesi için önemlidir.

kavramının kapsamını(865 s. K m. 15-25), son derece genişletmiştir. Bu nedenle, kanunun 1'inci ve 3'üncü maddesinde yer alan ticari iş kavramlarının aynı kapsamda olduğunun kabulü gereklidir. Öğretide de her iki kavramın müşterek olduğu kabul edilmektedir. Bkz. *Arslanlı*, s. 15. Hatta yazar anılan sayfada, TTK m. 1 uyarınca, ticari işlerde ticari hükümlerin uygulanmasını ve bu hükümlerin de ticari işle aynı kapsamda mükerreren tanzimini tenkitle, TTK m. 1 ve 3'deki düzenlemelerden birinin zait olduğunu vurgulamaktadır.

[17] Mesela yukarıda 13 numaralı dipnotta 6102 s. Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bazı hükümlerde, ticari iş kavramının günlük anlamıyla kullanıldığı belirtilmiştir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar, aynı zamanda dar anlamda ticari iş niteliği taşıdığından (TTK m. 3), belirtilen maddelerde işin kazanç sağlama gayesine ilişkin anlamına vurgu yapılmakla birlikte, bu işler aynı zamanda teknik anlamda ticari niteliğe sahiptir.

[18] Benzer örnek için bkz. YİBGK. 1947/15 E. 1947/22 K. sayılı ilamı

[19] Örnek olarak bkz. 6098 s. K m. 263/son, 272; 6102 s. K. m. 1530/3 vd.

1. Tarihi Gelişim Süreci

Teknik anlamda ticari iş kavramının hukukumuzdaki gelişim süreci, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret ve zeyillerinin yürürlükte olduğu dönemden başlatılabilir[20]. Ancak müstakil bir kavram olarak ticari muamele ve ticari iş, Cumhuriyet dönemi kanunlarında önem kazanmış ve farklı bazı hukuki sonuçları beraberinde getirmiştir. Bu nedenle tarihi gelişim sürecinin Cumhuriyet dönemi kanunlarıyla sınırlı tutulması isabetli olacaktır[21].

A. 865 Sayılı Ticaret Kanunu Dönemi

Ticari iş[22] kavramı çerçevesinde 865 sayılı Ticaret Kanunu[23] hükümleri tetkik edildiğinde, bu terim esas alınarak özel bir sistem oluşturulamadığı tespiti yapılmakla birlikte, kanunun ticari mahiyetteki olay ve işlemlere kayıtsız kaldığı da söylenemez. Nitekim kanunun muhtelif maddelerinde ticari muamele (muamelatı ticariye), ticarete ilişkin muamele (ticarete müteallik muamele), mevaddı ticariye (ticari husus-iş), mesaili ticariye (ticari meseleler), ticari husus gibi muhtelif kavramlara yer verilmiştir[24].

Bahsi geçen kavramlardan "muamelatı ticariye" olarak nitelendirilenler, diğerlerine nazaran daha sistemli tarzda tanzim edilmiştir. Bu çerçevede, kanunun özel bir faslı bu muamelelere ilişkin hükümler ihtiva etmektedir (bkz. m. 15-25). Öğretide ticari muamelelere ilişkin bu hükümleri tanziminde, esas itibariyle Fransız teorisinin etkisi altında kalındığı vurgulanmaktadır[25]. 865 sayılı Kanun'da ticari muamele, meri kanundaki ticari iş kavramı ile tam olarak örtüşmemek ve ticari işlerin sadece cüzi bir kısmını teşkil etmekle birlikte, meri ticaret kanununun ticari işlere dair düzenlemeleri açısından önem arzetmekte ve tetkiki yarar taşımaktadır.

---

[20] Bkz. *Hirş*, E.: Ticaret Kanununun Islahı Hakkında Fikirlerim, İÜHFM, C. 3, 1937, s. 482; Kanun metni ve zeyiller için bkz. *Gürzumar*, F./*Gürzumar*, T./*Berki*, A.H.: Kaanûnname-i Ticâret ve Zeyilleri, Ankara, 1962. Ticari işlerle ilgili olarak özellikle bkz. s. 115 vd.

[21] 865 ve 6762 sayılı kanunlarla ilgili tarihi gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Karayalçın*, s. 98 vd.

[22] 865 sayılı TK döneminde ticari iş kavramının muadili ve benzerleri ile ilgili değerlendirmeler hakkında bkz. *Hirş*, s. 39 vd.

[23] RG. (Resmi Ceride) 28.06.1926 Sa. 406; Kanuni tasnif sistemi niteliği taşımamakla birlikte, Fransız içtihat ve öğretisinde doğası gereği ticari iş, şekli sebebiyle ticari iş ve tamamlayıcı ticari iş şeklinde ayrım yapıldığı hakkında bkz. s. *Sonnenberger*, H.J./*Schweinberger*, E.: Einführung in das französische Recht, Darmstadt, 1986, s. 128 f.

[24] Örnek olarak bkz. m. 1, 2, 9,11,15-25, 41, 71, 72, 75, 81, 680, 682, 845. Bahsedilen ve başkaca kavramların benzer anlama gelecek şekilde kullanıldığı yönünde bkz. *Hirş*. s. 39

[25] *Hirş*, s. 39, 40. Kanunun ticari işlerle ilgili esas kısmı olarak mütalaa edilebilecek olan 15-25'inci maddeleri bakımından, Fransız ve eski İtalyan ticaret kanunlarının örnek alındığı *Hirş* tarafından anılan sayfalarda vurgulanmaktadır.

Kanunda farklı maddelerde düzenlenilen ticari muameleler, öğretide üçlü bir tasnif kapsamında incelenmiştir. Bu kapsamda ticari iş, mutlak, nisbi ve fer'i olmak üzere üç başlık altında sistematize edilebilir[26].

Mutlak ticari işler, kanunen sırf kendilerine bu vasıf izafe edildiği, yapılan iş için tarafların kâr elde etme niyeti ya da tacir sıfatı gibi başkaca herhangi bir özelliğin aranmadığı ticari işlerdir (825 s. K. m. 21). Komisyonculuk, tellallık, banka işlemleri, cari hesap gibi çeşitli işlem ve faaliyetler, başkaca herhangi bir vasıf aramaksızın ticari olarak kabul edilmiştir.

Nisbi ticari işler kapsamında mütalaa edilen işlere bu niteliği veren ise, tarafların sıfat, niyet ve faaliyet yoğunluğudur. Bazen bizatihi tacir sıfatı, işin ticari nitelik kazanması için yeterli görülmüştür. Mesela tacirin akit ve borcunun –kural olarak- ticari olacağına dair kanunun 22'nci maddesinde yer alan hüküm bu kabildendir[27]. Tacir sıfatına sahip olsun ya da olmasın, kâr amacıyla gerçekleştirilen alım ya da kira işlemleri ise tarafların niyetine göre işin ticari nitelik kazanmasına örnek teşkil etmektedir (m. 15-18). Bir çiftçinin ya da maden sahibinin ürünlerini satışı adi nitelikte iş olmasına rağmen, üçüncü şahıslara satış için daimi nitelikte bir işletme kurması halinde, faaliyetin yoğunluğu işe ticari vasıf vermektedir (m. 19).

Ticari işler öğretide bu şekilde tasnif edilmekle birlikte, kapsamın bu şekilde tahdit olunmasından doğabilecek mahzurlar kanun koyucu tarafından dikkate alınmak suretiyle, mahiyeti itibariyle bu işlere benzeyen işlerden doğan borçların da ticari işlerden sayılabileceği hüküm altına alınmış, öğretide de bu işlerin "makis" ticari iş olarak kabul edilebileceği vurgulanmıştır[28] (m. 24). Bunun yanında kanunun ticari işlere ilişkin faslında geçen işlerle bağlantılı olan ya da bunları kolaylaştıran işler de kanunen ticari işler arasında zikredilmiştir (m. 25).

B. 6762 – 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunları Dönemi

Yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ticari iş hakkındaki tanım bağlamında yaklaşımları benzerdir. Bu nedenle ortak bir başlık altında incelenmeleri, sistematik olarak bir sakınca taşımamaktadır.

---

[26] Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hirş*, s. 40; Kıstaslar hakkında değerlendirme için bkz. ayrıca *Arslanlı*, s. 5 vd.

[27] Bkz. *Hirş*. s. 40

[28] *Hirş*, s. 40

865 sayılı kanun döneminde ticari işler hakkında müşterek bir sistemin bulunmaması, ticari muamele kavramının, ticari iş kavramı ile tam olarak örtüşmemesi, kanunda benzer amacı ifade etmek için farklı terimlerin kullanılmış olması, ticaret kanunlarının tanziminde ticari işletme merkezli düzenleme yapılması ihtiyacı gibi çeşitli etkenlerin tesiriyle, ticari işler hakkında özel düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir[29].

6762 sayılı kanundaki düzenlemelerin temel özelliği, terim çatışmasından doğan belirsizlikleri belirli bir sistem dahilinde bertaraf etmek ve ticari işleri müşterek bir nizama tabi kılmaktır.

Terim birliğinin sağlanması bağlamında, ortak bir kavram olarak "ticari iş" mefhumuna kanunda yer verilmiştir (m. 3). Terim birliğinin sadece Türk Ticaret Kanunu ile sınırlı değil, diğer kanunlar kapsamında da dikkate alınması, teori ve uygulamada doğabilecek tereddütleri bertaraf amacına matuftur (bkz. TTK[1957] m. 1462). Muamele (işlem) yerine "iş" kavramının kullanılması, sadece terminolojik değil, ticari sahanın adi saha karşısında muazzam şekilde genişlemesine yol açan politik bir tercihi de yansıtmaktadır[30]. Zira artık sadece işlemler değil, deyim yerindeyse, mülga 865 tarihli kanun dönemindeki ticari meseleleri (865 s. K. m. 2) kapsayan oldukça geniş bir saha ticari olarak telakki edilmiştir[31]. Bu geniş saha ile ilişki tesisinde bağlantı noktası olarak, "ticari işletme" mefhumundan istifade edilmiştir[32]. Ticari işletmenin açık şekilde

[29] Bkz. TTK[1957] Gerekçe s. 9 vd.

[30] Yapılan bu tespit genel mahiyet arzedip, dar kapsamlı da olsa, mülga 865 sayılı kanunda "muamelat" adı altında, işlem niteliği taşımayan hususlara da yer verilmiştir. Bkz. 865 s. K. m. 20.

[31] 6102 sayılı meri kanunda, ticari iş tanımında işlem ve fiil yanında "iş" tabirinin kullanılması totoloji mülahazasıyla eleştirilerek madde metninden çıkartılmıştır. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem:23 YY: 2, SS: 96, s. 72 (Bundan sonra "TTK[2012] Gerekçe" şeklinde kısaltılacaktır). 6762 sayılı kanun döneminde, muamele (muamelat) kavramına ikame olarak kullanılan ticari iş kavramın, işletmeyle ilgili her türlü hususu kapsadığına vurgu ve uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri bertaraf amacıyla anılan ibarenin kullanıldığı kanaatini taşımaktayız. Bu çerçevede ihmali olarak gerçekleşip ticari işletmeyle ilgili olan hususların da ticari olması, fiil kavramına dar (icrai) anlam yüklenmesi halinde de mümkün olmayacak idi. Kanun gerekçesindeki açıklamalar nazara alındığında, meri kanunda "iş" tabirinin madde metninden çıkarılmış olması, "fiil" tabirinin geniş manada yorumlanması amacı çerçevesinde anlaşılmalıdır.

[32] Ticari işletmenin merkez kavram olarak benimsenmesi, kanunun modern sisteme dayalı şekillendiği değerlendirmelerini beraberinde getirmektedir (bkz. TTK[1957] s. 9). 865 sayılı kanun ile eş zamanlı olarak yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'da ticari işletme merkezli hareket edildiği yönünde bkz. *Hirş*, s. 64. Yazar Ticaret Kanunu hakkında da "*...Ticaret Kanununu vücude getirenler, acaba hangi esasa istinat etmişlerdir? Sathi bir tetkikle, kıstas olarak ticari işletmenin değil, "muamelâtı ticariyenin" intihap edildiği kabul olunabilir. Fakat bu görüş aldatıcıdır. Kanunu vücude getirenlerin, farkında olmıyarak*

hareket noktası olarak benimsenmesi, aynı zamanda kanunun uygulama alanının belirlenmesinde yararlanılan objektif teorinin doğurabileceği sınırlı sayım mahzurunu bertaraf etmekte ve ticarette hayatındaki gelişmenin gerektirdiği ihtiyacı karşılayabilecek dinamizmi sağlamaktadır.

6762 sayılı kanunun ticari işler hakkındaki bir diğer özelliği, ticari işlerin müşterek bir nizam altında toplanmasıdır. 865 sayılı kanun döneminde geçerli olan, farklı hükümlere tabi olan sözleşmeler anlayışı terkedilerek, sözleşmeler hakkında farklı düzenlemelere yer verilmemiş, ticari iş olmaya bağlanan ortak bazı sonuçlar tanzim edilmiştir. Bu sonuçların tanziminde kısmen mülga 865 sayılı Kanun'dan da istifade edilmesi, zaman zaman kanunun ticari iş tanımına yönelik genişleyici anlayışıyla, ticari muamelelerin dar kapsamından kaynaklanan çatışmaya da yol açmıştır[33].

2. Ticari İş Kriterleri Hakkında Sınıflandırma

Bir işin teknik anlamda ticari iş olarak nitelendirilmesi bakımından kanun koyucu çeşitli kriterlerden istifade etmektedir. Bu kriterler kapsamında mütalaa edilen işler, ticari mahiyet taşımaktadır. Kanunda öngörülen kriterlerin, çeşitli şekillerde sınıflandırılması mümkündür.

A. Kanuni Tasnif

Kanun sistemi esas alınarak yapılacak sınıflandırmaya göre, ticari işlerin iki grup şeklinde tasnif edilmesi mümkündür. Bunlardan ilki, kanunun uygulama sahasını çizmeye yönelik ticari iş tanımı (TTK m. 3), diğeri ise tacir olmanın hükümleri bağlamında ortaya konulan ticari iş karinesi (TTK m. 19) çerçevesinde yapılacak sınıflandırmadır[34]. Kanunun ticari iş karinesi olarak nitelendirdiği haller de kanun sistemi çerçevesinde iki grup içerisinde ele alınabilir. Bunlardan ilki tacirin borcu hakkındaki karinedir. Ticari iş karinesi bağlamında öngörülen bir diğer kriter, taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmelerin diğer taraf için ticari olmasına dairdir. Esasında bu halde bir

işletme mefhumunu başa geçirdikleri aşağıdaki izahatlardan kolayca anlaşılacaktır" ifadelerini kullanmaktadır (s. 38 vd.).

[33] Mesela ticari iş tanımında, mülga 865 sayılı kanunun "ticari mesail" gibi işlem, fiil ve işleri kapsayan anlayışından istifade edilirken, diğer taraf için işin ticari addedilmesi sonucunu doğuran ticari iş karinesinde, mülga 865 sayılı kanunun "ticari muamele"lere dair 23'üncü maddesinden istifade edilmesi, sözleşme dışı ticari işler bakımından tereddütleri beraberinde getirmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. *Ayhan/Özdamar/Çağlar* s. 64 vd.; Ayrıca bkz. ve krş. HGK, 17.02.1999, E. 1999/19-73, K. 1999/106 ile HGK, 23.01.2002, E. 2002/4-12, K. 2002/6 sayılı kararları.

[34] *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 64, 66.

ticari iş karinesinden ziyade, diğer taraf için işin ticari sayılıp sayılmayacağına ilişkin sorunun çözümüne yönelik bir karine mevcuttur[35]. Bu yönüyle bir ticari iş kriterinden ziyade, ticari işe bağlanan bir sonuçtan bahsedilmesi daha isabetli görünmektedir. Ne var ki, işin diğer taraf hakkında ticari nitelik taşıyıp taşımaması bakımından belirleyici olduğundan, ticari iş kriteri olma fonksiyonunu da ifa etmektedir.

Ticari işlerin tanıma ve karineye dayalı olarak tasnifi, ticari işler bakımından kanuni tasnif şekli olarak kabul edilebilecektir. Aşağıda ilk etapta bu sınıflandırma dikkate alınarak açıklamalara yer verilmiştir.

a. Ticari İşler

Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile ticari iş kavramının kapsamı belirlenmiştir. Anılan madde uyarınca ticari işler iki başlık altında incelenebilir.

aa. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hususlar

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar, ticari iştir (m. 3). Kanunun tayin ettiği bu kriter, herhangi bir kayıt ya da şarta bağlı olmaksızın işe ticari nitelik vermektedir[36]. Ticaretle ilgili temel kanun olması münasebetiyle, kanun koyucunun Türk Ticaret Kanunu'ndaki işleri ticari addettiği gibi bir değerlendirme yapılması mümkün olmakla birlikte, neden Türk Ticaret Kanunu'ndaki işlerin ticari kabul edildiği, tetkiki gereken bir meseledir.

Konu hakkında yapılması gereken ilk tespit, kanun koyucunun Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususları ticari iş olarak kabul etme nedeninin sarih olmadığıdır[37]. Gerçi bilimsel ve yargısal içtihatlarda ticaret kanununda düzenlenen hususların neden ticari olduğu meselesi doğrudan ya da dolaylı olarak tetkik edilmiş ve müşterek neticelere ulaşılmışsa da, kanun koyucunun neden ticaret kanunundaki işleri ticari kabul ettiğine ilişkin sorunun, geçerliliğini koruduğunu kabul etmek gerekmektedir[38]. Bu mesele ile

[35] Nitekim öğretide, kanunun 3'üncü maddesi yanında, ticari iş karinelerinden sadece tacirin borcuna dair karinenin işe ticari nitelik verdiği de haklı olarak belirtilmektedir. Zira karinelerden ikincisi, zaten mevcut olan bir ticari işin, diğer taraf bakımından etkisini tayin etmektedir. Bkz. *Poroy/Yasaman*, s. 74

[36] *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 64

[37] Bkz. *Hirş*, s. 38

[38] Bir hususun hangi kanunda düzenleneceği hukuk politikasına ilişkin bir tercihin sonucudur. Hangi hususun hangi kanunda ya da kanunun hangi kısmında düzenleneceği, zaman zaman bir politikaya bağlı olarak değil, harici ve tesadüfi etkenlere ya da tasnif güçlüğüne veya başkaca koşullara bağlı olarak da belirlenebilmektedir. Bkz. *Hirş*, s. 38; *Hirş (1937)*, s. 447;

ilgili olarak öğretide *Hirş*, sorunun halli için Ticaret Kanununda düzenlenen muhtelif olayların tetkik edilmesi gerektiğini ve ancak bu tahlil sonrasında konu hakkında bir tespit yapılmasının mümkün olduğunu vurgulamaktadır[39]. Müellif 865 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu bağlamında yaptığı tetkik neticesinde, ticaret kanununun, ticari işletmenin ihtiyaçları çerçevesinde özel bir nizam oluşturması bakımından hususiyet arzettiği sonucuna ulaşmış ve ticaret kanunundaki işlerin ticariliğini, "ticari işletme ile olan alâka" gerekçesine dayandırmıştır[40]. Yargısal içtihatlarda da, doğrudan doğruya bu sorun incelenmemekle birlikte, zaman zaman Ticaret kanunundaki işlerin neden ticari olduğuna dair değerlendirmelerde bulunulduğu tespit edilmektedir. Bu kapsamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tektik ettiği bir meselede, "… *TTK.da düzenlenen bütün hususlar, ticari iştir. Bunun gerekçesi ise TTK.da düzenlenen hususlar esas itibariyle bir ticari işletmeyle ilgilidir*…" şeklinde bir değerlendirmeye yer vermiştir[41]. Bu açıklamalar çerçevesinde, Türk Ticaret Kanunu'ndaki işlerin ticari işletme ile ilgili olması münasebetiyle, kanun koyucunun bu işleri ticari addettiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu sonuç, konu hakkında yapılacak genel bir tespitten ibaret olup, katiyet arzetmez. Zira öncelikle ticari işletme ile ilgili hususların zaten ticari addedildiği bir kanun sisteminde (m. 3), ticaret kanunundaki hususların ticari olduğunun yeniden vurgulanması gerekmez[42]. Öte yandan ticari işletme faaliyetleri ile çok yakından ilgili olan hatta ticari faaliyetlerin temeli kabul edilecek bazı işler - ki satım, kira, ödünç gibi sözleşmeler bu kabildendir- mülga 865 sayılı kanundan farklı olarak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu tür işlerin ticari işletmeyle ilgili olmadığı düşünülemez.

Ticaret kanunundaki işlerin ticari addedilmesini, esas itibariyle bu işlerin ticari işletme ile ilgili olması gerekçesiyle izah eden yaklaşım, genel bir tespit bağlamında isabetli kabul edilmelidir. Ancak kanaatimizce bu durumun temelinde, ticaret hukukunun tarihi gelişim süreci ve buna dayalı olarak kabul

Mesela ticari işletme ile ilgili temsil yetkisini haiz bazı tacir yardımcılarının Türk Borçlar Kanunu (m. 547 vd.) yerine, Türk Ticaret Kanunu bünyesinde düzenlenmesi mümkün olduğu gibi, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikine yönelik işlemlerde ödemeye ilişkin düzenlemenin (TTK m. 1530), kanunun bütününü değil, ticari işletmeyi ilgilendirmesi münasebetiyle, Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işletmeye ilişkin kitabı bünyesinde düzenlenmesinin daha isabetli olduğu söylenebilecektir.

[39] *Hirş*, s. 38

[40] Bkz. *Hirş*, s. 39, 64 vd.

[41] HGK, 23.01.2002, E. 2002/4-12, K. 2002/6 sayılı kararı (Kaynak Corpus içtihat programı).

[42] Konu ile ilgili olarak bkz. ayrıca *Ayhan*, R.: Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1, s. 294

edilen bir varsayım yatmaktadır. Tarihi gelişim sürecinde ticaret hayatını tanzim eden kurallar, adi sahadaki kurallardan farklılaşarak şekillenmiş ve Türkiye'nin de dahil olduğu bazı devletlerde, ayrı bir kanun bünyesinde kodifiye edilmiştir. Ticari iş, tabi olacağı özel hükümler bulunmadığı takdirde, müstakil ve hukuki anlama sahip bir kavram niteliğini taşımaz. Bu türden işlere, hukuki açıdan önem verilmesini gerektiren neden, adi sahadan ayrılan müstakil bir hukuki rejimin bulunmasıdır[43]. Bu hususi rejim, özel bir kanun bünyesinde toplansın ya da toplanmasın, ticaret hukukuna ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlerin müstakil bir kanunda derlendiği durumlarda, kanundaki işlerin ticari olduğunu kabul etmek, tabii bir netice olarak ortaya çıkmaktadır. Zira iddia, ticareti sosyal önemine binaen hususi bir kanun ile tanzim etmektir[44]. İçeriğinin de ticari olduğunu kabul etmek, doğal bir neticedir[45]. Öte yandan, farklı kanun hükümlerinin tanziminde, farklı telakkiler, temel fikirler etkili olabilmektedir. Kanunlar arasında bu anlayış farkından kaynaklanan çelişkilerin giderilmesinde- ki Türkiye'de daha önce bu örnek yaşanmıştır[46]- ticaret kanunundaki hususların ticari kabul edilmesi, kanunun vazedilişine dair anlayışa uygun çözümler getirilmesini mümkün kılacaktır.

Bir işin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğinin kabulü için, o işe bağlanan hükümlerin kanunda düzenlenmiş olması gereklidir. Yoksa bizatihi terim olarak kanunda bir hususun yer alması, işin ticari olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz (bkz. ve krş. 865 s. TTK m. 21/1,3). Bu sonuç, esasında ticari işin en geniş anlamda bir işlem ya da fiil şeklinde hukuk düzenine çıkması gerekliliğinden kaynaklanır[47] (bkz. TTK m. 3). Öte yandan, kanunda düzenlenen bir işin, kısmen başkaca kanunlarda düzenlenmiş olması, o işin ticari iş olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmemelidir[48]. Bu kapsamda cari hesap sözleşmesi ve hükümleri esas itibariyle Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, bu sözleşmeye ilişkin bazı hükümlerin başka bir kanunda düzenlenmesine dayalı olarak, cari hesap sözleşmesinin başkaca kanunlarda düzenlenen kısmı dikkate alınarak, kısmen ticari iş niteliğinde olmadığı sonucuna varılmamalıdır.

---

[43] *Behrend*, J.F.: Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, 1, Berlin u.a., 1886, s. 67,

[44] Bkz. *Arslanlı*, s. 10 vd.

[45] Ticaret hukuku normunun ticari iş (mevad) ile açıklanıp, ticari işin yeniden ticaret hukuku normu ile izah edilmesinin eleştirisi hakkında bkz. *Hirş*, s. 38

[46] Bkz. *Hirş (1937)*, s. 456 vd.

[47] Kapsama, işlem ve fiillerin girdiği yönündeki değerlendirme için bkz. *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 64

[48] Mülga 865 sayılı kanun döneminde bazı hukuki müesseseler hakkında yapılan değerlendirmelerden hareketle, benzer yönde değerlendirmeler için bkz. *Hirş*, E, Ticari Muamele Mefhumu (Temyiz Mahkemesi İçtihatları Dolayısiyle), İÜHFM C. 6, s. 4, 1940, s. 795

Bir konunun Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olup olmadığı ile ilgili olarak ortaya çıkan bir diğer sorun, kanunun atıf yoluyla düzenlemiş olduğu hususlarda kendisini gösterir[49]. Kanaatimizce bu tür durumlarda atıf şeklinde yapılan düzenlemenin muhtevası tetkik edilmelidir. Eğer kanun koyucu yorum yoluyla zaten tereddütsüz şekilde tatbik kabiliyeti bulacak olan hususlarda açıklayıcı mahiyette atıf yapmakta ise, bu konunun Türk Ticaret Kanunu kapsamında düzenlendiğini söylemek güçtür. Buna karşın tereddütsüz şekilde anılan sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde, yani kanun koyucunun artık tekrardan kaçınma amaçlı olarak atıf yaptığının kabul edilebileceği hallerde, yapılan atfın, ilgili mesele bakımından işe ticari bir mahiyet verdiği kabul edilebilecekir.

bb. Ticari İşletmeyi İlgilendiren İşler

Ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller, kanun sisteminde ticari iş hakkında kabul edilen ikinci kriterdir. Belirtilen kriter, aynı zamanda kanunun uygulama alanının tayini bakımından benimsenen modern görüşün bir yansımasıdır[50]. Hangi kanunda düzenlendiği hususu dikkate alınmaksızın, ticari işletme ile ilgisi bulunan işlem ve fiiller, ticari iş olarak nitelendirilmektedir. Bu kriter uyarınca ticari işin tayininde borcun kaynağı ile ilgili bir tartışmaya girilmesi gerekli değildir. Hukuki işlemler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme, ticari işletme ile ilgili olduğu sürece, ticari işe vücut veren bir borç kaynağı teşkil edecektir.

İşin bu kriter uyarınca ticari nitelik taşıyıp taşımadığında belirleyici olan, ticari işletme ile ilgisi olduğundan, bu ilginin ne surette tayin edilmesi gerektiği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır[51]. İlgi kavramı, işlevsel olarak nitelendirilmesi gereken bir kavramdır[52]. İşin ticari faaliyetlerin gerçekleştiği sahada gerçekleşmiş olması, tarafın işletme sahibi ya da işleteni olması, işin gerçekleşme zamanı gibi çeşitli kriterler tek başlarına işe ticari nitelik

[49] Atıf esas itibariyle işin ticari olmasıyla değil, hangi hükmün uygulama önceliği bulunduğu konusunda bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak atfın amacı çerçevesinde, işin Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olup olmadığı ile ilgili de bir tereddütü gündeme getirebilmektedir.

[50] Bkz. TTK[1957] Gerekçe s. 9 vd, 13; Öğretide bu kıstasın subjektif sisteme yaklaştığı yönündeki tespit için bkz. *Poroy/Yasaman*, s. 75; TTK sisteminin genel olarak değerlendirmesi ve merkez kavram hakkında bkz. *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 37 vd.; Ayrıca bkz. *Arslanlı*, s. 13

[51] Konu ile ilgili olarak bkz. aşağıda III-B-1-b-aa-aaa başlığı altında yapılan açıklamalar

[52] Ticari iş kavramının daha dar bir kapsama sahip olduğu (bkz. *Hildebrant*, W.: Schlegelberger HGB , München, 1976, HGB § 343 Rn. 11 ff.) Alman hukukunda, işlevsel bağın gerekliliği yönünde bkz. Roth, in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 343 Rn. 4

kazandırmak bakımından yeterli değildir. Burada önemli olan, işin ticari işletmenin işletme konusu ve işleyişi ile olan bağıdır[53].

Ticari işletme ile olan ilgi derecesi hakkında kati bir sınır tayin edilmesi mümkün olmamakla birlikte, konu hakkında mümkün olduğunca geniş yorum yapılması, hükmün konuluş amacı bakımından isabetli bir tercih olacaktır[54]. Bu sonuç, ticari işletme ile ilgili "bütün" işlem ve fiillerin ticari nitelikte olduğunun kanunda vurgulanmış olmasından kaynaklanmaktadır (m. 3). İşin dolaylı şekilde işletme konusuyla alakalı olması, alışılmış nitelikte olmaması, ücret karşılığı olmaması, yan, tamamlayıcı, hazırlayıcı türden işlerden olması gibi hususlar, arzu edilen bağlantının kurulmasına engel olmamaktadır[55]. İşletmeyle olan bağın sağlanması bakımından, işin özellikleri ile ilgili bir sayım yapılması teknik olarak mümkün değildir. İşletmenin şahıs unsuru dikkate alınmak suretiyle olumsuz bir sınırlandırma, işin niteliğini tayin bakımından daha elverişli bir araç olarak değerlendirilebilecektir. Bu kapsamda özel hayat ya da daha geniş bir ifadeyle özel kullanım sahası dışındaki amaçlarla gerçekleştiği kabul edilen bütün işlem ve fiiller, ticari işletme ile ilgili iş olarak kabul edilebilecektir[56].

b. Ticari İş Karinesi

Türk Ticaret Kanunu'na göre, ticari iş niteliğinin tayininde istifade edilen ikinci yöntem, ticari iş karinesidir[57]. Ticari iş karinesi, kanun sistemine uygun olarak iki alt başlık altında incelenebilir.

aa. Tacirin Borcu

TTK m. 19/1 hükmü, tacirin borcunun ticari olduğuna dair bir düzenlemeye yer vermiştir. Tacirin borcu hakkındaki ticari iş karinesine

[53] Bahsi geçen bağın ne surette tesisinin sağlanabileceği hakkında bkz. *Arslanlı*, s. S. 22

[54] Bkz. *Arslanlı*, s. 22; İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul, 1993, s. 20; *Arkan*, s. 64 vd.; *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 64; *Ayhan/Özdamar/Çağlar* s. 63; Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. *Roth*,W-H.: Handelsgesetzbuch Kommentar von *Koller*, I./*Kindler*,P./*Roth*, W-H./*Morck*, W., München, 2015, HGB § 343 Rn. 3; *Hildebrant,* HGB § 343 Rn. 11

[55] Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. *Roth*, HGB § 343 Rn. 4 ff.; *Hildebrant,* HGB § 343 Rn. 14 ff.

[56] Tacirin işletmesiyle ilgili işleri ticari iş olarak kabul eden alman hukukunda da benzer sınırlama kullanılmaktadır. Bkz. *Hildebrant,* HGB § 343 Rn. 19.

[57] Bahsedilen karineler TTK m. 19 hükmünde düzenlenmiş olup, madde başlığı "ticari iş karinesi"dir. Fakat madde içeriğinde gerçekten karineye yer verilip verilmediği tartışmaya açıktır. Bu tartışma özellikle maddenin ilk fıkrasının mefhumu muhalifi ve ikinci fıkrasının tamamı bakımından yapılabilir. Karine kavramı hakkında çoğu yerine bkz. *Karakaş*, Fatma Tülay, Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, Ankara Üniveritesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 62, Sa. 3, (s. 729-759), s. 736 vd.

ilişkin yasal düzenleme tetkik edildiğinde, karinenin Türk hukuku bakımından çifte fonksiyonu haiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Yasal düzenleme, bir yönüyle ticari işin doğumuna yol açan bir kriter iken; diğer yönüyle işin, ticari işletme ile olan ilgisini sübuta erdiren bir karinedir. Başka bir ifadeyle tacirin borcu hakkındaki yasal düzenleme, bir yandan tıpkı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar ve ticari işletme ile ilgili işler gibi, bir işin ticari olarak nitelendirilmesine yol açan bir sebep iken, diğer yandan mevcut bir ticari işin bu niteliğinin sübutunda yararlanılan bir ispat aracı fonksiyonu icra etmektedir. Bu sonuç yasal düzenlemenin lafzı ve gayesi çerçevesinde yapılan değerlendirmenin, her iki yönde yorum yapılmasına müsait olmasından kaynaklanmaktadır. Aşağıda, tacirin borcu hakkındaki ticari iş karinesi hakkında genel değerlendirme yapıldıktan sonra, karinenin çifte fonksiyonu hakkında açıklamalara yer verilecektir.

Türk Ticaret Kanunu ticari iş kriterini tayin ederken, subjektif kriterden hareketle tacirin borcunu ticari iş olarak kabul etmiştir[58]. Bu hususta gerçek kişi tacir bakımından bir istisnaya yer verilmiş, tüzel kişi tacir bakımından ise benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu son hal dikkate alındığında, istisnanın sadece gerçek kişi tacir bakımından getirilmesi münasebetiyle, tüzel kişi tacirin borcu bakımından bir varsayım ya da kesin kanuni karinenin varlığından bahsedilebilir. Başka bir ifadeyle, tacirin borcunun ticari iş olduğuna dair karine, esasında iki karineyi muhtevasında barındırmaktadır; gerçek kişi tacirin borcunun ticari iş olduğu hususunda aksi ispatlanabilen bir (adi) kanuni karine ve tüzel kişi tacirin borcunun ticari olduğuna dair aksi ispatlanamayan (kesin) kanuni karine[59].

Kanuni düzenleme tacirin borçlarını esas alıp, bunun kaynağı hakkında bir sınırlama getirmediğinden, borcun kaynağının diğer kriterlerde olduğu gibi, herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Borcun, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da borç kaynağı olarak nitelendirilen başkaca bir hususdan kaynaklanmış olması arasında fark yoktur[60].

Tacire ilişkin müstakil bir statünün ticari iş kriteri kapsamına alınması, ticari işin kapsamının belirlenmesinde önemli bir sorunu gündeme getirmektedir. Zira bu kriter bakımından kanun koyucu, gerçek kişi tacir

---

[58] Öğretide bu durum genellikle eleştirilmekte, bazen de isabetli olduğu belirtilmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 65

[59] Nitekim öğretide *Hirş*, mülga 865 sayılı Kanunun 22'nci maddesi bağlamında yaptığı değerlendirmede, ticaret şirketlerinin borçları bakımından bir karinenin değil, faraziyenin varlığından bahsetmektedir. Bkz. *Hirş (1940)*, s. 781

[60] *Hirş (1940)*, s. 782, 783, 789 vd.

bakımından işin ticari olarak kabul edilmesi yanında, bu niteliği taşımaması ile ilgili de sınır çizme yoluna da gitmiştir. Gerçek kişi tacir bakımından mesele tetkik edildiğinde, kanunun oldukça karmaşık bir sisteme yol açtığını kabul etmek gerekmektedir[61]. Zira mevcut kanun sistemine göre, gerçek kişi tacir sıfatı, ticari işletmenin işletilmesi ile kazanılmaktadır (TTK m. 12/1). Ticari işletme ile ilgili işler, diğer kriter uyarınca ticari sayılmasına rağmen (TTK m. 3), taciri kriter olarak benimseyen düzenleme, tacirin sadece ticari işletme ile ilgili borçlarını ticari iş olarak kabul etmekte[62], diğer kriter uyarınca genel olarak şekillendirilmiş sahayı, gerçek kişi tacir bakımından daraltmaktadır. Tacirin alacakları ise bu kriter uyarınca ticari sayılmamakta, ticari işletme kriterinden istifade edilmek suretiyle bu sonuca ulaşılmaktadır. Dolayısıyla gerçek kişi tacir bakımından anılan düzenlemenin etkisi ve gerekliliği sorgulanabilir hale gelmektedir. Nitekim öğretide sübjektif sistemi esas alan ve mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu'ndan aktarılan bu hükmün gereksiz olduğu belirtilmektedir[63].

Düzenleme kapsamı bakımından da eleştiriye açıktır. Zira anılan düzenleme uyarınca tüzel kişi tacirin borçlu olduğu durumlarda, adi sahadan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Ticaret şirketleri bakımından tacir sıfatı, ticari işletme ile ilgisi olmaksızın, münhasıran bu sıfatları nedeniyle kabul edildiğinden, bu grubun adi sahasının bulunmamasının tabii bir netice olduğunun kabulü gereklidir[64]. Buna karşın, tacir sıfatı ticari işletme işletilmesine bağlı olan diğer tüzel kişi tacirler bakımından, adi sahanın bulunmadığına yönelik bir peşin kabule varılması mümkün görülmemektedir. Bunların tacir sıfatı tıpkı gerçek kişi tacir gibi ticari işletme işletilmesi koşuluna bağlıdır ve ticari işletme ile ilgili olmayan özel ya da adi sahaları varlığını korumaya devam etmektedir[65]. Dolayısıyla tacirin borçlarına dair

[61] Aynı yönde *Ayhan (2013),* s. 300

[62] Mülga 865 sayılı kanun döneminde, tacir işlemleri hakkında ticari iş kriteri sevkeden düzenleme, tacirin sadece borçlarını değil, tacir tarafından yapılan sözleşmelerin tamamını da ticari iş olarak nitelendirmiştir (bkz. 865 s. K. m. 22).

[63] Bkz. *Arkan*, s. 65; Hükmün gerekliliğine ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılacak olur ise, düzenlemenin özellikle ticari işletme işletmeksizin tacir sıfatını kazanan tüzel kişi tacir ile ticari işletme bulunmaksızın tacir olmanın sonuçlarına katlanması gereken şahısların borçları bakımından işlevsel olduğu kabul edilebilir. Ancak tacirin borcu hakkında getirilen istisnanın özellikle ticari işletme ile olan ilgiyi esas alması nedeniyle bu hallerdeki işlevsellik de tartışmaya açıktır.

[64] *Hirş*, s. 44

[65] Bkz. *Arkan*, s. 66.

ticari iş karinesinin kapsamının, sadece gerçek kişi tacir ile sınırlandırılmış olması tenkide açıktır[66].

aaa. Tamamlayıcı Fonksiyon: Ticari İşletme ile Olan İlgi Karinesi

Tacirin borcu hakkındaki karinenin tamamlayıcı fonksiyonu, kendisinin müstakil bir ticari iş kriteri olmayıp, mevcut ticari iş kriterlerini tamamlama özelliğini ifade etmektedir. Bahsi geçen fonksiyon sayesinde, ticari işletme ile ilgili olması nedeniyle ticari olarak nitelendirilen işlerin, işletmeyle ilgili olup olmadığı konusunda doğabilecek tereddüt, bu ilginin varlığı yönünde bir karineye yer verilmek suretiyle tamamlanmaktadır. Başka bir deyişle, tacirin borcu bulunan hallerde, işin ticari işletmeyle ilgili olduğu yönünde bir karineye yer verilmek suretiyle, ticari işletmeyle ilgili işi ticari kabul eden kriterin etkinliği artırılmaktadır[67]. Bu yönüyle, tacirin borcunun ticari olmasını esas alan karine, kendisi müstakil bir ticari iş kriteri olmayıp, mevcut ticari iş kriterini tamamlama işlevini yerine getirmektedir. Bu değerlendirmeyi haklı kılan çeşitli gerekçeler bulunmaktadır.

Kanun sistemindeki yeri nazara alındığında, tacirin borcu hakkındaki düzenlemenin, müstakil bir ticari iş kriteri olmaktan ziyade, ticari iş kriterleri hakkında tamamlayıcı bir fonksiyon icra ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira kanunun yorumunda, kanun sisteminin hukuki açıdan dikkate alınması TTK'da açıkça öngörülmektedir[68] (TTK[1957] m. 1474; TTK[2012] m. 1534/1). Kanun sisteminde, tacir olmanın hükümleri çerçevesinde ticari iş karinesine yer verilmiştir. Ticari işler kanunun 3'üncü maddesinde tanımlandığına göre, tacirin borcu, ancak kanunun anılan maddesinde tanımlanan işlerin varlığı konusunda bir karine olarak telakki edilebilir ve ispat hukuku bakımından bu yönde iddiada bulunana kolaylık sağlar. Yoksa kendisi, müstakil bir ticari iş kriteri olarak değerlendirilemez[69]. Bu anlam dikkate alındığında, hukukumuzda

[66] Dernek ve kamu tüzel kişilerinde ticari ve gayri ticari iki sahanın bulunduğu yönündeki değerlendirme için bkz. *Arslanlı*, s. 26; Dernekler bakımından aynı yönde *İmregün*, O.: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1993, s. 21

[67] Karinenin bu fonksiyonu hakkında bkz. *Karayalçın*, s. 145; *Poroy/Yasaman*, s. 76, kn. 103 son paragrafta yapılan açıklamalar.

[68] 6762 s. K. m. 1474'de kenar başlıklarına yapılan vurgu nedeniyle, sadece madde kenar başlıklarının dikkate alınacağı yönünde bir kanaat uyansa da, kanun gerekçesinde kanun sisteminin kenar başlıkları itibariyle bir bütün olarak önem taşıdığına vurgu yapılmaktadır. Bkz. TTK[1957] Gerekçe s. 7 vd.

[69] TTK[1957] gerekçesinde de doğrudan mesele ile ilgili olmamakla birlikte, karinenin bu anlamını ön plana çıkaran ifadelere tesadüf edilmesi mümkündür. Bu kapsamda ticari hükümlere dair açıklamalar bağlamında "Muayyen bir olayın ticari olarak tavsif edilip edilemeyeceği meselesi, tasarının 3 ncü maddesine göre halledildikten sonradır ki, böyle bir iş için âdi

işe ticari nitelik veren iki kriterin bulunduğu, tacirin borcuna ilişkin karinenin, esas itibariyle ticari işin mevcudiyetini ispat kolaylığı sağladığı şeklinde bir yaklaşım isabetsiz olmayacaktır.

Kanun sistemi, karinenin müstakil olarak ticari işe vücut vermediği yönünde yorum yapılmasına müsait olmakla birlikte, bu yorumun isabeti konusunda tek başına ikna edici bulunmayabilir. Bu nedenle meselenin tarihi açıdan tetkiki lüzumludur. Cumhuriyet dönemi ticaret kanunları tetkik edildiğinde, 1926 tarihli ticaret kanununun konu hakkında sevkettiği hükmün "*Bir tacirin akit ve borçlarında sıfatı asliye ticarettir. Binaenaleyh bir tacirin muamelatı adiyeye taallûku sabit olmayan akit ve borçlar muamelatı ticariyeden maduttur*." hükmüne yer verildiği görülmektedir (865 s. K. m. 22). Hükümde, tacirin sözleşme ve borçlarının esas itibariyle ticari sahasıyla ilgili olduğu vurgulanmaktadır ve meri düzenlemeyle büyük ölçüde uyumludur. Öğretide hükmün, ispat hukuku bağlamında ortaya çıkacak önemli sorunları bertaraf ettiği vurgulanmaktadır[70]. Özellikle gerçek kişi tacir bakımından hükmün bu fonksiyonu ön plandadır. Gerçek kişi tacirin ticari ve adi (özel) olmak üzere iki yaşam alanı bulunmaktadır ve tacirin gerçekleştirdiği işin hangi saha ile ilgili olduğu, tereddüt doğurmaktadır. Acaba işin hangi saha ile ilgili olduğu karine olarak kabul edilmelidir? Kanun koyucu, ticari işletmeyle ilgili işleri ticari addetmekle birlikte, özellikle gerçek kişi tacirin gerçekleştirdiği işlerin işletmeyle ilgili olup olmadığını belirlemek bakımından, hayat tecrübelerinden hareketle tacirin sözleşmelerinin ve borçlarının ticari sahasıyla ilgili olduğu şeklinde bir kurala yer vererek, tatbikatte karşılaşılacak güçlüğü bertaraf etmiştir[71]. Bu yönüyle anılan hüküm, usul hukukunda cari olan, maruf olan hususların ispatının gerekli olmadığına dair kaidenin somut bir görünümünden ibarettir[72]; tereddüt halinde tacirin sözleşme ve borçlarının adi sahasıyla değil, ticari sahasıyla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Neticede hükmün sevk gayesinde, yeni bir ticari iş kriteri ihdas etmek değil, işin ticari sahayla mı yoksa adi sahayla mı ilgili olduğuna dair tatbikatta ortaya çıkan sorunları bertaraf etmek düşüncesi yatmaktadır[73]. 865 sayılı kanun sonrasında

hükümlerden farklı olan özel ve ticari hükümlerin de mevcut olup olmadığı meselesinin tetkikına geçilmek lâzımdır" ifadesi kullanılmakta, 21'inci maddedeki karine, ticari işin varlığı bağlamında dikkate alınmamaktadır (Gerekçe s. 10).

70 Bkz. *Hirş*, s. 44 ve devamı.

71 Bkz. *Hirş*, s. 44 ve devamı.

72 Bkz. *Hirş*, s. 44

73 Bkz. *Hirş*, s. 44

yürürlüğe giren ticaret kanunlarının gerekçelerinde de aynı amaç, açık ya da örtülü olarak dile getirilmiştir[74].

Tacirin borcunun adi nitelik taşıdığı halle ilgili olarak getirilen istisna da hükmün tamamlayıcı fonksiyonunun bulunduğuna delalet etmektedir. Ticari işletme işletmekle tacir sıfatı iktisap eden gerçek kişinin borcu, ticari işletmesiyle ilgili olması nedeniyle zaten ticaridir (TTK m. 3). Borcunun ticari olduğunun bir başka maddede vurgulanması, işe ticari nitelik vermekten ziyade, konu hakkında ortaya çıkan ispat meselesini çözmeye matuf olabilir. Kanun koyucu aksi iddiada bulunacak tacire yükümlülük getirmekte ve ispat yükünü tacire bırakmaktadır. Eğer tacir bu borcun ticari olmadığını iddia ediyorsa, iki halde durumu ispat edebilir. Tacir borcun adi mahiyetini işlem yaptığı esnada karşı tarafa bildirmelidir ki, işlemler açısından bu kurala bir istisnanın getirilmesinin menfaatler dengesine uygun olmadığı ve tacirin bunun aksini başka surette ispat edemeyeceği öğretide kabul edilmektedir[75]. Zira işlemin yapıldığı esnada bu durum karşı tarafa bildirilmemişse, karşı taraf bakımından işin ticari olup olmadığı konusunda doğan hukuki belirsizliğin, tacirin sonradan ortaya çıkan beyan ve davranışlarına göre giderilmesi gerekecektir ki, tacirin şahsi menfaatlerine göre bunların değişmesi doğal ve beklenen bir durumdur[76]. Tacirin borcunun ticari olmadığının ispatının, bu nedenle işlemin yapıldığı esnada karşı tarafa bildirilmiş olması gereklidir. Yazılı işlemlerde, bu hususun senede dercedilmesi gerek Fransız gerek Alman hukuklarında açıkça vurgulanmıştır[77].

Mevcut açıklamalar çerçevesinde, tacirin borcu hakkında sevkedilen karinenin, ticari işin doğumuna sebebiyet vermekten ziyade, mevcut bir ticari işin ispatını sağlama işlevine sahip olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

---

[74] Bkz. TTK[1957] Gerekçe s. 16; TTK[2012] Gerekçe s. 78

[75] *Hirş*, s. 46; Farklı yönde *Arslanlı*, s. 26

[76] *Hirş*, s. 46

[77] Fransız hukukunda, döneminde meri olan hüküm için bkz. *Hirş*, s. 46; Alman hukukunda "Bir tacir tarafından imzalanan borç senedinin, senet içeriğinden aksi anlaşılmadığı müddetçe ticari işletmesi ile ilgili olduğu" yönünde HGB § 344 düzenlemesi bulunmaktadır. Anılan madde, Türk Ticaret Kanunu'nun meri 19/1'inci maddesiyle büyük ölçüde uyumlu bir muhtevaya sahiptir. Ancak bu düzenleme lafzından, tacirin borcuna dair karinenin ispat hukukuyla ilgili olduğu daha açık biçimde anlaşılmaktadır. Zira anılan maddede, tereddüt halinde ticari işletmenin işletilmesiyle ilgili olduğu vurgulanmak suretiyle, düzenlemenin tamamlayıcı fonksiyonu net bir şekilde ortaya konulmuştur. Nitekim Alman hukukunda anılan hükmün, "tacirin, ticari işletmesiyle ilgili işlerinin ticari" olduğunu düzenleyen HGB 343 hükmünün uygulanmasını kolaylaştıran, tamamlayıcı bir karine olduğu kabul edilmektedir (bkz. *Hildebrandt*, HGB § 344, Rn. 1). Türk Ticaret Kanunu lafzı ise benzer açıklığa sahip değildir.

Ticari işletme ile ilgili işler ticaridir. Ancak bir işin ticari işletme ile ilgili olup olmadığı konusunda ortaya çıkacak tereddütü gidermeye yönelik bir karine, ispat güçlüğünü bertaraf edecektir. Bu karine de tacirin borcu ile ilgili karinedir. Tacirin borcu mevcut ise, bunun ticari işletmeyle ilgili olduğu karine olarak kabul edilecek ve aksini iddia eden ispat edecektir. Bu durum, tacirin borcu hakkındaki karinenin ilk fonksiyonu olan, tamamlayıcı fonksiyonunu ifade etmektedir.

bbb. Kurucu Fonksiyon: Ticari İş Karinesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesi uyarınca işin ticari nitelik taşıyıp taşımadığı hakkında iki kriterden istifade edilmektedir. İşin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olması veya ticari işletmeyle ilgili olması, ticari iş vasfının kazanılması bakımından benimsenen kriterlerdir. Bu temel kriterlere, karineye dayalı olarak ortaya çıkan bir üçüncü kriterin eklenmesi mümkündür. Bu kapsamda, tacirin borçlarının ticari olmasını esas kabul eden düzenlemenin, yeni bir ticari iş kriteri sevkettiğini söylemek isabetsiz olmayacaktır.

Türk ticaret kanunlarının tarihi gelişim süreci ve bu süreci yansıtan kanun gerekçeleri nazara alındığında, tacirin borcuna ilişkin düzenlemenin münferit bir ticari iş kriteri olmadığı yönünde değerlendirme yapılması mümkündür. Ancak bu yöndeki bir değerlendirme, açık yasa lafzı ile çelişmektedir. Zira tacirin borcu hakkındaki düzenleme, kapsam itibariyle TTK m. 3'deki kriterleri tamamlama işlevini aşan bir muhtevaya sahiptir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesinde yer alan kriterlerden, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar, taraf unsuru dikkate alınmadığından, tacirin borcuna ilişkin karine ile ilişkili değildir. Buna karşın, ticari işletme ile ilgili işleri esas alan kriter, kısmen tacirin borcuna dair karine ile örtüşmektedir. Zira ister gerçek ister tüzel kişi olsun, bazı tacirlerin tanımında ticari işletme hareket noktası olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle ticari işletmeyle ilgiyi esas alan kriter, zaten tanımında ticari işletmenin esas alındığı tacirlerin borcu bakımından aynı etkiyi doğurabilecek muhtevadadır[78]. Buna karşın, tanımında ticari işletme işletilmesinin dikkate alınmadığı ya da etkisini yitirdiği tacirler ve tacir gibi sorumlu olanlar bakımından, Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesinde yer alan ve "ticari işletme ile ilgiyi esas alan" kriter, işe ticari nitelik kazandırma kabiliyetine sahip değildir. Bu grupta yer alan kişilerin,

[78] Bu nedenle öğretide *Arslanlı*, tacirin borcuna ilişkin bu karinenin zait olduğunu savunmaktadır. Bkz. *Arslanlı*, s. 26

gerçekleştirdikleri işlerin ticari nitelik taşıyıp taşımadığı sorusuna, kanunun 3'üncü maddesi olumsuz cevap vermeyi gerektirebilmektedir. Bu nedenle tacirin borcu hakkında sevkedilen kriter, özellikle bu gruptaki şahısların işlerinin ticari nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda kurucu etkiye sahiptir. Bu durum, tacirin borcu hakkındaki karinenin, adi nitelikte bir işe, ticari nitelik kazandırma fonksiyonunu haiz olduğunu göstermektedir[79].

Tarihi gelişim süreci ve yasa gayesi nazara alındığında, mevcut ticari işlerle ilgili ispat kolaylığı sağlamayı hedefleyen tacirin borcu hakkındaki karine, kanunun ticari iş tanımı uyarınca bu niteliği taşımayan işlere, ticari vasıf verebilmektedir. Bu bakımdan, tacirin borcu hakkındaki karinenin, aynen Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesindeki ticari iş kriterleri gibi, bağımsız bir kriter olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Öte yandan bu kriter, sadece ticari işletme işletmeyen tacir hakkında değil, tacir sıfatını haiz herkes hakkında uygulama kabiliyeti bulacak bir kriterdir. Zira yasal düzenlemede kriterin, tacir sıfatının iktisabında ticari işletmenin işletilmemesi halinde uygulama kabiliyeti bulacağına dair bir sınırlandırma yoktur.

Mevcut açıklamalar çerçevesinde, tacirin borcu hakkında sevkedilen karine, kanunun ticari iş tanımı uyarınca adi iş olarak nitelendirilmesi gereken işlere, ticari iş niteliği kazandırabilmektedir. Bu durum, karinenin, ticari işin doğumuna yol açan bir üçüncü kriter olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Öğretide "tüzel kişi tacirin adi sahası yoktur" şeklinde formüle edilen kural[80], ticari iş karinesinin tamamlayıcı değil, kurucu fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Zira tüzel kişi tacire ilişkin olarak işi ticari kılan bir mahiyete sahiptir.

ccc. Değerlendirme

Tacirin borcu hakkındaki karine, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, hem ticari işin doğumuna sebebiyet veren yeni ve başka bir kriter, hem de mevcut ticari iş kriterlerinden biri olan "ticari işletme ile ilgili olan işleri" tamamlayan bir karinedir. Bu yönüyle çifte fonksiyona sahip olduğunu söylemek isabetsiz sayılmaz.

Tacirin borcu hakkındaki yasal düzenleme tetkik edildiğinde, fonksiyonlardan birinin diğerine üstün olduğu ve bunlardan sadece birinin tatbik imkanına sahip bulunduğu yönünde bir değerlendirme yapılması, yasa

[79] Bkz. *Hirş*, s. 44 vd., *Ayhan* (*2013*), s. 300; *Ayhan*, Rıza, Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir-Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 31 vd.

[80] Çoğu yerine bkz. *Arslanlı*, s. 25

lafzı dikkate alındığında, mümkün görülmemektedir. Bu bakımdan maddenin her iki fonksiyonu aynı anda haiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Karinenin çifte fonksiyonu, öğretide çeşitli meseleler hakkındaki yaklaşımlarının değerlendirilmesi bakımından da dikkate alınması gereken bir özelliktir. Bu surette tartışmalı meselelerin, müşterek bir çözüme bağlanması mümkün hale gelmektedir. Bu konuda, tacirin borcuna ilişkin kriterin gerekliliğine ilişkin tartışma örnek gösterilebilir. Türk Ticaret Kanunu sisteminin modern sistem üzerine kurulmasına rağmen, tacirin borcuna ilişkin subjektif sistemin mahsulü olan bir karinenin yasa sisteminde yer alması, öğreti tarafından eleştirilmekte ve karine gereksiz addedilmektedir[81]. Meri Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde ise, maddenin ticari işletmeyi esas alması nedeniyle bu eleştirilerin isabetsiz olduğu ve karinenin muhafaza edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır[82]. Karinenin gerekliliğine ilişkin bu tartışmanın, karinenin farklı fonksiyonları çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, her iki yaklaşımın da isabet taşıdığı görülmektedir. Şöyle ki; karinenin ticari iş bakımından kurucu fonksiyonu nazara alındığında, ticari işletmeye dayalı modern sistemi benimsediği iddiasında olan bir kanun sisteminde, tacirin hareket noktası olarak kabul edilmesi, tenkide açık bir yöndür. Hükmün gerekliliği tartışmaya açık olmakla birlikte, ticari işin doğumuna sebebiyet veren bir kriter bakımından subjektif sisteme dayalı bir tercihin isabetli olmadığı kabul edilmelidir. Buna karşın, karinenin tamamlayıcı fonksiyonu nazara alındığında, hükmün uygulamada ortaya çıkabilecek önemli bir ispat sorunu hakkında çözüm sevkettiğinin dikkate alınması gerekir. Hükmün tamamlayıcı fonksiyonu ifa edebilmesi, ticari işletme dışında bir hareket noktasının kullanılması zaruretini gündeme getirmektedir. Bu zaruret 6102 sayılı Kanun gerekçesinde "*Ayrıca ticari işletmenin borçlarının ticari olmadığı hükme bağlansaydı, tacirin ticari olmayan alanının nasıl belirlenebileceği sorununun çözümü çok güçleşecektir.*" şeklinde ifade edilmektedir. Kanun gerekçesinde tacirin değil, ticari işletmenin hareket noktası olarak kabul edildiğine dair açıklama da, tacirin borcuna ilişkin karinenin, ticari işletmeyle olan ilgiyi tesis etmesine dair tamamlayıcı fonksiyonuna vurgu yapmaktadır. Bu fonksiyon bakımından bir karineye yer verilmesi ise, gereksiz değil, bilakis

[81] Bkz. *Arslanlı*, s. 26; *Arkan* s. 65

[82] TTK[2012] Gerekçe s. 78'de şu ifadelere yer verilmiştir. "Öğretide, sübjektif sistemin bir ifadesi olan bu maddenin 1926 tarihli Kanundan 6762 sayılı Kanuna aynen alınması eleştirilmiş, tacirin esas alınmayıp ticari işletmenin merkez kabul edilmesi gerektiği belirtilmişse de, eleştirilerin, hükümde ticari işletmenin esas alındığı gerçeğini gözden kaçırdığı düşünülmüştür. Ayrıca ticari işletmenin borçlarının ticari olmadığı hükme bağlansaydı, tacirin ticari olmayan alanının nasıl belirlenebileceği sorununun çözümü çok güçleşecektir."

uygulamada ortaya çıkabilecek ispat sorununu çözmeye matuf olduğundan, kanaatimizce gerekliliği tartışma konusu değildir. Ticari işletme dışında bir unsur ile bağlantı kurulması zorunluluğu nedeniyle, modern sistemin terkedilerek subjektif sisteme bir dönüş amacı değil, zarurete dayalı bir tercih ön plana çıkmaktadır.

bb. Taraflardan Biri İçin Ticari İş Niteliği Taşıyan Sözleşmeler

Türk Ticaret Kanunu'nda müstakil ticari iş kriteri niteliği taşımamakla birlikte, bir ticari işin tek taraflı ya da iki taraflı ticari iş olmasıyla ilgili özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Buna göre taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmeler, aksi kanunda öngörülmediği müddetçe diğer taraf için de ticari iş niteliği taşımaktadır (TTK m. 19/2).

İşin diğer taraf için de ticari olarak nitelendirilebilmesi için aranılan bağlantı noktası, diğer kriterlerden farklı olarak sadece sözleşmelerle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle taraflardan biri için ticari iş sonucunu doğuran başkaca borç kaynakları, diğer taraf için ancak kanunda öngörülen üç ticari iş kriterinden birine uygun olmak kaydıyla ticari iş niteliği taşıyabilecekken, sözleşmeler bu kuraldan müstesna tutulmuştur. Burada, borç kaynağının sözleşme olduğu hallerde kanun koyucunun neden farklı bir yaklaşımda bulunduğu, sözleşme dışı borç kaynakları bakımından neden bunun diğer taraf açısından ticari iş niteliği taşıdığı yönünde bir kurala yer verilmediği sorusu akla gelmektedir. Bu soruya kesin bir cevap vermek mümkün olmamakla birlikte, düzenlemelerin tarihi gelişim süreci tetkik edilmek suretiyle makul çıkarsamalar yapılması mümkündür.

865 sayılı Kanun'un yürürlük döneminde, kanun koyucu ticari işler hakkında müstakil kriterlere, tıpkı sonraki dönemlerdeki kanunlarda olduğu gibi yer vermekle birlikte, sözleşmelerin işi diğer taraf için ticari iş haline getirdiğine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda tesadüf edilen düzenleme, gayesi ve sonuçları bakımından mevcut düzenlemeden oldukça farklıdır. 865 sayılı kanunun 23'üncü maddesine göre, taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmeler için, aksine kanunda düzenleme bulunmadığı takdirde ticaret kanunu hükümleri uygulanacaktır[83]. Anılan düzenlemenin gayesi, işe ticari nitelik vermek değil, tatbik olunacak hükümler arasında koordinasyonu sağlamak; iki taraf bakımından hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını tayin etmektir[84]. Ticari iş olmanın en önemli

[83] Anılan madde lafzı şu şekildedir; "*Bir akit tarafeynden yalnız biri için ticarî olsa dahi, hilâfına kanunda sarahat olmadıkça bilcümle âkitlerin akdi mezburdan mütevellit borçları hakkında kanunu ticaret ahkâmı tatbik olunur*".

[84] *Ayhan (2013)*, s. 301; *Ayhan (2012)*, s. 33

sonuçlarından biri, ticari hükümlerin tatbik kabiliyetini sağlamak olduğundan, mülga düzenleme ile yürürlükteki düzenlemenin netice itibariyle birbiriyle örtüştüğü düşünülebilir. Ancak mülga düzenleme, ticari hükümlerden ziyade, münhasıran Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanma önceliğini tayin etmektedir. TK[1926] sistemi tetkik edildiğinde, kanun koyucunun anılan düzenlemedeki gayesi daha açık şekilde ortaya çıkmaktadır. TK[1926], 6762 sayılı kanun ve meri kanundan farklı olarak, çeşitli sözleşme türlerini özel olarak düzenlemekte ve hükümlerini tayin etmektedir. Bu kapsamda münhasıran ticari hayatta karşılaşılan sözleşme türleri yanında, adi sahada yaygın uygulama alanı bulunan sözleşme türleri de Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna örnek olarak satım ve kira sözleşmeleri gösterilebilir. Anılan sözleşme türleri aynı zamanda adi sahayı düzenleyen kanunlar (borçlar kanunu) tarafından da hükümleri tanzim edilmiş sözleşme türleridir. Dolayısıyla, her iki kanun uygulamasında birbirleriyle çelişen hükümlere tesadüf etmek mümkündür[85]. İşte mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun öngördüğü düzenleme, taraflardan biri için ticari nitelik arzeden sözleşmeler bakımından hangi kanun hükümlerini tatbik kabiliyeti bulacağını gösteren bir koordinasyon kuralı olup, ilişkinin farklı kanun hükümlerine tabi tutulma ihtimalinden kaynaklanabilecek farklı uygulamaları başlangıçta bertaraf etmektedir. Taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan bir iş mevcut ise, aksi özel olarak öngörülmediği takdirde, Türk Ticaret Kanunu'nun bu sözleşme hakkındaki hükümleri tatbik edilecektir. Diğer borç kaynakları bakımından benzer koordinasyon ihtiyacı elzem görülmemiştir.

TTK[1957] döneminde ise, sözleşmelerin tabi olduğu ikili düzen terkedilerek, Türk Ticaret Kanunu'nun adi sahada da yaygın şekilde karşılaşılan sözleşme türlerini düzenlemesinden sarfınazar edilmiştir. Bununla birlikte mülga 865 sayılı kanun döneminde sözleşmeler hakkında tatbik edilen koordinasyon kuralının benzeri, belki muhafazakar kodifikasyon anlayışından, belki de yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerden[86] istifade edilmesinin yarar taşıyacağı düşüncesinden hareketle 6762 sayılı kanuna aktarılmış olabilir.

---

[85] *Bilgili/Demirkapı*, s. 7; Kanunlar arasındaki çelişki örnekleri için bkz. *Hirş* (1937), s. 452 vd.

[86] Alman hukukunda benzer bir düzenleme bulunmaktadır ve bu düzenlemede sadece "sözleşmeler" değil, bir bütün olarak işlemler hareket noktası olarak kabul edilmiştir (bkz. HGB § 345). 1861 tarihli mülga Alman Ticaret Kanunu'nun (ADHGB) 277'nci maddesinde amaç daha açık bir şekilde ifade edilmiştir. Anılan hükme göre, "Taraflardan biri için ticari iş (niteliği taşıyan) her hukuki işlemde, (kanunun bu) dördüncü kitap hükümleri her iki taraf için de uygulanır, yeter ki bu hükümlerin muhtevasından, işlemin tarafları ile ilişkili olarak ticari işlem olması gerektiği yönünde bir sonuç çıkarılmasın".

Düzenleme hangi nedenle 6762 sayılı kanuna aktarılmış olursa olsun, lafzı ve pratik faydası dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi yararlı olacaktır[87].

B. Ticari İşler Hakkında Diğer Tasnif Kriterleri

Ticari işin mevcudiyeti, Türk Ticaret Kanunu'nda mevcut üç temel kriterin yanında, ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelere, diğer taraf için de ticari nitelik kazandıran, sirayet edici bir kriterle tayin edilmektedir. Bu kapsamda olduğu kabul edilen işlere, teknik anlamda ticari işlere ilişkin hükümler tatbik edilmektedir. Ticari işler, öğretide esas itibariyle kanuni tasnife dayalı olarak sınıflandırılmakla birlikte, kanunun ticari işler hakkında sevkettiği hükümler nazara alındığında, bu işler hakkında farklı tasnif ölçütlerinin kullanılabileceği tespit edilmektedir. Kanun hükümleri incelendiğinde, ticari işler bakımından şu ayrımların yapılması mümkündür;

a. Ticari İş Hakkında Olumlu ve Olumsuz Kriterler Çerçevesinde Yapılan Ayrım

Kanuni kriterlerin muhtevası tetkik edildiğinde, kanun koyucunun teknik anlamda ticari işlerin kapsamını belirleme hedefiyle hareket ettiği görülmektedir. Bahsi geçen hedefe ulaşılması bakımından esas itibariyle olumlu, yani işe ticari nitelik veren kriterlerden hareket edilmekle birlikte, istisnai olarak, işin ticari nitelik taşımasını engelleyen kriterlere de yer verilmiştir.

Bir işin ticari nitelik taşıması, istisnai olarak ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, günlük anlamda ticari nitelik taşısa, yani kazanç sağlama hedefiyle gerçekleştirilse dahi, kural işin adi olduğu yönündedir. Bu nedenle, prensip olarak, işin adi nitelik taşıdığının bu konuda sevkedilecek olumsuz bir kriterle belirtilmesi gerekli değildir. Ticari işe dair kriterlerden biri ile uyumlu olmayan iş, adidir. Ne var ki kanun koyucu işler hakkındaki bu genel kuralı istisnai olarak bertaraf etme yolunu da tercih etmiş ve bazı işlerin ticari nitelik taşımadığına dair özel bazı hükümlere yer vermiştir[88].

---

[87] Bkz. aşağıda IV numaralı başlık altındaki açıklamalar.

[88] Bazı durumlarda ise kanun koyucu, işin ticari niteliği bulunmadığı yönünde olumsuz bir kriter sevketmemekle birlikte, açık bir düzenlemeyle, ticari olmayan hükümlerin tatbikini öngörebilmektedir. Bu tür durumlarda, iş ticari niteliğini kaybetmemekle birlikte, tatbik edilecek hükümler bakımından, işin ticari nitelik taşımasının ehemmiyeti kalmamaktadır. Bu kabilden bir örnek, İİK m. 196/II hükmünde yer almaktadır. Anılan maddeye göre iflas kararı verilmesi, alacaklar bakımından faiz işlemesine engel olmaz, fakat "*Rehinle temin edilmemiş alacaklarda, ticari olmayan işlerdeki faiz oranı uygulanır.*"

Bahsi geçen olumsuz kritere, tacirin borçları bakımından getirilen istisnada tesadüf edilmektedir. Gerçek kişi tacirin borcunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığı durumlarda, ticari nitelik taşımadığına ilişkin kural (TTK m. 19/1, 2), işin ticari niteliği bakımından sevkedilen olumsuz bir kuraldır. Bu sonuç, tacirin borcuna ilişkin karinenin kurucu fonksiyonu bakımından geçerlidir. Kuralın temelinde, gerçek kişi tacirin, ticari işletmesi ile ilgili olan ve olmayan iki yaşam alanının bulunması hakikati yatmaktadır. Kanun koyucu, tacire bu sıfatı veren, ticari işletme ile ilgili sahadaki borçları ticari addetmekle birlikte, bu sahanın dışında kalan ve genel bir ifadeyle "özel yaşam alanı" olarak nitelendirilecek sahadaki "borçların" ticari olmadığını kabul etmiştir. Adi-ticari iş çatışmasında, kanun koyucunun özel olarak belirtmediği durumlarda işlerin adi olarak nitelendirilmesi gerektiğine yönelik kurala rağmen, bir işin özel olarak adi niteliğinin vurgulanması, kanaatimizce özel bir önemi haizdir[89]. Kanun koyucunun tacirin "borçları" bakımından olumlu ve olumsuz kriterlere yer verirken, "alacakları" bakımından neden böyle bir ayrıma yer vermediği meçhuldür. Yine işin ticari niteliğini kaybetmesinde ticari işletme ile olan ilgi esas alınmasına rağmen, tüzel kişi tacirlerde neden böyle bir istisnaya yer verilmediği de belli değildir.

Ticari işler hakkında olumsuz kriter niteliği taşımamakla birlikte, bunun dayanağı olarak nitelendirilebilecek bir düzenleme, işin diğer tarafı bakımından bu sonucun doğmasına yol açan sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır (TTK m. 19/2). Yasal düzenleme lafzı, esas itibariyle sözleşmenin diğer tarafı bakımından olumlu bir ticari iş kriteri sevketmesine rağmen, bu konuda istisnanın bulunabileceğine dair yasa lafzı, aynı zamanda kanunun diğer hükümlerinde ticari işlerin diğer tarafı bakımından olumsuz kriter sevkedilebileceğini vurgulaması nedeniyle, olumsuz bir kriter dayanağı olarak değerlendirilebilecektir. Bu özelliği nedeniyle, ticari iş kriterlerini düzenleyen diğer hükümlerden ayrışmakta ve ticari işlerin olumlu-olumsuz kriterler çerçevesinde tasnif edilebileceğine dair bir dayanak teşkil etmektedir.

b. Taraflara Etkisi Yönünden Yapılan Ayrım

Bir işin ticari olarak nitelendirilmesi, o işin tabi olduğu ya da olacağı hükümler bakımından farklı sonuçları gündeme getirebilmektedir. Bu sonuçların tarafların sadece biri ya da tamamı bakımından etki doğurup doğurmayacağı, işin taraflardan biri ya da tamamı bakımından ticari nitelik

[89] Bu konuyla ilgili olarak bkz. aşağıda IV-B-1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

taşıyıp taşımamasına bağlıdır[90]. Ticari işler hakkındaki kriterler tetkik edildiğinde, işin ticari niteliğinin taraflara etkisinin başka bir tasnif ölçüsü olduğu tespit edilmektedir. Gerçi Türk Ticaret Kanunu'nun karineler dışında ticari işlerin kapsamını tayin eden kriterlerde taraf vurgusu yapılmamıştır. Mesela ticari işletmeyle ilgili işlerin ticari kabul edilmesine dair hüküm, bu işin işletmeyi işleten bakımından mı yoksa her iki taraf bakımından da mı ticari olduğuna dair bir sarahatı içermez. Buradan hareketle, işin herhangi bir ticari işletmeyle ilgili olması halinde, sadece işletmeyi işleten bakımından değil, diğer taraf bakımından da ticari olduğu gibi bir sonuca ulaşılabilir. Ancak özellikle ticari iş karinelerine dair hükümler tetkik edildiğinde, bu işin sadece bir taraf bakımından, yani ticari işletmeyi işleten bakımından ticari olduğu sonucuna ulaşılmaktadır[91].

Kanunun, ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelerin diğer taraf bakımından işi ticari kılacağına ilişkin düzenlemesi, kriterlerin etkisini esas itibariyle ilgili olduğu taraf bakımından doğurduğuna dalalet etmektedir. Keza tacirin borcuna ilişkin kriter de, işin tarafı bakımından ticari olup olmadığına dair bir kural olarak nitelendirilmelidir. Başka bir ifadeyle, kanunun ticari iş hakkında sevkettiği kriterin, bu işe taraf olan kişi ya da müesseseyle ilgili olduğunun tespit edilebildiği hallerde, işin münhasıran bu taraf bakımından ticari kabul edilmesi gerekmekte olup, diğer taraf bakımından ticari olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ticari işlerin, tarafları bakımından tasnifinin gerekli olduğunu gösteren dayanak, esas itibariyle ticari iş kriterlerinden ziyade, ticari işlere bağlanan hükümler dikkate alındığında ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda mesela, teselsül karinesinde, borçlulardan en azından biri bakımından ticari nitelik taşıyan işlerden bahsedilmek suretiyle, işin tarafları bakımından ayrı ayrı ticari olup olmadığı hakkında değerlendirme yapılabileceği sonucu çıkmaktadır (TTK

[90] İki taraflı muamelelerin bir taraf için ticari iken, diğer taraf için ticari olmayabileceğine dair değerlendirme hakkında bkz. *Arslanlı*, s. 22

[91] Bkz. *Karayalçın*, s. 145; Ticari işletmeyle olan ilgiyi esas alan kanuni düzenleme, tarafla ilgili açık bir düzenleme içermemektedir. Alman hukukundaki düzenlemede ise, tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerinin ticari olduğu vurgulanmak suretiyle, işte açıkça taraf vurgusu yapılmaktadır (bkz. HGB § 343). Türk hukukunda böyle bir vurgu olmadığından, ticari işletmeyle ilgi mevcutsa, bu işin her iki taraf için de ticari nitelik taşıdığı yönünde yorum yapılabilecektir ve hatta bu yönde yorum yapılması gereklidir. Alman hukukundakine nazaran Türk hukukundaki bu ayrışmanın, kanunun esas aldığı modern sistemin tatbikiyle alakalı olduğu düşünülebilir. Ne var ki, her ne kadar taraf ayrım ve vurgusu yapılmaksızın, ticari işletmeyle ilgili işlerin ticari olduğu hükme bağlansa da, ticari işlere bağlanan sonuçlar dikkate alındığında, ticari işletmeyle olan ilginin, esas itibariyle işleten taraf bakımından bu sonucu doğurduğu kanaatine ulaşılabilecektir.

m. 7). Keza bileşik faize ilişkin düzenleme, her iki taraf bakımından ticari iş niteliği taşıyan ödünç sözleşmeleri hakkında özel bir düzenleme içermektedir (TTK m. 8/2). Bu hükümden hareketle, özellikle ticari işletmeyle olan ilgiyi esas alan düzenlemenin, işletmeyi işleten tarafla alakalı bir ticari iş kriteri olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Kanun koyucunun, ticari işlere bağlanan sonuçlar bakımından taraflar açısından işin ticari olup olmadığını dikkate alır iken, ticari iş kriterlerinin sevkinde, işin hangi taraf ya da taraflar bakımından ticari nitelik taşıdığına ilişkin hüküm sevketmemesi, Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işlere ilişkin düzenlemelerine yöneltilebilecek bir eleştiridir.

c. Esas Alınan Sistem Bakımından Yapılan Ayrım

Kanunun uygulama sahasının belirlenmesinde "ticari işletme" kriterinden hareket edildiği TTK[1957] gerekçesinde açıkça belirtilmesine rağmen, ticari işlerin belirlenmesinde yardımcı olan kriterler incelendiğinde, farklı sistemlerin esas alındığı tespiti yapılmaktadır. Bu durum, esas alınan sistemin, ticari iş tasnifinde bir ölçüt olabileceğini göstermektedir. Münferit ticari iş kriterleri bakımından mesele tetkik edildiğinde;

Kanunda düzenlenen hususlarla ilgili işlerin ticari olduğuna dair düzenlemede esas alınan kriter, tacir, süreklilik, organizasyon gibi ilave unsurları şart kılmayıp, kanundaki işler olduğundan, kriterin hareket noktasının objektif kriter olduğu söylenebilecektir[92].

Ticari işletmeyle ilgili işleri esas alan kriter ise modern sistemin bir yansımasıdır. Buna karşın tacirin borçlarını esas alan düzenleme karma karakterlidir. Düzenleme sübjektif görüşün bir yansıması olsa da, gerçek kişi tacir sıfatının dayanağı ve konu hakkında getirilen istisna birlikte değerlendirildiğinde, tacirin yanında ticari işletmenin de düzenlemeyi ikmal eden bir kriter olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Taraflardan biri için ticari nitelikteki sözleşmeleri düzenleyen, tamamlayıcı nitelikteki kriter ise, objektif bir işlem olan sözleşmeyi esas aldığından, objektif kriterden hareket edildiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Mevcut değerlendirmeler ışığında, esas alınan sistem bakımından ticari işlerin kendi içerisinde kanuni tasniften bağımsız olarak sınıflandırılmasının mümkün olduğu tespit edilmektedir. Bu tasnif, özellikle kanun gerekçesinde vurgulanan ticari işletme temelli modern sistemin yanında, diğer sistemlerden de ticari işin kavramsal çerçevesinin çizilmesinde yararlanıldığını göstermesi

[92] Bkz. *Arslanlı*, s. 7, 12

bakımından önem taşımaktadır. Yapılan tasnifle, ticari işler hakkında sadece modern sistem değil, ticaret kanunlarının uygulama alanını belirleyen kriterlerin hemen tamamından istifade edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

d. Ticari İşin Doğumuna Sebebiyet Veren Unsur Bakımından Ayrım

Ticari işin mevcudiyeti bakımından, işin bir işlem ya da fiilden kaynaklanması arasında kural olarak herhangi bir fark yoktur. Bu durum her üç ticari iş kriteri bakımından geçerlidir (TTK m. 3, 19/1). Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususların bir işlem ya da fiil olması önem taşımadığından, ticari işletmeyle ilgili olan işler ve kanunda düzenlenen hususlar, ticari işin doğumu bakımından benzerlik arzetmektedir. Tacirin borçları bakımından da durum farklı değildir. Ancak burada işlem ya da fiilin tacir açısından borç teşkil etmesi gereklidir. Taciri alacaklı konuma getiren işlem ve fiiller, müstakil bir ticari iş kriteri niteliği taşımamaktadır.

İşe karşı taraf bakımından ticari nitelik veren tamamlayıcı ticari iş kriterinde ise, mevcut bir ticari işin diğer taraf açısından etkisi düzenlenmekte ve işin dayanağına ilişkin unsur bakımından ana kuraldan ayrılınmaktadır. Bu tür işlerde, sözleşmeler işin ticari nitelik kazanması bakımından önem taşımaktadır.

Ticari işin doğumuna bazı durumlarda bir hukuki işlem, bazen bir eylem, bazen bir sözleşme, bazen de işin borç doğuran karakteri sebebiyet vermektedir. Bu nedenle doğumuna sebebiyet veren unsur yönünde ticari işler hakkında ayrım yapılması mümkündür ve bunun ticari işler hakkındaki bir diğer tasnif ölçütü olarak mütalaa edilmesi mümkündür. Sınıflandırma ölçütünün değiştirilmesi suretiyle ticari işler hakkında daha fazla ayrım yapılması mümkündür. Ancak özellikle aşağıdaki başlıktaki açıklamalar bakımından yeterli olduğundan, makalenin amacını aşacağından, daha fazla sınıflandırmaya gerek bulunmamaktadır.

IV. TİCARİ İŞ KRİTERLERİ VE TASNİFİ KAPSAMINDA MÜNFERİT SORUNLAR

Mevcut kanun sistemi ve lafzı dikkate alınarak ticari işler hakkında yapılan tasnif, ticari işlerin kapsamına dair münferit meselelerin çözümü bakımından önem taşımaktadır. Aşağıda önce ticari işlerin kapsamına dair bazı meselelere değinilecek ve son dönemde tartışmalara sebebiyet veren faiz meselesi bağlamında ticari işlerin kapsamı hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

1. Ticari İş Kriterleri Arasında "Etkileşim" Sorunu

Mevcut yasal düzenleme tarzına göre, olumlu-olumsuz, tek taraflı-çok taraflı, doğumuna sebebiyet veren unsur gibi farklı ölçütler çerçevesinde bir işin ticari niteliği hakkında değerlendirme yapılması mümkündür. Bu kriterler çerçevesinde, bir iş taraflardan biri için ticari nitelik taşırken, diğeri bakımından adi olarak nitelendirilebilecektir. Özellikle olumsuz ticari iş kriterinin tatbik kabiliyeti bulabileceği hallere, işin ticari olmadığı hususu, bir kanun hükmüne dayalı olarak ortaya çıktığından, işin iki taraf açısından ticari olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran kriterin tatbik kabiliyeti sorgulanabilir hale gelmektedir. Bu durum, ticari iş kriterlerinden hangisinin diğerine nazaran uygulama önceliğine ya da üstünlüğe sahip olduğu gibi bir sorunun doğumuna yol açmaktadır.

Sorunun çözümü bakımından kanunun işe ticari nitelik vermek için öngördüğü olumlu kriterlerin esas itibariyle birbirinin alternatifi olduğu, bunlardan biri bakımından işin ticari olarak nitelendirilmesi halinde, işin ticari nitelik taşıdığı ve ticari işlere dair hükümlerin tatbik kabiliyeti bulacağı yönünde genel bir kabulden hareket edilebilir. Ne var ki, bu genel kabulün isabeti tartışmaya açıktır. Zira ticari iş kriterleri, hem işin tarafları bakımından işin niteliği konusunda ayrım yapmakta, hem de sadece işin ticari nitelik taşımasına ilişkin olumlu değil, aynı zamanda ticari nitelikte olmadığına dair olumsuz hükümleri de içermektedir. Bu ihtimal özellikle tacirin borçları ile ilgili kriterde karşımıza çıkmaktadır. Olumlu ve olumsuz kriterlerin aynı anda bir arada bulunduğu durumlarda, bunlardan hangisinin diğerine nazaran üstünlük taşıdığının belirlenmesi gerekir.

Kanaatimizce bu konuda ticari iş kriterleri arasında bir ayrım yapmak gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasıyla ticari nitelik taşıyan işler, diğer kriterlere nazaran mutlak niteliği ve işi hareket noktası kabul etmesi nedeniyle üstünlük taşımaktadır. Bu tür işler bakımından tarafların sıfatı, işletmeyle olan ilgi gibi nisbi kriterlere yer verilmeyip, kim tarafından ne surette gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, söz konusu işlerin ticari olduğu kabul edilmiştir. Borçlu konumundaki şahıs, tacir sıfatına sahip olmasa bile, netice değişmeyecektir. Başka bir deyişle, bu tür işlerin taraflarından biri ya da diğeri bakımından ticari olup olmadığı yönünde bir tartışmaya girilmesi mümkün görülmemektedir. Bu nedenle, işin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olması nedeniyle ticari nitelik taşıdığı durumlarda, tacirin borcunu belirli koşullarda adi kabul eden hükmün uygulanma önceliği bulunmadığını kabul etmek gerekir.

İşin ticari işletme ile ilgili olması nedeniyle ticari nitelik taşıdığı durumlarda, gerçek kişi tacirin işletmesiyle ilgili olmayan borçlarının ticari iş niteliği taşımadığına ilişkin kural uygulama kabiliyetini yitirmez. Zira her iki kriter birbirinden bağımsızdır ve Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işlere ilişkin hükümleri tetkik edildiğinde, işlerin tarafları bakımından ticari olup olmadığının hususi olarak tetkik edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesinde her ne kadar taraf vurgusu yapılmaksızın, ticari işletme ile ilgili işlerin ticari olduğu hükme bağlanmışsa da[93], bu hükmün ticari işletmeyi işleten taraf bakımından işi ticari kıldığı, diğer taraf bakımından böyle bir etkisinin bulunmadığı sonucu kanunun başkaca hükümlerinden çıkmaktadır[94]. Bu nedenle gerçek kişi tacirin adi borcunun, diğer tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu takdirde, kriterlerden birinin diğerini ticari yapmasından ziyade, her iki kriterin müstakil olarak tatbik edileceği ve taraflardan biri için ticari nitelik taşırken, diğer taraf için ticari nitelik taşımadığı yorumu yapılması, kanun sistemine uygun bir çözüm tarzı olacaktır. Böyle bir durumda, sözleşmelere diğer taraf için ticari nitelik tanıyan düzenlemenin, ticari iş kriterlerine dair diğer düzenlemelerle, özelikle de tacirin borcu bağlamındaki olumsuz kriterle ilişkisinin tetkiki gereklidir.

2. İşin İki Taraf Bakımından Ticari Olması Sorunu

A. Türk Ticaret Kanunu Bağlamında

Ticari işlerle ilgili Türk Ticaret Kanunu düzenlemeleri dikkate alındığında, ticari iş kriterlerinin, kural olarak, taraflardan biri için işe ticari nitelik verdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bir ticari işin, diğer taraf bakımından etkisine dair düzenleme (19/2), böyle bir sonuca ulaşılmasını haklı kılan temel gerekçedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2'nci maddesi, bir işin diğer taraf için de ticari olabilmesini iki koşula bağlamaktadır. Bunlardan birisi işin sözleşme niteliğine sahip olması, diğeri ise kanunda aksine bir hüküm bulunmamasıdır.

Türk hukuk öğretisinde, kanunda aksine hüküm örneği olarak, bazen iki tarafı tacir olan ilişkilere dair hükümler[95] (ör. TTK m. 23), bazen de

[93] Yukarıda belirtildiği üzere, Alman hukukunda böyle bir soruna mahal verilmemesi bakımından, ticari iş kriteri tayininde açıkça taraf vurgusuna yer verilmiş ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerinin ticari olduğu hükme bağlanmıştır. Bkz. HGB § 343

[94] Bkz. yukarıda III-B-2-c başlığı altında yapılan açıklamalar.

[95] Bkz. *Arslanlı*, s. 24. Krş. *Arkan* s. 67; *Arslanlı* eserinin anılan sayfasında mülga 6762 sayılı TTK'nın 21/2'nci maddesi ile ilgili açıklamalarında şu ifadeleri kullanmaktadır: "*21 inci maddenin 2. nci fıkrası gereğince, hilafına kanunda hüküm varsa, akit ticari mahiyette telakki edilse dahi ticari iş sayılmaz ve ticari hükümler tatbik edilmez. Yek nazarda mezkûr*

taraflardan biri ya da her ikisi için işin ticari olmasını arayan bazı kanun hükümleri gösterilmektedir[96] (ör. TTK m. 8/2). Ancak lafzi olarak yapılan bir değerlendirmede, öğretide savunulan bu sonuca ulaşılması mümkün değildir. Zira anılan hükümler, işin özel olarak bir taraf ya da her iki taraf bakımından ticari olmasını engelleyen hükümler olmayıp, sadece tatbikini bu koşula bağlayan hükümlerdir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini tayin eden kriter, esas itibariyle TTK'nın 19/2'nci maddesidir[97]. Mesela taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan bir ödünç sözleşmesi, TTK m. 19/2 hükmü uyarınca diğer taraf için de ticari nitelik taşıyor ise, TTK m. 8/2'nin koşul olarak aradığı, iki taraf bakımından ticari iş niteliğinde olan bir ödünç sözleşmesi, kanun lafzına göre mevcuttur. TTK m. 8/2, bu sözleşmenin diğer taraf için ticari olmasını engelleyen bir kanun hükmü olmamasına rağmen, öğretide bu nitelikte bulunduğu kabul edilmektedir[98].

Örnek verilen TTK m. 8/2 ve 19/2 hükümlerine dair öğretideki değerlendirme, kanaatimizce Türkiye'de ticaret kanunlarının tarihi gelişim süreci ile açıklanabilir. Türk ticaret kanunlarındaki hükümler büyük ölçüde, iktibas suretiyle oluşmuştur[99]. Bu nedenle, hükümlerin yabancı orijinaline uygun şekilde anlaşılması ve yorumlanması, müellifler tarafından isabetli bir çözüm tarzı olarak telâkki edilebilir. Bu bağlamda, TTK m. 19/2 hükmünün tam olarak menşei tespit edilemese de, düzenlemenin Alman hukukundaki muadili dikkate alındığında, Türk öğretisindeki değerlendirmenin, neden madde lafzı ile uyumlu olmadığı anlaşılabilmektedir. Alman Ticaret Kanunu HGB'nin 345'inci maddesi "*Taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan*

istisnaya binaen, yani aksine hüküm varsa bir taraf için ticari olup diğer taraf için gayri ticari olan muamelelerde, kanunun, umumi hükümlerin tatbikini derpiş ettiği mülâhaza edilebilir. Hakikati halde kanun bu istisna ile muamelenin mahiyetinden ziyade tarafların sıfatını göz önünde tutmuştur. Mesela (tacirler arasındaki satış ve mal değişimi sözleşmesini düzenleyen) *25. inci maddenin tanzim ettiği hükümler sırf tacirler arasındaki münasebetlere tatbik olunur*".

96 Bkz. *Karayalçın*, s. 146

97 Kısmen aynı yönde bkz. *Arkan* s. 69. Yazar anılan sayfada teselsül karinesi ile ilgili olarak, borçlu bakımından işin ticari olmasını arayan düzenlemedeki koşulun, alacaklı bakımından ticari iş niteliği taşıyan sözleşmeler vasıtasıyla (TTK m. 19/2) sağlanabileceğini belirtmekte; bileşik faiz hükümlerinin tatbik kabiliyeti bulabileceği ödünç sözleşmeleri (TTK m. 8/2) bakımından ise TTK m. 19/2 vasıtasıyla işin diğer taraf için ticari mahiyet kazanamayacağını belirtmektedir. Bkz. s. 85. Krş. *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s.66

98 Bkz. çoğu yerine *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s.66

99 Tarihi gelişim ile ilgili olarak bkz. *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 7 vd.; *Bilgili/Demirkapı*, s. 6 vd.; Türk Ticaret Kanunu'nun kaynakları ile ilgili olarak bkz. *Ayhan/Özdamar/Çağlar*, s. 56 vd. TTK[1957] bakımından *Karayalçın*, s. 112 vd.

hukuki işlemler hakkında, ticari işlere dair hükümler her iki taraf için de uygulanır, yeter ki bu (ticari işlere dair) hükümlerin muhtevasından aksine bir sonuç çıkmasın." hükmünü içermektedir[100]. Alman Ticaret Kanunu, ticari işlere dair hükümler aksini öngörmediği müddetçe, taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan hukuki işlemler bakımından, ticari işlere dair hükümlerin tatbikini öngörmesine rağmen; Türk Ticaret Kanunu, taraflardan biri için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelerin, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, diğeri için de ticari olduğunu öngörmektedir. Türk Ticaret Kanunu, ticari işleri düzenleyen hükümlerin muhtevasına bir atıf içermeyip, doğrudan tamamlayıcı mahiyette ticari iş kriteri sevkederken, Alman Ticaret Kanunu ticari işlere dair hükümlerin uygulama sahasını ve koşullarını tayin etmektedir. Öngörülen koşul, ticari işe sonuç bağlayan hükmün muhtevasıdır. Türk Ticaret Kanunu ticari işe sonuç bağlayan hükmün muhtevası ile ilgili olmayıp, doğrudan işi ticari olmaktan çıkaran aksine bir hükmü koşul olarak aramaktadır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, Türk öğretisi, Türk Ticaret Kanunu hükmünü, Alman hukukundaki lafza uygun olarak değerlendirmektedir.

Türk öğretisindeki değerlendirme hakkında yapılan bu tespit, öğretideki değerlendirmenin isabetsiz olduğu şeklinde değil, belki olması gereken hukuk bakımından, kanun lafzının isabetli olmadığı ve öğreti tarafından düzeltme çabası şeklinde anlaşılabilir. Ne var ki, kanun lafzı halen açık biçimde, kanunda aksine hüküm bulunan hallerde, bir sözleşmenin diğer taraf için ticari olmayacağına dair bir kuralı içermektedir. Yasa lafzından hareket edildiğinde, kanunda bir işin ticari olmadığına dair bir hükmün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Başka bir deyişle, ticari işlere dair olumsuz bir kriterin bulunup bulunmadığı tetkik edilerek, böyle bir kriter bulunduğunda TTK m. 19/2'de yer alan tamamlayıcı kriterle ilişkisinin değerlendirilmesi gereklidir.

Yukarıda ticari işlere dair olumsuz kriterler tetkik edilirken, Türk Ticaret Kanunu'nun tacirin borcuna ilişkin düzenlemesinde (TTK m. 19/1, 2), tacirin borcunun belirli koşullar altında ticari olmadığına dair bir hükme yer verildiği tespiti yapılmıştı. Bu nedenle anılan hükmün, taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmelerin, diğer taraf için işi ticari hale getiren düzenlemenin (TTK m. 19/2) kanuni bir istisnası olup olmadığının tartışılması gereklidir[101].

[100] Anılan düzenlemenin Almanca metni şu şekildedir. "Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt."

[101] Bu tür bir tartışma mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu döneminde yaşanmıştır. Bu tartışmanın

Türk hukuk öğretisinde, hangi hükmün diğerine nazaran öncelik taşıdığı konusunda hâkim görüş, Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2 maddesinin, 19/1, 2'ye nazaran üstünlük taşıdığı yönündedir[102]. Somut bir örnekle ifade etmek gerekir ise, evi için ihtiyaç duyduğu bir buzdolabını satın alan tacir, bu durumu sözleşmenin akdi sırasında karşı tarafa bildirmiş ise, bu iş kendisi bakımından TTK m. 19/1, 2 hükmüne göre adi nitelikte bir iştir. Buna karşın buzdolabını, bu işlerle meşgul bir ticari işletmeden satın almışsa, TTK m. 3 uyarınca iş ticari işletme bakımından ticari nitelik arzetmektedir. TTK m. 19/2 hükmünün bu tür ihtimaller bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, hâkim öğreti olumlu cevap vermekte, ticari işletme bakımından ticari nitelik taşıyan bu sözleşmenin, diğer taraf konumundaki tacir bakımından da ticari olduğunu kabul etmektedir.

Hâkim öğretinin bu yaklaşımı, TTK m. 19/2 hükmünün lafzı ile uyumlu görünmemektedir. Zira TTK m. 19/2 hükmü, taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmelerin her halükarda karşı taraf için ticari olmasını öngörmemekte, sadece kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde bu sonucun doğabileceğini kabul etmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 19/1, 2'nci maddesinde, bu işin ticari mahiyet taşımadığını öngören açık bir düzenleme vardır. Türk öğretisinde azınlıkta kalan ve tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece *Ayhan* tarafından benimsenen bir diğer görüş, tacirin borcunun belirli hallerde ticari olmadığına dair düzenlemenin, TTK m. 19/2 hükmünün kanuni bir istisnası olduğunu, bu tür hallerde arada sözleşme bulunsa dahi, işin karşı

temelinde, mülga kanunun 19 ve 23'üncü maddelerinden hangisinin diğerine nazaran öncelik (üstünlük) taşıdığı meselesi yatmaktadır. 19'uncu maddenin ilk cümlesi, bir arazi sahibi ya da çiftçinin ürünlerinin satışının adi iş olarak nitelemektedir. Buna karşın kanunun 23'üncü maddesi, taraflardan biri için ticari nitelikteki sözleşmeler hakkında, kanunda aksine hüküm olmadığı taktirde Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. Bu iki hükmün çatıştığı somut bir olayda Temyiz Mahkemesi, ihtilafın Ticaret Dairesi tarafından çözümlenmesi gerektiği yönünde verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı ile (TMHU 27.02.1929 T ve 8/3 numaralı Tevhidi İçtihat Kararı, RG 01.05.1929, sa. 1181), taraflardan biri için ticari nitelikte sözleşmenin mevcudiyeti halinde, Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngörmek suretiyle, bu hükmün diğer hükme nazaran önceliğinin bulunduğunu kabul etmiştir. *Hirş* de kanunun 19'uncu maddesindeki düzenlemenin amacından hareketle, karara iştirak ettiğini beyan etmektedir. Kararın tahlili için bkz. *Hirş (1940),* s. 791 vd. Temyiz mahkemesi kararına konu ihtilafı, konu ile ilgili bir örnek olarak tetkik eden *Arslanlı* da, meri hukuk bakımından karardaki neticeye iştirak etmekle birlikte, olması gereken hukuk yönünden tenkidini dile getirmektedir. Bkz. *Arslanlı*, s. 23

[102] Bkz. *Arslanlı*, s. 25; *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 66; *Arkan*, s. 67. Yazar anılan sayfada, işin TTK m. 19/2 uyarınca her iki taraf bakımından ticari nitelik taşıdığını kabul etmekle birlikte, tacirin tüketici sıfatıyla hareket ettiği hallerde, tüketicinin korunmasına dair mevzuatın uygulama önceliği nedeniyle, ticari hükümlerin tatbik sahasının daraldığını vurgulamaktadır.

taraf bakımından ticari olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadır[103]. Öğretide *Ayhan* bu görüşünde yalnız olsa da, kanun lafzı dikkate alındığında, Türk Ticaret Kanunu'nun 19/1, 2 maddesinin, 19/2'ye tekaddüm ettiğinin kabulüne dair değerlendirmesinin isabet taşıdığı kanaatindeyiz. Zira aditicari iş ikileminde, işe ticari niteliği veren bir yasal kriterin bulunmadığı hallerde, işin adi olduğunun kabul edilmesi kural olmasına rağmen, kanun koyucunun tacirin borcuna ilişkin kriterde özel ve açık bir düzenleme ile işin ticari olmadığını öngörmesi, bu tür işlerin istisnai karakterini göstermektedir. TTK m. 19/2 düzenlemesinin açık lafzı, kanunda aksine bir düzenlemenin bulunması halinde, 19/2 hükmünün uygulanma önceliğini yitireceği yönündedir. Kanaatimizce, aksine düzenleme kapsamına, istisnai nitelikteki bu hükmün girdiğini kabul etmek gerekir.

Ayhan konu hakkında değerlendirmelerini ortaya koyduğu eserinde, meselenin Türk Ticaret Kanunu'nda sadece tacir bakımından dikkate alınmasını tenkit etmekte ve TTK m. 19/1, 2 hükmü çerçevesinde sadece tacir esaslı bir yaklaşımın hakkaniyete aykırı sonuçları beraberinde getireceğini dile getirerek, meselenin sadece tacir değil, tüketici bağlamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir[104]. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu lafzı, belirli koşullar dahilinde tacir bakımından ticari nitelik taşımayan bir işin, TTK m. 19/2 hükmü çerçevesinde, bu sıfatı taşımayanlar bakımından ticari olması gibi çelişkili bir sonucu beraberinde getirmektedir. Bu konuda, Ticaret Kanunu'nun tüketici hakkında bir düzenleme yapmasının beklenemeyeceği, tüketicinin kendi mahsus kanununda himayesinin gerekli olduğu iddia edilebilir. Kanaatimizce bu meselede tüketicinin özel bir kanunla muhafazasına lüzum yoktur. Zira TTK m. 19/1, 2 hükmü en genel anlamıyla, gerçek kişi tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan borçlarının, ticari olmadığını hükme bağlamaktadır. Bahsi geçen borçlar, tacirin özellikle tüketime yönelik adi sahasıyla ilgilidir. Türk Ticaret Kanunu'nun bu düzenlemedeki amacı, tüketime ilişkin bu sahanın, ticari sahadan soyutlanmasıdır. Yoksa tacir sıfatını taşıyanların, bu sıfatı bulunmayanlara karşı imtiyazlı şekilde himayesi değil.

Türk Ticaret Kanunu'nun tacirin borcuna ilişkin düzenlemelerinin, özellikle tüketim sahasına işaret ettiğini bu surette tespit ettikten sonra, tüketici mevzuatının konu hakkındaki hükümlerinin tetkiki gerekir.

[103] Bkz. *Ayhan (2012)*, s. 33

[104] *Ayhan (2012)*, s. 34

B. Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bağlamında

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, özellikle ticari işlere bağlanan sonuçlardan biri olan faiz bakımından önem taşımaktadır (bkz. TTK m. 8, 9; 3095 s. K. m. 2). Kanun koyucunun, koruma ihtiyacı içerisinde bulunan tüketici bakımından, özel koruma hükümlerine ve sınırlamalara faiz açısından da yer vermek suretiyle himaye sağlaması, beklenilen ve arzu edilen bir neticedir. Ne var ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümlerinde, ticari işler karşısında tüketiciyi koruyan genel bir faiz düzenlemesi yapılmamış, sadece özel bazı hukuki ilişkilerde faizle ilgili koruyucu hükümlere yer verilmiştir[105]. TKHK'da yer verilmeyen genel faiz limitleri, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir (bkz. TBK m. 88, 120).

Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işler hakkında özel bir kapsam tayin etmesi ve bu tür işler hakkında özel faiz hükümlerinin tatbik kabiliyeti bulması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, faize ilişkin genel bir koruma hükmünün yer almaması, buna karşın Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) ana para ve temerrüt faizleri hakkında emredici limitlerin getirilmiş olması, öğreti ve uygulamada, hangi hükümlerin hangi durumlarda uygulanacağına dair tereddütleri beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, TBK'daki faiz limitlerinin emredici olması nedeniyle ticari işlerde de uygulanması gerektiği ağırlıklı olarak medeni hukukçular tarafından savunulmaktadır[106]. Buna karşın, öğretide ağırlıklı olarak ticaret hukukçuları ve bazı medeni hukukçular tarafından savunulan başka bir görüşe göre, ticari işlerde TTK'nın özel hükümleri tatbik kabiliyeti bulacaktır[107]. Konu hakkındaki yasal düzenlemeler dikkate alındığında, bu ikinci görüşün isabetinde tereddüt edilmemelidir[108].

---

[105] Bkz. Aydoğdu, M./Ayan, S.: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Ankara, 2014, s. 237 vd.

[106] Çoğu yerine bkz. *Aydoğdu/Ayan*, s. 232 ve aynı sayfada dn. 452'de belirtilen eserler. Ayrıca bkz. 13 HD, 09.12.2013, E.K. 2013/18014-30720 sayılı kararı (Kaynak: Corpus).

[107] Bkz. *Poroy/Yasaman*, s. 96, 100; *Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 91, 94; *Yağcı*, K.: 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 Y. 2013, C. LXXI, Sa. 2, (s. 421-437), s. 432; Aydoğdu/Ayan, s. 236 ve aynı sayfada dn. 455'de belirtilen eserler. Ayrıca bkz. 19 HD, 18.09.2013, E.K. 2013/10777-14096 sayılı kararı (Kaynak: Corpus).

[108] Meselenin TTK m. 9 ile birlikte değerlendirilmesiyle ilgili olarak bkz. *Poroy/Yasaman*, s. 97; *Orbay Ortaç*, N.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz, ABD. Y. 2014, S. 2, (s.117-134), s. 125

Kanaatimizce meselenin nihai çözümünde, ticari iş sahasının nerede hitama erdiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu nedenle TKHK'da tüketici ile ilgili genel faiz sınırlarının tayin edilmiş olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira konu ile ilgili normlar, hangi halde hangi hükümlerin tatbik kabiliyeti bulacağına dair kapsam ve sınırları belirlemiştir.

Türk Ticaret Kanunu hangi hükümlerin saklı olduğunu; TKHK hükümleri, hangi kapsamda uygulama kabiliyeti bulacağını ve kendisinin hangi hükümler karşısında öncelik taşıdığını; TBK hükümleri de öngördüğü hükümlerin mahiyetini açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle ticari işlerde Borçlar Kanunu'nun faize ilişkin hükümlerinin tatbik kabiliyetini taşıyıp taşmadığı meselesinden önce, ticari iş sahasının sınırının ne olduğu meselesinin tartışılması gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun tacirin borçları bakımından getirdiği, özellikle tüketime yönelik işlerin ticari olmadığına dair (bkz. TTK m. 19/1, 2) sonucun benzerinin, TKHK hükümleri çerçevesinde de çıkartılması mümkündür. Her ne kadar TKHK'da Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120'de olduğu gibi faiz bakımından genel koruyucu bir limite yer verilmemişse de, TKHK'nın kapsamı ve tatbik sahası dikkate alındığında, benzer bir neticeye ulaşılması mümkündür. TKHK'nın 2'nci maddesi, kanunun "tüketici işlemi" ve uygulamalarını kapsadığını öngörmektedir. Anılan kanunun 3'üncü maddesindeki tanımlardan hareketle, tüketici işleminin, ticari ve mesleki amaçla hareket etmeyen şahısların akdettiği sözleşmeler ve yaptıkları hukuki işlemler olduğu sonucuna ulaşılmaktadır[109]. TKHK, taraflardan birinin tüketici olduğu işlemlerin, diğer kanunlarla düzenlenmiş olmasının, bu işlemin "tüketici işlemi" olmasını engellemeyeceğini öngörmektedir (TKHK m. 83/2). Belirtilen hal, özellikle ticari iş olarak nitelenen bir işin, taraflarından birinin tüketici olması ihtimali bakımından önem taşımaktadır. Kanun koyucu, işin ticari niteliğinin ortadan kalkmayacağını öngörmekle birlikte, bu durumun tüketici işleminin varlığı hususunda bir etkide bulunmayacağını da kabul etmektedir. Dolayısıyla her ne kadar Türk Ticaret Kanunu tarafından sınır çizilmese de, ticari sahanın belirli bir başka saha ile çatışması durumunda sınır teşkil eden yeni bir ölçüt ihdas edildiğini kabul etmek gerekir. TKHK'nın 83/2 hükmünden, tüketici işleminin varlığının ticari iş olarak nitelendirmeyi engellemeyeceği gibi bir sonuç çıksa da, bu iki tür iş, birbiriyle telif edilebilecek işlerden değildir; bu iki tür işe bağlanan sonuçlar, birbiriyle çelişmektedir. Tüketici işlemleri

[109] Bu tanım, Türk Ticaret Kanunu'nun 19/1, 2'nci maddesindeki istisna hükmüyle büyük ölçüde uyuşmaktadır.

hakkında hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen TKHK m. 83/1 hükmü, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Maddede bahsi geçen genel hükümlerden maksatın, Türk Ticaret Kanunu olmadığında tereddüt yoktur. Özellikle faiz limitinin tayinine ilişkin Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi, bu sonucu teyit etmektedir. Zira ticari işlerde "oran serbestisi ve bileşik faiz" başlığını taşıyan TTK m. 8 hükmü, ticari işlerde faizin serbestçe belirleneceğini hükme bağladıktan sonra, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümleri saklı tutmuştur (m.8/3). Maddede saklı tutulan tüketicinin korunmasına dair hükümler, genel (anapara-temerrüt) faiz limiti hakkında bir kural içermeyip, konuyu genel hükümlere bırakmaktadır. Burada Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin de genel hükümler kapsamında mütala edilmesi gerektiğine yönelik bir düşünce akla gelebilir. Ancak Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin, konu hakkındaki genel hüküm olduğu kabul edilecek olur ise, her iki kanunun karşılıklı olarak birbirine atıf yapması, bir fasid daireden ibaret kalacak, TTK m. 8/3 hükmünün varlığının bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle TKHK m. 83/1 hükmünde yer alan genel hükmün, faiz bakımından, TBK'nın faiz limitlerine dair 88 ve 120'nci maddelerinin 2'nci fıkralarında yer alan düzenlemeleri olduğunun kabulü gerekmektedir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işler hakkında sevkettiği kriterler ve bu işler hakkında öngördüğü hükümler, TKHK hükümleri nedeniyle ciddi şekilde daralmıştır. Bu nedenle ticari saha sınırının, tüketici ile karşılaşılan yerde hitama erdiğinin kabulü gereklidir. Gerek TTK, gerek TKHK münferit koruma ya da serbesti normları ile değil, kuramsal düzeyde sorunu çözmeyi hedeflemektedir. Her iki kanun kendi tatbik sahalarının sınırını tayin etmiş ve bu saha çerçevesinde meselelerin hallini öngörmüştür. "Ticari iş" – "tüketici işlemi" çatışmasında, "ticari iş"in geniş tatbik sahası, bu ikincisi tarafından artık tahdit edilmiştir. Bu yorum tarzı, özellikle TTK hükümlerine göre adi sahası bulunmadığı kabul edilen bazı tüzel kişi tacirler bakımından da önem taşımaktadır (bkz. TKHK m. 3/1, k).

Sadece faiz limitleri bakımından değil, adi ve ticari işlerde faizi düzenleyen hükümler bakımından da ticari iş-tüketici işlemi ayrımının dikkate alınması ve bu ikincisinin bulunduğu hallerde, artık ticari işlere dair hükümlerin tatbik edilemeyeceğinin kabulü isabetli bir yorum olacaktır. Zira tüketici işleminin bünyesi, ticari işe yabancıdır.

Tüketici işlemi, tüketiciyi koruma anlayışının mahsulü olduğundan, özellikle tüketicinin alacaklı olduğu konumlarda ticari işlere ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine dair bir düşünce de akla gelebilir. Ancak tüketici işlemi kavramı bağlamında bu tarz bir sınırlama bulunmaması ve ticari işlerde nitelikli faiz hükümlerinin tatbik temelinde, tacirin mahrum kaldığı sermaye karşılığının sağlanması düşüncesinin yatması, tarafını tüketicinin oluşturduğu işlerde, ticari işlere dair hükümlerin uygulanmasının isabetli olmayacağını göstermektedir.

SONUÇ

Ticaret hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde, tarihi gelişim süreci içerisinde objektif, subjektif modern ve karma sistem gibi çeşitli sistemler etkili olmakla birlikte, ticari iş kavramı bu kriterlerin yansıtılması bakımından bağlantı noktası ya da araç olarak nitelendirilebilecek bir işleve sahiptir. Ticari iş kavramının, özellikle ticari hükümlerin tatbik sahasını belirleme özelliği, bu işlevin göstergesidir.

1957 yılına kadar ticari iş kavramına, ticari muameleyle sınırlı bir anlam yüklenilmesi, ticaret hukukunun uygulama alanını, bu tarihten sonrasındaki uygulamaya nazaran oldukça daraltmaktadır. Ancak profesör *Hirş* tarafından hazırlanan 1956 tarihli kanunda, ticari iş kavramının, ticari işletmeyle olan ilgi gibi geniş bir kritere bağlanması ve kanunda ticari mevad, muamele, mesail, mukavele gibi tereddüt doğuran kavramların tamamının ticari iş bünyesinde toplanması, ticaret hukukunun uygulama alanını, adi sahaya nazaran genişletmiştir. Bu genişleme, kanun koyucunun adi-ticari saha ilişkisi bakımından ikincisi lehine bir politik tercihte bulunulması anlamını taşımaktadır. 2011 tarihli ticaret kanununda da, geniş ticari sahaya ilişkin korumacı anlayış devam ettirilmiştir. Meseleye faiz hukuku bağlamında yaklaşıldığında, yapılan tercih, oldukça geniş bir kitlenin, ticari işlerde faize ilişkin hükümlere tabi olması gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir.

Geniş ticari iş sahası ve ticari işlerde mümtaz hükümlerle koruma sağlanması, zaman zaman tüketici sıfatıyla hareket edenler bakımından hakkaniyete aykırı sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle hukuki ve ekonomik açıdan güçsüz konumdaki tüketicinin korunması bakımından ticari sahanın daraltılması yönüne bir eğilim, son dönemde artmıştır. Bu durum neticede, geniş ticari sahanın daraltılması ihtiyacını gündeme getirmektedir. Keza, bu gerekçeye dayalı olmasa da, borçlar kanunu hükümlerinden hareketle, ticari sahanın daralmasına yönelik yüksek yargı kararlarına da

tesadüf edilmeye başlanılmıştır. Bahsi geçen kararlar, özellikle ticari işlerde faizin serbestçe belirlenebileceğine dair kanun hükmünün uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Öğretide de benzer eğilimlere tesadüf etmek mümkündür.

Borçlar kanununun faiz oranının tayinine ilişkin sınırlamalarının, ticari işlerde faizin serbestçe belirlenebileceğine dair kuralın uygulamasını bertaraf edip etmediği sorusuna verilecek yanıt, kanaatimizce gayet açıktır ve olumsuz yöndedir. Borçlar Kanunu düzenlemesinin emredici karakteri tartışılmaz olduğu gibi, Ticaret Kanunu düzenlemesinin bu düzenlemenin istisnası olduğu da tartışılmazdır. Bu sonuç, kanunların aynı tarihte yürürlüğe girmiş olması ile de teyit edilmektedir. Zira her iki kanunu yapan aynı meclis, yürürlüğe giren bir kanun hükmünü, yürürlüğe girdiği anda yürürlükten kaldırmak gibi bir amaçla değil, olsa olsa vazedilen kurala bir istisna getirmek amacıyla sevketmiş olabilir.

Borçlar Kanunu düzenlemesi, ticari işlere ilişkin düzenlemelerin geçerliliğini etkilememekle birlikte, kanaatimizce ticari işlere dair kuralların uygulama alanını daraltan pozitif dayanakların bulunup bulunmamasına göre, Borçlar Kanunu düzenlemesinin etki sahası tayin edilebilir. Bu değerlendirme, ticari iş kavramının kapsamını daraltan yasal düzenlemelerin bulunup bulunmadığı tetkik edilmek suretiyle gerçekleştirilebilir. Konu hakkında, özellikle bir işin aynı anda taraflardan biri için ticari nitelik taşırken, diğeri için taşımadığı hallerde, ticari işlere dair hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Gerçi bu değerlendirmenin, Türk hukukunda yapılamayacağı, zira her iki taraf için ticari nitelikteki işin arandığı durumların mevzuatta sınırlı sayıda bulunduğu, böyle bir durumun bulunmadığı hallerde, işin taraflardan biri için ticari sayılmasının yeterli olacağı gerekçesi ileri sürülebilir. Ne var ki bu değerlendirme, konunun açık şekilde düzenlendiği bir sistem bakımından isabetli olabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2'nci maddesi kapsamında olmayan, başka bir deyişle, taraflardan biri bakımından işin ticari olmadığının iddia edilebildiği durumlarda ticari işlere ilişkin hükümlerin uygulanma kabiliyeti sorgulanabilir niteliktedir. Eğer kanun koyucu, bir işin taraflardan biri için ticari nitelik taşımadığını açıkça öngörmüş ise, bu iş anılan taraf bakımından ticari nitelik taşımayacak ve ticari hükümlerin uygulama kabiliyeti tartışılabilir hale gelecektir.

Türk hukukunda, işin ticari niteliği bakımından esas itibariyle olumlu kriterlere yer verilmekle birlikte, tacirin borcuna ilişkin kriterde, işin aynı

zamanda ticari olmaması ile ilgili bir kurala da yer verilmiştir. Anılan kuralla, gerçek kişi tacirin adi sahasını ilgilendiren işlerinin ticari olmadığı yasal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu borcun bir sözleşmeye dayalı olması halinde, diğer taraf için ticari olması, öğretideki hâkim görüşün aksine, işi tacir bakımından ticari hale getiremeyecektir. Zira çift taraflı ticari iş karinesi, kanunda aksine hüküm bulunmaması koşuluna bağlıdır ve gerçek kişi tacirin adi sahasındaki borçlarının ticari olmadığına dair aksine kural, aynı kanunda hükme bağlanmıştır. Adi sahadaki tacir borçlarının ticari olmadığına ilişkin kural, yorum yoluyla, tüketiciler bakımından da uygulanabilecektir. Borçlu konumuyla doğrudan ilişkili bulunan faiz kuralları, bu yoruma göre taraflardan biri için ticari iş olarak addedilemeyeceğinden, ticari işlerde faize ilişkin kuralın, özellikle tacir olmayanlar hakkında uygulanma kabiliyeti tartışılabilir hale gelmektedir. Her ne kadar ticari işlerde faize ilişkin kural ya da kurallar, işin her iki taraf bakımından ticari iş olması gibi bir koşul aramasa da, taraflardan biri açısından işin ticari olmadığına yönelik savunmanın yapılabildiği durumlarda, artık ticari işlere ilişkin kuralın tatbik kabiliyeti tartışmaya açık hale gelmektedir.

Ticari işlere ilişkin sınır çizen Türk Ticaret Kanunu hükmü yanında, tüketici hukuku düzenlemeleri de, ticari sahadaki daralmanın bir başka boyutunu ya da dayanağını oluşturmaktadır. TKHK m. 83/2, taraflardan birinin tüketici olduğu işlemleri, tüketici işlemi olarak değerlendirmektedir. Bir işin aynı anda hem tüketici işlemi hem ticari iş olması, birbiriyle telif edilebilecek bir durum değildir. Zira tüketici işlemi bulunan durumlarda, tüketicinin korunması hakkında kanun hükümleri uygulama kabiliyeti bulmaktadır (m. 2) ve bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır (TKHK m. 83/1). Bahsi geçen genel hükümlerin, ticari işlere dair kurallar değil, borçlar kanununun adi sahadaki koruyucu hükümleri olduğunu kabul etmek gerekir. Aksine yaklaşım, koruma amaçlı tüketici hukuku ve tüketici işlemi ile bağdaşan bir sonuç değildir.

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA ŞİDDET VE ISRARLI TAKİP KAVRAMI İLE ISRARLI TAKİP MAĞDURUNUN KORUNMASI

Alper UYUMAZ[*]

İdris AKDAĞ[**]

ÖZET

Özel bir hukuka aykırılık hâli olarak karşımıza çıkan ısrarlı takip, bünyesinde birçok hukuka aykırı fiil barındırmaktadır. Israrlı takip teşkil eden bu fiiller özel hukuk açısından en başta kişilik haklarının ihlâline yol açtıkları için mağdur, Medenî Hukukun kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlerine göre; hukukî yollara başvurabilecektir. Ancak Medenî hukuktaki bu hukukî yolların yanı sıra, bu konuda etkin bir korumanın sağlanması amacıyla 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda (AKKŞÖDK) ısrarlı takip mağduru; kadınlar, çocuklar ve aile bireyleri yanında, koruma altına alınan bir diğer kişi grubu olarak düzenlenmiştir. Böylece, ısrarlı takip mağdurları özel kanunda düzenlenen hükümler çerçevesinde koruma altına alınmışlardır.

Israrlı takip teşkil eden fiiller, daha çok şiddet şeklinde gerçekleştiği için bu çalışmada öncelikle ısrarlı takibi ilgilendirebilecek düzeyde, genel olarak şiddet kavramından bahsedilip daha sonra ısrarlı takip konusu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Israrlı takip, şiddet mağduru, kadına karşı şiddet, taciz, aile içi şiddet.*

VIOLENCE-STALKING TERMS AND THE PROTECTION OF VICTIM WITH THE SCOPE OF TURKISH CIVIL LAW

ABSTRACT

Stalking is a special form of wrongful act that incorporates variety of tortious acts. Victims may take legal action resorting to personal rights provisions of Turkish Civil Law No.6284. Stalking firstly acts causes to violate. In addition to legal protection mechanisms set forth under Turkish Civil Law, "The Code for Protecting Family and Preventing Violence against Women" was enacted so as to provide effective protection in this regard. By means of this Code, further protective mechanisms for stalking victims as well as women, children and other members of

---

[*] Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, alperuyumaz@selcuk.edu.tr.

[**] Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, iakdag@selcuk.edu.tr.

family are provided. By this way, victims of stalking have been protected by provisions settled in this special law. Stalking is a typical form of violence, therefore; in this study initially the term of violence is analyzed to the extent it is relevant and then stalking is handled comprehensively.

Keywords: *Stalking, victim of violence, violence against women, harassment, domestic violence.*

I. GİRİŞ

Bu çalışmada, hukukumuz açısından yeni bir kavram olan ısrarlı takip kavramı ve ısrarlı takip durumunda, mağdurun başvurabileceği hukukî yollar üzerinde durulacaktır. Ancak, ısrarlı takip kavramını açıklamadan önce şiddet olgusunun açıklanması gereklidir. Zira ısrarlı takip şeklinde gerçekleşen fiiller sonucunda mağdur, çoğunlukla şiddete maruz kalmaktadır. Buradaki şiddet ifadesinden kastedilen sadece fiziksel şiddet değildir. Şiddet ifadesiyle fiziksel şiddetin yanı sıra cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışın anlaşılması gerekir. Ayrıca, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliğinde[1] ısrarlı takip ifade edilirken *"...şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak..."* (Yön. m.3/I, ş) şeklinde şiddet de vurgulanmıştır. Bu yüzden ısrarlı takiple ilgisi olduğu ölçüde şiddet olgusuna da değinilecektir.

Türkiye'de aile içinde gerçekleşen anlaşmazlıklardan dolayı aile içinde ve bilhassa da kadınlara karşı gerçekleştirilen hukuka aykırı fiiller, sadece şiddetten ibaret değildir. Bu anlamda, kadına uygulanan fiziksel ve psikolojik şiddet yanında, mağdurlar hukuka aykırılığın özel bir türü olarak karşımıza çıkan, ısrarlı takip teşkil eden fiillere de maruz kalmaktadırlar.

Türkiye ölçeğinde ısrarlı takip teşkil eden fiiller değerlendirildiğinde ve bu konuda özellikle medyada çıkan haberler[2] de dikkate alındığında,

[1] R.G. 18.01.2013, S. 28532.

[2] Bu konuda basında çıkan bir haber ısrarlı takibe uygulama açısından örnek teşkil edebilir.: *"Erkek şiddetinin arttığı son yıllarda şiddet mağduru kadınlar için emsal bir karar çıktı. Eski erkek arkadaşının üç yıldır süren şiddet ve tehditleri üzerine avukata başvuran genç kadın, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında Aile Mahkemesinde koruma talebinde bulundu. Mahkeme, genç kadının süresiz olarak kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması, kimlik ve diğer bilgi belgelerinin değiştirilmesi, vergi, nüfus cüzdanı, sosyal güvenlik bilgileri ve kayıtlarının değiştirilmesi, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı ve diploma gibi her türlü ruhsat ve resmî belgelerin*

genelde kadın-erkek arasındaki anlaşmazlıklarda ve boşanma durumlarında bu tip fiillere sıklıkla rastlanılmaktadır. Zira boşanma, ayrılık veya sevgisine karşılık bulamama sonucunda, bu durumu kabullenemeyen kişinin mağduru sürekli bir biçimde rahatsız ettiği, fiziksel ve psikolojik şiddet fiillerinin yanı sıra mağdurların sürekli olarak değişik şekillerde takip edildiği, çeşitli iletişim vasıtalarıyla rahatsız edildiği ve bu şekilde amacına ulaşamayan faillerin, çoğunlukla cinayetle sonuçlanan ağır şiddet fiillerini işledikleri görülmektedir. Bu sebeple ısrarlı takip modern toplumlarda özellikle kriminolojik olarak giderek önemli bir sorun olarak belirginleşmektedir[3]. Böylece bu tür durumlarda mağdurun etkin bir şekilde korunabilmesi için ısrarlı takip teşkil eden fiilleri gerçekleştiren faile olabildiğince erken müdahaleyi öngören kanunî düzenlemelerin oluşturulması gerekmektedir. Bu sebeple, başta Amerika Birleşik Devletleri'nde olmak üzere, mağdurun etkin bir şekilde korunması ve ısrarlı takip teşkil eden fiillerin işlenmesini engellemek adına ceza kanunlarında söz konusu fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Türkiye'de henüz bir suç olarak düzenlenmese de ısrarlı takip bünyesindeki fiiller, ceza kanunlarında yer alan suçlar ihlâl edildiği ölçüde fail açısından cezaî sorumluluk gündeme gelecektir.

Özel hukuk açısından ise ısrarlı takip teşkil eden fiillere bakıldığında, söz konusu fiillerin başta Türk Medenî Kanunun[4] kişilik hakkını koruyan hükümlerine aykırılık teşkil ettiklerinden dolayı, ısrarlı takibi doğrudan düzenleyen bir hukukî düzenleme olmasa da Türk Medenî Kanunun bu hükümleri çerçevesinde koruma yollarına başvurulabilecektir. Ayrıca, Türkiye uluslararası nitelikteki, *"Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesini (İstanbul*

değiştirilmesi, devam etmekte olduğu eğitim öğretim kurumunun değiştirilmesi ve fizyolojik görüntüsünün estetik ve cerrahi yolla veya estetik ve cerrahi yol gerekmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun olarak kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesine karar verdi. Daha önce şiddet mağduru bir kadın için sadece altı aylık süre ile isim ve soy isim değişikliği kararı verilirken, üniversiteli genç kadın için verilen karar emsal teşkil etti. Mahkeme, kararın bir hafta önce verilmesi ile kararların yerine getirilmesi için cumhuriyet savcılığına re'sen yazı gönderdi. Kararın icrası cumhuriyet savcılığı tarafından gerçekleştirilecek. Genç kadının kimlik bilgilerinin değiştirilmesinin yanı sıra estetik ameliyatları da yine devlet imkânıyla yapılacak" şeklindedir. Bkz. http://www.milliyet.com.tr/sadece-hayatini-degil-yuzunu-degundem-1978136/ (Erişim Tarihi: 02.12.2014).

[3] **Mustaine**, Elizabeth Ehrhardt/ **Tewksbury,** Richard, A Routine Activity Theory Explanation for Women's Stalking Victimizations, Violence Against Women, Vol. 5, No. 1 January 1999, p. 43-62, p. 3.

[4] R.G. 8.12.2001, S.24607.

Sözleşmesi)[5]*"* kabul ederek, Türkiye'de ısrarlı takibe ilişkin hukukî gelişmeler ivme kazanmıştır. Zira söz konusu sözleşmenin 34 üncü maddesinde yeterli olmasa da, ısrarlı takip kavramına ilişkin kısa bir tanımlama bulunmaktadır[6]. Bunun yanında, İstanbul Sözleşmesinin kabulünden sonra mülga olan 4320sayılı Ailenin Korunmasına dair Kanun'un[7] yerine çıkarılan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Şiddetin Önlenmesine dair Kanun[8] ve bu kanunun uygulanmasına yönelik olarak 2013 yılında çıkarılanYönetmelikte, korunacak kişi grupları içinde ısrarlı takip mağduru da gösterilmiştir.

---

[5] İstanbul'da imzaya açılan sözleşme, *"İstanbul Sözleşmesi*" olarak da anılmaktadır. Türkiye, 11 Mayıs 2011 tarihinde Sözleşme, imzaya açıldığında ilk imzayı atmış, 24 Kasım 2011 tarihinde TBMM onaylayarak (24.11.2011 tarihli ve 6251 Sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan sözleşme 10.02.2011 tarihli ve 2012/2816 sayılı Bakanlar kurulu kararına uygun olarak yürürlüğe konmuştur) 8 Mart 2012 tarihinde, Dünya Kadınlar Gününde, 28227 sayılı (Mükerrer) Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ayrıca, bu sözleşme Türkiye tarafından kabul edilmeden önce bu konu açısından önem arzeden bir karar olan AİHM'nin 9.9.2009 tarihli Opuz vs. Turkey davasında verilen karar incelenmelidir. Söz konusu davadaki olayda N. Opuz kocası H. Opuz tarafından defalarca saldırıya uğramıştır. Bu olaydan dolayı cezaevine giren H. Opuz uzun süre tutuklu olarak yargılandıktan sonra cezaevinden çıkmıştır. Ceza evinden çıktıktan sonra, H. Opuz, N. Opuz'u kendisi ile beraber olması için tehdit etmeye devam etmiştir. N. Opuz'un sürekli kocası tarafından tehdit edilmesi ve kendisine şiddet uygulanmasından dolayı bu olay ısrarlı takip olarak değerlendirilebilir. Bu davada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *"Yargı makamlarının genel olarak kadına yönelik şiddet konusunda gereken hassasiyeti göstermeyip, kayıtsız kalması ve sanıkların şiddet eylemlerinin cezaî yaptırıma tâbi tutulmaması gerçeği karşısında, kadınların şiddetten korunması noktasında, cinsiyet ayrımcılığına dayalı bir hak ihlâli bulunduğunu"* tespit etmiştir. Ardından bu durumun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2 inci, 3 üncü ve 14 üncü maddelerine aykırı olduğu hususu mahkemece karara bağlanmıştır. Bu karardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek üzere, Türkiye ilk olarak 11 Mayıs 2011 tarihinde *"İstanbul Sözleşmesi"*ni imzalamış, ardından ise 6284 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Doğan,** Recep, Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu, ABD, Yıl 72, S. 2, 2014, s. 136-154, s. 149., Kararın aslı için Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, http: // hudoc.echr.coe.int /sites/eng/ pages/ search.aspx?i= 001-92945 (Erişim Tarihi: 07.11.2014).

[6] Söz konusu sözleşmede *"tek taraflı ısrarlı takip"* anlamına gelebilecek *"taciz amaçlı takip"* biçiminde ısrarlı takibe benzer bir ifade kullanılmıştır. Sözleşmede geçen *"taciz amaçlı takip"* ifadesi, bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu kişinin kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkâr davranış olarak nitelendirilmiştir. Bkz. **Günay**, Mehmet, 6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler, TAAD, C. 1, S. 10, (Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak'a Armağan), 2012, s. 647-686, s. 655.

[7] R.G. 17.01.1998, S. 23233. Ancak 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 23 üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[8] R.G. 20.03.2012, S. 28239.

II. GENEL OLARAK ŞİDDET, ISRARLI TAKİP VE ISRARLI TAKİP MAĞDURU KAVRAMLARI

A. ŞİDDET

Toplum içinde yaşayan bireyler arasındaki ilişkiler aile, akrabalık, arkadaş vb. şekillerde kurulmakta, kimi zaman insanlar arasındaki bu yakınlık durumu istenmeyen bir biçimde gelişmekte ve olumsuz şekilde gelişen bu durum daha sonra şiddeti doğurabilmektedir. Bu yüzden şiddet olgusu, çok farklı uygulama şekilleri ve boyutları ile tüm dünyada genel bir hukukî sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Günümüzde toplum içinde yaygın şekilde görülen şiddete, birçok yerde rastlamak mümkündür. Evde, okullarda, kitle iletişim araçlarında, medyada[9], işyerlerinde, sokaklarda kısaca özel ve kamusal yaşamın her aşamasında farklı şekilleriyle şiddet olaylarını gözlemlemek mümkündür. Bu bağlamda, gündelik yaşamın bir parçası olarak şiddet, insanların iletişim ve etkileşim içinde bulunduğu tüm alanlarda karşılaştıkları yadsınamaz bir gerçektir. Özellikle, günümüzde kitle iletişim araçlarının gelişmesiyle birlikte sosyal hayatta bireyler arasında meydana gelen şiddet olayları medya vasıtasıyla bütün topluma ulaşmakta, bazen bu durum çoğunlukla toplum üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmektedir[10]. Çok farklı davranış biçimleriyle ortaya çıkan şiddet olgusu, günümüzde gerek bireysel gerekse toplumsal boyutuyla sık sık karşılaşabilen bir olgu hâline gelmiştir.

Baskı, eziyet, korkutma, sindirme, cezalandırma, hatta öldürme şeklinde görülebilen şiddet, her toplumda görülme yoğunluğu farklı olmakla birlikte, sürekli biçimde gündelik yaşamda rastlanan başlıca şiddet türleridir[11]. Ancak, en sık görülen şiddet türü fiziksel cebirle gerçekleştirilen şiddet olduğu için, bu yüzden şiddet kavramının zihinlerde uyandırdığı ilk izlenim fiziksel cebir olmakla birlikte; elbette şiddet kavramı sadece fiziksel cebirden ibaret olan sığ

---

[9] "…. *Medyada defalarca yinelenerek verilen şiddet görüntülerinin, bireylerin beyinlerinin ve kalplerinin derinliklerine işleyerek kalıcı izler bıraktığı özellikle de özdeşim kurma eğilim ve ihtiyacında olan bireyleri derinden etkilediği göz önüne alınmalıdır. Ayrıca toplumsal rollerle ilgili örnek davranış kalıpları ve hayatla ilgili örnek yaşam modellerinin bireylere sunularak yayın yapılması toplumumuzdaki bireylerin kişiliklerine olumlu etki yapacak ve toplumumuzun daha sağlıklı gelişmesine katkı sağlayacaktır."* Bkz. 6284 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi, TBMM Kanun Gerekçesi, http: // www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ ss181.pdf, s. 7 (Erişim Tarihi: 09.11.2014).

[10] **Kızmaz**, Zahir, Şiddetin Sosyo-Kültürel Kaynakları Üzerine Sosyolojik Bir Yaklaşım, FÜSBD, S.2, Elazığ 2006, s. 247-267, s. 248.

[11] **Kocacık**, Faruk, Şiddet Olgusu Üzerine, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Sivas 2001, s. 1-7, s. 1.

bir kavram değildir[12]. Şiddet kavramı ve şiddetin kapsamı, fiziksel cebirden çok daha geniştir. Bu açıdan şiddet değişik şekillerde sınıflandırılabilir. Buna göre, şiddet, fiziksel, sözlü-duygusal-psikolojik, cinsel ve ekonomik şiddet şeklinde çeşitli başlıklarda incelenebilir.

Fiziksel şiddet, uygulamaya bakıldığında daha çok kişiye fiziksel bir zarar verme amacına yönelik olarak vurma, tokat atma, itme, kol bükme, bir kesici aletle yaralama şeklinde gerçekleşir. Sözlü-duygusal ya da psikolojik şiddette ise şiddet uygulayan tarafından mağdur aşağılanmakta, hakaret görmekte, mağdurla dalga geçilmekte, mağdurun ailesi ve arkadaşlarıyla görüşme hakkı elinden alınmakta, mağdur üzerinde sosyal ve kültürel olarak üstünlük kurmaya çalışılarak şiddet gerçekleştirilmektedir. Cinsel şiddette ise taciz, tecavüz, ensest ilişkiye zorlama, zorla evlendirme gibi fiiller mağdura karşı işlenmektedir. Ekonomik şiddet durumunda mağdur, zorla çalıştırılmakta ya da çalışmaktan alıkonulmakta, maddî bakımdan muhtaç bırakılmakta, mağdurun malvarlığı izinsiz ve rızası olmadan kullanılmakta veya yok edilmektedir[13]. Sadece örnek kabilinden sayılan bu durumlar uygulamada şiddetin çeşitli görünümleri olmakla birlikte, şiddet ortaya çıkmadan, bir başka deyişle uygulanmadan akla gelmeyecek pek çok farklı formda da gerçekleşebileceği beklenen karmaşık bir kavram olarak somutlaşabilmektedir. Bir bakıma, şiddetin türü ve kapsamı, uygulayacak olanın hayal gücü ile sınırlıdır, denilebilir.

Sözlük anlamı kaba, sert davranmak, kaba kuvvet, güç kullanmak olan şiddet, genel olarak bir kişinin diğerine zarar verme niyetiyle çeşitli şekillerde saldırıda bulunması ya da kişinin kendisine uygulanmasını istemediği bir davranışa maruz kalmasıdır[14]. İstenilmeyen bu davranışlar sonucunda kişinin, fiziksel ya da ruhsal açıdan acı ve üzüntü duyması sonucu doğmaktadır. Genel

---

[12] **Erdem**, Mehmet, Aile içi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, TBBD, S. 73, 2007, s. 46-77, s. 54. Şiddetin sadece fiziksel cebirle sınırlı olmayacağına ilişkin olarak; *"...manevî şiddete maruz bırakıldıkları da yadsınamaz bir gerçektir. Bunlardan dolayı kişilerde özgüven eksikliğinden kimlik bunalımına ve toplumsal hayattan soyutlanmaya varan ve insan onuruna yakışmayan muhtelif neticeler doğmaktadır."* TBMM Kanun Gerekçesi, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf, s. 63. (Erişim Tarihi: 09.11.2014).

[13] **Karal**, Dilek/ **Aydemir**, Elvan, Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet, Uluslar Arası Stratejik Araştırmalar Kurumu, Usak Raporu No:12-01, Mart 2012, s. 22. http: // www.usak.org.tr/images_upload/files/1201 %20kad%C4%B1na%20y%C3%B6nelik%20%C5%9Fiddet.pdf. (Erişim Tarihi: 03.02.2014)

[14] TDK Büyük Sözlük, http://www.tdk.gov.tr /index.php? option= com_bts&arama=kelime&guid= TDK.GTS.5444c6ce22a672.89996793, (Erişim tarihi:20.10.2014).

olarak şiddet, dünya çapında, ağır bir insan hakkı ihlâli, sosyolojik açıdan ciddî bir toplumsal sorun olarak görülmektedir. Şiddet kültürel, ekonomik, dinî, coğrafî, siyasî hiç bir sınır tanımaksızın varlığını sürdürmekte, bireylerin huzurlu, mutlu yaşamaları ve mevcut potansiyellerini gerçekleştirmeleri önünde büyük bir engel oluşturmaktadır[15].

Hemen her ulusu meşgul eden bu sosyolojik ve hukukî sorun göz ardı edilemeyeceği için uluslararası hukuk düzeyinde şiddeti önlemeye yönelik olarak pek çok hukukî düzenleme yapılmış ve bunlar kapsamlı katılımlarla kabul edilerek imzalanmıştır. Bu kapsamda, başta BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi[16], Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere Türkiye de *"İstanbul sözleşmesi"* ve *"Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılmasına Yönelik Sözleşme"* gibi aynı amacı taşıyan diğer pek çok sözleşmenin tarafı olmuştur.

Türk hukuku açısından ele alındığında şiddet kavramı, 4320 sayılı kanunda tanımlanmış değildi. Ancak, bu kanuna ilişkin Yönetmelikte şiddet; aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranış şeklinde tanımlanmıştı (Yön. m.4/1-e). Daha sonra yürürlüğe giren 6284 sayılı Kanunla şiddet kavramı ve şiddetin kapsamı daha da genişletilmiştir. Buna göre, şiddet, kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış olarak tanımlanmıştır (m.2/1-d).

---

[15] **Şener**, Ekin Bozkurt, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, s. 9. http://yenikadininstatusu.aile.gov.tr/data/542a8e86369dc31550b3ac33/ekin_bozkurt_tez.pdf (Erişim Tarihi: 12.12.2014). **Özbilen**, Arif Barış/ **Soygüt**, Arslan, Mualla Buket, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Değerlendirilmesi, "10. Yıl'a Armağan" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 11, S. 22, 2012/2, s.365-387, s. 366.

[16] **Ruhi**, Ahmet Cemal, Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması, AÜEHFD, C. 8, S.1-2, 2004, s. 529-562, s. 529.

6284 sayılı Kanunda ayrıca, kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet tanımlarına da yer verilmiştir. Buna göre, kadına yönelik şiddet; kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlâline yol açan ve bu kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı (m.2/1-ç), ev içi şiddet ise şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti ifade etmektedir (m.2/1-b). Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiler ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler, şiddet mağduru olarak kabul edilmektedir.

B. ISRARLI TAKİP VE ISRARLI TAKİP MAĞDURU KAVRAMLARI

Sosyoloji ve psikoloji bilimleri açısından değerlendirildiğinde, *"ısrarlı takip (stalking)"* olgusu yeni bir kavram olmamakla birlikte, bu kavramın hukukî açıdan değer kazanması çok yenidir. Gerçekten, ısrarlı takip, hukuk bilimi dışında; psikoloji, sosyoloji, kriminoloji gibi birçok disiplinin ilgi ve çalışma alanına girmektedir[17]. Hukukî açıdan büyük önem taşıyan ısrarlı takip kavramının açıklığa kavuşturulması, öncelikle fail profilinin belirlenmesini gerektirmekte, bunun da belirlenmesi psikoloji biliminden destek alınarak mümkün olabilecektir.

Kelime kökeni İngilizce *"stalking"* olan kavram, sözlükte *"bir kişiye saldırmak veya birini yakalamak, öldürmek için takip etmek[18]"* şeklinde ifade edilmekte olup Türkçeye *"musallat olma", "dadanma", "sırnaşma"* olarak çevrilebilir[19]. Hukukî açıdan bir tanıma bürünmesi yakın bir tarihe dayanan bu kavram, hukuka aykırılığın yeni ve özel bir türü olarak ortaya çıkmıştır[20]. Bu kavramın tanımlanması noktasında, psikoloji, sosyoloji gibi farklı bilimler arasında görüş birliği olmadığı gibi hukuk bilimi bakımından dahi farklı hukuk dalları arasında bile özdeş tanımlar yapılmamaktadır.

---

[17] **Doğan,** s. 138.

[18] Dictionary of Contemporary English, Longman 2009, p. 1711.

[19] **Doğan,** s. 138

[20] **Türkmen**, Ahmet, Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medenî Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, DEÜHFD, C.11 (Özel Sayı, 2009), 1387-1434. s. 1387.

Israrlı takibe ilişkin ilk yasal düzenleme, Amerika'da Rebecca Schaeffer adlı aktrisin bir hayranı tarafından öldürülmesi[21] sonucu gündeme gelmiştir. Bunun üzerine, ilk kez 1990 yılında, California'da ısrarlı takip mağdurlarını korunmasına ilişkin kanun[22] kabul edilmiştir[23]. Ancak, Amerika'da daha sonraki kanunî gelişmeler göz önüne alındığında ısrarlı takibin sınırlarının belirlenmesine ilişkin olarak eyaletten eyalete değişen farklı tanımlar yapılmıştır. Genel olarak birçok kanunda ısrarlı takip, makul davranan bir insanın tehdit olarak algılayacağı veya korku duyacağı şekilde sürekli olarak tekrarlanan ve takip şeklinde gerçekleşen kasıtlı sergilenen davranışlar, olarak ifade edilmektedir[24]. Öğretide yapılan tanıma göre ise, ısrarlı takip, genellikle

[21] Bu olayda, Rebecca'nın katili Robert Bardo, oyuncu olan Rebecca'ya hayranlık duymaya başlamıştı. Oyuncuya mektuplar gönderir, daha sonra oyuncuyla temasa geçmek için oyuncunun şov programı yaptığı stüdyoya gelir; fakat güvenlik görevlilerinin engellemeleri nedeniyle oyuncuya ulaşamaz. İkinci bir girişimde daha bulunur ancak bu girişiminde de başarılı olamaz. Fakat ısrarından vazgeçmez ve oyuncunun yaşadığı şehir olan Los Angeles'a bir kez daha gider, bu sefer oyuncunun yaşadığı yeri tespit eder. Oyuncunun evine giderek omunla konuşmak ister ancak talebi olumsuz karşılanınca ilgisi nefrete dönüşür ve oyuncuya saldırarak onu evinde öldürür. Bkz. **Meloy**, J. Reid/ **Saunders,** Rhonda, The Psychology of Stalking: Clinical and Forensic Perspectives, 1998, p. 26-27. Israrlı takibe ünlüler dünyasından bir başka örnek, Diana Spencer'ın (Prenses Diana'nın) ölümü gösterilebilir. Prenses Diana ve onun yaşantısı, magazin basını tarafından sıkı bir şekilde takip edilmektedir. Diana, basının bu ilgisinden rahatsızdır. Diana magazin basının yıldırıcı takibinden dolayı Dodi Al Fayed ile tatillerini yarıda keserek Paris'e dönmeye karar vermişlerdi. Ancak, 31 Ağustos sabahı Dodi'nin apartmanına gitmek için otelden çıktıkları anda yine magazin basının yoğun ilgisi ile karşılaşırlar. Otelin arka kapısından çıkmalarına rağmen magazin basını onları takip etmeye başlar. Çifti taşıyan aracın şoförü basından kaçarken karanlık bir tünelde kaza yapar, Dodi Al Fayed olay yerinde hayatını kaybederken, Prenses Diana ise kaldırıldığı hastanede hayatını kaybeder. Bkz. **Meloy/ Saunders**, p. 1-2. Ayrıca bkz. http://www.biography.com/people/princess-diana-9273782#image-young-princess-diana. (Erişim tarihi: 29.11.2014).

[22] Amerika Birleşik Devletleri'nin California'da eyaletinde kabul edilen bu kanun için bkz. California Penal Code Section 646.9 (http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=639-653.2, Erişim Tarihi: 05.11.2014).

[23] **Spitzberg**, Brian H./ **Cupach**, William R., What mad pursuit? Obsessive Relational Intrusion and Stalking Related Phenomena, Aggression and Violent Behavior 8, 2003, p. 345–375, p. 347; **Davis**, Joseph A., Stalking Crimes and Victim Protection, 2001, p. 4. Avrupa'da ise ısrarlı takip, kadına karşı şiddet bağlamında Almanya ve Macaristan'da ilk kez 2007 yılında özel bir suç türü olarak ceza kanunlarında düzenlenmiştir. Daha sonra, Çek Cumhuriyeti 2008'de, İtalya 2009'da ısrarlı takibi suç olarak ceza kanunlarına almışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hagemann-White,** Carol, Protecting Women against Violence, Analytical Study of the Results of the Third Round of Monitoring the Implementation of Recommendation Rec, 2002, 5, on The Protection of Women Against Violence in Council of Europe Member States, p. 13. Ayrıca bkz. Stalking Report, Committee On Equality And Non-Discrimination, Council Of Europe Parliamentary Assembly, Doc.13336, 15.10.2013, p. 10, http://assembly.coe.int// nw/xml/ XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID= 20036&lang=en (Erişim Tarihi: 23.01.2015).

[24] **Sheridan,** Lorraine P./ **Blaauw**, Eric/ **Davies**, Graham M., Stalking, Knowns And Unknowns,

karşı tarafa yönelik gizli veya açık cinsel bir istek veya yönelim sebebiyle, bir kimsenin sarkıntılık veya taciz olarak nitelenebilecek fiillerin oluşturduğu bir bütünlüktür ve kişinin süreklilik içinde takip edilmesidir[25].

Bu çerçevede, ısrarlı takip, kavramını tanımlamak gerekirse, bir kişinin, başka bir kişiyi hukuka aykırı olarak ve belirli bir süre tekrarlanan davranışlarla rahatsız etmesi, bu kişinin kendisinin tehlikede olduğunu hissettirecek şekilde korkmasını sağlayan ve kasıtlı olarak tekrarlanan, kişiyi söz ve fiillerle takip ve taciz etmesi veya kişiye şiddet uygulamasıdır[26]. Tanımdan yola çıkarak, takibin hukuka aykırı olmasının ilk şartı, takibin belirli bir süre devamlık göstermesi, ikinci şart ise birden fazla fiilin tekrarı olsa da bu fiillerin her biri ayrı ayrı ısrarlı takip sayılabileceği gibi bunların bir arada olması durumunda

Trauma, Violence, & Abuse, Vol. 4, No. 2, April 2003, p. 148-162, p. 149. Ayrıca Amerika'da ısrarlı takibe ilişkin olarak ceza kanunlarında yer alan düzenlemelerde kaleme alınan tanımlar, bir kanundan diğerine de değişiklik göstermektedir. Ancak özünde, bu kanunlarda ısrarlı takip teşkil eden fiilin gerçekleşmesi için mağdurun korku ve duygusal durumuna göre değerlendirmeler yapılmaktadır. Buna göre, bazı eyaletlerde ısrarlı takibin oluşabilmesi için bu fiiller sonucu mağdurda meydana gelen korku, objektif olarak makul bir insanın aynı davranışlara maruz kalması sonucu aynı şekilde korku duyacağı kanaatine ulaşılıyorsa, bu durumda ısrarlı takibin oluştuğu soncuna varılmaktadır. Ayrıca kanunî düzenlemelerde korkunun seviyesi açısından da bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Bazı eyaletlerde ölüm korkusu veya ağır bedensel zarara uğrama korkusu aranırken, diğer eyaletlerde sadece duygusal olarak kendini tehdit altında hissetmek ya da bu konuda korku duymak yeterli kabul edilmektedir. Bkz. **Baum**, K/ **Catalano**, S./ **Rand**, M., National Crime Victimization Survey Stalking Victimization in the United States, p. 3, https://www.victimsofcrime.org/docs/src/baum-k-catalano-s-rand-m-rose-k-2009.pdf?sfvrsn=0 (Erişim Tarihi: 07.11.2014).

[25] **Doğan,** s. 138. Ayrıca bkz. The Law Reform Commission of Hong Kong, Stalking Report 2000, p. 4, http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/rstalk-e.pdf (Erişim Tarihi: 09.11.2014). Aslında, bu tanımda ısrarlı takip fiilleri, cinsel tacizle sınırlandırılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Türk hukukunda da cinsel amaçlı tacize ilişkin olarak düzenlenmiş bir ceza normu bulunmaktadır. TCK m. 105'te yer alan bu hükme göre, cinsel taciz; *"bir kişinin, bir başkasını rızası olmadan sözleriyle, gözleriyle veya bedeniyle, cinselliği hedefleyerek rahatsız etmesi ya da bireylerin edep ve iffetlerine yönelik olarak, rahatsız edici hareketlerde bulunulması"* olarak ifade edilmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz**. Özbek**, Veli Özer/ **Kanbur**, Mehmet Nihat/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2012, s. 357 vd. Başka bir tanımda TCK m. 105'in kapsamına sadece cinsel amaçlı tacizin girdiği, fakat tacizin unsurlarına bakıldığında sadece cinsel saikle değil farklı saiklerle de gerçekleşebileceği ifade edilmiştir. Sözgelimi birine hakaret etmek amacıyla taciz teşkil eden fiiller işlenebilir. Bu durumda, hakaret suçuna ilişkin tipiklik ihlâl edilmiştir. Böylece, hakaret amaçlı taciz fiillerinin süreklilik arz etmesi ısrarlı takip teşkil edebilecektir. Bkz. **Artuk,** M. Emin/ **Gökçen**, Ahmet/ **Yenidünya**, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2012, s. 205. Sonuç olarak, bu tanımda geçen cinsel bir eğilim amacıyla ısrarlı takibin gerçekleşmesi şartı, ısrarlı takip kavramının kapsamı daraltığı gibi 6284 sayılı Kanunun amacı ile de uyumlu değildir. Bu bağlamda, cinsel eğilim dışında gerçekleştirilen diğer bir eylem de şartları varsa ısrarlı takip kavramına dâhil olabilecektir.

[26] **Günay**, s. 655-656.

da ısrarlı takipten bahsedilebilir. Ancak, bu fiiller bir arada işlendiğinde ısrarlı takip, birbirinden bağımsız adeta biri diğeri üzerine inşa edilen ve birbirini izleyen eylemler zinciri şeklinde ortaya çıkar[27].

Israrlı takip teşkil eden fiillere bakıldığında; ısrarlı takibin temelde üç unsurdan teşekkül ettiği söylenebilir. Bu unsurlardan ilki, mağdura karşı mağdurun istemediği rahatsız edici davranışlarda bulunmaktır. İkinci unsuru, açık veya örtülü olarak tehdit edici davranışların varlığı, üçüncüsü unsuru ise bu tehdit edici davranışlar sonucu makul bir kişinin korku veya endişe duymasıdır[28]. Zaten ısrarlı takip teşkil eden fiillerin temel özelliklerine bakıldığında, söz konusu fiillerin istenmeyen, başkasını rahatsız edici, tehdit edici nitelikteki takip fiilleri olduğu görülecektir[29]. Ayrıca bir kişinin bu şekilde diğerini rahatsız etmesi, kişiye şiddet uygulaması, kişiyi takip ve taciz etmesi için kişinin bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekmektedir[30].

Israrlı takip kavramını, taciz ve sarkıntılık fiilleri çerçevesinde tanımlayan yazarlara[31] göre ısrarlı takip, taciz ve sarkıntılık fiillerinin özel bir görünümüdür. Bundan dolayı, taciz kavramı ısrarlı takip karşısında üst bir kavram olarak kabul edilmektedir. Çünkü *"taciz etme (harass)"* fiilinin gerçekleşmesi için, mağdurda önemli ölçüde duygusal sıkıntılara yol açan, iki veya daha fazla tekrarlanma şeklinde gerçekleşen[32], devamlılık kastını açık bir şekilde ortaya koyan eylemlerin, fail tarafından icra edilmesi zorunludur. Bu nedenle, taciz (harassment) kelimesinin günlük dildeki kullanımı ile hukuk literatüründeki kullanımı, ısrarlı takip kavramına karşılık gelmektedir. Başka bir deyişle, ısrarlı takip olarak nitelenen eylemler zinciri her hâlükârda sarkıntılık ve taciz eylemi olarak kabul edilebilir[33].

Israrlı takip fiili teşkil eden davranışları otaya çıkma şekline göre temelde üç şekilde ifade etmek mümkündür. Buna göre, söz konusu fiiller; saldırı

---

[27] **Walsh**, Keirsten L., *"Safe and Sound at last? Federalized Anti-Stalking Legislation in the United States and Canada*" Dickinson Journal of International Law, Vol. 14 No. 2, 1996, p. 373-402, p. 381; **Doğan,** s. 141.

[28] **Meloy/ Saunders,** p. 2.

[29] **Mustaine**/ **Tewksbury**, p. 44.

[30] **Türkmen**, s. 1387.

[31] **Doğan,** s. 138; **Lingg,** Richard A, "Stopping Stalkers: A Critical Examination of Anti-Stalking Statutes", St John's Law Review, 67, (2), 1993, p. 347-381, p. 375.

[32] Ancak, ceza hukuku ilkelerine göre yapılan taciz tanımlarına bakıldığında en az iki veya daha fazla eylem şartı aranmamaktadır. Bkz. **Artuk**/ **Gökçen/ Yenidünya**, s. 202. vd.; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız / Tepe**, s. 356. vd.

[33] **Doğan**, s. 139. Ayrıca bkz**. Lingg**, p. 375.

veya tehdit edici iletişim (mail, sosyal medyadan takip, mektup göndermek, telefonla aramak gibi) kurmak, yine tehdit edici veya saldırıya yönelik olarak mağduru fiziksel olarak takip etmek ve bu bağlamda mağdura zarar verilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır[34]. Mağduru fiziksel olarak takip etmek, mağdurla herhangi bir şekilde iletişim kurmak veya iletişim kurmaya çalışmak, mağdura ait olan veya mağdura ait olduğu izlenimi verilen görsel ve yazılı herhangi bir materyali yaymak, istenmeyen ve tekrarlanan telefon aramaları yapmak, sürekli mektup veya elektronik posta göndermek, mağduru sosyal medyada, özel veya kamusal alanda gözetlemek, sürekli mağdurla görüşme veya karşılaşma çabası içinde olmak, mağdura ısrarla hediye göndermek, mağdur hakkında çeşitli iletişim vasıtalarıyla gerçek veya gerçek dışı sözler söylemek, mağdurun internette dolaşımını, ziyaret ettiği siteleri, elektronik posta, kısa mesaj ve diğer yollarla yaptığı haberleşme trafiğini ve iletişimi izleyip gözetim altına almak, mağdurun bulunduğu herhangi bir kamusal veya özel alana gizlice sızmak, mağdura ait herhangi bir mülkün dokunulmazlığını ihlâl etmek gibi eylemlerin ısrarlı takip olarak kabul edilmesi gerekmektedir[35].

Söz konusu fiillerin ısrarlı takip olarak değerlendirilerek bunların mağdurda ciddî bir korkuya veya endişeye yol açtığının kabul edilebilmesi için süreklilik arz etmesi gerekir. Süreklilik unsuru ise en az iki kez tekrarlanmayı ya da bu eylemler nedeniyle mağdurun, günlük hayatının alışılmış, tekrar eden (rutin) gereklerini yerine getirmede ciddî bir şekilde zorluk çekmesini ve failin söz konusu fiilleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesini gerektirmektedir. Israrlı takip teşkil eden fiillerin oluşumu için failin, fiilin mağdurda korku veya endişeye neden olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması yeterli olup failin mağdurda korkuya veya endişeye neden olmak saikiyle hareket etmesi gerekli değildir. Bir başka deyişle, söz konusu fiillerin ısrarlı takip niteliğinde olması için genel kast yeterli olup, failin özel bir kast ile hareket etmesi gerekli değildir. Bu açıdan fail ile mağdur arasında önceden var olan duygusal veya kişisel bir ilişki, failin fiilini hukuka uygun hâle getirmeyecektir. Dolayısıyla, failin mağdur ile daha önceden kişisel veya duygusal bir ilişkiye

---

[34] **Kjaerum**, Morten,Violence Against Women: An Eu-Wide Survey Main Results, European Union Agency For Fundamental Rights, Luxembourg 2014, p. 82.

[35] **Baum/ Catalano/ Rand**,. p. 2.; **Doğan** , s. 140.; U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Stalking and Domestic Violence: The Third Annual Report to Congress Under the Violence Against Women Act, July 1998, p. 5, http://www.ojp.usdoj.gov (Erişim tarihi: 30.10.2014). Bazen fail yukarıda belirtilen yolları kullanarak mağdura olan sevgisini ispat etmeye çalışır, fakat bu sevgisine karşılık bulamadığı zaman ise mağdura karşı olumsuz bir tavır takınmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. The National Victim Center, *"Stalking – Questions and Answers*", http://www.nvc.org/ddir/info43.htm. (Erişim Tarihi: 12.12.2014).

sahip olduğu, ancak bu ilişkinin mağdur tarafından sonlandırıldığı hâllerde, failin bu eylemleri mağduru tekrar ilişkiye ikna etmek amacıyla işlediği ve failin ısrarlı takip fiilini işleme kastının bulunmadığı iddia edilemez[36]. Bu noktada, takibin süreklilik arz etmesi temel ölçüt olup fiilin birden çok kez gerçekleşmesi aranmaktaysa da kimi zaman somut olayın şartlarına göre iki veya daha çok tekrarlanan takip de ısrarlı takip olmayabilir. Örneğin, bir elektronik postayı yanlışlıkla birden çok kez aynı kişiye göndermek ısrarlı takip sayılmayacağı gibi bir randevu için bir şahsa birden çok talebi farklı şekillerde (aracı, elektronik posta, telefon yoluyla) iletmek de ısrarlı takip olmayabilir.

Israrlı takibin şiddet şeklinde ortaya çıktığı durumlarda, bu fiilleri gerçekleştiren kişilerin mağdurla daha önce birlikte ya da aynı çevrede yaşayan veya başka bir sebeple ilişki içinde olan kişiler olduğu görülecektir. Bu kabule göre, ısrarlı takip niteliğindeki fiilleri, ya mağdurla aynı çatı altında yaşayan kişiler ya da mağdurun arkadaşı, işvereni ve benzeri yakın ilişki içinde olduğu kişiler gerçekleştirmektedir. Bu yakın ilişkiden yararlanılarak gerçekleştirilen şiddet nazara alındığında bütün dünyada olduğu gibi Türkiye'de de ısrarlı takibin, hâliyle şiddetin mağdurlarının çoğunlukla kadınlar ve çocuklar olduğu görülür[37]. Zaten cinsiyet ayrımcılığına dayalı şiddet olaylarında mağdur-fail profiline bakıldığında genelde kadınların mağdur, erkeklerin ise fail olduğu görülmektedir[38]. Israrlı takip teşkil eden fiiller, genellikle ataerkil toplumlarda erkekler tarafından kadınlar üzerinde egemenlik kurmaya yönelik bir güç kullanma şekli olan şiddet olarak belirir. Buna örnek olarak, fiziksel şiddet, hakaret, tehdit, aşağılama, cinsel taciz, tecavüz, cinayet dahi gösterilebilir.

Israrlı takip teşkil eden fiillere maruz kalan kişilerde[39] bedensel zararlar

[36] **Doğan,** s. 140, 141.

[37] **Moroğlu,** Nazan, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi (6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi),TBBD, S. 99, 2012, s.357-380, s. 358.

[38] **Tjaden,** Patricia/ **Thoennes**, Nancy, Full Report of the Prevalence, Incidence and Consequences of Violence Against Women, Full Report of the November 2000. p. 6, https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ nij/183781.pdf. (Erişim Tarihi: 012.12.2014). Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, s. 70 vd.; **Türkmen**, s. 1391; **Doğan**, s. 142; **Meloy/ Saunders**, p. 2, 4; **Kjaerum**, p. 86.

[39] Israrlı takibe maruz kalan kişilere ilişkin olarak Amerika Birleşik Devletlerinde yapılan araştırmalarda 6.6 milyon insan her yıl ısrarlı takibe maruz kalmaktadır. Mağdur profiline bakıldığında her altı kadından biri ve erkeklerde de her yirmi erkekten biri ısrarlı takip fiiline maruz kalmaktadır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. **Black,** Michele C.; The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey: 2010 Summary Report, Atlanta, GA: National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention, 2011, p. 29.; Ayrıca birçok ısrarlı takip olayında mağdurlarda ciddî yaralanmalar ve/veya ölüm

yanında iş kaybı, psikolojik sorunlar, özgüvenini ve girişimcilik ruhunu yitirme gibi manevî zararlar da görülmektedir[40]. Bazı durumlarda, ısrarlı takip fiilleri sonucu mağdur olan kişilerin sosyal yaşamını, maruz kaldığı bu fiillere göre düzenledikleri tespit edilmiştir. Failin bu davranışları nedeniyle mağdurun evini, telefon numarasını, fiziksel görünüşünü, her zaman kullandığı ulaşım vasıtalarını, işyerini değiştirmesi, bu fiillerin mağdurun sosyal yaşantısı üzerindeki etkileri olarak gösterilebilir[41]. Ayrıca, bu fiiller sonucunda kimi zaman özgürlüğün kısıtlanması, hatta ölüm tehlikesi gibi kişilik hakkına yönelik ağır tehditler de ortaya çıkmaktadır.

Türk hukuku açısından yeni bir kavram olan ısrarlı takip, 24 Kasım 2011 yılında kabul edilen İstanbul Sözleşmesi sonucunda kanunî düzenlemelerde yer almaya başlamış, bu anlamda ilk düzenleme, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (AKKŞÖDK) olmuştur. Bu yüzden, ısrarlı takip niteliği taşıyan fiiller bir bütün olarak henüz kanunî düzenlemelerde ceza hukuku açısından tipik bir suç olarak düzenlenmemiştir.

Türk Ceza Kanunu açısından ısrarlı takip teşkil eden fiiller bir bütünlük içerisinde değerlendirilmeyip, bütünden ayrı olarak ele alınmaktadır. Örneğin, cinsel taciz (TCK. m.105), tehdit (TCK. m.106), şantaj (TCK. m.107), cebir (TCK. m.108), kasten yaralama (TCK. m.86), özel hayatın gizliliğini ihlâl (TCK. m.134), kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (TCK. m.123) gibi suçların maddî unsurları, bazı ısrarlı takip teşkil eden fiillerin bünyesinde yer almaktadır[42]. Bu durumun olumsuz yanı, ısrarlı takip teşkil eden fiillerin tekil olarak kanunlarda suç olarak düzenlenmemesi nedeniyle, kavramın sınırlarını belirlemenin güçleşmesidir[43]. Türkiye'nin de taraf olduğu "*İstanbul Sözleşmesi"*nin 34 üncü maddesinde, ısrarlı takip, *"Başka bir kişiye yönelik, kendi güvenliği için korku duymasına neden olacak şekilde tekrar eden kasıtlı*

meydana gelmiştir. Bkz. **Lemon,** Nancy K. D., Domestic Violence & Stalking: A Comment on the Model Anti-Stalking Code Proposed by the National Institute of Justice, Battered Women's Justice Project, December 1994, http: // www. mincava. umn.edu/ documents/ bwjp/ stalking/ stalking.html, (Erişim tarihi: 29.10.2014). Kadınlara yönelik olarak Avrupa Birliğinin 28 ülkesinde yapılan bir araştırmaya göre kadınların %15'i 15 yaşından itibaren ısrarlı takibe maruz kalmaktadır. Kadınların %14'ü saldırı veya sürekli tehdit edici mesaj ya da telefonla rahatsız edilmekte ve ısrarlı takibe maruz kalan her 10 kadından 1'ine karşı gerçekleştirilen ısrarlı takip fiilleri daha önce yakın ilişki kurdukları kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. **Kjaerum**, p. 81.

[40] **Moroğlu,** s. 359.

[41] **Türkmen,** s. 1391; **Baum / Catalano / Rand**, p. 1.

[42] **Doğan,** s. 141.

[43] **Türkmen,** s. 1392.

davranışlar" olarak ifade bulmuş olup söz konusu sözleşme taraf devletleri, bu anlamda Türkiye'yi de bu tarz fiillerin cezalandırılması için hukukî ve diğer tedbirleri almakla yükümlü kılmaktadır.

Israrlı takip kavramına ilk defa, Türk mevzuatında *"tek taraflı ısrarlı takip"* deyimiyle 6284 sayılı *"Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (AKKŞÖDK)"*un 1 inci maddesinde yer verilmiştir. Ancak, Kanunda ısrarlı takibe ilişkin bir tanım yoktur. Daha sonra bu Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan *"6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği"nin*[44] 3 üncü maddesinin (ş) bendinde kavram tanımlanmıştır[45]. Bu hükme göre, tek taraflı ısrarlı takip, *"Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fizikî veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiilî, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı"* ifade eder.

III. TÜRK HUKUKUNDA ŞİDDETE VE ISRARLI TAKİBE İLİŞKİN HUKUKÎ DÜZENLEMELER

A. 1982 ANAYASASI

Başta kadın ve çocuklar olmak üzere aile bireylerinin ve Türk hukuku açısından yeni bir kavram olan ısrarlı takip mağdurunun korunmasına yönelik en önemli araçlardan biri şüphesiz hukuksal düzenlemelerdir. Aile içi şiddetin önlenmesine yönelik olarak başlayan ve ilk örnekleri uluslararası hukukta görülen düzenlemeler iç hukuka da yansımıştır[46]. Böylece, ülkemizde aile fertlerine, özellikle kadına ve çocuklara yönelik olumsuz ayrımcılığın ve bu ayrımcılığın aracı olan mağdura yönelik şiddetin önlenmesi için anayasal ve kanunî düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Türkiye'de gerçekleştirilen bu hukukî düzenlemeler, kaynağını başta uluslararası sözleşmelerden bunun yansıması olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndan almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 5, 10, 12, 17, 19 ve 41. maddeleri, bireyler arasında her türlü ayrımcılığı reddeder ve kanun önünde eşitliği düzenler. Ayrımcılığın reddedilmesi ve eşitliğin sağlanması adına öncelikle aile içinde gerçekleşen şiddetin önlenmesi, bunun için de şiddeti ortaya çıkaran etkenlerin

[44] RG. 18.1.2013, S. 28532.

[45] **Doğan,** s. 149.

[46] **Ruhi**, s. 530.

yok edilmesi zarurîdir[47]. Bu çerçevede Anayasa'nın *"kanun önünde eşitlik"* başlığı altında kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu; devletin bu eşitliğin hayata geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı ifade edilmiştir[48].

"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." diyen Anayasa'nın 12 inci maddenin birinci fıkrası, en temel hak olan yaşama hakkını şiddetin her türlüsünü dışlamak suretiyle güvence altına almıştır. Yine 17 inci maddenin 3 üncü fıkrası, şiddeti,*"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz."* şeklindeki ifadesi ile yasaklamaktadır. Kişi hürriyeti ve güvenliği başlıklı 19 uncu maddede *"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir"* biçimindeki düzenlemesiyle, kişi olarak kadının cinsiyet farklılığına bağlı olarak özgürlüğünü güvenceye alır. Anayasa'nın 41 inci maddesine 3.10.2001 tarihinde, 4709 sayılı Kanun'la eşler arası eşitliğin sağlanması adına *"Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır."* ifadesi eklenmiştir. Buradaki eşitliğin kanun önünde eşitlik olarak algılanması, eşlerin yaradılış gereği farklılıklarının göz ardı edilmeyeceği unutulmamalıdır.

Bu düzenlemeden sonra yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, önceki Medenî Kanunda var olan, *"Erkek evin reisidir."* biçimindeki düzenlemeye ve yine eski Medenî Kanunda bu hükme benzer şekilde erkek egemen toplum ve aile düşüncesini yansıtan hükümlere yer vermemiştir. Böylece, modern hukuktaki gelişmelerle eşgüdümlü olarak Anayasal düzeyde benimsenen prensipler kanunlara da yansımaya başlamıştır. Ayrıca, aynı maddenin devamında Anayasa, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile plânlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve gerekli teşkilâtı kuracağını, ifade etmek suretiyle hukuk devleti kadar sosyal devlet ilkesine de vurgu yapmıştır[49].

B. ULUSLARARASI BELGELER VE ANTLAŞMALAR

Tüm dünyada, aile bireylerine ve özellikle kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve bu bağlamda ısrarlı takip mağdurunun korunmasının günümüz

[47] **Karınca,** Eray, Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, http://www.ankarabarosu. org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/Kadina_Yonelik_Aile_ici_Siddet_ic.pdf (Erişim Tarihi: 17.10.2014).

[48] **Ulucan,** Devrim, Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı (M. Polat SOYER'e Armağan), 2013, s. 369-383, s. 372.

[49] **Karınca**, Sorular, s. 37.

hukuku anlamında esaslı bir sorun olarak görülmeye başlanması, bu önemli sorunun önlenmeye çalışılması, mağdurun korunması kadar failin cezalandırılması çabaları çok eski değildir. 1970'lerden sonra gündeme gelmeye başlayan bu çabalar ve çözüm yolları 1990'lardan sonra uluslararası geçerliliği olan belgelerde kapsamlı olarak yer almaya başlamıştır[50]. Bu kapsamda, 1979 tarihli *Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılmasına Yönelik Sözleşme (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women/ CEDAW)* 1981 yılında yürürlüğe girmiş, bu sözleşmenin İhtiyarî Protokolü 2000 yılında kabul edilmiştir[51]. Daha sonra, *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev içi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)* Türkiye gibi pek çok ülke tarafından da benimsenmiş ve iç hukuk bu sözleşmede yer alan ilkelere göre yeniden biçimlendirilmiştir.

Gerçekten, Türk hukukunda, şiddetin önlenmesi ve ısrarlı takip mağdurunun korunmasına yönelik mevzuatın modern hukuktaki gelişmeler paralelinde şekillendirilmesinde, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası belgeler ve antlaşmaların[52] çok büyük bir etkisinin olduğu inkâr edilemez. Esasen, ulusal düzeyde yapılan kanunî düzenlemelerde yer alan hemen her kavramın temelinde, bu bahsi geçen uluslararası belge ve Antlaşmalar yatmaktadır[53]. Örneğin, ülkemizin ev sahipliği yaparak derhâl imzaladığı İstanbul Sözleşmesinin 34 üncü maddesinde bugünkü mevzuatımızda yer

[50] **Moroğlu,** s. 359. Avrupa Konseyi'nde ve Avrupa Birliği'nde 2000'li yıllara kadar *"kadının şiddetten korunmasına*" dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde) ve Avrupa Konseyi tavsiye kararlarında kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik özel bir düzenleme olmamakla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan "işkence yasağı, insanlık dışı ve kötü muamele yasağı ve zorla çalıştırma yasağı" kurallarından hareketle "BM Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Bildirge"deki ilkelerle örtüşen kararlar vermiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Moroğlu**, s. 363.

[51] TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddet İnceleme Raporu, 24. Dönem 2. Yasama Yılı 2011, s. 15. Ayrıca, bkz. **Ertürk,** Şükrü / **Özdamar**, Demet, Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1169-1218.

[52] Şiddet ve ısrarlı takip açısından önem arz eden diğer uluslararası belgeler, *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Bildirisi (1992), Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri, BM Pekin Deklarasyonu*'dur. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kadın Hakları Mevzuatı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi. http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/khmevzuat.pdf (Erişim Tarihi:22.11.2014).

[53] **Ceylan,** Ebru, Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler, TBBD, Yıl 26 Kasım-Aralık, S. 109, 2013, s. 13-54, s. 15.

bulan ve yukarıda da bahsi geçen ısrarlı takip kavramının tanımına yer verilmiştir. Sözleşme, bugüne kadar ortaya atılmış olan şiddet ve ısrarlı takip konusundaki düzenlemelerin, eylem plân ve programlarının, bildirgelerin, tavsiye kararların özünü oluşturması bakımından özel bir öneme sahiptir.

Ayrıca, 6284 sayılı Kanunun m.1/2-a hükmünde, ısrarlı takip mağduru da dahil olmak üzere bu kanun kapsamında korunan tüm kişilerin güvenliği noktasında, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin, özellikle *"Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin"* esas alınacağı belirtilerek uluslararası belgelerin bu hususa dayanak teşkil edeceği açıkça belirtilmiştir.

C. MEDENÎ KANUN

Medenî Kanunda, Türk hukuku açısından yeni bir kavram olan ısrarlı takip ile ilgili olarak doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, ısrarlı takip teşkil eden fiiller Medenî Kanunun bazı maddelerine aykırılık teşkil edebileceğinden özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla Medenî Kanun çerçevesinde mağdurun başvurabileceği bir takım hukukî koruma yolları mevcuttur. Bu bağlamda, Medenî Kanun kapsamında mağdur, Medenî Kanunun madde 23 ve devamı hükümleri çerçevesinde kişiliğin korunmasına yönelik hükümlerinden yararlanabilecektir. Ayrıca mağdur, aile içi şiddet sebebiyle kanunda yer alan diğer hükümlerden de istifade edebilecektir. Eşlerin mahiyetine uygun düşmesi kaydıyla fiilî ayrılık ya da boşanma aşamasında da Medenî Kanundaki hükümlerin korumasından yararlanabilecekleri kabul edilmektedir[54].

D. 6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN

6284 sayılı ve 8.3.2012 tarihli *"Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (AKKŞÖDK)[55]"* 20.03.2012 tarihinde

[54] Mağdurun bu kapsamda başvurabileceği hukukî korunma yolları hakkında ileride detaylı bilgi verilecektir. Bkz. IV, A.

[55] Kanunun hazırlık sürecine bakıldığında 6284 sayılı Kanun, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin kanunun uygulamada görülen eksiklikleri sebebiyle gündeme gelmiştir. 6284 sayılı Kanun, son dönemdeki kanunî kodifikasyonun tersine geniş bir kesim tarafından tartışılarak yasalaşmıştır. Kadın örgütleri yasanın hazırlanma sürecinde aktif olarak yer almış olup, Türkiye'de ilk defa 242 kadın örgütü "Şiddete Son Platformu" çatısı altında bir kanun metni üzerinde çalışma yürütüp taleplerini ortaklaştırdı ve bu bağlamda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile müzakere yapılmıştır. Tasarı taslaklarında birbiri ardına değişiklikler yapıldıktan sonra, tasarı nihayet 24 Şubat 2012 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. Konusu itibariyle Tasarı, Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nda ayrıntılı olarak görüşülmesi

yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, aynı zamanda 4320 sayılı *"Ailenin Korunmasına Dair Kanunu"* yürürlükten kaldırmıştır.

Yürürlüğe giren yeni Kanunun amacı ilk maddesine göre, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Böylece, bu kanun yoluyla kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olabilecek kişiler olmak üzere dört kişi grubu koruma altına alınmıştır. Kanun sayesinde şiddetle mücadelenin bir üst seviyeye taşınması ile kadın ve aile bireylerine yönelik şiddete geniş bir perspektifle bakılması amaçlanmaktadır[56]. Bu açıdan, Kanun, şiddete uygulayan kimseye yönelik geliştirilen tedbirlerle kadına, çocuğa, diğer aile üyelerine yönelik şiddetin ve ısrarlı takip teşkil eden fiillerin mağdurunun korunması anlamında kapsayıcı önlemler alınmasına imkân veren önemli bir kanunî araçtır.

Bu kanun uyarınca hâkim, kanunda belirtilen ya da kendisinin re'sen gerekli gördüğü önlemleri herhangi bir talebe gerek kalmadan alabilecektir. Yine, bu Kanun açısından diğer bir olumlu düzenleme Medenî Kanunda yer alan genel hükümlerden farklı olarak ispat yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Yani, Medenî Kanunun 6 ıncı maddesi gereğince, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür, kuralı bu kanun hükümlerine başvurulmasında uygulanmaz. Koruma talebiyle ilgili bir başvuru[57] söz konusu olduğu zaman aile mahkemesi, mağdur, sanık ya da tanık dinlemeye gerek olmadan koruma

---

beklenirken TBMM Başkanlığı'nca talî komisyon olarak görevlendirilmiştir. Tasarı, TBMM Genel Kurulu'nda temel kanun niteliğinde görüşülmüş ve 8 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı Kanun olarak yasalaşmıştır. 6284 sayılı Kanun, kadın örgütlerinin tüm taleplerini karşılamasa da ileriye dönük olumlu adımları içermektedir. Bu hususta, ayrıntılı bilgi için bkz. **Şener**, Ülker 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor? Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, s. 2, http: // www.tepav.org. tr / upload / files/ 13330268091.6284 _ Sayili _Ailenin _Korunmasi_ ve_Kadina_Yonelik_ Siddetin_Onlenmesine_Dair_Kanun_Ne_Getiriyor.pdf. (Erişim Tarihi: 04.02.2015).; **Moroğlu,** s. 374.

[56] Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı 2012-2015, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, s. 12.

[57] 6284 sayılı Kanun ve yönetmelik, ısrarlı takip müessesesi bağlamında değerlendirildiğinde kurumu karşılamak üzere*"tek taraflı ısrarlı takip"* teriminin kullanıldığı görülür. Kanun ve Yönetmelik gereğince, ısrarlı takip kurumunun söz konusu olduğu durumlar, fail hakkında uzaklaştırma (restraining order), mağdur hakkında ise koruma tedbiri (protection order) alınmasını gerektirebilir. Bkz. **Doğan**, s. 149.

kararı verecek ve böylece süreç uzamadan kanunun etkin şekilde uygulanması sağlanmış olacaktır[58].

IV. ŞİDDET VE ISRARLI TAKİP MAĞDURUNUN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKÎ KORUMA YOLLARI

A. MEDENÎ KANUN VE BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE KORUMA

1. Genel Olarak

Yürürlükten kaldırılan 4320 sayılı Kanunun ilk maddesinde, *"Türk Medenî Kanununda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak"* ibaresi yer almaktaydı. Bu kanunun yerine Yürürlüğe giren 6284 sayılı Kanun (AKKŞÖDK) m.1/ 2-a bendinin son cümlesinde, *"... yürürlükteki diğer kanunî düzenlemeler esas alınır",* ifadesi yer almaktadır[59]. Bu hükme göre, 6284 sayılı bu özel Kanunda (AKKŞÖDK) yer alan hukukî yollara başvurabilme imkânının yanı sıra mağdur, Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu çerçevesinde diğer hukukî koruma yollarına da başvurulabilecektir. Elbette, 6284 sayılı Kanunda (AKKŞÖDK) yer alan bu hükümler olmasaydı da genel hukuk ilkelerinden yola çıkarak aynı sonuca ulaşmak mümkün olurdu. Zira kanunların uygulanması bakımından, genel kanun-özel kanun ilişkisi söz konusu ise genel kanunun özel kanuna aykırı olmayan hükümlerini uygulamaya bir engel yoktur.

2. Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu Çerçevesinde Koruma

Aile içi şiddet ve/veya ısrarlı takip sonucu mağdura karşı yönelmiş fiillere karşı mağdurun korunabilmesi için Medenî Kanun hükümlerine de başvurulabilir. Zira, söz konusu fiiller her şeyden önce TMK. m.23 vd. hükümleri çerçevesinde kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere aykırılık teşkil eder.

---

[58] **Kılıç**, Muharrem, Yasal Koruma ve Güvence Sistemleri Açısından Şiddetin Hukuksal Çerçevesi (Legal Protection and Assurance System of Violence In Terms of The Legal Framework), LHD, C. 11, S. 132, 2013, s. 4-34, s. 16. Yargıtay bir kararında bu tür durumlarda "yaklaşık ispatı" yeterli görmüştür. Bkz., 2.HD, E.2012/5972, K. 2013/7023, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 10.02.2015).

[59] 6284 sayılı Kanun (AKKŞÖDK) m.1/ 2 *"Bu Kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında aşağıdaki temel ilkelere uyulur. a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanunî düzenlemeler esas alınır"* şeklindedir.

Kişilik hakkı, mutlak haklar kategorisinde yer almakta olduğundan herkes bu hakka saygı göstermek, kişilik hakkını tehlikeye düşürecek veya hakka zarar verecek tutum ve davranışlardan kaçınmakla yükümlü kılınmıştır. Kişilik hakkının kapsamı ve korunması ise, TMK. m.23-25 ile TBK m.58'de düzenlenmiştir. Bunların yanında, kişilik hakkına koruma getiren TMK. m. 26, 121, 158 ile TBK. m. 26-27, 53-56 gibi hükümler de mevcuttur[60].

Kişilik hakkına yönelik saldırılar, şiddet veya ısrarlı takip şeklinde gerçekleştirilince hukuka aykırı fiil teşkil edeceği için borçlar hukuku anlamında haksız fiil olarak nitelendirilebilecektir. Kişilik haklarının korunmasına verilen önemden dolayı haksız fiile ilişkin genel hükümler dışındaki kişilik hakkını doğrudan koruyan hükümler, Medenî Kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır. Şüphesiz, bu tür uyuşmazlıklarda Borçlar Kanununda yer alan hükümler de Medenî Kanundaki hükümlerle birlikte veya onlardan ayrı olarak mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır[61].

Israrlı takipte kişilik haklarına saldırı niteliğindeki fiillere maruz kalan mağdur, Medenî Kanunda yer alan davalar yoluyla gerekli korumadan yararlanabileceğine göre mağdur, saldırı tehlikesinin önlenmesine yönelik olarak saldırıyı önleme, var olan saldırıyı sona erdirmek adına saldırıya son verme, saldırı sonucunda zarar meydana gelmişse ve diğer şartlar da mevcut ise maddî ve/veya manevî tazminat davaları yoluyla hakkını koruyabilir. Israrlı takip özelliği taşıyan fiiller kapsamında mağdur sürekli takip ediliyor, mağdura sürekli şiddet uygulanıyor veya mağdur sürekli şiddet tehdidi altında bulunuyorsa bahsi geçen korumadan yararlanmak mümkün olabilir. Örneğin, mağdura yönelik sözlü ve/veya fiilî saldırı varsa, mağdurun evi gözetleniyorsa, mağdur rahatsız edici şekilde takip edilmekteyse hâkimden söz konusu davranışların sona erdirilmesini talep edebileceği gibi başlamamış ancak ciddî bir tehlike oluşturan bu tehdide karşı saldırının önlenmesi yoluyla tehdidin ortadan kaldırılmasını da sağlayabilir.

Kişilik hakkını koruyucu davaların açılabilmesi için hukuka aykırı saldırı yeterli sayılmakta failde kusur ve mağdur açısından ortaya çıkmış bir zararın varlığı aranmamaktadır. Hukuka aykırılık, hukuk düzeni tarafından

---

[60] **Zevkliler,** Aydın/ **Acabey,** Mehmet Beşir/ **Gökyayla,** K. Emre, Medenî Hukuk, 5. Baskı, Ankara 1995, s. 452; **Ayan,** Mehmet/ **Ayan,** Nurşen, Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014, s.86; **Dural,** Mustafa/ **Öğüz,** Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2010, s.136, 149.

[61] **Ayan/ Ayan**, s. 87.

izin verilmeyen bir eylem ve davranış olup tamamen objektif mahiyettedir[62]. Bir başka değişle kişiliği korumaya yönelik her türlü hukuk kuralına aykırılık hukuka aykırılık teşkil eder[63]. Israrlı takip durumunda Medenî Kanunda yer alan kişiliğin korunmasına yönelik davaların açılabilmesi açısından, failin tekrarlanan davranışlar bütününün objektif olarak hukuka aykırı olması şarttır. Ancak, saldırıya yönelik davalar bakımından mağdurun mutlaka endişe ve korku duyması veya maddî ya da manevî bir zarara uğraması hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için zorunlu unsur değildir. Zira mağdurun korku veya endişe duyması, yine bir zarara uğraması hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen fiilin sonucunda meydana gelmektedir[64].

a) Saldırının Önlenmesi Davası

Medenî Kanunun 25 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, *"Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini,…isteyebilir"*. Bu davanın amacı, henüz mevcut olmamakla birlikte yakın bir gelecekte kişilik hakkına yönelmesi kuvvetle muhtemel olan hukuka aykırı bir saldırıyı önlemektir. Önleme davası sayesinde, kişilik hakkı çok yakın bir saldırıya uğrama tehlikesiyle karşı karşıya bulunan kimseye, bu ciddî ve pek yakın saldırıyı daha gerçekleşmeden önce engelleme imkânı verilmekte, böylece ortaya çıkabilecek belki de telafisi imkânsız zararların önüne peşinen geçilmiş olmaktadır[65]. Önleme davasının açılabilmesi için failin kusurlu olması şart değildir. Bir diğer değişle, bu davanın açılabilmesi bakımından failin kusurlu olup olmaması hiçbir önem arz etmez, failin kusurlu olması ayrıca tazminata hükmedilmesine neden olabilir. Ancak, gerçekleşmesi beklenen fiilin ya da fiillerin hukuka aykırı olması zorunludur. Elbette, somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu ise hukuka uygun hâle gelecek fiil için bu davanın açılması mümkün olmayacaktır.

Önleme davasının açılabileceği süre konusunda, kanunda, herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen kişiliğe yönelik saldırı ihtimali devam ettiği sürece önleme davasının açılabileceği kabul edilmektedir. Bu dava sonucunda verilen karar *"saldırı fiilinin yasaklanması"* şeklinde bir hüküm içerecek ve hüküm, faile yönelik olarak *"yapmama, işlememe"* emrini bünyesinde

[62] **Akipek,** Jale/ **Akıntürk**, Turgut/ **Ateş Karaman,** Derya, Türk Medenî Hukuku, Cilt 1, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 400.

[63] **Oğuzman,** Kemal/ **Seliçi,** Özer/ **Oktay-Özdemir** Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 190.

[64] **Türkmen**, s. 1404.

[65] **Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman,** s. 397.

barındıracaktır[66]. Örneğin, ünlü bir sanatçının hayranı olan failin çeşitli şekillerde sanatçıya ulaşarak her seferinde onu kaçıracağını ifade etmesi durumunda zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya olan sanatçı, kişilik hakkı içerisinde yer alan özgürlüğünün korunması adına önleme davası açmak suretiyle saldırı fiilinin yasaklanmasını ve muhtemel faile tehditte bulunduğu fiili yapmama emri verilmesini sağlayabilir. Şüphesiz, teorik olarak mümkün olsa da bu hüküm çerçevesinde kişilik değerleri için koruma sağlamaya çalışmak, hüküm güçlü bir yaptırıma sahip olmadığı için pratikte etkili sonuç vermeyecektir.

b) Saldırıya Son Verme Davası

TMK.m.25/I'e göre, *"Davacı, hâkimden ... sürmekte olan saldırıya son verilmesini ... isteyebilir"*. Saldırıya son verme davası, genel olarak kişilik haklarına yönelmiş ve hâlen devam etmekte olan saldırının durdurulmasını sağlamak ve tekrarına engel olmak için açılan bir davadır. Esasen bu dava, kişilik hakkına yönelmiş ve devam etmekte olan saldırılara karşı mağdurun korunmasını amaçlamaktadır[67]. Israrlı takip fiili açısından konuya yaklaşıldığında, kişiliğe yönelmiş, başlamış ve hâlen devam eden, ısrarlı takip eylemi niteliği taşıyan bir saldırı söz konusu olmalıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, ısrarlı takip teşkil eden fiiller tek bir davranışın neticesinde meydana gelmemektedir. Israrlı takibin bir olayda varlığından bahsedebilmek için bir bütün teşkil eden aynı veya farklı davranışların belirli bir süre tekrarlanması gerekir. Burada, hukuka aykırılık unsurunu oluşturan, bu fiillerin oluşturduğu bütünlüktür[68]. Bu izaha göre, ısrarlı takip mağduru, çeşitli vasıtalarla sürekli olarak taciz edilmekte, mağdurun özel hayatı izlenmekte ya da mağdur sürekli olarak söz ve davranışlarla takip çemberinde tutularak rahatsız edilmekte ise, bu durumda hâkimden söz konusu fiillerin sona erdirilmesine yönelik mevcut saldırıların sonlandırılması istenebilir. Burada, hâkim, mağdur sürekli olarak gözetleniyorsa, failin mağdurun evine yaklaşmamasına karar verip ve bu konuda kişiye emir verecek, bu davranışların sonlandırılmasını tesis etmek üzere gerekli tedbirlerin alınması için ayrıca gereğinin yapılmasına hükmedecektir.

---

66 **Ayan/ Ayan**, s. 110.

67 **Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman,** s. 396.

68 **Türkmen**, s. 1407.

c) Tazminat Davaları

Kişilik hakkına yapılmış saldırı sonucunda meydana gelen zararın tazmini için açılan davaya tazminat davası denir. Tazminat davaları hukukî niteliği itibarıyla alacak davası olup bu davalar sonucunda verilen hüküm de bir eda hükmü niteliğindedir[69]. Kişilik hakkına saldırı ısrarlı takip eylemiyle gerçekleştirildiğinde hukuka aykırı bir fiil söz konusu olacağına göre, bu eylemi gerçekleştiren fail de kusurlu ise mağdur, faile karşı bu kusur oranında ortaya çıkan zararının giderilmesi amacıyla tazminat davalarını da açabilecektir. Tazminat davaları uğranılan zararın türüne göre, maddî ve manevi tazminat davası olmak üzere iki şekilde açılabilmektedir[70].

aa) Maddî Tazminat Davası

Maddî tazminat davasında, mağdurun kişilik hakkına yapılan saldırı nedeniyle meydana gelen parasal zararını tazmin etmeye yönelik olarak mahkemeden talepte bulunması söz konusu olmaktadır (TMK. m.25/III). Kişilik haklarına saldırı durumunda zararın tazmininin özel olarak düzenlendiği hâllerde de bu hükümler uygulama alanı bulur. Kişilik hakkına saldırı niteliği taşımayan haksız fiil durumunda ise Borçlar Kanununda yer alan genel haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen (TBK. m.49 vd.) hükümlere başvurmak gerekecektir[71]. Israrlı takip fiili, herhâlde kişilik hakkına yönelik bir saldırı olduğuna göre TBK. m.49 vd. hükümleri yerine TMK. m.25/III hükmü çerçevesinde failin sorumluluğuna gidilmeli, bu hususta boşluklar genel hükümlere gidilmek suretiyle doldurulmalıdır.

Zarar malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma (fiilî zarar) ya da artması gereken aktifin artmaması (yoksun kalınan kâr) şeklinde gerçekleşebilir[72]. Örneğin, ısrarlı takip sonucunda vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı sebebiyle yaralanan bir kişinin tedavi masrafları ya da ekonomik geleceğin sarsılması sebebiyle uğradığı gelir kaybı maddî zarar olarak ifade edilebilir[73].

Maddî tazminat davasının açılabilmesi için genel haksız fiil şartlarının varlığı aranır. Bu bağlamda, davanın açılabilmesi için fiilin hukuka aykırı olması, fiil sonucunda ortaya maddî bir zararın çıkması, zarar ile fiil arasında

---

[69] **Ayan/ Ayan,** s. 114.

[70] **Ayan/ Ayan**, s. 114.

[71] **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir,** s. 226; **Türkmen**, s. 1415.

[72] **Ayan / Ayan,** s. 115.

[73] **Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla,** s. 503, **Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman,** s. 406.

uygun illiyet bağının bulunması ile failin kusurlu olması gerekir. Bu davanın açılabilmesi için her ne kadar kusur şart ise de, kusursuz sorumluluğu gerektiren bir haksız fiil söz konusu ise kusur bir şart olarak aranmayacaktır[74]. Örneğin, ısrarlı takip teşkil eden fiillerin ayırt etme gücü bulunmayan bir akıl hastası tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, kural olarak akıl hastası olan kişi verdiği maddî zararlardan dolayı sorumlu olmayacak, ancak ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan kişilerin hakkaniyet sorumluluğu söz konusu olduğu ve bu haksız fiil sorumluluğu da bir kusursuz sorumluluk hâli olarak nitelendirildiği için kusur sorumluluğun bir şartı olmayabilecektir.

Israrlı takip sebebiyle maddî tazminat talep edilmişse, haksız fiile ilişkin hükümler bu davada da uygulanacaktır. Hâkim, zarar ve tazminat miktarını tespit ederken, uyuşmazlık konusunda zamanaşımı değerlendirmesi yaparken TBK. m. 49 vd. hükümlerinden somut olaya uygun olanları uygulayacaktır[75].

Israrlı takip oluşturan her bir fiilin sebep olduğu maddî zararların yanında, bu fiili oluşturan davranışların ortak illiyetle meydana getirdiği maddî zararlar da tazminat olarak istenebilir. Israrlı takip durumunda, takibin niteliğine göre bedensel yaralama sonucu oluşan sağlık giderleri, psikolojik bozukluk sonucunda psikolojik tedavi giderleri, eylemlerin bütünü sonucunda meydana gelebilecek özgürlüğün kısıtlanması, iş kaybı, failden korunmak amacıyla yapılan masraflar maddî tazminat alacağı olarak talep edilebilecektir[76]. Örneğin, magazin medyasından kaçarken kaza geçiren bir ünlünün uğradığı maddî zararlar, ısrarlı takibi gerçekleştiren medya mensupları ve kazada kusuru olan diğer kişilerce (taksi şoförü veya kazaya karışan bir üçüncü kişi gibi) müteselsil sorumluluk çerçevesinde tazmin edilecektir.

ab) Manevî Tazminat Davası

Manevî tazminat davası, kişilik hakkına yönelik saldırı sonucunda meydana gelen manevî zararların tazmini için açılan bir alacak davasıdır. Manevî tazminatın söz konusu olabilmesi için kişinin malvarlığında meydana gelen azalmanın dışında, kişinin saldırı sebebiyle manen sarsılması, elem ve üzüntü duyması, toplum nezdindeki itibarının sarsılması söz konusu olmalıdır[77]. Haksız fiil durumunda, failin manevî tazminata mahkûm edilmesinin hukukî niteliği tartışmalı olsa da bu konudaki hâkim görüşe göre, burada failin cezalandırılması değil mağdurun tatmini amaçlanmaktadır[78].

[74] **Dural/ Öğüz,** s. 149.

[75] **Ayan / Ayan,** s. 114.

[76] **Türkmen**, s. 1416.

[77] **Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman,** s. 407.

[78] **Ayan / Ayan,** s. 114.

Bu davanın açılması için gerekli olan şartlar maddî tazminat davasıyla paralellik gösterir. Buna göre, hukuka aykırı fiil sonucunda manevî nitelik taşıyan bir zararın meydana gelmesi, failin kusurlu olması, zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Manevî zararın meydana geldiğinin ispatı davacıya aittir. Bu bağlamda, maddî tazminatta olduğu gibi manevî tazminatta da ısrarlı takip teşkil eden her bir fiilin sonucunda meydana gelen zararlarla birlikte bu fiilleri oluşturan davranışlar bütününün oluşturduğu manevî zararların tazmini istenebilecektir[79]. Yukarıdaki örneğe dönülürse, magazin medyasının ısrarlı takibinden kaçarken kaza geçiren bir ünlü, kaza, bir diğer deyişle haksız fiil sebebiyle uğradığı maddî zararlar gibi manevî zararların tazmini için de ilgililere karşı dava açabilecektir.

3. Türk Medenî Kanununda Yer Alan Diğer Tedbirler

Yukarıdaki hükümlerin dışında, Medenî Kanunda ailenin korunmasına yönelik olarak bazı tedbirler de öngörülmüş bulunmaktadır. Aile içi şiddet ve ısrarlı takip mağduru açısından önem arz eden bu hükümler, TMK. m.195 ve devamında yer almaktadır. Bu hükümlere göre, hâkim, aile içi şiddet durumunda olabileceği gibi bir eşin diğerinin ısrarlı takibi durumunda da eşlere yükümlülüklerini hatırlatıp, onları birbirlerinin kişilik haklarına uymaları hususunda uyarabilir. Aile konutu niteliği taşıyan taşınmazın devrini engellemek adına tapu sicilinde malik olmayan eş lehine aile konutu şerhi[80] konulabileceği gibi mağdur olan ya da olma ihtimali bulunan eş ve çocuklar lehine nafaka takdir edebilir. Hâkim, ortak hayata ara verilmesine karar verebileceği gibi eşin malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini de sınırlayabilir. Ayrıca üçüncü kişilerin borçlarını, aleyhine önlem alınan eş yerine mağdur eşe ödemelerine karar verilebilir. Medenî Kanun bunlardan başka çocukların korunmasına yönelik olarak hâkime, gerekli önlemleri alma yetkisini de tanımıştır. Hatta bu, hâkime tanınmış bir yetki olduğu kadar, ona yüklenmiş bir görevi de ifade etmektedir[81].

Medenî Kanundaki tedbirlerle ilgili olarak 6284 sayılı Kanun göz önüne alındığında, Medenî Kanunda düzenlenen tedbirler, daha çok genel nitelikli ve tavsiye niteliği taşıyan güçlü yaptırımlarla desteklenmemiş önerilerden ibarettir. Oysa 6284 sayılı Kanunda düzenlenen tedbirler, sadece şiddete

[79] **Türkmen**, s. 1417.

[80] **Akıntürk,** Turgut/ **Ateş Karaman,** Derya, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Cilt II, 15. Baskı, İstanbul 2013, s. 121.

[81] **Tığlı**, Hüseyin, Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması, TAAD, C. 1, S. 5, 2011, s. 487-538, s. 513.

uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesine hasredilmiş özel ve güçlü yaptırım gücüne sahip etkili hükümlerden oluşmaktadır. Bu nedenle, 6284 sayılı Kanunun kapsamına giren somut olaylarda, Medenî Kanunda düzenlenmiş olan tedbirlere başvurulmasına hiçbir engel yoksa da bunlarla birlikte veya bunlar olmadan da 6284 sayılı Kanun hükümlerine başvurmak çoğu zaman bir mecburiyet teşkil edecektir.

6284 sayılı Kanun ile kural olarak hâkime, sadece aile içi şiddet ve ısrarlı takip bağlamında, evlilik birliğine müdahale etme yetkisi verildiği söylenebilir. Bu kabule göre, evlilik birliği, aile içi şiddet ve ısrarlı takip dışında bir nedenle tehlikeye girmiş bulunuyorsa bu durumda alınabilecek tedbirler, TMK. m. 195 ve devamı maddelerinde ifade edilen tedbirler olacaktır[82]. Şüphesiz, ısrarlı takip mağdurunun eş veya çocuk gibi fail ile aile bağı olmayan biri olması durumunda, Medenî Kanundaki kişiliği koruyan hükümler dışındaki (bu paragrafta izah edilen diğer tedbirlere) hükümlere başvurulması mümkün görünmemektedir.

B. 6284 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KORUMA

1. Genel olarak

"*Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkes, bu durumu resmî makam veya mercilere ihbar edebilir. İhbarı alan kamu görevlileri bu kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek ve uygulanması gereken diğer tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar etmekle yükümlüdür" (*AKKŞÖDK m. 7). Kanunda yer alan bu hükümde, her ne kadar şiddet ve şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı durumunda resmî makam ve mercilere ihbar yapılacağı ve bunun üzerine gerekli olan tedbirlerin alınacağından bahsedilmişse de hükümde ısrarlı takip mağduru kavramı yer almamaktadır. Ancak, kanunun ilk maddesinde ısrarlı takip mağdurunun da korunacak kişi grubu içinde gösterilmesi nedeniyle, ısrarlı takip kavramına dahil bir fiille karşılaşan mağdurun bu kanun çerçevesinde gerekli ihbarları yaparak kanunda yer alan tedbirlerden yararlanabileceği ifade edilmelidir.

Uygulanacak tedbirlere ilişkin olarak 6284 sayılı Kanunda, 4320 sayılı Kanundan farklı olarak yalnız şiddet mağduruna yönelik olarak uygulanan önleyici tedbirlere değil bunlarla birlikte, şiddet uygulayan kişilere yönelik

[82] **Badur**, Emel, Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler, TBBD, S. 84, 2009, s. 63-92, s. 67.

koruyucu tedbirlere de yer verilmiştir[83]. Böylece, şiddet ve ısrarlı takip fiillerine maruz kalan kişiler, bu kanun çerçevesinde mülkî amir tarafından koruyucu tedbir kararı verilmesini isteyebilecekleri gibi hâkimden önleyici ve koruyucu tedbirlere karar verilmesini de isteyebileceklerdir. Ayrıca, öncelikle şiddet ve ısrarlı takip teşkil eden bir icraî veya ihmalî hareketin 6284 sayılı Kanun kapsamında olduğunun kabulü ve kanunda yer alan koruma tedbirlerinden yararlanabilmek için, o hareketin Ceza Kanunları anlamında suç oluşturması gerekli değildir[84]. Bu anlamda, söz konusu hareketin suç olup olamadığına bakılmaksızın mağdurun korunması söz konusu Kanun çerçevesinde sağlanacaktır.

6284 sayılı Kanun ve bu kanuna ilişkin Yönetmelikte tedbirlerin tanımı ve kapsamı ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Buna göre, *"tedbir kararı"* kanun kapsamında, şiddet mağdurları ve şiddet uygulayanlar hakkında hâkim, kolluk görevlileri ve mülkî amirler tarafından, istem üzerine veya re'sen verilecek tedbir kararlarını (AKKŞÖDK. m.2/1-ğ), *"koruyucu tedbir"* kanunda belirtilen merciler tarafından korunan kişi hakkında olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin kararı (Yön. m.3/1-k) ve *"önleyici tedbir"* ise yine kanunda belirtilen merciler tarafından şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişi hakkında, olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin kararı ifade eder (Yön. m.3/1-p).

6284 sayılı Kanun'da yer alan tedbirler Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan ihtiyatî tedbirlerden farklı olarak kendine özgü ve temyiz edilebilir olmayan kararlar olup, karar tarihinden itibaren on gün içinde dava açılması gerekli değildir. Ayrıca, tedbirin devam etmesi için dava açılması gerekli olmadığından, dava açılmaması durumunda uygulanan tedbir ortadan kalkmamaktadır. Bu yüzden, verilen karar çerçevesinde tedbirin uygulanmasına devam edilir[85]. 6284 sayılı Kanun'da düzenlenen koruyucu

[83] **Özbilen/ Soygüt**, s. 379.

[84] **Erdem,** s. 55.

[85] **Tığlı**, s. 506. Tedbirin niteliğine ilişkin 4320 sayılı Kanun döneminde verilmiş bir Yargıtay kararında *"...Bu karar kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğindedir. Bu açıklamalar kararın nihaî nitelikte olmadığını, sürekli sonuç doğurmayacağını göstermektedir... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 105,106,107 ve 108'inci maddelerinde belirlenen prosedür uyarınca ittihaz olunan ve bu Kanun'un 109'uncu maddesi uyarınca on gün içinde dava açılması şartıyla değil, hâkimin tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelenmesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde"* ifadeleriyle tedbirin niteliğini belirlemiştir. Bkz., 2. HD., 09.07.1998, E.1998/7229, K.1998/8655. Ayrıca bkz., 2. HD., 13.06.2002 87; 2. HD., 09.07.1998, E.1998/7229, K.1998/8655; 2. HD., 13.06.2002, E.2002/16474, K.2002/7945; 2. HD., 16.01.2003,

ve önleyici tedbirler, geçici hukuki koruma tedbiri niteliğindedirler. Bundan dolayı 6284 sayılı Kanunda düzenlenen ve geçici hukukî koruma sağlayan tedbir kararları kısa sürelidir[86].

2. Mülkî Âmir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbir Kararları

6284 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, bu Kanun kapsamında korunan kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere delil veya belge aranmaksızın mülkî amir tarafından ilgilinin talebi, bakanlık veya kolluk görevlilerinin başvurusu üzerine ya da re'sen karar verilebilir. Kanunun ifadesinde de belirtildiği gibi Kanunda sayılan tedbirler sınırlı sayıda değildir. Diğer bir ifadeyle burada yer alan tedbirler örnek kabilinden sayılmış olup, mülkî amirin, takdir hakkı çerçevesinde uygun göreceği benzer tedbirlere de başvurabilmesi mümkündür.

a) Barınma

Bu tedbirlerden ilki, 6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişilere barınma imkânının sağlanmasıdır. Buna göre, mağdur olan kişinin kendisi ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklar için bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması tedbirine mülkî amir tarafından karar verilebilir. Hakkında barınma yeri sağlanmasına karar verilen kişiler, Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan yerlerde, barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hâllerde ise, mülkî amirin, acele hâllerde kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde güvenli nakli sağlanıncaya kadar geçici olarak barınma imkânı sağlanır (AKKŞÖDK.m.3/1-a, Yön. m.7/1)[87].

E.2002/14276, K.2003/344 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 09.11.2014). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Tığlı**, s. 510.

[86] **Günay**, s. 650.

[87] Barınma tedbiri açısından önemli bir husus da şiddet gören kişilerin kalabileceği sığınma evleridir. Dünya'da ilk modern kadın sığınma evi örneklerinin 1970'li yıllarda ortaya çıkmış olmasına karşın, Türkiye'de ilk sığınma evleri ancak 1990'lı yıllarda açılmıştır. Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu'nun 1990 yılında açmaya başladığı Kadın Misafirhanesi/Kadın Konukevi adındaki sığınma evleri ve Bakırköy ve Şişli Belediyeleri'nin aynı yıl açtığı kadın sığınma evleri, kamu kurumlarınca açılan ilk sığınma evi örneklerindendir. 5393 sayılı Belediyeler Kanununun 14. maddesinin (a) bendi gereğince, büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000'in üzerindeki belediyeler, kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak zorundadır. Diğer belediyeler de malî durumları ve hizmet önceliklerini değerlendirerek kadınlar ve çocuklar için konukevleri açabilirler. Bunun dışında, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (KSGM), sığınma evi açabilmektedir. KSGM verilerine göre Mart 2012 itibarıyla Türkiye'de toplam 1859 kişi barınma kapasiteli 83

Ayrıca, korunan kişi varsa beraberindeki çocukları ile birlikte ŞÖNİM tarafından Bakanlığa bağlı veya Bakanlığın denetimi altında bulunan barınma yerlerine güvenli nakli sağlanıncaya kadar, bedeli ödenerek ve geçici barınmanın sağlandığı yer kolluğu tarafından kişinin güvenliği sağlanarak sosyal tesis, yurt ve benzeri yerlerde geçici olarak barınmasına imkân sağlanır. Geçici olarak barınabilecek yer sağlanması durumunda barınmaya ve iaşeye ilişkin giderler, ŞÖNİM tarafından karşılanır. Korunan kişinin yerleştirildiği yere ilişkin bilgi ŞÖNİM'e bildirilir. ŞÖNİM kişinin barınmaya ilişkin talebini de dikkate alarak uygun ilk kabul birimi veya konukevi hizmeti verilecek yeri belirler ve korunan kişinin buraya yerleştirilmesini sağlar (Yön. m.7/2).

Korunan kişi ve beraberindeki çocukların hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde konukevi[88], ilk kabul birimi veya diğer tesislere güvenli bir şekilde yerleştirilmesine kolluk tarafından refakat edilir. ŞÖNİM tarafından il içi ve il dışı nakillerde ulaşım için araç tahsis edilir ve ulaşım giderleri ile korunan kişinin zorunlu giderleri yine ŞÖNİM tarafından karşılanır (Yön. m.7/3).

Barınma yeri sağlanması tedbirinin kolluk amirince uygulandığı veya korunan kişinin kollukta bulunduğu hâllerde, kolluk tarafından kişi ŞÖNİM'e ivedilikle ulaştırılır. Bunun mümkün olmaması hâlinde barınma ve iaşe giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere kendisine ve beraberindekilere geçici barınma imkânı, 6284 sayılı Kanuna ilişkin Yönetmeliğin m.7/f.2'de belirtilen şekilde sağlanır (Yön. m.7/4). Mülkî amirin veya kolluk amirinin kararı ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait barınma yerlerine getirilen şiddet mağduru, başka herhangi bir makam veya merciin karar veya onayı aranmaksızın barınma yerine derhâl kabul

kadın sığınma evi vardır. Bu sığınma evlerinin 55'i KSGM, 25'i yerel yönetimler 3'ü ise kadın örgütlerince işletilmektedir. Ankara'da Kadın Dayanışma Vakfı tarafından işletilen sığınma evi insan ticaretiyle mücadele kapsamında hizmet vermektedir. Türkiye'de, bugün nüfusu 50 bini aşan 200'den fazla belediye bulunmakta, ancak bunların % 80'den fazlasının sığınma evi bulunmamaktadır. İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği'nin malî, Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu'nun da **teknik** desteği ile 2008-2010 yılları arasında Ankara, Antalya, Bursa, Eskişehir, Gaziantep, İstanbul, İzmir ve Samsun'da sığınma evleri yaptırmış, burada çalışacak kişilerin eğitimi ve kamuoyu duyarlılığının artırılmasına yönelik çalışmalar yürütmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **Erbaydar,** Nükhet Paksoy, Kadın Sığınma Evleri, www.huksam.hacettepe.edu.tr/ Turkce/.../siginmaevi_aylikyazi.doc *(Erişim Tarihi:30.11.2014)*.

[88] Kadın konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik mevcut olup bu Yönetmelikte konukevinin çalışma esasları ve temel ilkeleri düzenlenmiştir. Ayrıca, konukevi hizmetlerinden yararlananların kapsamına, şiddete uğrayan ya da uğrama tehlikesi bulunan bütün kadınlar ve beraberindeki çocukları girmektedir (Konukevi Yön. m.13). Detaylı bilgi için bkz. **Ceylan**, s. 31 vd..

edilir (Yön. m.7/5). Re'sen hakkında barınma yeri sağlanması tedbirine karar verilen kişinin barınma yerinde kalmak istememesi hâlinde aydınlatılmış rızası[89] alınarak kalmak istediği yere ŞÖNİM tarafından ulaştırılır. Dolayısıyla, burada ŞÖNİM, sadece mağdurun kalmak istediği yere ulaşması noktasında yardımcı olmaktadır. Kişinin hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde kolluk yardımıyla kalacağı yere ulaştırılır (Yön. m.7/6).

b) Geçici Maddî Yardım

6284 sayılı Kanun'da yer alan bir başka tedbir ise kanun kapsamında korunan kişilere ihtiyaç olması durumunda geçici olarak maddî yardım sağlanmasıdır. Buna göre, diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, mülkî amir tarafından geçici maddî yardım yapılmasına karar verilebilir (AKKŞÖDK.m.3/1-b). Korunan kişi hakkında geçici maddî yardım, AKKŞÖDK. m.17'ye göre yapılır (Yön. m.8/1). Hükme göre, mülkî amir, diğer kanunlar kapsamındaki yardımların varlığına rağmen yine de mağdura ekonomik olarak yardım yapma kararını verebilecektir[90]. Geçici maddî yardım yapılmasına ilişkin tedbir kararı, ilgiliye tefhim veya tebliğ edilir ve yerine getirilmek üzere ŞÖNİM'e gönderilir (Yön. m.8/2). Geçici maddî yardım kararı ile on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgarî ücret tutarının otuzda birine kadar günlük ödeme yapılır. Korunan kişinin birden fazla olması hâlinde, ilave her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılır. Ancak, ödenecek tutar hiçbir şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişilere barınma yeri sağlanması hâlinde bu fıkrada belirlenen tutarlar yüzde elli oranında azaltılarak uygulanır (Yön. m.8/3).

Geçici maddî yardım, korunan kişinin kimlik numarası ve banka hesap numarası beyanına istinaden, kararın ŞÖNİM'e tebliğ edilmesini müteakiben hazırlanan bordro ile ödenir. Bordro, her ayın on beşinde ve otuzunda düzenlenerek tahakkuk eden meblağ ilgililerin banka hesabına yatırılır. Aynı tedbir kararında birden fazla kişi hakkında geçici maddî yardım yapılmasına dair karar verilmesi hâlinde bu kişiler aynı bordroda gösterilir ve ödemeler aynı banka hesap numarasına yapılır. Ödeme evrakına karar örneği eklenir. Geçici maddî yardıma dair ödemelere kararın geçerliliği süresince devam edilir.

[89] Aydınlatılmış rızadan kastedilen, tedbir kararı ile korunacak kişinin kendisi hakkında verilebilecek tedbir kararının anlayabileceği bir şekilde, tedbirin sebepleri, aşamaları ve sonuçları hakkında açıklama yapılarak bilgilendirilmesi ve özgür iradesi ile bu hususların tamamını anlayıp kabul ettiğine dair yazılı beyanın alınmasını, ifade etmektedir (Yön. m.3/1-a).

[90] **Ceylan**, s. 33. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Sağıroğlu**, Mehmet Şerif, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, İstanbul 2013, s. 78.

Geçici maddî yardım yapılmasının kaldırılmasına ya da değiştirilmesine karar verilmesi hâlinde kararın geçerli olduğu gün üzerinden hesaplanarak ödeme yapılır. Korunan kişiye elden ödeme yapılmaz (Yön. m.8/4). Geçici maddî yardımlar için yapılan ödemeler, Bakanlık bütçesine, geçici maddî yardımlar için konulan ödenekten karşılanır. Geçici maddî yardıma ilişkin ödemelerin geri alımı söz konusu Yönetmelik m.42'de belirtilen esaslara göre yapılır (Yön. m.8/5). Daha önce de belirtildiği gibi diğer kanunlara göre yapılan yardımlar, geçici maddî yardım yapılması tedbirine karar verilmesine engel olmaz (Yön. m.8/6). Ayrıca, bu madde kapsamında yapılan ödemeler, gelir vergisi ile veraset ve intikal vergisinden, bu ödemeler için düzenlenen kâğıtlar ise damga vergisinden istisna tutulmuştur (Yön. m.8/7).

c) Rehberlik ve Danışmanlık Hizmeti

Israrlı takip fiillerine maruz kalan kişi, birçok yönden zarar görebilir. Gerçekten, ısrarlı takip teşkil eden fiillere maruz kalan mağdurlar, ciddî psikolojik, sosyal ve ekonomik problemlerle karşı karşıya kalabilmekte, söz konusu fiiller sonucu mağdurda fiziksel ve psikolojik sorunlara bağlı rahatsızlıklar ya da işsizlik, sosyal çevreyle bağları koparma gibi olumsuz durumlar meydana gelmektedir[91]. Israrlı takibin (stalking) mağdur üzerindeki bu olumsuz etkileri dikkate alındığında mağdura rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesinin önemi ortaya çıkmaktadır.

Bu çerçevede, kanundaki düzenlemeye göre, mülkî amir tarafından psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi tedbirine karar verilebilmektedir (AKKŞÖDK. m.3/1-c). Korunan kişiye, kişinin psikolojik ve sosyo-ekonomik durumu değerlendirilerek, hakları, destek alabileceği kurumlar, meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmayı da kapsayacak şekilde iş bulma ve benzeri konularda gelişmesi ve uyum sağlaması, gerekli olan seçimleri, yorumları, plânları yapması ve kararları vermesine yarayacak bilgi ve becerileri kazandırmak ve psikolojik destek sağlamak üzere ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği içerisinde gerekli hizmetlerin verilmesine yönelik tedbir kararı verilebilecektir (Yön. m.9/1). Korunan kişinin hukukî rehberliğe ihtiyacı olması hâlinde yönetmelik m.48'de yer alan davalara müdahil olmayı da içeren gerekli destek ve danışmanlık hizmeti verilir (Yön. m.9/2). Bu hizmetlerin yerine getirilmesinde gerekli olan koordinasyon ŞÖNİM tarafından sağlanmaktadır (Yön. m.9/3).

[91] **Douglas,** Heather, Personal Protection and the Law: Stalking, Domestic Violence and Peace and Good Behaviour, http://www.justice.gov.za/alraesa/conferences/2005sa/papers/s2A_douglas.pdf, (Erişim Tarihi: 09.11.2014).

d) Geçici Koruma Altına Alma

Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınmasına mülkî amirce karar verilebilir (AKKŞÖDK. m.3/ç). Bu Kanun anlamında, hayatî tehlike, bir kimsenin ölümle sonuçlanabilecek bir şiddet olayına maruz kalması ya da kalma ihtimalinin bulunması hâlini ifade eder. Böyle bir durumda, hâkim, kişinin geçici olarak koruma altına alınmasına karar verecektir. Mülkî amir veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kolluk amiri, olayın niteliği, şikâyet ve ihbar göz önünde bulundurularak şiddet mağdurunun hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde ilgilinin talebi üzerine veya re'sen geçici koruma altına alma tedbirini verebilir (Yön. m.10/1). Geçici koruma altına alınma tedbir kararının yerine getirilmesinden, hakkında koruyucu tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri, bulunduğu veya tedbirin uygulanacağı yerdeki kolluk görevli ve yetkilidir. Korunan kişi, acil durumlarda hemen, diğer hâllerde ise yirmi dört saat öncesinden gideceği yere ilişkin olarak görevli ve yetkili kolluğa bilgi verir. Kolluk tarafından korunan kişinin gideceği yerdeki kolluk gecikmeksizin haberdar edilir ve tedbir kararı uygulanmaya devam olunur (Yön. m.10/2).

Korunan kişinin ne şekilde koruma altına alınacağı, şiddet mağduruna yönelik muhtemel tehdit ve risk göz önüne alınarak şiddet mağduru ve şiddet uygulayanın durumunun değerlendirilmesi suretiyle 11/11/2008 tarihli ve 27051 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte yer alan fizikî koruma tedbirleri hâkim veya mülkî amir tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kolluk tarafından belirlenir (Yön. m.10/3). Korunan kişiye, geçici koruma kararının kapsam ve içeriği, şiddet veya şiddete uğrama tehlikesinin varlığı hâlinde arayabileceği telefon numaraları, kolluğun sorumlulukları, hangi durumlarda kolluğa bilgi vermesi gerektiği, hangi kolluk biriminin geçici koruma hizmetinden sorumlu olduğu ve benzeri hususlar, kolluk tarafından açıklanarak tutanağa geçirilir ve tebliğ edilir (Yön. m.10/4).

3. **Hâkim Tarafından Koruyucu veya Önleyici Tedbir Kararı Verilmesi**

a) Hâkim Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbirler

6284 sayılı Kanun kapsamında, korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki koruyucu tedbirlerden birine, bir kaçına veya uygun görülecek benzerlerine hâkim tarafından karar verilebilir. Hâkim, bu konuda geniş bir takdir yetkisine

sahip olup, Kanunda yer alan *"benzer"* ifadesinden hareketle bunların sınırlı sayıda olmadığı sonucuna varılmaktadır. Buna göre, somut olayın şartlarına göre hâkim, uygun göreceği başka benzer tedbirlere de karar verebilecektir[92].

Kanun koyucu, özellikle şiddetin varlığı durumunda, hâkimin acilen duruma müdahale ederek, şiddetin durdurulması ve tekrarını önlemek için tedbirler alınmasını öngörmektedir. Bu yüzden, hâkimden şiddete ilişkin ciddî iddiaların, emarelerin ve bilgilerin varlığı hâlinde şiddetin mutlak surette gerçekleştiğine ilişkin kapsamlı bir araştırma yapması beklenemez. Zira, böyle bir araştırmaya girilmesi zaman kaybı olacağı gibi şiddet veya ısrarlı takip mağdurunun zarar görmesine sebebiyet verebilecek ve kanunun amacını imkânsız hâle getirebilecektir. Öyleyse, şiddetin veya ısrarlı takibin varlığı konusunda yeterli bir şüphe, hâkim tarafından gerekli tedbirlerin alması için yeterlidir[93]. Hâkim, şiddet uyguladığı iddia edilen tarafı dinlemeden de karar verebilir[94].

aa) İşyerinin Değiştirilmesi

Şiddet mağduru, ısrarlı takip teşkil eden fiillerle, yaşadığı ortam dışında, özellikle çalıştığı işyerinde de karşılaşabilmektedir. Bu tarz davranışlar, işyerinde mağdurun iş arkadaşları ya da işvereni tarafından gerçekleştirildiğinde, ısrarlı takip, işyerinde psikolojik taciz (mobbing)'e dönüşebilir. Zira, bir kişinin diğerini düşmanca bir tavırla ya da beğeni sebebiyle sürekli göz hapsinde tutması, onu psikolojik baskı altına alması veya mağdurda korku uyandırması, işyerinde gerçekleştiğinde mobbing kapsamında değerlendirilebilecektir. Gerçekten, mobbing, işyerinde özellikle hiyerarşik yapılanmalarda veya kontrolün ve denetimin zayıf olduğu işyerlerinde gücü elinde bulunduran kişinin ya da grubun, diğerlerine psikolojik yollardan, uzun süreli sistematik baskı uygulaması olarak ifade edilmektedir[95]. Mobbing, çalışma psikolojisi alanında yapılan araştırmalar dikkate alındığında, çalışanların birbirlerini rahatsız etmesi ve birbirlerini huzursuz edici davranışlarla taciz etmeleri, birbirlerine kötü davranmaları kısaca; kişilerin birbirlerine psikolojik şiddet uygulamaları anlamına gelmektedir[96].

---

92 **Erdem,** s. 59.

93 **Erdem,** s. 69.

94 2. HD., 18.9.2003, E. 2003/ 9980, K. 9980/ 11604: *"Sulh Hukuk Mahkemesi mağdurların tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurusunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. Şiddete uğrayanların mahkemede şiddete uğrama ihtimallerini kanıtlama yükümlülüğü de bulunmamaktadır"* (**Erdem,** s. 69).

95 Bkz., http://tr.wikipedia.org/wiki/Mobbing (Erişim tarihi: 11.2.2015).

96 **Tınaz,** Pınar, Mobbing, İş Yerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.3, 2006,

İşyerinde ortaya çıkan psikolojik tacizde, işveren veya çalışanlardan bir ya da bir kaçının, hedef seçilmiş bir kişiye karşı ısrarlı ve sistematik bir şekilde, yıldırıcı, kişinin özgüvenini sarsıcı, aşağılayıcı, dışlayıcı, yok sayıcı, haksız söz veya davranışları yöneltilmektedir[97]. Mağdurun işyerinde bu tür davranışlara maruz kalması anlamına gelen mobbing, 6284 sayılı Kanun anlamında ısrarlı takiple yakın ilişkili bir kavram olarak kabul edilirse, kanunda yer almayan mobbing mağduru da aynı kanun kapsamında değerlendirilerek ısrarlı takibe kıyasen Kanunun ve Yönetmeliğin öngördüğü hukukî korumadan yararlanabilir. Bu bağlamda, mağduru şiddetin özgün bir türü olan mobbing'ten korumak adına hâkim başvuru üzerine işyerinin değiştirilmesi tedbirine de başvurulabilecektir (Yön. m.13/1). Karar hâkim tarafından, korunan kişi bakımından en uygun koşullar göz önüne alınarak yerine getirilmek üzere kişinin iş yerine tebliğ edilir (Yön. m.13/2). Karar, yetkili kurum veya kişi tarafından yerine getirilir. İş yeri değiştirilmesine dair tedbir kararının kaldırılması hâlinde de karar işyerine tebliğ edilir (Yön. m.13/3).

bb) Ayrı Yerleşim Yeri Belirlenmesi

Hâkim, şiddete uğrama tehlikesi ile karşı karşıya olan, şiddete uğrayan ya da ısrarlı takip mağduru olan eşin talebi üzerine, müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri edinmesine imkân tanır (Yön. m.14/1). Hakkında ayrı yerleşim yeri belirlenmesine dair tedbir kararı verilen kişinin müracaatı üzerine, nüfus müdürlüğü tarafından kişinin talebine uygun olarak adresle ilgili işlemler yerine getirilir (Yön. m.14/2).

cc) Aile Konutu Şerhi Verilmesi

Bu tedbir, ısrarlı takip mağdurunun korunması anlamında etkili bir tedbir olmasa da eşin şiddet mağduru olduğu durumlarda, şiddetin ekonomik boyutunun önlenmesine yardımcı olabilecek[98], Medenî Kanunda zaten var olan bir tedbirin yinelenmesi niteliğindedir.

dd) Kimlik ve İlgili Diğer Bilgi ve Belgelerin Değiştirilmesi

Şüphesiz, ısrarlı takipten kurtulmak amacıyla mağdura ait bir takım bilgilerinin gizlenmesi veya değiştirilmesi mağdurun korunması açısından yararlı olabilecektir. Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması

s. 11-22, s. 12.

[97] **Demircioğlu**, Huriye Reyhan, Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), GÜHFD, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 113-146, s. 116.

[98] **Günay**, s. 658.

hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi mümkündür (AKKŞÖDK. m.4/ç).

b) Hâkim Tarafından Alınacak Önleyici Tedbirler

aa) Şiddet Tehdidinde veya Küçük Düşürmeyi İçeren Söz ve Davranışlarda Bulunmama

Hâkim, failin, şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasını emredebilir (AKKŞÖDK. m.5/1-a; Yön. m.18/1). Bu hüküm ısrarlı takip fiili açısından değerlendirilse, hâkim, ısrarlı takip failinin mağdura karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmamasına hükmedebilir. Hâkimin vereceği karar, dövme, sövme, hakaret, zora koşma, tehdit etme gibi fizikî veya manevî darp, şiddet veya korku verici davranışları durdurmasına yönelik emirler içeren bir hüküm verebilecektir[99]. Bu tedbirde, şiddet uygulayan kişinin, bu şiddeti durdurması, tehdidi sona erdirmesi konusunda hâkim tarafından şifahen uyarılması, ülke genelinde rastlanılan şiddet olaylarının ağırlığı ve hayatın olağan akışı nazara alındığında etkili bir tedbir olarak ifade edilemeyebilir. Ancak, bu tedbirin tek başına gerekli korumayı sağlayamayacağı belirginse bu tedbirin yanında başka tedbirlere de başvurularak tedbirin etkinliği artırılabilir.

bb) Uzaklaştırma ve Konutun Korunan Kişiye Tahsisi

Hâkim, şiddet uygulayan, ısrarlı takip fiillerini işleyen eş veya aile bireyini müşterek evden uzaklaştırarak, müşterek evi, şiddete maruz kalan diğer eş ve aile bireylerine tahsis edebilir. Ayrıca hâkim, şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireyinin eve veya işyerine yaklaşmasını da yasaklayabilir[100]. Hâkim bu tedbire karar verirken uygulanan şiddetin yoğunluğunu göz önünde bulundurarak mağdurun korunmasına yönelik olarak bu tedbirin alınmasını haklı kılan sebeplerin mevcut olduğunun tespiti durumunda, bu tedbire başvuracaktır. Sadece fiziksel şiddet hâlinde değil, psikolojik ve hatta ekonomik şiddetin olduğu durumlarda da bu tedbirin alınması uygun olabilir. Şüphesiz, bu tedbirin alınması gerekliliğini ve bunun uygun olup olmadığını

[99] **Güven,** Kudret, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Getirdiği Hukuki Tedbirler, GÜHFD, C. 2, S. 1-2, (Prof. Dr. İhsan TARAKÇIOĞLU'na Armağan), Haziran-Aralık 1998, s. 1-28, s. 24.

[100] **Ruhi**, s. 540.

hâkim takdir eder. Hâkim, bu tedbiri alırken özellikle çocukların yaşlarını, cinsiyetlerini, psikolojik durumlarını da dikkate almalıdır[101].

Ayrıca, hâkim ya da mülk amir, talep edilmesi hâlinde korunan kişiye, şiddet uygulayana ya da bu kişilerin yakınlarına ait kişisel eşya ve belgelerin kolluk marifetiyle kendilerine teslim edilmesine karar verebilir. Teslim edilecek kişisel eşya ve belgeler, tedbir kararında gösterilir (Yön. m.19/2). Bu tedbirin uygulanması, şiddet uygulayanın uzaklaştırıldığı konutun kira, elektrik, su, telefon, doğalgaz ve benzeri giderlerini karşılamaya devam etmesine engel teşkil etmez. Hâkim, şiddet uygulayanın, koruma kararı süresince aile konutunun kira sözleşmesini feshetmemesine, kamu konutu tahsisinin kaldırılması yönünde talepte bulunmamasına ve bu tür yükümlülüklerinin devamı ile uygun göreceği diğer tedbirlere de karar verebilir (Yön. m.19/3). Kira sözleşmesine ilişkin tedbir kararı kiralayana, kamu konutu tahsisinin kaldırılmamasına yönelik tedbir kararı ise ilgili kamu kurumuna bildirilir (Yön. m.19/4).

cc) Korunan Kişinin Bulunduğu Yere Yaklaşmama

Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak söz konusu kişinin, korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması tedbirine hâkim tarafından karar verilebilir (AKKŞÖDK. m.5/1-c, Yön. m.20/1). Uygulamada, ısrarlı takip oluşturan fiiller daha çok fiziksel şiddet içerdikleri, en azından fiziksel şiddetle sonuçlandıkları için bu tedbirin diğer tedbirlere göre ısrarlı takip bakımından çok daha etkili bir tedbir olacağı ifade edilmelidir.

dd) Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sınırlandırılması

Çocukla kişisel ilişki kurulmasının[102] failin davranışları nedeniyle çocuk üzerindeki olumsuzluk etkileri düşünülerek bu tedbir bağlamında kişisel ilişkiye müdahale edilebilmektedir. Zira, şiddet ya da ısrarlı takip faili, ilgilinin çocuğunu fiilini gerçekleştirmekte bir araç olarak kullanabileceği gibi bizzat çocuk da ısrarlı takibin mağduru olabilir. Bu anlamda, hâkim tarafından daha önce verilmiş, çocukla kişisel ilişki tesis etme kararı varsa kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılmasına veya durumun özelliğine göre sınırlandırılmasına ya da tümüyle kaldırılmasına ilişkin tedbirler alınabilir (AKKŞÖDK. m.5/1-ç; Yön. m.21/1).

---

[101] **Erdem**, s. 52.

[102] **Serdar,** İlknur, Kişisel İlişki Kurma Hakkı, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 739-781, s. 739.

ee) Yakınlara, Tanıklara ve Çocuklara Yaklaşmama

Gerekli görülmesi hâlinde hâkim, şiddet uygulayanın, şiddete uğramamış olsa bile korunan kişinin yakınlarına, şiddetin tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmamasına ilişkin karar verilebilir (AKKŞÖDK. m.5/1-d; Yön. m.22/1).

ff) Eşyaya Zarar Vermeme

6284 sayılı Kanunun amacı, sadece kişinin şiddet sonucu vücut bütünlüğünün korunması değildir. Kanun kapsamında korunan kişilerin malvarlığı da güvence altına alınmıştır. Bu çerçevede, hâkim tarafından, şiddet uygulayanın, korunan kişinin şahsî eşyalarına ve ev eşyalarına[103] zarar vermemesine yönelik tedbir kararı verebilir (AKKŞÖDK. m.5/1-e, Yön. m.23/1). Tedbir ile korunması amaçlanan eşyanın niteliği itibariyle Kanun'da bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Eşya taşınır veya taşınmaz nitelikte olabileceği gibi, maddî ve ekonomik değer taşıyan eşyalar yanında manevî değeri bulunan eşyalar da tedbire konu olabilir[104].

ag) İletişim Araçlarıyla Rahatsız Etmeme

Hâkim tarafından, şiddet mağdurunun korunması amacıyla, şiddet uygulayanın görsel, işitsel, yazılı, internet ve benzeri iletişim araçlarıyla ya da sair surette korunan kişiyi rahatsız etmemesine yönelik karar verilebilir (AKKŞÖDK. m.5/1-f, Yön. m.24/1). Her arama, bu tedbire aykırılık teşkil etmez. Burada amaç, mağdurun manevî varlığının korunarak, bu süre zarfında kendisini güvende hissetmesini sağlamak olduğu için rahatsız etme niteliği taşımayan aramalar tedbire aykırı değildir. Örneğin, babanın, çocuğunun doğum gününü kutlamak için veya ekonomik bir soruna ilişkin olarak hane

[103] Zarar verilen eşyanın kapsamına ilişkin olarak,*"Eşe ait eşya kavramı sadece tedbir talep eden eşe değil, zarar veren eşe ait olan eşyaları da kapsamalıdır. Her ne kadar mülkiyet hakkı sahibine tanınan tasarruf yetkisi, eşyanın terki, imhası suretiyle malikin mülkiyet alanından çıkarılmasına olanak verirse de bu eşyanın ailenin müşterek kullanımına tahsis edildiği hâllerde 4320 sayılı Kanun (bugün için 6284 sayılı Kanun) ile öngörülen tedbirlere başvurulabilmelidir. Şu hâlde mütecaviz eşin zati eşyası dışında olan eşyanın diğer eşe ait olup olmadığına bakılmaksızın korunması talep olunabilmelidir. Şöyle ki koca tarafından alınmış olmasına rağmen buzdolabı, çamaşır makinesi gibi sosyal hayatın vazgeçilmez ihtiyaçlarından olan eşyanın, eşin sinirli bir ânında kırılıp dökülmesinin önlenmesi, ailenin korunması açısından zorunlu ve uygun görülmelidir. Aksi takdirde mal ayrılığı rejiminde eşlere tanınan bağımsız tasarruf yetkisi kötüye kullanılmış olacaktır ki kanun bunu korumaz (TMK. md.2/II)".* Naklen, **Güven**, s. 25.

[104] **Hacıoğlu,** Burhan Caner, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunla İhdas Edilen Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Muhalefet Suçu Üzerine Bir İnceleme, AÜEHD, C.III, S.1, 1999, s. 39-47, s. 43; **Tığlı,** s. 519.

halkını telefonla araması veya herhangi bir yolla haber göndermesi karara aykırılık oluşturmaz[105]. Bu araçlardan kastedilen günlük hayatta kullanılan bilgisayar, telefon, radyo, televizyon programları, faks, telgraf, mektup gibi kişisel iletişim araçlarıdır. Söz gelimi, eşine her gün gönderdiği kart ile hakaret eden, sürekli olarak telefonla rahatsız eden, yönettiği veya katıldığı televizyon veya radyo programında eşine sataşan, elektronik posta yoluyla ileti gönderen kimsenin, karşı tarafa verdiği bu tür rahatsızlıkların engellenmesi[106] gerekir. Hâkim, vereceği kararla kişiyi bu tür davranışlardan men eder[107].

ah) Silah Teslimi

Hâkim tarafından, şiddet mağdurunun korunması amacıyla şiddet uygulayana ait silâhların kolluğa teslimine ve tedbir süresinin sonuna kadar emanetine yönelik karar verilebilir (AKKŞÖDK. m.5/1-g,Yön. m.25/1). Bu tedbir, ileride ortaya çıkması muhtemel şiddet olaylarının önlenmesine yöneliktir. Bu tedbire başvurulabilmesi için, şiddet uygulayanın o zamana kadar şiddet uygulamalarında bu araçlara başvurmuş olmasına gerek yoktur. Hatta uygulanan şiddet fiziksel şiddet olmasa bile hâkim bir tehlikenin var olduğuna kanaat getirirse, bu tedbire başvurabilir. Ayrıca hâkim, bu araçların teslimi için şiddet uygulayan aile bireyine, teslim konusunda bir süre tayin etmelidir. Belirlenen teslim süresinde söz konusu araçlar teslim edilmediği takdirde, emre uyulmaması nedeniyle kanunda bahsedilen yaptırımı hükmedilir (AKKŞÖDK. m.13)[108]. Bu tedbir ile hükmedilen teslim, niteliği itibariyle ceza hukuku anlamında bir müsadere değildir. Ancak, hâkim kararıyla sağlanan bir muhafaza tedbiridir[109]. Burada verilen karar, o anda mevcut olan silahlara ilişkindir, ancak karar verildikten sonra silah edinilmesi bu tedbire aykırılık teşkil edecektir. Hâkimin tedbir kararında ileride silah edinmemesine de hükmetmesi, bu tedbirin uygulanması açısından yararlı olacaktır[110].

---

[105] **Karınca**, Uygulama, s. 29; **Tığlı,** s. 521.

[106] Anayasa'nın 22 nci maddesi uyarınca, herkes haberleşme hürriyetine sahip olup, Kanun'da düzenlenen bu tedbirde amaç bireyler arasında gerçekleşen iletişimin yasaklanması suretiyle anayasal bir özgürlüğün kısıtlanması değildir. Aile Hukuku açısından değerlendirildiğinde 4787 sayılı Kanun'un 7 nci maddesinde aile mahkemelerinin öncelikle aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması için gerektiğinde uzmanlardan da yardım alarak sorunların sulh yoluyla çözümü öngörülmüştür. Aile bireylerinin tamamen iletişiminin kesilmesi bu Kanun'da belirtilen *"sulha teşvik"* kurumunun da işlerliğini azaltmak anlamına gelmektedir. Bkz., **Köseoğlu,** Bilal, Ailenin Şiddetten Korunması, TBBD, , S. 77, 2008, s. 530.; **Tığlı,** s. 521.

[107] **Güven**, s. 25.

[108] **Erdem,** s. 64.

[109] **Ruhi**, s. 541.

[110] **Tığlı,** s. 523.

ai) Kamu Görevi Nedeniyle Kullanılan Silahın Teslimi

Hâkim, şiddet uygulayan, silah taşıması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı bu şahsın kurumuna teslim etmesine yönelik karar verebilir (AKKŞÖDK.m.5/1-ğ; Yön. m.26/1). Silahı teslim alan kurum âmiri, karar süresinin sonuna veya tedbirin değiştirildiğine ya da kaldırıldığına dair yeni bir karar verilmedikçe birinci fıkra hükümlerine göre verilen tedbir kararını uygulamaya devam eder ve silahı hiçbir şekilde iade etmez (Yön. m.26/2).

aj) Alkol veya Uyuşturucu ya da Uyarıcı Madde Kullanmama ve Bağımlılık Hâlinde Muayene ve Tedavi

Hâkim, korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanmasına karar verebilir (AKKŞÖDK. m.5/1-h; Yön. m.27/1).

Bu tedbirin uygulanması, özellikle keyif verici, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kişinin özgür iradesi üzerindeki etkisi dikkate alınarak şiddet eğilimini artırdığı, şiddeti tetiklediği veya uygulanan şiddeti yoğunlaştırdığı hâllerde mağdurun korunması adına önem arz etmektedir. Tedbir, bu maddelerin ortak konutta kullanılmaması ile birlikte bu maddeleri kullanmış olarak, onların etkisi altında konuta gelmemeyi de içermelidir. Koruma tedbirinin amacı madde kullanılmasını yasaklamak değildir, tam tersine maddelerin etkisiyle meydana gelebilecek olası şiddet fiillerini engellemektir[111].

Hakkında önleyici tedbir kararı verilen kişinin, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olmasının sağlanması ve sonuçları ile tedbirin kişi üzerindeki etkilerinin takibi ŞÖNİM tarafından ilgili kurum veya kuruluş ile koordinasyon içerisinde yerine getirilir. ŞÖNİM olayın özelliğine göre bu kararın yerine getirilmesi sırasında kolluktan yardım isteyebilir (Yön. m.27/2). Hakkında tedbir kararı verilen kişinin sağlık kuruluşunda tedaviyi reddetmesi hâlinde durum tutanakla tespit edilerek ivedilikle Cumhuriyet başsavcılığına ve ŞÖNİM'e bildirilir (Yön. m.27/3). Bu tedbirin uygulanmasına ilişkin giderler, 44 üncü maddenin üçüncü fıkrasındaki usul ve esaslara göre karşılanır (Yön. m.27/4).

[111] **Erdem,** s. 65.

ak) Bir Sağlık Kuruluşunda Muayene ve Tedavi

Aile hekimlerinin ve adlî tıp uzmanlarının da belirttiği üzere şiddetin kaynağında bazı biyolojik nedenler yer alabilir. Bu nedenler, özellikle bazı hormonların etkisi, şizofreni, paranoid şizofreni gibi akıl hastalıkları ve anti-sosyal kişilik bozukluğu gibi ruhsal rahatsızlıklar olabilir. Şiddetin temelinde böylesi rahatsızlıklar olması ihtimali çok kuvvetlidir[112]. Bu nedenle, şiddet uygulayan eşin bu tür rahatsızlıkların etkisinde olması şüphesi ile hâkim, şiddet uygulayan eşin tıbbî destek alması konusunda gereğini yapmalıdır[113]. Bu nedenlerden dolayı hâkim söz konusu kişinin bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanmasına yönelik olarak tedbir kararı verilebilir (AKKŞÖDK. m.5/1-ı). Böylece, hâkim tarafından verilen karar yoluyla şiddet uygulayanın, şiddet eğilimine yol açan davranışlarını önlemek amacıyla, sağlık kuruluşuna muayene veya tedavisi için gerekli başvuruyu yapması ve tedavisinin sağlanması gerçekleşmektedir (Yön. m.28/1).

4. **Kolluk Âmiri Tarafından Alınabilecek Tedbirler**

6284 sayılı Kanun m.3/2'de gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan (a) ve (ç) bentlerindeki tedbirlere, ilgili kolluk âmirleri tarafından karar verebileceği düzenlenmiştir. Ancak, kolluk âmiri, tedbire ilişkin evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülkî amirin onayına sunmalıdır. Mülkî âmir tarafından kırk sekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar. Ayrıca, AKKŞÖDK. m.5/2'de gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler de, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk âmiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim tarafından yirmi dört saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar. Buna göre, kolluk âmirinin alacağı bazı tedbirler niteliği nazara alınarak mülkî âmirin, bazıları ise ancak hâkimin usulü dairesinde onayı ile geçerli olurlar. Aksi takdirde herhangi bir işleme gerek kalmadan kendiliğinden hukuk dünyasından silinirler.

5. **Tedbirlere Başvuruda İzlenecek Usul, Tedbir Kararının Verilmesi ve Tedbirin Yerine Getirilmesi**

Tedbir kararları mağdurun, Bakanlığın veya kolluk görevlilerinin ya da cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilebilir. Hiç şüphesiz, tedbir

[112] **Erdem,** s. 66. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Bilgel,** Nazan/ **Orhan,** Hasan, Aile İçi Şiddet, Bursa 2006, s. 644.

[113] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem,** s. 66.

kararlarıyla amaçlanan sonucun gerçekleşebilmesi için tedbir kararının mümkün olan en kısa sürede verilmesi gerekir. Buna göre, kanunda tedbir kararlarının en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, aynı yer mülkî amirinden ya da kolluk biriminden talep edilebileceği ifade edilmelidir. (AKKŞÖDK. m.8/1). Yürürlükten kaldırılan 4320 sayılı Kanunda tedbirlerin uygulanacağı azamî süre altı ay olarak belirlenmişti. 6284 sayılı Kanunda ise tedbir kararının ilk alınışında en çok altı aylık bir tedbir söz konusu olacaktır. Ancak, burada tedbire karar verecek mercie takdir hakkı tanınarak, şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, re'sen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilecektir (AKKŞÖDK. m.8/2).

Kanun kapsamında yer alan kişilerin korunabilmesi için gecikmeksizin karar verilmesi zorunlu olup somut olayda tedbir alınmasını gerektiren koşulların gerçekleştiğinin kesin olarak ispatı aranmayacaktır. Bu bağlamda, koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı ya da ısrarlı takibin gerçekleştiği hususunda delil veya belge sunulması aranmaz. Önleyici tedbirler için kanunda böyle bir hüküm bulunmamasından yola çıkarak karşı kavram kanıtı yoluyla delil veya belge aranacağı sonucuna varılırsa da Kanunda söz konusu kararın geciktirilmeksizin verilmesi gerektiği ifade edilmiştir (AKKŞÖDK. m.8/3). Tedbire karar verildikten sonra tedbire ilişkin karar, korunan kişiye ve şiddet uygulayan ya da ısrarlı takipte bulunan kişiye tebliğ edilir. Ayrıca, tebliğde tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtarı yer alır.

Verilen tedbir kararlarına karşı ilgililerin mahkemeye itiraz etme hakları vardır. İtiraz kararın tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde aile mahkemesine yapılır (AKKŞÖDK. m.9/1). Yapılan itiraz üzerine dosya, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderilir (AKKŞÖDK. m.9/2). İtiraz üzerine incelemeyi yapan mahkeme, bir hafta içinde incelemesini tamamlayarak kararını verir. Verilen karar kesin olup karara karşı kanun yolları kapalıdır (AKKŞÖDK. m.9/3). 6284 sayılı Kanun çerçevesinde alınan tedbir kararları, en seri vasıtalarla Bakanlığın

ilgili il ve ilçe müdürlükleri ile verilen kararın niteliğine göre Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa bildirilir (AKKŞÖDK. m.10/1). Ancak, tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmemektedir (AKKŞÖDK. m.10/5). Korunan kişinin geçici koruma altına alınmasına ilişkin koruyucu tedbir kararı ile şiddet uygulayan hakkında verilen önleyici tedbir kararlarının yerine getirilmesinden, hakkında koruyucu veya önleyici tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yer kolluk birimi görevli ve yetkilidir (AKKŞÖDK. m.10/3).

V. SONUÇ

Israrlı takip, Türk hukuku açısından yeni bir kavramdır. Bu yüzden, buna ilişkin olarak mağdurun korunması adına özel bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, Türk hukuku açısından ısrarlı takip tanımı, kapsamı ve ısrarlı takip mağdurunun korunması henüz tam olarak belirginleşmiş değildir. Esasen ısrarlı takibin Türk hukukuna dahil oluşu Türkiye'nin de taraf olduğu İstanbul Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir. Sözleşmenin 34. maddesinde ısrarlı takibe yer verilmiş, ancak sözleşmede ısrarlı takibin tanımı ve kapsamının tespiti açısından detaylı bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu sözleşmeden daha sonra kabul edilerek yürürlüğe giren 6284 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde, bu Kanun çerçevesinde korunacak kişiler arasında ısrarlı takip mağduruna yer verilmiş, ancak kanunda ısrarlı takibe yönelik olarak tanımlayıcı herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Israrlı takip içeren fiillerin şiddetin özel bir türü olduğundan hareketle ısrarlı takip şeklinde gerçekleşen şiddeti uygulayanın fail; bu şekilde şiddete maruz kalanın ise mağdur olacağı kabul edilmelidir. Böylece, Kanunda ısrarlı takibe ilişkin ayrıntılı düzenleme bulunmasa da ısrarlı takip mağduru şiddete uğrayan olarak 6284 sayılı Kanun anlamında şiddeti önlemeye yönelik olarak getirilmiş her türlü hukukî korumadan yararlanacaktır. Aynı tespitin, 6284 sayılı Kanunda yer almayan mobbing açısından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, iş yerinde psikolojik taciz niteliği taşıyan mobbing de bir şiddet eylemi olduğuna göre, 6284 sayılı Kanunun sağladığı korumanın işyerinde psikolojik tacize uğrayan kişiler açısından mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanması mümkün gözükmektedir.

6284 sayılı Kanuna ilişkin olarak çıkarılan yönetmelikte aralarında aile bağı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ısrarlı takip teşkil eden fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda, ısrarlı takibin var olduğu kabul edilmiştir. Zira,

burada önemli olan husus, söz konusu fiillerin şiddet uygulayan tarafından, şiddet mağduruna yönelik olarak güvenliğinden endişe edecek şekilde fizikî veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde gerçekleştirilmesidir. Bu bakımdan, Kanunun ısrarlı takibin varlığı noktasında mağdur ile fail arasında aile bağı ilişkisinin varlığını aramaması yerinde olmuştur. Gerçekten, ısrarlı takip teşkil eden fiiller her ne kadar eşler arasında yaygın görülse de, bu fiillerin aralarında evlilik ilişkisi bulunmayan kişiler, örneğin nişanlılar, sevgililer, tek taraflı aşk besleyen kişi ile diğeri veya hayranı ile ünlü bir kişi arasında meydana gelmesi de olağandır.

6284 sayılı Kanunun ilk maddesinde ısrarlı takip kavramından bahsedilirken *"tek taraflı ısrarlı takip mağduru"* ifadesine yer verilmiştir. Ancak ısrarlı takip mahiyeti gereği bir kişinin diğerine karşı süreklilik arz eden rahatsız edici davranışlarda bulunması şeklinde gerçekleştiğinden, bu fiillerin karşılıklı bir şekilde ısrarlı takip olarak gerçekleştirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu yüzden *"tek taraflı"* ibaresine kanunda gereksiz olarak yer verildiği ifade edilmelidir. Israrlı takip fiilleri hukuka aykırılığın özel bir görünümü olduğundan ve bu sebeple özel kanun niteliğindeki 6284 sayılı kanunda düzenlendiği için ısrarlı takip fiiline maruz kalan kişiler öncelikle bu Kanunda yer alan hukukî korumadan yararlanabileceklerdir. Bu koruma yollarının daha çok şiddeti önleme ya da var olan şiddete son verme amacı güttükleri için yetersiz kalmaları ya da mağdurun ihtiyaçlarına cevap vermemeleri noktasında ise diğer kanun hükümleri özellikle Medenî Kanunda kişiliği koruyan hükümler ile aynı hükümleri devamı niteliğinde Borçlar Kanununun haksız fiil hükümleri ve özellikle 58. madde hükmü yeterli hukukî korumayı sağlayacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, şiddet gibi sosyal, psikolojik, fizyolojik, ekonomik ve daha akla gelmeyen başkaca pek çok etkenler beslenen karmaşık bir kavramın Türk toplumu gibi kalabalık nüfuslu bir toplumda, çıkarılacak katı hükümler ve tedbirler içeren bir kanunla birdenbire yok edilmesi hayal ürünüdür. Bu yüzden, şiddeti önlemek adına gerekli kanunî düzenlemeleri yapmak kadar şiddeti besleyen veya körükleyen diğer etkenleri de yok etmeyi ihmal etmemek gerekir. Özellikle toplum bireylerini daha aile içinde iken şiddeti önlemek adına eğitmek için gerekli tedbirleri almak, ebeveyn eğitimi ile çocuk eğitimini birleştirerek topyekûn şiddetin tüm toplum düzeylerinde yok edilmesine karşı mücadeleye başlamak bu anlamda ilk adım olabilir.

KAYNAKLAR[***]

Akıntürk, Turgut/ **Ateş Karaman,** Derya: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Cilt II, 15. Baskı, İstanbul 2013.

Akipek, Jale/ **Akıntürk**, Turgut/ **Ateş Karaman** Derya: Türk Medenî Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012.

Artuk, M. Emin/ **Gökçen,** Ahmet/ **Yenidünya,** Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2012.

Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, http: // hudoc. echr.coe.int/sites/eng/ pages/ search.aspx?i=001-92945 (Erişim Tarihi: 07.11.2014).

Ayan, Mehmet / **Ayan,** Nurşen: Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014.

Badur, Emel: Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler, TBBD, S. 84, 2009, s. 63-92.

Balo, Yusuf Solmaz: Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması, Aile ve Toplum Eğitim Kültür ve Araştırma Dergisi, S. 6, 2003, s. 23-32.

Baum, K/ **Catalano,** S./ **Rand**, M.: National Crime Victimization Survey Stalking Victimization in the United States, https://www.victimsofcrime.org/ docs/src/baum-k-catalano-s-rand-m-rose-k-2009.pdf?sfvrsn=0 (Erişim Tarihi: 07.11.2014).

Bilgel, Nazan/ **Orhan,** Hasan: Aile İçi Şiddet, Aile Hekimliği, Bursa 2006.

Black, Michele C.: The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey: 2010 Summary Report: Atlanta, GA: National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention, 2011, http://www.cdc.gov/violenceprevention/ pdf/nisvs_report2010-a.pdf (Erişim Tarihi: 07.11.2014).

Ceylan, Ebru: Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler, TBBD, Yıl 26 Kasım- Aralık, S. 109, 2013, s. 13-54.

[***] Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

Davis, Joseph A.: Stalking Crimes and Victim Protection, Florida 2001.

Demircioğlu, Huriye Reyhan: Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), GÜHFD, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 113-146.

Doğan, Recep: Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu, ABD, S. 2, s. 136-154.

Douglas, Heather: Personal Protection and the Law: Stalking, Domestic Violence and Peace and Good Behaviour, http://www.justice.gov.za/alraesa/conferences/2005sa/papers/s2A_ douglas.pdf (Erişim Tarihi: 09.11.2014).

Dural, Mustafa/ **Öğüz,** Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2010.

Erbaydar, Nükhet Paksoy: Kadın Sığınma Evleri, www.huksam.hacettepe. edu. tr/ Turkce/ .../siginmaevi_ aylikyazi.doc (Erişim Tarihi: 30.11.2014).

Erdem, Mehmet: Aile içi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, TBBD, S. 73, 2007, s. 46-77.

Ertürk, Şükrü/ **Özdamar,** Demet: Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1169-1218.

Günay, Mehmet: 6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler, TAAD, C. 1, S. (10, Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak'a Armağan), 2012, s. 647-686.

Güven, Kudret: 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Getirdiği Hukuki Tedbirler, GÜHFD, C. 2, S. 1-2, (Prof. Dr. İhsan TARAKÇIOĞLU'na Armağan), Haziran-Aralık 1998, s. 1-28.

Hacıoğlu, Burhan Caner: 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunla İhdas Edilen Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Muhalefet Suçu Üzerine Bir İnceleme, AÜEHFD, C. 3, S. 1, 1999, s. 39-47.

Hagemann-White, Carol: Protecting Women Against Violence, Analytical Study of the Results of the Third Round of Monitoring the Implementation of Recommendation Rec, 2002, 5 on The Protection of Women Against Violence in Council of Europe Member States.

Kadın Hakları Mevzuatı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, http: // www.istanbulbarosu.org.tr/ images/haberler/khmevzuat.pdf (Erişim

Tarihi: 22.11.2014).

Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı 2012-2015, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, http: // www.kadininstatusu.gov.tr/ upload/kadininstatusu.gov.tr / mce / 2012/ kadina_ yonelik_ sid_ 2012_2015.pdf (Erişim Tarihi: 22.11.2014).

Karal, Dilek/ **Aydemir**, Elvan: Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet, Uluslar Arası Stratejik Araştırmalar Kurumu: Usak Rapor No:12-01, Mart 2012. http:// www.usak.org.tr/ images_upload /files /1201%20kad%C4%B1na%20 y%C3%B6nelik%20%C5%9Fiddet.pdf. (Erişim Tarihi: 03.02.2014)

Karınca, Eray: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, http:// yenikadininstatusu.aile.gov.tr/ data/ 542a8e0b369dc31550b3ac30/02_ kyais_hukuksal_durum_kitabi.pdf (Erişim Tarihi: 22.11.2014) (**Karınca**, Uygulama)

Karınca, Eray: Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, http: // www. ankarabarosu.org.tr /Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/Kadina_Yonelik_ Aile_ici_Siddet_ic.pdf (Erişim Tarihi: 17.10.2014). (**Karınca**, Sorular)

Kılıç, Muharrem: Yasal Koruma ve Güvence Sistemleri Açısından Şiddetin Hukuksal Çerçevesi (Legal Protection And Assurance System Of Violence In Terms Of The Legal Framework), LHD, C. 11, S. 132, 2013, s. 4-34.

Kızmaz, Zahir: Şiddetin Sosyo-Kültürel Kaynakları Üzerine Sosyolojik Bir Yaklaşım, FÜSBD, S.2, 2006, s. 247- 267.

Kjaerum, Morten: Violence Against Women: An Eu-Wide Survey Main Results, European Union Agency For Fundamental Rights, Luxembourg 2014.

Kocacık, Faruk: Şiddet Olgusu Üzerine, CÜ. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2001, s. 1-7.

Köseoğlu, Bilal: Ailenin Şiddetten Korunması, TBBD, S. 77, 2008, s. 307-341.

Lingg, Richard A.: Stopping Stalkers: A Critical Examination of Anti-Stalking Statutes, St. John's Law Review, Vol. 67, No. 2, 1993, s. 347-381.

Lemon, Nancy K.D.: Domestic Violence & Stalking: A Comment on

the Model Anti-Stalking Code Proposed by the National Institute of Justice, Battered Women's Justice Project, December 1994, http://www.mincava.umn.edu/documents/bwjp/ stalking/ stalking. html (Erişim tarihi: 29.10.2014).

Meloy, J. Reid/ **Saunders**, Rhonda: The Psychology of Stalking: Clinical and Forensic Perspectives, 1998, p. 26-27.

Moroğlu, Nazan: Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi (6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi), TBBD, S. 99, 2012, s. 357-380.

Mustaine, Elizabeth Ehrhardt / **Tewksbury,** Richard: A Routine Activity Theory Explanation for Women's Stalking Victimizations, Violence Against Women, Vol. 5, No.1, 1999, p. 43-62.

Oğuzman, Kemal/ **Seliçi,** Özer/ **Oktay-Özdemir** Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Baskı, İstanbul 2012

Özbek, Veli Özer/ **Kanbur,** Mehmet Nihat/ **Doğan,** Koray/ **Bacaksız,** Pınar/ **Tepe,** İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012.

Özbilen, Arif Barış/ **Soygüt Arslan**, Mualla Buket: 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Değerlendirilmesi, "10. Yıl'a Armağan" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:11 S. 22, 2012/2, s. 365- 387.

Princess Diana's Biography, http: // www.biography.com/people/ princess-diana-9273782 # image-young-princess-diana (Erişim tarihi: 29.11.2014).

Ruhi, Ahmet Cemal: Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması, AÜEHFD, C. 8, S.1-2, 2004, s. 529-562.

Sağıroğlu, Mehmet Şerif: Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, İstanbul 2013.

Serdar, İlknur: Kişisel İlişki Kurma Hakkı, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 739-781.

Sheridan, Lorraine P./ **Blaauw,** Eric/ **Davies**, Graham M.: Stalking: Knowns And Unknowns, Trauma, Violence, & Abuse, Vol. 4, No. 2, 2003, p. 148-162.

Spitzberg, Brian H./ **Cupach**, William R.: What Mad Pursuit? Obsessive Relational Intrusion And Stalking Related Phenomena, Aggression

And Violent Behavior, 2003, p. 345–375.

Stalking Report, Committee On Equality And Non-Discrimination, Council Of Europe Parliamentary Assembly, Doc.13336, 15.10.2013, http://assembly.coe.int//nw/xml/ XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID= 20036&lang=en (Erişim Tarihi: 23.01.2015).

Şener, Ekin Bozkurt: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, T.C.Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, http: // yenikadininstatusu.aile.gov.tr / d ta/ 542a8e 86369dc 31550 b3ac33 / ekin_ bozkurt_tez.pdf (Erişim Tarihi: 12.12.2014).

Şener, Ülker: 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor? Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, http: // www.tepav.org.tr /upload/files/13330268091.6284_ Sayili_Ailenin_Korunmasi_ve_Kadina_Yonelik_Siddetin_Onlenmesine_ Dair_Kanun_Ne_Getiriyor.pdf. (Erişim Tarihi: 04.02.2015).

TBMM 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Gerekçesi, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/ donem24/yil01/ss181.pdf (Erişim Tarihi: 09.11.2014).

The Law Reform Commission of Hong Kong, Stalking Report 2000, http://www.hkreform. gov.hk/en/docs/rstalk-e.pdf. (Erişim Tarihi: 09.11.2014).

The National Victim Center, "Stalking Questions and Answers" http:// www.nvc.org/ ddir/info43.htm (Erişim Tarihi: 12.12.2014).

Tığlı, Hüseyin: Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması, TAAD, C. 1, S. 5, 2011, s. 487-538.

Tınaz, Pınar: Mobbing: İş Yerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, 2006, s. 11-22.

Tjaden, Patricia/ **Thoennes,** Nancy: Full Report of the Prevalence, Incidence and Consequences of Violence Against Women, Full Report of the November 2000, https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ nij/183781.pdf. (Erişim Tarihi: 012.12.2014).

Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TKAA2008-AnaRapor.pdf (Erişim Tarihi:12.12.2014).

Türkmen, Ahmet: Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medenî Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, DEÜHFD, C.11, Özel Sayı, 2009, s. 1387-1434.

U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Stalking and Domestic Violence: The Third Annual Report to Congress under the Violence Against Women Act, July 1998, http://www.ojp.usdoj.gov (Erişim tarihi: 30.10.2014).

Ulucan, Devrim: Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı (M. Polat SOYER'e Armağan), 2013, s. 369-383.

Walsh, Keirsten L.: "Safe and Sound at last? Federalized Anti-Stalking Legislation in the United States and Canada", Dickinson Journal of International Law, Vol. 14, No. 2, 1996, p. 373-402.

Zevkliler, Aydın/ **Acabey,** Mehmet Beşir/ **Gökyayla,** K. Emre: Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.

İŞ İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

A. Eda MANAV*

ÖZET

Kişisel veri, kişilerin isimleri, adresleri, telefon numaraları, hastalıkları, banka hesap numaraları, kredi kartları, şifreleri, mali kayıtları, aldığı cezalar, arkadaşları, akrabaları gibi belirli veya belirlenebilir bir kişiyle ilgili tüm bilgiler olarak tanımlanabilir. Bu veriler, günümüzde hayatın her alanında gerek kamu gerek özel sektör tarafından yaygın olarak kaydedilmekte, başkalarına transfer edilmekte ve özellikle bilgisayar ve internet aracılığıyla paylaşılmaktadır. Veri koruma hukukunun ve bu anlamda kişisel verilerin korunmasının temel amacı, verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini önlemek ve bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bütün işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktır. İşçinin kimlik bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkumiyet durumu, siyasi ya da sendikal faaliyetleri, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları, dini, ırkı, etnik kökeni, cinsel eğilimi vb. bilgiler korunması gereken kişisel veriler kapsamında yer almakta ve korunması gereken bilgiler olarak kabul edilmektedir. İş Kanununda kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeterli düzenleme olmamasına karşın, Türk Borçlar Kanununun 419 uncu maddesindeki düzenleme, iş ilişkilerinde de uygulanmaktadır. Çalışmamızda işçinin kişisel verilerinin korunmasının iş ilişkisindeki önemi vurgulanmak istenmiştir.

Anahtar kelimeler: *"kişisel veri", "kişisel verilerin korunması", "işçinin kişilik hakkı", "işçilerin izlenmesi"*

PROTECTION OF EMPLOYEE'S PERSONAL DATA IN LABOUR RELATIONS

ABSTRACT

Personal data can be defined as all information related to a specific or a specifiable person such as names of persons, their phone numbers, diseases, bank account numbers, credit cards, codes, financial records, criminal records, friends, relatives. These data are commonly registered both by public and private sector in every area of today's world, transferred to others and especially shared via computer and internet. The main objective of data protection law and in this sense, protection of personal data is to prevent unlawful registry of data and ensure the compliance of all the transactions performed over these data with laws. Identity information, address, profession, marital status, date of birth, nationality, imprisonment condition, political or union activities, health and disease condition, e-mail correspondences,

* Dr., Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi.

religion, race, ethnic origin, sexual orientation etc. of an employee fall into the scope of personal data required to be protected and they are considered as information required to be protected. While there is not adequate regulation on protection of personal data in Labour Law, the regulation in Article 419 of the Turkish Law on Obligations is also applied in business relations. The importance of protection of a employee's personal data in business relation is intended to be reiterated.

Keywords: *"personal data", "personal data protection", "personal right of the employee", "employee monitoring"*

GİRİŞ

Ülkemizde kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili yeterli ve açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu verilerin kontrolsüz şekilde işlenmesi, bazı temel hakların ihlal edilmesine sebep olmaktadır.

İlerleme Raporları, Katılım Ortaklığı Belgesi, 23. Fasıl Tarama Sonu Raporu gibi belgelerde bu konuda bir kanun bulunmaması önemli bir eksiklik olarak nitelendirilmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ile ilgili ilk çalışmalar 1989 yılında başlamış ve 2000'li yıllara kadar çeşitli tasarı taslakları hazırlanmış ancak çalışmalar sonuçlandırılamamıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının yasalaşması sadece AB'ye uyum kapsamında değil, aynı zamanda 1981 yılında imzalayıp henüz yürürlüğe sokmadığımız 108 Nolu Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve EK Protokolü (2001) açısından da bir zorunluluktur.

2014 Türkiye İlerleme Raporunda, ilgili anayasa değişikliklerinin yapıldığı 2010'dan bu yana, kişisel verilerin korunmasına yönelik tedbirler içeren kanunların çıkartılması konusunda ilerleme kaydedilmediği belirtilerek, Türkiye'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel bir kanunu kabul etmesi ve bağımsız bir veri koruma denetim otoritesi kurması gerektiği vurgulanmıştır[1].

Kişisel verilerin işlenmesi hayatın her alanında olduğu gibi çalışma hayatında da sık rastlanılan bir durumdur. Bu bağlamda iş mevzuatı düzenlemelerinin yetersiz olduğu görülmektedir. Kişisel verilerin korunmasının iş ilişkisindeki önemini vurgulamak amacıyla yapılan bu çalışmada öncelikle kişisel veri kavramı tanımlanarak, kişisel verilerin korunmasının önemi

[1] http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf

açıklanmıştır. Daha sonra uluslararası ve ulusal düzenlemelerde kişisel verilerin korunmasının normatif dayanakları açıklanarak; iş hukukunda işçilerin kişisel verilerinin korunması, iş ilişkisi kurulurken, devam ederken ve sona erdikten sonra işçinin kişisel verilerinin uygulama alanı anlatılmıştır. Kişisel verilerin işveren tarafından hukuka aykırı kullanımının yaptırımı açıklanarak çalışma sonlandırılmıştır.

I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASININ ÖNEMİ

A. Genel Olarak

Kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki kişiye ilişkin her türlü bilgidir[2]-[3]. Bir kimsenin kimliğine, etnik kökenine, fiziki özelliklerine, sağlık, öğrenim, iş durumuna, bireysel veya aile içi yaşantısına, yerleşim yerine ilişkin bilgiler ile, başkaları ile gerçekleştirdiği haberleşmeler, kredi kartı bilgileri, kişisel düşünce ve inancı, siyasi veya sendikal faaliyetlerine ilişkin bilgileri, mahkumiyet durumu kişisel veri olarak kabul edilir[4]. Bu bağlamda kişisel veri, kişilerin isimleri, adresleri, telefon numaraları, hastalıkları, banka hesap numaraları, kredi kartları, şifreleri, mali kayıtları, aldığı cezalar, arkadaşları, akrabaları gibi belirli veya belirlenebilir bir kişiyle ilgili tüm bilgiler olarak tanımlanabilir. Bu veriler, günümüzde hayatın her alanında gerek kamu gerek

---

[2] Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s.9; Hüseyin Can Aksoy, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s.11-13; Zeki Okur, İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme", İstanbul 2011, s.73; Zeki Okur, "Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı", İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s.372; Ahmet Sevimli, "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", MESS Sicil iş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, s.123; Selen Uncular, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2014, s.19; Doğan Kılınç, **"**Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", AÜHFD, 61 (3), 2012, s.1093; Council of Europe, Handbook on European Data Protection Law, 2014, s.41.

[3] 95/46 sayılı Direktifin 2-a maddesine göre kişisel veri, tanımlanan ya da tanımlanabilir gerçek kişiyle (veri konusu) ilgili herhangi bir bilgiyi; tanımlanabilir kişi, özellikle kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, akli, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğine özel bir ya da birden fazla faktöre atıf yapılarak doğrudan ya da dolaylı tanımlanabilen birini ifade eder. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML
108 sayılı Sözleşmenin 2 a maddesine göre, "Kişisel Nitelikteki Veriler": Kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder. http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/108.htm.
Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının 3 c maddesine göre, kişisel veri, "Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü belge"yi ifade eder. http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Tbmmkms/Tbmmkom/ki%C5%9Fisel%20veriler.pdf.

[4] Aksoy, s.1; Uncular, s.19; Okur, Elektronik Gözetleme, s.73; Sevimli, Veri Koruma, s.123; Okur, Kişisel Veri, s.373.

özel sektör tarafından yaygın olarak kaydedilmekte, başkalarına transfer edilmekte ve özellikle bilgisayar ve internet aracılığıyla paylaşılmaktadır.

Kişisel verilerin depolandığı veya kullanıldığı formun, veri koruma hukukunun uygulanabilirliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yazılı veya sözlü haberleşme ve iletişimler yanında, kapalı devre televizyon sistemi ile kaydedilen görüntü[5] veya sesler[6] de dahil olmak üzere, bu bilgilerin kişisel verileri içermesi mümkündür. Kâğıtlarda yer alan bilgiler yanında, elektronik ortamda kaydedilen bilgilerin, insan dokusundan alınan hücre numunelerinin dahi kişisel veri olarak kabul edilmesi mümkündür[7].

Verilerin korunması temelde verilerin değil, bu verilerin ilişkili olduğu gerçek kişilerin korunmasını amaçlamaktadır[8]. Bu koruma, kişileri, onlar hakkındaki bilgilerin işlenmesinde doğacak zararlardan koruma anlamına gelmektedir[9]. Kişisel verilerin korunması gerekliliğinin sebebi, veri sahiplerinin kişilik hakkının korunması ile bilginin serbest dolaşımı arasındaki dengenin sağlanmasıdır. Özellikle bilgisayar teknolojisi ve internet kullanımının yaygınlaşması kişisel verilerin korunmasının önemini artırmıştır[10].

Kişisel verilerin işlenmesi, otomatik araçlarla veya bu araçlar kullanılmaksızın kişisel veri üzerinde yapılan, verinin elde edilmesi, kaydedilmesi, sınıflanması, depolanması, kullanılması, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, üçüncü kişilerle paylaşılması, silinmesi ve yok edilmesi gibi işlem veya işlemler dizisidir[11]-[12]. Bir kişinin nüfus ve

---

5 AİHM, *Von Hannover – Almanya*, No. 59320/00, 24 Haziran 2004; AİHM, *Sciacca – İtalya*, No. 50774/99, 11 Ocak 2005, Handbook on European Data Protection Law, s.43.

6 AİHM, *Peck – Birleşik Krallık*, No. 44647/98, 28 Ocak 2003; AİHM, *Köpke – Almanya*, No. 420/07, 5 Ekim 2010, Handbook on European Data Protection Law, s.43.

7 Handbook on European Data Protection Law, s.43.

8 Küzeci, s.13.

9 Küzeci, s.13. Kişisel verilerin korunması hakkı konusunda farklı teoriler için bkz. Küzeci, s.60 vd; Uncular, s.21 vd.

10 Aksoy, s.75-77

11 Sevimli, Veri Koruma, s.123; Kılınç, s.1095.

12 'Kişisel verilerin işlenmesi' kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen 'toplama, kaydetme, organizasyon, depolama, adaptasyon veya değiştirme, kurtarma, danışma, kullanma, iletmeyle açıklama, dağıtma veya başka surette sağlama, birleştirme veya sıralama, engelleme, silme veya imha etme gibi herhangi bir faaliyet anlamına gelmektedir. "İşleme" terimi, verilerin sorumluluğunun bir kontrolörden çıkarak başka bir kontrolörün sorumluluğuna geçtiği eylemleri de kapsamaktadır. Handbook on European Data Protection Law, s.48-49. Ayrıca bkz. Veri Koruma Direktifi, Madde 2 (b). Benzer şekilde, ayrıca bakınız: 108 sayılı Sözleşme, Madde 2 (c).

adres bilgilerinin kendisinden ya da başka bir kaynaktan elde edilmesi, bu bilginin kaydedilmesi, saklanması, başkaları ile paylaşılması, kişinin sağlık durumunun sağlık dosyalarına kaydedilmesi, kişinin fotoğraf ya da parmak izinin elde edilmesi ve saklanması, telefon numarasının, e-posta adresinin ya da şifresinin elde edilmesi verilerin işlenmesine örnek olarak verilebilir[13]. Kişisel verilerin işlenmesi günümüzde iş ilişkilerinde oldukça sık rastlanılan bir konu haline gelmiştir. Nitekim işverenler, kanunun öngördüğü yükümlülüklere uymak, işçi seçiminde, eğitiminde, işçinin yükselmesinde kullanmak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, müşteri ilişkilerini kontrol etmek, işyeri güvenliğini sağlamak gibi amaçlarla iş başvurusunda bulunan işçi adaylarına ya da çalıştırdıkları işçilerine ait kişisel verileri işlemektedir[14].

Bu bağlamda veri koruma hukukunun ve kişisel verilerin korunmasının temel amacı verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini önlemek ve bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bütün işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktır[15]. Kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliği temel hakkına dayanmaktadır ve özel hayatın gizliliği insanın kişiliğinin korunmasında önemli bir araçtır[16]. Verilerin korunması hakkı, özel hayata saygı gösterilmesi hakkından doğmuş olan bir haktır. Özel hayat kavramı, insanlar ile ilgilidir. Bu itibarla, veri koruma asli yararlanıcıları gerçek kişilerdir[17]. Kişisel verilerin korunması konusu kişilik hakları ile de yakından ilgili olduğu için, kişilik haklarının korunması, işçinin işe alınmasında ve iş sözleşmesinin devamında elde edilen bilgilerin kullanılmasının sınırlandırılması, bazı bilgilerin elde edilmesinin yasaklanması önemlidir[18].

B. İş Hukukunda Kişisel Veri Kavramı ve Önemi

İş hukukunda kişisel veri kavramı, bilgisayar ortamında veya özlük dosyalarında saklanan, işçinin özel ve mesleki yaşamını kapsayan, işçiyi doğrudan veya dolaylı ilgilendiren tüm bilgiler, işaretler veya notlardır[19].

---

[13] Uncular, s.47-48.

[14] Sevimli, Veri Koruma, s.124.

[15] Uncular, s.47; Okur, Kişisel Veri, s.369.

[16] Kılınç, s.1099.

[17] Handbook on European Data Protection Law, s.37.

[18] Ufuk Aydın, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002, s.222-223.

[19] Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2014, s.718; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, s.404.

İşçinin kimlik bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkumiyet durumu, siyasi ya da sendikal faaliyetleri, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları, dini, ırkı, etnik kökeni, cinsel eğilimi vb. bilgiler korunması gereken kişisel veriler kapsamında yer almaktadır[20].

Örneğin, bir denetmen, bir çalışanın iş performansı hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur ve söz konusu değerlendirmeler çalışanın özlük dosyasında saklanmaktadır. Her ne kadar "çalışan kendisini işine vermiyor" gibi ve aksi kanıtlanamaz bir olgu olarak "çalışan, son altı ay zarfında beş hafta süreyle devamsızlık yapmıştır" gibi değerlendirmelerin, denetmenin sadece şahsi kanaatini kısmen veya tamamen yansıtması mümkün olsa da söz konusu değerlendirmeler, çalışana ilişkin kişisel veri olarak kabul edilirler[21].

Bodil Lindqvist davasında[22], ABAD, "bir kişinin ayağını incitmesi ve tıbbi sebeplerle ancak yarı zamanlı çalışabilmesinin, 95/46 sayılı Direktiftin 8. maddesinin 1. fıkrası anlamında o kişinin sağlık durumuna ilişkin kişisel veri teşkil ettiğini" belirtmiştir[23].

II. İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASININ NORMATİF TEMELLERİ

A. Uluslararası Hukukta İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasının Normatif Temelleri

1. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) İlkeleri

Kişisel verilerin korunması konusunu uluslararası alanda ilk olarak Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü ele almıştır. OECD 1980 yılında "Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler" adlı bir metin yayınlayarak kişisel verilerin korunmasının ekonomik boyutunu ortaya çıkarmıştır[24].

[20] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.718; Süzek, s.404-405.

[21] Handbook on European Data Protection Law, s.41-42.

[22] ABAD, C-101/01, Bodil Lindqvist, 6 Kasım 2003, paragraf 51 ABAD, C-101/01, Handbook on European Data Protection Law, s.43, dn.66.

[23] "… Bir internet sayfasında çeşitli kişilerden bahsedilmesi ve bu kişilerin isimleriyle veya başka şekilde, örneğin telefon numaralarının verilmesi veya çalışma koşulları veya hobilerine dair bilgiler verilmesi suretiyle belirtilmesi eyleminin, 95/46 sayılı Direktifin 3. Maddesinin 1. Fıkrası anlamında 'tamamen veya kısmen, otomatik araçlarla kişisel verilerin işlenmesi' teşkil ettiğine" hükmetmiştir. ABAD, C-101/01, *Bodil Lindqvist*, 6 Kasım 2003, paragraf 27. Bkz. Handbook on European Data Protection Law, s.43, dn.71.

[24] Bkz. Küzeci, s.118-119.

2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı kişisel verilerin korunması hakkını ayrı bir madde olarak düzenlemiştir. Şartın sekizinci maddesine göre, "Herkes kendisi hakkındaki kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir." Ayrıca "Bu tür veriler açıkça belirtilmiş amaçlarla dürüst biçimde ve ilgili olduğu kişinin rızası temelinde ya da yasalarca/hukuk tarafından öngörülen diğer meşru temellerle işlenmelidir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere ulaşım ve düzeltme hakkına sahiptir."

3. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin özel yaşamın gizliliğini düzenleyen 12 inci maddesine göre, "Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır." BM Genel Kurulu 1990 yılında da "Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler "adını taşıyan bir belge hazırlamıştır[25].

4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel verilerin korunması bağımsız bir hak olarak görülmemekle birlikte, Sözleşmenin sekizinci maddesine göre,"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

5. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları ve 108 Sayılı Sözleşme

Avrupa Konseyince kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek için Tavsiye Kararları kabul edilmiştir. Konsey, 1973 ve 1974 yıllarında kabul ettiği iki kararla kişisel verilerin korunması için gerek özel (Özel Sektördeki Elektronik Veri Bankaları Karşısında Kişilerin Durumu) gerek kamu sektörü (Kamu Sektöründeki Elektronik Veri Bankaları Karşısında Kişilerin Durumu) kurum ve kuruluşlarında göz önünde bulundurulması gereken ilkeleri belirlemiştir. Konsey 1981 yılında 108 Sayılı Sözleşme olarak

[25] Bkz. Uncular, s.36.

bilinen "*Otomatik Olarak İslenen Kişisel Veriler Bakımından Bireylerin Korunması Hakkında Sözleşme"yi* kabul edip imzaya açmıştır[26]. Sözleşmenin birinci maddesine göre, her Akit Devlet ülkesinde, uyruğu veya ikametgahı ne olursa olsun tüm gerçek kişilerin, temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendilerini ilgilendiren kişisel nitelikteki verilerin, otomatik bilgi işleme tabi tutulması karşısında özel yaşam haklarını güvence altına almaktır[27]. Ülkemiz bu Sözleşmeyi imzalamasına karşın henüz onaylamamıştır.

6. 95/46 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin en önemli düzenlemelerden biri 24 Ekim 1995 tarihli 95/46 Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı Direktifidir. Direktifin birinci maddesine göre, üye devletler, bu direktife uyumlu olarak, kişisel verilerin işlemesine saygı çerçevesinde gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle onların mahremiyet haklarını koruyacaktırlar[28].

7. İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) işçilerle ilgili kişisel bilgi toplanması ve bu bilgilerde yer alan kişilik haklarının ihlalini önleyecek kuralları içeren bir sözleşmesi yoktur. Ancak ILO'nun 1958 tarihli ve Türkiye tarafından 1966 yılında onaylanmış olan 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşmesi, 1971 tarihli ve Türkiye tarafından 1993'te onaylanan 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında Sözleşmesi ile 143 sayılı tavsiye kararında, 181 sayılı Özel İstihdam Bürolarının Korunmasına İlişkin Sözleşmesinde işçilerle ilgili kişisel bilgilerin korunmasına ilişkin hükümler getirilmiştir. Avrupa Konseyi'nin 18 Ocak 1989'da kabul edilen İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin R(89)2 sayılı Tavsiye kararı da bu konuda önemli bir kaynaktır. Bu konudaki eksikliklerin giderilmesi amacıyla ILO'nun 1995 tarih ve 267. toplantısında bir karar alınmış ve 1-7 Ekim 1996'da yapılan toplantılarda da çalışanların özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması ve kullanılması hakkında bir metin geliştirilmiştir[29].

---

[26] Kılınç, s.1096.

[27] http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/108.htm.

[28] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML

[29] Bu metnin içeriği hakkında bkz. Emine Tuncay Kaplan, "İş Hukukunda Kişilik Haklarının

Uluslararası Çalışma Örgütünün kabul ettiği bu belge çerçevesinde çalışanların özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması yöntemleri geliştirilmeli ve kişisel bilgilerle ilgili bilgisayar kayıtları en aza indirilmeli, elde edilen kişisel verilerle, işçilerin işe alımında ve iş sözleşmesinin devamında ayrımcılık yapılmamalı, bu verilerin gizliliğinin korunması sağlanmalı, işçinin izni olmadan elde edilen bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalı, işverenin işçiye cinsel hayatı, siyasi, dini düşüncesi, inancı konusunda soru sormaması sağlanmalı, sağlıkla ilgili olarak ancak iş için önemli ise ve iş sağlığı ve güvenliği için gerekli ise soru sorulmalıdır[30].

B. Türk Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasının Normatif Temelleri

1. Anayasa

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı 7 Mayıs 2010 tarihinde 5982 sayılı Kanunun ikinci maddesi ile Anayasanın Özel Hayatın Gizliliği başlıklı 20 inci maddesinin üçüncü fıkrasına ek fıkra olarak ilave edilmiştir. Buna göre, Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

2. Türk Medeni Kanunu (TMK)

Medeni Kanunda doğrudan özel yaşamı korumaya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TMK.m.23-25 de kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu hükümler, kişilerin ve aynı zamanda işçilerin kişisel verilerinin korunması bakımından bir araç olabilir. TMK.m.24'e göre, "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına

Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/480/5583.pdf, s.383-384. Ayrıca bkz. Ahmet Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s.116, dn.17.

[30] Bkz. Aydın, s.225. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf.

yapılan her saldırı hukuka aykırıdır." Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişi TMK.m.25 çerçevesinde, saldırının tespiti amacıyla tespit, saldırının sona erdirilmesi için men, saldırı tehlikesinin önlenmesi maksadıyla önleme ve kişilik haklarının zarar görmesi nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi için maddi veya manevi tazminat davalarını açabilir. İşçinin kişisel verilerinin işveren ya da işveren vekili tarafından hukuka aykırı olarak kullanılması halinde, gizli kalması gereken kişisel verilerinin kullanılması dolayısıyla kişilik hakları zedelenen işçi de söz konusu genel hükümlerden yararlanarak dava açabilme imkanına sahiptir.

3. Türk Borçlar Kanunu (TBK)

Teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmış ve bu gerekçe ile Türk Borçlar Kanununun 419 uncu maddesi düzenlenmiştir[31]. Buna göre, "İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır." Bu konudaki özel kanun da Kişisel Verilerin Korunması Kanunudur[32]. Ancak henüz Kişisel Verilerin Korunması Kanunu tasarısı yasalaşmadığı ve İş Kanununda da kişisel verilere ilişkin düzenlemeler yetersiz olduğu için, Türk Borçlar Kanununun genel nitelikteki bu düzenlemesi uluslararası düzenlemeler çerçevesinde yorumlanmalıdır[33]. Genel nitelikte bir düzenleme olan TBK.m.419 tüm iş ilişkilerine uygulanabilecek bir hükümdür[34]. Kişisel verilerin korunması gibi önemli bir konunun tek maddede düzenlenmesi mümkün olmadığı için, söz konusu hükümde belirtilen özel kanunun bir an önce çıkarılması gerekmektedir[35].

İşçinin işe yatkınlığı, işin görülmesi için gereken yetenekleri; hizmet sözleşmesinin ifası için zorunluluk ise, işçinin iş görme edimini yerine getirebilmesi için zorunlu olan verileri ifade eder[36]. Bu madde ile kişilik hakkı

[31] Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.941.

[32] Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 328 b maddesinde de uygulanacak kanunun Federal Veri Koruma Kanunu olduğu belirtilmiştir. Bkz.Sevimli, Veri Koruma, s.133.

[33] Uncular, s.44.

[34] Okur, Elektronik Gözetleme, s.78.

[35] Soyer, s.19; İbrahim Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", TÜHİS Kasım 2005, s.36; Sevimli, Veri Koruma, s.123.

[36] Polat Soyer, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesi" ne İlişkin "Bazı" Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar

kapsamında kişisel verilerin korunması bakımından önemli bir düzenleme getirilmiştir. Bu çerçevede kişisel verilerin kullanılması, edimin amacına uygun olmalıdır[37]. İşveren karşısında sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf durumda olan işçinin kendisine ait bilgilerinin işveren tarafından kullanılması tehlikesine karşı işçinin korunması ve kural olarak işçiye ait kişisel verilerin kaydedilmesinin yasaklanması amaçlanmıştır[38].

Türk Borçlar Kanununun 419 uncu maddesi, İsviçre Borçlar Kanununun 328 b maddesi doğrultusunda işçinin kişisel verilerinin korunmasını düzenlemiştir. Ancak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, verinin işlenmesinden değil, verinin kullanılmasından söz edilmektedir. Buna karşın söz konusu maddenin uygulama alanı hem verinin elde edilmesi hem de kullanılması olarak kabul edilmelidir[39].

4. Türk Ceza Kanunu (TCK)

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ve devamı maddelerinde, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kaydedilmesi veya ifşa edilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. K*işisel verilerin kaydedilmesini düzenleyen TCK.m.135 e göre, "* Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır." *Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme başlığı altında TCK.m.136 ya göre, "* Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." *Verileri yok etmemenin yaptırımı düzenleyen TCM.m.138 e göre, "*Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır." TCK.m.139 çerçevesinde kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme

2 Semineri, 25 Mayıs 2012, İstanbul 2012, s. 18; Süzek, s.405; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.719; Sevimli, Veri Koruma, s.134.

37 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.719-720.

38 Yavuz, s.941.

39 Soyer, s.18-19.

hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır[40].

5. İş Kanunu (İş K.)

İş Kanunumuzda işçilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin olarak 75. madde ile bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu maddeye göre, "İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür." Bu düzenleme dürüstlük, kuralının yansıması olarak yerinde bir düzenlemedir[41].

Bu madde çerçevesinde işverenin işçisi ile sözleşme yaptığı andan itibaren işçi hakkında tutacağı kayıtları gizli tutmak ve kimseye açıklamamak yükümlülüğü doğar. İşçinin özlük dosyasında yer alan bilgileri açıklamama yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. İşverenin bu yükümlülüğe aykırı davranarak işçinin dosyasında yer alan kişisel verileri üçüncü kişilere açıklaması halinde sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiği söylenebilir[42].

İşverenin, işçinin özlük dosyasında bulunan bilgileri saklaması, işçi hakkında edindiği bilgileri hukuka uygun olarak kullanması ve gizli kalması gereken bilgileri açıklamaması gerekmesine karşın; bu yükümlülüğü ihlal etmesi halinde yaptırım olarak sadece İş K.m.104/1'de, özlük dosyalarını düzenlemeyen işveren ve işveren vekilinin para cezası ödeyeceği düzenlenmiştir. İşçinin kişisel verilerinin bu şekilde hukuka aykırı olarak kullanılması halinde işçi İş K.m.24/II çerçevesinde iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir ya da genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edebilir.

İşveren işçiye ait kişisel verileri iş ilişkisinin kurulması, devamı ve sona ermesi için gerekli ise sadece kendisi için kullanabilir[43]. Kanuni yükümlülükler ve işçinin rızası olmaksızın üçüncü kişilerle paylaşamaz[44].

---

[40] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılınç, s.1133.

[41] Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.32.

[42] Hayrunnisa Özdemir, " İşyerinde İşçilerin İzlenmesi Ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", EÜHFD, C. XIV, S. 1–2 (2010), s.260.

[43] Ulrich Preis, Arbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2012, s.538.

[44] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.719; Preis, s.537.

İş Kanununun 75 inci maddesi çerçevesinde veri koruma hukuku yönünden işverene işçi özlük dosyası tutma, kişisel verilerin işlenmesinde işlem kriterlerine uyma, sır saklama ve talep halinde bilgileri yetkili mercilere açıklama yükümlülüğü verilmiştir[45]. İşveren İş Kanunu ve diğer kanunlar çerçevesinde düzenlemek zorunda olduğu kayıtları dosyada tutar. İş teftişi sırasında dosyadaki bilgilerin müfettişlere gösterilmesi ve işçilere ilişkin vergilerin ve sosyal güvenlik primlerinin ödenmesi konusundaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için işçilere ilişkin verilerin kurumlara aktarılması bu çerçevede değerlendirilmektedir[46]-[47].

Ancak işverenin yasal herhangi bir zorunluluk olmamasına karşın işçinin alışkanlıkları, fiziksel, duygusal, sosyal, ekonomik yapısı ile ilgili kişilik özellikleri ile ilgili bilgileri gerekli olmadığı halde kaydetmesi hukuka uygun olmayacaktır[48]. Bu madde çerçevesinde işverenin işçinin kişisel verilerini dürüstlük kuralına ve hukuka uygun kullanması gerekmektedir. Bu bağlamda verilerin açıklanmış ve belirlenmiş bir amaç doğrultusunda işlenmesi, verilerin işlenmesinde gereklilik olması, verilerin maddi gerçekliğe uygun ve güncel olması, verilerin üçüncü kişilerin erişimine açık olmayan şekilde işlenmesi ve saklanması gerekmektedir[49]. Bu madde çerçevesinde işverenin sır saklama yükümlülüğü de bulunmaktadır. İşverenin edindiği bilgileri herhangi bir sübjektif değerlendirme olmaksızın istisnasız bir şekilde saklaması gerekmektedir[50].

İş Kanununda işçinin kişisel verilerinin paylaşımına ilişkin bir düzenleme de 28 inci madde ile getirilmiştir. Buna göre, işçinin iş sözleşmesinin sona

[45] Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s.105.

[46] Sevimli, Veri Koruma, s.125.

[47] İşverenlerin, çalışanlarının maaşlarına ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere, çalışanları hakkında veriler toplamaları ve bu verileri işlemelerinin yasal dayanağı olmalıdır. İşverenler tarafından meşru bir şekilde gerçekleştirilen bu faaliyetin yasal dayanağı, iş sözleşmesi olabilir. Bir olayda, işverenler, çalışanlarının maaşlarına ilişkin verileri, vergi makamlarına iletmek durumunda kalmışlardır. "İşleme" teriminin 108 sayılı Sözleşme ve Direktifte yer alan anlamı dikkate alındığında, verilerin bu şekilde iletilmesi de "işleme" olarak kabul edilmektedir. Ancak, söz konusu açıklamanın (iletmenin) yasal dayanağı, iş sözleşmesi değildir. Maaş verilerinin işveren tarafından vergi makamlarına aktarılması ile sonuçlanan işleme faaliyetlerine ilişkin ek bir yasal dayanağın bulunması gerekmektedir. Söz konusu yasal dayanak, genellikle ulusal vergi mevzuatı hükümlerinde yer almaktadır. Böyle hükümler bulunmadığı takdirde ise, verilerin aktarılması hukuka aykırı bir işleme olarak değerlendirilecektir. Bkz. Handbook on European Data Protection Law, s.49.

[48] Başalp, s.105-106.

[49] Başalp, s.106.

[50] Başalp, s.107.

ermesine ilişkin olarak çalışma belgesi talep etme hakkı vardır. İşten ayrılan işçiye işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir. Bu belge de içerdiği bilgiler bakımından kişisel veri sayılır[51].

6. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 15 inci maddesinde "Sağlık gözetimi" düzenlenmiştir. Buna göre işveren; çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. Bununla birlikte işe girişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde ve işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz. Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur.

7. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinin "İşverenin sağlık ve güvenlik kayıtları ve onaylı deftere ilişkin yükümlülükleri" başlıklı yedinci maddesine göre işveren ilgili mevzuatta belirlenen süreler saklı kalmak kaydıyla; işyerinde yürütülen iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerine ilişkin her türlü kayıt ile işten ayrılma tarihinden itibaren en az 15 yıl süreyle çalışanların kişisel sağlık dosyalarını saklamakla yükümlüdür. Çalışanın işyerinden ayrılarak başka bir işyerinde çalışmaya başlaması halinde, yeni işveren çalışanın kişisel sağlık dosyasını yazılı olarak talep ederse, önceki işveren dosyanın bir örneğini onaylayarak bir ay içerisinde gönderir. Onaylı defterin asıl sureti işveren, diğer suretleri ise iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi tarafından saklanır. Defterin imzalanması ve düzenli tutulmasından işveren sorumludur. İşveren, teftişe yetkili iş müfettişlerinin her istediğinde işveren onaylı defteri göstermek zorundadır.

8. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için uygulanan 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 21 inci maddesine göre, "Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması

[51] Bkz. Okur, Kişisel Veri, s.380.

hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır. Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir."

9. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı

Ülkemizde de AB standartlarına uygun olarak kişisel verilerin korunması ve bu verilerin ancak kanunla düzenlenen hallerde kullanılması sağlanarak bu kapsamda olabilecek insan hakları ya da kişilik hakları ihlallerinin önlenmesi amacıyla Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Kanun Tasarısı Hazırlanmış ve TBMM ne sunulmuştur. Söz konusu tasarı TBMM AB Uyum Komisyonunda da görüşülmüş ancak seçim sürecine girilmesi nedeniyle Tasarı Genel Kurul gündemine gelememiştir.

Tasarıyla Getirilen Yenilikler şu şekilde sıralanabilir:

- *Tasarı ile sadece gerçek kişilerin verileri korunmaktadır. (m. 2)*
- *Tasarı ile öncelikle kişisel verilerin işlenmesi sorunu düzen altına alınmakta, buna ilişkin genel ilkeler belirlenmektedir. (m. 4)* Buna göre kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi, belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemesi gerekmektedir. Ayrıca bu veriler, toplandıkları amaçla bağlantılı, yeterli ve orantılı olmalı, doğru olmalı ve gerektiğinde güncellenmelidir. Kişisel verilerin, ilgili kişilerin kimliklerini belirtecek biçimde ve gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi zorunludur. Bu ilkelerin, tüm veri işlemelerinde dikkate alınması gerekmektedir.
- *Kişisel veriler istisnalar haricinde ancak ilgili kişinin açık rızasıyla işlenebilecektir. (m. 5)* Kural olarak, kişisel veriler ancak ilgili kişinin açık rızasıyla ve kanunda açıkça öngörülen hallerde işlenebilecektir. İlgili kişinin bir itirazda bulunması halinde, kanunlarda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi dışında, veri işlenemeyecektir. Bu kuralın istisnaları 5 inci maddede; kanunlarda açıkça öngörülme, rızasını açıklayamayacak durumda olan kişinin hayati çıkarları, sözleşmenin kurulması ve ifası, ilgili kişi tarafından alenileştirilmiş olma ve veri sorumlusunun hukuki

yükümlülüklerinin yerine getirilmesi şeklinde sayılmıştır.

- *Özel nitelikteki kişisel veriler için işlem yasağı getirilmektedir. (m. 6)* Tasarı ile kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve cinsel hayatlarından oluşan özel nitelikteki kişisel veriler için işlem yasağı getirilmekte, bu kuralın sınırlı istisnaları da 6 ncı maddede bentler halinde sayılmaktadır.
- *Muhafaza edilmesine artık ihtiyaç duyulmayan veriler silinecek, yok edilecek veya anonim hale getirilecektir. (m. 7)*
- *Tasarı ile yurt dışına veri aktarımı da düzenlenmektedir. (m. 8)*
- *Tasarı ile veri sorumlularına, ilgili kişilere bilgi verme yükümlülüğü; verileri işlenen kişilere ise bilgi edinme, düzeltme gibi bir takım haklar getirilmektedir. (m. 9–10)*
- *Tasarı ile "Veri Sorumluları Sicili" kurulmaktadır. (m. 15)*
- *Tasarıda belirlenen hükümlere aykırılıklar hakkında idarî ve cezaî yaptırımlar öngörülmüştür. (m. 16-17)*
- *Tasarı ile Kanunun uygulanmasını denetleyecek bir Kurul kurulmaktadır. (m. 18)*

III. İŞ İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

A. Temel Sorun

İş sözleşmesi, işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran ve güven ilişkisine dayanan bir sözleşme olması nedeniyle, işçinin işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruması ve bu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınması karşılığında, işverenin işçiyi koruması ve gözetmesi gerekmektedir[52]. Bu bağlamda, işverenin işçiyi gözetme borcu işverenin asli borçları arasında kabul edilmektedir[53]. İşverenin gözetme borcu genel

[52] Süzek, s.400.

[53] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 705; Fikret Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s.33; İlhan Ulusan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1992, s.19. Bu borcun işverenin yan edimlerinden olduğu konusundaki görüşler için bkz. Alfred Söllner, Grundrißdes Arbeitsrechts, 12. Aufl., München 1998, s.271-272; Günter Schaub/Ulrich Koch/Rüdiger Linck/Hinrich Vogelsang, Arbeitsrechts- Handbuch, München 2007, (Koch), s.1079, Rn.1.

olarak, işçinin kişiliğine saygı gösterme ve kişiliğini koruma, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini alma, işçinin işyerine getirdiği eşyasını koruma gibi yükümlülükleri kapsar[54]. Bu bağlamda işçinin özlük dosyasının korunması ve saklanması, bu bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmaması da işverenin bir yükümlülüğüdür[55].

İşçinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirmesi, bu anlamda işverene kişisel bağımlılığı, işçinin kişiliğinin korunmasını gerektirir[56]. İşçinin iş ilişkisi içerisinde işverene hukuken bağımlı oluşu ve bunun karşılığında işverenin yönetim hakkının varlığı, işçinin temel hak ve özgürlüklerini işyerinde nasıl kullanacağı, kişilik haklarının nasıl korunacağı, özellikle işçinin işe girişte verdiği gizli kalması gereken bilgilerin işveren tarafından kötüye kullanılması olasılığı, yeni teknolojilerin getirdiği elektronik göz, kamerayla işyerinin kontrolü, işyeri dışında örneğin evinde çalışan işçinin bilgisayar vasıtasıyla gözetlenmesi, işçinin özel yaşamına müdahale imkanı veren ve kişilik haklarına tecavüz ortamı oluşturan teknolojik olanakların varlığı işçinin kişisel verilerinin korunması gerekliliğini doğurmuştur[57].

Ulusal düzenlemelere, bilimsel ve yargısal içtihatlara bakıldığı zaman, konunun işçinin özel yaşamına müdahalenin önlenmesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. İşçinin özel yaşamına müdahalenin hangi durumda hukuka aykırı sayılmayacağı birtakım ilkelerin uygulanması suretiyle tespit edilebilir. Öncelikle işçinin özel hayatına müdahaleye verdiği rızaya kuşkuyla yaklaşılmalı, bu rızanın iş sözleşmesinin kurulmaması ya da iş ilişkisinin sonlandırılması tehdidi altında verilmemiş olması gerekmektedir. Müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak meşru ve gerçek bir nedenin olması gerekmektedir[58]. Özel yaşama müdahale olmaksızın işverenin

[54] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.706 vd.; Söllner, s.271-272, Schaub, Arbeitsrechts, (Koch), s.1079, Rn.1, 1086, Rn.38;Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/Emine Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013, s.146; Mustafa Alp, "Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkiler", İzmir Barosu İş Hukuku Günleri-II, Sempozyum, 10-11 Mayıs 2013, İzmir 2014, s.124.

[55] Wolfgang Zöllner/Georg Loritz, Arbeitsrecht, 5. neuebearbeitete Aufl., München 1998, s.204.

[56] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.371; İbrahim Aydınlı, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, s.113.

[57] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.708; Sevimli, Özel Yaşam, s.113 vd.

[58] Ahmet Sevimli, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, s.70.

amacına ulaşması mümkün olmamalı, bu bağlamda amaca ulaşmak için işçinin özel yaşam hakkına en az düzeyde zarar verecek yöntemin seçilmesi gerekmektedir[59]. Özel yaşama müdahale bireyselleştirilmiş olmalıdır. Örneğin, bir hastanede sadece beden sıvılarının teması yoluyla bulaşacak bir hastalığa karşı kan testi yapılmak isteniyorsa, sadece hastalarla yakın temas içinde olan hastalara test yapılmalıdır[60]. Bu bakımdan, işverenin amacına ulaşabilmesi için, işçinin özel yaşamına müdahale etmesi mutlaka gerekli olmalıdır. Eğer işçinin kişilik haklarına işverenin söz konusu amacıyla bağdaşmayacak ölçüde bir müdahalede bulunuluyorsa, işçinin kişisel verilerinin kullanılması ve dolayısıyla özel yaşamına yapılan bu saldırı hukuka aykırı sayılır[61]. İşveren iş ilişkisi çerçevesinde birtakım menfaatler elde etmek amacıyla işçinin kişisel verilerini kullanmak istediği takdirde, işçinin kişilik haklarına yapılacak bu müdahalenin mutlaka somut bir amacı olmalıdır[62].

Özet olarak hukukumuzda iş mevzuatında bu konuda yeterli bir düzenleme bulunmadığı söylenebilir. İşçinin kişisel verilerinin işçiye ve işçinin kişilik haklarına zarar verecek şekilde kullanılması halinde, bu sorun, İş Kanunundaki bazı düzenlemelere ve genel hükümlere başvurulmak suretiyle çözümlenmeye çalışılmasına karşın kişilik haklarının son derece önem taşıması ve korunması gereği, işçinin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel düzenleme yapılmasını gerektirmektedir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, 1.7.1993 tarihinde yürürlüğe giren 19 Haziran 1992 tarihli Bilgisayar Verilerine Karşı Korunma Kanunu (Datenschutzgesetz) ile birlikte yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesi hükmü ile işverenin işçi hakkında sadece iş ilişkisine ilişkin bilgisayar verilerini toplayabileceği ve bu bilgisayar verilerinin iş sözleşmesinin ifası için kullanılabileceği düzenlenmiştir[63]. Bu düzenleme çerçevesinde işçinin özel yaşamına ilişkin bilgiler, ancak iş ilişkisi ile doğrudan ilgili olması veya sözleşmenin ifası için gerekli olması halinde toplanabilir. Bu çerçevede işçinin eğitim durumuna veya işyerindeki tutumuna ilişkin bilgi toplanması mümkün iken; dini ya da siyasi görüşüne veya boş zamanlarını ne şekilde değerlendirdiğine yönelik bilgiler toplanamaz[64].

[59] Sevimli, Özel Yaşam Hakkı, s.70.

[60] Sevimli, Özel Yaşam Hakkı, s.70.

[61] Schaub, Arbeitsrecht, (Linck), s.1551, Rn.22.

[62] Schaub, Arbeitsrecht, (Linck), s.1552, Rn.26.

[63] Bkz. Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.373, 382; Emine Tuncay Kaplan, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, s.43.

[64] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.382.

İsviçre Borçlar K. m.328 b'ye göre, işçinin kişiliğine ilişkin bilgiler ancak onun başvurusundan itibaren toplanmaya başlanabilir. Diğer bir ifade ile, işveren işçi hakkında bilgi toplamadan önce ya da örneğin işçinin telefon görüşmelerini dinlemeye başlamadan önce ya da işçiyi elektronik gözle izlemeden önce işçiyi bu konuda bilgilendirmelidir[65].

Alman hukukunda Bilgisayarda Toplanan Kişiye İlişkin Bilgilerin Kötüye Kullanılmasına Karşı Koruma Kanunu (Gesetz zum Schutz vor Missbrauch Personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung Bundesshutzgesetz) ile işçinin iş ilişkisinde korunmasına ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiş olmasına karşın; genel olarak herkesin kişilik haklarının korunmasına yönelik düzenlemeler getirilmiş ve işçinin kişilik hakları da bu şekilde korunmaya çalışılmıştır.

Alman İşletme Temel Kanunun 87/1 paragrafına göre de, işçi temsilcilerinin onayı ile işyerinde işçinin çalışmasını izlemek amacıyla teknik teçhizat, video kamera yerleştirilebileceği öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme işverenin istediği her zaman işçiyi kendi arzusuna göre izleyebileceği şeklinde anlaşılmamalı, işverenin sadece gerektiği zaman işçiyi izleyebilmesi şeklinde dar olarak yorumlanmalıdır[66].

B. İşçinin İşe Alınmasında, İş İlişkisinin Devamında ve Sona Ermesinde Kişisel Verilerin Değerlendirilmesi

1. İşçinin İşe Alınmasında

İşveren iş sözleşmesi yapacağı işçinin tüm özelliklerini bilmek ve edindiği bilgilere göre iş ilişkisine başlama kararı vermek isteyebilir. Bu bağlamda işveren işçiye, işçinin kimliği ile ilgili ad-soyad, doğum tarihi, ikametgah adresi, eğitim durumu, daha önce çalıştığı yerler, buralardan aldığı referanslar, askerliğini yapıp yapmadığı gibi sorular yöneltebilir[67]. İşverenin işçiye soracağı soruların içeriği mesleki bilgilerini ölçmeye yarayan veya en azından dolaylı da olsa mesleki yaşantısı ile ilgili olmalıdır[68].

---

[65] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.382.

[66] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.381.

[67] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.378; Sevimli, Özel Yaşam, s.152; Aydınlı, Edimden Bağımsız Koruma, s.117; Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.30; Küzeci, s.280; Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s.66; Öner Eyrenci, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.250.

[68] Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.29; Manfred Löwisch/Georg Caspers/Steffen Klummp, Arbeitsrecht, 10. Aufl., München 2014, s.72-73.

İşçinin işverence sorulan sorulara karşı doğru bilgi vermesi, işvereni yanıltmaması gerekmektedir. Ancak işçinin olası bir iş imkanını kaçırma durumunun önüne geçmek için işin niteliği ile bağlantılı olmayan bir konuda kendisine yöneltilen soruyu yanıtsız bırakması mümkündür[69]. Bu bağlamda işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin kişisel verilerinin korunması arasında denge kurulması gerekmektedir[70]. İşverenin soru sorma hakkının sınırını da TMK.m.2 deki dürüstlük kuralı belirleyecektir[71].

İşçinin kişiliğinin ve özel hayatının korunması, işyerindeki işçiler bakımından önemli olduğu kadar, işyerine çalışmak için gelen işçi adayları için de önemlidir. Bu bağlamda işveren sözleşme görüşmeleri için kendisine iş başvurusu yapan kişilere karşı edimden bağımsız koruma yükümlülüğü ile sorumludur[72]. İşverenin iş ilişkisi görüşmeleri çerçevesinde çalışanla ilgili bilgi ve belgeleri saklanmak ve haksız kullanıma karşı bu verileri korumak zorunluluğu vardır. İşverenin bu yöndeki saklama ve koruma yükümlülüğü, aynı zamanda işçiye ait personel soru bildirgeleri, tıbbi muayene raporları, yetenek testleri gibi bilgilere ilişkin sır saklama yükümlülüğü kapsamında kabul edilir[73]. İşveren iş görüşmesi neticesinde işçi adayı ile iş sözleşmesi yapmamışsa, işçinin kendisine verdiği belgeleri, işçiye geri vermek zorundadır[74].

a. Kişisel Duruma ve Özel Hayata İlişkin Sorular

İşverenin işçiye daha önce işyerlerinde aldığı ücret, hamile olup olmadığı, evlenmeyi düşünüp düşünmediği, malvarlığı durumu ile ilgili soru sorup soramayacağı, işçinin bu konularda işvereni yanlış bilgilendirmesinin sonuçlarının ne olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır.

Adayın daha önce aldığı ücretin sorulması, ancak işin özellikleri bakımından bu bilgiye ihtiyaç duyulması halinde haklı sayılabilir. Bu bağlamda işçinin doktrinde bir görüşe göre, yeni kurulacak iş sözleşmesi bakımından eski aldığı ücreti en alt ücret düzeyi olarak şart koşmuş olması halinde, işçinin bu soruya vermiş olduğu gerçeğe aykırı cevap, iş sözleşmesinin

[69] Küzeci, s.281.

[70] Uncular, s.71.

[71] Ertürk, s.65; Eyrenci, s.250; Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.29; Sevimli, Özel Yaşam, s.151; Uncular, s.72.

[72] Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.30; Eyrenci, s.240.

[73] Okur, Kişisel Veri, s.289-290; Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.30.

[74] Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.31; Eyrenci, s.244.

feshi için haklı sebep sayılır[75]. Buna karşın sözleşme görüşmesinde sadece yüksek başlangıç ücreti alabilmek için eski ücretin daha yüksek söylenmesi bir pazarlık taktiği olarak değerlendirilmeli, işçinin işvereni yanıltması olarak kabul edilmemelidir[76]. Diğer bir görüşe göre de, bu konuda sınırlama olmaksızın sorulan sorular geçerli kabul edilerek işçinin sadece işverene daha yüksek ücret ödemeyi kabul ettirmek amacıyla eski ücretini daha yüksek beyan etmesi halinde işverenin sözleşmeyi fesih hakkı vardır[77]. Ancak kanaatimizce ücret konusunda işçi eski aldığı ücreti olduğundan daha yüksek göstererek gerçeğe aykırı bilgi verebilir. Nitekim sonuçta ücret tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kararlaştırılır. İşçinin, daha yüksek bir ücret karşılığında çalışması kendi menfaatlerine daha uygun olduğu için, ücrete ilişkin gerçeğe aykırı bilgi vermesi sözleşmenin fesih sebebi sayılmamalıdır. Nitekim buradaki işvereni yanıltma İş K.m.25/II-a kapsamında bir yanıltma olarak değerlendirilemez. Ancak işçinin verdiği bilgiler, yani işçinin eski aldığı ücretin gerçeğe uygun şekilde belirtilmesi, iş sözleşmesinin kurulmasında esaslı unsur taşıyorsa, işçinin doğru olmayan bir ücret bedelini söylemesi İş K.m.25/II-a çerçevesinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine sebep olabilir. Söz konusu hükme göre, "İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması" haklı sebep olarak düzenlenmiştir.

İşçinin yaptığı işin parayla bağlantılı olması, örneğin sözleşme çerçevesinde yapılacak işin muhasebecilik veya banka veznedarlığı olması halinde, işçinin özel hayatını ilgilendiren bir konu olmasına rağmen malvarlığı ile ilgili soru yöneltilmesi mümkündür[78]. Ancak parayla ilgili sorumluluk gerektirmeyen işlerde işçi kendisine yöneltilen malvarlığına ilişkin soruları yanıtlamak zorunda değildir[79].

İşçilere kısa sürede evlenmeyi düşünüp düşünmedikleri doğrultusunda sorulan sorular da kural olarak caiz değildir. Nitekim evlenme de kişiye

[75] Sevimli, Özel Yaşam, s.153; Serkan Odaman, "İşçinin İşe Başvurusu Sırasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları", Tekstil İşveren Dergisi, S.274, Ekim 2002, s.41; Eyrenci, s.251-252; Ertürk, s.67.

[76] Eyrenci, s.251-252; Sevimli, Özel Yaşam, s.153; Uncular, s.74. Ayrıca bkz. Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.30.

[77] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.378.

[78] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.379; Sevimli, Özel Yaşam, s.154.

[79] Uncular, s.75.

verilmiş bir şahsiyet hakkıdır. Bu sorulara verilen gerçeğe uygun olmayan cevaplar da hukuken sonuç doğurmaz[80].

İşverenin aday işçiye tütün veya alkol gibi yasal maddeleri işyeri dışında kullanıp kullanmadığı hususunda soru yöneltmesi mümkün değildir. Bu tür sorular, işçinin özel yaşam hakkına saldırı olarak nitelendirilmese dahi, işçinin vereceği olumlu yanıt aday işçinin işe alınmamasına sebep olabilir ve bu durumda ayrımcılık yasağının ihlaline sebep olur[81].

b. Sağlık Durumuna ve Hamileliğe İlişkin Sorular

İşçinin sağlığı ile ilgili olarak ancak işe uygun olup olmadığına karar vermek, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmek ve sosyal yardımlardan yararlanma durumunun olup olmadığına karar vermek için soru sorulabilir ya da belge istenebilir[82].

Kadın işçilere hamilelik durumuna ilişkin soru yöneltilmesinin mümkün olup olmadığı ve işçilerin bu soruya gerçeğe aykırı cevap vermesinin hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı da doktrinde tartışılmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi önceleri adayın başvurduğu işin niteliği dikkate alınmaksızın hamileliği hakkında soru sorulabileceğine karar vermişken[83]; kadın ve erkek işçiler arasında ayırım yapılmasını yasaklayan Alman Medeni Kanunu (BGB) § 611 a hükmünün getirilmesi ile, bu tür soruların cinsiyet ayrımını yasaklayan söz konusu hükmü ihlal edeceğini kabul etmiştir. Ancak işe başvuru yapan tüm işçilerin bayan olması halinde, işçilere hamilelik durumuna ilişkin soru yöneltilmesi BGB § 611 anlamında cinsiyet ayrımcılığı oluşturmamaktadır[84]. Türk hukuk doktrininde de bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, işin niteliği gerektirsin veya gerektirmesin hamilelik işveren bakımından zorunlu bir külfet yaratacağı için, işverenin bu durumu bilmek hususunda menfaati vardır. Bu nedenle aday işçiye hamile olup olmadığı konusunda soru sorulabilir[85]. Diğer bir görüşe göre ise, yapılacak işin niteliği ve özelliği (örneğin mankenlik, sahne sanatçılığı, spor öğretmenliği gibi işler) işçiye böyle bir soru sorulmasını gerektiriyorsa, işçiye bu konuda soru

[80] Uncular, s.73; Aydınlı, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.30.

[81] Sevimli, Özel Yaşam, s.155-156.

[82] Sevimli, Veri Koruma, s.127.

[83] BAG. Urt. V. 22.9.1961, DB 1961, s.1522; bkz. Ertürk, s.68, dn.204.

[84] BAG. Urt. V. 20.2.1986, DB 1986, s.2287; bkz. Ertürk, s.69, dn.207.

[85] Ercan Akyiğit, Teori ve Uygulama Bakımından İş Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s.44; Ali Nazım Sözer, "Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları, Adalet D., 1982, C.73, S.6, s.1051.

sorulabilir ve işçinin yöneltilen soruya doğru cevap vermesi gerekir. İşin niteliği gerektirmedikçe işçiye hamile olup olmadığı konusunda sorulan sorular işçinin özel yaşamına müdahale oluşturacaktır[86]. Benzer yönde bir başka görüşe göre de, çalışma yeri ve işin niteliği gerektirmedikçe, bayan işçiye hamile olup olmadığı konusunda sorulan sorular cinsiyet ayrımcılığına sebep olur ve geçersiz kabul edilir[87]. Nitekim uluslararası düzenlemeler çerçevesinde de çalışma yeri ve işin niteliği gerektirmedikçe işçiye hamileliği ile ilgili soru sorulması eşitlik ilkesine aykırıdır. BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkındaki 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi, İşe Girme, Mesleki Eğitim, Terfi ve Çalışma Koşulları Konusunda Kadın ve Erkeklere Eşit İşlem Hakkındaki 76/207 sayılı Direktif uyarınca da kadına bu yönde yöneltilen sorular cinsiyet ayrımcılığı oluşturur[88]. Kanaatimizce de işçinin yapacağı işin niteliği gerektiriyorsa, işverenin işçiye hamile olup olmadığını sormasında ve bu sorunun doğru cevaplanmasında haklı bir menfaati bulunmaktadır. Nitekim hamilelik durumu sadece cinsiyet ve işçinin kişilik hakları bakımından değerlendirilmemeli, bilakis işverenin iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcu kapsamında da değerlendirilmedir. İş sözleşmesinin devamında meydana gelen bir hastalık ya da kazadan dolayı işverenin sorumluluğu söz konusu olabilir. İşveren duruma göre, işçinin hamileliği sebebiyle işçiye daha hafif bir iş verebilir. İşçinin hamileliği konusunda bilgi sahibi olursa, işçinin yapacağı işin hamile işçi bakımından ne gibi tehlikeleri olabileceği hususunda işçiyi bilgilendirebilir. Açıkladığımız bu sebeplerle, işçinin yapacağı işin niteliğinin gerektirdiği durumlarda işçiye hamilelik konusunda sorulan sorular, işçinin kişilik haklarına haksız saldırı kabul edilmemelidir.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararına göre, "İşverenin, süresiz olarak işe almaya planladığı bir kadının hamile olup olmadığı yönünde bir soru yöneltmesi, Medeni Kanunun 611a maddesinin ihlali anlamına gelmektedir. Aynı esas, kadının, kararlaştırılan faaliyeti, analığın korunması yönündeki mevzuat gereğince ilk başta yerine getirmesi yasak olsa dahi geçerlidir. Bu hüküm Avrupa hukukuna da uyumludur. …Medeni Kanunun 123.maddesinin 1.fıkrası, yöneltilebilecek bir soruya gerçeğe aykırı bir şekilde cevap verilmesi halinde, hizmet sözleşmesinin iptal edilmesi hakkını

[86] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.379; Sevimli, Özel Yaşam, s.154.

[87] Eyrenci, Personel Seçimi, s.254-255.

[88] Bkz. Uncular, s.77.

tanımaktadır. 611a maddesi, 76/207/EWG sayılı Direktife dayanmaktadır. Avrupa Adalet Divanının içtihatine göre, adayın koruyucu hükümlerde ön görülen sürenin bitiminden sonra, süresiz hizmet sözleşmesinde ön görülen işi yerine getirebilecek durumdaysa, hamile bir iş gören, mağdur edilemez, aksi halde direktif hükümleri ihlal edilmiş olunur."[89]

İşveren işin niteliği gerektiriyorsa, işçinin sağlık durumuna ilişkin soru yöneltebilir. İşveren, işçinin yapacağı işle bağlantılı olması halinde, işçinin işin yapılmasını engelleyecek nitelikte bir hastalığı olup olmadığını soru sorabilir, bu hususta işçiyi belirli testlere tabi tutabilir[90]. Bununla birlikte, işçi iş görme yeteneğini etkilemese bile, işyerinde çalışmasında sakınca doğurabilecek bulaşıcı hastalık gibi sağlık sorunları hakkında işvereni bilgilendirmelidir[91]. Örneğin sağlık kuruluşunda hemşire, hasta bakıcı, laboratuar görevlisi vb. tarzda çalışmak üzere iş başvurusunda bulunan kişi, HIV virüsü taşıyorsa hastalığını kendiliğinden bildirmelidir[92].

Kanaatimizce de, işçi işiyle bağlantılı olan bir hastalığının olması halinde, bu konuda işverenin sorduğu sorulara doğru cevap vererek, işvereni gerçeğe uygun bir şekilde bilgilendirmelidir. İşçinin iyileşmeyecek ya da bulaşıcı bir hastalığının olduğunu bilmekte işverenin haklı bir menfaati bulunmaktadır. İşverenin işçinin işiyle ilgili olan bir hastalığı bilmekte bir çıkarı olduğu gibi, İş K.m.25/I-b kapsamındaki bir hastalığı da bilmekte menfaati vardır. Söz konusu düzenlemeye göre, "İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda" işverenin sağlık sebepleri dolayısıyla işçinin sözleşmesini feshetme hakkı bulunmaktadır. Eğer işçinin sözleşme yapılmadan önce bu tür bir hastalığı varsa ve kendisine sağlık durumuyla ilgili sadece bir hastalığının olup olmadığı sorusu yöneltilmiş ve sağlık raporu istenmemiş ya da herhangi bir test yapılmamışsa, diğer bir ifade ile, işçinin sözlü beyanına güvenilerek iş ilişkisi kurulmuşsa, daha sonra ortaya çıkan bu hastalık sözleşmenin haklı nedenle feshine yol açacaktır. İşçinin işin niteliğiyle bağlantılı hastalıklar konusunda bilgi sahibi olması, meslek hastalıkları konusunda iş mevzuatının işverene getirdiği yükümlülükler bakımından da işverenin menfaatinedir. İşveren meslek hastalığı sonucu

[89] Alman Federal İş Mahkemesi, 2 AZR 621/01, 06.02.2003. (Çev. Alpay Hekimler); Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2004/3, S.3, s.274-275.

[90] Kaplan, İş Hukukunda Kişilik Hakları, s.378-379.

[91] Sevimli, Özel Yaşam, s.154; Ertürk, s.68; Eyrenci, s.253 Odaman, s.41.

[92] Uncular, s.76.

ortaya çıkan hastalık durumunun gerektirdiği tedavi giderlerini karşılamak ve meslek hastalığı sonucu çalışamayacak duruma düşen insanlara geçici veya sürekli olarak iş göremez duruma düşmesinin ortaya çıkaracağı gelir kesilmesi ya da gider artışının telafi edilmesi için gelir garantisi sağlamak yani, bir gelir yardımı yapmak zorundadır. Meslek hastalıkları işverenler bakımından işgücü kayıpları, iş durmasından ya aksamasından kaynaklanan kayıplara yol açtığı gibi, aynı zamanda hukuki ve cezai takibata uğramak ve ceza ve veya tazminat ödemek riskini de beraberinde getirmektedir[93].

c. Eski Hükümlülüğe İlişkin Sorular

Aday işçinin sabıkası ile ilgili olarak da soru sorulabilmesi için, söz konusu eski hükümlülüğün işçinin işinin niteliği ile ilgili olması gerekir. Ancak görülecek işin niteliği ile ilgili olsa dahi, sabıkanın sicil kaydından silinmesi durumunda aday kendisini sabıkasız olarak tanıtabilir ve eski sabıkası hakkında hiç bilgi vermeyebilir[94]. Buna karşın örneğin banka veznedarı olarak işe alınacak kişiye mali suçu olup olmadığı, şoför olarak çalıştırılacak kişiye trafik suçunun olup olmadığı sorulabilir[95]. Yargıtay kararlarına göre, sabıkanın görülecek işle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın işçinin var olan sabıkasını gizlemesi, sözleşmenin feshi için haklı neden oluşturur[96].

d. Dini İnancına, Siyasi Görüşüne ve Sendika Üyeliğine İlişkin Sorular

Gerek AY.m.15/2, 24, 25 gerek İş K.m.5 çerçevesinde işçiye dini inancı, etnik kökeni, siyasi görüşüyle ilgili soru yöneltilemez. AY.m.15/2'ye göre, "kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz." İşçiye sendika üyeliği hakkında yöneltilen sorular da hukuka uygun kabul edilemez. Nitekim gerek AY. m.51 gerek 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25 inci maddesi ile işçinin sendikal özgürlüğü güvence atına alınmıştır. Bu hükümler çerçevesinde işveren iş sözleşmesi kurulurken işçiler arasında sendikalı-sendikasız ayrımı yapamaz.

---

[93] Kadir Arıcı, "İşverenlerin İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortasından Doğan Sorumluluğu Yeniden Ele Alınmalıdır" TİSK İşveren Dergisi, Eylül 2005, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1226&id=68.

[94] Ertürk, s.71; Sevimli, Özel Yaşam, s.156-157; Eyrenci, s.256; Uncular, s.78.

[95] Eyrenci, s.255; Uncular, s.78.

[96] "İşçinin, işe girmeden önce müessir fiil suçundan hüküm giymiş olduğu halde, giriş formuna hiçbir sabıkası yani mahkumiyeti bulunmadığı şeklinde cevap vermesi ve daha sonra durumun ortaya çıkması, işverene işi fesih hakkı verir." Yarg. 9. HD., 6.6.2000, E.2000/4727, K.2000/7993. (www.kazanci.com)

2. İş Sözleşmesinin Devamında

a. İş Sözleşmesi Devam Ederken Edinilen Bilgiler

İşveren işçi ile bilgileri iş sözleşmesinin devamı için bu bilgilere mutlak surette gerekli olması halinde kullanabilir. İş sözleşmesinin devamında işçi ile ilgili bir belge düzenlenmesi halinde, belgede sadece işçinin işi ile ilgili bilgiler yer almalıdır. Özel yaşama ilişkin bilgilerin bu tip belgelerde kullanılmaması gerekmektedir[97]. İşveren işçinin özel hayatına müdahale etmemeli, işçinin işyerinde danışma bürosuna verdiği bilgileri almamalı ve özel yaşamına ilişkin edindiği bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmamalıdır[98].

Bazı durumlarda edimlerin ifası için işçiye ait kişisel verilerin kullanılması gerekebilir. Örneğin işverenin işçinin iş görme edimini ifası karşılığında ücret ödeme borcunu yerine getirebilmesi için, işçinin vergi kimlik numarası, sigorta numarası vb. verileri işleme zorunluluğu bulunmaktadır[99].

Kimi durumlarda ise, işverenin kanun gereği işçiye ait bilgileri işyerinde tutması ve gerektiğinde ilgili kurumlara vermesi gerekebilir. Örneğin İş K.m.75 çerçevesinde işveren, işçi özlük dosyası düzenlemek, işçiye ait kimlik bilgilerinin yanında kanun gereği düzenlemek zorunda olduğu belge ve kayıtları tutmak zorundadır. İşveren bu bilgileri gerektiği takdirde yetkili memur ve mercilere de göstermek zorundadır. Örneğin, iş teftişi sırasında bu dosyadaki bilgilerin müfettişlere gösterilmesi zorunludur[100]. Kural olarak işveren teknik imkanları elverdiği ölçüde işyerinde çalışan işçilerin kimlikleri, kabiliyet becerileri, işe uyum ve verimlilikleri konusundaki bilgileri daha sonra kullanmak üzere bilgisayara yükleme hakkına sahiptir. Ancak işverenin işçinin özlük dosyasındaki bilgileri üçüncü kişilere verebilmesi veya bilgisayardaki verinin açıklanması için, işçinin bu konuda rızası ya da üçüncü kişinin haklı bir menfaati olmalıdır[101]. Bu durumda verilecek bilgiler sadece işçinin iş ile ilgili kabiliyeti ve davranışları hakkında olmalıdır[102].

İşveren iş sözleşmesi devam ederken işçi hakkında bilgi edinme kastı olmaksızın da bazı bilgilere ulaşabilir. Örneğin işçinin masasında bulunan işçideki bir hastalığa ilişkin testi görebilir. Eğer bu hastalık işçinin verimini

97 Ertürk, s. 127.

98 Kaplan, Borçlar, s.45.

99 Sevimli, Özel Yaşam, s.123; Sevimli, Veri Koruma, s.125; Küzeci, s.282.

100 Sevimli, Özel Yaşam, s.123.

101 Zöllner/Löritz, s.204; Kaplan (Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan), s.150-151.

102 Kaplan, Borçlar, s.45.

etkilemeyen ve diğer işçiler ve işveren bakımından tehlike yaratmayan bir hastalık ise, işçiye ait söz konusu sağlık bilgisinin başkalarına aktarılmaması ve bu verinin kullanılmaması gerekir[103]. Ancak kanaatimizce, bu hastalık işçinin performansını ve bu bağlamda işin işleyişini etkileyen bir hastalık ise ya da işyerinde çalışanlar için tehlike oluşturacak bulaşıcı bir hastalık ise, işveren işçinin özel yaşamına ilişkin bu sağlık bilgisini kullanarak işçinin sözleşmesini feshedebilmelidir. Nitekim bu durumda işçinin menfaati ile işverenin ve işyerinin menfaatleri karşı karşıya gelmektedir. İşyeri işleyişinin bozulmaması ve işyeri menfaatlerinin zarar görmemesi için bu bilginin kullanılması hukuka aykırı kabul edilmemelidir.

İşverenin işçinin e-devlet şifresini istemesi de hukuka uygun kabul edilemez. Nitekim e-devlet şifresi işçinin işi ile ve işin ifası ile ilgili değildir[104].

b. İş Sözleşmesi Devam Ederken İşçinin İşyerine Giriş ve Çıkış Denetimi

Bazı işyerlerinde işçilerin işyerine giriş ve çıkışlarının imza defteri, manyetik kimlik kartları, akıllı kart, parmak izi veya retina taraması gibi yöntemlerle kontrol edildiği görülmektedir[105]. Bu durumun işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğu düşünülmesine karşın, bazen işçinin kişisel verilerinin ihlaline yol açabilmektedir[106]. Bu nedenle işçinin kişisel verilerinin korunması ile işverenin yönetim hakkı arasında denge kurulmalıdır[107]. İşveren yalnızca merak duygusu ile bu kontrolü yapamayacağı gibi, yüksek düzeyde güvenlik gerektiren veya mesai takibinin başka bir şekilde yapılmasının mümkün olmadığı hallerde işçinin önceden bilgilendirilmesi ve rızasının olması halinde parmak izi veya retina algılayan personel takip sistemi ile giriş çıkış denetiminin yapılabileceği kabul edilmektedir[108]. Bu bağlamda işverenin işçinin işyerine giriş çıkışını kontrol eden elektronik ve biyometrik kontrol sisteminin kurulmasında işçinin kişilik haklarına müdahaleyi haklı kılan üstün nitelikli menfaatleri, işyerinin güvenliği, konut dokunulmazlığının korunması, mülkiyet hakkının korunması, işçinin çalışma sürelerinin tespiti olabilir[109].

[103] Sevimli, Özel Yaşam, s.146.

[104] Alp, s.127.

[105] Okur, Elektronik Gözetleme, s.111; Uncular, s.94. Ayrıca bkz. Aydınlı, İşçinin Kişilik Hakkı, s.32.

[106] Uncular, s.94-95.

[107] Uncular, s.95; Löwisch/Caspers/Klummp, s.73.

[108] Uncular, s.95.

[109] Okur, Elektronik Gözetleme, s.116.

İş mevzuatımızda bu hususta bir düzenleme bulunmamasına karşın, İstanbul Tabip Odası Hukuk Bürosu tarafından yapılan Parmak izi Uygulaması Hakkında Hukuki Değerlendirme çalışmasına göre parmak izi, kişiyi fiziksel açıdan belirleyici olduğu için kişisel veri olarak kabul edilir[110]. Danıştay'ın bir kararına göre de, parmak izi kişisel veri niteliğindedir ve parmak izinin alınabilmesinin hukuki dayanağı olmalıdır[111].

Yargıtay'ın bir kararına göre, "El izi alma işleminin işçi bakımından kişisel verilerin başkasının eline geçmesi kaygısına sebep olmasına ve bu durumun çalışma şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde olduğunun kabulünün gerekmesi karşısında feshin haklı sebebe dayanmadığının anlaşılmasına, ancak işverenin işyeri güvenliğini sağlamak amacı ile bu değişikliğe gittiği ve geçerli olduğu, dolayısıyla davacının bu eylemi sebebiyle yapılan feshin haklı değil fakat geçerli sebebe dayanmasına göre, .. kararın onanmasına karar verildi."[112].

c.İş Sözleşmesi Devam Ederken İşçinin İzlenmesi ve Gözetlenmesi

Günümüzde işçiler teknolojik gelişmeler ve internetin sağladığı kolaylıklardan sadece işlerini ifa etmeye yönelik olarak yararlanmamaktadır. İş saatleri içinde internet ortamında yasal olmayan müzik parçaları yükleme, film indirme, sohbet ortamlarına katılma ve hatta pornografik veya ırkçı sitelere girme vasıtasıyla çalışma saatlerini iş dışı değerlendirmekte ve işverenleri açısından yeni riskleri gündeme getirmektedirler[113]. Bu durum işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin dayandığı güveni sarsmakta ve işverenin "kaynakların korunması, işletmesel nedenler, bilgi akışının kontrolü, hukuki ve cezai sorumluluğa karşı korunma veya yasalara uygunluk, yasal sorumluluk gerekliliği, performans değerlendirmesi, verimlilik ölçüsü, güvenlik endişeleri" gibi nedenlerle işçisinin internet kullanımını, elektronik posta trafiğini, telefon görüşmelerini denetlemesi gerekliliğini ve dolayısıyla işçiyi gözetleme ve denetleme durumunu ortaya çıkarmaktadır[114].

İşçilerin iş sözleşmesinin devamında işverence telefonların dinlenmesi, bu görüşmelerin kaydedilmesi, internet kullanımının ve e-postalarının

[110] Uncular, s.95.

[111] Danıştay 12. Dairesi, 15.5.2006, E.2005/6811, K.2006/1959 (kişisel arşiv).

[112] Yarg. 22. HD., 22.01.2015, 2014/36272, K.2015/924. Yarg. 22. HD., 22.1.2015, 2014/36273, K.2015/925. (Kişisel arşiv).

[113] Burcu Savaş, "İş Hukukunda "Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3 s.97.

[114] Savaş, s.98.

denetlenmesi, işyerindeki davranışlarının görüntü ve ses alma araçları ile gözetlenmesi, işçilerin bu şekilde izlenmesi ve gözetlenmesi ile kişisel verilerine ulaşılması kimi durumlarda işçinin özel yaşam hakkına haksız saldırı olarak nitelendirilebilir[115]. İşveren işçinin telefon görüşmelerini dinlediği veya işçinin davranışlarını gözetlediği zaman, işverenin bu tutumunun işçinin özel yaşamına müdahale kabul edilmemesi için mutlaka bir hukuka uygunluk sebebi olmalıdır. Bu durumda işverenin işçinin izlenmesi ve gözetlenmesindeki ekonomik yararı ile işçinin sadakat borcu çerçevesinde izleme uygulamasına rıza göstermesi arasında bir bağlantı kurulmalı ve bu izleme ve gözetleme uygulamasına işçi mutlaka rıza göstermiş olmalıdır[116]. İşverenin işçiyi gözetleme ve denetleme konusunda objektif ve gerçek haklı bir menfaati olmalıdır[117]. Bu bağlamda örneğin, bir virüs programının neden olabileceği büyük zararları engellemek amacıyla bilgisayarlarının izlenmesine işçinin rıza göstermesi sadakat borcunun bir gereği olarak kabul edilebilir[118]. Mesela, işyerinde sürekli tekrarlanan hırsızlık olayının gerçekleşmesi halinde, güvenlik nedeniyle, işçinin sadakat borcu çerçevesinde kendisine önceden bilgi verilmesi ve kendisinin izlenmesine rıza göstermesi beklenebilir[119]-[120].

---

[115] Sevimli, Özel Yaşam, s.196; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.708; Aydın, s.221.

[116] Sevimli, Özel yaşam, s.199-200; Küzeci, s.283.

[117] Schaub, Arbeitsrecht, (Linck), s.1553, Rn.30-31.

[118] Sevimli, Özel Yaşam, s.200.

[119] Sevimli, Özel Yaşam, s.209; Kaplan (Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan), s.151; Küzeci, s.283; Özdemir, s.235.

[120] Alman Federal Mahkemesi bir kararında, "iş merkezinin mutfağında meydana gelen malzeme hırsızlığına karşın takılan gizli kamera vasıtasıyla mutfakta çalışanların kişilik değerlerinden olan sesleri, resimleri video kamera tarafından kaydedilmiştir. Mahkeme vermiş olduğu kararında, "eğer somut cezai suç şüphesi bulunu-yorsa işveren gerekli tedbirleri alabilir, dolayısıyla da söz konusu olayda herhangi bir hukuka aykırılığın söz konusu olamayacağına hükmetmiştir". BAG= NZA 2003, 1193; ArbG Hamburg, Urteil vom 20.02.2004-17 Ca 426/03, NZA –RR 2005, 520. Özdemir, s. 245, dn.62. İ sviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, "….saat ve mücevher dükkanında kasayı gösterecek şekilde, kasada çalışan işçiye haber verilmeden bir kamera monte edilmiştir. Savcılık, söz konusu kamerayı kasadan habersizce para kaçıran işçinin hırsızlıktan yakalanması için talep etmiştir. Ancak, soruşturma bittikten sonra olaya bakan mahkeme ilgili kayıtların işçiye haber verilmeden toplandığı için ortada hu- kuka aykırı olarak toplanmış deliller olduğunu ve bunların davada kullanılamayacağını ileri sürmüştür. Bunun üzerine kendisine şikâyetle başvurulan Federal mahkeme, olayda bir hırsızlık olayının araştırılması ve ortaya çıkarılması durumunun olduğundan işçiye haber verilmeksizin de kamera kaydı yapılabileceğine hükmetmiştir. Olayda kameranın yönünün büyük ve önemli bir kısmının kasayı gösterdiğini iddia edildiği gibi işçinin özel hayatının bir ihlâlinin söz konusu olmadığını bilakis işverenin hırsızlık olayının ortaya çıkarılmasında büyük bir yararının olduğunu belirterek kişilik haklarının ihlâli iddiasını reddetmiştir". 6B_536/2009, 12 November 2009, Urteil des Bundesgerichts, Medialex 2010, s. 49-50. Bkz. Özdemir, s. 245-246, dn.63.

Bu bağlamda işçilerin işletmede veya işyerinde video kameraları ile kontrolü sadece işyeri güvenliğini sağlamak amacı ile, işyerinin gizlice video kamera ile izlenmesi sadece işveren tarafından sonradan da ispatlanabilir bir biçimde belirli kişilerce bir suçun işleneceği şüphesinin var olması halinde mümkündür. Belirtilen şartların var olmaması halinde iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği gerekçesi ile açılan davalarda video kayıtları delil olarak kullanılamaz[121]. Buna karşın işçilerin iş esnasındaki davranışlarını belirlemek için genel bir video kontrolü hukuki kabul edilemez. Nitekim bu durumda kişilik haklarına yönelik bu saldırıya karşı işverenin menfaati üstün tutulamaz[122]. Diğer bir ifade ile zorunlu olmadıkça işçileri gizli kamera ile gözetlemek, işçiyi filme almak, telefonlarını dinlemek kişilik hakkına aykırılık oluşturur[123]-[124]. Nitekim işçi sürekli kamera gözetlemesi nedeniyle kendisini baskı altında hissedebilir ve oluşan stres nedeniyle ruh sağlığı tehlikeye girebilir, kişisel davranışlarında doğallığı kaybolabilir[125].

Köpke – Almanya davasında, işyerinde hırsızlık yaptığından şüphelenildiğinden, başvuru sahibi gizli kamera ile izlenmiştir. AİHM, "yerel makamların, kendilerine tanınan takdir payı dahilinde, başvuru sahibinin 8. Madde kapsamındaki özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile hem işvereninin kendi mülkiyet haklarının korunmasındaki menfaati hem de adaletin gereği gibi tesis edilmesindeki kamu menfaati arasında adil bir denge kuramadıklarını gösteren hiçbir emare bulunmadığı" sonucuna varmıştır. Bu itibarla, başvurunun kabul edilebilir olmadığına karar verilmiştir. AİHM, Köpke – Almanya (dec.), No. 420/07, 5 Ekim 2010, bkz. Handbook on European Data Protection Law, s.123., dn.210

[121] Düsseldorf İş Mahkemesi Karar Tarihi: 3.5.2011 Karar Sayısı: 11 Ca 7326/10 (çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi,2011/4, s.433.

[122] Kaplan (Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan), s.150-151.

[123] Alp, s. 125; Kaplan, Borçlar, s.51.

[124] Yargıtay'ın bir kararına göre, "(...) Telefon konuşmasında yer alan sözler iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görülmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama ve hatta son derece gizli kalması gereken yaşamın gizliliğine saldırı teşkil eder. Kişi toplum tarafından tanınan bilinen bir kişi olsa dahi, özel yaşam hiçbir şekilde açıklanamaz. Hatta hiç kimsenin telefonu da dinlenemez" Yarg. 4. HD., 31.10.2000, E. 2000/6487, K. 2000/9467. Bkz. www.kazanci.com.
Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında, gizli olarak gerçekleştirilen telefon dinlemelerinin işçilerin kişilik haklarını ihlâl ettiğine, bu nedenle dinlemeyi gerçekleştiren işverenin sorumlu olduğuna karar vermiştir. BAG 5. Senat, Urteil vom 20.10.1997- 5AZR 508/96, 2. Instanz: Landesarbeitsgericht Köln.; Bkz. Özdemir, s.243,dn.53.
Hessen Eyalet İş Mahkemesinin kararına göre, "Bir işçi, işyerinde sürekli olarak video kamerası ile izleniyorsa bu durum, uygunsuz bir biçimde özel hayatına düzenli müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum işverenin işçiye, özel hayatını sürekli ihlal ettiği gerekçesi ile tazminat ödemesini zorunlu kılmaktadır (dava konusu olayda 7.000 Euro). Aksi halde işverene yönelik herhangi bir yaptırım kararı alınmasa, kişilik hakları ihlal edilmiş olunur." Hessen Eyalet İş Mahkemesi Karar Tarihi: 25.10.2010 Karar Sayısı: 7 Sa 1586/09 (çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2011/3; s.584-585.

[125] Okur, Elektronik Gözetleme, s.121-122. Ayrıca bkz. Aydın, s.206-207; Özdemir, s.234.

Bazı işyerlerinde örneğin işe giriş-çıkış saatlerinin kayıt altına alınması veya işçilerin performans değerlendirmesinin yapılabilmesi amacıyla işçilerin biyometrik yöntemlerle ve kapalı devre televizyon sistemleri ile izlendiği ve kişisel veri kaydı tutulduğu görülmektedir. Ancak işçinin işyerindeki her hareketinin izlenmesi özel yaşamına ve dolayısıyla kişilik haklarına aykırılık oluşturur[126]. Bu nedenle gözetleme amacı ile yapılan eylem arasında orantı olmalı ve işçi bu konuda önceden bilgilendirilmelidir[127]. İşverenin işçiyi elektronik gözetleyebilmesi için kanunun buna izin vermesi, işçinin onayı ve işverenin üstün nitelikte menfaatinin olması gerekmektedir[128]. Ayrıca işverenin haklı ve hukuken korunan bilgi edinme hakkı ile işçinin kişilik hakkının korunması arasında denge kurulmalı ve işverenin bu yolla işçinin kişilik hakkına müdahalesi ölçüsüz olmamalıdır. Bu bağlamda ölçülülük denetiminin yapılması ve işverenin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması şarttır[129].

İşverenler işyerinde internetin haberleşme ve iş dışında kullanılmasını engellemek amacıyla da işçilerin kullandığı bilgisayarları denetleyebilirler. Örneğin işçinin aldığı veya gönderdiği e-mail sayısının, bu iletilerin gönderildiği adreslerin iş ya da işyerine zarar verici davranışlara karşı koruma amacıyla denetlenmesi mümkündür[130].

Yargıtay kararları çerçevesinde işçinin özel amaçlı internet kullanımı, iş sözleşmesinin feshi için geçerli ya da haklı neden oluşturabilir. Bu bağlamda özel amaçlı kullanımın işyerine ve işveren menfaatlerine zarar verip vermediğinin tespiti için işçinin gözetlenmesi söz konusu olabilir. İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı kullanımı yasaktır. Özel amaçlı internet kullanım izni verildiği durumlarda da, işçi internet ya da e-mail sistemini sınırsız bir şekilde kullanma hakkına sahip değildir. İşçinin, işverenin açık bir şekilde yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı olarak kullanması halinde, önceden herhangi bir ihtara gerek olmaksızın sözleşmesi feshedilebileceği gibi, işçinin pornografik resimleri, videoları işyerinin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi halinde de ihtara gerek olmaksızın fesih mümkündür. Acil durumlarda ve işe ilişkin meşru bir sebep olmadıkça, işçinin mesai saatleri içinde özel telefon görüşmesi yapması

[126] Küzeci, s.284-285.

[127] Küzeci, s.285; Uncular, s.99.

[128] Okur, Elektronik Gözetleme, s.86 vd.

[129] Okur, Elektronik Gözetleme, s.106 vd; Löwisch/Caspers/Klummp, s.73.

[130] Sevimli, Özel Yaşam, s.201.

da fesih için bir geçerli neden kabul edilir. Ancak işçiye bu konudaki yasağı daha önce bildirilmesi ve işçinin önceden uyarılması gerekir[131]. Davacının şirket bilgisayarını kullanarak iş arkadaşlarını e-mail yoluyla ayartması[132], bilgisayarında yazılım programı ile ilgili bilgiler bulundurması[133], işverene

[131] Yarg. 9. HD., 17.3.2008, E.2007/27583, K.2008/5294. (kişisel arşiv). Yargıtay'ın bir kararına göre, "Somut olayda, davacının kendi adına web siteleri oluşturduğu ve mesai saati içerisinde çok sayıda mail aldığı veya gönderdiği, web sayfasında şirketin faksını bildirdiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre davacının eylemi iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirecek ağırlıkta değilse de, işin yürütümünü olumsuz yönde etkilemesi nedeni ile fesih için geçerli neden teşkil ettiği kabul edilmelidir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur." Yarg. 9. HD., 3.11.2008, E. 2008/5836, K.2008/29779. (kişisel arşiv). Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından yönetim hakkı çerçevesinde yayımlanan bilgisayar kaynaklarının amacına uygun kullanılması ile ilgili işyeri iç düzenlemesine ve buna aykırı davranışın disiplin cezası gerektirdiğini bilmesine rağmen, davacının şirket bilgisayarlarını mesai saatleri içinde kişisel mailinde kullandığı ve sendika ile ilgili bir haberi işyerinde çalışan birçok arkadaşının mailine gönderdiği anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı, şirketin iç işleyişi ile ilgili düzenlenen kurala aykırı olduğu gibi, mesai saatleri içinde kişisel ihtiyaçlarında işyeri bilgisayarını kullanarak iş görme edimini yeterince yerine getirmediği, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır." Yarg. 9. HD., 19.2.2007, E.2006/32539, K.2007/4328. (kişisel arşiv). Benzer yönde bkz. Yarg. 9. HD., 5.2.2007, E.2006/30107, K.2007/2011. (kişisel arşiv). Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, "Davacının iş sözleşmesinin feshinde en önemli nedenlerden biri olarak mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirmesi gösterilmiştir. Gerçekten de işveren bu konuda kayıtlar sunmuş olup, bilirkişi heyet raporunda da davacının her gün kısa süreli de olsa iş amaçlı bilgisayarında internet alış-veriş ve oyun sitelerine girdiği, bir yıl içerisinde altı kez yarım saat, altı kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği tespit edilmiştir. …. Davacının iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içinde internet alış-veriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır." Yarg. 9. HD., 4.5.2009, E.2008/36305, K.2009/12393. (kişisel arşiv).

[132] "Davacının, davalıya ait İstanbul Beyazıt şubesinde gişe görevlisi olarak çalıştığı sırada, belirlenen zam oranını az bularak, davalı bankanın bilgisayar sistemini kullanarak Türkiye genelinde davalı banka çalışanlarına gönderdiği elektronik posta mesajında, "merhaba arkadaşlar, bugün aldığımız zam için bir şey söyleyemiyorum. Genel müdürlük bizim ne kadar güçlü ve ne kadar işçi olduğumuzu bilmiyor ve bizi sömürüyor…. Arkadaşlar birlikte hareket edip, haftaya pazartesi en yoğun olduğumuz gün iş bırakalım…" şeklinde işçileri eyleme teşvik ettiği ve işvereni suçladığı, ancak işçileri eyleme teşvik ettiği gün kendisi izin alarak tedbirini aldığı anlaşılmaktadır. Davacının bu eylemi nedeniyle hizmet akdi feshedilmiş olup, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları sebebiyle işveren tarafından aktin sona erdirilmesi 4857 sayılı Yasanın 25/2 maddesine uygun düştüğünden ihbar ve kıdem tazminatının reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

[133] "Davacının Yazılım Grup Müdürü olarak görev yaptığı göz önünde bulundurulduğunda bilgisayarında yazılım programı ile ilgili bilgilerin bulunması doğaldır. Davacının bilgisaya-

ait bilgisayar ile e-mail aracılığıyla sır sayılan bilgileri üçüncü kişilere aktarması[134] da Yargıtay kararlarına konu olmuş ve işçinin bu davranışlarının sözleşmenin feshi için neden oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır[135].

Köln Eyalet İş Mahkemesi'nin bir kararına göre, "İşyerindeki bilgisayarların özel amaçlar için kullanılmayacağına yönelik açık bir hüküm bulunmuyorsa, azımsanmayacak derecede olsa dahi özel amaçlar için e-mail kullanılmış ise, hizmet sözleşmesi ihtarda bulunulmadan feshedilemez. E-mailler çalışanın üstüne yönelik hakaretler içerse de, bunlar üstün bilgi

rında tespit edilen yazılım kopyasını şirket aleyhine veya kişisel çıkarları yolunda kullandığı kanıtlanmış değildir. Bu nedenle, salt bilgisayarında şirkete ait yazılım programı kopyasının bulunmuş olması fesih için geçerli neden kabul edilemez." Yarg. 9. HD., 9.7.2007, E.2007/11554, K.2007/22268. (kişisel arşiv).

[134] "Dosya içeriğinden, davacının, elektronik posta aracılığı ile davalı şirketin eski genel müdürüne bilgi aktardığı ancak bu bilgi ya da bilgilerin özelliklerinin belirlenmediği, ticari sır niteliğinde olup olmadıklarının tespit edilmediği anlaşılmaktadır. Mahkemece, bilgisayar ve ticaret hukuku uzmanlarından oluşan bilirkişi heyetinin düzenleyeceği rapor ile, ticari sır kavramının, bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tabi veya tabi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin bilgi, belge ve elektronik ortamdaki kayıt ve verilerden oluştuğu göz önüne alınarak, davacı tarafından gönderildiği tespit edilen bilginin, bu nitelikte olup olmadığı, davalı açısından zarara neden olma potansiyelinin olup olmadığı hususları, duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlendikten sonra sonuca gidilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD., 8.6.2009, E. 2008/33119, K.2009/16188. (kişisel arşiv).

[135] Yargıtay'ın bir kararına göre ise, "Somut olayda, davalıya ait işyerinde bilgi işlem elemanı olarak çalışan davacının işyerinde "şirket tarafından tahsisi edilen cep telefonunu ve bilgisayar monitörünü kız arkadaşına verdiği ve kullandırdığı, diğer çalışma arkadaşı N. A. nın kullanmakta olduğu bilgisayara uzaktan bağlanarak şahsi bilgilerini ve yazışmalarını kopya ettiği ve şantaj amaçlı olarak kullandığının tespit edildiği" gerekçesi ile iş sözleşmesi feshedilmiştir. Davacı işverene verdiği savunmasında arkadaşının bilgisayarına iş için uzaktan bağlandığını, ancak ekranda N.A nın yine işyeri çalışanlarından ÖN. ile uygunsuz yazıştıklarını gördüğünü ve NA. nın kullandığı makinenin ekran görüntülerini aldığını, bu görüntülerin bir hafta elinde kaldığını, amacının NA. yı şirketten uzaklaştırmak olduğunu belirtmiştir. Davacının iş için uzaktan bu şekilde başkasının bilgisayarına girmesi yönünde işyeri uygulamasının bulunduğu kanıtlanmadığı gibi, tamamen çalışma arkadaşlarının özel hayatı ile ilgili bilgileri izinsiz alması da doğru davranış olarak görülemez. Nitekim bayan işçi NA. davacının bu bilgileri CD ye kaydedip, eşine gönderdiğini, eşi ile arasını bozmaya çalıştığını, bu nedenle işten ayrılmak zorunda kaldığını belirtmiştir. Mevcut olgulara göre işverence yapılan fesih haklı nedene dayanmaktadır" Yarg. 9. HD., 29.6.2009, E.2008/34177, K.2009/18227. (kişisel arşiv).

edinmesine yönelik olmadığından ötürü aynı durum geçerlidir."[136]. Köln Eyalet İş Mahkemesi'nin bir başka kararına göre, "İşverenin kesin bir yasaklaması olmadığı sürece işçiler işletmeye ait telefon ve internet bağlantılarını özel amaçlı da kullanabilir."[137]. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi'nin bir kararına göre, kesin bir yasağın getirilmiş olması halinde, yetkisiz bir şekilde özel amaçlı internet kullanımı hizmet sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturur[138].

Kural olarak işçilerin gizlice izlenmesi ve gözetlenmesi hukuka uygun görülemez. İşverenler izleme ve gözetleme konusunda işçileri önceden bilgilendirmeli, haberdar etmelidir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, her ne şekilde olursa olsun işverenlerin işçileri gizlice izlemesi ve gözetlemesi mümkün olmamalıdır. Nitekim kolluk tarafından yapılacak bir dinleme için dahi, dinleme yapılabilmesi için yargı kararı gerekirken; işverene istisnai şekilde de olsa böyle bir hak tanınmamalıdır[139]. Kanaatimizce de, işyeri güvenliği gerektirmedikçe, işçiler önceden haberdar edilse, bu konuda rızaları alınsa dahi kamera ile gözetlenmeleri kişilik haklarına yapılan bir saldırı olarak değerlendirilmelidir. İşveren kamera ile işçileri bilgilendirmek amacıyla işyerine giriş-çıkış saatlerinin kontrolü için bina girişine kamera yerleştirebilir. Ancak örneğin masa başında çalışan işçinin hangi aralıklarla masadan kalktığı,hangi sıklıkla tuvalete gittiği, hangi sıklıkla bilgisayarı kullandığı, hangi sıklıkla telefon görüşmesi yaptığının kamera ile denetimi hukuka uygun görülmemelidir. Nitekim bu durum gün içerisindeki yaşantısının çok büyük bir bölümünü işyerinde geçiren işçinin yaşam hakkının ve bu bağlamda hareket serbestisinin sınırlandırılması anlamına gelir.

İşçilerin performansının ölçülmesi, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyulup uyulmadığının denetlenmesi gibi sebeplerle işçiler kamera ile

[136] Köln Eyalet İş Mahkemesi, 15.12.2003, 2 Sa 816/03. (çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, s.225-226.

[137] Köln Eyalet İş Mahkemesi, 11.2.2005, 4 Sa 1018/04. (çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/3, S.10, s.307. Köln Eyalet İş Mahkemesi'nin benzer yönde diğer bir kararına göre, "İşyerindeki bilgisayarların özel amaçlar için kullanılmayacağına yönelik açık bir hüküm bulunmuyorsa, azımsanmayacak derecede olsa dahi özel amaçlar için e-mail kullanılmış ise, hizmet sözleşmesi ihtarda bulunulmadan feshedilemez." Köln Eyalet İş Mahkemesi, 15.12.2003, 2 Sa 816/03. (çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2004/2, S.2, s.225-226.

[138] Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi,, 26.10.2004, 6 Sa 348/03. (çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/4, S.7, s.309-310.

[139] Sevimli, Özel Yaşam, s.205.

gözetlenebilir. Ancak bu kameraların devamlı olarak çekimde olmaları halinde, işçilerin özel davranışlarının da denetlendiğinden ve bu şekilde özel hayata müdahaleden söz edilir. Bu nedenle kameraların sadece belirli aralıklarla ve sözü edilen amaca uygun olarak açık olması gerekmektedir[140].

d.İşçiye Ait Bilgilerin Yeni İşverenle Paylaşımı

İşçinin iş sözleşmesi sona ermeden bir başka işyerinde çalışmak üzere yeni işverene başvurması halinde, yeni işveren işçi izin vermedikçe eski işverenden işçi hakkında bilgi almamalıdır. Eğer işçi yeni işverene başvururken, eski işverenini referans göstermişse, işçinin kendi hakkında bilgi verilmesi hususunda izni olduğu kabul edilmelidir[141]. Aday işçinin izni olmamasına rağmen, yeni işverenin işçinin halen bağlı olarak çalıştığı işverenden bilgi alması ve verilen bilgilerin işçi aleyhine sonuç doğurması halinde, işçi culpa in contrahendo gereği, yeni işverenden tazminat talep edebilir[142].

3. İş Sözleşmesinin Bitiminden Sonra

İş sözleşmesi sona erdikten sonra da işveren, iş ilişkisi çerçevesinde edindiği işçiye ait bilgileri saklamak, üçüncü kişilere bu hususta bilgi vermemek zorundadır. İşçinin özlük dosyasını da belirli bir süre saklaması işverenin lehine olabilir. Nitekim örneğin ücret, fazla çalışma ücreti beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu için, bu dosyada yer alan belgeler, gelecekte işveren aleyhine açılacak davalarda ispat kolaylığı sağlayabilir. Ancak işveren özlük dosyasında yer alan belgeleri sözleşme sona erdikten sonra, işçinin bu hususta rızası olmadıkça kullanmamalıdır. Bu bağlamda işçinin sözleşmesi sona erdikten sonra işveren, iş ilişkisi nedeniyle edindiği bilgileri saklamak, üçüncü kişilerle paylaşmamak yükümlülüğündedir. İşçinin rızasının olmadığı durumda yeni işverenin, eski işverenden bilgi alamaması gerekir[143].

İş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin başvuru yaptığı yeni işverenin eski işverenden bilgi istemesi ya da eski işverenin çalışma belgesi düzenlemesi halinde de verilecek bilgilerin gerçeğe uygun olması gerekmektedir. Nitekim İş K.m.28'e göre de, "İşten ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir. Belgenin vaktinde verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar

[140] Aydınlı, Edimden Bağımsız Koruma, s.120.

[141] Ertürk, s.75; Eyrenci, s.259.

[142] Ertürk, s.75.

[143] Küzeci, s.285.

gören işçi veyahut işçiyi işine alan yeni işveren eski işverenden tazminat isteyebilir." Bu hüküm çerçevesinde eski işverenin çalışma belgesinde gerçeğe aykırı bilgiler yazması veya işçinin performansına veya işyerindeki davranışlarına ilişkin olumsuz bilgiler vermesi halinde, bu bilgiler işçinin yeni işverence işe başlatılmamasına sebep olursa, işçi eski işvereninden tazminat isteyebilir. Nitekim, çalışma belgesinde sadece işçinin yaptığı işin çeşidi ve süresi belirtilmeli, işçinin yeterliliğine veya davranışlarına yönelik bilgi verilmemelidir.

Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre, işçinin uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi için, eski işverenin çalışma belgesinde belirttiği bilgiler nedeniyle yeni işe alınmadığını ispatlaması gerekmektedir[144]. Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi'nin bir kararına göre, "İşverenin vermiş olduğu çalışma belgesinde işçi hakkında bir hazırlık soruşturmasının yürütüldüğünün belirtilebilmesi mümkün değildir. İşveren çalışma belgesinde sadece gerçeği yansıtan bilgilere yer verebileceğinden dolayı, işçi aleyhine yürütülmekte olan bir hazırlık soruşturmasına yer verilemez."[145]. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi'nin bir kararına göre de, "Yazılı olarak verilen çalışma karnesi işçilere yeni iş ararken yardımcı olmak amacıyla verilmektedir. Ancak bu amacın yerine getirebilmesi için çalışma belgesini okuyan kişide belgenin içeriği ile imzalayan kişinin görüşleri arasında bir çelişkinin bulunduğu görüşünü yaratmaması gerekmektedir."[146]. Bu doğrultuda, çalışma belgesinde yer alan bilgiler de kişisel veri sayılacağı için, söz konusu bilgilerin gerçeğe uygun ve tutarlı olması gerekmektedir.

IV. KİŞİSEL VERİLERİN İŞVEREN TARAFINDAN HUKUKA AYKIRI OLARAK İŞLENMESİNİN YAPTIRIMI

Kişilik hakları zedelenen işçi TMK m.24-25 hükümleri uyarınca saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş

[144] Yarg. 9. HD., 5.7.1988, E.1988/5681, K.1998/7384; Çimento İşveren D., Eylül 1988, s.30 vd.; bkz. Ertürk, s.76, dn.241.

[145] "Davacı, davalı yanında avukat asistanı olarak istihdam edilmiştir. Davalı, davacının hizmet akdini Hukuk Bürosundan bazı eşyaları çaldığı gerekçesi ile derhal feshetmiştir. Davalı, davacı hakkında ayrıca hırsızlık gerekçesi ile ceza davası açmış ve kendisine vermiş olduğu çalışma belgesinde, davacı hakkında bir hazırlık soruşturmasının yürütüldüğü ibaresine yer vermiştir. … İşçinin bu suçu işlediği henüz kanıtlanmamıştır." Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi, 3.5.2005, Sa 359/05. (çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, S.11, s.313.

[146] Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, 29.7.2005, 4 Ta 153/05. (çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/3, S.10, s.313-314.

olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. İşçi ayrıca maddi ve manevi tazminat isteyebileceği gibi, hukuka aykırı saldırı nedeniyle elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz işgörme hükümlerine göre iadesini de isteyebilir[147].

TBK.m.417/3 uyarınca işçinin kişilik haklarının ihlali nedeniyle oluşacak zararların tazmini sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tabidir. Bu bağlamda TBK.m.114 e göre işveren genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. İşçi TBK.m.49 ve 58 uyarınca maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunabilir.

İşçi İş K.m.24/II çerçevesinde işverenin davranışı ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bir fiil niteliği taşıdığı için iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Kişisel verilerinin ihlali nedeniyle sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçi, ayrıca tazminat da talep edebilir. İşçi sözleşmeyi fesih hakkını kullanmasa dahi, kişisel verilerinin ihlali nedeniyle uğradığı zararın tazminini iş sözleşmesinin devamında veya sonrasında talep edebilir[148].

İş Kanununun 75 inci maddesinin ihlal edilmesi ve işçiye ait saklanması gereken verilerin açıklanması halinde işveren, MK.m.24-25 ve TBK m.58 çerçevesinde genel bir yaptırıma maruz kalacaktır. Bu konuda yaptırım olarak idari para cezasının getirilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir[149]. İşverenin İş Kanununun 75 inci maddesi çerçevesinde kanunlar uyarınca işçi hakkında edindiği bilgileri, istendiği zaman yetkili memur ve mercilere gösterme yükümlülüğünün ihlali halinde kanunda bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak öğretide bir görüşe göre, ikinci fıkrada öngörülen idari para cezası yaptırımı burada da uygulanabilir[150].

İşçinin kişisel verilerinin işveren tarafından hukuka aykırı kullanımının cezai sonuçları da bulunmaktadır. Türk Ceza Kanununun 132 vd maddelerinde getirilen düzenlemeler ile bu durum suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu çerçevede haberleşmenin gizliliğinin ihlali (TCK.m.132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK.m.133), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK.m.134), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK.m.135), verileri yok etmeme (TCK.m.137) suçları ve hapis cezası yaptırımı düzenlenerek, işçinin kişisel verilerinin korunması amaçlanmıştır.

---

147 Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.720; Uncular, s.109-110.

148 Uncular, s.113-114.

149 Başalp, s.107.

150 Başalp, s.107.

SONUÇ

Veri koruma hukukunun ve bu anlamda kişisel verilerin korunmasının temel amacı, verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini önlemek ve bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bütün işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktır. İşçinin kimlik bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkumiyet durumu, siyasi ya da sendikal faaliyetleri, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları, dini, ırkı, etnik kökeni, cinsel eğilimi vb. bilgiler korunması gereken kişisel veriler kapsamında yer almakta ve korunması gereken bilgiler olarak kabul edilmektedir.

Kişisel verilerin işlenmesi hayatın her alanında olduğu gibi çalışma hayatında da sık rastlanılan bir durumdur. Nitekim işverenler, kanunun öngördüğü yükümlülüklere uymak, işçi seçiminde, eğitiminde, işçinin yükselmesinde kullanmak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, müşteri ilişkilerini kontrol etmek, işyeri güvenliğini sağlamak gibi amaçlarla iş başvurusunda bulunan işçi adaylarına ya da çalıştırdıkları işçilerine ait kişisel verileri kullanmakta, bazı durumlarda üçüncü kişilerle paylaşmaktadır. İşçinin kimlik bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkumiyet durumu, siyasi ya da sendikal faaliyetleri, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları, dini, ırkı, etnik kökeni, cinsel eğilimi vb. bilgiler korunması gereken kişisel veriler kapsamında yer almaktadır.

Teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmış ve bu gerekçe ile Türk Borçlar Kanununun 419 uncu maddesi düzenlenmiştir. Genel nitelikte bir düzenleme olan TBK.m.419 tüm iş ilişkilerine uygulanabilecek bir hükümdür. İş Kanunumuzda işçilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin olarak 75. madde ile bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu maddeye göre, işveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.

İş mevzuatında bu konuda yeterli bir düzenleme bulunmadığı söylenebilir. İşçinin kişisel verilerinin işçiye ve işçinin kişilik haklarına

zarar verecek şekilde kullanılması halinde, bu sorun, İş Kanunundaki bazı düzenlemelere ve genel hükümlere başvurulmak suretiyle çözümlenmeye çalışılmasına karşın kişilik haklarının son derece önem taşıması ve korunması gereği, işçinin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel düzenleme yapılmasını gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

Aksoy, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.

Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Emine Tuncay, İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013.

Akyiğit, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından İş Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990.

Alp, Mustafa, "Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri", İzmir Barosu İş Hukuku Günleri-II, Sempozyum, 10-11 Mayıs 2013, İzmir 2014 (118-134.)

Aydın, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002.

Aydınlı, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004 (Edimden Bağımsız Koruma).

Aydınlı, İbrahim "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", TÜHİS Kasım 2005 (İşçinin Kişiliğinin Korunması) (s.21-42).

Başalp, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.

Council of Europe, Handbook on European Data Protection Law, 2014.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974.

Ertürk, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002.

Eyrenci, Öner, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991 (s.239-262).

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2004/3, S.3, s.274-275.

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/3, S.10, s.307.

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2004/2, S.2, s.225-226.

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/4, S.7, s.309-310.

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, S.11, s.313.

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/3, S.10, s.313-314.

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2011/4, s.433.

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2011/3; s.584-585.

Hekimler, Alpay, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, s.225-226.

Kaplan, Emine Tuncay, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011 (Borçlar) (s.40-54).

Kılınç, Doğan, **"**Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", AÜHFD, 61 (3), 2012 (1089-1169).

Küzeci, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.

Löwisch, Manfred / Caspers, Georg / Klummp, Steffen, Arbeitsrecht, 10. Aufl., München 2014.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2014.

Odaman, Serkan, "İşçinin İşe Başvurusu Sırasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları", Tekstil İşveren Dergisi, S.274, Ekim 2002 (s.40-43).

Okur, Zeki, "Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

Hakkı", İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011 (Kişisel Veri) (s.368-408).

Okur, Zeki, İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011, (Elektronik Gözetleme).

Özdemir, Hayrunnisa, " İşyerinde İşçilerin İzlenmesi Ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", EÜHFD, C. XIV, S. 1–2 (2010) (s.231-270).

Preis, Ulrich, Arbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2012.

Savaş, Burcu, "İş Hukukunda "Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3 (97-131).

Schaub, Günter /Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Vogelsang, Hinrich, Arbeitsrechts- Handbuch, München 2007.

Sevimli, Ahmet, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008 (Özel Yaşam Hakkı)

Sevimli, Ahmet, "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011 (Veri Koruma). (s.120-140)

Sevimli, Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006 (Özel Yaşam).

Soyer, Polat, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesi" ne İlişkin "Bazı" Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2 Semineri, 25 Mayıs 2012, İstanbul 2012 (s.4-51).

Söllner, Alfred, Grundrißdes Arbeitsrechts, 12. Aufl., München 1998.

Sözer, Ali Nazım, "Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları, Adalet D., 1982, C.73 S.6 (1049-1069).

Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014.

Ulusan, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1992.

Uncular, Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2014.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

Zöllner, Wolfgang /Loritz, Georg, Arbeitsrecht, 5. neuebearbeitete Aufl., München 1998.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Arıcı, Kadir, "İşverenlerin İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortasından Doğan Sorumluluğu Yeniden Ele Alınmalıdır" TİSK İşveren Dergisi, Eylül 2005, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1226&id=68.

Kaplan, Emine Tuncay, "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/480/5583.pdf

http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML

http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Tbmmkms/Tbmmkom/ki%C5%9Fisel%20veriler.pdf

http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/108.htm.

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf.

www.kazanci.com.

TV COPYCATTING: DETERMINING THE THRESHOLD BETWEEN LEGAL COPYING AND COPYRIGHT INFRINGEMENT

Onur ŞAHİN*

ABSTRACT

TV formats are so popular and widely traded all around the world. Therefore, they lead highly-profitable business and this turns TV formats into precious assets. Hence, it is essential to protect these assets in legal context. The problem is that TV formats are composed of ideas and concepts and these are not under protection of copyright law. So, is it free to copy a whole format? Of course not, but there is a thin and blurry line between legal copying and copyright infringement. This paper aims to provide help on the determination of the threshold between legal copying and copyright infringement.

Keywords: *TV formats, TV copycatting, copyright infringement, copyright law*

TV FORMATLARININ KOPYALANMASI: TELİF HAKLARINA AYKIRILIK EŞIĞININ SAPTANMASI SORUNU

ÖZET

TV formatları, sadece ülkemizde değil bütün dünyada çok popüler olan ve gün geçtikçe daha çok izlenen şovlardır. Popülerliklerinden dolayı formatların hakları çoğu ülkeye pazarlanmakta ve oluşturduğu bu pazarın hacmi günümüzde medya sektörüne yön verebilecek büyüklüktedir. Tüm bu nedenlerden dolayı, TV formatları, medya sektöründe hukuken koruma altına alınmak istenen önemli mal varlığı kalemlerindendir. Bu noktada akla ilk gelebilecek alan olan telif hukuku mevcut düzenlemeleriyle, TV formatlarına koruma sağlamada önemli bir engel getirmektedir çünkü formatlar, fikir ve konseptlerin bir araya getirilmesiyle oluşturulmaktadır. Ancak tabi ki, TV formatları, telif hukukunun koruma alanının tamamen dışında değildir yalnızca bir formatının bu alana girip girmediği çok hassas bir değerlendirme ile saptanabilir.

Anahtar Kelimeler: *TV formatları, TV şovları, telif hakkı, fikir ve sanat eserleri,*

---

* İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat, LL.M. University of Glasgow – Fikri Mülkiyet ve Dijital Ekonomi, LL.B. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Introduction

TV format business is a global business that has a high trade volume around the world. According to the FRAPA 2011 Report, the production volume generated by traded formats has grown from €6.4bn (2002 – 2004) to approximately €9.3bn (2006 – 2008). This quick growth is the result of successful formats such as "Who Wants to be a Millionaire?", "Big Brother", "Survivor", "Pop Idol" or "Fear Factor"[1].

Although the trade of TV formats has a sizable economic prominence, there is no precise legal definition for TV formats[2]. We can simply put it into words that a TV format is a concept which has been programmed to be sold to TV channels for adaptations in different countries[3].

Various elements are being added to the format in the development process and these elements make the TV format unique[4]. Because of the variety of these elements, different methods are being used for the legal protection of TV formats, including copyright, trademark, laws against unfair competition, confidentiality agreements and several market strategies[5]. This paper focuses only on the copyright aspect of TV formats.

In the creation process of a new TV show, there is always a blurry line between using commonplace elements and copying specific elements from other formats. Consequently, there is no international legal framework for legal copying and copyright infringement of TV formats and court practice on this issue tends to be uneven[6].

The aim of this paper is to expound the threshold between legal copying and copyright infringement with regard to TV formats. To achieve this, we have scanned legal disputes about TV format copying from different

---

1 FRAPA 2011 Report, http://www.frapa.org/wp-content/uploads/Report/FINAL%20FRAPA_Report_2011.pdf p.5, (accessed on 26.12.2014).

2 Neta-Li E. Gotlieb, 'Free to Air?, *IDEA*, 2011, 51(211), p.214.

3 Chalaby, Jean K, 'The Making of an Entertainment Revolution: How the TV Format trade Became a Global Industry', *E.J.C.*, 2012, 26(4), p.296.

4 A. Moran, J. Malbon, *Understanding the Global TV Format, (*Intellect Books, 2006), p.20.

5 M. Kretschemer, and S. Singh, "The Explotations of TV Formats: an Emprical Study, Intellectual Property and Non-Law Based Strategies", http://www.hiig.de/wp-content/uploads/2013/10/Exploitation-of-TV-Formats-Empirical-Study.pdf (accessed on 26.12.2014).

6 U. Klement, 'Protecting Television Show Formats under Copyright Law', E.I.P.R., 2007, 29(2), p.52.

jurisdictions and in light of the findings from these decisions, we are going to set some criteria to help determine whether a given situation could give rise to an infringement claim. Legal disputes, which were used for threatening rivals or which ended up in settlements without a summary judgment, are excluded from the scope of this paper. In the first part of the paper, we are going to examine some of the more significant legal disputes and their results of greater relevance. In the second part, we will analyze the current practice and based on it propose criteria for telling apart legal imitation from copyright infringement.

I. Copycatting Cases

1. Green v Broadcasting Corporation of New Zealand[7]

This case is the starting point of TV format copying disputes. "Opportunity Knocks" was a famous talent show and Hughie Green was the producer and the presenter of the show. The Broadcasting Corporation of New Zealand broadcasted a similar show under the same title in New Zealand.

According to the claims of Green, similarities between the two shows were the same title, the same form of introduction for each competitor, the same catch phrases and the "clapometer" which measures the reaction of audience to the performances of competitors. Green also claimed that he had written the scripts of the shows and these similarities were copied from the scripts.

The Privy Council ruled that there was no concrete evidence about the content of the scripts and the ideas in the scripts cannot be the subject of copyright. The Council also noted that such talent shows were often presented in a similar way, used the same kind of phrases and particular accessories, and added that the elements in the format were also found in other shows. Thus, the TV show format lacks certainty and unity which are necessary qualifications for a dramatic work. Therefore, the Council found that no infringement had taken place.

Preston v 20 th Century Fox [8]

In this case, Preston claimed that defendant's "Star Wars: Return of the Jedi" had infringed his copyright because one character in the movie had been

[7] Green v Broadcasting Corp of New Zealand [1989] R.P.C. 469 (N.Z.C.A.).

[8] Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd. (1990), 33 C.P.R. (3d) 242 (Fed.T.D.), aff'd (1994), 53 C.P.R. (3d) 407 (Fed. C.A.).

copied from his work. The Canadian Court compared a number of factors, including plot, themes, dialogue mood, setting and scenes, pace, sequence and characters to find out if there were copied elements in the movie produced by the defendant. The Court concluded that the question whether there is substantial similarity between the two works should not be determined only by assessing the quantity of similar elements and added that the quality of similar elements may be more important than the quantity.

Arbique v Gabriele[9]

The importance of this decision lies in the finding of the Quebec Court that the defendant's access to the claimant's format was insufficient to prove copying. On appeal, in spite of substantial and obvious similarities, the Court of Appeal concluded that the evidence presented was insufficient to conclude that the defendant had copied claimant's format.

Baccini v Celador Productions Ltd[10]

In these conjoined cases, the Court compared Baccini's "Millionaire" and whose "Who Wants to be a Millionaire?" and found that there were similar elements including: the title, £1 million prize, the multiple choice questions, a mechanism for the doubling of prizes and an initial pool of 10 contestants. The Court concluded that these similarities were sufficient evidence to support the inference of copying of a substantial part of the format.

TV Globo & Endemol Entertainment v TV SBT[11]

In this case, Endemol, owner of the "Big Brother" format, and TV Globo, Brazilian adapter, claimed that the defendant's format "Casa dos Artistas" was an infringing copy of their work. The defendant claimed that a reality show is nothing more than an idea and that the claimant's format was based on locking up different people inside a house and observing them which is taken from George Orwell's "1984". The court heard expert opinion to the effect that a TV format is a wider concept that does not include the central idea, but also includes an extensive amount of technical, artistic, economic

---

9 *Arbique v. Gabriele*, [1998] J.Q. nº 3794 (QL) (Sup. Ct.), aff'd 2003 CanLII 16298 (Que. C.A.).

10 Celador Productions Limited v Melville - Boone v ITV Network and Others – Baccini v Celador Productions Limited and Others [2004] EWHC 2362 (CH).

11 TV Globo Ltda. & Endemol Entertainment International B.V. v TVSBT & Canal 4 de Sao Paulo S.A., Civil Appeal No. 994.04.082658-4 – Osasco, http://www.ifla.tv/big%20brother%20brazil%20judgment.pdf (accessed on 26.12.2014).

and business information. After that, the Brazilian Court accepted the claims that "Big Brother" format is not limited with locking up people in a house and spying on them; it has a detailed structure with a beginning, middle and end. The format consists of several details; including the positions of cameras, use of microphones tied to contestants 24 hours a day, music styles, activities and the form of contestants' contact with external world.

Castaway v Endemol[12]

In this case, Castaway claimed that the "Big Brother" format was an infringing copy of their "Survive!" format. The Dutch First Instance Court found that there was a combination of 12 different elements in "Survive!" and when these elements were considered collectively there was a sufficiently unique and specific format to be original in the copyright context. Court also added that there was a sufficient description about the format in the format bible. Therefore "Survive!" was found to be the object of copyright but the claim was dismissed by the Court because "Big Brother" format was not found to be an infringing copy. The Dutch Court of Appeal upheld the judgement. The Court focused on the similarities and concluded that a format consists of a combination of unprotected elements and an infringement can only be involved if there is a similar selection of several elements and these elements were copied in an identifiable way. The Court also added that if all of the elements have been copied then there is a copyright infringement but if only one unprotected element has been copied then there is no infringement of copyright. The Dutch Supreme Court agreed with the previous judgments and concluded that the "Survive!" format was a copyrighted work, but Big Brother was not an infringing copy of it.

Maradentro Producciones v Sogecable[13]

The Spanish Court stated that a copyrighted format should be detailed and complex reflecting an intellectual creation. On the other hand, a sufficient level of detail does not mean that there should be a complexity and detail as in scripts. The Court also added that if there is a script or a storyline which helps to make a comparison, the format should be protected and in order to provide copyright protection for a format, there should be a qualitative leap from a general concept or an idea.

---

[12] Cast Away Television Productions Ltd v Endemol Entertainment International BV, ECLI: NL: HR 2004: AO3162.

[13] FRAPA, p. 26.

Atomis Media & Outright Distribción v Televisión De Galicia & CTV, S.A.[14]

The Court stated that a format may be considered subject to copyright if there is an original work which is created with an intellectual effort of a human mind and expressed through a medium. The court also pointed out that if there is a script or a storyline to make a comparison then the format should be protected. In the originality context, the Spanish Court stated that a format is the combination of different unprotected elements and there is no need for elements to be original by themselves but the combination should be sufficiently unique to be original.

Meakin v BBC [15]

In this case, Meakin's format was a game show and BBC broadcasted a similar game show. Meakin claimed that BBC had infringed his copyright because; the majority of questions were "*general knowledge questions based on logic and questions based on still, film and music footage",* the size of the jackpot was proportional, the studio contestants participated in heats which resulted in one finalist, and that finalist competes in play-off final; and in the final the contestants were able to confer with family and friends. But the UK Court dismissed the claim and concluded that the similarities were general and commonplace in TV game shows.

II. 4-Step Test

In light of the decisions above, we can propose a 4-step test to help determine whether there is an infringement of copyright of a TV format. Different jurisdictions have different approaches and standards for providing copyright protection to TV formats and determining infringing copies of formats. Therefore our aim is not to provide a universally applicable standard, but to set out some general and common criteria.

(1)Assessing the claimant's format whether it is identifiable as a copyright work

The starting point should be assessing the format whether it is identifiable as a copyrighted work. In this context, formats must be more than an idea, ideas are the mere skeleton of a format and there is a need for format to be fleshed out with elements that have copyright value[16].

[14] FRAPA, p.28.

[15] Meakin v BBC [2010] EWHC 2065 (Ch).

[16] T. Steffenson, 'Rights to TV Formats – from a Copyright and Marketing Law Perspective', *Ent.L.R.*, 2000, 11(5), pp.85-86.

Endemol v TV SBT case provides guidance on this step by stating that a TV format is a wider concept than an idea with artistic, technical, business and economical information. The findings of the court on "Big Brother"; such as the images and audio situations, positions of cameras, activities and the form of contestant's contact with external world, display the elements which provides a copyright flesh for formats. So a copyright format can be considered as an imaginative and technical way to convey dramatic situation[17]. In addition to this, these elements must be different than common elements in similar formats as the court stated in Green v BCNZ. But the important issue on the assessment of elements whether they are common or not, was considered by the Dutch Court in Castaway v Endemol case and the Spanish Court in Atomis V TDG, which said that a TV format is a combination of unprotected elements and there is no need for elements to be original by themselves, but the combination must be original. The decisions on Atomis v TDG and Maradentro v Sogecable provide additional help on this step by explaining that if there is a script or storyline to follow the format then the format should be considered subject to copyright.

As a result, there should be something more than idea in the format; elements which can collectively give copyright value when they taken into consideration with an idea[18]. So every format is a different combination of these elements and if there is a unique and specific combination of the elements then we can conclude that the format is identifiable as a copyright work[19].

(2)Listing the key elements of the disputed formats and discerning the similarities

General approach of the courts in deciding infringement is comparing "the key elements" of disputed formats, as in *Endemol v Antena 3*[20] and *Nine Films v Ninox*[21]. So in this step, one should examine the contested formats for their "key elements" and then compare the resultant lists in order to discover similarities.

---

[17] L. Day, 'A Copyright Dilemma: TV Format', *J. Broad*, 1978, 22(2), p.250.

[18] J. Rubin, 'Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/ Expression Dichotomy', *Fordham IP and Media Law Journal*, 16:661, p. 675.

[19] F. Eickmeier, H. Von Have, 'Statutory Protection for Television Show Formats', *Ent.L.R.,* 1998, 9(1), p.9.

[20] FRAPA, p.16.

[21] Nine Films & Television Pty Ltd v Ninox Television Limited [2005] FCA 1404.

(3)Assessing the similar elements and figuring out whether they are commonplace or original

As the third step, similar elements of disputed formats should be assessed. The Court in Green v BCNZ, looked at the elements the two formats had in common and concluded that these were commonplace elements in talent shows. The UK Court in *Meakin v BBC*, followed the same approach stating that similarities between the two contested formats were general and commonplace in the game show arena[22]. Courts adopted a similar approach in *Nine Films v Ninox* and *Cummings v Global Television*[23].

The outcome of the Arbique v Gabriele case was also important in regards to ascertaining the originality of the similar elements. There the court had information about the defendant having had access to claimant's format but decided that defendant's access alone was insufficient and merely circumstantial and therefore there was no evidence of copying.

With the guidance from these judgements we can conclude that where the elements that make up the similarities between the disputed formats are elements commonly found in the kind of TV shows in question, these similarities will not support the finding of infringment[24]. Also, if the defendant has never had access to the claimant's format, there is a higher possibility of using common elements[25].

(4)Assessing the quantity and the quality of similar elements

Last step is assessing the quantity and the quality of similar elements. Both should be taken into consideration in the same time, because neither the quantity and nor the quality are the decisive criteria. The quantity is a clear criteria but the quality means the effect of the similar elements to whole format - whether the common elements are a substantial part considering the

[22] D.Fields, 'Come and have a go ... if you think you are smart enough: High Court grants defendants summary judgment in TV format case', *Ent.L.R.*, 2011, 22(2), p.63.

[23] Cumming v Global Television Network Quebec Ltd & Others [2005] 17671 (QC CS).

[24] Stefan Bechtold, 'The Fashion of TV Show Formats', *Michigan State Law Review*, 2013, V.451, pp.468-469.

[25] Barry Sookman, 'Robinson v Cinar in the Supreme Court', Barry Sookman, http://www.barrysookman.com/2013/12/24/robinson-v-cinar-in-the-supreme-court/, (accessed on 26.12.2014).

format in its entirety[26]. In Preston v 20.Century Fox case, the Court concluded that the similar element, which was a character in both works, had not a big impact in the defendant's movie because there was a combination of different complex elements and different characters. As a result, if an element, which has a significant importance on the format, is copied then it means that the requirement of this step has been fulfilled. If numerous elements have been copied but the elements do not have a big influence on the format then the total influence of all elements shall be assessed and if the total effect of all elements has a big impact then the requirement of this step also has been fulfilled.

Conclusion

In the global TV format business there can be similar formats which might be a result of common ideas or might be the result of copied elements and there is a blurred line between copyright infringement and using similar elements without copyright infringement. Therefore, courts have the duty to set the copyright infringement threshold for TV formats. In light of the decisions from different jurisdictions, a 4-step test can be used to determine if a copyright infringement of a TV format has occurred. First, claimant's format shall be examined for whether it is identifiable as a copyright work, then each of the disputed formats will be examined for their key elements and those key elements then compared to see which of them coincide. As the third step, the uniqueness of similar key elements shall be assessed. Lastly, the quantity and the quality of the similar elements shall be assessed in light of the format as a whole. If all of the steps have been passed in a dispute then we can say that there is an infringement of copyright of a TV format.

[26] Rebecca Swendells, Michael Sweeney, 'The Difficulty with TV Formats and Copyright Protection', Ent.L.R., 2012, 23(6), p.155.

REFERENCES

Bechtold, Stefan, 'The Fashion of TV Show Formats', Michigan State Law Review, 2013, 451, pp.451-512

Chalaby, Jean K, 'The Making of an Entertainment Revolution: How the TV Format trade Became a Global Industry', *European Journal of Communication*, 2012, 26(4), pp. 293–309

Day, Louis A., 'A Copyright Dilemma: TV Format', *J. Broad*, 1978, 22(2), pp.249-257

Eickmeier, Frank, and Von Have, Harro, 'Statutory Protection for Television Show Formats', Entertainment Law Review, 1998, 9(1), pp.9-15.

Fields, Desire, 'Come and Have a Go ... If You Think You Are Smart Enough: High Court Grants Defendants Summary Judgment in TV Format Case', *Entertainment Law Review*, 2011, 22(2), pp.61-64

FRAPA, 'FRAPA 2011 Report',

http://www.frapa.org/wp-content/uploads/Report/FINAL%20 FRAPA_Report_2011.pdf, (accessed on 28.03.2014)

Gotlieb, Neta-Li E., 'Free to Air?', *IDEA*, 2011, 51(211), pp.211-270

Klement, Ute, 'Protecting Television Show Formats under Copyright Law – New Developments in Common Law and Civil Law Countries', European *Intellectual Property Review,* 2007, 29(2), pp.52-60.

Kretschemer, Martin, and Shing, Sukhpreet, "The Explotations of TV Formats: an Emprical Study, Intellectual Property and Non-Law Based Strategies", http://www.hiig.de/wp-content/uploads/2013/10/Exploitation-of-TV-Formats-Empirical-Study.pdf (accessed on 25.03.2014)

Moran, Albert, and Malbon, Justin, *Understanding the Global TV Format, (*Intellect Books, 2006)

Rubin, Jay, 'Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/ Expression Dichotomy', *Fordham Intellectual Property and Media Law Journal*, 16, pp. 661-736.

Sookman Barry, 'Robinson v Cinar in the Supreme Court', Barry Sookman, http://www.barrysookman.com/2013/12/24/robinson-v-cinar-in-the-supreme-court/, (accessed on 28.03.2014)

Steffenson, Torben 'Rights to TV Formats – from a Copyright and Marketing Law Perspective', *Entertainment Law Review*, 2000, 11(5), pp.85-89.

Swendells, Rebecca, and Sweeney, Michael 'The Difficulty with TV Formats and Copyright Protection', *Entertainment Law Review*, 2012, 23(6), pp.155-156

Cases

Australia

Nine Films & Television Pty Ltd v Ninox Television Limited [2005] FCA 1404

Brazil

TV Globo Ltda. & Endemol Entertainment International B.V. v TVSBT & Canal 4 de Sao Paulo S.A., Civil Appeal No. 994.04.082658-4 – Osasco, http://www.ifla.tv/big%20brother%20brazil%20judgment.pdf (accessed on 27.03.2014).

Canada

Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd. (1990), 33 C.P.R. (3d) 242 (Fed.T.D.), aff'd (1994), 53 C.P.R. (3d) 407 (Fed. C.A.)

Arbique v. Gabriele, [1998] J.Q. nº 3794 (QL) (Sup. Ct.), aff'd 2003 CanLII 16298 (Que. C.A.)

Cumming v Global Television Network Quebec Ltd & Canwest Global Broadcasting Inc & Global Television Network Inc, [2005] 17671 (QC CS)

Netherlands

Cast Away Television Productions Ltd v Endemol Entertainment International BV, ECLI: NL: HR 2004: AO3162 http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2004:AO3162, (accessed on 24.03.2014).

New Zealand

Green v Broadcasting Corp of New Zealand [1989] R.P.C. 469 (N.Z.C.A.)

Spain

Endemol Entertainment v Antena 3 [1994], FRAPA Report 2011, p.16, http://www.frapa.org/wp-content/uploads/Report/FINAL%20FRAPA_Report_2011.pdf, (accessed on 28.03.2014)

Spain: Maradentro Producciones S.L. v Sogecable, S.A. [2009], FRAPA Report 2011, p.26, http://www.frapa.org/wp-content/uploads/Report/FINAL%20FRAPA_Report_2011.pdf, (accessed on 28.03.2014)

Atomis Media, S.A & Outright Distribción Ltd v Televisión De Galicia, S.A. & CTV, S.A. [2010], FRAPA Report 2011, p.28,

http://www.frapa.org/wp-content/uploads/Report/FINAL%20FRAPA_Report_2011.pdf, (accessed on 28.03.2014)

UK

Celador Productions Limited v Melville - Boone v ITV Network and Others – Baccini v Celador Productions Limited and Others [2004] EWHC 2362 (CH)

Meakin v BBC [2010] EWHC 2065 (Ch)

MİRASÇILIK SIFATINI KAYBEDENLERİN MİRAS ORTAKLIĞI İLE İLİŞKİLERİ*

Özlem SARI FİDAN**

ÖZET

Miras ortaklığında geçerli olan elbirliği ile hareket ilkesi ve mirasçıların mirasbırakanın borçlarından müteselsil ve şahsi olarak sorumlu olmaları, miras ortaklığında yer alacak kişilerin öncelikle tespit edilmesini gerektirmektedir. Özellikle mirasçılık sıfatını kaybeden kimselerin mirasbırakanın borçlarından sorumlu olup olmayacaklarının, sorumlu olacaklar ise de bunun ne ölçüde olacağının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu çalışmada mirasçılık sıfatının yitirildiği hâller olarak kabul edilen mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksunluk, mirastan feragat ve mirası ret durumlarının miras ortaklığına etkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Mirasçılık sıfatının kaybı, miras ortaklığı, mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksunluk, mirastan feragat, mirası ret*

THE RELATIONSHIPS OF THE HEIRS WHO LOSE THEIR INHERITANCE RIGHTS WITH THE COMMUNITY OF HEIRS

ABSTRACT

The principle of joint action and the principle of heirs' joint and several liability with their entire properties for the debts of testator within the community of heirs primarily require the identification of the people who take place within the community of heirs. Especially determining whether the heirs who lose their inheritance rights are liable for the debts of testator and to what extent this liability exists are of great importance. This study aims to analyze the effects of disinheritance, unworthiness to inherit, renunciation of inheritance, and disclaimer of inheritance, which are also known as the grounds for the loss of inheritance rights, to the community of heirs.

Keywords: *Loss of inheritance rights, community of heirs, disinheritance, unworthiness to inherit, renunciation of inheritance, disclaimer of inheritance.*

---

* Bu makale, yazarın "Miras Ortaklığı" isimli Yüksek Lisans Tezi'nden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Bir gerçek kişinin ölümünden sonra ona ait intikal edebilir hukukî ilişkilerin ve bu hukukî ilişkiler üzerinde hak sahibi olacak kişilerin tespit edilmesi miras hukukunun esaslı konularından birisidir.

Miras hukuku kurallarının ve hükümlerinin uygulanmaya başlanabilmesi için bir gerçek kişinin ölümü gerekmektedir. Zira miras, mirasbırakanın ölümü ile açılır. Mirasın açılmasıyla birlikte mirasbırakana yakınlıkları dolayısıyla başta eş ve daha sonra mirasbırakanın belirli dereceye kadar kan hısımları mirasbırakanın geride kalan malvarlığı üzerinde hak sahibi olurlar ve borçlarından sorumlu olurlar. Mirasbırakanın hayatta bulunan kan hısımlarından hangilerinin ona mirasçı olabileceği Türk hukukunda zümre sistemine göre belirlenmektedir. Sağ kalan eşin mirasçılığında kabul edilen prensiplerle birlikte zümre sistemi, mirasbırakanın "yasal mirasçılarının" belirlenmesinde kullanılan bir sistemdir. Bundan başka ölüme bağlı tasarruf serbestisi içerisinde kendisine mirasçı tayin edebileceği "atanmış mirasçı" niteliğindeki mirasçıları da bulunabilir.

Ne var ki, gerek sağ kalan eş, gerek zümre sistemi gereğince mirasbırakana mirasçı olabilecek kişiler, mirasın reddi, mirastan feragat, mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma gibi bir sebeple mirasçılık haklarını yitirebilir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu sonucunda atanmış mirasçı sıfatını kazanabilecek kişiler ise mirasın reddi ve mirastan yoksunluk sebepleriyle mirasçılıktan doğan haklarını kaybedebilirler.

Mirasçıların belirlenmesi, mirasbırakanın intikal edebilir hak ve borçlarının sahiplerinin belirlenmesi açısından önemlidir. Zira mirasçılar terekede yer alan haklara tek başlarına değil, TMK m. 640/2 gereğince elbirliği ile sahiptir ve bunun sonucu olarak da terekede yer alan hakları etkileyebilecek tüm işlemleri birlikte yapmak zorundadır. Bundan başka, TMK m. 599/2 ve 641/1 birlikte değerlendirildiğinde mirasçılara mirasbırakanın borçlarından dolayı müteselsil ve şahsen sorumluluk şeklinde ağır bir sorumluluğun yüklendiği görülmektedir. İşte bu sebeplerle miras ortaklığı ilişkisinde yer alacak mirasçıların belirlenmesi ve mirasçılık sıfatını yitiren kişilerin miras hukukunda geçerli olan genel kuralların aksine mirasbırakanın borçlarından sorumlu tutulabilecekleri istisnaî durumların incelenmesi önem arzetmektedir.

I. GENEL OLARAK MİRASÇILIK SIFATININ KAZANILMASI VE MİRAS ORTAKLIĞININ KURULMASI

Miras, mirasbırakanın ölümüyle açılır. Böylece mirasbırakana ait bütün malvarlığı değerleri, mirasçı veya mirasçılara intikal etmiş olur. Mirasın açılması ile intikalin gerçekleşmesi arasında bir anlık boşluk dahi yoktur[1]. Türk Medeni Kanununun 599. maddesi gereğince de, yasal ve atanmış mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak ve kanun gereğince kazanırlar.

Miras açıldığında, mirasbırakanın tek mirasçısı varsa, terekenin tümü ona ait olacağından terekenin yönetilmesi, paylaşımı gibi konularda herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Terekeye ilişkin her türlü taahhüt ve tasarruf işlemlerini de bizzat bu mirasçı gerçekleştirir ve borçlardan sorumlu olur[2]. Anlaşıldığı üzere tek mirasçının varlığı hâlinde terekenin yalnızca el değiştirmesi söz konusu olup ölenin yerini mirasçısı olan kişi almaktadır[3].

Miras açıldığında, mirasbırakanın birden fazla mirasçısı bulunması durumunda ise, tereke, mirasçıların tamamına bir bütün (kül) hâlinde geçer. Başka bir deyişle tereke, birden fazla mirasçıya bölünmemiş vaziyette intikal eder ve paylaşmaya kadar da özel bir malvarlığı olarak varlığını sürdürür[4]. Paylaşma tamamlanıncaya kadar, mirasçıların oluşturdukları topluluk hukuken kendine özgü bir topluluk olarak değerlendirilmiş ve bu durum kanunda "*miras ortaklığı*" olarak ifade edilmiştir[5].

Miras ortaklığı adından da anlaşıldığı gibi bir ortaklıktır. Ama bir adî şirket değildir. Adî şirkette olduğu gibi ne ortak bir üstün amaç ne de ortaklar arasında bu amaca yönelik bir işbirliği isteği vardır. Ortaklar arasında kişisel güven bağlılığı da söz konusu değildir. Herhangi bir kişisel ilişkiye dayanmayıp kanundan doğan zorunlu ve geçici bu ortaklıkta mirasın paylaşılması ve ortaklığın dağıtılmasının talep edilmesi kural olarak her zaman mümkündür[6].

---

[1] AKKANAT, Halil: **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi,** İstanbul, 2004, s. 61.

[2] DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku,** İstanbul, 2013, s. 450; AYAN, Mehmet, **Miras Hukuku,** Konya, 2009, s. 243.

[3] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Miras Hukuku,** Ankara, 2013, s. 290.

[4] ACAR, Faruk, Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S. 1, 2006, s. 122.

[5] Miras ortaklığı 743 sayılı Medeni Kanun döneminde *"miras şirketi"* olarak ifade edilmekteydi. Dolayısıyla günümüzde de bunun uzantısı olarak kısıtlı da olsa miras şirketi ifadesiyle karşılaşılabilmektedir. Miras şirketinden de anlaşılması gereken yine miras ortaklığıdır.

[6] SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: **Miras Hukuku,** Ankara, 2014, s. 617.

II. MİRASÇILIK SIFATININ KAYBININ MİRAS ORTAKLIĞINA ETKİSİ

Miras ortaklığına yasal ve atanmış mirasçılar dâhildir. Ancak, mirastan feragat edenler, mirası reddedenler, mirastan çıkarılanlar ve mirastan yoksun bulunanlar miras ortaklığında yer almaz[7]. Bunun sonucu olarak bu kişiler terekede yer alan hak ve borçlara sahip olamazlar. Kural bu şekilde olmakla beraber bu kuralın bazı istisnaları da mevcuttur.

Türk Medeni Kanununda yazılı olan bazı durumların gerçekleşmesi hâlinde, mirasçılık sıfatı hiç kazanılamamakta ya da mirasın açıldığında kazanılmakla birlikte daha sonra yitirilmektedir. Mirasçılık sıfatının yitirilmesi olarak ifade edilen bu durumlar, mirasçılıktan çıkarılma, mirastan yoksun bulunma, mirastan feragat ve mirasın reddidir[8].

A. Mirasçılıktan Çıkarmanın Etkisi

Türk Medeni Kanunu'nun 510. maddesine göre mirasbırakan belirli durumların gerçekleşmesi hâlinde ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilmektedir[9]. Böyle bir durumda, mirasçılıktan çıkarılan kimseye düşecek olan miras payı, mirasbırakan başka türlü bir tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasbırakandan önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalır. Bu sonuç, sadece mirasçılıktan tam çıkarma hâli için geçerlidir. Bununla birlikte, mirasbırakanın TMK m. 510'daki fiillerden birini gerçekleştirmiş bulunan mirasçısını saklı payının tamamı için mirasçılıktan çıkarması şart değildir; mirasbırakan dilerse saklı payının bir kısmı için geçerli olmak üzere mirasçılıktan çıkarma hakkını kullanabilir[10].

Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakana, saklı paylı mirasçısını mirastan uzaklaştırma imkânı veren bir ölüme bağlı tasarruftur[11]. Bu bakımdan saklı paylı olmayan bir mirasçının mirastan çıkartılması, teknik anlamda mirasçılıktan

---

[7] ÖZTAN, Bilge: **Miras Hukuku,** Ankara, 2012, s. 412; GENÇCAN, Ömer Uğur: **Miras Hukuku,** Ankara, 2011, s. 433, dn. 562; SEROZAN/ENGİN, s. 119.

[8] ŞENER, Esat: Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C. 2, S. 2, 1976, s. 81; AYAN, s. 178.

[9] TMK m. 510'a göre, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işleyen veya mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmeyen saklı paylı mirasçı ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarılabilir.

[10] ŞENER, **Mirasçılıktan Iskat**, s. 85; DURAL/ÖZ, s. 205.

[11] DURAL/ÖZ, s. 204.

çıkarma olmayıp alelâde bir mirastan uzaklaştırmadır[12]. Dolayısıyla TMK m. 505'te saklı paylı mirasçılar arasında sayılmayan yasal mirasçılardan birinin, mirasçı olmayacağının belirtilmesi veya onun payı üzerinde tasarrufta bulunulması mirasçılıktan çıkarma sayılmadığı için böyle bir tasarrufun mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birine dayanması gerekmez[13]. Dikkat edilmesi gereken bir husus da şudur: Mirasçılıktan çıkarma, genellikle kusurlu bir hareketin sonucu olduğu için temyiz kudretinden yoksun olanlar ve küçükler mirasçılıktan çıkarılamaz[14].

Bir tür özel hukuk cezası niteliğinde olan mirasçılıktan tam çıkarma hâlinde çıkarılan kişi mirasçılıktan doğan haklardan yararlanamaz. Öte yandan mirasçılıktan kaynaklanan sorumluluklardan da kurtulmuş olur[15]. Bu bakımdan, mirasçılıktan çıkarılan kimseler görünüşte mirasçı olmalarına rağmen gerçekte mirasçılık sıfatlarını yitirdikleri için miras ortaklığına dâhil olamazlar[16]. Miras açıldığında görünürde mirasçı olan bu kişiler çıkarma tasarrufunun ortaya çıkması ile birlikte tereke üzerindeki zilyetliklerini gerçek mirasçılara devretmekle mükelleftirler[17]. Kısmî mirasçılıktan çıkarma hâlinde ise, saklı paylı mirasçının saklı payı azalır, fakat mirasçılık sıfatı ve dolayısıyla miras ortaklığı üyeliği devam eder[18].

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuyla mirasçılıktan çıkarılan kişi genel iptal sebeplerine veya mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebinde açık bir hataya düşmüş olmasına dayanarak çıkarmanın iptalini isteyebilir. Hangi sebeple iptal davası açılmış olursa olsun, davanın olumlu sonuçlanması hâlinde mirasçılıktan çıkartılan kişi tekrar mirasçı sıfatını kazanır ve miras payının tamamını alır[19]. Bunların dışında mirasta çıkarılan kişi çıkarma tasarrufunda sebebin gösterilmediği ya da gösterilen sebebin yetersiz olduğu

---

[12] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku,** İstanbul, 1987, s. 306.

[13] DURAL/ÖZ, s. 205; İMRE/ERMAN, s. 246.

[14] OĞUZMAN, M. Kemal, **Miras Hukuku,** İstanbul, 1991, s. 214; ŞENER, **Mirasçılıktan Iskat**, s. 84.

[15] SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: **Miras Hukuku,** Ankara, 2014, s. 429; ŞENER, **Mirasçılıktan Iskat,** s. 100; YAĞCI, Kürşat: **Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat),** İstanbul, 2013, s.339

[16] ŞENER, Esat: **Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh),** Ankara, 1988, s. 762.

[17] AYİTER, Nuşin: **Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet),** Ankara, 1961, s. 79.

[18] DURAL/ÖZ, s. 211; ŞENER, **Mirasçılıktan Iskat,** s. 99;BERKİ, Şakir:, Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 29, S. 1-2, 1979, s. 186; İMRE/ERMAN, s. 254; YAĞCI, s. 359

[19] SEROZAN/ENGİN, s. 434; DURAL/ÖZ, s. 214; ŞENER, **Mirasçılıktan Iskat,** s. 101.

gerekçesiyle tenkis davası açarak saklı payını alabilir. Burada ilk durumdan farklı olarak mirasçı, miras payının tamamına değil yalnızca saklı payına kavuşmuş olmaktadır[20].

Kanunda, mirasbırakana, bu cezalandırıcı çıkarmanın yanı sıra bir de koruyucu çıkarma hakkı tanınmıştır[21]. TMK m.513'te *"borç ödemeden aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarma"* olarak ifade edilen bu çıkarmada mirasbırakan, hakkında borç ödemeden aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilmektedir. Ancak mirasçılıktan çıkarılanın bu payının, onun doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülenmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere koruyucu çıkarma ile korunmak istenen saklı pay sahibi değil onun altsoyudur[22]. Bu tür bir mirasçılıktan çıkarma sonucunda, mirasçılıktan çıkarılanın payının yarısı altsoyuna geçse de, mirasçılıktan çıkarılan, payının diğer yarısı için mirasçılık sıfatını devam ettirir[23]. Bu sebeple miras ortaklığından da çıkmış olmaz.

B. Mirastan Yoksunluğun Etkisi

Mirastan yoksunluk ifadesinden, genel olarak mirasçı olabilme ehliyetine sahip olan bir kimsenin, kanunda belirtilen sebeplerden biri gerçekleştiği için, belirli bir mirasbırakan yönünden miras hukukuna ilişkin bir talep ileri sürebilme ehliyetsizliği anlaşılmaktadır[24]. TMK m. 578'deki fiillerden birini gerçekleştirmiş bulunan kimseler mirastan yoksun bulunmaları sebebiyle mirasçılık sıfatını yitirirler[25]. Dolayısıyla miras ortaklığına giremezler. Tıpkı mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi yoksun bulunan kimsenin miras payı da, TMK m. 579 gereğince mirasbırakandan önce ölmüş gibi kendi altsoyuna geçer. Altsoyun bulunmaması hâlinde yoksun kalanın payı, mirasbırakanın

[20] İMRE/ERMAN, s. 257; DURAL/ÖZ, s. 214.

[21] SEROZAN/ENGİN, s. 435; DURAL/ÖZ, s. 216; ŞENER, **Mirasçılıktan Iskat,** s. 95.

[22] ŞENER, **Mirasçılıktan Iskat,** s. 96.

[23] DURAL/ÖZ, s. 217; ŞENER, **Mirasçılıktan Iskat,** s. 98.

[24] DURAL/ÖZ, s. 368.

[25] TMK m. 578'e göre:

1. Mirasbırakanı, kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler,

2. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler,

3. Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler,

4. Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar mirasçı olamayacakları gibi; ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler.

diğer mirasçılarına geçer. Atanmış mirasçının mirastan yoksun olması durumunda ise mirasbırakan ikameli bir tasarruf yapmış yani yedek mirasçı atamışsa, yapılan kazandırma yedek mirasçıya geçer. Bu şekilde bir tasarruf bulunmuyorsa, atanmış mirasçı lehine yapılan kazandırma TMK m. 581'in kıyasen uygulanması sonucu hükümsüz olur ve bundan yasal mirasçılar yararlanır[26].

Mirastan yoksun bulunanlar da mirasçılıktan çıkarılanlar gibi görünüşte mirasçı olup gerçekte mirasçı olmadıkları için mirasın açılması anında tereke üzerinde zilyet iseler bu zilyetliklerini gerçek mirasçılara devretmekle mükelleftirler[27]. Ancak mirastan yoksunluk, miras bırakanın affıyla ortadan kalkacağı için mirasbırakan sağlığında böyle bir fiili gerçekleştiren mirasçısını affetmişse bu kimse mirasçılık sıfatını kaybetmiş olmaz ve miras ortaklığına dâhil olur (TMK m. 578/2). Bunun için mirasbırakanın af sırasında ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterlidir[28].

Mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufuyla değil kendiliğinden gerçekleşir[29]. Aynı zamanda mirastan yoksunluk, saklı paylı olsun veya olmasın ve ister yasal ister iradi mirasçı olsun tüm mirasçılar hakkında uygulanabilen bir özel hukuk cezası olması yönüyle mirasçılıktan çıkarmadan daha kapsamlıdır. Aynı şekilde, suçun yöneldiği kişilerin çevresi bakımından, ayrıca yoksunlukta affın mümkün olması itibariyle, çıkarma ve yoksunluk arasında fark görülmektedir[30].

C. Mirastan Feragatin Etkisi

Türk Medeni Kanunu m. 528/1 gereğince, mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ile muhtemel mirasçı arasında yapılan ve muhtemel mirasçının ilerideki miras payından tamamen veya kısmen ivazlı ya da ivazsız olarak vazgeçmesini öngören miras sözleşmesidir[31].

Muhtemel mirasçı, mirastan feragat sözleşmesi ile mevcut bir hakkından değil beklenen bir hakkından ve mirasçı olmaktan feragat etmektedir[32].

---

[26] DURAL/ÖZ, s. 377.

[27] AYİTER, s. 79.

[28] SEROZAN/ENGİN, s. 517; OĞUZMAN, s. 260.

[29] DURAL/ÖZ, s. 205-206; SEROZAN/ENGİN, s. 431; ŞENER, Esat: Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi ve Benzeri Hâller, **Yargıtay Dergisi,** C. 2, S. 3, 1976, s. 113; BERKİ, **Miras Hukukunun Esasları,** s. 188.

[30] SEROZAN/ENGİN, s. 431; ŞENER, **Mirastan Mahrumiyet ve Feragat,** s. 102.

[31] İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: **Miras Hukuku,** Ankara, 2012, s. 259.

[32] DURAL/ÖZ; s. 201; İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku,** İstanbul, 2013, s.199;

Dolayısıyla feragat sözleşmesi mirasçılık sıfatının kazanılmasına baştan engel olur[33].

Mirastan feragat sözleşmesi, miras hakkından vazgeçen mirasçı açısından ölüme bağlı bir tasarruf değil, bilakis sağlararası bir hukukî işlemdir. Ancak, mirasbırakan açısından ölüme bağlı tasarruf niteliğindedir[34]. Mirastan feragat, taraflar arasında bir anlaşmanın varlığını gerektirdiği için ancak miras sözleşmesi ile yapılabilir, vasiyetnameye konu olamaz[35].

Yapılan sözleşme karşılıksız veya bir edim mukabilinde olabilir. Feragatin hukuksal sonucu olarak mirastan ivazlı veya ivazsız feragat eden mirasçı, TMK m.528/2 gereğince mirasçılık sıfatını ve bu sıfata bağlı tüm hakları kaybeder, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmaktan da kurtulur.

Mirastan feragat saklı payı olsun olmasın tüm mirasçılarla yapılabilecek bir sözleşmedir. Ancak mirastan feragat pratik önemini saklı paydan feragat hâlinde gösterir. Çünkü mirasbırakan, sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarıyla yapacağı kazandırmalarla saklı payı bulunmayan mirasçısına düşecek payı bertaraf etme imkânına zaten sahiptir. Mirasbırakan, saklı payı bulunmayan uzak yasal mirasçısıyla mirastan feragat sözleşmesini olsa olsa, olası mirasçısının dışlanmasını garantilemek için yapar[36].

İvazsız feragat sözleşmesinde mirasçı, mirastan feragatin karşılığında sağlararası bir edim elde etmez. İvazlı feragat sözleşmesinde ise mirasçı feragatinin karşılığında sağlararası bir edim elde eder. Bu ihtimalde bir nevi, mirasçılığın mirasbırakana satılması söz konusudur[37]. İki mirastan feragat sözleşmesi arasında, feragatin altsoya etkisi ve bazı hâllerde mirasbırakanın borçlarından sorumlu olma hususlarında farklılık bulunmaktadır.

İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 259; SEROZAN/ENGİN, s. 439; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.301. GENÇCAN, s. 429.

33 İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 260.

34 İMRE/ERMAN, s. 196.

35 DURAL/ÖZ; s. 195-196; SEROZAN/ENGİN, s. 438-439. Bu durum 11.02.1959 tarih ve 16/14 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile de açıkça ifade edilmiştir. Karara göre, "*Kanunumuza göre, mirastan feragat mukavelesi, miras sözleşmesinin bir nev'idir. Bu itibarla mirastan feragat mukavelesinin bütün miras mukaveleleri gibi resmi vasiyetname şeklinde yapılmasın icap eder. Bunun sonucu olarak mirastan feragat mukavelesi, hariçten düzenlenip noterden onama şeklinde yapılamaz. Resmi senet düzenleme şeklinde yapılması gerekir."* Bkz.: ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Mirasçıların Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 16, S. 1-2, 2012,s. 197.

36 SEROZAN/ENGİN, s. 438.

37 SEROZAN/ENGİN, s. 438.

Eğer mirastan feragat sözleşmesi ivazlı olarak yapılmışsa, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, feragat eden mirasçının altsoyu da mirasbırakana mirasçı olamaz. (TMK m. 528/3). Buna karşılık, ivazsız feragat altsoyu etkilemez; dolayısıyla feragat edenin altsoyu, mirasçılık sıfatını elde edebilir.

Kural olarak mirastan tam feragat hâlinde, feragat eden, mirasçı mirasçılık sıfatını kaybedeceği için mirasbırakanın borçlarından da sorumlu olmaz. Keza feragat eden, mirasbırakan öldüğünde miras paylaşımı için çağrılmaz[38]. İvazsız feragat açısından bu kural kesin olmakla birlikte ivazlı feragat açısından bu kurala bir istisna getirilmiştir[39]. TMK m. 530' da belirli şartların bulunması hâlinde, mirastan feragat eden mirasçının, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olması öngörülmüştür. Buna göre mirasın açılması anında tereke, borçları karşılayamıyorsa ve borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa, feragat eden ve mirasçıları, alacaklılarına karşı feragat için ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları karşılıktan, mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında sorumludurlar. Görüldüğü üzere feragat eden mirasçının sorumluluğu ikinci dereceden bir sorumluluktur, yani feragat eden ancak, alacaklıların kısmen veya tamamen diğer mirasçılar tarafından tatmin edilememiş olmaları durumunda sorumlu tutulabilir. Söz konusu sorumluluk talî olmasının yanı sıra aynı zamanda sınırlıdır. Bu sınır, hem ölümden önceki beş yıllık zaman yönünden hem de talep anındaki zenginleşilen miktar yönündendir[40].

Mirastan feragat payın tamamı hakkında olabileceği gibi bir kısmı için de söz konusu olabilir[41]. Kısmî feragatte, feragat eden mirastan daha az pay almakla ya da saklı payın korunmasından yoksun olmakla beraber, mirasçılık sıfatı devam ettiği için, onun diğer mirasçılarla birlikte mirasbırakanın borçlarından şahsî ve müteselsil sorumluluğu devam eder[42].

Mirastan ivazlı feragat ile ilgili bir başka düzenleme de TMK m. 573 ve 574'te yer almaktadır. Buna göre mirasbırakan, mirastan feragat eden mirasçıya sağlığında terekenin tasarruf edilebilir kısmını aşan edimlerde bulunmuşsa, diğer mirasçılar bunun tenkisini isteyebilirler. Mirastan feragat eden, tenkis sebebiyle terekeye bir malı veya bir değeri geri vermekle

[38] ÖZDEMİR, s. 198; SEROZAN/ENGİN, s. 439.

[39] BERKİ, Şakir: TMK'da Mirasçıların Mesuliyeti, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1968, C. 25, S. 3-4, , s. 114.

[40] DURAL/ÖZ, s. 201; ÖZDEMİR, s. 198.

[41] OĞUZMAN, s. 169; İMRE/ERMAN, s. 199.

[42] ÖZDEMİR, s. 198.

yükümlü olduğu takdirde; dilerse tenkise tâbi değeri geri verir, dilerse almış olduklarının tamamını terekeye geri vererek mirastan feragat etmemiş gibi miras paylaşımına katılır. Bu hâlde feragat edene seçimlik bir hak tanınmıştır. Feragat edenin ikinci ihtimali seçmesi hâlinde yeniden mirasçı sıfatını kazanması söz konusu olur ve feragat eden, miras ortaklığına dâhil olur[43].

Mirastan feragatin belli bir kişi lehine yapılmış olduğu hâllerde, bu kişinin herhangi bir sebeple mirasçı olamaması durumunda TMK m. 529 gereğince, feragat hükümsüz kalır. Feragatin belli bir kişi lehine yapılmadığı durumlarda en yakın ortak kökün altsoyu lehine yapıldığı varsayılır ve bunların herhangi bir sebeple mirasçı olamaması durumunda feragat yine hükümsüz olur. Mirastan feragatin hükümsüz kalmasının sonucu olarak da feragat eden mirasçı sıfatını kazanır ve miras ortaklığına dâhil olur[44].

D. Mirasın Reddinin Etkisi

Mirasın reddinin düzenlendiği TMK m. 605'e göre iki çeşit ret bulunmaktadır. Buna göre ret, mirasçının iradesinden kaynaklanıyorsa gerçek ret; kanunun koyduğu bir karineden kaynaklanıyorsa hükmî ret söz konusu olur[45].

Mirasın gerçek reddi, mirasçılık sıfatını kazanmış olan mirasçının kendi iradesi ile bu sıfata son vermesini ve miras ortaklığından nihaî olarak çıkmasını ifade eder[46]. Türk Medeni Kanunu'nun 606. maddesine göre yasal mirasçılar, mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri tarihten; atanmış mirasçılar ise mirasbırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde mirası reddedebilirler[47]. Ret beyanında herhangi bir gerekçe gösterilmesi gerekmez[48].

---

[43] AYİTER, s. 80; ŞENER, **Miras,** s. 762.

[44] ŞENGÜN, Kemal Oğuz: Miras Ortaklığı ve Mirasçıların Dava Hakları, **Ankara Barosu Dergisi,** 1971, S. 5, s. 649; AYİTER, s. 79; ŞENER, **Miras**, s. 762.

[45] DURAL/ÖZ, s. 410; TURAN BAŞARA, Gamze: Türk Hukuku Bakımından Mirasın Kazanılmasında Kabul Edilen Prensipler ve Mirası Ret Hakkı, **Erzurumluoğlu Armağanı,** s. 147.

[46] AYİTER, s. 75; DURAL/ÖZ, s. 410.

[47] Devletin mirası reddedip edemeyeceği ise tartışmalıdır. Sorumluluğu zaten terekeden eline geçen malla sınırlı olduğu için onun mirası reddedemeyeceğini kabul etmenin amaca daha uygun olacağı görüşü için bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 566.

[48] DURAL/ÖZ, s. 411.

Gerçek ret, mirasçılık sıfatını kazanmak istemeyen mirasçıya tanınmış bir haktır[49].Bu sebeple ret ancak mirasın intikali, yani mirasbırakanın ölümünden sonra yapılabilir. Ret sonucunda, mirasın açıldığı tarihten itibaren mirasçılık sıfatı kaybedilir; dolayısıyla reddeden mirasçı, mirası hiç iktisap etmemiş gibi olur[50].

Ret beyanının yapılabileceği yasal süre içerisinde mirasçıların durumu bozucu koşula bağlı bir iktisap olarak kabul edilebilir[51]. Mirasın reddedilebileceği bu sürede mirasçılıktan doğan hak ve borçlar askıda kalır; bu geçici askı döneminde mirasçıya takip de yapılamaz[52]. Mirası ret süresinin geçmesi üzerine, yasal ve atanmış mirasçıların mirası iktisapları kesinleşir ve "geçici mirasçılığın" yerini "kesin mirasçılık" alır[53].

Yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine intikal eder. Buna göre, eğer mirası reddeden yasal mirasçının altsoyu varsa, halefiyet ilkesi gereğince onun miras payı altsoyuna geçer (TMK m. 611/1). Reddeden mirasçının altsoyunun bulunmaması hâlinde ise reddolunan miras payı yatay şişme prensibine göre diğer yasal mirasçılara geçer[54]. Mirası reddeden atanmış mirasçının payı ise, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu anlaşılmadıkça, mirasbırakanın en yakın mirasçılarına kalır (TMK m. 611/2). Görüldüğü üzere mirası reddeden mirasçı miras ortaklığından çıkmaktadır.

Miras payının tamamının değil de salt belirli bir oranının reddine imkân tanınıp tanınmayacağı hususunda netlik yoktur. Alman ve Fransız hukuklarında kabul edilmeyen bu imkâna bizde sıcak bakılmaktadır[55]. Bu durumun kabulü hâlinde reddeden mirasçının, miras payı üzerinde miras hukuku kaynaklı hakları hâlâ mevcut olduğundan mirasçılık sıfatının kaybından söz edilemez. Ancak, belirli tereke değerlerine ilişkin kısmî ret kesin olarak kabul edilmemektedir.

---

[49] ASLAN, Memduh: Mirasçıların Vergi Borçlarından Sorumluluğu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C. 17, S. 3-4, 2011, s. 134.

[50] Oysa mirasçılıktan çıkarılma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat durumunda mirasçılık sıfatı hiç doğmamıştır. Bkz. AYİTER, s. 79.

[51] AYİTER, s. 75; DURAL/ÖZ, s. 411; ŞENER, **Mirasın Reddi,** s. 75; SEROZAN/ENGİN, s. 565; ŞENER, **Miras,** s. 763.

[52] ÖZDEMİR, s. 191.

[53] BAYGIN, , Cem: **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara,** 2005, s. 54; AKKANAT, s. 66.

[54] İMRE/ERMAN, s. 348; TURAN BAŞARA, s. 168.

[55] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 605-606; İMRE/ERMAN, s. 313; DURAL/ÖZ, s. 412.

Örneğin, miras payının kesirli bir bölümüne ilişkin ret geçerli kabul edilirken, taşınırların ret edilip taşınmazların kabul edildiği bir ret geçerli değildir[56].

TMK m. 605/2'de ise, *"hükmî ret*" kurumu düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır."* Hükmî ret bir karine olduğu için şartlar gerçeklemişse reddin geçerli sayılabilmesi için mirasçıların ret beyanında bulunmaları gerekmez[57]. Hükmî rette de gerçek rette olduğu gibi mirasçılık sıfatı sona erer.

Mirasın reddinin hukukî sonucu mirasçılık sıfatının kaybedilmesi ve mirasbırakanın borçlarından sorumluluğun kalkmasıdır. Hem gerçek rette hem de hükmî rette aynı sonuç geçerlidir[58]. Mirasçıların mirası reddetmeleri hâlinde artık mirasçılar hakkında takip yapılamaz. Mirasbırakan hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunsa dahi durum değişmez. Mirasçılar, mirası reddetmiş olduklarını belirterek borçlu olmadıkları yolunda itiraz edebilirler[59]. Ancak TMK m. 618'de istisnaî bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre: *"Ödemeden aciz bir mirasbırakanın mirasını reddeden mirasçılar, onun alacaklılarına karşı, ölümünden önceki beş yıl içinde almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olurlar."*

Mirası reddeden mirasçıların denkleştirme tutarındaki sorumluluklarını düzenleyen hükümde bazı sınırlandırmalar göze çarpmaktadır. Öncelikle, olağan eğitim giderleri ve çeyiz kazandırmaları açısından mirasçıların, mirasbırakanın alacaklılarına karşı sorumlulukları söz konusu değildir (TMK m. 618/II). Zira bu değerlerin terekeye dâhil edilmesi mümkün olmaz[60]. İkinci olarak, bu sorumluluk iyiniyetli davalı mirasçılar için elde kalan zenginleşmeyle sınırlı bir sorumluluktur (TMK m. 618/III). Reddeden

---

[56] SEROZAN/ENGİN, s. 570; DURAL/ÖZ, s. 412.

[57] DURAL/ÖZ, s. 419; SEROZAN/ENGİN, s. 577.

[58] ŞENER, Esat: Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller, **Yargıtay Dergisi,** C. 2, S. 4, 1976, s. 93.

[59] "*(...) Borçlular hakkında murisleri için verilen meni müdahale kararının infazı yönünden icra takibi yapılmış olup, borçlular mirası reddettiklerini bu nedenle haklarında takip yapılamayacağını beyan etmişler ve ibraz ettikleri belgelerle bu hususu kanıtlamışlardır. Mirası ret durumunda mirasçılar hakkında muris için alınmış ilama dayalı takip yapılamayacağından..."* (Y. 12. HD., T. 10.09.2002, E. 2002/16011, K. 2002/17219: YILDIRIM, Hayri: Borçlunun Ölümü Halinde Mirasçıların Takip Edilmesi, **İstanbul Barosu Dergisi,** C. 84, S. 3, 2010, s. 1659-1660)

[60] BERKİ, **Mesuliyet,** s. 113.

mirasçıların bu sorumluluğu aynı zamanda ikincil bir sorumluluktur. Yani, reddeden mirasçıların bu sorumluluğu ancak terekeden tatmin sağlanamadığı takdirde ve bu tatminin sağlanabileceği ölçüde olur[61].

SONUÇ

Miras hukukumuzda yasal ve atanmış mirasçılık olmak üzere iki tür mirasçılık öngörülmüştür. Hem yasal mirasçılar hem de atanmış mirasçılar mirasbırakanın külli halefi niteliğindedir ve onun intikale elverişli haklarının ve borçlarının sahibidir. Ancak kanunda ifade edilen belirli durumların gerçekleşmesi durumunda bu mirasçılar mirasçılık sıfatlarını ve mirasçılıktan doğan haklarını kaybedebilmektedir. Bu çalışmamızda mirasçılık sıfatının kaybı olarak ifade edilen mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksunluk, mirastan feragat ve mirasın reddi durumları ve durumların miras ortaklığına olan etkisi inceleme konusu yapılmıştır.

Mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat durumunda mirasçılık sıfatı, daha miras açılmadan engellenmiş bulunmaktadır. Mirası ret durumunda ise mirasçılık sıfatı, mirasın açılması ile birlikte kazanılmaktadır; ancak kanunda belirtilen süreler içerisinde olumsuz irade beyanıyla birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Mirasçılık sıfatının kaybedildiği tüm bu hâller miras payının tamamından uzaklaşma/uzaklaştırılma durumlarında geçerlidir. Zira kısmî uzaklaşma/uzaklaştırılma durumunda mirasçılık sıfatı ve buna bağlı hak ve borçlar devam etmektedir.

Mirasçılık sıfatının yitirilmesi olarak ifade edilen hâllerde mirasçılık sıfatının ortadan kalkması kesin ve mutlak değildir. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen bazı durumların gerçekleşmesi hâlinde mirasçılık sıfatının tekrar kazanılması mümkün olabilmektedir. Örneğin, mirasçılıktan çıkarılan kişinin gerekli şartların bulunması hâlinde mahkemeye başvurarak çıkarmayı iptal ettirmesi, mirastan ivazlı feragat eden kimsenin aldığı şeyleri terekeye iade etmeyi tercih etmesi gibi hâllerde mirasçılık sıfatı tekrar kazanılır ve söz konusu kişi miras ortaklığı içerisinde yer alır.

Mirasçılık sıfatını kaybeden kişi mirasçılığa bağlı haklara sahip olamayacağı gibi mirasbırakanın borçlarından da sorumlu olmaz. Kural böyle olmakla birlikte mirastan ivazlı feragat ve mirası ret durumu ile ilgili olarak belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde sorumluluğun doğabileceği Türk Medeni Kanununun 530. ve 618. maddelerinde düzenlenmiştir. Önemle belirtmek her

[61] SEROZAN/ENGİN, s. 585.

iki durumda da sorumluluk talîdir. Dolayısıyla bu kişiler ancak alacaklıların kısmen veya tamamen diğer mirasçılar tarafından tatmin edilememiş olmaları durumunda sorumlu tutulabilecektir. Sorumluluk talî olmasının yanında aynı zamanda sınırlıdır; buna göre mirasçılar tüm malvarlıklarıyla değil, mirasbırakanın ölümünden beş yıl öncesine kadar ondan aldıklarıyla sınırlı olarak sorumludur.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk ;"Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S. 1, 2006, s. 121-161.

AKKANAT, Halil ; **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, 2004.

ASLAN, Memduh ;"Mirasçıların Vergi Borçlarından Sorumluluğu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C. 17, S. 3-4, 2011, s. 127-144.

AYAN, Mehmet ;**Miras Hukuku**, Konya, 2009.

AYİTER, Nuşin ;**Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet),** Ankara, 1961.

BAYGIN, Cem ;**Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması,** Ankara, 2005.

BERKİ, Şakir ;"Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 29, S. 1-2, 1970, s. 174-221 (Berki, **Miras Hukukunun Esasları).**

BERKİ, Şakir ;"TMK'da Mirasçıların Mesuliyeti, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 25, S. 3-4, 1968, s. 107-136 (Berki, **Mesuliyet).**

DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut ; **Türk Özel Hukuku Cilt 4 Miras Hukuku,** İstanbul, 2013.

GENÇCAN, Ömer Uğur; **Miras Hukuku,** Ankara, 2011.

İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan;**Miras Hukuku,** İstanbul, 2013.

İNAN, Ali Naim/

ERTAŞ, Şeref/

ALBAŞ, Hakan; **Miras Hukuku,** Ankara, 2012.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Miras Hukuku,** Ankara, 2013.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip ;**Miras Hukuku,** İstanbul, 1987.

OĞUZMAN, M. Kemal; **Miras Hukuku,** İstanbul, 1991.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa ; "Mirasçıların Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 16, S. 1-2, 2012, s. 191-223.

ÖZTAN, Bilge ; **Miras Hukuku,** Ankara, 2012.

SEROZAN, Rona/

ENGİN, Baki İlkay; **Miras Hukuku,** Ankara, 2014.

ŞENER, Esat ; **Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh),** Ankara, 1988 (Şener, **Miras Hukuku)**.

ŞENER, Esat ; "Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller", **Yargıtay Dergisi,** C. 2, S. 2, 1976, s. 81-103 (Şener, **Mirasçılıktan Iskat).**

ŞENER, Esat ; "Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller", **Yargıtay Dergisi,** C. 2, S. 3, 1976, s. 101-125 (Şener, **Mirastan Mahrumiyet ve Feragat).**

ŞENER, Esat ; "Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller", **Yargıtay Dergisi,** C. 2, S. 4, 1976, s. 71-97 (Şener, **Mirasın Reddi).**

ŞENGÜN, Kemal Oğuz ; "Miras Ortaklığı ve Mirasçıların Dava Hakları", **Ankara Barosu Dergisi,** S. 5, 1971, s. 645-660.

TURAN BAŞARA, Gamze ; "Türk Hukuku Bakımından Mirasın Kazanılmasında Kabul Edilen Prensipler ve Mirası Ret Hakkı", **Erzurumluoğlu Armağanı,** 2012, s. 141-180.

YAĞCI, Kürşad : **Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat),** İstanbul, 2013.

YILDIRIM, Hayri ; "Borçlunun Ölümü Halinde Mirasçıların Takip Edilmesi", **İstanbul Barosu Dergisi,** C. 84, S. 3, 2010, s. 1653-1666.

KISALTMALAR

bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
Y.	: Yargıtay

KAMU HUKUKU>>

BOŞ

İNSAN ZARARLARI MAHKEMELERİNİN KURULUŞ VE GÖREVLERİNE DAİR KANUN TEKLİFİNE ELEŞTİREL BAKIŞ

Bahtiyar AKYILMAZ[*], Çınar Can EVREN[**], Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN[**], Begüm İSBİR[**], Emine KARAGÖZ CİN[**], Hilal ALBAL[**], Halim Alperen ÇITAK[**].

ÖZET

Bu çalışma Aralık 2013 de TBMM'ye kanun teklifi olarak sunulan İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi hakkında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi görüşüne esas olmak üzere yapılmıştır.

Kanun teklifi ile askeri olanlar da dâhil her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklananlar ile adli yargının görev alanına giren insan zararlarına ilişkin dava ve işleri görmek üzere insan zararları mahkemeleri kurulması öngörülmektedir.

Teklife göre söz konusu mahkemeler, adli yargı içinde asliye hukuk mahkemesi derecesindedir ve yargılama usulü olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygulayacaktır. Yine teklife göre bu mahkemelerin vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara bakması öngörülmektedir.

Kanaatimizce teklifle getirilen düzenleme "salt" zarar ve zarar miktarının belirlenmesi odaklıdır. Bu yaklaşım hatalıdır. Her şeyden önce sorumluluk hukukunda, sorumluluğun esası bakımından insan zararı – eşya zararı ayrımı yapılamaz. Sorumluluk, zararın mahiyetine göre belirlenemez. Bu nedenle mevcut uygulamada usulden kaynaklanan sorunların çözümü bu yasa teklifi değildir.

Teklif, anayasamıza göre ülkemizde var olan idari yargı adli yargı ayrımına; idari yargının ihtisaslaşmış bir yargı kolu olduğu gerçeğine uygun değildir. Diğer taraftan idarenin neden olduğu zararlarda sorumluluğun belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu uygulanamaz. Zira idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak idari yargı tarafından "özel" sorumluluk ilkeleri geliştirilmiştir.

Bu teklif, AYİM'in görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasanın 157 nci maddesine de aykırıdır. Ayrıca yargılama usulünün önemli ilkeleri bakımından ve zarara neden olan sorumlu kamu görevlilerine rücu konusunda sorun yaratacak niteliktedir. Dahası Anayasa Mahkemesinin daha önceki içtihatlarındaki gerekçelere

[*] Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi,
Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlileri.

aykırı olan bu Teklif, Anayasa Mahkemesi kararlarının ve gerekçelerinin yasama organı açısından bağlayıcılığı ilkesi ile de uyumlu değildir.

Anahtar Kelimeler: *İnsan zararı, İhtisas yargısı, re'sen araştırma, hizmet kusuru, rücu.*

A CRITICAL REVIEW OF CODE PROPOSAL CONCERNING THE ESTABLISHMENT AND DUTIES OF THE COURT OF HUMAN DAMAGES

ABSTRACT

This paper is prepared to reflect legal opinion of Gazi University Law Faculty regarding bill of law dated december 2013 Concerning the Establishment and Duties of the Court of Human Damages.

This bill of law is prepared with the aim of establishing the court of human damages mainly to hear cases arising from all sorts of administrative acts and actions including military ones together with cases relating to human damage that falls under the jurisdiction of civil courts.

Regarding this bill of law, the above-mentioned courts will be in the level of the civil court of first instance and provisions of the Code of Civil Procedure will be applied by these courts. Lawsuits seeking compensation for damages regarding partial or complete loss of the physical integrity or death will be examined by these courts.

In our opinion, this damage focused approach set out by the bill of law is not accurate. First of all, according to liability law, a distinction such as human damages and property damages cannot be made. Liability cannot be determined by the nature of the damage. Therefore, according to our view, this bill of law does not provide a solution for the current problems mainly caused by the procedure.

This new proposal is also not accurate in the light of constitutional distinction between civil jurisdiction and administrative jurisdiction. On the other hand, in determining the liability for damages caused by the administration, Turkish Code of Obligations cannot be applied. As regards to the liability of the administration, some "special" liability principles have been developed by the administrative courts.

This proposal is also contrary to article 157 of the Constitution that regulates duties and powers of the supreme military administrative court. Additionally, this new proposal seems to cause problems regarding the recourse to public officials responsible for causing harm and in respect of the key principles of the proceedings. Beyond being contrary to the grounds of previous jurisprudence of the Constitutional Court, it is also against constitutional principle that states the decisions of the Constitotional Court to be binding.

Keywords: *Human damages, Speciality judgment, inquisitorial procedure, service fault, recourse.*

I- GİRİŞ

Ankara Milletvekili Ahmet İYİMAYA tarafından 04.12.2013 tarihinde TBMM Başkanlığına İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş Ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi sunulmuştur.

İnsan zararlarından kaynaklanan tazminat davalarını görmek üzere ayrı bir "***ihtisas***" mahkemesi kurulmasını öngören kanun teklifine göre, askeri olanlar da dahil her türlü idari eylem ve işlemden kaynaklanan veya adli yargının görevine giren insan zararlarına ilişkin dava ve işleri görmek üzere ayrı mahkemeler kurulacaktır. Bu mahkemeler tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde olacaktır. İnsan zararları mahkemesi kurulamayan yerlerde bu kanun kapsamına giren dava ve işlerde HSYK tarafından belirlenen asliye hukuk mahkemeleri görev yapacaktır. İnsan zararları mahkemelerinde yargılama usulü, 6100 sayılı HMK olacaktır. Diğer zararlara ilişkin davalar, insan zararı davasında bekletici sorun oluşturmayacaktır.

Bu çalışmada Kanun teklifi ve teklifin dayandığı gerekçelere ilişkin bir değerlendirme yapılarak konuya ilişkin eleştirilerimize yer verilmiştir.

II- GEREKÇEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELERİMİZ

1- TEKLİFLE GETİRİLEN DÜZENLEME "SALT" ZARAR VE ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİ ODAKLIDIR

Teklifte **"İnsan zararı"** "*bizatihi insanın varlığını veya vücudunu yitirmesinden doğan zarardır. Birincisi; ölüme, ikincisi; sakatlanmaya işaret eder. Keza birincisi yaşama hakkının, ikincisi sağlık hakkının ihlali olarak ortaya çıkar. Ölüm, destekten yoksun kalma (maddi) tazminatını, öbürü, iş görmezlik tazminatını, ayrıca her ikisi manevi tazminatı doğurur*" şeklinde tanımlanmakta ve insan zararları kategorisinin, gerek zararın türü, gerekse zarar görenler açısından ayrı bir tip ve grup oluşturduğu iddia edilmektedir.

Yine söz konusu teklifle idari-adli yargı ayrımı dikkate alınmaksızın kaynağı ne olursa olsun insan zararından kaynaklanan bütün tazminat davaları aynı mahkemeye ve yargılama usulüne tabi tutulmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre de "*Anayasa'da idarî ve adlî yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî*

yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir"[1]. Yüksek mahkemeye göre uyuşmazlığın hangi yargı kolunda görüleceğinin belirlenmesinde o işlem ya da eylemin "***idare hukuku esasları***"na göre tesis edilip edilmediği önemlidir[2].

Sadece zararın tanımlanması ve zarar miktarının belirlenmesine yönelik bu yaklaşım son derece yanlış ve tehlikelidir.

Evet zarar, sorumluluk kavramının merkez unsurudur. Bu bakımdan zarar unsurunun, sorumluluğun kusur, fiil ve illiyet bağı unsurlarını etkileyip dönüştürebileceği –kusursuz sorumluluk örneğinde olduğu gibi- açıktır. Ancak zarar unsurunun merkezî konumu, fiil ve illiyet bağı unsurlarının "*yok sayılması*" anlamına gelmez. Zira bu unsurlar görmezden gelinerek yalnızca zararın niteliğine odaklanılması, sorumluluk teorisini alt üst edecek ve bu kavramın hukuk düzeninde ifa ettiği diğer önemli fonksiyonları ortadan kaldıracaktır.

Sorumluluk, "*zarar*"a indirgenemeyeceği gibi, sorumluluğa hükmedilirken hangi esaslara dayanılacağı da yalnızca zararın "*türü*"ne göre belirlenemez. Zarara kimin, hangi şartlar içerisinde sebep olduğu, bazen zararın türünden daha önemli olabilir. Bu bakımdan bir kişinin sokak kavgası esnasında öldürülmesi ile bir gösteri yürüyüşü esnasında polis tarafından, bizzat "*devlet eliyle*" öldürülmesi arasında toplumsal açıdan çok büyük fark vardır. Her ne kadar her iki olayda da netice "bir insanın hayatını kaybetmesi" olsa da, bu zarardan kimin hangi şartlar altında sorumlu tutulacağı meselesi "*aynı mahkemede, aynı usûllerle çözülemeyecek kadar*" karmaşıktır. Tam da bu sebeple Anayasa, adli yargının yanında idarî uyuşmazlıkları çözmekle görevli ayrı yargı düzenleri (idarî yargı ve askerî idarî yargı) öngörmüştür.

Dikkate alınması gereken tazminat hukuku değil; sorumluluk hukukudur.

Zarar söz konusu olduğunda bunun yargılanmasında zarar miktarının belirlenmesi yargılamanın konularından sadece birini oluşturur.

Yargı organı önüne taşınmış bir zararın tespiti noktasında yargı organının asıl yaptığı sorumlunun tespit edilmesidir. Ortaya çıkan bir zararın yargı organı önüne gitmesindeki amaç da bu zarardan asıl, kimin ne oranda sorumlu olduğunun tespitidir.

---

[1] Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2006 tarih E. 2005/108 ve K. 2006/35 sayılı kararı (22.07.2006 tarihli Resmî Gazete).

[2] Aynı karar.

O halde insan zararları da dahil her tür zararın tespiti ve tazminata hükmedilmesi bakımından yargı organının işi sorumlunun tespitidir. Zarar miktarının belirlenmesi bu zarardan sorumlu olanın tespiti halinde mümkündür.

Bu çerçevede "***tip ve grup***" oluşturmak gerekirse her halde bu tip ve grubun sorumluluk esaslarının birbirinden tamamen farklı olduğu devlet ve kişi ayrımı yapılarak "*devlet tarafından verilen zararlar*" "*özel hukuk kişileri tarafından verilen zararlar*" şeklinde olması gerekir.

2- GEREKÇEDEKİ ÖRNEK TİP VE GRUPLANDIRMALAR YANILTICI OLUP EKSİK BİLGİYE DAYANMAKTADIR

Gerekçede gruplandırmanın öneminden bahsedilerek örnekler verilmek süratiyle "kira hukuku", "tüketici hukuku" gibi ihtisas dallarından bahsedilmektedir.

Kira hukuku akdi bir hukuk dalıdır. Hukuki ilişkinin esasları yapılan akitde düzenlenir. Nitekim bu alandaki özel Kanun (Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun) yeni Türk Borçlar Kanunu ile yürürlükten kalkmış; kiraya ilişkin "***yedek hukuk kuralı***" niteliğindeki kurallara Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir.

Buna karşılık devletin kiralayan ya da kiracı olmasına ilişkin esaslar bir İdare Hukuku mevzuatı olan 2886 sayılı **Devlet İhale Kanunu**'nda, 4046 sayılı **Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun**'da, 2007 tarihli **Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik**'te ve diğer mevzuatta düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle özel hukuk kişilerinin kiracı ya da kiralayan olması halinde sözleşmenin yapılmasına ilişkin usul başka bir hukuk rejimine (Türk Borçlar Kanunu); idarenin kiracı ya da kiralayan olması halinde sözleşmenin yapılmasına ilişkin usulleri ise başka bir hukuk rejimine (İdare Hukuku) tabidir. Kira konusunda idarenin özel hukuk kişilerinden farklı bir hukuki rejime tabi olmasının nedeni ise malların idareye ait olması ve kamu malı niteliğidir. Bu çerçevede idarenin taraf olduğu kira ilişkilerinde sözleşme imzalanana kadar ortaya çıkan her uyuşmazlık idari uyuşmazlık olup; idare hukuku hükümleri uygulanarak idari yargıda çözülmektedir.

Tüketici hukuku örneği de sağlıklı ve isabetli bir örnek değildir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun'un çeşitli maddelerinde düzenlenen ilkelere aykırılığı 77 nci maddesinde yaptırıma bağlamış ve pek çok ihlal için idari para cezaları öngörmüştür. Bilindiği üzere idari para cezalarına karşı itiraz yolu 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27 nci maddesinde "*İdari*

para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir" şeklinde düzenlenmektedir. Normal şartlarda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre verilen idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz yolu olması gerekirken yasa koyucunun "*özel*" iradesi ve konunun idare hukuku ile ilgisi nedeniyle 502 sayılı Kanun'un 78 inci maddesinde "*Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir*" hükmü getirilmiştir. Başka bir ifadeyle 6502 sayılı Kanun'da yaptırım gereken bir ihlalin denetimi sulh ceza mahkemesine değil; "*özel görev*" ile idari yargı hâkimine bırakılmıştır.

Görüldüğü gibi gerekçe olarak ortaya konulan örnekler dahi söz konusu alanlarda idare hukuku ve idari yargının ne denli önemli bir fonksiyon ifa ettiğini; üstelik yasa koyucunun "*özel iradesi*" ile bu görevi yerine getirdiğini açıkça göstermektedir.

Diğer taraftan sağlıklı değerlendirmelerle yapılmayan tip ve gruplandırmalarla getirilmek istenen ihtisaslaşma, yargılama faaliyetini kolaylaştırmak yerine daha da içinden çıkılmaz bir hale sokacak ve hak kayıplarına neden olacaktır. Yalnızca "*zararın niteliği*" üzerine inşa edilen "*insan zararları*" kategorisi, bu bakımdan kanun teklifinde örnek gösterilen "*kira hukuku*" ve "*tüketici hukuku*"ndan çok daha sığ ve üzerinde düşünülmemiş bir "***tip yaratma girişimi***"nden öte bir şey değildir.

3- SORUMLULUK HUKUKUNDA, SORUMLULUĞUN ESASI BAKIMINDAN İNSAN ZARARI – EŞYA ZARARI AYRIMI YAPILAMAZ

İnsan zararı – eşya zararı ayırımı yapıp; insan zararının "***ikame bir insan hakkı***" olduğunu ifade etmek, temel hak ve özgürlükleri sadece kişi hak ve özgürlükleri ile sınırlayan ilkel bir yaklaşımdır. Mülkiyet bir insan hakkı değil midir? Çalışma hakkı bir insan hakkı değil midir? Anayasanın siyasi haklar ve ödevler, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenen haklar insan hakları olarak nitelendirilmeyecek midir?

Kaldı ki idarenin aynı fiili ile ortaya çıkan "***destekten yoksun kalma zararı***" ile "***eşya zararı***" veya "***mahrum kalınan kâr***" sorumluluğun esasının belirlenmesinde hangi gerekçe ile farklı esaslara tabi tutulacaktır?

İnsan hakları literatüründe "*ikame insan hakkı*" şeklinde bir kavram bulunmamaktadır. Bu bağlamda olsa olsa "*yaşam hakkı*"ndan, "*adil yargılanma hakkı*"ndan veya insana verilen zararların hakkaniyete uygun bir şekilde tazmin edilmesinden bahsedilebilir. Yani evrensel insan hakları açısından mühim olan, insan zararları için ayrı bir mahkeme kurulması değil; kişinin maddî ve manevî bütünlüğüne zarar verilmemesi (yaşam hakkı), verildiği takdirde ise bu zararın adil bir yargılama neticesinde tazmin edilmesidir (adil yargılanma hakkı). Hâl böyle iken yargı düzenleri arasında görev ve yetki karmaşasına yol açacak, usûl ekonomisine aykırı sonuçlar doğuracak ve yargı ayrılığı sistemi içerisinde kökleşen sorumluluk esaslarını alt üst edecek böyle bir uygulamanın insan haklarını korumak bir yana adil yargılanma hakkını ve hak arama hürriyetini zedeleyeceği ortadadır. Yalnızca vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar değil, her türlü zararı temel insan haklarıyla "*bir şekilde*" ilişkilendirmek mümkündür. Eğer kanun teklifinin gerekçesinde yürütülen analoji makul olsaydı, başka bir temel insan hakkı olan mülkiyet hakkını öne sürerek "*malvarlığı zararları mahkemesi*" kurmak da mümkün olmalıydı.

4- SORUMLULUK, ZARARIN MAHİYETİNE GÖRE BELİRLENEMEZ

Gerekçede gemi kazasında (çatmada) yitirilen "***göz***" ile iş kazasında yitirilen "***göz***" arasında bir fark olabilir mi? Trafik kazasında yitirilen "***can/insan***" ile patlamada ölen "***can/insan***" arasında bir fark olabilir mi? diye sorulmakta; ölüm ve cismani zararların, kendilerini doğuran olayların hukuki niteliklerine göre değil, bizatihi zararların mahiyetlerine göre ayrı bir grup oluşturdukları iddia edilmektedir.

Evet karakolda işkence sonucu ölen bir kişi ile eski kocası tarafından işkence ile öldürülen kadının uğradığı zarar farklı değildir. Ancak burada zaten sorun bu zararın belirlenmesi ve tespitinde değil; bu zarardan kimin ya da kimlerin sorumlu olacağının tespitidir. Kadını işkence yaparak öldüren bellidir. Bu kişiyi haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilirsiniz. Karakolda işkence eden polis de bellidir. Peki, bu poliste mi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır? Bu polisi kim göreve almıştır? Neden doğru bir eğitim verilmemiştir? Neden denetlenmemektedir? Karakolda neden hiç kimse bu olaya müdahale etmemiştir? Bu konuda görevli ve yetkili olan diğer kamu görevlilerinin hiç mi sorumluluğu yoktur? O polis kamu görevlisi olmasa böyle bir zarar meydana gelir mi? Bu olayda devletin hiç mi sorumluluğu yoktur? Başka kamu görevlilerinin ve genel olarak devletin sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göre nasıl belirlenecektir?

Görüldüğü gibi sorun, zararın belirlenmesi ve tazminat miktarının hesabı değil; başka bir ifadeyle sorun tazminat hukuku değil; sorumluluk hukukudur, sorumlunun kim ya da kimler olacağıdır.

5- USULE İLİŞKİN SORUNLARIN ÇÖZÜMÜ BU YASA TEKLİFİ DEĞİLDİR

Gerekçede çeşitli haksız fiillere farklı zamanaşımı süreleri uygulandığı ileri sürülerek Yasa teklifinin bu hususta çözüm olduğu ileri sürülmektedir.

Diğer taraftan gerekçede *"idari eylemde yitirilen göz zararı için. -yerine göre- altmış gün, bir yıl, beş yıl"* zamanaşımı süreleri olduğundan bahsedilmektedir. Bu ifade yasal gerçeği yansıtmamaktadır. Her şeyden önce bir idari eylem nedeniyle uğranılan zararlarda (bedeni ya da mali bütün zararlarda) altmış günlük bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13 üncü maddesine göre "*İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka süretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir*".

Madde gayet açıktır: İdari eylem nedeniyle zarar görenler, zararın idare tarafından gerçekleştiğini öğrenmelerinden itibaren bir yıl ve her halde (zamanaşımı süresi) eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurarak zararın giderilmesini isteyebilir. Dava bu başvurudan da sonra, bu talep uygun görülmez ya da idare altmış gün içinde cevap vermezse açılır. Üstelik; 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin "*İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri*" başlıklı 12 nci maddesinde yer alan "*İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir*" hükmü ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolu da benimsenmiştir.

"***İdarî yargının insan zararları bakımından uygulayacak somut norma sahip olmadığı***", genel gerekçede belirtilen başka bir husustur. Gerçekten de idarenin sorumluluk esasını tespit etme konusunda idarî yargı, Anayasa'nın 125 inci maddesi dışında herhangi bir mevzuat hükmüyle bağlı değildir. Ancak bu durum, insan zararlarının tazmini bakımından davacıların aleyhine değil, bilâkis lehine bir durum yaratmaktadır. Sahip olduğu geniş içtihat alanı sayesinde Fransız ve Türk idarî yargısı, nesnel ve anonim bir hizmet kusuru teorisi inşa etmiş ve idareyi özel hukuktaki "*adam çalıştıranın sorumluluğu*"ndan çok daha geniş bir "*kusurlu sorumluluk çerçevesi*" içine sokmuştur. Ayrıca idarî yargı yerleri, özel hukukta oldukça sınırlı bir şekilde uygulanan kusursuz sorumluluk teorisini neredeyse kusurlu sorumlulukla aynı sıklıkta uygulamaya muvaffak olmuş, bu kapsamda "*risk ilkesi*", "*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi*" ve hatta "*sosyal risk ilkesi*" gibi özgün prensipler geliştirmiştir. Hatta kanun teklifinde "***dezavantaj***" gibi sunulan bu "***içtihat alanı***" sayesinde idare, 90'lı yıllarda terör eylemleri sonucu uğranılan büyük zararlardan –illiyet bağı dahi aranmadan- sorumlu tutulabilmiştir[3]. Eğer bu kanun teklifi bahsedilen dönemde getirilmiş ve yasalaşmış olsaydı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve özel hukuk esaslarının uygulanacağı bir insan zararları mahkemesinde idare sorumlu tutulamayacak ve mağdurlar, uğradıkları zararı "*nerede oldukları bile bilinemeyen*" fâillerden talep etmek zorunda bırakılacaktı.

6- İDARENİN NEDEN OLDUĞU ZARARLARDA SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNDE TÜRK BORÇLAR KANUNU UYGULANAMAZ

Gerekçede "*Türk Borçlar Kanunu m. 53, 54, 26 (Borçlar Kanunu m. 45, 46, 47) hükümleri, sorumluluğa yol açan olayın hukuki niteliklerinden bağımsız olarak, tüm insan zararlarında uygulanan ortak hükümler mahiyetindedir. Yapılacak olan, bu ortak hükümleri, zaman aşımında olacağı gibi hak ekseninde diğer alanlara da yasama teşmilinden ibarettir*" denilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki söz konusu hükümler haksız fiil ile ilgili hükümlerdir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 55 inci maddenin son fıkrasında "*bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile* ***idarenin sorumlu olduğu*** *diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır*" hükmü bulunmaktadır. Ancak bu maddeyi

[3] İdarî yargı yerlerinin söz konusu içtihatları için bkz. ÇITAK Halim Alperen, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi,** Ankara 2014.

idarenin neden olduğu zararlar nedeniyle idareye karşı adli yargıda haksız fiil hükümlerine göre dava açılır şeklinde anlamak ve teklifin gerekçesi yapmak, maddeyi doğru okumamak demektir.

Bir kere söz konusu hüküm, "*zararın belirlenmesi*" ile ilgili olup, sorumluluğun belirlenmesi ile hiç bir ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim maddede açıkça "*idarenin sorumlu olduğu*" davalardan bahsedilerek eğer idarenin sorumlu olduğu tespiti yapılmışsa tazminat miktarının belirlenmesinde bu hükmün uygulanacağı belirtilmektedir. O halde bu hüküm, idarî yargı yerlerini yalnızca tazminat miktarının hesaplanması bakımından bağlamakta, sorumluluk esasının kamu hukuku kurallarına göre kurulmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yakın tarihte aynı yönde bir karar vermiştir:

> *"İtiraz konusu kural, Kanun'un ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında,* ***Borçlar Kanunu'na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır****."*[4]

Diğer taraftan aslında bu hükümle (Türk Borçlar kanunu m. 55/2) teklif sahibinin gerekçede murad ettiği hususlar zaten gerçekleşmektedir. Yani idari yargı hâkimi idare hukuku ilkeleri uyarınca idarenin sorumluluğunu belirledikten sonra, aynı hukuk hâkimi gibi zarar miktarını ve tazminatı belirlemekte; dolayısıyla zarar miktarının belirlenmesinde adli yargıdan farklı bir husus gerçekleşmemektedir.

[4] Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2014 tarih E. 2014/94 ve K. 2014/160 sayılı kararı (04.03.2015 tarihli Resmî Gazete).

Bu anlamda idari yargı hâkimi ile hukuk hâkimi arasında bir ayırım mı yapılmak istenmektedir? Ya da tazminatı idari yargı hâkimi belirleyemez, ancak hukuk hâkimi belirleyebilir mi denilmek istenmektedir?

İdarenin sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göre değil; hizmet kusuru adı verilen ve idari yargı tarafından geliştirilen ilkeye göre belirlenir. Dolayısıyla uyuşmazlıklarda özel hukuk hükümlerini uygulamakla yükümlü hukuk hâkiminin idarenin sorumluluğunu belirleme yetki ve ihtisası bulunmamaktadır.

7- ADLİ YARGI İÇİNDE İNSAN ZARARLARI MAHKEMESİ ADI İLE BİR İHTİSAS MAHKEMESİ OLAMAZ

Gerekçede yargı kolu ile ihtisas mahkemeleri birbirine karıştırılmış; adli yargı içindeki özel görevli mahkemeler örnek verilmek suretiyle yasa koyucunun, insan zararlarında farklı bir ihtisas mahkemesi oluşturabileceği ileri sürülmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki eğer böyle bir ihtisas mahkemesine ihtiyaç varsa ve hangi yargı kolu içinde olacağı hususunda anayasal bir engel olmadığı düşünülüyorsa insan zararları mahkemesi neden idari yargı içinde değil de adli yargı içinde düşünülmektedir? İdari yargıda da vergi mahkemesi gibi bir ihtisas mahkemesi yok mudur? Üstelik teklif sahibi gerekçede ısrarla insan zararının, ikame bir "***insan hakkı***" olduğunu iddia etmekte; bu zararların, ekonomik değere dönüşmüş "***nev'ema birer insan hakkı***" olduğunu belirtmekte ve "***İnsan Zararları İhtisas Mahkemesinin Kurulması***", en azından bir "***insan hakkı***" zaruretidir demektedir.

İnsan hakları hukukunun bir kamu hukuku branşı olduğu; devletin insan hakları ihlallerinin idari yargıda dava konusu edildiği açıktır. O halde insan hakkı ile doğrudan ilgili olduğu iddia edilen insan zararları ihtisas mahkemesinin de idari yargı içinde olmasında daha doğal ve daha doğru bir şey olamaz.

Gerekçede Tüketici Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri, Çocuk Mahkemeleri, İş Mahkemeleri gibi mahkemelerden örnekler verilmektedir. Bu ihtisas mahkemeleri görevli oldukları uyuşmazlıklarda hukuki ilişkinin niteliği ve/veya taraflarının hukuki statüleri dikkate alınarak özel görevle görevlendirilmişlerdir. Aile mahkemesi aile fertleri arasındaki aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları[5], tüketici mahkemesi tüketici ile satıcı arasındaki

[5] 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 1:

uyuşmazlıkları [6]; iş mahkemeleri işçi işveren uyuşmazlıklarını[7] çözmek, çocuk mahkemeleri de çocukların ceza yargılamasını[8] yapmak üzere kurulmuştur. O halde özel görev ilkesi bakımından uyuşmazlığın sonucu değil; uyuşmazlığın niteliği ve tarafları önem arz etmektedir.

Uyuşmazlığın sonucuna göre bir ihtisaslaşma olacaksa o zaman ayrıca bir eşya zararları mahkemesi mi kurulacaktır?

III- TEKLİFE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ

1- TEKLİF, ANAYASAMIZA GÖRE ÜLKEMİZDE VAR OLAN İDARİ YARGI ADLİ YARGI AYRIMINA; İDARİ YARGININ İHTİSASLAŞMIŞ BİR YARGI KOLU OLDUĞU GERÇEĞİNE UYGUN DEĞİLDİR

Anayasa'nın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında, "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*"; 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasında, "*Hakimler ve savcılar adlî ve **idarî yargı hâkim ve savcıları** olarak görev yaparlar*"; 142 nci maddesinde "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri **kanunla düzenlenir***"; 155 inci maddesinin birinci fıkrasında da, "***Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar***"; 157 nci maddesinin birinci fıkrasında "*Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin **idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların** yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir*" ve 158 inci maddesinde "*Uyuşmazlık Mahkemesi adlî, **idarî** ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir*" hükmü yer almakta; 159 uncu maddesinde de HSYK'nın "*üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı*

"Bu Kanun, aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere kurulan aile mahkemelerine dair hükümleri kapsar".

[6] 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 2: "Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar"

[7] 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m 1: "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur".

[8] 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m 26: "Çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar.".

gerektiren nitelikleri yitirmemiş ***idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca****, dört yıl için seçil(eceği)*" belirtilmektedir.

Anayasamızda yer alan bu hükümlerden hareketle, ülkemizde, idari yargının hem organik olarak, hem de fonksiyonel olarak adli yargıdan ayrı, bağımsız bir yargı kolu olduğu kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre de;

> *"Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa'da* ***adlî ve idarî yargı ayrımı****na gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayrıma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, 'idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' denilmekte olup, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir. İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adlî yargı sistemi için değil, idarî yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir. Öte yandan, Anayasa'nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, 'Hakimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar'; 142. maddesinde 'Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir'; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, 'Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar' biçimindeki kurallara yer verilmesi idarî-adlî yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idarî-adlî yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir'"*[9].

[9] Anayasa Mahkemesinin 04.10.2006 tarih E. 2006/75 ve K. 2006/99 sayılı kararı. Ayrıca

Yukarıda da belirtildiği üzere bu ayırım salt organik bir ayırım olmayıp; aynı zamanda fonksiyonel (görevsel) bir ayırımdır. Bu nedenle yasama organının adli yargının görev alanına girmesi gereken bir işi idari yargının, idari yargının görev alanına girmesi gereken bir işi de adli yargının görev alanı içine alması; "açık" bir anayasal yasak bulunmamakla birlikte, hukuken mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu şu şekilde vurgulamıştır:

> *"... adli ve idari yargı yolu ayrımı, uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki ayrılıktan ileri gelmektedir.* ***Bu nedenle, adli yargı alanındaki bir uyuşmazlığın idari yargı hâkimine, idari yargı alanındaki bir uyuşmazlığın adli yargı hâkimine gördürülmesi sonucunu doğuracak, savcıları da aynı biçimde, görevlendirmeye elverişli bir düzenleme Anayasa'nın öngördüğü yargı ayrılığı, ilkesiyle çelişecektir"***[10].

Anayasadaki bu hükümler ve Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda ülkemizde idare sistemi olarak idarî rejimin benimsendiği; bu çerçevede idari yargının ayrı bir yargı kolu olarak kabul edildiği açıktır.

Bilindiği üzere, Kıta Avrupası sistemi olarak da adlandırılan, kamu hizmetine, bireyler arası hukuki ilişkilere uygulanan özel hukuk hükümlerinden farklı usul ve esasları bulunan, diğer hukuk branşlarından bağımsız idare hukuku hükümlerinin uygulandığı idare ve idare hukuku sistemine **idari rejim** adı verilmektedir. Buna karşılık, sınırlı bir kamu hizmeti anlayışının bulunduğu, kamu hizmetleri için bireyler arası uygulanan genel hukuk kuralları dışında, bağımsız, kendine has ve özerk bir hukukun öngörülmediği İngiliz–Amerikan Sistemi olarak da adlandırılan idare ve idare hukuku sistemine ise **adli idare sistemi** denilmektedir[11].

İdari rejimde ayrıca, kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış idarenin, bireylerle hukuki ilişkilerinde, kamu düzenini tesise yönelik faaliyetlerinde ve kamu hizmetlerinde özel hukuk hükümlerinden farklı esasları bulunan, bağımsız, kendine has ve özerk bir hukuk branşı olan idare hukuku hükümlerinin uygulanıyor olması nedeniyle, bu hukuki ilişki ve faaliyetlerde ortaya çıkacak uyuşmazlıkları çözmekle görevli ve yetkili olan,

---

bkz. 08.10.2002 tarih E. 01/225 ve K. 02/88 sayılı kararı; 17.02.2004 tarih E. 2003/72 ve K. 2004/24 sayılı kararı, 04.10.2006 tarih E. 2006/75 ve K. 2006/99 sayılı kararı.

[10] Anayasa Mahkemesinin 28.2.1989 tarih E. 1988/32 ve K. 1989/10 sayılı kararı. (22.06.1989 tarihli Resmi Gazete)

[11] AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Ankara 2014, s. 93 vd.

adli yargıdan bağımsız, uzmanlaşmış, ayrı bir yargı kolu, yani idari yargı kolu bulunmaktadır.

İdarenin taraf olduğu hukuki ilişkilerde ve idari faaliyetlerde genel hukuk kurallarının uygulandığı adli idare sisteminde ise idari uyuşmazlıklar için ayrı bir yargı kolu bulunmamakta, tek yargı sistemi idarenin taraf olduğu, olmadığı bütün hukuki uyuşmazlıklara bakmaktadır. Bu ayırıcı özellik dikkate alınarak idari rejime "**yargı ayrılığı sistemi**", adli idare sistemine ise "**yargı birliği sistemi**" de denilmektedir. Yargı birliği sisteminde özel hukuk–kamu hukuku ayırımı yapılmadığı ve idare, kural olarak bireylerle ilişkilerinde üstün yetkilere sahip olmadığı için, farklı bir idare ve idari faaliyet anlayışı söz konusudur. Bu anlayış sebebiyle, çıkan ihtilaflara, ayrı hukuk kuralları değil; bireyler arası ilişkilere uygulanan genel hukuk kuralları tatbik edilmektedir.

Yargı birliği sisteminde idare, prensip olarak genel (tek) yargı sistemi içinde yer alan mahkemelerin kontrolüne tabidir. Bunun yanı sıra, uygulamadaki ihtiyaçlar sebebiyle belli meselelerde birtakım idari makamlara da yargısal yetkiler tanınmıştır. Bu anlamda bu sistemde de idarenin yargısal denetimi, bunu yerine getiren yargı yerleri, dolayısıyla da idari yargı vardır. Ancak bunlar ayrı bir yargı kolunu oluşturmamakta, tek yargı sistemi içinde yer almaktadırlar.

O halde Türkiye'nin de idare sistemi olan idari rejim, idarenin faaliyetinin idare hukukuna tabi olduğu, idari uyuşmazlıkların kural olarak adli yargıdan bağımsız idari yargıda görüldüğü ve idarenin tek yanlı, bağlayıcı kararlar alabildiği ve kararlarını kendi eliyle yürütebildiği bir sistemi ifade etmektedir ve sistemin en önemli özelliği adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir yargı kolu olarak örgütlenen, idarenin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli, yetkili ve kendine has usul kurallarına sahip olan genel yetkili bir idari yargının varlığıdır. İdari rejimde ihtisaslaşmış olan idari mahkemeler, kendi usul kuralları çerçevesinde yargılama faaliyeti yapan ve uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan idare hukuku kurallarını uygulayan, adalet mahkemelerinden ayrı, farklı bir yargı kolu içinde yer alan, bağımsız mahkemelerdir.

Günday'a göre de askeri idari yargının görev alanı Anayasal güvenceye kavuşturulmuşsa ondan daha genel nitelikte olan sivil idari yargının görev alanının Anayasal güvenceye kavuşturulmadığından söz edilemez[12].

[12] GÜNDAY Metin, *"İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları"*, Anayasa Yargısı, y. 1997, No. 14, s. 353.

Anayasa'nın 125. maddesi "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmünü taşımaktadır. Burada geçen "***yargı yolu açıktır***" ibaresinde, "*idari yargı*"dan değil genel olarak "*yargı*"dan bahsedilmektedir. Anayasa'da Danıştay'ın görevleri arasında "***davaları görmek***" ibaresine yer verilmiştir. Bu düzenlemelere dayanarak yasama organının idari uyuşmazlıkları dilediği yargı düzenine bırakabileceği iddia edilebilir[13]. Ancak Anayasa'nın idari yargıya ilişkin yukarıda belirtilen maddeleri, bu maddelere ek olarak idari yargı yerlerinin görevlerini düzenleyen 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Anayasa Mahkemesi kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde Anayasa'nın adli-idari yargı ayrımına yer verdiği tartışmasızdır.

Bu ayrım kapsamında idari yargı yerleri, idarenin kamu gücü kullanma yetkisiyle donatıldıkları idare işlevi içinde gerçekleştirdikleri işlem ve eylemler nedeniyle ortaya çıkan idari uyuşmazlıkları, idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde çözmekle görevli ve yetkili ihtisaslaşmış yargı yerleridir. Doğal olarak idari yargı yerlerinde görülen davalar da bu ihtisaslaşmaya uygun olarak şekillenmiştir.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanunun "*idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırları*" başlıklı 2 nci maddesinin b bendinde "*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*" idari dava türleri arasında sayılmıştır. Bu davaya "***Tam Yargı***" davası denilmesinin nedeni, sadece tazminat davaları ile sınırlı olmaması, istirdat davaları, sebepsiz zenginleşmeden doğan davalar da dahil idarenin eylem ve işlemleri ile neden olduğu her türlü hak ihlalinin giderilmesini sağlayan bir dava olmasıdır. Yani yasa koyucu bu dava türünü belirlerken, teklifte yapılanın aksine olaya sadece "zarar", üstelik sadece beden bütünlüğüne yönelik zararların giderilmesi şeklinde son derece sığ ve sınırlı bir yaklaşımla değil; çok daha bütüncül ve geniş bir yaklaşımla bakmış ve tam yargı davası bu şekilde ortaya çıkmıştır.

[13] Ancak Anayasa Mahkemesine göre *"Anayasanın 114. maddesi* (1982 Anayasası madde 125), *idarenin eylem ve işlemi, hangi alanda olursa olsun, daha açık bir deyimle ister kamu hukuku, isterse özel hukuk alanına girsin, bunlara karşı yargı yolunun açık olacağını kesin olarak kurala bağlamıştır. Anayasanın bu kuralla açık tuttuğu 'yargı yolu'nun kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğu bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede belirgindir".* Anayasa Mahkemesinin 25.05.1976 tarih E. 1976/1 ve K. 1976/28 sayılı kararı.

Tam yargı davaları sayesinde idari eylem ve işlemlerden doğan vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin tam yargı davaları, idarenin mali sorumluluğuna ilişkin idare hukuku ilkeleri esas alınarak, bu konuda eğitimli ve deneyimli yargıçlar tarafından çözümlenir. Zira tam yargı davası, ihtisaslaşmış idari yargı yerine özgü bir davadır. Bir anlamda idari yargının da varlık nedenidir. Eğer bu davada idari yargı hâkiminin uzmanlığına güvenilmiyorsa, bu durum idari yargının varlık nedeninin sorgulanmasını gerektirir. İdari yargıya gerek var mı yok mu sorusu ise öncelikle kamu hizmeti anlayışı ve idare sistemi tercihi ve bir Anayasa meselesidir.

Bu çerçevede teklif ile idarenin eylemlerinden kaynaklanan insan zararlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün adli yargıya bırakılması ülkemizdeki adli yargı – idari yargı ayrımına; idari yargının bir ihtisas yargı kolu olarak teşekkülüne aykırıdır.

2- TEKLİF, ANAYASANIN 157 NCİ MADDESİNE AYKIRIDIR

Anayasa'nın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Kanun teklifinin genel gerekçesinde bu hükmün yasama organına genel bir takdir yetkisi verdiğinden bahsedilmektedir. Anayasa'nın adlî yargı - idarî yargı ayrımını öngören sistematiği içerisinde düşünüldüğünde 142 nci maddedeki "*kanunla düzenlenir*" ibaresinin yasama organına her türlü uyuşmazlık bakımından uygulanabilecek derecede geniş bir takdir yetkisi tanımadığı ortadadır.

Hukuken kabulü mümkün olmamakla beraber yasamanın idari uyuşmazlıkları dilediği yargı düzenine bırakmakta takdir yetkisine sahip olduğu bir an için kabul edilse bile söz konusu Teklif, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen Anayasa'nın 157 nci maddesine aykırı olacaktır. Zira Teklifin 3/1-b bendinde "*Askeri olanlar dahil, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden doğan*" ifadesine yer verilmektedir. Oysa Anayasa'nın 157 nci maddesinde açıkça "*Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin* ***idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir***" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm askerî idarî eylemlerden doğan uyuşmazlıklar bakımından başka bir yargı yerinin görevlendirilmesine açık bir anayasal engel oluşturmaktadır.

3- TEKLİF, YARGILAMA USULÜNÜN ÖNEMLİ İLKELERİ BAKIMINDAN SORUN YARATACAK NİTELİKTEDİR

Her ne kadar madde gerekçesinde "*insan zararları kendine has bir hukuki rejime tabi olmalı*" denilmiş olsa da idari eylem ve işlemden kaynaklanan zararların tazmini, medeni yargılama usulü kurallarına tabi tutularak aslında "*kendine has bir hukuki rejim*" (ayrı bir hukuki rejim) değil; özel hukuktaki sorumluluk hukuku rejimi benimsenmiştir. Eşit statüde olan özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların tabi olduğu medeni yargılama usulü, idare ve kişi uyuşmazlıklarında kişiye gereken hukuki korumayı sağlamaktan uzaktır. Bu durum, kamu yararına aykırı sonuçların doğmasına neden olabilir.

Yargılamanın etkinliği kaygısıyla konusu ve niteliğine göre bir bütünlük oluşturan iş ve uyuşmazlıklar ayrılarak farklı yargılama usullerine tabi tutulmuşlar ve böylece yargı kolları oluşmuştur. Anayasadaki adil yargılanma hakkı, aleniyet, usul ekonomisi gibi ilkeler her yargılama usulünde hâkim olması gereken ilkeler olarak kabul edilmiş; buna karşılık her yargılama usulünün amacının, taraflarının, uyuşmazlık konularının farklı olduğu dikkate alınarak kendine özgü yargılama ilkeleri ve usul kuralları da oluşturulmuştur.

Medeni yargılama usulünde eşit hukuki konumda olan kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ve ***"kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması***" esas iken, idari yargılama usulünde kamu gücü ve ayrıcalıklarından faydalanan idare ile kişi arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi esastır ve idari yargılama usulünde kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasının yanında "***kamu yararının***" korunması da amaçlanır. Bu amaç ve nitelik farklılığı yargılama usulü kurallarına da yansımıştır.

A- RE'SEN ARAŞTIRMA VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ BAKIMINDAN

Kamu gücü kullanma ayrıcalıklarıyla donatılan, yaptığı eylem ve işlemler bakımından hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, icrai hareket yetkisine sahip olan idare, birey karşısında "***görünüşte***" de olsa önemli bir üstünlüğe sahiptir. İdarenin sahip olduğu bu ayrıcalıklar, idareyi hukuka aykırı hareket etme konusunda cesaretlendirirken; bireyin hak ve özgürlük alanına müdahale konusunda da önemli bir risk oluşturmaktadır. İşte bu sebeple idarî yargı yerleri, re'sen araştırma yetkisi ile donatılmışlardır[14]. Yargılama

[14] 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Dosyaların İncelenmesi*" başlıklı 20. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: *"Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu hususta ki*

sürecinde mahkemeyi (yargıcı) aktif konuma getiren re'sen araştırma yetkisi, gerek güç, gerekse bilgi bakımından zayıf durumdaki davacıların (bireylerin) korunması amacına hizmet eden önemli bir araçtır.

Kişi ile idare arasındaki uyuşmazlıklar, idarenin kamu gücü ve ayrıcalıkları kullanarak gerçekleştirdiği bir idari eylem veya işlemden kaynaklanır. Uyuşmazlıkta idare, kişi karşısında çeşitli yönlerden üstün konumdadır. Oysa AİHS'nde ve Anayasa'da yer alan "***adil yargılanma hakkı***"nın unsurlarından biri olan "***silahların eşitliği ilkesi***" gereği yargılama usul kuralları öyle bir şekilde düzenlenmelidir ki yargılamanın tarafları arasında bir hukuki denge kurulsun. İşte idari yargılama usulünde benimsenmiş olan "*re'sen araştırma ilkesi*", yargılamanın tarafları arasında bu dengeyi; yani silahların eşitliğini sağlama işlevini yerine getirmektedir.

Silahların eşitliği ilkesi, yargılama sürecinde tarafların eşit fırsatlara sahip olmasını ve bir kimsenin hukuki veya maddi imkânsızlıklar sebebiyle kendisini mahkeme önünde temsil etmesindeki eksikliklerin önüne geçmeyi hedefler. Buna göre taraflar arasındaki maddi- hukuki bilgi eksiklikleri, eşit olmayan usul tecrübeleri, tek taraflı bilgi noksanlıkları, entelektüel yeteneksizlikleri nedeniyle oluşan eşitsizlikler giderilmelidir. Bu ilke gereği taraflar yargılama sırasında sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından eşit olmalı ve bu eşitlik yargılamada korunmalıdır.

Kanun teklifinin 4 üncü maddesi, insan zararları mahkemelerinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağını öngörmektedir. Bilindiği gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yürütülen yargılamalarda (çekişmesiz yargı hariç) "***vakıa***" ve "***deliller***"in toplanmasında, re'sen araştırma değil, "***taraflarca hazırlama (yerine getirilme)***" ilkesi geçerlidir[15]. Genellikle liberal hukuk sistemlerinde benimsenen taraf egemenliği sistemi, davanın başında, tarafların her türlü dava malzemesine vakıf oldukları varsayımından hareketle kabul edilmiştir. Buna göre, hâkim, hakem konumundadır ve taraflar davanın başından itibaren tam ve eksiksiz olarak dava malzemelerini ortaya koyarak iddia ve savunma yapacaklardır.

---

kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir."

[15] 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25 inci maddesine göre, *"(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunda belirtilen durumlar dışında hakim, kendiliğinden delil toplayamaz*."

Medeni yargılama usulünde taraflar arasındaki farklılıklar, genellikle sosyal-eşitlik kapsamında giderilmeye çalışılır. Zira yargılamanın her iki tarafı da kurumsal ve hukuksal olarak eşit konumda yer alırlar. Tarafların arasında maddi eşitsizlikler söz konusudur. Bu da adli yardım gibi kurumlarla giderilmeye çalışılır. İdari yargılama usulünde ise davalı idare, hüküm için önem taşıyan dava malzemesine ulaşma, hukuk bilgisi ve dava yönetimi açısından davacıdan üstün konumdadır. Daha açık ifade etmek gerekirse, idari yargılama usulünde davalı idarenin bireyden üstünlüğünü üç noktada toplamak mümkündür: Birincisi idarenin dava malzemesine ulaşmasındaki kolaylık yani maddi açıdan bilgi kaynaklarını elinde bulundurması; ikincisi idarenin idari mevzuata hâkim olması ve davalarda avukatla temsil ediliyor olması ve üçüncüsü idarenin dava masrafları konusunda ekonomik rahatlığa sahip olmasıdır. Bu anlamda idari yargıda re'sen araştırma ilkesi, taraflar arasında eşitliği sağlamaya yönelik bir ilkedir.

İdari eylem ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde taraflarca hazırlama (yerine getirilme) ilkesinin uygulanması hem maddi gerçeğin bulunması hem de adil yargılanma hakkı açısından sorunludur. Kişi idare hukukuna yabancı olduğundan, idari uyuşmazlıkların hukuki ve maddi boyutu hakkında yeteri kadar bilgi sahibi değildir. Re'sen araştırma ilkesinin kabul edilmemesi halinde davacı iddiasını ispat etmek konusunda güçlük çeker. Bu idari uyuşmazlıkların yapısından kaynaklanan bir sorundur.

İdari eylem veya işlemden kaynaklanan tazminat davalarına taraflarca hazırlama (yerine getirilme) ilkesinin uygulanması halinde davalı idare, savunmasını kendi durumunu kuvvetlendiren bilgi, belge ve delillerle rahatlıkla destekleyebilir. İdare her zaman kendisini avukatla temsil ettirebilir ve dava masrafları konusunda da endişe taşımaz. Bu halde yargılamada davacı - davalı dengesi kaybolur.

İdari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin benimsenmiş olmasının en önemli sonucu, idari yargı yerlerinin dava talebiyle bağlı olmakla birlikte tarafların iddia ve savunmasından bağımsız olarak vakıa ve delilleri araştırmasıdır. Mahkeme her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden re'sen isteyebilir ve tanık ve yemin dışında diğer delillere başvurabilir. Taraflar talep etmese bile mahkeme re'sen bilirkişi ve keşif incelemesi yapılmasına karar verebilir ve bunların masrafları taraflarca karşılanmazsa Hazineden karşılanabilir.

Eğer teklif yasalaşırsa bundan böyle bireyler, "*mobese kayıtları, telefon dinleme tapeleri, istihbarat bilgileri, hülasa gizli – gizli olmayan her tür bilgi*

- *belge sahibi*" idareyle "***eşit imkânlara sahipmiş gibi***" yargılanacaklardır. Anayasa'nın "***hak arama hürriyeti***" başlıklı 36 ncı maddesi, adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Kanun teklifi, idarî uyuşmazlıklar bakımından idarî yargılama usûlünün sağladığı re'sen araştırma güvencesini ortadan kaldırdığı için adil yargılanma hakkına da aykırıdır.

B- İDARİ YARGILAMA USULÜNE HAS ÖZELLİKLER BAKIMINDAN

İdari yargılama usulünde "*re'sen araştırma ilkesi*" dışında davacının hak ve menfaatlerinin daha kolay korunmasını sağlayan başka usul kuralları da vardır. Örneğin; idari yargıda ilk inceleme aşamasında davacının davasını idari yargı kolu içinde görevsiz veya yetkisiz mahkemede açması halinde dava dosyası re'sen görevli ve yetkili mahkemeye gönderilir (İYUK m. 15/1-a). Davacı davayı hasım göstermeden veya yanlış hasım göstererek açmışsa dava dilekçesi mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilir (m. 3/1-c). Davacının lehine getirilmiş olan bu kolaylıklar medeni yargılama usulünde yoktur.

İdari yargılama usulünde davacının iddiasını somutlaştırma yükü olmadığı gibi tarafların dava ve savunma dilekçelerinde bütün vakıaları belirtmek ve delilleri göstermek yükü de yoktur.

İdari yargılama usulünde tarafların sübjektif ispat yükünden de bahsedilemez. Tazminat davalarında, davacının idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispat etmesi beklenir. Ancak bu özel hukuktaki gibi ağır ve katı bir yük değildir. Bilakis birkaç delil başlangıcının mahkemeye sunulması yeterlidir. Bazı hallerde mahkeme, idarenin faaliyeti dolayısıyla kusurlu olduğu karinesinden yola çıkabilir veya kusursuz sorumluluk ilkelerine dayanabilir.

Buna karşılık medeni yargılama usulünde davacı, dilekçesinde iddiasının dayanağı olan her bir vakıayı ve bunu nasıl ispat edileceğini bildirmelidir (m. 119/1-f). Varsa yazılı delillerini de mahkemeye sunmalıdır (m. 121). Mahkeme tarafların bildirmediği hiçbir vakıa ve delili kendiliğinden dikkate almaz. Taraflar kendi lehlerine olan hususları tek başlarına ispat ederler. Haksız fiilden kaynaklanan kusurlu sorumluluk halinde de Türk Borçlar Kanunu'nun 50 inci maddesine göre, "*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır*".

C- USUL EKONOMİSİ BAKIMINDAN

Anayasa'nın 141/4 hükmü, "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*" demek suretiyle "***usul ekonomisi***" ilkesini öngörmekte ve bu kapsamda gereksiz yere dava açılmamasını, açılan davaların da en çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde sonuçlandırılmasını emretmektedir. Söz konusu teklif yasalaştığı takdirde aynı idarî eylemden kaynaklanan zararlar için iki ayrı mahkemede iki ayrı dava açmak gerekebilecektir. Örneğin bir gösteri yürüyüşüne polis müdahalesi esnasında aracı zarar gören ve yaralanan bir vatandaş, aracı için idarî yargıda, kendisi için insan zararları mahkemesinde dava açmak zorunda kalacaktır. Aynı fiil nedeniyle aynı idarenin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından aynı anda iki ayrı yargı düzeninde iki ayrı yargılamanın yapılacak olmasının anlamsızlığı bir yana; ayrı yargı kollarında ayrı yargılama usulleri ve ayrı sorumluluk esaslarının uygulanacak olması; dahası iki ayrı yargı kolu içindeki yargı yerlerinin farklı sonuçlara ulaşabilmesinin muhtemel olması karşısında böyle bir duruma yol açabilecek teklifin usul ekonomisi ilkesine de hukuk güvenliği ilkesine de aykırı olduğu açıktır.

Bu çerçevede, söz konusu teklifle insan zararları hukukunda "çok hukukluluk ve içtihat çatışması" önlenmek istenirken malvarlığı zararları için ayrı bir yargı kolunun görevli olması önlenmek istenen sonucu doğurmayacak mıdır?

Anayasa Mahkemesi de "*aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminata ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden ol(madığı)*" görüşündedir[16].

4- TEKLİF, İDARENİN SORUMLULUĞU HUKUKUNA İLİŞKİN ESASLARLA BAĞDAŞMAMAKTADIR

Teklife göre adli yargı içinde yer alan ve yargılama usulü olarak 6100 sayılı HMK'yı uygulayacak olan insan zararları mahkemesinin; idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerini uygulayacağı açıktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere aynı fiilin neden olduğu insan zararları ve eşya zararları bakımından, kurulması düşünülen insan zararları

[16] Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarihli ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı (19.05.2012 tarihli Resmî Gazete).

mahkemesi, haksız fiil hükümlerine göre idarenin sorumluluğunu belirlemeye çalışırken; idari yargı, aynı olayda idarenin sorumluluğunu, hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk ilkeleri (risk ilkesi- fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi) çerçevesinde belirleyecektir. Başlı başına garabet olan bu durumdan daha vahimi, adli yargıda da olsa "***idare***" için haksız fiil sorumluluğunun söz konusu edilmesinin, imkânsız oluşudur.

Özel hukuktaki haksız fiilin karşılığı idare hukukunda hizmet kusuru olmakla birlikte ikisi birbirinden tamamen farklıdır.

İdare, tüzel kişilerden teşekkül etmesi sebebiyle birer gerçek kişi olan ajanları ve memurları vasıtasıyla idari faaliyette bulunur. Yani idari eylem ve işlemler aslında bizzat bu kamu görevlileri tarafından yerine getirilir. Dolayısıyla idari faaliyet neticesi oluşan ve idarenin sorumluluğuna yol açan kusur, aslında idari faaliyeti ifa eden kamu görevlilerinin bizzat işledikleri kusurlardır. Fakat idarenin kuruluşunda, işleyişinde ya da teşkilatlanmasındaki noksanlık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlıktan; kısacası, idarenin kusurundan bahsedilirken, bu kusuru işleyen kamu görevlisinin belirlenmesi mümkün ve/veya gerekli değildir. Yine idari kusurun söz konusu olduğu durumlarda, idarenin kusurunun belli bir kamu görevlisinin eseri olduğunun belirlenmeye çalışılması; başka bir deyişle idarenin kusurunun kişiselleştirilmesi doğru da değildir. İşte, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında veya sebebiyle, idarenin belli bir kamu görevlisine atıf ve izafe edilmesi mümkün bir kişisel kusur dolayısıyla ortaya çıkmış olmayan; kamu hizmetinin bizzat kuruluş, işleyiş ve teşkilatlanmasındaki aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik ve sakatlık şeklinde karşımıza çıkan kusura, hizmet kusuru adı verilir.

İdarenin mali sorumluluğunun dayanağı ve hukuki sorumluluğunun esası olan hizmet kusuru, "**nesnel**" niteliklidir. Hizmet kusuru, haksız fiilde bireyler için söz konusu olan; kin, garez, husumet gibi insani dürtülerle işlenen ya da ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik gibi beşeri zaaflarla ortaya çıkan sübjektif mahiyette bir kusur değildir. Hizmet kusuru, kusur sorumluluğu denilince akla gelen haksız fiilin unsuru olan kusurdan farklı, "**bağımsız**", "**özerk**" bir kavramdır[17]. Hizmetin, hizmeti gören ya da görmekle yükümlü olan "**idarenin kusurudur**"; idare için "**aslen**" sorumluluğa yol açan bir kusurdur. Bu nedenle de kamu hukuku alanında karşımıza çıkan "**idare hukukuna özgü**" bir kusurdur[18].

[17] RIVERO Jean/WALINE Marcel, **Droit Administratif,** 18. Ed., Paris 2000, s. 278.

[18] Ancak idarenin idari esas ve usuller dışında yaptığı eylemler "haksız fiil" niteliğinde olup, idari karakter taşımayan bu eylemlerden dolayı ancak adli yargıda dava açılabilir. İdarenin

Hizmet kusuru idarenin kusuru olduğu için kişiselleştirilemeyen ya da kişiselleştirilmesi gerekmeyen "**kişilik dışı**" bir kusurdur. Beşeri bir kusur olarak karşımıza çıkmadığı için, aslında idari faaliyetin beşeri unsurunu oluşturan kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanmasına rağmen, belli bir kamu görevlisine (veya kamu görevlilerine) atıf ve izafe olunamayan ya da atıf ve izafe olunması gerekmeyen "**anonim**" bir kusur türüdür.

İdarenin sorumluluğu hukukunda, kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin kişisel kusurları da haksız fiil niteliğinde değildir[19].

Kişisel kusur kavramı da **idare hukukuna özgü bir kavramdır**. Kamu görevlisinin, kamu hizmetinin yürütülmesinde yetkilerini kullanırken, görevini yerine getirirken; görevle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi; resmi sıfatını, hizmet araç–gereçlerini kullanarak, hizmet dışı bir faaliyette bulunması; kin, nefret, husumet gibi duygularla ya da siyasi saiklerle hareket ederek hizmetten yararlananlara zarar vermesi "*kişisel kusur*" dur. Kişisel kusurun özelliği, kamu hizmet ve faaliyetiyle, daha doğrusu kamu görevlisinin göreviyle, yetkileriyle, hizmet araç ve gereçleriyle ve resmi sıfatıyla herhangi bir ilgisi bulunan davranışların neticesinde ortaya çıkmasıdır.

İdare kamu görevlisinin kişisel kusuru ile verdiği zararlardan da "**aslen**" sorumludur. Bu sorumluluk, "*üstlenilen*" bir sorumluluk olmadığı gibi, "*dolaylı*" bir sorumluluk da değildir. Başka bir ifadeyle kamu görevlisinin kişisel kusur ile verdiği zararlardan sorumlu olan idare, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu üstlenmemekte; kamu görevlisinin kusurlu davranışı dolayısıyla sorumlu olmamaktadır. Kamu görevlisinin kişisel kusuru doğrudan idarenin kusurudur. Yani kişisel kusurun varlığı halinde dahi idare kendi kusuru nedeniyle aslen sorumludur. Bu sebeple son dönemde kamu görevlilerinin kişisel kusurları, idare açısından aynı zamanda "***hizmet kusuru***" olarak nitelendirilmektedir[20].

---

kamu hukuku kuralına, yasa, tüzük, yönetmelik gibi bir kural, işlem veya idari bir işleme ya da bir yargı kararına dayanmadan "*haksız fiil*" niteliğinde eylemde bulunması, mahkeme içtihatları ve doktrinde "**fiili yol**" olarak nitelendirilmektedir. D10D, 23.11.1993, E 92/3686, K 93/4601, DD, sy. 89, s. 586.

[19] Kamu görevlisinin görevinden, yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından "tam ve mutlak surette" ayrılmış olan eylemlerin neticesi ortaya çıkan; başka bir ifadeyle kamu görevlisinin yerine getirmekle görevli olduğu kamu görev ve faaliyetleri ile herhangi bir ilgisi olmayan ve "*herhangi bir kimse*" olarak yaptığı kusurlu davranışlarla verdiği zararlar sebebiyle sorumluluğu yine herhangi bir şahıs olarak, Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerine tabidir.

[20] D10D, 11.06.1996, E 96/4313, K 96/3477, DD, sy. 92, s. 761.

Sosyal hukuk devleti anlayışının gelişmeye başlaması ile birlikte, kamu hizmetlerinin tür ve sayısındaki artışa bağlı olarak, Devletin sorumluluğunun esaslarında da değişiklikler olmuştur. Günümüzde artık Devlet, kusurlu olmasa da faaliyetlerinden doğan zararlardan sorumlu kabul edilmektedir. Bu durum, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan "***idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür***" hükmünün gereğidir. **İdare hukukunda kusursuz sorumluluk hali, özel hukukta olduğu gibi istisna olmayıp, en az kusur sorumluluğu kadar yaygın ve önemlidir**.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun dayandığı ilkelerden birisi, risk (tehlike, hasar) ilkesidir. İdari faaliyetin kendisi veya faaliyete tahsis edilen kamu emlaki ya da hizmet araç–gereçleri nitelikleri itibariyle bünyelerinde tehlike barındırmakta ve hem kamu görevlileri hem de hizmetten yararlanan bireyler için risk taşımaktadırlar. İşte bu ilke genel olarak bazı faaliyetlerin, bünyesinde taşıdığı tehlikeler dolayısıyla kişilere zarar vermiş olması halinde, bu faaliyet sahibinin kusuruna bakılmaksızın, meydana gelen zarardan sorumlu olması düşüncesine dayanır[21].

Diğer bir kusursuz sorumluluk ilkesi idari yargı içtihadı ile gelişen kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir. İdarenin faaliyeti bazı hallerde, kamu yararı uğruna, bir kişiye veya küçük bir topluluğa zarar verebilir. Kamu yararına yapılan bir faaliyetle bazı bireyler, toplumun geri kalan kısmının uğramadığı bir zarara uğrarlar. Bu durumda, onların aleyhine, kamu külfetleri karşısında bireyler arasındaki eşitlik bozulmuş olur. Eşitsizlik bir kamu hizmetinin yürütülmesi sebebiyle ortaya çıkmakta ve bu hizmetten bütün toplum veya belirli bir bölge halkı yararlanırken, belli kişi veya kişiler özel ve olağandışı bir zarar görmekte ise, zararın o hizmetten yararlanan topluluk tarafından tazmini gerekir. Bu çerçevede idare, kamu yararına yaptığı faaliyet ile kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulması halinde ortaya çıkan belli, doğrudan, özel ve olağanüstü zararı kusursuz sorumluluk çerçevesinde ödemekle yükümlüdür[22].

Görüldüğü üzere zaman içinde ihtisaslaşmış idari yargı yerlerince geliştirilmiş ve tamamen idare hukukuna has sorumluluk ilkelerinin yer aldığı bir idarenin sorumluluğu hukuku bulunmaktadır. Bu anlamda yüz yılı aşkın sürede içtihatla gelişmiş idarenin sorumluluğuna ilişkin ilke ve esasları idarenin neden olduğu insan zararları bakımından yok saymak kabul edilebilir

[21] ULUSAN, İlhan, "*Tehlike Sorumluluğu Üstüne*", MHAD, y. 4, 1970, sy. 6, s. 55.

[22] RİVERO/WALİNE, s. 285; OSSENBÜHL, Fritz, **Staatshaftungsrecht**, 4. Aufl., München 1991, 113–114.

olmadığı gibi; bu ilke ve esasların haksız fiil sorumluluğu ile örtüşmediği dikkate alındığında, adli yargı yerlerinde sorumluluğun belirlenmesinde önemli sorunlar yaşanacağı açıktır.

5- TEKLİF, ZARARA NEDEN OLAN SORUMLU KAMU GÖREVLİLERİNE RÜCU KONUSUNDA SORUN YARATACAKTIR

Yukarıda da belirtildiği üzere aynı idari eylem nedeniyle uğranılan insan zararları için adli yargı yerinin; eşya zararları için idari yargının uyuşmazlığı çözecek olması ve adli yargının sorumluluğun belirlenmesinde haksız fiil hükümlerini uygulayacak; idari yargının da idarenin sorumluluğu hukukuna ilişkin ilke ve esasları uygulayacak olması zararı tazmin eden idarenin sorumlu kamu görevlisine rücuu konusunda farklı ve haksız uygulamalara neden olabilecektir.

Bir kere idarenin eylemi nedeniyle uğranılan insan zararlarında haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu belirleyecek olan adli yargı hâkimi, tazminata hükmetmek için her halde beşeri bir kusur (belli bir ya da daha fazla kamu görevlisi kusuru) tespit etmek zorundadır. Bu durumda insan zararı nedeniyle idarenin tazminata mahkûm edildiği her durumda (zarar aslında idarenin hizmet kusuru nedeniyle gerçekleşmiş dahi olsa) kusurları tespit edilen memur ya da memurlara rücu edilmek zorundadır. Oysa aynı eylem nedeniyle eşya zararları bakımından idari yargı yerine idareyi doğrudan hizmet kusuru nedeniyle tazminata mahkûm etmiş olabilir. Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükmü ile 657 sayılı Yasa'nın 13 üncü maddesinde kamu görevlisinin rücu sorumluluğunu gerektiren kusurun kişisel kusur olduğu düşünüldüğünde, kamu görevlisinin kişisel kusurunun olmadığı (bu tespitin yapılmadığı) idarenin salt hizmet kusuru nedeniyle ödediği bir tazminatın kamu gideri ile ilgisi bulunmayan bir ödeme olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla kamu görevlilerine rücu edilmesi gereken bir kamu zararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Hizmet kusuru – kişisel kusur ayırımı yapmadan, haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğa hükmedecek olan adli yargı yerlerinin idareyi tazminata mahkûm etmeleri durumunda rücu hangi esasa göre olacaktır? İdarenin tazminata mahkûm olduğu her olayda rücu söz konusu olacak mıdır? Yoksa dava idareye karşı açıldığı için rücu hiç mi söz konusu edilmeyecektir? Teklifte bu sorulara cevap bulmak mümkün değildir.

6- TEKLİF, ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ VE GEREKÇELERİNİN YASAMA ORGANI AÇISINDAN BAĞLAYICILIĞI İLKESİNE AYKIRIDIR

Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında Anayasamıza göre ülkemizde idari yargı ve adli yargı kolunun birbirinden ayrı olduğunu ve bir uyuşmazlığın herhangi bir yargı kolunun görevine alınması hususunda yasama organının geniş bir takdir yetkisine sahip olmadığını vurgulamıştır.

Örneğin 3446 sayılı "2992 Sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi, 2802 Sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu ile 3221 Sayılı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 2 nci maddesi ile adli ve idari yargı hakim ve savcılarının karşılıklı olarak nakledilebilmelerini mümkün kılan hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesinde şu hususlara vurgu yapmıştır[23]:

> *"Adlî ve idarî yargı ayrımı benimsenince onun gereklerine de uymak zorunluluğundan kaçınılamaz. Anayasa'nın 'Yargı yolu' başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasındaki 'İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.' hükmüyle başlayıp yukarda ele alman maddelerin hükümleriyle tamamlanan yargısal düzenlemeler adlî-idarî yargı ayrılığının kurumlaştığının kanıtlarıdır. Adlî ve idarî yargı yolu ayrımı, uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki ayrılıktan ileri gelmektedir. Bu nedenle **adlî-yargı alanındaki bir uyuşmazlığın idarî yargı Hâkimine, idarî yargı alanındaki bir uyuşmazlığın da adlî yargı Hâkimine gördürülmesi sonucunu doğuracak, savcıları da aynı biçimde görevlendirmeye elverişli bir düzenleme Anayasa'nın öngördüğü yargı ayrılığı ilkesiyle çelişecektir**".*

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasını da Anayasaya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi iptal kararını şu gerekçeye dayandırmaktadır[24]:

---

[23] Anayasa Mahkemesinin 28.2.1989 tarih E. 1988/32 ve K. 1989/10 sayılı kararı. (22.06.1989 tarihli Resmi Gazete).

[24] Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararı (22.07.2006 tarihli Resmî Gazete).

"Anayasa'da idarî ve adlî yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır"

Aslında bu kanun teklifi ile kurulmak istenen insan zararları mahkemesi; hemen hemen aynı şekilde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki 3 üncü maddesinde hüküm altına alınmıştır:

"Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır".

Görüldüğü üzere bu kanun teklifi, daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından birçok haklı gerekçeyle iptal edilmiş bir kanun hükmünün "***başka***

isim altında" tekrarından başka bir şey değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu maddeyi de Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir[25]:

> *"Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir.*
>
> *Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare*

[25] Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarihli ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı (19.05.2012 tarihli Resmî Gazete).

hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez."

Anayasanın 153 üncü maddesinin son fıkrasına göre "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar*". Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi kararları, yasama organını da bağlamaktadır.

Burada cevaplanması gereken soru ise; Anayasa mahkemesinin iptal ettiği bir kanun veya kanun maddesinin yasama organınca tekrar düzenlenebilip düzenlenemeyeceğidir?

Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili bir kararında;

"teknik ve içerik bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Çünkü böyle bir anlayış 153. Maddenin son fıkrasındaki kuralı anlamsız ve uygulanmaz kılar. ***Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile, ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir"***[26].

diyerek daha önce Anayasa mahkemesince iptal edilen bir konuda tekrar düzenleme yapılamayacağı ve düzenlemenin sözcükler farklı olsa bile amacının önceki düzenleme ile aynı olmasını, iptal için yeterli görmüştür.

Yine Yüksek Mahkeme bir başka kararında bu konudaki görüşünü net bir şekilde ifade etmiştir:

"yasama organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak

[26] Anayasa Mahkemesi'nin 29.01.1992 tarihli ve E 1991/27, K 1991/50 numaralı kararı (29.01.1991 tarihli Resmî Gazete).

yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır[27]*"*

Bu çerçevede daha önce Anayasa Mahkemesince iptal edilen hükmün esaslı bir değişiklik yapılmadan benzer bir içerikle ayrı bir Kanun olarak teklif edilmesi en hafifinden etik bir davranış değildir.

İNSAN ZARARLARI MAHKEMELERİNİN KURULUŞ VE GÖREVLERİNE DAİR KANUN TEKLİFİ[28]

Amaç ve kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı, insan zararları mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerini düzenlemektir.

(2) Bu Kanun, askeri olanlar da dâhil her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklananlar ile adli yargının görev alanına giren insan zararlarına ilişkin dava ve işleri görmek üzere görevlendirilen mahkemelere dair hükümleri kapsar.

İnsan zararları mahkemelerinin kuruluşu

MADDE 2- (1) İnsan zararları mahkemeleri, Adalet Bakanlığınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak her ilde ve merkez nüfusu yüzbinin üzerindeki her ilçede, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde olmak üzere kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülkî sınırlarıyla belirlenir. Ancak yargı çevresi, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca değiştirilebilir.

Büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir,

---

[27] Anayasa Mahkemesi'nin 19.01.2002 tarihli ve E 2001/9, K 2001/56 sayılı kararı (19.01.2002 tarihli Resmî Gazete).

[28] Ankara Milletvekili Ahmet İYİMAYA tarafından 04.12.2013 tarihinde TBMM Başkanlığına kanun teklifi olarak sunulmuştur.

Gerektiğinde, birinci fıkradaki usule göre bir yerdeki insan zararları mahkemesinin birden çok dairesi kurulabilir. Bu durumda daireler numaralandırılır. İnsan zararları mahkemesi kurulamayan yerlerde bu Kanun kapsamına giren dava ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesince bakılır.

İnsan zararları mahkemelerinin görevleri

MADDE 3- (1) İnsan zararları mahkemeleri;

a) İlgili kanunlar gereğince adli yargıda görülen,

b) Askeri olanlar dahil, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden doğan,

vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin dava ve işlere bakar.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen haller dışında kalan aynı nevi zararlar hakkında dahi bu madde hükmü uygulanır.

İnsan zararını doğuran olayla ilgili diğer zararlara ilişkin davalar, insan zararı davasında bekletici sorun oluşturmaz

Usul hükümleri

MADDE 4- (1) İnsan zararları mahkemelerinde, 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 1- (1) İnsan zararları mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihe kadar açılmış olan davaların görülmesine bulundukları mahkemelerde devam olunur. İnsan Zararları Mahkemeleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç 2 (iki) yıl içinde kurulur ve faaliyete geçer.

GEÇİCİ MADDE 2- (1) Diğer Kanunların bu kanuna aykırı hükümleri, bu Kanunun yönettiği anlaşmazlık ve davalarda uygulanmaz.

MADDE 5- (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 6- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

DİSİPLİN MAKAMLARININ DİSİPLİN CEZASI VERME YETKİLERİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Adil BUCAKTEPE*

ÖZET

Genel toplum düzeni ceza hukuku kuralları ile korunurken kamu hizmeti düzeni ise disiplin hukuku kuralları ile korunmaktadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde aksaklık yaşanmaması ya da kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi amacıyla kanun, tüzük ve yönetmeliklerde kamu personeline yönelik olarak çeşitli ödev, görev, sorumluluk ve yasaklar konulmuştur. Anılan kurallara uyulmaması kamu personeline disiplin cezası verilmesini gerektirmektedir. Disiplin cezası verilmesinin usul ve esaslarını belirleyen kurallar bütününe ise disiplin hukuku denilmektedir. Bu çalışmada önce disiplin kavramı ile Devlet Memurları Kanunu ve bazı özel kanunlarda yer alan disiplin suç ve cezaları üzerinde durulmuştur. Daha sonra disiplin cezası vermeye yetkili kılınmış makamlar ile bu makamların görev ve yetkileri irdelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Disiplin, Disiplin Suçu, Disiplin Cezası, Disiplin Amiri, Disiplin Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu.*

A CONSIDERATION ON THE DISCIPLINARY JURISDICTION OF DISCIPLINARY AUTHORITY

ABSTRACT

While social order is protecting by rules of criminal law, public service order is protected by rules of discipline law. Various assignments, duties, responsibilities and prohibitions were placed for civil servants by laws, statutes and regulations to execute of public service as required or prevent of any disruptions in public services. Infraction of this regulations, it must be inflicted disciplinary punishment on public servant. The whole rules, which determined the principles and procedures of the disciplinary punishment, are called disciplinary law. In this study, firstly, focuses on the concept of discipline, and the disciplinary offenses or punishments which falled within Civil Servants Act and some specific laws. And then, it has been studied with the competent authorities for the imposition of disciplinary punishment, and the duties and commands of these authorities.

Keywords: *Discipline, Disciplinary Offense, Disciplinary Punishment, Disciplinary Authority, Disciplinary Committee, Superior Council of Discipline.*

---

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

GİRİŞ

Dilimize Fransızca'dan geçmiş olan disiplin kelimesinin kökeni Latince "disciplina"[1] olup sözlükte "bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı ve yazısız kurallarına titizlikle ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzence ve düzen bağı, zapturapt; kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü" olarak tanımlanmaktadır[2]. Disiplin, öğretmek ve terbiye etmek bilimi olarak da tanımlanmaktadır[3].

İnsanların bir arada belli bir amaç için çalışabilmeleri kolektif disiplini gerektirir. Bundan dolayı insanların içinde yer aldığı sosyal, siyasal, dinsel, kültürel, iktisadi vb. her türlü yapıda daha üst makamda yer alanlara o yapıların içindeki düzenin sağlanması görev ve yetkisi verilmiştir. Disiplinin olmadığı ya da bozulduğu teşekküllerde veya yapılarda mevzuata aykırı davranışlar artacağından işlerin aksayacağına kuşku yoktur[4].

İdare hukukunda disiplin, kamuda çalışan personelin üstlenmiş oldukları görevlerini layıkıyla yerine getirmeleri için uymaları gereken kuralların tamamı olarak tanımlanabilir[5]. Kamu kurum ve kuruluşlarında çok sayıda memur görev yapmaktadır. Memurların, görevlerini yaparken belirli bir düzen içinde çalışmaları, mevzuat hükümlerine uygun davranmaları, kamu

---

[1] Kırmızıgül, Hüsamettin, Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları, Kazancı Yayınları, İstanbul 1998,s.2; www.etimolojitürkçe. com/kelime/disiplin (Erişim Tarihi: 05. 02. 2015).

[2] www.tdk.gov.tr/indeks.php?option=com_gts&kelime=DİSİPLİN (Erişim Tarihi: 05. 02. 2015).

[3] Yıldırım, Ramazan, "Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 14, s. 81.

[4] Aslan, Zehreddin, Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa Yayınları, İstanbul 2001, s. 23.

[5] Disiplin kavramı Giritli/Bilgen/Akgüner tarafından "memurların, çalıştıkları kurum ve gördükleri kamu hizmeti düzenine aykırı eylemleri nedeniyle karşılaştıkları yaptırımlar" olarak tanımlanmaktadır. Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 617. Çağlayan da bu tanıma paralel bir tanım yapmaktadır. Yazar disiplin kavramından "kamu görevlilerinin meslekleri ile ilgili olarak hukuk kurallarınca öngörülen yükümlülükleri yerine getirmekte veya yasaklardan kaçınmakta işledikleri kusurlar için öngörülen müeyyideler"in anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2014, s. 336. Anılan kavramı Atay "bir kamu kuruluşunda çalışanlara uygulanmak zorunluluğu bulunan kurallar ve yükümlülüklerin tamamı" şeklinde tanımlamıştır. Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 873. Aslan ise disiplinin "kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin etkili ve verimli çalışmaları için göstermeleri gereken davranışların tümü" olduğunu ifade etmektedir. Aslan, Disiplin, s. 24.

hizmetlerinin aksamaması adına, zorunludur. Bu anlamda memurlar için bazı sorumluluklar ve yükümlülükler konulmuştur. Nitekim, Anayasa'nın 129. maddesinin birinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları ifade edilmektedir. Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesinde kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre disiplin cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

Kamuda çalışan personelin mevzuatta konulan yükümlülüklere uymaması, kurum düzenini bozucu faaliyetlerde bulunması, öngörülen yasaklara riayet etmemesi gibi hallerde hangi usullerin izleneceğini belirleyen hukuk branşına disiplin hukuku denilmektedir[6]. Bu hususa değinen bir Danıştay kararında disiplin hukukunun "kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amacı ile mevzuatın kamu görevlilerine emrettiği ödevleri yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara, hangi usul ve şartlar dahilinde Devlet tarafından ceza verileceğini, bu Devlet yetkisinin kimler tarafından kullanılacağını belirleyen kurallar bütünü" olduğu ifade edilmektedir[7].

DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARI

İdarenin üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerinin, hizmetten faydalananlara düzenli ve etkin bir biçimde sunulabilmesi için kamu kurum ve kuruluşlarının

[6] Anayasa'da, disiplin hukukuna ilişkin olarak üç temel ilke öngörülmektedir. Bunlar "kanunilik ilkesi", "savunma hakkı" ve "yargı yolu güvencesi"dir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Akyılmaz, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Haziran-Aralık 2003, Cilt: VI, Sayı: 1-2, s. 245-259; Aslan, Zehreddin, "Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, Eskişehir 2004, s. 18-29. Disiplin hukuku ile Ceza Hukuku arasında ortak noktalar ve farklı noktalar için bkz: Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1188-1191; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1994, s. 341-347; Günday, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2013, s. 628; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 11; Atay, s. 874-884; Aslan, Disiplin, s. 26-28; Çağlayan, s. 337-340; Kırmızıgül, s. 4-6; Livanelioğlu, Ömer Asım, Memur Disiplin Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, Ankara 2003, s. 7-8.

[7] D.8.D., E. 2003/5850, Karar Tarihi: 12.03.2004, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, s. 233.

iç düzenini ve personelinin statüsünü düzenleyen mevzuata uygun olmayan hal ve davranışlara disiplin suçları denilmektedir[8]. Bir başka ifadeyle disiplin suçu, memurun görevini eksiksiz bir biçimde yapması, kamu hizmetinin sunulmasında herhangi bir aksaklık yaşanmaması için getirilmiş kurallara aykırı tutum ve davranışlarıdır[9]. Anılan tutum ve davranışlar nedeniyle verilen cezalara ise disiplin cezası denilmektedir[10]. Onar, disiplin cezalarının "memurun mesleki hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı kendisine tatbik edilen bir kısım zecri müeyyideler" olduğunu ifade etmektedir[11]. Gözübüyük/Tan, disiplin cezasının "memurların birlikte bulunmasının ve düzenli olarak çalışmasının sağlanabilmesi için uygulanan yaptırımlar" olduğunu belirtmektedir[12]. Danıştay da disiplin cezalarını "kamu hizmetinin gereği gibi yürütülebilmesi bakımından kamu görevlilerinin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiillerde bulunmaları durumunda uygulanan yaptırımlar" olarak tanımlamaktadır[13].

[8] Günday, s. 627; Akyılmaz, s. 242.

[9] Akyılmaz/Sezginer/Kaya'ya göre disiplin suçu "memurların, devlet memurluğu statüsünü düzenleyen kurallara uymamaları nedeniyle kurum düzenini bozan fiillerine" denilir. Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 664; Atay, disiplin suçunu kamu personelinin kamu hizmeti düzenini bozan eylemleri şeklinde tanımlamaktadır. Atay, s. 873; Yıldırım, disiplin suçunu şu şekilde tanımlamaktadır: "memur disiplin suçları, memurun içinde bulunduğu idareye taahhüt ettiği özel bağlılık yükümlülüğüne uymaması ve o idari birimin içinde kabul edilmiş olan düzen kurallarına aykırı davranışları ile gerçekleştirdiği hukuka aykırı davranışlardır". Yıldırım, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, Cilt 1, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 284; Gözler/Kaplan'a göre disiplin suçu "memurun görev veya sıfatıyla ilgili kusurlu bir fiili"dir. Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2014, s. 662. Disiplin suçuna ilişkin başka tanımlar için bkz: Tezcan, Durmuş, "Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Adil Yargılanma Hakkı", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, Eskişehir 2004, s. 187; Aslan, Disiplin, s. 24-25; Çağlayan, s. 336; Pınar, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 1092.

[10] Tezcan, disiplin cezalarının, kamu personelinin mesleki yükümlülüklerine aykırı davranışlarının cezalandırılmasını öngören kurallar olduğu ifade etmektedir. Tezcan, s. 187. Pınar'a göre disiplin cezaları "kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamunun yararının devamlılığının sağlanması amacıyla kamu görevlileri için görev yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak getirilmiş bulunan yaptırımlardır". Pınar, s. 1093. Disiplin cezalarına ilişkin başka tanımlar için bkz: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Devlet Memurları El Kitabı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No: 213, Ankara 1985, s. 105; Aslan, Disiplin, s. 25.

[11] Onar, s. 1188.

[12] Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 924.

[13] D.12.D., Karar Tarihi: 23.3.2011, E. 2008/857, K. 2011/1319, emsal. danistay. gov. tr., Erişim Tarihi: 09.02.2015.

Kamu görevlilerine uygulanacak disiplin hükümleri konusunda genel kanun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur[14]. Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin yani disiplin suçlarının neler olduğu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde belirtilmektedir. Bu maddenin altıncı fıkrasında ise özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümlerinin saklı olduğu hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde 126. maddenin dördüncü fıkrasında özel kanunların disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullarla ilgili hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir. Anılan istisnaların kabul edilmiş olması yerinde bir yaklaşımdır. Zira tüm kamu personelini kapsayan genel bir düzenlemenin yanında bazı kamu görevlerinin özel durumları nedeniyle kendilerine özgü disiplin hükümlerinin kabul edilmesi gereklidir. Dolayısıyla bir memur, disiplin cezası verilmesi gereken bir davranışta bulunduğu takdirde öncelikle bu konuda o memurun tabi olduğu özel kanunda bir düzenleme bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Eğer tabi olduğu kanunda memurun davranışının karşılığı olarak öngörülmüş bir disiplin cezası varsa o ceza verilmelidir. Aksi takdirde 657 sayılı Kanun'da öngörülen usule göre ceza tayini yoluna gidilmelidir.

Devlet Memurları Kanunu'nun dışında disiplin düzenlemesine yer veren özel kanunlar bulunmaktadır[15]. 657 sayılı Kanun'da yer verilen genel düzenlemelere geçmeden önce anılan özel kanunların bazılarına değinmekte fayda vardır. Bu kanunlardan biri 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'dur. Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 62. maddesinde hakim ve savcılara; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit

[14] "Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Bu bağlamda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesinde, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin devlet memurlarına yüklediği ödevleri yurt içinde ve yurt dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, 125. maddede sıralanan disiplin cezalarından birinin verileceği hükme bağlanmıştır." Anayasa Mahkemesi, E. 2010/28, K. 2011/139, Karar Tarihi: 20.10.2011, Resmi Gazete, Tarih: 07.02.2012, Sayı: 28197.

[15] "Özel kanunların disiplin suç ve cezalarına ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için, memurların eylemlerinin ve bu eyleme verilecek disiplin cezalarının özel yasada tam ve açık olarak tanımlanması gerektiği, aksi halde genel kanun olan 657 sayılı Yasa hükümlerine göre işlem tesis edilmesi gerektiği", D.12.D., Karar Tarihi: 21.11.2000, E. 2000/958, K. 2000/4088, Danıştay Dergisi, Sayı: 105, s. 601.

edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca hangi disiplin cezasının verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemede hakim ve savcılara verilebilecek disiplin cezaları uyarma, aylıktan kesme[16], kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma[17], yer değiştirme[18] ve meslekten çıkarma[19] olarak belirlenmiştir. 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nda da disiplin konusunda özel hükümler yer almaktadır. Bu Kanun'un 20. maddesine göre dahiliye memurlarına ihtar, tevbih, maaş kesilmesi, kıdem tenzili ve sınıf tenzili cezaları da verilebilecektir. Mesela anılan cezalardan ihtar "zaruret olmadan merciini tecavüz etmek", kıdem tenzili "ifasına mecbur olduğu tahkikatın safhalarını ifşa etmek", sınıf tenzili, "hesaplarını sene nihayetinde tamamile kapatmamak, avans alıp bunu üç ay zarfında tesviye etmemek, amirine vazife başında veya vazifeden dolayı her nerede olursa, olsun hakaret etmek, vazife başında madununa yahut arkadaşlarına hakaret etmek" gibi hallerde verilmektedir. Emniyet hizmetleri sınıfına dahil memurlar için özel kanun niteliğinde olan 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nda da özel disiplin hükümlerine yer verilmiştir. Bu Kanun'un 82. maddesine göre emniyet teşkilatı mensuplarına verilecek disiplin cezaları şunlardır: Uyarma, memura, görevinde daha dikkatli davranması gerektiğinin yazıyla bildirilmesidir. Kınama, memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu sayıldığının yazıyla bildirmesidir. Aylık kesme, memurun 15 günlüğe kadar aylığının kesilmesidir. Kısa süreli durdurma, memurun bulunduğu kademede ilerlemesinin 4, 6 ve 10 ay için durdurulmasıdır. Uzun süreli durdurma, memurun bulunduğu

[16] Aylıktan kesme cezası, izinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın göreve bir veya iki gün gelmeyenlerin aylıklarından her gün için bir günlüğünün kesilmesidir.

[17] Derece yükselmesini durdurma ilgilinin bir üst dereceye yükselmesinin iki yıl süre ile durdurulmasıdır. Bu ceza, izinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın, bir takvim yılı içinde, toplam onbeş gün göreve gelmemek ve meslek mensuplarına yasaklanmış veya mesleğin gerekleriyle bağdaşmayan kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak hallerinde verilir.

[18] 68. maddeye göre yer değiştirme bulunulan bölgenin en az bir derece altındaki bir bölgeye o bölgedeki asgari hizmet süresi kadar kalmak üzere atanmak suretiyle görev yerinin değiştirilmesidir. Yer değiştirme cezası, a) kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmek, b) yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak, c) hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak, d) göreve dokunacak surette ve kendi kusurlarından dolayı meslektaşlarıyla geçimsiz ve dirliksiz olmak, e) madde tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı veya irtikapta bulunduğu kanısını uyandırmak, f) doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacı ile verilen hediyeyi kabul veya iş sahiplerinden borç istemek veya almak hallerinde uygulanır.

[19] Meslekten çıkarma cezası bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesidir. Bu cezanın hangi hallerde verileceği 69. maddede düzenlenmiştir.

kademede ilerlemesinin 12, 16, 20 veya 24 ay durdurulmasıdır. Meslekten çıkarma, memurun, emniyet teşkilatı hizmetlerinde bir daha çalıştırılmamak üzere meslekten çıkarılmasıdır. Devlet memurluğundan çıkarma, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır.

Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere bazı özel kanunlarda 657 sayılı Kanun'da olmayan cezalar da öngörülmüştür. Mesela 2802 sayılı Kanun'da öngörülen "derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme, meslekten çıkarma", 1700 sayılı kanun'da öngörülen "ihtar, tevbih, kıdem tenzili, sınıf tenzili" gibi cezalar genel disiplin düzenlemesinde olmayan cezalardır. Veya genel kanundakiyle aynı isimli cezalar farklı içeriklerle düzenlenmişlerdir. Mesela "Aylıktan kesme" cezası 657 sayılı Kanun'a göre memurun brüt aylığından 1/30-1/8 arasında kesinti yapılması iken 2802 sayılı Kanun'a göre ise mazereti olmaksızın göreve bir veya iki gün gelmeyenlerin aylıklarından her gün için bir günlüğünün, 3201 sayılı Kanun'a göre ise memurun 15 günlüğe kadar aylığının kesilmesidir. Devlet sunmakla yükümlü olduğu kamu hizmet ve faaliyetlerini çeşitli organlarıyla ya da kurum ve kuruluşlarıyla yerine getirmektedir. Bu kurum ve kuruluşlar yürütecekleri hizmetin özellik ve niteliklerine bağlı olarak farklı düzenlemelere tabi tutulabilmektedir. Bu bağlamda özel düzenlemelere tabi olan kurumların disiplin konusunda da nev'i şahsına münhasır düzenlemelerinin olması olağan karşılanmalıdır.

Kamu personeline ilişkin disiplin hükümleri genel kanun niteliğinde olan Devlet Memurları Kanunu'nun 124 ila 135. maddeleri arasında yer almaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi memurların tabi oldukları özel kanunlarında disiplin konusunda düzenleme olmadığı takdirde Devlet Memurları Kanunu'nun anılan maddelerine göre işlem yapılacaktır. Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller hüküm altına alınmıştır. Bu maddede uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma olmak üzere beş çeşit disiplin cezası öngörülmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nun öngördüğü sistemde disiplin cezaları bakımından "kanunilik ilkesi"[20] geçerlidir. Bundan dolayı devlet memurlarına, özel kanunların disiplin

[20] Kanunilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Dönmezer/Erman, s. 17 vd; Önder, s. 56 vd; Gözler, 756-759; "Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *'Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz'* denilerek *'suçun yasallığı'*, üçüncü fıkrasında da *'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur'* denilerek, *'cezanın yasallığı '*ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *'suçta ve cezada kanunilik'* ilkesi uyarınca,

suç ve cezalarına ilişkin hükümleri saklı olmak üzere, yukarıda anılan beş çeşit disiplin cezasından başka bir disiplin cezası verilemez[21]. Anılan ilke disiplin suçları bakımından ise kabul edilmemiştir[22]. Zira Kanun'un 125. maddesinin dördüncü fıkrasında "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir." hükmü getirilerek kıyas yoluyla disiplin suçu ihdas edilmesine cevaz verilmiştir[23]. Uyarma cezası

hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir." Anayasa Mahkemesi, E. 2010/28, K. 2011/139, Karar Tarihi: 20.10.2011, Resmi Gazete, Tarih: 07.02.2012, Sayı: 28197; "Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye ver verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir. Tüm bunlar suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır". Anayasa Mahkemesi, E. 1993/5, K. 1993/25, Karar Tarihi: 06.07.1993 Resmi Gazete Tarih: 25.02.1995, Sayı: 22213; "Anayasanın anılan hükümleri ile aktarılan Anayasa Mahkemesi kararı gereğince, Yükseköğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretim elemanı ve memurlara uygulanacak disiplin suç ve cezalarının da yasayla düzenlenmesi hukuken zorunludur" D.İ.D.D.K., E. 2007/1815, K. 2012/1218, emsal. danistay.gov.tr., Karar Tarihi: 20.09.2012.

[21] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 666; Atay, s. 874; Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 752; Çağlayan, s. 342.

[22] Gözler, haklı olarak, kanunilik ilkesinin devlet memurluğundan çıkarma suçları için geçerli olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu konuda şöyle demektedir: "Memurluktan çıkarma cezası gerektiren fiil kanunla belirlenmesine gerek vardır. Çünkü 'memurluğa girme' (Anayasa m. 70) bir temel hak ve hürriyet olduğuna göre, memurluktan çıkarma disiplin cezası, bir temel hak ve hürriyetin ortadan kaldırılması demektir ki, Anayasamızın 13'üncü maddesine göre bunun mutlaka kanunla öngörülmesi gerekir. Bu nedenle, kanımızca, kanunla öngörülmemiş bir disiplin suçu nedeniyle, memurluktan çıkarma disiplin cezası verilemez." Gözler, s. 758.

[23] Disiplin suçları konusunda kanunilik ilkesinin geçerli olup olmadığı konusunda hem yargı kararlarında hem de doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Yıldırım, 125. maddenin dördüncü fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre her türlü ceza ancak kanunla konulabilir. Örnekseme ya da kıyas yoluyla disiplin cezası ve başka türlü ceza verilemez. Yıldırım, s. 288. Giritli/Bilgen/Akgüner tarafından da anılan fıkrada kıyasa izin verildiği için kabulünün mümkün olamadığı ifade edilmektedir. Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 620. Gözler/Kaplan ise disiplin suçları konusunda kanunilik ilkesinin geçerli olmadığını ifade etmektedir. Gözler/Kaplan, s. 661. Disiplin suçlarında kanunilik konusunda yargı kararlarında da birlik bulunmamaktadır. Bu konuda çelişkili kararlar için bkz: Anayasa Mahkemesi, E. 2010/28, K. 2011/139, Karar Tarihi: 20.10.2011, Resmi Gazete,

memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi olup hangi fiil ve hareketlerin bu cezayı gerektirdiği, 125. maddenin (A) bendinde sayılmaktadır. Anılan bende göre özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terketmek, kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etmemek, usulsüz müracaat veya şikayette bulunmak, devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak, görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak gibi fiil ve hallerde uyarma cezası verilmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen ikinci ceza kınama cezasıdır. Kınama cezası memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir. Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak, devlete ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak, verilen emirlere itiraz etmek, borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak, iş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak gibi durumlarda bu ceza uygulanmaktadır. Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen üçüncü ceza olan aylıktan kesme cezası memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır. Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek, görevle ilgili konularda yükümlü olduğu kişilere yalan ve yanlış beyanda bulunmak, görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek, görev yeri sınırları içerisinde her hangi bir yerin toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz olarak kullanılmasına yardımcı olmak, hizmet içinde devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak gibi hal ve fiiller aylıktan kesme cezasının verilmesini gerektirmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen bir diğer ceza kademe ilerlemesinin durdurulmasıdır. Kademe ilerlemesinin durdurulması, fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademede ilerlemesinin 1-3 yıl durdurulmasıdır. Göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek, özürsüz ve kesintisiz 3- 9 gün göreve gelmemek, görevi

Tarih: 07.02.2012, Sayı: 28197; Anayasa Mahkemesi, E. 1993/5, K. 1993/25, Karar Tarihi: 06.07.1993 Resmi Gazete Tarih: 25.02.1995, Sayı: 22213; D.İ.D.D.K., E. 2007/1815, K. 2012/1218, emsal.danistay.gov.tr., Karar Tarihi: 20.09.2012; D.İ.D.D.G.K., Karar Tarihi: 09.11.2000, E. 2000/646, K. 2000/1119, Karar Tarihi: 21.11.2000, Danıştay Dergisi, Sayı: 105, s. 70-74; D.8.D., Karar Tarihi: 25.03.1992, E. 1991/1471, K. 1992/518, Danıştay Dergisi, Sayı: 86, s. 422-423. Kanımızca disiplin suçları alanında kanunilik ilkesinin kabul edilmemiş olması doğru bir yaklaşımdır. Zira kamu hizmeti düzenini ihlal edecek bütün fiil ve halleri önceden öngörmek mümkün değildir. Kanunilik ilkesi kabul edildiği takdirde kurum düzenini bozacak bütün davranışların öncede "liste"lenmesi ve ancak bu listede yer alan suçların cezalandırılması gerekecektir. Böyle bir durumda ise "liste"de yer almayan fakat kurum düzenine aykırı bir fiil ya da halin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bundan dolayı idareye belirli sınırlar içinde kalmak koşuluyla disiplin suçu ihdas etme konusunda takdir yetkisi verilmesinin eleştirilecek bir yanı yoktur.

ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak, gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek, açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak, verilen görev ve emirleri kasten yapmamak gibi davranışlar memura kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesini gerektirmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen son ceza Devlet memurluğundan çıkarma cezasıdır. Bu ceza bir kişiyi, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır. Siyasi partiye girmek, özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, yetki almadan gizli bilgileri açıklamak, siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek, yurt dışında devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak, amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak gibi eylem ve faaliyetler Devlet memurluğundan çıkarılma cezasının verilmesini gerektirmektedir.

DİSİPLİN CEZASI VERMEYE YETKİLİ MAKAMLAR

İdare teşkilatı içinde kademeli bir şekilde astlık üstlük ilişkisi yani hiyerarşik bir bağ vardır. Alt kademede bulunan üst kademedekine bağlıdır. Üst kademede bulunan kişi amir, alt kademede bulunan kişi ise memur statüsündedir. Hiyerarşi ilişkisinde üstler, astlarına karşı hiyerarşik güce sahiptirler. Bu güç amire çeşitli yetkiler vermektedir. Hiyerarşik yetki denilen bu yetkiler hem doğrudan personel üzerinde hem de personelin işlemleri üzerinde kullanılabilmektedir. Hiyerarşik yetkiler şunlardır: Emir ve direktif verme yetkisi, iptal yetkisi, denetim yetkisi (düzeltme ve değiştirme yetkisi), disiplin yetkisi ve tayin yetkisi[24]. Görüldüğü üzere disiplin yetkisi hiyerarşi yetkisine sahip olan makamın kamu personeli üzerinde sahip olduğu yetkilerden biridir. Fakat her makam disiplin cezası vermeye yetkili değildir. Mevzuatta disiplin cezası vermeye yetkili olan makamlar belirlenmiştir. Ayrıca disiplin cezası verme yetkisi hangi makama verilmişse o makam tarafından kullanılmalıdır. Bu yetkinin devredilmesi mümkün değildir.

Disiplin cezası vermeye yetkili makamların neler olduğu Devlet Memurları Kanunu'nun 126. maddesinde belirlenmiştir. Bu maddeye göre "uyarma, kınama ve aylıktan kesme" cezaları "disiplin amirleri" tarafından; "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, "atamaya yetkili amirler", il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde "valiler" tarafından verilir. "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası ise amirlerin

[24] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 211-218; Atay, 171-177; Gözler/Kaplan, s. 107-112.

bu yöndeki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun "yüksek disiplin kurulu" kararı ile verilir. Anılan düzenlemeden anlaşılacağı üzere disiplin cezası verilmesi konusunda yetkili olan makamlar disiplin amirleri, atamaya yetkili amirler, valiler, disiplin kurulu ve yüksek disiplin kuruludur. Disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulunun ayrı bir ceza tayinine yetkisi olmayıp sadece cezayı kabul etme veya reddetme yetkisi vardır. Ret halinde atamaya yetkili amirler onbeş gün içinde başka bir disiplin cezası vermekte serbesttirler. Görüldüğü üzere disiplin konusunda yetki, kurullardan ziyade disiplin amirlerine veya atamaya yetkili amirlere verilmiştir. Bu düzenlemenin devlet memurunun aleyhine olduğuna kuşku yoktur. Memurun haklarının ve güvenliğinin kuvvetlendirilmesi adına, kurulların yetkilerinin arttırılması daha yerinde bir uygulama olacaktır.

Atamaya yetkili amirler kurumların mevzuatında belirtilmektedir. Mesela 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 30. maddesinin (j) bendine göre il özel idaresinde atamaya yetkili amir validir. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin[25] 3. maddesine göre ise Yükseköğretim Kurulu Başkanı, Üniversitelerarası Kurul Başkanı, rektör, dekan, yüksekokul müdürü ve enstitü müdürü atamaya yetkili amirdir.

Disiplin amirleri ve disiplin kurullarının belirlenmesi Devlet Memurları Kanunu gereğince çıkarılan özel yönetmeliklerle yapılmaktadır[26]. Anılan Kanun'un 124. maddesinde disiplin amirlerinin, kurumların kuruluş ve görev özellikleri dikkate alınarak Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşüne dayanılarak özel yönetmeliklerinde tayin ve tespit edilen amirler olduğu ifade edilmektedir. Kanun'un 134. maddesinde ise disiplin ve soruşturma işlerinde

[25] Resmi Gazete, Tarih: 21.08.1982, Sayı: 17789.

[26] Kurumların disiplin amirleri yönetmelikleri Devlet Memurları Kanunu'nun 124. ve 134. maddeleri ile 17.09.1982 tarih ve 8/5336 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe giren Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesine dayanılarak hazırlanmaktadır. Bu tür yönetmeliklerde ya da eklerinde disiplin amirlerinin ayrıntılı cetveli yayınlanmaktadır. Bu konuda bazı örnekler için bkz: Dışişleri Bakanlığı Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 26.06.2006, Sayı: 26210; Avrupa Birliği Bakanlığı Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 13.07.2012, Sayı: 28352; Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 12.06.2012, Sayı: 28321; Ekonomi Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 03.04.2012, Sayı: 28253; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 27.04.2012, Sayı: 28276; Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 29.07.2011, Sayı: 28009; Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 06.03.2012, Sayı: 28255.

kanunlarla verilen görevleri yapmak üzere kurum merkezinde bir yüksek disiplin kurulu ile her ilde, bölge esasına göre çalışan kuruluşlarda bölge merkezinde ve kurum merkezinde ayrıca milli eğitim müdürlüklerinde birer disiplin kurulu bulunacağı, bu kurulların kuruluş, üyelerinin görev süresi, görüşme ve karar usulü, hangi memurlar hakkında karar verebilecekleri ve disiplin amirlerinin tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar ile bunların yetki ve sorumlulukları gibi hususların Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu yönetmelik, "Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik"tir[27]. Bu Yönetmelik, disiplin ve yüksek disiplin kurullarının kuruluş, üyelerinin görev süresi, görüşme ve karar usulü ile hangi memurlar hakkında karar verebileceklerini ve disiplin amirlerinin tayin ve tespitinde uygulanacak esasları, bunların yetki ve sorumluluklarını düzenlemek amacıyla, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 134. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Disiplin amirlerinin tayini, tespiti, yetkileri ve sorumluluklarına ilişkin esaslar Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 16. ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Disiplin amirleri, kurumların kuruluş ve görev özelliklerine göre hazırlayacakları özel yönetmeliklerle tespit edilir. Anılan yönetmeliklerin hazırlanmasında 16. maddede belirtilen esaslara uyulması ve Devlet Personel Başkanlığının görüşüne dayanılması zorunludur. 16. maddede öngörülen esasların bazılarını şu şekilde özetlemek mümkündür: Başbakan ve bakanlar teşkilatlarının ve bağlı kuruluşlarında görev yapan bütün memurların disiplin amiridir. Disiplin amiri sıfatıyla sahip oldukları yetkilerini her derecedeki memur hakkında doğrudan kullanabilirler. Başbakanlık, bakanlıklar ve bunların bağlı kuruluşlarında ilgisine göre başbakanlık müsteşarı, bakanlık müsteşarı, bağlı kuruluşların başında bulunan müsteşar, başkan, genel müdür, genel sekreter ve müdürler, illerde valiler, ilçelerde kaymakamlar, belediyelerde belediye başkanları, yurtdışı teşkilatında misyon şefleri buralarda görev yapan tüm memurların en üst disiplin amirleridirler. Daha alt seviyedeki disiplin amirlerinin astlık üstlük sıralaması bu esasa göre tespit edilir. En üst disiplin amirleri sahip oldukları yetkileri her derecedeki memur hakkında doğrudan kullanabilir. Kurumların gerekçeli tekliflerinin Devlet Personel Başkanlığınca uygun bulunması durumunda daha alt seviyede yer alan idari kademelerin başında bulunan memurlara da disiplin amirliği yetkisi tanınabilmesi mümkündür. Disiplin

[27] Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 17.09.1982, Sayı: 8/5336 Resmi Gazete, Tarih: 24.10.1982, Sayı: 17848. Bu yönetmelik, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren memurlar hakkında uygulanır.

işleriyle ilgili uygulamalarda belediye başkanları belediye teşkilatında, kaymakamlar ilçe teşkilatında, valiler il teşkilatındaki diğer disiplin amirlerine göre en üst disiplin amiri konumundadırlar. Valiler, kaymakamlara göre bir üst disiplin amiridirler. Bölge müdürlerinin disiplin amiri bölge müdürlüğünün merkezinin bulunduğu ilin valisi, üst disiplin amiri ise bakanlıklarda müsteşar veya bakan, bağlı veya ilgili kuruluşlarda ise müsteşar, başkan veya genel müdürlerdir. Bölge müdürlüklerinin ilçe teşkilatındaki birimlerinin başında bulunan ilçe idare şube başkanlarının disiplin amiri kaymakam, üst disiplin amiri vali; il teşkilatındaki il idare şube başkanlarının disiplin amiri ise vali olup, bu il idare şube başkanları hakkında özel yönetmeliklere ekli cetvellerde üst disiplin amiri tespit edilmez. Ancak, bölge müdürlüklerinde bölge müdürleri il ve ilçe teşkilatında görev yapan memurlar ile il idare şube başkanları ve ilçe idare şube başkanları hakkında, il idare şube başkanları ise ilçe idare şube başkanları ve ilçe teşkilatında görev yapan memurlar hakkında doğrudan disiplin cezası verme yetkisine sahiptir.

Devlet Memurları Kanunu'nun öngördüğü sisteme göre her kurumun merkezinde disiplin işleri ile alakalı olarak disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulu oluşturulur. Bunun yanında her ilde ve bölge esasına göre çalışan kuruluşlarda bölge merkezinde ve ayrıca milli eğitim müdürlüklerinde birer disiplin kurulu kurulur.

Disiplin kurullarının kuruluşuna ilişkin esaslar ise yukarıda anılan yönetmeliğin 4. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunlara bağlı müsteşarlık, genel müdürlük ve başkanlıkların kurum merkezinde disiplin kurulları ve yüksek disiplin kurulları oluşturulur. Bu kurullar anılan maddedeki esaslara uyularak oluşturulur. Kurullarının başkan ve üyeleri, başbakanlık ve bakanlıklarda müsteşarlar, bunlara bağlı kurumlarda kurumların başında bulunan müsteşar, genel müdür ve başkanların teklifi ve ilgili bakanın onayı ile görevlendirilirler. Kurullar bir başkan ve dört üyeden oluşur. Kuruluş esasları itibariyle maddenin ilk altı fıkrası kapsamına girmeyen il disiplin kurulu[28], il milli eğitim gençlik ve spor disiplin kurulu[29],

[28] Valinin veya görevlendireceği vali muavininin başkanlığında, hukuk işleri müdürü, defterdar, milli eğitim gençlik ve spor müdürü, sağlık ve sosyal yardım müdürü, tarım orman ve köyişleri müdürü, bayındırlık ve iskan müdüründen kurulur.

[29] Valinin veya görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında, il milli eğitim gençlik ve spor müdürü, il hukuk işleri müdürü, ilk öğretim müfettişleri kurulu başkanı, valinin görevlendireceği; 1. ilköğretim okulu müdürlüklerinden bir üye, 2. orta öğretim kurumları (liseler) müdürlerinden bir üyeden kurulur.

bölge disiplin kurulu[30], anayasa mahkemesi disiplin kurulu[31], anayasa mahkemesi yüksek disiplin kurulu[32], mahalli idarelerin disiplin kurulları olarak, il özel idaresi disiplin kurulu[33], belediye disiplin kurulu[34], birlik disiplin kurulu[35] ve mahalli idarelerin yüksek disiplin kurulunun[36] kimlerden teşekkül edeceği ise son fıkrada hüküm altına alınmıştır.

Disiplin kurullarında ve yüksek disiplin kurullarında görevlendirilebilmek için uyarma ve kınama disiplin cezası dışında bir başka disiplin cezası alınmamış olması şarttır. Bir başka ifadeyle aylıktan kesme veya daha ağır disiplin cezası almış olanların, Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen süreler geçtikten sonra atamaya yetkili amire yaptıkları başvuru sonucu almış oldukları cezalar özlük dosyasından silinmiş olsa bile, disiplin kurullarında ve yüksek disiplin kurullarında görevlendirilmeleri mümkün değildir. Kurulların başkan ve üyeleri 2 yıllığına görevlendirilmektedir. Süresi dolanlar aynı süre ile tekrar görevlendirilebilmektedirler.

---

[30] Valinin veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, bölge müdürü, bölge müdürünün görevlendireceği bir müdür yardımcısı, sosyal ve idari hizmetleri yürütmekle görevli amir, personel veya ünite amiri veya benzer hizmetleri yürütmekle görevli amirden kurulur.

[31] Genel sekreter yardımcısının başkanlığında, Anayasa Mahkemesi başkanınca görevlendirilecek bir başkatip, levazım müdürü, zabıt katipleri ve personel müdürlüğü memurları arasından Anayasa Mahkemesi başkanınca görevlendirilecek birer kişiden. kurulur.

[32] Genel sekreter veya en kıdemli raportörün başkanlığında Anayasa Mahkemesi başkanınca görevlendirilecek iki raportör, kararlar müdürü, personel müdürü veya en kıdemli başkatipten kurulur.

[33] Valinin veya genel sekreterin başkanlığında, il hukuk işleri müdürü, hukuk işleri müdürü yoksa, valinin il idare kurulu üyeleri arasından görevlendireceği bir kişi, vali tarafından belirlenecek bir birim müdürü, il daimi encümeni üyelerinin kendi aralarında bir yıl içinde seçecekleri iki üyeden kurulur.

[34] Büyük şehir belediyelerinde; genel sekreter veya başkanın görevlendireceği genel sekreter yardımcılarından birinin başkanlığında; hukuk müşaviri veya görevlendirilecek bir avukat, personel şube müdürü, kararlar şube müdürü, fen işleri daire başkanlığından görevlendirilecek bir şube müdüründen kurulur. Belediyelerde; belediye başkanının veya görevlendireceği yardımcısının başkanlığında encümenin atanmış üyelerinden kurulur.

[35] Birlik disiplin kurulu, birlik encümeninden oluşur.

[36] Mahalli idarelerin yüksek disiplin kurulu, içişleri bakanlığı yüksek disiplin kuruludur. Ancak, büyük şehir belediye başkanlıklarında bu kurullar büyük şehir belediye encümeninden teşekkül eder.

DİSİPLİN CEZASI VERMEYE YETKİLİ MAKAMLARIN GÖREV VE YETKİLERİ

Disiplin yetkisi hiyerarşik gücün verdiği yetkilerden biridir[37]. Disiplin cezası verme konusunda amirin yetkisi bağlı yetkidir. Bundan dolayı amirin disiplin cezası verme yetkisini, kanunda aksi öngörülmedikçe, devretmesi mümkün değildir[38]. Bu konuya ilişkin olarak bir Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında da idari yargıda yetkinin kamu düzeninden olduğu, yetki kanunla verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabileceği ifade edilmektedir[39]. Disiplin cezası vermeye yetkisi olmayan amirin vermiş olduğu disiplin ceza hukuka aykırıdır. Bu cezanın yetkili amir tarafından onanması durumu değiştirmez. Nitekim Danıştay yetkisi olmayan müsteşar yardımcısının vermiş olduğu cezayı sonradan müsteşarın onaylamasını kanuna uygun bulmamıştır[40]. Bu noktada bir kamu görevini vekaleten yürüten kişinin

[37] İdare hukukunda yetkisizlik kural, yetkili olma ise istisnadır. İstisnalar ise dar yorumlanır. Bu konuda bkz: Gözübüyük/Tan, s. 428; Atay, s. 455-456, Gözler/Kaplan, s. 305-306; Yongalık, Aynur, "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 60, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 1-13; "Disiplin cezaları ile bu cezaları vermeye yetkili organ makam ve kamu görevlilerinin açıkça gösterilmesi disiplin hukuku ilkelerindendir. Konu, yer ve zaman itibariyle yasa ve yönetmeliklerle belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınan yetkinin suçun birlikte işlendiği öne sürülerek başka makamlarca kullanılması sonucunu doğuracak şekilde idarelerce genişletici bir biçimde yorumlanıp uygulanması da mümkün değildir." D.İ.D.D.K., E. 1986/8, K. 1986/21, Karar Günü: 28.03.1986, Danıştay Dergisi, Sayı: 64-65, s. 81.

[38] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 673; Gözler/Kaplan, s. 662; "Bilindiği üzere kamu yöneticilerinin görev ve yetkileri yasalarla belirlenir. Hatta bazen Anayasaların bile bu konuda düzenleme getirdiği görülmektedir. Bu husus, kamu hizmetinin düzenli ve devamlı biçimde yürütülmesini sağlamak amacına yönelik olduğu kadar, görev ve yetkinin kamu düzeniyle ilgili olmasından da kaynaklanmaktadır. Yetki unsurunun bu temel niteliğinden çıkan ilk sonuç onu kullanacak kişinin yasa cevaz vermedikçe bunu başkasına devredememesidir". D.5.D., E. 1989/2735, K. 1989/2286, Karar Günü: 13.12.1989, emsal.danistay.gov.tr., Erişim Tarihi: 26.02.2015;

[39] "İdari Yargıda yetki, kamu düzenindendir; kanunla açıkça kime tanınmış ise ancak onun tarafından kullanılabilir". D.İ.D.D.K., E. 1986/8, K. 1986/21, Karar Günü: 28.03.1986, Danıştay Dergisi, Sayı: 64-65, s. 81.

[40] "Disiplin soruşturması yapan kişinin; yetkili merciler tarafından bu iş için görevlendirilmiş olması gerekli bulunmaktadır….Yönetmeliğine göre davacının sicil amiri olmayan Müsteşar yardımcısının, olayla ilgili soruşturmayla görevlendirilmeden, yetkisiz olarak davacının savunmasını alarak vermiş olduğu Uyarma cezasına dayanılarak aynı cezanın yetkili sicil amirince kabul edilmesine hukuken imkan bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, yetkisiz olan müsteşar yardımcısı tarafından verilip, sonradan müsteşar tarafından kabul edilmiş olan davacıya Uyarma Cezası verilmesi yolundaki işlem yasaya uygun bulunmadığından iptaline…" D.10.D., E. 1984/492, K. 1985/10, Karar Günü: 14.01.1985, Danıştay Dergisi, Sayı: 60-61, s. 450; "İdari işlemlerin yetkili kişilerce tesis edilmesi zorunludur. Yetkili kişi ise işlemin tesis edildiği anda yetkili olandır. Yetkisiz kişinin yaptığı bir işleme yetkili kişice sonradan verilen muvafakat (icazet) geçerli olamaz." D.5.D., E. 1989/2735, K. 1989/2286, Karar Günü: 13.12.1989, emsal. danistay. gov. tr., Erişim Tarihi: 26.02.2015.

disiplin cezası verme yetkisine sahip olup olmadığına sorusu akla gelebilir. Doktrinde asil memurun kısa süreli olarak görev başında bulunmadığı zamanlarda vekaleten görevi yürüten vekil memurun gündelik rutin işleri yapmakla yetkili olduğu ifade edilmektedir[41]. Bu konuda genel kural şudur: Vekil, asilin sahip olduğu her türlü hak ve yetkiye sahiptir[42]. Danıştay'ın kararları da bu yöndedir[43]. Fakat sağlık raporu ve izin gibi nedenlerden dolayı kısa süreli olarak yapılan vekaletlerde vekilin disiplin konusunda işlem yapmaması, en azından ceza verilmesi işlemlerini asilin görevine başlamasına bırakması yerinde bir yol olacaktır.

Disiplin makamlarının görev ve yetkilerine geçmeden önce bir konuya değinmekte fayda vardır. Hakkında disiplin soruşturması yürütülmekte olan bir memurun soruşturması tamamlanmadan görev yeri değişmiş olabilir. Görev yeri değişikliği sözkonusu olduğunda acaba disiplin cezası, memurun önceki çalıştığı yerdeki disiplin amiri tarafından mı yoksa yeni geldiği yerdeki disiplin amiri tarafından mı verilecektir? Böyle durumlarda mevzuatta aksine bir hüküm yoksa disiplin cezasının verileceği tarihteki disiplin amiri veya kurulu disiplin cezası vermeye yetkilidir. Zira disiplin cezaları "geçmişteki disiplin amirleri" ya da "gelecekteki disiplin amirleri" tarafından değil "disiplin amirleri"[44] tarafından verilir. Nitekim Danıştay da bu yönde karar

---

[41] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 204.

[42] Gözler/Kaplan, s. 316; Çağlayan, s. 446-447. 17.05.1987 gün ve 19463 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 99 sayılı Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği'nin 1. maddesinde bir görevin vekaleten yürütülmesi halinde görevin gerekleri ve nitelikleri değişmeyeceğinden bu görevi yürütecek olan vekil memurun asil memurda aranan şartlara sahip olmaları gerektiği belirtilmektedir. 2. maddede ise asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunamadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görüldüğü ifade edilmektedir.

[43] "Vekil, vekalet ettiği görevin yetki ve sınırları içinde kalmak şartıyla asılın bütün hak ve yetkisine sahip olduğu vekalet kurumunun niteliği gereğidir" D.11.D., E. 1995/2828, K. 1995/2794, Karar Günü: 25.10.1995, Danıştay Dergisi, Sayı: 91, s. 1210.

[44] Aynı konuda disiplin cezası vermeye birden fazla makam yetkili kılınmış olabilir. Mesela Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Disiplin Yönetmeliği'nin (Resmi Gazete, Tarih: 23.11.2012, Sayı: 28476) 5. maddesinde kurum başkanının her kademedeki devlet memuru ve sözleşmeli personelin üst disiplin amiri olduğu, valilerin il, kaymakamların ise ilçe sınırları içerisinde görevli devlet memuru ve sözleşmeli personel hakkında, disipline aykırı fiillerinden dolayı doğrudan disiplin cezası vermeye yetkili oldukları ifade edilmektedir. 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinde Yükseköğretim Kurul Başkanının Yükseköğretim Kurulu ile üniversite rektörlerinin, rektörün üniversitenin, dekanın fakültenin, enstitü ve yüksekokul müdürlerinin enstitü ve yüksekokulların, bu birimlerin genel sekreter veya sekreterlerinin de sekreterlik personelinin disiplin amirleri olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hükme paralel bir şekilde yine Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı Ve Memurları

vermiştir[45].

Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen en ağır disiplin cezası devlet memurluğundan çıkarma cezasıdır. Devlet memurluğundan çıkarma cezası amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir. Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunların bağlı kuruluşlarında görev yapan memurların devlet memurluğundan çıkarma cezaları hakkında bu memurların bağlı oldukları kurumların yüksek disiplin kurullarınca karar verilir. İl özel idareleri ve belediyeler ile bu kurumların kurdukları birliklerde ve bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda görevli

Disiplin Yönetmeliği'nin (Resmi Gazete, Tarih: 21.08.1982, Sayı: 17789) 17. maddesinde "Yükseköğretim Kurulu Başkanı, üst kuruluşlar ile bütün yükseköğretim kurumlarının; Rektör, bütün üniversitenin, Dekan, bütün fakültenin; Enstitü veya yüksekokul müdürü, bütün enstitü veya yüksekokulun her kademesindeki görevlilerin disiplin amiri olup bunlar hakkında resen disiplin soruşturması açabilir veya açtırabilir" denilmektedir. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere bir memura birden fazla makam ceza vermekle yetkilendirilebilmektedir. "İçişleri Bakanlığı disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin 4. maddesinin (a) bendinde, 'Bakan, İçişleri Bakanlığı Merkez, bağlı kuruluşlar ve iller teşkilatında çalışan bütün memurların disiplin amiridir.' Aynı maddenin 3. fıkrasında da 'Bakan ... başında bulundukları teşkilatta görevli bütün memurlar üzerinde disiplin amiri sıfatıyla haiz bulundukları yetkileri doğrudan kullanabilirler', anılan yönetmeliğin 15. maddesinin 1. fıkrasında ise 'disiplin cezalarından uyarma, kınama, aylıktan kesme cezaları Bakan ve ekli cetvelde unvanları belirtilen disiplin, üst disiplin, en üst disiplin amirleri tarafından verilir.' hükümleri yer almış olup bu hükümler karşısında, davacının, İçişleri bakanının, valinin disiplin amiri olduğuna dair açık bir hüküm bulunmadığı ve disiplin cezası verme yetkisi olmadığı yolundaki iddiaları hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır." D.8.D., E. 1995/4627, K. 1996/4627, Karar Günü: 26.11.1996, emsal. danistay. gov. tr., Erişim Tarihi: 16.03.2015. Fakat bir başka Danıştay kararında, uyarı cezası, dekan yerine rektör tarafından verildiği gerekçesi hukuka aykırı bulunmuştur.D.1.D.,E. 2004/2984, K. 2005/4086, Karar Günü: 14.10.2005, emsal. danistay. gov. tr., Erişim Tarihi: 16.03.2015. Danıştay'ın bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira yukarıda değinilen 2547 sayılı Kanun'un 53. ve ilgili yönetmeliğin 17. maddesine göre rektör tüm üniversitenin disiplin amiri olup çalışanlar hakkında resen soruşturma açma ya da açtırma yetkisine sahiptir. Yine 17. maddede üst disiplin amirinin soruşturma açtığı veya açtırdığı disiplin olayında alt disiplin amirinin ayrıca soruşturma yapamayacağı veya yaptıramayacağı, daha önceden açılmış soruşturma varsa bunların üst amirin açtığı veya açtırdığı soruşturma dosyası ile birleştirileceği ifade edilmektedir. Ayrıca anılan yönetmeliğin 33. maddesinde uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezasının disiplin amirleri tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır. Bütün bu mevzuat kuralları birlikte değerlendirildiğinde tüm üniversitenin disiplin amiri olan rektörün uyarma cezası veremeyeceğine hükmetmek mümkün değildir.

[45] "Mevzuatta aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, disiplin cezasının verildiği tarihteki disiplin amiri veya disiplin kurulu disiplin cezası vermeye yetkili disiplin amiri veya disiplin kurulu olup, olayda dava konusu işleme dayanak olan Milli Eğitim Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde aksi yönde bir hüküm bulunmadığından, kınama cezasının verildiği tarihte davacının görev yaptığı yerdeki disiplin amiri tarafından işlem tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır". D.12.D., E. 2012/8023, K. 2013/8802, Karar Günü: 26.11.2013, emsal. danistay. gov. tr., Erişim Tarihi: 03.03.2015.

memurlar hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası verme yetkisi İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kuruluna aittir. Büyükşehir belediyelerinde çalışan memurlar için ise anılan ceza büyükşehir belediyesi yüksek disiplin kurulu tarafından verilmektedir.

Yüksek disiplin kurulunun ayrı bir ceza tayinine yetkisi yoktur. Yüksek kurul verilmiş olan cezayı kabul eder ya da reddeder. Ret halinde atamaya yetkili amirler onbeş gün içinde başka bir disiplin cezası vermeye yetkilidirler. Yetkili amirlerin memurluktan çıkarma cezasına ilişkin talepleri, soruşturma dosyasının memurun bağlı bulunduğu kurumun Yüksek Disiplin Kuruluna ulaşmasından itibaren en geç altı ay içinde karara bağlanır. Yüksek Disiplin Kurulları kendilerine intikal eden dosyaların incelenmesi sırasında gerekli gördükleri takdirde ilgilinin dosyasını ve her türlü evrakı incelemeye, kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya naip marifetiyle dinletmeye, yerinde keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir.

Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen en ağır ikinci disiplin cezası kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıdır Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını verme yetkisi, ilgili disiplin kurulunun kararı alınmak kaydıyla, atamaya yetkili amirlere ve valilere aittir. Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunların bağlı kuruluşlarında görevli memurların kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile ilgili işleri memurların bağlı oldukları kurumların disiplin kurullarınca karara bağlanır. Ancak, bu kurumların illerde görevli memurlarından Bakanlar Kurulu kararı veya ortak kararnameyle atananların dışındakilerin aynı disiplin cezası ile ilgili işleri hakkında karar verme yetkisi ilgili il disiplin kuruluna; illerde Milli Eğitim Bakanlığına bağlı teşkilatta görevli öğretmen, yönetici, uzman ve uzman yardımcısı ile gezici öğretmenlerin kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile ilgili işleri hakkında karar verme yetkisi ise ilgili il milli eğitim gençlik ve spor disiplin kuruluna aittir. İl özel idareleri, belediyeler ve bu kurumların kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda görev yapan memurların kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile ilgili işleri ise ilgisine göre özel idare, belediye veya birlik disiplin kurulunca incelenip karara bağlanır. Disiplin kurulunun ayrı bir ceza verme yetkisi yoktur. Kurul verilen cezayı ya kabul eder veya reddeder. Cezanın reddedilmesi halinde atamaya yetkili amir onbeş gün içinde bir başka disiplin cezası verebilir.

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren hallerde soruşturma dosyası, kararını bildirmesi için yetkili disiplin kuruluna onbeş

gün içinde tevdi edilir. Disiplin kurulunun, dosyayı aldığı tarihten itibaren otuz gün içinde soruşturma evrakına göre kararını bildirmesi gerekmektedir.

Yukarıda değinilen iki disiplin cezasına nazaran daha hafif olan uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları ise disiplin amirleri tarafından verilmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nda ve Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'te disiplin amirlerine önemli yetki ve sorumluluklar verilmiştir. Anılan düzenlemelere göre disiplin amirlerinin yetkileri şu şekilde sıralanabilir: İlk olarak disiplin amirleri, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla mevzuatın emrettiği görevleri yurt içinde veya yurt dışında yerine getirmeyen, uyulmasını zorunlu saydığı hususları yapmayan ve yasakladığı işleri yapan devlet memurlarına durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre uyarma, kınama ve aylıktan kesme disiplin cezalarından birini vermeye yetkilidir. İkinci olarak disiplin amirleri, disiplin kurulları ve yüksek disiplin kurullarınca reddedilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile devlet memurluğundan çıkarma cezaları yerine, red kararlarının alındığı tarihi izleyen onbeş gün içinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'te belirtilen usul ve esaslara uyarak başka bir disiplin cezası verebilir. Disiplin amirleri tarafından verilmiş olan uyarma ve kınama cezalarına karşı, var olduğu takdirde, bir üst disiplin amirine yapılabilecek itiraz, 6111 sayılı Kanun'un, Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesinde yaptığı değişiklikle kaldırılmıştır. 135. maddenin değiştirilmiş şekline göre disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilecektir. İtiraz süresi kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. İtiraz mercilerinin, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine tevdiinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermeleri gerekmektedir. İtirazın kabul edilmesi halinde disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.

Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin üçüncü fıkrasında disiplin cezası vermeye yetkili makamlara, geçmişte başarılı hizmetleri olan memurlara bir alt ceza verebilme yetkisi tanınmıştır. Bir alt ceza ile kastedilen cezanın alt sınırı değil bir alt ceza çeşididir[46]. Disiplin cezasını verecek olan

[46] "Yönetmelikle düzenlenen durum, öğrencinin olumlu halinin ve geçmişte hiç ceza almamış olmasının, ceza tayininde dikkate alınarak eyleminin karşılığı olan cezanın bir alt cezası olan ceza ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Fakülte yönetimi kurulunca da disiplin cezası verilirken öğrencinin daha önce hiç ceza almamış olması hali de dikkate alındığı halde bir alt

makam asıl cezayı verme yetkisine sahip olan makamdır. Yani ceza verecek olan makam, kanunda belirlenen hallerden dolayı bir alt cezanın verilmesinin söz konusu olduğu hallerde bile, asıl cezaya göre tayin edilir. Nitekim Danıştay'ın uygulaması da bu yöndedir[47].

Disiplin amirlerinin sorumlulukları hususuna gelince, öncelikle disiplin işleriyle alakalı olarak kendilerine verilen yetkileri kullanırken memurlara mevzuatta tanınan hakları gözönünde tutmak, hakkaniyet ve eşitliğe riayet etmekle yükümlüdürler. Bu, disiplin amirlerinin genel sorumluluğudur. Disiplin amirlerinin, kurumlarında disiplinin tesis edilmesi adına genel sorumlulukları yanında başka özel sorumlulukları da vardır. Disiplin cezası verilebilmesi konusunda idareye sınırlı süreler verilmiştir. Bu sürelerin geçtiği takdirde disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Devlet Memurları Kanunu'na göre disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içinde disiplin cezası verilmesi gerekmektedir[48]. Aksi halde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrayacaktır. Bundan dolayı disiplin amirleri, disiplin cezası verilmesini gerektiren bir durumun gerçekleştiğini öğrendiğinde zamanaşımı

ceza uygulamasına gidilmeyerek cezanın alt sınırı verilmiştir. Oysa disiplin hukukunda bir alt ceza uygulamasının anlamı, eylemin karşılığı olan cezanın alt sınırı değil bir alt ceza türüdür." D.8.D., E. 1996/1016, K. 1998/810, Karar Tarihi: 05.03.1998, emsal.danistay.gov.tr., Erişim Tarihi: 27.02.2015.; ayrıca bkz: D.12.D., E. 2000/3935, K. 2002/3875, Karar Tarihi: 28.11.2002, emsal.danistay.gov.tr., Erişim Tarihi: 27.02.2015.

[47] Bu durumda, kanunda öngörülen koşulların varlığı halinde bir alt ceza uygulanması ayrı bir disiplin cezası niteliği taşımadığından, başka bir ifade ile asıl ceza yetkili disiplin kurulu veya disiplin amiri tarafından uygun görülen ceza olduğundan, doğrudan kademe ilerlemesinin durdurulması cezası vermeye yetkili olmayan vali tarafından alt ceza uygulanmak suretiyle aylıktan kesme cezası ile cezalandırmaya ilişkin olarak tesis olunan dava konusu işlemde yetki unsuru açısından hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından İdare Mahkemesince işin esasına girilerek karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir. D.12.D., E. 201175000, K. 2011/3620, Karar Tarihi: 01.07.2011, emsal.danistay.gov.tr., Erişim Tarihi: 27.02.2015.; aynı yönde kararlar için bkz: D.12.D., E. 2009/3886, K. 2012/1305, Karar Tarihi: 05.03.2012, emsal.danistay.gov.tr., Erişim Tarihi: 27.02.2015; D.12.D., E. 2007/3136, K. 2010/191, Karar Tarihi: 22.01.2010, emsal.danistay.gov.tr., Erişim Tarihi: 27.02.2015; D.8.D., E. 2007/3155, K. 2007/5674, Karar Tarihi: 05.11.2007, emsal.danistay.gov.tr., Erişim Tarihi: 27.02.2015.

[48] "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 127. maddesinin son fıkrasında; disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğrayacağı hükmüne yer verilmiştir…Bu durumda; davacının fiilinin 03.10.2006 tarihi olduğu dikkate alındığında Merkez Disiplin Kurulu tarafından davaya konu disiplin cezasının verildiği 25.09.2008 tarihi itibariyle ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğramadığı anlaşıldığından, uyuşmazlığın esası incelenerek karar verilmesi gerekirken, Genel Müdür'ün dava konusu Merkez Disiplin Kurulu kararına onay verdiği tarih ceza verme tarihi olarak kabul edilip, ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." D.12.D., E. 2010/5239, K. 2013/9337, Karar Tarihi: 02.12.2013, emsal.danistay.gov.tr., Erişim Tarihi: 02.03.2015.

süresini geçirmeden soruşturma açarak soruşturmayı tamamlatmak ve öngörülen süre içinde ilgili cezayı vermek zorundadır. Daha açık anlatımla disiplin amirleri kurumlarında çalışan devlet memurlarının uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarından biriyle cezalandırılması gereken disipline aykırı fiil ve davranışlarını öğrendikleri tarihten itibaren, ilk dört ceza için bir ay, beşinci ceza için altı ay içinde disiplin soruşturmasını başlatıp gerekli cezanın uygulanmasını sağlamak suretiyle, disiplin cezası verme yetkisinin zaman aşımına uğramasını önlemekle yükümlüdürler. Disiplin amirlerinin bir diğer sorumluluğu uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını soruşturmanın tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren onbeş gün içinde vermektir. Disiplin amirlerince verilen disiplin cezaları bu amirler tarafından en geç kararların verildiği tarihi izleyen onbeş gün içinde ilgililere tebliğ olunur.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin cezası uygulanacak fiil ve haller elliüç bentte sayılmıştır. Ancak disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve haller bu elliüç bentte sayılanla sınırlı değildir. Disiplin suçları konusunda kanunilik ilkesini kabul etmeyen Devlet Memurları Kanunu anılan maddede sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezalarının verilebileceği hükmünü getirerek idare takdir yetkisi tanımıştır. Bir başka ifadeyle idare herhangi bir fiil ya da hali disiplin suçu olarak görüp ceza verebilecektir. Ancak idarenin bu konuda sınırsız bir takdir yetkisi yoktur. İdarenin takdir yetkisinin sınırları yine aynı fıkrada belirlenmiştir. Buna göre idarenin disiplin suçu olarak değerlendirdiği hal ve fiillerin 125. maddenin ilk fıkrasında sayılan disiplin suçlarına nitelikleri ve ağırlıkları bakımından benzer olması gerekmektedir. Bir başka söyleyişle idare ancak örnekseme ya da kıyas farklı disiplin suçları belirleyebilecektir. Disiplin cezaları bakımından ise kanunilik ilkesi geçerli olduğundan kıyasen belirlenen disiplin suçlarına Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen disiplin cezaları dışında bir başka ceza verilmesi mümkün değildir.

Disiplin hukukumuza göre disiplin soruşturmasını başlatacak makam disiplin amiridir. Disiplin kurullarına ve yüksek disiplin kurullarına böyle bir yetki ya da sorumluluk verilmemiştir. Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen disiplin suçlarının veya bunlara nitelik ve ağırlıkları bakımından benzeyen hal ve fiillerin vukuu iddiaları sözkonusu olduğunda disiplin amiri soruşturma açılıp açılmamasına karar verecektir. Burada disiplin amirinin

takdir yetkisi vardır. Ayrıca disiplin amirlerinin, disiplin cezası verilmesini gerektiren her fiil veya hal gerçekleştiğinde illaki soruşturma açmak zorunda olmadıkları söylenebilir.

SONUÇ

İdare üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini kamu personeli eliyle ifa etmektedir. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarında çok sayıda kamu personeli görev yapmaktadır. Memurların, görev ve sorumluluklarını ifa ederken belirli bir düzen içinde çalışmaları, Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik hükümlerine uygun davranmaları esastır. Nitekim, Anayasa'nın 129. maddesinin birinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları ifade edilmektedir. Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesinin ikinci fıkrasında kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre disiplin cezası verileceği belirtilmektedir.

Disiplin, devlet memurlarının üstlenmiş oldukları görev ve sorumlulukları eksiksiz bir biçimde, layıkıyla yerine getirmeleri için uymaları gereken kuralların tamamı olarak tanımlamak mümkündür. Kamu kurum ve kuruluşlarının düzenine ve çalıştırılan personelin statüsünü belirleyen kurallara aykırı hal ve davranışlara disiplin suçu, bu hal ve davranışlar nedeniyle verilen cezalara ise disiplin cezası denilmektedir.

Disiplin hukuku konusunda genel kanun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur. Devlet memurlarının disiplin suçu teşkil eden fiil ve hallerinin uzun bir listesi ve bu suçların karşılığı olarak verilecek disiplin cezaları Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer almaktadır. Fakat disiplin suçları bu maddede sayılanlardan ibaret değildir. İdare, bu maddede sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları vermeye yetkili kılınmıştır. Bu yerinde bir düzenlemedir. Zira kurumların iç düzenini bozan ya da bozacak fiil ve hallerin tümünün kanun koyucu tarafından öngörülerek tek bir metin halinde ortaya konulması mümkün değildir. Bundan dolayı disiplin suçları konusunda idareye takdir hakkı tanınmıştır. Disiplin cezaları konusunda ise idareye böyle bir takdir hakkı verilmemiştir. Bir başka ifadeyle kanunilik ilkesi disiplin suçları konusunda geçerli değilken disiplin cezaları

konusunda geçerlidir. Devlet Memurları Kanunu ve bazı özel kanunlarda uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, meslekten çıkarma, devlet memurluğundan çıkarma, yer değiştirme, ihtar, tevbih, maaş kesilmesi, kıdem tenzili, sınıf tenzili, kısa süreli durdurma, uzun süreli durdurma gibi disiplin cezaları bulunmaktadır. Görüldüğü gibi bu cezaların bazıları uygulandığı kamu personeli açısından oldukça ağır sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Mesela "meslekten çıkarma" cezası alan emniyet teşkilatında görevli bir memur, emniyet teşkilatı hizmetlerinde bir daha çalıştırılmayacaktır. Yine "devlet memurluğundan çıkarma" cezası alan kişi, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarılmaktadır. Dolayısıyla disiplin cezaları konusunda kanunilik ilkesinin benimsenmiş olması doğru bir yaklaşımdır. Kanunilik ilkesinin kabul edilmiş olması devlet memurunun pozisyonunu kuvvetlendiren bir durumdur. Fakat hukukumuzda disiplin cezalarının genellikle disiplin amiri ya da atamaya yetkili amir gibi tek bir irade tarafından verileceği kabul edilmektedir. Bu uygulamanın memurun güvenliğini zayıflatabileceği ihtimal dahilindedir. Bundan dolayı disiplin cezasının verilmesinde kurulların yetkilerinin arttırılması devlet memurunun lehine bir yaklaşım olacaktır. Zira tek kişinin yanlış ya da yanlı karar verebilme ihtimali kurula göre daha yüksektir. Bir kere tek kişinin disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallerin değerlendirilmesinde yanılma ihtimali, kurula göre, daha yüksektir. Diğer taraftan tek bir kişiyi çevresel, siyasal vs. baskılarla etki altına almak daha kolaydır. Yine tek kişinin disiplin cezası verirken kişisel nedenlerle objektif değerlendirme yapmayarak memurun aleyhine bir tutum sergilemesi de mümkündür. Kuşkusuz bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Fakat bu ifadelerden disiplin amirinin "mutlak kötü", disiplin kurulunun "mutlak iyi" olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. İllaki işini mevzuatın öngördüğü sınırlar içinde layıkıyla yerine getirecek amirler olacaktır. Burada anlatılmak istenen, hayatın normal akışı içerisinde bir kişinin birden fazla kişiden olaşacak olan kurula nispetle yanlış veya yanlı karar verme ihtimalinin daha yüksek olacağından, disiplin cezasının verilmesinde kurulların yetkilerinin arttırılmasının doğrudan memurun ve dolaylı olarak da kamu hizmetlerinin lehine olacağıdır. Bu noktada bir hususa daha değinmekte fayda vardır. İdarenin varlık nedeni üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini en iyi şekilde yürütmektir. Kamu hizmetleri temel olarak kamu personeli yani insanlar tarafından yerine getirilmektedir. Bir insanın rahat, huzurlu, güvenli, iyi ilişkilerin hakim olduğu, karşılıklı saygı ve sevginin esas alındığı bir ortamda çalışıyor olmasının sonuçları kuşkusuz yapılan göreve olumlu olarak yansıyacaktır. Bunun tam tersi olarak baskının, gerilimin, güvensizliğin olduğu

yerde ise çalışanların motivasyonu olumsuz manada etkilenecektir. Bundan dolayı kamu hizmetlerinin yürütülmesinde, daha iyi verim alabilmek için, memurlara huzurlu bir çalışma ortamının sağlanmasında fayda vardır. Bu da amire bağlıdır. Amir, kurumunda gerginliğe sebebiyet verecek davranışlardan kaçınmalıdır. Disiplin yetkilerini memurlarına karşı bir baskı aracı olarak kullanmamalıdır. Rahat, huzurlu, karşılıklı sevgi ve saygının hakim olduğu, işbirliği ve takım ruhunun içselleştirildiği, başarının ödüllendirildiği, kişisel yeteneklerin önemsendiği ve geliştirildiği, her memurun ayrı ayrı önemli ve kıymetli olduğu anlayışının kabul edildiği bir çalışma ortamının oluşturulması konusunda azami gayreti göstermelidir. Bu anlamda amir, kurumundaki huzuru bozmama, gerilimi düşürme ya da gerginlik yaratmama adına disiplin konusunda memuru lehine takdir yetkisini kullanabilmelidir. Bir başka ifadeyle disiplin amiri, kurum düzenine aykırı olan her hal ve fiil nedeniyle hemen soruşturma açma yoluna gitmemelidir.

Zira bazı durumlarda memur lehine pozitif yorum yaparak o memuru kazanmak daha mantıklı olabilir. Bu ifadelerden devlet memurlarının kusurlarının üzerinin örtülmesi, onların hukuka aykırı fiil ve hallerine göz yumulması, memurların lakayıt tavır ve davranışlarının görmezden gelinmesi, görevlerini yapmada dikkatsiz ve özensiz davranmalarının hoş görülmesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Burada temel endişe kamu hizmetlerinin en iyi şekilde nasıl sunulabileceği olmalıdır. Mesela görevlerini azami dikkat ve itinayla yapmakta olan bir memur eşinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmeyerek ya da borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olarak disiplin suçu işlemiş olabilir. Anılan fiilleri işlemiş olan memur hakkında disiplin soruşturması açılarak ceza verilmesi gerekmektedir. Fakat böyle durumlarda disiplin amiri memurun psikolojisini, sağlık durumunu, geçmişteki başarılı hizmetlerini vs. göz önünde bulundurarak memur hakkında soruşturma açılmamasına ya da açılmışsa da disiplin cezası verilmemesine karar verebilmelidir. Bu şekilde davranıldığında, belki de elinde olmayan nedenlerle ya da bilgi eksikliği nedeniyle disiplin cezasıyla karşı karşıya gelecek birinin kaybedilmesinin önüne geçilmiş olacağı söylenebilir. Ayrıca kamu personeli hukukunda memuru motive etme aracı olarak ödüllendirme sisteminin kuvvetlendirilmesinin yerinde bir yaklaşım olacağını eklemekte fayda vardır.

KAYNAKLAR

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014

Akyılmaz, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Haziran-Aralık 2003, Cilt: VI, Sayı: 1-2, s. 239-260

Aslan, Zehreddin, Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa Yayınları, İstanbul 2001

Aslan, Zehreddin, "Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, Eskişehir 2004, s. 13-29

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

Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2014

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1994

Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul 2006

Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2014

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2009

Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004

Günday, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2013

Kırmızıgül, Hüsamettin, Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları, Kazancı Yayınları, İstanbul 1998

Livanelioğlu, Ömer Asım, Memur Disiplin Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, Ankara 2003

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966

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

Pınar, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınları, Ankara 2001

Tezcan, Durmuş, "Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Adil Yargılanma Hakkı", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, Eskişehir 2004, s. 187-208

Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Devlet Memurları El Kitabı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No: 213, Ankara 1985

www.tdk.gov.tr/indeks.php?option=com_gts&kelime=DİSİPLİN(Erişim Tarihi:05.02.2015)

www.etimolojitürkçe.com/kelime/disiplin(Erişim Tarihi:05.02.2015)

Yıldırım, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, Cilt 1, Mimoza Yayınları, Konya 2014

Yıldırım, Ramazan, "Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 14, s. 81-126

Yongalık, Aynur, "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 60, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 1-13.

LES REGIMES LEGISLATIFS DE RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE EN FRANCE*

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY**

RESUME

En France le législateur est intervenu à plusieurs reprises, pour mettre en place des régimes spécifiques de responsabilité. C'est pourquoi il est difficile de systématiser les régimes législatifs de responsabilité. En plus, quand il intervient, le législateur souvent confie le contentieux au juge judiciaire. C'est pour cela qu'aujourd'hui, l'administration répond de sa responsabilité non seulement devant le juge administratif mais aussi devant le juge judiciaire. Le souci d'améliorer la situation des victimes est sans doute un des motifs qui ont inspiré les nombreuses interventions du législateur en matière de responsabilité publique. Ainsi il s'agit soit d'une responsabilité élargie de l'administration, soit, c'est la responsabilité de l'administration qui est substituée à celle de son agent pour faciliter la démarche de la victime. En effet, il est apparu plus important d'indemniser la victime donc le législateur a montré un débiteur solvable à la victime en négligeant ou retardant le problème de déterminer qui est effectivement responsable du dommage subi par celle-ci.

Mots clés : *Droit administratif français, responsabilité de l'administration, régimes législatifs, Systèmes d'indemnité, systèmes de responsabilité.*

FRANSA'DA İDARENİN SORUMLULUĞUNUN YASAL REJİMLERİ

ÖZET

Fransa'da kanun koyucu, özel sorumluluk rejimleri oluşturmak üzere birçok kere müdahalede bulunmuştur. Bu nedenle sorumluluğun yasal rejimlerini sistemleştirmek zordur. Üstelik yasa koyucu bu müdahalelerinde genellikle yargı görevini adli yargıya bırakmıştır. Böylelikle günümüzde idare, sadece idari yargıda değil adli yargıda da sorumluluk iddialarına cevap vermektedir. Mağdurun durumunu iyileştirmek şüphesiz kanun koyucunun bu müdahalelerinin sebeplerinden biridir. Öyle ki, ya idarenin genişletilmiş sorumluluğu ya da mağdurun başvurusunu kolaylaştırmak için idarenin

---

* Bu makale, yazarın 2011 yılında Lyon 3- Jean Moulin Üniversitesinde savunulmuş " La responsabilité de l'Etat et des Collectivités territoriales: Les problèmes d'imputabilité et de répartition" başlıklı yayınlanmamış doktora tezinden türetilmiştir. Tezin fransızca tam metnine şu linkten ulaşılabilir: https://scd-resnum.univ-lyon3.fr/out/theses/2011_out_sevgili_d.pdf

** Yrd. Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. Iletişim : didemsevgili@yahoo.com .

ajanının sorumluluğunu üstlenmesi söz konusu olmaktadır. Gerçekten de mağdurun zararının karşılanması daha önemli görülmüş ve kanun koyucu mağdura ödeme gücü olan bir borçlu göstererek, maruz kalınan zarardan gerçekte kimin sorumlu olduğunun belirlenmesi problemini göz ardı etmiş ya da bu problemin çözümünü geciktirmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Fransız idare hukuku, idarenin sorumluluğu, yasal rejimler, tazminat sistemleri, sorumluluk sistemleri.*

INTRODUCTION

Les systèmes législatifs viennent tout d'abord pour satisfaire le besoin d'indemniser les victimes dans des cas où il est délicat pour le juge administratif d'engager la responsabilité de l'administration. Il est difficile, en effet, d'expliquer comment on peut considérer l'Etat comme « responsable » d'une calamité agricole, d'une catastrophe naturelle, d'un acte terroriste ou de l'insolvabilité d'un escroc. Pour leurs victimes, il faut donc parler de systèmes indemnitaires et non de nouveaux cas de responsabilité[1]. De ce fait il est convenable de distinguer les systèmes législatifs de responsabilité entre les systèmes qui sont liés à une activité de l'administration identifiable (II- Les systèmes de responsabilité) ; et ceux qui sont fondés sur l'idée de risque social ou de solidarité nationale (I- Les systèmes d'indemnité).

I- LES SYSTEMES D'INDEMNITE

Dans les systèmes d'indemnisation, une personne publique indemnise la victime même si elle n'est pas considérée comme « responsable » du dommage. Ces systèmes sont le plus souvent fondés sur l'idée de solidarité nationale (A), sauf dans les cas où ils ont le risque comme fondement (B).

A - L'Indemnisation Des Victimes Sur La Base De Solidarité Nationale

Les lois ayant pour fondement la solidarité nationale sont intervenues soit pour faciliter la tâche de la victime qui avait déjà une voie de recours (1), soit pour lui garantir une indemnisation dans des cas où il est difficile voire impossible de déterminer la personne responsable du dommage (2).

1- La simplification du recours de la victime

Le législateur a choisi d'intervenir dans ces domaines même si l'indemnisation des victimes pouvait être assurée par les voies de droit commun,

[1] RENOUX, p.909.

pour garantir à la victime une indemnisation rapide. C'est effectivement le cas pour les dommages causés par l'armée (a) ou pour ceux causés par l'utilisation de l'amiante (b).

a- Les dommages causés par l'armée

D'après la jurisprudence, en l'absence de loi, les faits de guerre n'entraînent pas la responsabilité de l'Etat. Cette solution a été adoptée car les faits de guerre se rattachent à la politique de relations internationales du pays[2]. En ce sens, selon M. Bécet, parler de responsabilité du service de l'armée peut même paraître paradoxal. L'auteur se demande : « *Peut-il exister des droits individuels à l'encontre d'un corps qui participe à la souveraineté de l'Etat, en étant la condition indispensable ? Ne doit-on pas, à l'inverse, reconnaître à l'armée, en raison de sa mission, une liberté d'action absolue que ne peut entraver l'exercice des libertés particulières ?* »[3]. Face à ces questions, on peut opposer tout d'abord le fait que la guerre n'est pas la seule activité participant de la souveraineté de l'Etat, qui compte également la législation ou la juridiction par exemple. En fait, toute l'évolution de la responsabilité administrative est liée au problème de la souveraineté qui avait à l'époque un caractère divin suivant l'adage : « *L'Etat c'est le Roi et le Roi ne peut mal faire* »[4].

En ce qui concerne la guerre elle-même, on constate que comme elle était considérée comme l'une des manifestations les plus certaines de la souveraineté étatique, il a été admis que le fait de guerre n'engageait pas la responsabilité de l'Etat ; certains ajoutaient que le fait de guerre était un acte de gouvernement dont l'Etat n'était pas responsable. En outre, on disait que les dommages causés par l'ennemi n'engageaient pas la responsabilité de l'Etat puisqu'il n'était pas l'auteur du dommage. Enfin, quelque soit l'auteur du dommage, ennemi ou troupes nationales, on invoquait que l'Etat pouvait juridiquement invoquer la force majeure pour se défaire de toute responsabilité[5].

Cependant, la jurisprudence a beaucoup évolué et l'irresponsabilité de l'Etat souverain est aujourd'hui largement écartée. Dans ses conclusions sur l'arrêt Zimmermann, M. Romieu, commissaire du gouvernement, affirmait que

2 BRAIBANT, STIRN, p.361.

3 SOULIER, p.1039.

4 JEZE, p.27.

5 ROMIEU, concl sur CE, 27 février 1903, Zimmermann, Rec., p.179.

la thèse de l'irresponsabilité de l'Administration pour tous les actes d'autorité ou de commandement communément dénommés actes de puissance publique était beaucoup trop absolue et que l'irresponsabilité de l'Etat pour les actes de puissance publique ne devait pas constituer une fin de non-recevoir opposée aux demandes d'indemnité des particuliers lésés[6]. Un autre commissaire du gouvernement, M. Tessier, expliquait à son tour que le prétendu principe de l'irresponsabilité de l'Etat en matière d'actes de puissance publique était manifestement contraire à la plus élémentaire équité et aux nécessités pressantes d'un régime démocratique[7].

La jurisprudence en ce qui concerne les dommages de guerre pouvait progresser en ce sens, mais cela n'a pas été nécessaire, car presque toujours, à la suite d'une guerre importante ayant causé de nombreux dommages, une loi est intervenue[8]. Cela fut le cas après la guerre de 1914-1918, comme après la guerre de 1939-1945, et les principes de la loi de 1946 ont été étendus à des guerres plus localisées comme celles d'Indochine ou d'Algérie[9].

Le régime des dommages de guerre constitue le type le plus caractéristique de réparation de dommages par l'Etat en dehors de toute condition de faute. Les textes qui organisent spécialement un régime de réparation des dommages de guerre à l'occasion des guerres sont considérés comme des lois de solidarité nationale[10].

En ce qui concerne les dommages causés par l'armée en temps de paix, la volonté de les voir réparés est ancienne. L'article 28 de la loi du 24 juillet 1873 sur l'organisation générale de l'armée prévoyait que les manœuvres militaires pouvaient stationner sur des propriétés privées, moyennant paiement des dommages éventuellement causés. L'article 54 de la loi du 3 juillet 1877 sur les réquisitions militaires finalisa cette intention en prévoyant une procédure d'indemnisation pour les dommages causés aux propriétés « *par les marches, manœuvres et opérations d'ensemble de brigade, de division, de corps d'armée* ». Ce dispositif fut par la suite étendu aux dommages causés, soit par des dégâts matériels, soit par une privation de jouissance, aux propriétés occupées par les troupes ou interdites aux habitants à l'occasion des exercices

[6] CE, 29 mai 1903, Le Berre, Rec., p.415, concl. TEISSIER ; S.,1904.III.p.121, note HAURIOU.

[7] Ce fait est vivement critiqué par M. Soulier dans son article précité.

[8] BRAIBANT, STIRN, p.362.

[9] DE LAUBADERE, GAUDEMET, p.851.

[10] MOREAU, n°41.

de tir en campagne par la loi du 17 avril 1901 *(L. 3 juillet 1877, art. 55. - L. 17 avril 1901)*. La loi du 20 juillet 1918 l'étendit également aux dommages occasionnés par des troupes dans leurs logements ou cantonnements *(L. 3 juillet. 1877, art. 14)*[11]. S'agissant des dommages causés par l'armée en temps de paix on pense également à ceux provoqués par les explosions que l'on va traiter ultérieurement.

En outre, la loi du 31 mai 1924 prévoit l'indemnisation intégrale des dommages causés par tous les aéronefs aux tiers à la surface. L'exploitant d'un aéronef militaire est aussi responsable de plein droit envers les particuliers, quelle que soit la cause du dommage subi, qu'il ait commis une faute ou non, qu'il ait été ou non dans un cas de force majeure ; il suffit que l'aéronef ait été l'instrument du dommage pour que sa responsabilité soit engagée. Car, « *le tiers subit de façon passive et sans contrepartie le risque aérien et qu'il ne devait pas supporter seul la charge de sa réalisation* »[12].

Finalement, la loi du 31 décembre 1957, en transférant à l'autorité judiciaire le contentieux des dommages causés par les véhicules, conduit à confier au juge judiciaire une grande partie du contentieux des dommages causés par l'armée.

Les particularités du service de l'armée ont conduit le législateur à régler presque la totalité du contentieux des dommages causés par les activités de préparation de guerre. Cette insertion du problème dans le domaine législatif permet d'engager la responsabilité de l'Etat alors même que le service a fonctionné normalement et que le lien de cause à effet entre le préjudice allégué et le fait du service n'est pas prouvé avec évidence. En effet, le législateur n'intervient en aucun cas pour sanctionner le service : son seul but est d'assurer à la victime la réparation du préjudice subi quel qu'en soit le responsable[13].

b- Les dommages causés par l'utilisation de l'amiante

L'article 53 de la loi de financement de la sécurité sociale de 2001 a créé un Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, en abréviation FIVA, établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget. Fondé sur le principe de solidarité, ce fonds a pour mission de réparer intégralement les préjudices

[11] BECET, p.142.

[12] *Ibidem,* p.167.

[13] CE, Rapport public 2005, Responsabilité et socialisation du risque, p.273.

des personnes qui ont obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante, des personnes qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante sur le territoire de la République française ainsi que des ayants droit de ces personnes. La gravité, le caractère massif des dommages et la nécessité d'indemniser les victimes le plus rapidement possible expliquent ce recours à la solidarité[14].

La loi a ainsi amélioré le sort des salariés victimes de l'amiante, qui, dans le cadre de la législation sur les maladies professionnelles, ne pouvaient obtenir une indemnisation intégrale que s'il y avait faute inexcusable de l'employeur[15].

Le FIVA est tenu de faire une offre d'indemnisation aux victimes de l'amiante dans les six mois suivant leur demande de réparation. L'acceptation de cette offre vaut désistement des actions juridictionnelles en cours et empêche toute action de droit commun. En cas de rejet de la demande d'indemnisation, ou de non réponse du FIVA dans le délai de six mois, la victime peut agir contre ce fonds. Les voies de recours juridictionnelles normales restent bien entendu ouvertes pour celles des victimes qui choisissent de ne pas saisir le fonds.

En effet, les victimes de l'amiante sont libres de choisir de demander une indemnisation au FIVA, ou de mener des actions contentieuses de droit commun. Dans ce cas, elles peuvent rechercher la responsabilité de l'Etat pour carence fautive et celle de l'employeur pour faute inexcusable. Le recours au fonds n'est qu'une possibilité et les victimes ont la possibilité de ne pas s'adresser à lui et de rechercher ailleurs leur indemnisation[16].

D'ailleurs, le Conseil d'Etat a engagé la responsabilité de l'Etat pour carence en matière de prévention des risques encourus par les travailleurs exposés aux poussières d'amiante[17]. Le juge fonde sa décision sur le fait qu'au regard de la connaissance, les pouvoirs publics ont fait preuve d'une carence

[14] FOMBEUR, p.1234.

[15] TREBULLE, note sous CE Ass., 3 mars 2004, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Bourdignon, c/ Consorts Botella, c/ Consorts Thomas, c/ Consorts Xueref, JCP., 2004.II.10098, p.1131.

[16] CE Ass., 3 mars 2004, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Bourdignon et autres, JCP., 2004.II.10098, p.1131 ; Responsabilité civile et assurances, juil.-août 2004, p.28.

[17] GUETTIER, note sous CE, 3 mars 2004, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Bourdignon et autres, Responsabilité civile et assurances, juil.-août 2004, p.28.

fautive dans la prise en compte et la gestion des risques liés à l'utilisation d'amiante. Ce que le juge reproche surtout à l'administration, ce n'est pas de ne pas avoir elle-même fait procéder à des recherches sur les risques liés à l'inhalation de poussières d'amiante mais c'est de ne pas avoir réglementé face à une situation dont les risques étaient connus[18].

Pour retenir cette responsabilité, le juge d'appel avait effectivement relevé que l'Etat s'était abstenu de prendre les mesures que lui imposaient « *ses obligations en matière de protection de la santé publique et notamment en ce qui concerne la sécurité des travailleurs* »[19].

2- La désignation d'une personne publique solvable

Dans certains cas, il est très difficile voire impossible d'identifier l'auteur du dommage, ou même s'il est identifié, il peut être insolvable. C'est ce qui explique la volonté du législateur d'intervenir pour garantir l'indemnisation des victimes. Il peut s'agir notamment des dommages causés par les attroupements et les rassemblements (a), des dommages subis par les victimes de certaines infractions pénales (b) et des dommages causés par les actes de terrorisme (c).

a- Les dommages causés par les attroupements et les rassemblements

L'article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales dispose que « *l'Etat est civilement responsable des dégâts et des dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence, par des attroupements et rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens. Il peut exercer une action récursoire contre la commune lorsque la responsabilité de celle-ci se trouve engagée* ». L'application de ces dispositions est subordonnée à la condition que les dommages dont l'indemnisation est demandée résultent de manière directe et certaine de crimes ou de délits déterminés commis par des rassemblements ou attroupements précisément identifiés. Par conséquent, lorsque le dommage invoqué a été causé à l'occasion d'une série d'actions concertées ayant donné lieu sur l'ensemble du territoire ou une partie substantielle de celui-ci à des crimes ou délits commis par plusieurs attroupements ou rassemblements, ce régime d'indemnisation n'est applicable que si le dommage résulte de manière directe et certaine de crimes ou de délits déterminés commis par

[18] Avis CE Ass., 20 février 1998, Aff. Sté Etudes et construction de sièges pour l'automobile et autres, req. n°189185, AJDA, 1998, p.1029.

[19] WALINE, p.875.

des rassemblements ou attroupements précisément identifiés. Lorsque les conditions d'application de cet article ne sont pas réunies, la responsabilité de l'Etat peut être engagée sur le fondement des principes généraux de la responsabilité sans faute si le dommage indemnisable présente le caractère d'un préjudice anormal et spécial[20].

La reconnaissance de la responsabilité de l'Etat (au lieu de celle de la commune qui était le cas à la genèse de cette responsabilité) pour les dommages commis lors des rassemblements et des attroupements se justifie par le fait que « *les émeutes éclatent le plus souvent pour des raisons qui ne sont plus locales, mais pour une cause nationale ou même internationale* »[21]. En conséquence, la responsabilité qui en découle ne peut pas être locale, elle est rationnellement étatique car fondée sur la solidarité nationale, avec bien entendu la possibilité d'exercer une action récursoire contre la commune s'il y a lieu. Il en va par exemple ainsi si le maire n'a pas pris les mesures de police nécessaires ou n'a pas exécuté les mesures de police qui avaient été prises par lui ou par l'autorité supérieure, soit par négligence, soit par connivence avec les participants à l'attroupement ou au rassemblement.

En outre, le Conseil d'Etat a estimé que les communes pouvaient elles aussi être « victimes » des attroupements[22]. En effet, écarter les communes du bénéfice de la responsabilité de l'Etat reviendrait à laisser à la charge des communes la réparation des dommages subis par elles, c'est-à-dire à la charge de leurs contribuables, alors que le législateur a précisément voulu que ce risque social soit désormais assumé par la collectivité nationale et non plus par la seule communauté des habitants du lieu, souvent dépassée par l'ampleur des troubles, des dommages et de leurs conséquences financières[23].

b- Les dommages subis par les victimes de certaines infractions pénales

La loi du 3 janvier 1977[24] garantit l'indemnisation de certaines victimes des dommages corporels résultant d'une infraction. Il s'agit d'un cas de

[20] CE, 18 novembre 1998, Commune de Roscoff, req. n°173183 ; DA, janvier 1999, p.28.

[21] TOUVET, note sous CE, 18 novembre 1998, Commune de Roscoff, req. n° 173183 ; DA, janvier 1999, p.28.

[22] L'article 706-3 et suivant du Code de procédure pénale.

[23] Le régime d'indemnisation des victimes d'infractions trouve son origine dans la loi du 3 janvier 1977 et a connu différentes étapes jusqu'à une loi du 9 mars 2004.

[24] CE, 13 mars 1925, Clef, RDP, 1925, p.274, concl. RIVET.

responsabilité de l'Etat dont les textes organisent le régime selon des règles assez particulières[25].

La loi du 3 janvier 1977 prévoit l'indemnisation des personnes blessées ou tuées au cours d'attentats ou d'agressions diverses dont les auteurs sont inconnus ou insolvables. Si l'Etat est tenu de garantir la « sécurité publique », la police était à l'origine soumise à un régime d'irresponsabilité, auquel a mis fin l'arrêt Tomaso Grecco du 10 février 1905. Cependant, ce n'est que vingt ans plus tard que le Conseil d'Etat a précisé que seule une faute lourde pouvait engager la responsabilité de la puissance publique pour les services de police[26]. Aujourd'hui, la responsabilité des services de police pour faute lourde est reconnue lorsqu'elle intervient dans des actions considérées comme difficiles[27]. On pourrait penser, au vu de la jurisprudence, que la responsabilité de l'Etat est retenue car l'Etat a manqué à son devoir de garantir la sécurité publique (d'ailleurs, dans ce cas, la responsabilité des communes peut bien évidemment être également mise en cause), mais en réalité ce système d'indemnisation ne conduit pas à imputer une quelconque responsabilité à l'Etat. C'est en fait une forme d'assistance ou d'assurance pour les victimes démunies qui se trouvent dans une « situation matérielle grave »[28]. D'après M. Maestre, deux considérations sont à l'origine de la loi. Il fallait faire des efforts et prendre des mesures en faveur des délinquants, notamment pour faciliter leur réinsertion sociale[29]. Mais ces mesure rendaient urgente la prise en compte du devoir de solidarité nationale envers les victimes, qui méritaient quelque sollicitude.

En effet, avec l'augmentation de la criminalité et les mesures prises en faveur des délinquants (que l'on ne cherche pas du tout à critiquer), on peut constater l'existence d'une injustice à l'égard des victimes de malfaiteurs qui restent souvent inconnus, ou qui, même s'ils ont été identifiés, sont le plus souvent insolvables. De ce fait, et à la lumière du principe de solidarité et d'égalité de tous les Français devant les calamités nationales consacré par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, socialiser le risque d'être victime d'une infraction pénal est reconnu comme un devoir de la société moderne[30].

[25] DEBBASCH, COLIN, p.505.

[26] MAESTRE, p.145.

[27] LINOTTE, p.215.

[28] Loi n° 77-5 du 3 janvier 1977, J.O., 4 janvier, p.77.

[29] Lois n° 90-589 du 6 juillet 1990, J.O., 11 juillet, p.8175 et n° 2000-516 du 15 juin 2000, J.O., 16 juin, p.9038.

[30] LINOTTE, p.215.

La loi du 3 janvier 1977 est intervenue dans cette perspective : elle prévoyait une indemnisation, mais celle-ci était, en plus d'être limitée dans son montante, réservée aux victimes de certaines infractions[31]. Par la suite, le dispositif a reconnu la nécessité d'une plus grande protection des victimes, en particulier par les lois du 6 juillet 1990 et 15 juin 2000 qui ont augmenté le nombre des infractions ouvrant droit à indemnisation et ont assuré une réparation intégrale pour les atteintes à la personne[32].

c- Dommages causés par les actes de terrorisme

La loi de 1977 sur l'indemnisation de dommages corporels résultant d'une infraction pénale n'avait pas traité la question du terrorisme à part. Par contre, après une vague d'attentats qui a touché la France en 1985 et 1986, le législateur est intervenu à plusieurs reprises et a prévu l'indemnisation intégrale du dommage corporel, les sommes étant versées par un fonds de garantie prévu à cet effet.

En France, c'est sous la pression des associations de victimes relayées par des parlementaires qu'a été adoptée la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, loi qui a établi dans son article 9 une procédure spéciale d'indemnisation des victimes du terrorisme. Ce dispositif, qui a été renforcé par la loi du 6 juillet 1990[33], associe assurance et assistance[34].

En effet, l'article 9 de la loi du 9 septembre 1986 unit la solidarité nationale et l'assurance, disposant en ce sens que « *les contrats d'assurance des biens ne peuvent exclure la garantie de l'assureur pour les dommages résultant d'actes de terrorisme ou d'attentats commis sur le territoire national* », toute clause contraire étant réputée non écrite. Par là-même, en ce qui concerne les dommages causés aux biens, la réparation incombe aux compagnies d'assurance qui ne peuvent refuser de les garantir.

Les dommages corporels, se trouvent quant à eux indemnisés par un fonds de garantie, le « Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions » (FGTI), créé par la loi du 6 juillet 1990, doté de

[31] Loi n° 77-5 du 3 janvier 1977, J.O., 4 janvier, p.77.

[32] Lois n° 90-589 du 6 juillet 1990, J.O., 11 juillet, p.8175 et n° 2000-516 du 15 juin 2000, J.O., 16 juin, p.9038.

[33] Loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le Code de procédure pénale et le Code des assurances et relative aux victimes d'infractions, J.O., 11 juillet 1990, p.8179.

[34] RENOUX, ROUX, p.75.

la personnalité civile, et alimenté par un prélèvement opéré sur les contrats d'assurance de biens[35].

Sont prises en charge les réparations aussi bien des personnes victimes sur le territoire français, que des Français victimes à l'étranger d'actes de terrorisme, d'agression, de coups et blessures volontaires ou involontaires, de viol ou d'agression sexuelle, de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, d'extorsion de fonds, de destruction, de dégradation ou de détérioration d'un bien. La réparation est intégrale[36].

S'il s'agit de garantir, socialement et par avance, l'indemnisation de la victime, seule l'idée de solidarité nationale paraît justifier l'indemnisation des victimes des actes de terrorisme par l'Etat, qui ne peut pas être considéré comme responsable de tels dommages[37].

B- L'Indemnisation Des Victimes Sur Le Fondement Du Risque

Le législateur a prévu l'indemnisation des dommages causés par des vaccinations obligatoires (1) et par des transfusions sanguines (2) sur le fondement du risque.

1- Les dommages causés par des vaccinations obligatoires

De nombreux textes ont rendu obligatoires certaines vaccinations, ce qui est, d'après M. Moderne, l'expression de « *la volonté déterminée des pouvoirs publics de préserver le capital-santé de la nation, élément non négligeable de la puissance étatique* »[38]. Comme le rappelle le Commissaire du Gouvernement Jouvin dans ses conclusions sur l'arrêt Dejous du 7 mars 1958, la vaccination est plutôt « *un bienfait général qu'un avantage individuel* » et l'usager de ce service n'a pas « *le caractère d'un bénéficiaire pur et simple* »[39]. Effectivement les vaccinations ne sont pas sans risques et leurs conséquences sont parfois très graves.

Le contentieux de la réparation de ces dommages présente des caractères spécifiques. D'une part, la vaccination constitue indiscutablement un acte

[35] L'alinéa 2 de l'article L.422-1 du Code des assurances dispose en effet que « ce fonds, doté de la personnalité civile, est alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurance de biens dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, qui fixe en outre ses conditions de constitution et ses règles de fonctionnement ».

[36] Code de procédure pénale art. 706-3.

[37] RENOUX, p.909.

[38] RDP, 1958, p.1087.

[39] DOLL, doct. 2736.

médical ; d'autre part, la victime se trouve dans une situation particulière, car elle n'a pas le choix, la vaccination étant obligatoire et son non-respect étant passible de sanctions. Elle n'a donc pas accepté volontairement les risques[40]. De ce fait, les dommages survenus suites à une vaccination obligatoire doivent être indemnisés selon le sens de la justice puisque que ces victimes sont en fait « *sacrifiées dans l'intérêt générale* »[41].

L'article L.10-1° du Code de la santé publique, avait formulé la responsabilité pour risque social et permis de mettre en cause cette responsabilité sans faute dès qu'il est établi que le dommage résulte directement d'une vaccination[42]. Toute responsabilité de l'Etat était cependant exclue lorsque la vaccination dommageable avait été pratiquée en dehors des centres agréés précisés par l'arrêté du 19 mars 1965.

La loi n° 75-401 du 26 mai 1975 a fait disparaître de l'article 10-1 du Code de la santé publique les termes « *centre agrée de vaccination* » et le régime de la responsabilité de l'Etat en matière d'accidents consécutifs à des vaccinations obligatoires se trouve ainsi unifié.

Cette extension est justifiée par de multiples considérations. En effet, si la responsabilité est établie sur le fondement du risque social, dans la mesure où ce risque est créé par l'Etat-même à cause de la vaccination obligatoire, celui-ci doit logiquement en supporter les conséquences quel que soit le centre médical où la vaccination a été effectuée. Comme la vaccination est une obligation légale imposée, nul ne peut en principe s'y soustraire, sauf contre-indication médicale. On ne peut donc considérer que les victimes d'accidents post-vaccinaux se sont volontairement exposées à ce risque. De plus, comme nous l'avons expliqué, on ne peut pas considérer les personnes assujetties à l'obligation vaccinale comme des bénéficiaires du service qui doivent en contrepartie supporter les dommages imputables aux vaccinations obligatoires[43].

Précisons que le texte n'est valable que pour les vaccinations obligatoires et ne saurait s'appliquer aux vaccinations facultatives (contre la grippe par exemple), sauf si la victime prouve une faute de service[44]. Il

[40] TRAVARD, p.303.

[41] DOLL, doct. 2736.

[42] MODERNE, chron. p.161.

[43] CE, 28 janvier 1983, Mlle Amblard, Rec., p.32.

[44] DOLL, doct. 2736.

s'applique par contre aux vaccinations pratiquées en application du règlement sanitaire international (choléra, fièvre jaune)[45]. Par ailleurs, rien n'est changé au principe de l'action récursoire éventuelle de l'Etat contre le médecin ou la sage-femme qui aurait commis une faute lourde lors de la vaccination.

Certes, dans la plupart des hypothèses, les accidents de vaccination sont dus soit à une faute médicale (erreurs ou négligences graves dans l'administration du vaccin) soit à un fonctionnement défectueux du service ; mais il est des cas où aucune faute ne peut être établie, la cause du préjudice restant pratiquement inexplicable : les réactions de l'organisme après l'injection du vaccin ne sont pas toujours médicalement prévisibles[46]. Or, les accidents causés par les vaccinations ont parfois des conséquences dramatiques. Les encéphalites consécutives aux vaccinations antivarioliques interdisent notamment aux jeunes victimes un développement psychique et intellectuel normal. Sans doute sont-elles exceptionnelles mais en l'état actuel de la science, elles ne peuvent être prévenues[47].

Le décret du 29 avril 2002, pris en application de l'article L. 1142-22 du Code de la santé publique, a créé l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, qui est un établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé. Il est chargé, entre autres, de la réparation des dommages directement imputables à une vaccination obligatoire.

2- Les dommages subis par les personnes atteintes de SIDA post-transfusionnel

A la suite de la tragédie de la contamination de personnes transfusées, l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991 établit une « *responsabilité de plein droit* » de l'Etat à l'égard des personnes victimes d'une contamination par le virus d'immunodéficience (SIDA) à la suite d'une transfusion sanguine ou si elles ont été infectées par des produits dérivés du sang[48]. Pour assurer la charge des indemnités, cette loi crée un fonds d'indemnisation financé à la fois par l'Etat et par une contribution des compagnies d'assurances.

La mise en place de ce fonds vise en particulier à indemniser les victimes de contaminations transfusionnelles intervenues à une période où les

[45] MODERNE, p.195.

[46] MODERNE, chron. p.161.

[47] RIVERO, WALINE, p.443.

[48] CE, Rapport public 2005, p.249.

connaissances sur le virus du SIDA et ses modes de transmission ne permettaient pas d'identifier le risque ni les moyens d'y parer, et partant de mettre en cause des responsabilités[49]. Ainsi que le rappelait, au cours d'un débat, le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale, l'objet du dispositif n'était ni de reconnaître ni d'écarter a priori la faute de tel ou tel acteur de la chaîne transfusionnelle, mais, dès lors que la recherche de responsabilités n'aurait permis d'indemniser qu'un nombre limité de personnes, de mettre en œuvre « *un régime d'indemnisation générale le plus large et le plus juste possible et qui, pour ce faire, ne peut se placer que sur le terrain du risque* »[50].

Les victimes doivent établir le lien de causalité entre la transfusion sanguine et le dommage. Il est établi si l'instruction n'a pas permis d'identifier d'autres modes de contamination et que l'enquête n'a pas permis de conclure à l'innocuité des produits sanguins fournis par le centre de transfusion[51]. L'indemnisation intégrale est accordée par la commission d'indemnisation du Fonds. Les décisions de la commission sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris.

La loi de 2004 supprime le Fonds et confie la charge de l'indemnisation à un nouvel établissement public, financé par l'assurance maladie : l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), désormais aussi chargé d'indemniser les victimes de vaccinations obligatoires.

Le législateur n'a pas donné un caractère obligatoire à cette procédure d'indemnisation. Les victimes peuvent donc, pour obtenir leur indemnisation, user également des procédures de droit commun. La victime du SIDA peut vouloir engager soit la responsabilité de l'Etat, soit celle des centres de transfusion sanguine. La responsabilité de l'Etat peut être engagée pour les carences constatées dans l'organisation générale de la transfusion sanguine et dans le contrôle des centres de transfusion, elle peut être engagée également pour le retard mis par l'Etat à interdire l'utilisation de produits non-chauffés.

II LES SYSTEMES DE RESPONSABILITE

Nous avons vu que dans les systèmes d'indemnisation, le but est d'indemniser la victime en dehors de toute idée de « responsabilité » d'une personne publique. A l'inverse, dans les systèmes de responsabilité, il s'agit bien d'un problème de reconnaissance de la responsabilité et la responsabilité

[49] BOULARD, 3e séance du 9 septembre 1991, J.O. des débats A.N., p.7405.

[50] DEBBASCH, COLIN, p.538.

[51] BRAIBANT, STIRN, p.359.

de l'administration est envisagée par le législateur soit pour faute (A) soit sans faute(B).

A– Les Systèmes Législatifs De Responsabilité Pour Faute

C'est le cas des dommages causés par les élèves ou aux élèves de l'enseignement public ou privé sous contrat (1), des dommages causés par le fonctionnement du service public de la justice (2), des dommages causés par les services des postes et télécommunications (3), des dommages causés par les véhicules administratifs (4) ou encore des dommages causés par les services des assemblées parlementaire (5).

1- Les dommages causés par les élèves ou aux élèves de l'enseignement public ou privé sous contrat

La responsabilité des « instituteurs » repose sur la loi du 5 avril 1937 qui en fait un régime de responsabilité civile, par dérogation au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Selon M. Darcy, sur le plan juridique, la loi du 5 avril 1937, reprenant le texte qui avait déjà figuré sous une forme légèrement différente dans une loi de 1899 et qui est inséré en partie à l'article 1384 du Code civil[52], tire son originalité du système de substitution de l'Etat aux membres de l'enseignement[53]. Cela ressort explicitement des dispositions de l'article 2 de la loi de 1937 qui prévoient notamment que *«la responsabilité de l'Etat sera substituée à celle desdits membres de l'enseignement qui ne pourront jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants»*. Cette substitution possède, d'après M. Fialaire, un double intérêt : en premier lieu, « v*is-à-vis de la victime, elle apparaît comme une garantie d'indemnisation. Elle réalise ainsi un objectif semblable à celui lié à l'extension par la jurisprudence relative à la responsabilité administrative de la notion de faute personnelle non dépourvue de lien avec le service ».*

En outre, la loi de 1937 a un intérêt significatif pour l'instituteur. Tant que la matière de responsabilité dans le domaine d'enseignement était régie par la loi de 1899, jusqu'à l'intervention de la loi de 1937, les instituteurs ne pouvaient invoquer le bénéfice de la jurisprudence Pelletier de 1873. Cette responsabilité met ainsi ceux-ci *« à l'abri des poursuites diligentées devant le juge civil au nom de la victime, seul l'Etat pouvant être cité »*[54].

[52] DARCY, p.63.

[53] FIALAIRE, Fasc. 966, n°37.

[54] Circulaire du 30 septembre 1968 relative à la vie scolaire et à la responsabilité des membres de l'enseignement public, AJDA, 1969, p.408.

La loi du 5 avril 1937 prévoit que la responsabilité civile de l'Etat se substitue à celle de l'enseignant, que le fait dommageable se produise pendant la scolarité ou en dehors de la scolarité, dès lors qu'il se produit pendant des activités organisées dans un but d'éducation morale ou physique non interdit par les règlements. Les personnes protégées par cette loi sont donc non seulement celles qui ont directement la charge d'un enseignement mais aussi toutes celles qui exercent une mission en liaison étroite avec lui : une mission d'enseignement, de formation ou d'éducation « non interdite par les règlements », et donc toutes celles qui à ce titre se voient confier des élèves[55].

S'agissant d'établissements privés d'enseignement, la substitution de l'Etat ne se conçoit que si l'Etat est en mesure d'exercer son autorité sur le personnel de l'établissement[56].

La loi substitue la responsabilité de l'Etat à celle des enseignants, sans aller cependant jusqu'à admettre une responsabilité pour risque : dans son recours contre l'Etat, la victime devra prouver une faute[57]. Donc la victime ou ses ayants droit doivent prouver la faute de l'éducateur et le lien de causalité existant avec le dommage dont il est demandé réparation.

Aux termes des dispositions de l'alinéa 3, article 2, de la loi du 5 avril 1937, « *l'action récursoire pourra être exercée par l'Etat, soit contre l'instituteur, soit contre les tiers, conformément au droit commun* ». L'action récursoire de l'Etat ne sera donc pas automatique et elle sera limitée : « *Limitée à une faute personnelle caractérisée, détachable du service, ou, faute lourde sans aucun rapport avec la mission éducatrice* »[58]. L'enseignant se trouve ainsi à l'abri de toute action en indemnité menée par la victime, mais si sa faute peut être prouvée, et si celle-ci est détachable de sa fonction, l'Etat, débiteur initial exclusif de la dette, sera en mesure d'intenter une action récursoire contre celui-ci[59].

La loi de 1937 exclut de son champ d'application les hypothèses où l'instituteur est étranger au dommage. Il laisse ainsi dans le droit commun de la responsabilité administrative les cas où l'accident est dû à un mauvais entretien des locaux scolaires ou à un défaut dans l'organisation du service.

---

[55] LAURROUMET, Obs. sur Reims ch. Civ., 20 janvier 1977, Préfet des Ardennes c. Compagnon et autres, D., 1979, IR, p.67.

[56] MORAND-DEVILLER, p.758 ; DEBBASCH, COLIN, p.534.

[57] DARCY, p.65.

[58] *Ibidem,* p.1.

[59] TOUFFAIT, AVERSENG, chron. p.261.

2- Les dommages causés par le fonctionnement du service public de la justice

Le dogme de l'irresponsabilité de l'Etat a longtemps couvert l'ensemble de toutes les activités rattachées à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ainsi M. Ardant a pu constater que « *de toutes les activités étatiques, il n'y avait que la fonction juridictionnelle pour rester au stade initial, elle constituait la dernière forteresse de l'arbitraire étatique* »[60].

Pour ce qui est des autres fonctions étatiques, la fonction exécutive ou la fonction législative, il a été effectivement admis qu'elles causent des dommages et entraînent la mise en cause de la responsabilité de l'administration, alors qu'on considérait que l'œuvre de la justice était par définition correcte, conforme au droit, et donc qu'elle ne pouvait créer de préjudice qui ne soit légitime[61]. La fonction juridictionnelle est une forme de l'expression de la souveraineté de l'Etat, ce qui empêchait la reconnaissance de la responsabilité de celui-ci en la matière.

Accepté comme incontestable, ce principe d'irresponsabilité ne connaissait que deux exceptions législatives. En effet, la loi du 8 juin 1895, réformant le pourvoi en révision, permettait l'allocation d'indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires et la loi du 7 février 1933, modifiant la procédure de prise à partie, déclarait l'Etat civilement responsable des dommages et intérêts mis à la charge des magistrats[62]. La victime d'un dommage subi du fait de la police administrative avait droit à une indemnisation ; par contre, la victime d'une opération de police judiciaire ne pouvait prétendre à aucune indemnisation.

Le 23 novembre 1956, avec l'arrêt Giry[63], l'irresponsabilité de l'Etat-juge s'inclina[64]. Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé que le litige mettait en cause la responsabilité de la puissance publique à l'occasion du fonctionnement du service public de la justice ; que les tribunaux judiciaires ont en pareil cas le pouvoir et le devoir de se référer aux règles du droit public ;

---

[60] Cass. civ. 23 novembre 1956, Trésor public c/ Giry, Bull. civ. II, 407 ; D., 1957, p.34, concl. LEMOINE ; AJ, 1957.II.91, chron. FOURNIER et BRAIBANT ; JCP, 1956.II.9681, note ESMEIN ; RDP, 1958, p.298, note WALINE.

[61] DE VALICOURT, p.246.

[62] RENARD-PAYEN, ROBINEAU, p.59.

[63] CE, 29 décembre 1978, Darmont, D., 1979 p.278, note VASSEUR, RDP, 1979, p.1744, note AUBY.

[64] TC., 15 mars 1999, M. Ghenai c/ La Poste, req. n° 3081.

et qu'ils doivent en l'espèce appliquer le principe selon lequel la responsabilité de l'administration est engagée sans faute à l'égard de ses collaborateurs occasionnels, qu'ils soient bénévoles ou requis.

Cependant, la portée de cette jurisprudence était doublement limitée. D'abord, en ce que la décision de justice elle-même ne pouvait engager la responsabilité de l'Etat ; ensuite, en ce que cette responsabilité n'était encourue qu'à l'égard d'un collaborateur du service de la justice et non du justiciable lui-même, usager de ce service[65].

La loi du 5 juillet 1972 a mis fin à cette légende d'irresponsabilité en la matière et a consacré la possibilité de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par le fonctionnement du service public judiciaire. La loi du 5 juillet 1972 s'applique à l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire, mais pas à celles de l'ordre administratif, le Conseil d'Etat ayant jugé, dans l'arrêt Darmont, que l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972 ne s'appliquait pas à la justice administrative[66]. La responsabilité de la justice administrative peut toutefois être engagée mais elle ne trouve pas sa source dans l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, sa source se trouve selon le Conseil d'Etat « *dans les principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique* ». Enfin, en vertu de l'article L.141-2 de l'ordonnance du 8 juin 2006, l'Etat garantit les victimes des dommages causés par les fautes personnelles des juges et autres magistrats, sauf en cas de recours contre ces derniers.

3- Les dommages causés par les services des postes et télécommunications

En vertu de l'article 25 de la loi du 2 juillet 1990 portant sur l'organisation de la poste et des télécommunications, les relations de la Poste, établissement public à caractère industriel et commercial, avec ses usagers, sont régies par le droit commun et les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires, à l'exception de ceux qui relèvent, par leur nature, de la juridiction administrative[67]. Quant à la personne morale de droit public France Télécom, elle a été transformée à compter du 31 décembre 1996 en entreprise nationale, dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social

[65] Avis CE, 11 juillet 2001, M. Adelée, n°229486.

[66] CE, 29 décembre 1978, Darmont, D., 1979 p.278, note VASSEUR, RDP, 1979, p.1744, note AUBY.

[67] TC., 15 mars 1999, M. Ghenai c/ La Poste, req. n° 3081.

par la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996. Ses biens, qui relevaient du domaine public, ont été déclassés à la même date. En conséquence, quelles que soient les dates auxquelles ils ont été entrepris et achevés, les ouvrages immobiliers appartenant à la société France Télécom ne présentent plus, depuis le 31 décembre 1996, le caractère d'ouvrages publics et les dommages causés par ces derniers ne sont plus susceptibles d'être qualifiés de dommages de travaux publics que pourrait reconnaître la juridiction administrative. Toutefois, il en va autrement pour les biens publics tels qu'une voie publique et tout ce qui en constitue une dépendance[68].

Le Code des postes et des communications électroniques précise que la responsabilité des prestataires de services postaux est engagée dans les conditions prévues par les articles 1134 et suivants en ce qui concerne l'exécution des contrats, dans les articles 1382 et suivants pour ce qui est des délits et des quasi délits, et dans le Code civil au sujet des pertes et avaries survenues lors de la prestation, mais que cette responsabilité tient compte des caractéristiques des envois et des tarifs d'affranchissement selon des modalités fixées par un décret en Conseil d'Etat qui détermine des plafonds d'indemnisation.

4- Les dommages causés par les véhicules administratifs

Il est incontestable que les conditions dans lesquelles se produisent les accidents de la circulation, qu'ils soient causés par des véhicules administratifs ou par des véhicules privés, sont similaires[69]. Cependant, dans le contentieux des accidents de la circulation, le montant des indemnités allouées aux victimes des accidents imputables à des collectivités publiques était auparavant extrêmement faible, surtout si on le comparait au montant des indemnités allouées par les tribunaux judiciaires dans des hypothèses semblables[70]. Ce qui a conduit le législateur à unifier ce contentieux et à prévoir la compétence exclusive de la juridiction judiciaire pour la réparation des « *dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque* », à l'exception seulement des « *dommages occasionnés au domaine public* ».

Par dérogation à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, la loi du 31 décembre 1957 réserve ainsi au juge judiciaire le contentieux des dommages causés par les véhicules propriété des personnes publiques ou dont elles

[68] Avis CE, 11 juillet 2001, M. Adelée, n°229486.

[69] GAUDEMET, p.412, n° 883.

[70] BENOIT, doct. 1444.

ont la garde. En effet, il n'est pas nécessaire que le véhicule appartienne à une collectivité publique pour que l'accident dans lequel il est impliqué tombe sous le coup de l'art. 2 de ladite loi. Cette dernière vise un véhicule « *quelconque* », il peut donc être privé aussi bien que public, du moment qu'un agent administratif en service a causé l'accident (et l'on considère comme tel également un militaire, en raison du lien de subordination qui le rattache à l'autorité)[71].

La loi dispose expressément que « *la responsabilité de la personne morale de droit public étant, à l'égard des tiers, substituée à celle de son agent, auteur des dommages causés dans l'exercice de ses fonctions* ». Pour la victime d'un accident de la circulation impliquant un véhicule administratif, le système paraît donc simple : elle devra attraire devant le juge judiciaire, qui jugera « conformément aux règles du droit civil », la personne publique dont relève l'agent conducteur, et elle seule.

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi, la responsabilité de la personne morale de droit public est ainsi substituée à celle de son agent à l'égard de la victime, quelle que soit la nature de la faute commise par celui-ci, à la seule condition que la faute ait été commise par l'agent dans l'exercice de ses fonctions. La loi précise aussi que la substitution joue « *à l'égard des tiers* ». Donc, l'Administration, ainsi condamnée à supporter le poids d'une faute personnelle, pourra se retourner ensuite contre l'agent fautif suivant les règles de droit public applicables en pareil cas[72].

Si la faute personnelle commise est étrangère aux fonctions publiques de l'agent, la loi du 31 décembre 1957 devient par contre inapplicable, et la victime ne dispose plus que des actions de droit commun, soit devant les tribunaux judiciaires contre l'auteur de l'accident, soit devant la juridiction administrative contre l'administration[73]. Dans le cas où l'agent public incriminé ne se trouvait pas dans l'exercice de ses fonctions lors de l'accident, la responsabilité de l'administration ne peut pas être mise en cause si l'accident était dépourvu de tout lien avec le service. Donc c'est la responsabilité de l'agent public qui va être mise en cause devant les juridictions judiciaires, conformément au droit commun. Par contre, si la question du lien avec le service est sérieusement contestée, c'est la juridiction administrative qui a la

[71] BLAEVOET, chron. p.9.

[72] BENOIT, doct. 1444.

[73] BENOIT, doct. 1444.

compétence de décider s'il y a un lien et si la responsabilité de l'administration peut être retenue[74].

5- Les dommages causés par les services des Assemblées parlementaires

Selon l'article 8 de la loi organique du 17 novembre 1958 « *l'Etat est responsable des dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires* ». C'est un régime de substitution de responsabilité et non un régime fondé sur le risque. Une faute doit être prouvée. Par « assemblée parlementaire », on doit entendre l'Assemblée nationale, le Sénat et le Congrès. Par « services » on doit entendre les personnes qui n'ont pas la qualité de parlementaires et qui agissent sous l'autorité du Président ou des questeurs et celles qui ont la qualité de parlementaires lorsqu'elles n'agissent pas en cette qualité, mais comme organes administratifs des Assemblées[75].

B– Les Systèmes Législatifs De Responsabilité Sans Faute

Le législateur a également crée des systèmes de responsabilité sans faute. C'est notamment le cas pour les dommages causés par la détention provisoire (1), pour les dommages provoqués par des explosions (2), pour ceux causés par l'utilisation de l'énergie nucléaire (3) et pour ceux subis par les agents publics dans l'exercice de leurs fonctions (4).

1- Les dommages causés par la détention provisoire

La détention provisoire se place entre la phase de police judiciaire et le moment du jugement. Elle peut causer un dommage aussi grand et aussi injuste que le fonctionnement de la police judiciaire ou que celui des juridictions de jugement quand celles-ci condamnent un innocent. L'acquittement postérieur à la détention provisoire lave mal les soupçons, parce qu'il peut être prononcé au bénéfice du doute[76]. Cependant les dommages subis par les personnes ayant accompli une détention mais dont l'innocence avait été reconnue ne donnaient traditionnellement le droit à aucune réparation de la part de l'Etat. C'est une loi de finance du 8 avril 1910 qui institua pour la première fois un crédit intitulé « secours aux individus relaxés ou acquittés ». Rejoignant un objectif d'équité, cette indemnité excluait par nature toute action en responsabilité de l'Etat qui n'était pas envisageable en la matière[77].

[74] TC., 20 novembre 1961, Compagnie La Providence et dame Grima c/ Duclos, Rec., p.880 ; D., 1962, p.265, note LECLERCQ.

[75] DEBBASCH, COLIN, p.535.

[76] LEAUTE, p.61.

[77] KARSENTY, JCP, 2003.I.108.

Quant à la loi du 17 juillet 1970, elle reposait sur l'idée « *que la collectivité doit supporter dans certains cas, même en l'absence de faute imputable à ses agents, les conséquences dommageables du risque créé par le fonctionnement de ses services afin d'éviter une rupture de l'égalité devant les charges publiques* »[78]. La loi de 1970 avait ainsi été fondée sur la théorie du risque. Une indemnité pouvait être accordée à toute personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement devenue définitive, lorsque cette détention lui a causé un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité. L'application pratique de ce texte s'est révélée complexe : la question se posait notamment de savoir si le bénéfice de l'article 149 devait être réservé aux seules personnes dont l'innocence ne faisait pas de doute comme le suggéraient certains[79] alors que c'est justement ce doute jeté sur une personne qui constitue en partie le dommage dont elle est victime. Dans ce cas, il est question d'un autre procès que celui qui est conduit contre la victime : il s'agit du procès mené par la victime pour la reconnaissance de son innocence, contraire aux principes élémentaires du droit pénal. Il fallait également prendre en compte les victimes qui contribuaient à la survenance du dommage par leurs propres fautes : il apparaissait légitime de retenir les fautes commises par le requérant, telles que les faux aveux ou les recours dilatoires ayant conduit à sa détention.

L'exigence d'un préjudice « *manifestement anormal et d'une particulière gravité* » a été supprimée par la loi du 30 décembre 1996. Par contre, pour garantir de manière objective l'obtention d'une réparation juste et équitable, il a fallu attendre les lois de l'année 2000.

L'article 149 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 17 janvier 1970 et modifié par la loi du 15 juin 2000 et celle du 30 décembre 2000 introduit un principe de réparation intégrale du préjudice subi par la personne qui a été détenue au cours d'une procédure qui s'est terminée favorablement pour elle. La loi a ainsi institué « *un système de garantie sociale* » basé sur le principe « *d'indemnisation systématique* »[80].

2- Les dommages causés par des explosions

Dès 1874, le Conseil d'Etat posait le principe de la responsabilité sans faute de l'Etat à l'occasion de l'explosion d'une poudrerie. Il s'agissait en

[78] Doc. A.N., 28 mai 1970, J.O., 29 mai 1970, p.1148.

[79] LEAUTE, p.61.

[80] CE, 9 mars 1877, de Plazanet, Rec., p.617.

l'espèce d'une entreprise privée qui fabriquait de la poudre blanche, sous les ordres et dans l'intérêt exclusif de l'Etat. Après avoir relevé que « *la cause de l'explosion est impossible à signaler ou même à présumer* », ce qui constituait donc un cas fortuit, le Conseil d'Etat déclarait formellement que « *le sieur de Plazanet est fondé à soutenir que c'est à l'Etat, par les ordres et dans l'intérêt du quel la fabrication de la poudre blanche a été entreprise, qu'il incombe de supporter les conséquences dommageables de cette fabrication, soit vis-à-vis du requérant, propriétaire de l'entreprise, soit vis-à-vis des tiers* »[81]. Dans un second arrêt, relatif au montant de l'indemnité, le Conseil d'Etat reprenait purement et simplement ces mêmes termes[82]. A cette époque, le droit positif, d'origine jurisprudentielle, a donc consacré un système de responsabilité sans faute de l'Etat pour les conséquences de ces explosions. Les termes de l'arrêt de Plazanet conduisent à penser que c'est l'idée de risque créé qui servait de fondement à cette jurisprudence[83].

A la suite d'une nouvelle explosion, le Conseil d'Etat a admis la responsabilité de l'Etat, mais cette fois sur le terrain de la faute[84]. Dans cette nouvelle affaire, il a relevé que « *l'explosion de la poudrerie ne se serait pas produite si toutes les précautions propres à l'éviter avaient été prises ; que, par suite, l'Etat n'est pas fondé à décliner sa responsabilité* ». En 1919, le classique arrêt Regnault-Desroziers[85] va s'inscrire dans le cours de cette évolution, consacrant à nouveau, par un revirement de jurisprudence définitif, le système de la responsabilité sans faute. L'idée, déjà incluse dans le vieil arrêt de Plazanet de 1874 va être reprise, mais avec plus d'éclat : surgit l'idée de risque exceptionnel. Le commissaire du gouvernement Corneille avait en effet proposé au Conseil d'Etat de considérer que la responsabilité de l'Etat soit engagée en raison des fautes commises par l'autorité militaire dans l'organisation du service, mais le Conseil d'Etat ne l'avait pas suivi et avait reconnu aux requérants le droit à une indemnité en raison du risque anormal de voisinage créé par l'accumulation d'une grande quantité de grenades à proximité d'une agglomération et par la manutention constante de ces engins, dans des conditions d'organisation sommaires. Désormais, les victimes d'un

[81] BENOIT, JCP, 1953.I.1072.

[82] CE, 20 mai 1904, Perrimond, Rec., p.422.

[83] CE, 28 mars 1919 Regnault-Desroziers, Rec., p.329 ; RDP, 1919, p.239, concl. CORNEILLE, note JEZE ; D., 1920.3.1 note APPLETON ; S., 1918-1919.3.25, note HAURIOU ; GAJA, n°36.

[84] GAJA, n°36- 4.

[85] Origine et objet de la loi, D., 1923, lois et décrets, rapports et discussions législatives, p.181.

risque exceptionnel vont recevoir réparation sans avoir à prouver l'existence d'une faute. Le développement de la jurisprudence a conduit à admettre que ce risque peut résulter de choses, d'activités ou de situations dangereuses[86].

La loi du 9 avril 1898 concernant la responsabilité des accidents du travail portait sur la responsabilité des accidents dont les ouvriers peuvent être victimes dans leur travail. Quant aux tierces victimes, elles pouvaient faire appel aux principes généraux posés dans les articles 1382 et suivants du Code civil[87]. Mais ces principes généraux consacrent l'idée qu'en l'absence d'un contrat, seule la faute peut engendrer une responsabilité vis-vis de la victime d'un dommage.

C'est pourquoi s'est faite jour la nécessité d'intervenir pour le législateur. La loi du 3 mai 1921 sur la réparation des dommages occasionnés aux tiers par des accidents survenus dans les établissements de l'Etat ou dans les établissements industriels privés travaillant pour la défense nationale s'applique aux dommages corporels ou matériels causés aux tiers à la suite d'une explosion, une déflagration, une émanation de substances explosives, corrosives, toxiques, etc... lorsque la réparation ne peut être obtenue par les recours de droit commun.

La loi du 3 mai 1921 consacre la responsabilité de l'Etat en cas de dommages matériels ou physiques causés à des personnes étrangères à l'entreprise, publique ou privée, par la fabrication, le transport, la conservation en stock d'une fraction particulièrement dangereuse du matériel destiné à être mis à la disposition de l'armée en vue d'opérations de guerre[88].

Or, « *depuis 1921, grâce à la maîtrise de l'atome, le progrès des techniques a marqué une accélération spectaculaire, spécialement dans le domaine militaire* »[89]. La loi du 3 mai 1921 s'avère insuffisante pour assurer la réparation des dommages causés par l'emploi nouveau de l'énergie nucléaire.

3- Les dommages causés par l'utilisation de l'énergie nucléaire

La spécificité du risque nucléaire exige un régime particulier de responsabilité civile. Les effets d'un accident nucléaire peuvent frapper des régions éloignées de l'installation en question et par conséquent

[86] Origine et objet de la loi, D., 1923, lois et décrets, rapports et discussions législatives, p.181.

[87] KEREVER, p.43.

[88] TRAVARD, p.284.

[89] BRECHON-MOULENES, p.66.

rendre difficile l'établissement d'un lien de causalité entre l'accident et les dommages causés. Par ailleurs, les conséquences d'un tel accident peuvent être catastrophiques, tant au niveau humain que matériel. En effet, comme les autres dégâts écologiques d'ailleurs, les effets radioactifs d'un accident nucléaire ne pourront pas être limités ni dans le temps ni dans l'espace, à l'instar de l'exemple redoutable de l'accident de Tchernobyl à la suite duquel des nuages nucléaires ont traversés les frontières. C'est pourquoi le dommage écologique n'est pas limité au pays où est survenu l'accident. L'ampleur des dommages susceptibles d'être causés par le nucléaire a donc incité les Etats à mettre en place les régimes internationaux issus de la convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et de celle de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire amendée et complétée par plusieurs protocoles additionnels : les grands principes en la matière furent ainsi fixés, et le soin en a été laissé aux Etats signataires de préciser un certain nombre de points .

En France, la loi n° 68-843 du 30 octobre 1968 règle les questions de fond et de procédure laissées à l'initiative des législations nationales par la Convention de Paris. Cette imbrication est bien exprimée par l'article 1 de la loi du 30 octobre 1968 qui énonce que les dispositions de cette loi fixent les mesures qui, en vertu de deux conventions internationales signées par la France, « *sont laissées à l'initiative de chaque pays contractant* »[90]. Le champ d'application est énoncé par l'article 3 de la convention de Paris : il s'agit des dommages causés « *par un accident nucléaire mettant en jeu soit des combustibles nucléaires, produits ou déchets radioactifs détenus dans cette installation, soit des substances nucléaires provenant de cette installation* ». L'article 2 de la loi de 1968 précise que sont concernées toutes les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui exploitent une installation nucléaire, civile ou militaire à usage pacifique. Sur le fond, il s'agit d'une responsabilité objective de l'exploitant : il devra indemniser dès lors qu'il a causé les dommages. Si les victimes sont avantagées en ce qu'elles n'ont pas à faire la preuve d'une faute, la question du lien de causalité s'avère redoutable : étant donné les forces en jeu et les possibilités de destruction, d'éventuelles expertises pourraient être bien difficiles à mener après coup[91].

[90] ODIER, p.279.

[91] EWARD, p.5.

L'Etat est ainsi soumis à un régime législatif de responsabilité, soit à titre principal lorsque le dommage est causé par un navire ou une installation nucléaire affectés à l'un de ses services publics, soit subsidiairement comme garant de l'exploitant quand l'indemnisation est à la charge de ce dernier[92]. Il résulte de ces dispositions un système de responsabilité sans faute à la charge exclusive de l'exploitant des installations civiles. Cette réparation est cependant limitée et au-delà de cette limite l'Etat doit prendre en charge l'indemnisation des victimes.

Le besoin de garantie est, d'après M. Odier, la contrepartie des risques créés et justifie le mécanisme de l'assurance obligatoire[93]. En matière nucléaire, il n'est pas suffisant d'avoir un responsable, il faut un responsable solvable et l'assurance obligatoire qui existait déjà dans d'autres domaines s'est imposée comme étant le moyen le plus efficace de répondre à l'attente des victimes en la matière[94].

La loi du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire attribue compétence à l'ordre judiciaire pour réparer les dommages causés par les accidents nucléaires. En matière de navires nucléaires également, la loi du 12 novembre 1965 instaure le principe de la responsabilité sans faute à l'égard de l'exploitant. Si l'assurance ne permet pas l'indemnisation, la réparation est supportée par l'Etat à titre subsidiaire[95].

Le législateur a dernièrement adopté la loi du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français[96]. La loi pose trois conditions cumulatives pour que le droit à réparation soit ouvert. Il faut que la victime ait été présente sur les sites d'exposition nucléaire ou dans les zones de retombées de matières radioactives ; cette présence doit être intervenue à une période de contamination effective bornée par l'article 2 de la loi ; enfin, la personne, militaire, fonctionnaire civil ou simple habitant des atolls concernés doit être atteinte d'une maladie radio induite inscrite sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat conformément aux travaux reconnus par la communauté scientifique internationale[97]. Le législateur a laissé le soin à un comité d'indemnisation, présidé par un haut

92 DEBBASCH, COLIN, p.536.

93 L. n° 2010-2 du 5 janvier 2010, J.O., 6 janvier 2010.

94 JEAN-PIERRE, JCP A., 2010.2051.

95 Article 4 de la loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010.

96 JEAN-PIERRE, JCP A., 2010.2051.

97 BENOIT, JCP., 1956.I.1290.

magistrat entouré d'experts médicaux, d'examiner si les conditions posées par la loi sont remplies. Cette présomption de causalité n'est pas irréfragable puisqu'elle peut être contestée dans les cas où *« le risque attribuable aux essais nucléaires (peut) être considéré comme négligeable* »[98]. Or, cette preuve n'a pas nécessairement à être établie par l'Administration puisque le comité d'indemnisation se voit reconnaître la compétence d'examiner si les conditions de l'indemnisation sont réunies et éventuellement de répondre par la négative. Le législateur a donc combiné la « présomption de causalité » avec une étude des dossiers au cas par cas par un comité qui sera spécialement créé à cet effet[99].

4- La responsabilité sans faute de la personne publique du fait des dommages subis par les agents publics dans l'exercice de leurs fonctions

Concernant les dommages subis par les agents publics dans l'exercice de leur fonction, la personne publique responsable est celle à laquelle ces agents sont subordonnés.

Dans le cadre du principe du forfait de pension, dès lors qu'un dommage subi à l'occasion du service par un agent public, le régime de pensions civiles ou militaires donne lieu à réparation, à son profit ou à celui de ses ayants cause. Pourtant, ce mode de réparation empêche qu'une indemnité ne soit allouée à l'agent ou à ses ayants cause par application des règles générales de la responsabilité de la puissance publique[100]. La théorie dite du « forfait de pension » concerne la réparation des dommages corporels subis par les agents publics dans le cadre de leur mission de service public. Il ne s'agit pas ici des pensions de retraite qui sont une forme de traitement prolongé, mais des pensions dites d'invalidité ou de décès versées à un agent public ou à ses ayants droit lorsque l'agent public a été victime d'un accident en service[101].

Le régime des pensions des fonctionnaires est fondé sur une idée de sécurité sociale : ce que l'on répare, c'est le risque professionnel, le risque couru dans l'exercice des fonctions[102]. Dans la lignée de la jurisprudence

[98] BRAIBANT, STIRN, p.360.

[99] *Ibidem,* p.362.

[100] CE, 21 juin 1895, Cames, Rec., p.509, concl. ROMIEU; D., 1896.3.65, concl. ; S., 1897.3.33, concl., note HAURIOU, GAJA, n°6.

[101] BON, p.575.

[102] BENOIT, JCP., 1956.I.1290.

Cames[103], la simple participation de l'agent au service faisait en effet peser sur lui un risque particulier, dit risque professionnel, pour lequel il devait être couvert même en l'absence de toute faute et sans que ce risque ait à être un risque exceptionnel[104].

Il ne peut être question de mettre en place le forfait dans le cas de rapports entre l'agent et une collectivité autre que celle qui a la charge de la pension. Par conséquent, si le dommage donnant droit à la pension a été causé par une collectivité autre que celle qui supporte la charge de la pension, les victimes auront droit à une réparation intégrale, selon les règles du droit commun, de la part de la collectivité qui est à l'origine du dommage, de même qu'elles l'ont de la part de n'importe quel tiers auteur du dommage[105].

Le régime de la pension peut être regardé, dans son principe, comme favorable au fonctionnaire. Il lui ouvre une indemnisation automatique sans qu'il ait besoin d'attaquer en justice pour l'obtenir. Par ailleurs, la pension ouvre un champ qui a été progressivement élargi dans deux directions. D'une part, la notion d'accident de service est relativement extensive. Sont rangés dans cette catégorie les accidents de trajet, ainsi que des accidents survenus en dehors de l'accomplissement même du service. D'autre part, il a été jugé que la pension devait couvrir non seulement les conséquences directes de l'accident, mais également les dommages consécutifs à des accidents médicaux survenus à l'occasion des traitements rendus nécessaires par l'accident[106].

Cependant, l'extension du champ d'application du régime de la pension a pour corollaire une réduction à due concurrence des possibilités pour les fonctionnaires de mettre en œuvre les voies de droit commun de la responsabilité de la puissance publique. Ce qui entraîne, à une époque où ces possibilités se sont considérablement accrues, des différences manifestes de traitement entre des situations de fait strictement identiques[107]. Les régimes forfaitaires sont ainsi plus avantageux d'un certain point de vue, puisque la responsabilité est engagée de toute façon, même sans faute ; mais en contrepartie, les victimes n'obtiennent pas une réparation intégrale du préjudice subi, mais seulement

[103] CE, 21 juin 1895, Cames, Rec., p.509, concl. ROMIEU; D., 1896.3.65, concl. ; S., 1897.3.33, concl., note HAURIOU, GAJA, n°6.

[104] BON, p.575.

[105] BENOIT, JCP., 1956.I.1290.

[106] GUYOMAR, COLLIN, p.158.

[107] GUYOMAR, COLLIN, p.158.

une réparation forfaitaire qui peut lui être inférieure en fait[108]. Le Conseil d'Etat a heureusement abandonné cette règle du forfait de pension, qui interdisait à tout fonctionnaire, en cas de préjudice subi dans l'exercice de ses fonctions, de rechercher une réparation pour la part de celui-ci non couverte par le forfait de pension[109].

Le système du forfait de pension ne permettant aux militaires du contingent qui subissent un dommage en service de n'obtenir, la plupart du temps, qu'une indemnité dérisoire, la loi n° 83-605 du 8 juillet 1983 a introduit à l'article L.62 du Code du service national un second alinéa suivant lequel les militaires du contingent ont le droit, pour obtenir la réparation intégrale du préjudice subi, de saisir la juridiction administrative de droit commun d'une demande en indemnité complémentaire, le juge administratif imputant d'office sur le montant de la réparation intégrale le montant de la pension qui leur est ou qui leur sera servie[110].

CONCLUSION

Dans les systèmes d'indemnité, l'objectif à atteindre est d'offrir à la victime une indemnisation rapide et équitable. C'est pour cette raison qu'il faut un débiteur solvable défini pour prendre en charge l'indemnisation de la victime. On est tenté de plaider pour une imputabilité générale à la personne étatique, surtout en ce qui concerne les cas où la solidarité nationale est le fondement de l'indemnisation, mais elle est en réalité impossible. Les lois ayant assuré la voie de l'action récursoire ou subrogatoire désignent une personne publique en charge de la réparation afin de faciliter la démarche de la victime, et ils retardent ainsi le problème de la « responsabilité ».

Dans les systèmes de responsabilité, l'objectif n'est plus seulement d'indemniser la victime mais aussi de rechercher la personne publique responsable. Dans ces systèmes, comme on l'a expliqué, la responsabilité est liée à une activité de l'administration. Cependant, pour la détermination de la personne publique responsable, ceci peut différer : en ce qui concerne les dommages causés par les véhicules administratifs ce n'est pas l'activité qui compte mais le lien de subordination entre l'agent et la personne publique. Alors qu'en ce qui concerne les dommages causés par le fonctionnement

[108] BRAIBANT, STIRN, p.360.

[109] CE Sect., 15 décembre 2000, Mme Bernard, Rec., p.616 ; RFDA, 2001, p.701 ; AJDA, 2001, p.158.

[110] BON, p.575.

du service public de la justice, c'est justement l'activité qui détermine l'imputabilité du dommage à une personne publique, en l'occurrence l'Etat.

En conséquence, on ne peut qu'affirmer l'absence de critère unique pour déterminer la personne publique responsable retenu par le législateur qui a effectivement opté tantôt pour le critère fonctionnel, tantôt pour le critère matériel. Ces systèmes sont prévenus pour aider les victimes mais ils sont critiques soit en ce qui concerne leurs biens fondés, soit pour le fait qu'ils contrarient l'évolution de la jurisprudence en la matière.

KAYNAKÇA

ARDANT, Philippe, La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle, LGDJ, Paris 1956.

BECET, Jean-Marie, La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers, LGDJ, Paris 1969.

BENOIT, Francis-Paul, Forfait de pension et droit commun de la responsabilité administrative, JCP., 1956.I.1290.

BENOIT, Francis-Paul, La loi du 31 décembre 1957 sur la responsabilité des personnes morales de droit public du fait des véhicules, JCP, 1958, doct. 1444.

BENOIT, Francis-Paul, La responsabilité de la puissance publique du fait des explosions, JCP, 1953.I.1072.

BLAEVOET, Charles, Responsabilité des personnes publiques et compétence en cas d'accidents de circulation causés par leurs agents en service, D., 1961, chron. p.9.

BON, Pierre, Réparation des dommages subis par les militaires du contingent et contrôle du juge de cassation, RFDA, 1994, p.575-582.

BRAIBANT,Guy, STIRN, Bernard, Le droit administratif français, Dalloz, Paris 2002.

BRECHON-MOULENES, Christine, Les régimes législatifs de responsabilité publique, LGDJ, Paris 1974.

DABEZIES, Pierre, Loi de 1937 et orientation nouvelles en matière de

responsabilité des membres de l'enseignement public, AJDA, 1969, p.391-408.

DARCY, Gilles, La responsabilité de l'Etat du fait des accidents scolaires, Thèse, Paris II, 1976.

DE LAUBADERE, André, GAUDEMET, Yves, Traité de Droit Administratif, 16e Ed., LGDJ, Paris 2001.

DE VALICOURT, Eliane, L'Erreur Judiciaire, L'Harmattan, Paris 2005.

DEBBASCH, Charles, COLIN, Frédéric, Droit Administratif, 8e Ed., Economica, Paris 2007.

DOLL, Paul-Julien, Des Responsabilités En Matière De Vaccinations Obligatoires, JCP, 1975, doct. 2736.

EWARD, François, La Société Assurancielle, Risques, juin 1990, n°1, p.5-23.

FIALAIRE, Jacques, Responsabilité En Matière D'Enseignement, Jcl. A., Fasc. 966.

FOMBEUR, Pascale, concl. sur CE, 26 févr. 2003, M. Mekhantar, n° 241385, AJDA, 2003, p.1234.

GUETTIER, Christophe, note sous CE, 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts Bourdignon et autres, Responsabilité Civile et Assurances, juil.-août 2004, p.28.

GUYOMAR, Mathias, COLLIN, Pierre, Chronique Générale De Jurisprudence Administrative Française, AJDA, 2001, p.158.

JEAN-PIERRE, Didier, Le Cancer Et La Présomption De Causalité Au Service : Le Cas Des Victimes Des Essais Nucléaires, JCP A., 2010.2051.

JEZE, Gaston, La Réparation Intégrale Des Dommages Causés Par Les Faits De Guerre, Paris, 1915.

KARSENTY, Dominique, La Réparation Des Détentions, JCP, 2003.I.108.

KEREVER, André, La Nouvelle Législation En Matière De Responsabilité Nucléaire, CJEG, févr. 1991, p.140-144.

LAURROUMET, Obs. sur Reims ch. Civ., 20 janvier 1977, Préfet des

Ardennes c. Compagnon et autres, D., 1979, IR, p.67.

LEAUTE, Jacques, Pour Une Responsabilité De La Puissance Publique En Cas De Détention Préventive Abusive, D., 1966, p.61-64.

LINOTTE, Didier, Chronique Générale Des Réformes Administratives Françaises, RDP, 1978, p.215.

LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVE, Pierre, GENEVOIS, Bruno, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA), 14ème Ed., Dalloz, 2003.

MAESTRE, Jean-Claude, Un Nouveau Cas de Responsabilité Publique: L'indemnisation de Certaines Victimes de Dommages Corporels Résultant D'une Infraction, D.1977, chron.p.145.

MODERNE, Frank, La Responsabilité Généralisée De l'Etat À Raison Des Accidents Causés Par Les Vaccinations Obligatoires, D.1975, chron. p.161.

MODERNE, Frank, Le Régime Juridique des Vaccinations Obligatoires, AJDA, 1965, p.195.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline, Cours de Droit Administratif, Montchrestien, Paris 2007.

MOREAU, Jacques, Responsabilité de l'Armée, Jcl. A., Fasc. 894.

ODIER, Françoise, Droit Maritime et Droit Nucléaire *in* I. RENS et J. JAKUBEC (dir.), Radioprotection et Droit Nucléaire, SEBES, Genève 1998.

RENARD-PAYEN, Olivier, ROBINEAU, Yves, La Responsabilité de l'Etat Pour Faute du Fait du Fonctionnement Défectueux du Service Public de la Justice Judiciaire et Administrative, *in* Rapport de la Cour de cassation 2002, Documentation Française, 2003, p.59.

RENOUX, Thierry, L'Indemnisation des Victimes d'Actes de Terrorisme, Un Nouveau Cas de Garantie Social, RFDA, 1987, p.909-918.

RENOUX, Thierry, ROUX, André, Responsabilité de l'Etat et Droits des Victimes d'Actes de Terrorisme, AJDA, 1993, p.75-81.

RIVERO, Jean, WALINE, Jean, Droit Administratif, 21e Ed., Dalloz, Paris 2006.

ROMIEU, Jean, concl sur CE, 27 février 1903, Zimmermann, Rec., p.179.

SOULIER, Gérard, Réflexion Sur l'Evolution et l'Avenir du Droit de la Responsabilité de la Puissance Publique, RDP, 1969, p.1039-1103.

TOUFFAIT, Adolphe, AVERSENG, Lucien, Détention Provisoire et Responsabilité de l'Etat, D., 1974, chron. p.261-272.

TOUVET, Laurent, note sous CE, 18 novembre 1998, Commune de Roscoff, req. n° 173183 ; DA, janvier 1999, p.28.

TRAVARD, Jerôme, La Victime et la Puissance Publique, Réflexion sur l'Evolution de la Responsabilité Administrative Extracontractuelle, Thèse, Lyon 3, 2008.

TREBULLE, François Guy, note sous CE Ass., 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts Bourdignon, c/ Consorts Botella, c/ Consorts Thomas, c/ Consorts Xueref, JCP., 2004.II.10098, p.1131.

WALINE, Marcel, Traité de Droit Administratif, Sirey, 9e Ed., 1963.

YASA, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME VE MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA TAM GÜN SORUNSALI

Nihan Yancı ÖZALP*

ÖZET

Ülkemizde 2010 yılından beri tam gün yasası tartışılmaktadır. Süreç, 5947 sayılı yasa ile başlamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu yasaya ilişkin kısmi iptal kararını takiben, 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 6514 sayılı yasa yürürlüğe koyulmuştur. Sözkonusu yasal düzenlemeler, doktorlara ve öğretim üyelerine tam gün çalışma zorunluluğunun getirilmesi ve kamuda çalışanlar için mesleğin serbest olarak icrasının yasaklanması ile ilgilidir. Makalede, bu mevzuat ve bu mevzuata ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları ve Danıştay kararı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Tam Gün Yasası, sağlıkta dönüşüm, sağlık hakkı, hukuk devleti, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı*

FULL-TIME PROBLEM IN THE LIGHT OF LAW, DECREE HAVING THE FORCE OF LAW AND COURT DECISIONS

ABSTRACT

In our country since 2010, full-time law are discussed. Process began with law no. 5947. Following the partial annulment decision of the Constitutional Court about this law, decree having the force of law no.650 and law no. 5947 was adopted. This legislation is concerned with the prohibition of freely exercised for employees in the public sector and the introduction of full time to doctors and faculty members. In this article this legislation and decisions of the Constitutional Court and the Council of State relating to this legislation are examined.

Keywords: *Full-Time Law, transformation in health, right to health, constitutional state, binding decisions of the Constitutional Court*

---

*Yrd. Doç. Dr., İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

I-GİRİŞ

Ülkemizde 2003 yılından itibaren sağlıkta dönüşüm programı hayata geçirilmeye başlanmıştır. Bu programın temel amacı ise, öncelikle Sağlık Bakanlığının yapısının değiştirilmesiyle birlikte, onu icracı bir organ yerine planlayıcı ve denetleyici bir kurum haline getirmektir. Kamu hastanelerinin işletme haline getirilmesi, bu çerçevede de aile hekimliğine geçilmesi; sağlık çalışanlarının performansa göre ücretlendirilmesi gibi yeni sistemlerin uygulanması diğer amaçları oluşturmaktadır. Programın sürdürülebilirliği ise sağlık hizmetlerini sadece SGK'nın satın aldığı bir sistemi dışlamakta, ayrıca performansa dayalı ücretlendirmeyi de beraberinde getirmektedir. Böylelikle aslında ortaya çıkan durum sağlık sektörünün bir ticaret aracı haline getirilmesidir.[1]

Sağlıkta dönüşüm programı aslında sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi anlamını taşımaktadır. Konunun Anayasa Hukuku açısından incelenmesi ise çok daha ciddi sorunları ortaya çıkarmaktadır. Sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi öncelikle sosyal hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Konu vatandaşlar açısından sağlık hakkına, doktorlar ve sağlık çalışanları açısından ise kamu hizmetine girme hakkına ve çalışma hakkına dayanmaktadır. 2003 yılından itibaren sosyal güvenlik kurumlarının ve hastanelerin tek çatı altında birleştirilmesi ve aile hekimliğine geçilmesiyle başlayan süreç bugün üzerinde büyük tartışmalar yapılan tam gün yasası, daha doğrusu yasalarıyla sürdürülmektedir. Bu amaçla makalede tam gün yasasından itibaren gerçekleştirilen düzenlemeler ve mahkeme kararları ele alınacaktır.

II-5947 SAYILI TAM GÜN YASASINA İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME: BİRİNCİ TAM GÜN

Kamuoyunda Tam Gün Yasası olarak anılan 5947 sayılı yasa,[2] sağlıkta dönüşüm programının bir aşaması olarak yürürlüğe konmuştur. Yasanın gerekçesinde de, tam gün çalışma sistemine geçilmesinin sağlıkta dönüşüm programının bir aşaması olduğu ve bu sisteme geçerken kamu sektöründe çalışmayı teşvik eden, verimliliği artıracak düzenlemelere yer verildiği ifade edilmiştir.

---

[1] Sağlıkta dönüşüm programının ülkemizde uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi konusunda bkz. Soyer, Ata, "Sağlıkta Dönüşümün Neresindeyiz? Bundan Sonra, Bizi Neler Bekliyor?, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi*, 2009, 2(4), s.179-182, *www.deuhyoedergi.org.* (05.01.2015)

[2] 21.01.2010 tarihinde kabul edilen yasa, 30 Ocak 2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yasanın bazı maddelerinin yayımı tarihinde, bazılarının yayımı tarihinden 1 yıl sonra, bazı maddelerinin ise yayımından itibaren 6 ay sonra yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır.

Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5947 sayılı Kanun ile, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve diğer bazı kanunlarda değişiklik yapılmıştır. Görüldüğü üzere sözkonusu yasa bir torba yasadır ve bu çerçevede zaten nitelikli yasa yapımı sürecinin dışında kalmıştır.[3] Yasa genel olarak incelendiğinde, makalenin konusu açısından, değişiklik getirdiği alanlar üç temel noktada toplanabilir. Öncelikle doktorların çalışma sistemi yeniden düzenlenmektedir. Benzer bir şekilde öğretim elemanlarının çalışma sistemi de değiştirilmektedir. Konumuz açısından son önemli nokta ise doktorlara ilişkin olarak performansa dayalı ücretlendirme sistemine geçilmiş olmasıdır.[4]

A-DOKTORLARIN ÇALIŞMA DÜZENİNE İLİŞKİN GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Yasa, sağlık personelinin tam gün çalışmasını öngörmekte ve bu doğrultuda düzenlemeler yapmaktadır. Böylece kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan doktorlara tam gün çalışma zorunluluğuyla birlikte dışarıda çalışma yasağı da getirilmektedir. Yasanın gerekçesinde tam gün çalışma sisteminin getirilmesinin amacının kamuda verimi artırmak olduğu öne sürülmektedir. Ancak tam gün çalışma politikası, sağlık hizmetlerinin bütüncül bir bakışla ve gereksinime göre sunulduğu bir hizmet modelinde gerçekçi bir uygulama olabilir.[5]

Yasanın, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını değiştiren 7. maddesine göre doktorlar üç grup halinde sayılan kurum ya da kuruluşlardan yalnızca birinde görev yapabileceklerdir. Bir doktor ya kamu kurum ve kuruluşlarında; veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel

[3] Torba yasalar konusunda bkz. Yancı Özalp, Nihan, " Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu, Nitelik Sorunu mu?", *AÜSBF Dergi*, C.61/1, Ocak-Mart 2006.

[4] Ayrıca 5947 sayılı yasa ve buna ilişkin AYM kararı ve Danıştay kararı üzerine bir inceleme için bkz. Tekakça, Yasin, "Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Hekimler ve Diş Hekimlerinin Mesleklerini Serbest Olarak İcra Etmesi Yönünden Tam Gün Yasası Üzerine İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 70, Sayı: 2012/2, s.447-452.

[5] Türk Tabipler Birliği'nin tam gün hakkındaki görüşleri için bkz. *www.memurlar.net/haber/158973* (17.11.2014).

sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde; veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde çalışabilecek ve serbest meslek icra edebilecektir.

SGK ile anlaşması olan özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler, yine SGK ile anlaşması olan özel sağlık kuruluşlarında da çalışabileceklerdir. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile devletle sözleşmeli vakıf üniversitelerinde çalışan doktorlar, muayenehane açamayacakları gibi, devletle sözleşmesi olmayan özel sağlık kuruluşları ve devletle sözleşmesi olmayan vakıf üniversitelerinde de çalışamayacaklardır.

SGK ile anlaşması olmayan özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler, SGK ile anlaşması olmayan özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde serbestçe çalışabilecekleri gibi özel muayenehanelerinde de çalışabileceklerdir.

Bu gruplandırmaya göre kamuda çalışan doktorlar başka herhangi bir yerde çalışamayacakları gibi özel muayenehane de açamayacaklardır. Ayrıca yasa ile üniversitelerdeki öğretim üyelerinin özel hasta muayene etme olanakları da ortadan kaldırılmıştır. Muayenehanesi olan doktorların SGK ile anlaşması olan özel hastane ve tıp merkezlerinde çalışması, hasta takibi, ameliyat yapması yasaklanmakta, sadece SGK ile sözleşmesi olmayan sağlık kuruluşlarında çalışmasına izin verilmektedir.

B-SAĞLIK PERSONELİNİN ÜCRETLENDİRİLME SİSTEMİ

Doktorların çalışma düzenleri ve özlük işleriyle ilgili olarak getirilen bir diğer radikal değişiklik ise ücretlendirilme sistemlerine ilişkindir. Yeni kanunla performansa dayalı ücretlendirilme sistemine geçilmiştir. Bu durumda doktor ne kadar fazla hasta muayene ederse döner sermayeden o kadar fazla katkı payı alacaktır. Ayrıca döner sermayeden yapılacak ek ödemeye ilişkin olarak yapılan düzenlemede dikkat çeken bir diğer nokta, döner sermayeden yapılacak ek ödemenin asgari tutarının belirlenmemiş, sadece azami tutarının belirlenmiş olmasıdır.

Doktorların kamuda çalışmalarını cazip hale getirecek ücret iyileştirmelerinin döner sermaye ve performans ödemeleri ile yapılması önemli sakıncalar taşımaktadır. Performansa dayalı çalışma sisteminde doktorlar daha çok hasta muayene etmeye ve tetkik istemeye zorlanmaktadır. Bu ise hizmetin niteliğini değil, niceliğini artırmaktadır. Böylece bir hastaya

daha çok zaman ayıran doktor, sayıca daha fazla hasta bakan doktora göre daha düşük ücret almaktadır. Bu sistemde doktorlar hastaya yeterince bakmak ile, mümkün olduğunca çok hastaya bakmak tercihleri arasında kalmaktadır. Bu durum ise sağlık hizmet sunumunda kamusal yarar-sağlık hakkı önceliğini ortadan kaldırmaktadır.[6]

Sözkonusu düzenlemeler, gerekçede söylenenin tersine hekimlerin nitelikli sağlık hizmeti vermesini sağlamamakta, verimliliği artırmamakta; performansa dayalı ek ödeme sistemi, hizmetin niteliğini gözardı etmekte, niceliğini ön plana çıkarmaktadır.

C-ÖĞRETİM ELEMANLARININ ÇALIŞMA DÜZENLERİNE İLİŞKİN GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Yasanın 3. maddesi de Yükseköğretim Kanununun 36. maddesinde değişiklik yaparak, öğretim elemanlarının, üniversitede devamlı statüde görev yapacakları hükmünü getirmiştir. Bu durumda doktorların yanısıra üniversitelerde görev yapan öğretim elemanları için de tam gün çalışma kuralı getirilmiştir. Bu madde uyarınca öğretim elemanları Yükseköğretim Kanunu ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecek, ek görev alamayacak, serbest meslek icra edemeyeceklerdir. Bu durumda öğretim üyeleri ister devlet üniversitelerinde isterse kamuyla sözleşmeli veya sözleşmesiz çalışan vakıf üniversitelerinde çalışsınlar, mesleklerini başka yerde icra edemeyecek ve muayenehane açamayacaklardır. Ancak kendi üniversitesi dışındaki devlet veya vakıf üniversitelerine bağlı yükseköğretim kurumlarında kendi üniversitelerinin izni ile belli saat ders verebileceklerdir. Ayrıca öğretim elemanları, ilgili kurumların talebi ve kendisinin muvafakati, üniversite yönetim kurulunun uygun görmesi ve rektörün onayı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında geçici olarak görevlendirilebileceklerdir.

Yasaya göre, bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, yasanın yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilecektir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır. Yine aynı yasayla üniversite öğretim üyeleri dışındaki doktorlara seçimlerini yapmak üzere 6 aylık süre tanınmıştır.

[6] Bkz. *www.memurlar.net/haber/158973*.

Öğretim elemanlarının çalışma düzenine ilişkin olarak getirilen bir diğer kuralla, öğretim üyesinin doldurmakla yükümlü olduğu 10 saatlik ders yükünü, kadrosunun bulunduğu yükseköğretim birimi ile sınırlı olmaksızın ve ihtiyaç bulunması halinde görevli olduğu üniversitede doldurmakla yükümlü oldukları belirtilerek, öğretim üyelerinin fakülteleri dışında ders vermeye zorlanabilmeleri imkanı getirilmiştir.

Öğretim elemanlarından diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında geçici olarak görevlendirilmiş olanların, Yükseköğretim Kurulu, bağlı birimleri ve Üniversitelerarası Kurul ile Adli Tıp Kurumunda görevlendirilenler hariç olmak üzere döner sermayeden yararlanamayacaklarına ilişkin getirilen hüküm de eşitlik ilkesine aykırılığı yönüyle dikkat çekmektedir.

III-5947 SAYILI YASAYA İLİŞKİN AYM KARARI[7]

Nitekim anamuhalefet partisi meclis grubu tarafından, 5947 sayılı yasanın çeşitli maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yürürlüğün durdurulması istemli iptal davası açılmıştır.

İptal davasının gerekçesi genel olarak iki husus üzerinde yoğunlaşmaktadır. Birincisi sağlık hizmeti veren personelin uğradığı hak ihlali, ikincisi ise sağlık hizmeti alan bireylerin haklarının ihlaline ilişkindir.

Sağlık hizmeti veren personel açısından aykırılık iddiasında ilkin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi üzerinde durulmaktadır. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenleneceği Anayasanın 128. maddesinin amir hükmüdür. Buna karşılık sözkonusu yasa ile, yasanın konusunu oluşturan sağlık personeli ve akademik personelin özlük işleri yürütme organının insiyatifine terk edilmiş, yasa ile düzenlenmesi gereken konular yürütme organının düzenleme yetkisine tabi kılınmıştır. Böylece yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine de aykırı davranılmış olmaktadır. Örneğin 5947 sayılı yasanın 1. maddesi uyarınca, kamu sağlık kuruluşlarında çalışanların gelirleri ücretten çok döner sermaye gelirlerinden oluşmakta, döner sermayeden ise doktorlara performansa dayalı ek ödeme yapılmaktadır. Düzenleme ile döner sermayeden elde edilecek gelirin personelin bir ayda alacağı aylık, yan ödeme ve hertürlü tazminat toplamının yüzde kaçını geçemeyeceği belirlenmiş ve bunun dışındaki döner sermaye ödemesinin belirlenmesine yönelik tüm yetki yürütme organına bırakılmıştır.

[7] AYM'nin 2010/29 Esas, 2010/90 Karar sayılı ve 16/7/2010 tarihli kararı, RG. T. 4/12/2010, S. 27775.

Doktorlara ilişkin olarak dayanılan ikinci argüman ise hem tam gün çalışma sistemiyle hem de performansa dayalı ödeme sistemiyle doktorların çalışma ve sözleşme özgürlüğü ve dinlenme haklarının ihlal edildiği yönündedir. Ayrıca nöbet hizmetleri hariç olmak üzere, mesai saatleri dışındaki katkılarından dolayı personele ek ödeme öngörülmesinin de, Anayasadaki çalışma şartları ve dinlenme hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasaya aykırılık konusundaki dayanılan bir diğer gerekçe ise, sağlık hizmeti alan vatandaşlara yöneliktir. Bu çerçevede öğretim elemanlarının devamlı statüde görev yapmaya zorlanması ile nitelikli akademik personelin üniversitede kalmayacağı ve özel çalışmayı tercih edeceği ileri sürülmüştür. Böylece nitelikli akademik personelin bilgi ve yeteneğini yaygın biçimde kamunun yararlanmasına sunması engellenmiş olacaktır. Sağlık hakkı, Anayasanın 17. maddesiyle düzenlenen yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkıyla doğrudan bağlantı içinde bulunmaktadır. Böylece aslında tam gün çalışma zorunluluğunun getirilmesi bireylerin nitelikli sağlık hizmetlerine ulaşmasını engellemekte, dolayısıyla yaşam haklarını ihlal etmektedir. Yine performansa dayalı ücretlendirme sistemi de, doktoru daha çok hasta bakmaya yönlendirmekte, böylece doktor bir hastasına çok daha az zaman ayırmaktadır. Bu da bireylerin nitelikli sağlık hizmetlerine erişimini engellemektedir.

A-SAĞLIK PERSONELİNE İLİŞKİN ANAYASAYA AYKIRILIK İNCELEMESİ

Anayasa Mahkemesi 16 Temmuz 2010 tarihinde 5947 sayılı yasayı kısmen iptal etti. Mahkeme öncelikle doktorların ya sadece kamuda ya da sadece özel sektörde çalışmalarına izin veren hükmü iptal ederek yürürlüğünü durdurdu. Mahkeme öğretim üyelerine ilişkin olarak da, YÖK Kanununda değişiklik yapan "Öğretim üyesi, kadrosunun bulunduğu yükseköğretim birimi ile sınırlı olmaksızın ve ihtiyaç bulunması halinde görevli bulunduğu üniversitede haftada asgari 10 saat ders vermekle yükümlüdür" ibaresini anayasaya aykırı bularak iptal etti. İkinci olarak YÖK Yasasına eklenen ve 1 sene içerisinde talepte bulunmayan öğretim üyelerinin istifa etmiş sayılacağına ilişkin geçici maddeyi de iptal etti.

Doktorların çalışma sistemlerini yeniden düzenleyen yasanın 7. maddesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin kullandığı gerekçeler son derece dikkat çekicidir. Sözkonusu madde doktorların yalnızca kamuda veya yalnızca özel sektörde çalışmasıyla ilgilidir. Yukarıda açıklandığı gibi

bu madde uyarınca doktorlar, diş doktorları ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar maddenin ikinci fıkrasındaki bentlerden yalnız birinde yer verilen kurumlarda mesleklerini icra edebilecektir. Buna göre bir doktor mesleğini kamu kurum ve kuruluşlarında veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ve muayenehane açarak serbest olarak yapabilecektir Bu madde ile kısmi zamanlı çalışma kaldırılmış, kamuda çalışan doktorlara tam gün çalışma koşulu getirilmiş ve mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen doktorların kamu ile ilişiği kesilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararında, doktorluk mesleğinin Anayasanın 17. maddesinde yeralan yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesine göre sağlık hizmetleri de doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olarak nitelendirilmelidir. Ayrıca bazı alanlarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman doktorlara ihtiyaç duyması, bu doktorların mesleklerini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabilir. Anayasa Mahkemesi doktorların insan sağlığının gelişmesi ve yaşam hakkının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konumları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlanmasını doğrudan 17. maddede düzenlenen yaşam hakkı ve 56. maddede düzenlenen sağlık hakkına aykırı bularak iptal etmiştir.

İkinci olarak Anayasa Mahkemesi, mesai saatleri dışındaki katkılarından dolayı personele ek ödeme öngörülmesi ve bu çalışmanın teşvik edilmesinin çalışanların dinlenme hakkını ihlal ettiği, ayrıca döner sermayeden yapılacak ödemelerin oranlarının alt limiti belirlenmeksizin sadece üst limiti yasayla belirlenerek bu konudaki düzenleme yetkisinin yürütme organına verilmesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ve hukuk devleti ilkelerine aykırılığı iddiaları karşısında, döner sermayeden yapılacak ödemenin alt sınırı belirlenmeksizin sadece üst sınırının belirlenmesini hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiş, diğer maddeler yönünden ise incelemeye gerek görmemiştir. Performansa dayalı ödeme sistemini ise Anayasaya aykırı bulmamıştır.

B-ÖĞRETİM ELEMANLARI İLE İLGİLİ OLARAK GETİRİLEN DÜZENLEMELERE İLİŞKİN ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU

5947 sayılı yasanın 3. maddesi ile 2547 sayılı kanunun 36. maddesinde değişiklik yapılmış ve hem öğretim elemanları devamlı statüde görev yapmaya zorlanmış hem de üniversitede tam gün çalışmayı tercih eden akademik personelin başkaca herhangi bir faaliyette bulunması yasaklanmıştır. Ayrıca akademik personelin kendi birimi dışında çalışmaya zorlanabilmesi imkanı da idareye tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, önceki düzenlemede mevcut olan kısmi çalışma olanağının kaldırılarak sadece devamlı statüde çalışmaya yer verilmesinin Anayasaya aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Kamu görevlisi olmaları nedeniyle öğretim elemanlarının da hangi statüde çalışacaklarının belirlenmesinin yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğuna hükmetmiştir.

Kararda, öğretim elemanları için getirilen asgari ders saati yükümlülüğünün ve bunun birimi dışındaki yerlerde de tamamlattırılabilineceğine ilişkin hükmün çalışma özgürlüğünü ihlal etmediği, sadece üniversitede çalışmayı tercih etmiş kişilerin çalışma koşullarını düzenlediği ifade edilmiştir.

Ayrıca Mahkeme, akademik personelin kendi üniversitesi dışındaki devlet veya vakıf üniversitelerine bağlı yükseköğretim kurumlarında haftada verebileceği azami ders saatlerinin Yükseköğretim Kurulunca belirleneceği yönündeki düzenlemenin bilim ve sanat özgürlüğüne, çalışma ve sözleşme özgürlüğüne, ayrıca üniversitelerin özerkliği ilkesine aykırı olduğu iddialarını da reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu konudaki düzenleme yetkisinin Yükseköğretim Kuruluna bırakılarak, özlük işlerine ilişkin düzenlemelerin yasayla yapılması gerekirken bu konuda yürütmeye yetki verilmesinin Anayasadaki yetki paylaşımına aykırı olduğu iddiasını ise dayanaktan yoksun bulmuştur. Zira Anayasanın 131. maddesinde, üniversitelerdeki eğitimi düzenlemek, planlamak, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek, öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlamalar yapmak Yükseköğretim Kurulunun yetkileri arasında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, öğretim elemanlarının kendi üniversitesi dışındaki yükseköğretim kurumlarında vereceği azami ders saatlerinin belirlenmesi teknik ve uzmanlık gerektiren, yasayla düzenlenmesi bu yönüyle güç olan ve yürütme organına bırakılması Anayasaya aykırı olmayan bir düzenlemedir.

Bir diğer Anayasaya aykırılığı ileri sürülen fıkrayla ilgili olarak ise Anayasaya aykırılık kararı vermiştir. Bu hükme göre, devamlı statüde görev yapan öğretim elemanlarının 2547 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve mesleklerini serbest olarak icra edemeyecekleri belirtilmiştir. "… Anayasada üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip, bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak, diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konumları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir…" Kararda, iptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda kalkınmaya ve gelişime destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği ifade edilmiş, ayrıca üniversitelerde görev yapan öğretim elemanları arasında herhangi bir ayrım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklanması Anayasanın 130. maddesine aykırı bulunmuş, diğer maddeler açısından ise incelemeye gerek görülmemiştir.

Ancak görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi gerekçesinde kendisiyle çelişir hale gelmiştir. Zira öğretim üyelerine tam gün çalışma zorunluluğu getiren ve kısmi çalışmayı yasaklayan hükmün anayasaya aykırılığını değerlendirirken, öğretim üyelerinin de diğer kamu görevlileriyle aynı konumda olduğu tespitini yapmıştı. Oysa öğretim üyelerinin dışarıda çalışmalarını yasaklayan hükmün anayasaya aykırı olduğu sonucuna varırken, bunun tam tersi bir gerekçeyle, öğretim üyelerinin diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilmemesi gerektiği noktasından hareket etmiştir.

Yasanın 4. maddesi ile 2547 sayılı yasanın 38. maddesinde yapılan değişiklikle üniversitede görev yapan öğretim elemanlarının bazı koşullar altında diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görevlendirilebileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre görevlendirilenler kadrosunun bulunduğu kurumdaki aylık, diğer ödemeler ve öteki haklarından yararlanacak ancak Yükseköğretim Kurulu, bağlı birimleri ve Üniversitelerarası Kurul ile Adli Tıp Kurumunda görevlendirilenler hariç olmak üzere döner sermayeden yararlanamayacaklardır. Anayasa Mahkemesi bu kurumların yükseköğretimle ilgisi bulunduğu, dolayısıyla bu kurumda

görevlendirilenlerle, yükseköğretimle ilgisi bulunmayan diğer kurumlarda görevlendirilenlerin aynı hukuksal statüde olmadıkları tespitini yaparak, eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Yasanın 5. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı yasanın 58. maddesinde ise, döner sermaye işletmelerinin gelir paylaşımına ilişkin yapılacak ek ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerinin Maliye Bakanlığının uygun görüşüyle Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddede düzenlenen ek ödemelerin, Anayasanın 128. maddesi uyarınca devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin özlük hakları kapsamında yeraldığı, bunun ise yasayla düzenlenmesi gerektiği, oysa bu maddeyle düzenleme konusunda idareye sınırsız bir yetki verilmiş olduğu iddiası karşısında Anayasa Mahkemesi bunun sınırsız bir yetki olmadığı, yasa koyucunun ana ilkeleri koyduğu, özellikle yürütmenin yetkisini daraltacak ilkelere yer verdiği yönünde bir sonuca vararak sözkonusu düzenlemede Anayasaya aykırılık bulmamıştır. Ancak şuna dikkat etmek gerekir ki, yürütmenin belirleme yaparken kullanacağı kriterler arasında yeralan "araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamalar ile ilgili performansı" kriteri yürütmenin nicelik olarak gözönünde bulunduracağı ama niteliği gözardı edeceği dolayısıyla objektif olmayan kriterlerdir.

Yasanın 6. maddesindeki, öğretim üyelerinden, yasanın yayımlandığı tarihten itibaren 1 yıl içerisinde devamlı statüye geçmek konusunda talepte bulunmayanların istifa etmiş sayılacağına ilişkin hükümle kişilerin kuruldukları andaki hukuki duruma uygun olan statülerinden vazgeçmeye zorlanmalarının ise hukuk devleti ilkesine ve hukukun evrensel ilkelerine aykırı olduğu öne sürülmüştür. Ayrıca kişilerin istifa etmeye zorlanmalarının da çalışma hak ve özgürlüğüne aykırı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme bu kararında, 5947 sayılı yasadan önce üniversitelerde çalışmanın kısmi ve devamlı statülü olarak iki şekilde düzenlendiği, değişiklikten önce üniversitede beş yıl süreyle devamlı statüde çalışmış olan doçent veya profesörlerin, kısmi statüye geçmek istemesi halinde üniversite yönetim kurulunun görüşü ve rektörün kararıyla iki yıllık süre için kısmi statüye atanabileceği ve görev devamlarında yarar görülmesi koşulu ile yine aynı usulle her iki yılda bir bu statülerinin yinelenebileceği düzenleniyordu. Dolayısıyla bu düzenlemede kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri iki yıl boyunca bu statülerinin korunacağına ilişkin bir güvenceye sahiplerdi.

Anayasa Mahkemesine göre kısmi statüde çalışanlar bu iki yıllık süre yönünden meşru bir beklentiye sahiptirler ve bu beklentinin hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri gereğince korunması gerekir. Aksi takdirde hukuki güvenlik ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ihlal edilmiş olur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık bulmuş, diğer maddeler yönünden ise incelemeye gerek görmemiştir.

İptal davasıyla birlikte yürürlüğün durdurulması isteminde de bulunulmuştur. Ana muhalefet partisi yürürlüğün durdurulmasını talep ederken tam gün yasasının sağlık personeli açısından köklü değişiklikler getirmekte olduğunu, akademik personelin ve özellikle de doktorların büyük bölümünün özlük hakları ve çalışma düzenleri konusunda yeni bir sistem oluşturduğunu ifade etmiştir. "…Yasanın uygulamaya geçmesi durumunda hem sağlık çalışanları, hem de sağlık hizmetinden yararlanacaklar bakımından geriye dönüşü mümkün olmayacak telafisi imkansız ya da güç zararlara sebep olacağı açıktır. Özellikle istifa ve muayenehane kapatma, ekonomik anlamda geriye dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğuracaktır. Kamu ve özel sektör sağlık sunumu açısından yeni dengesizlikler ortaya çıkaracak dolayısıyla hem sağlık personeli, hem de sağlık hizmetinden yararlananlar açısından belirsizlikler ve sistem içerisinde uyumsuzluklar ortaya çıkacaktır. Bu uyumsuzlukların giderilmesinin imkansızlığı veya en azından çok uzun zaman içerisinde telafi edilebilirliği işin tehlikesini ortaya koymaktadır…" Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulması istemine ilişkin olarak, doktorlara sadece bir alanda çalışma olanağı tanıyan ibarenin iptaliyle birlikte, kararın Resmi Gazetede yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir.

IV-TAM GÜN YASASI İLE İLGİLİ DANIŞTAY KARARI

Bundan sonraki süreçte ise, iptal edilen hükümlerin kapsamı ile ilgili tartışmalar başladı. 16/7/2010 tarihinde, Sağlık Bakanlığı internet sitesinden bir "Basın Açıklama"sı yaparak, 5947 sayılı yasa ve bu yasa hakkındaki AYM kararına göre üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010'dan itibaren başlayacağını duyurdu. Bu açıklamayla ilgili olarak Türk Tabipleri Birliği işlemin iptali için Danıştaya dava açtı.

Davalı Sağlık Bakanlığı, bunun sadece bir duyuru olduğunu, kesin ve yürütülebilir nitelikte icrai bir işlem olmadığını, bu nedenle de idari davaya

konu edilemeyeceğini iddia ederek öncelikle davanın incelenmeksizin reddi gerektiğini savunmuştur. Ancak davalı idarenin usule ilişkin bu itirazı yerinde bulunmayarak reddedilmiştir. "…5947 sayılı yasa hükümlerini Anayasa Mahkemesinin kısmen iptal kararı ışığında yeniden yorumlayan, kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açıp açamayacakları konusundaki duraksamaların giderilmesini amaçlayan, yasanın yürürlüğe gireceği 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren Bakanlık uygulamasının nihai olarak ne olacağını belirleyen ve Bakan tarafından yazılı ve görsel basında yapılan açıklamalarla da sürekli teyit edilen kamu personelinin özel muayenehane açma yasağına ilişkin dava konusu işlemin; tüm ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi hekimler için uyulması zorunlu bir işlem olarak yaptırım unsurunu içinde barındırdığı, Anayasa Mahkemesi kararını da yorumlayarak mevcut hukuki durumun sona ereceği tarihi bildirdiği ve bu tarihten sonraki uygulamayı belirlediği; Anayasa Mahkemesi kararını da gözönüne alarak 5947 sayılı yasanın uygulanması konusunda yeni değerlendirme öğeleri getiren, bir başka anlatımla, içinde yaptırım tehdidi bulundurarak emredici ve zorlayıcı nitelik taşıyan düzenleyici bir işlem niteliğinde bulunması nedeniyle iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır."[8]

İkinci olarak da 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun genel olarak doktorların çalışma alanlarını düzenleyen bir kanun olduğu, hiçbir şekilde kamu alanını düzenlemediği, kamuda kısmi çalışmaya izin veren 2368 sayılı yasanın da yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle sağlık personelinin 657 sayılı yasadaki genel hükümlere tabi hale geldiği, öte yandan serbest çalışabilecek kamu personelinin 657 sayılı yasa hükümleri yönünden de kısıtlamalara tabi olduğu ve bu kısıtlamaların 657 sayılı yasanın 28. maddesinde açıkça hükme bağlandığı, bu durumda doktorların serbest çalışma imkanının kalmadığı gerekçesiyle de davanın reddi gerektiği ileri sürülmüştür.

Aslında Anayasa Mahkemesinin, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasındaki bentlerden yalnızca birinde sayılan kurum ve kuruluşlarda çalışmaları ve serbest mesleklerini de yapabilmeleri konusundaki kısıtlayıcı düzenlemeyi iptal etmesi üzerine, doktorların özel muayenehane açabilmelerinin yanısıra, kamu veya özel sağlık

[8] Danıştay 5. Daire kararı, E: 2010/4406, K: 2011/1696, K.t: 25 Temmuz 2011, www.ttb.org/mevzuat/index (17.11.2014).

kurum ve kuruluşlarında aynı zamanda çalışabilmeleri olanaklı hale gelmiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi tarafından, 7. maddenin üçüncü fıkrasındaki "ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir" ibaresinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiş olması nedeniyle, 12. maddenin bütüncül olarak değerlendirilmesinden, üçüncü fıkradaki sözkonusu ibare yerini koruduğu sürece, Anayasa Mahkemesince iptal edilen ibareye bağlı olarak yaratılmış olan çalışma serbestisine her durumda engel oluşturacağına ilişkin bir görüş öne sürülmüştür.[9] Danıştay ise kararında, yerinde olarak bu görüşe katılmamıştır. Danıştaya göre, "… bu hüküm iptal edilen ikinci fıkra ile aynı işlevi görmediği gibi; artık iptal kararı dikkate alınarak ve kararın ortaya çıkardığı duruma göre anlamlandırılması ve uygulanması zorunlu hale gelmiş bir hükümdür." "Hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebilecekleri özel muayenehaneler, sağlık kurum ve kuruluşu olmadığı için (c) bendi kapsamında sayılamayacağından, ikinci fıkranın iptalinden sonra özel muayenehane açarak serbest çalışma hakkına sahip bir hekimin, maddenin aldığı bu yeni şekle göre, aynı zamanda, yalnızca (a), yalnızca (b) ya da yalnızca (c) bendindeki sağlık kurum ve kuruluşlarının birden fazlasında da mesleğini icra edebilmesinin olanak dahilinde bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Aksine bir düşüncenin kabulü için Anayasa Mahkemesince maddeye ilişkin olarak verilen iptal kararı ile hangi hükmün iptal edilmiş olduğu ve sonuç doğurmayacak bir iptal kararının neden verilmiş olabileceği sorularının doyurucu gerekçelere dayalı bir biçimde cevaplandırılması zorunludur."

Ancak Danıştay sözkonusu davada kısmi iptal kararı vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre Anayasa Mahkemesinin kısmi iptal kararından sonra, kamuda çalışan doktorların aynı zamanda muayenehane açabilmeleri de

[9] Kararın daha iyi okunabilmesi açısından, 7. maddenin ilgili fıkralarının tam metni şöyledir: 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12'nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.
"Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:
a)Kamu kurum ve kuruluşları
b)Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.
c)Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası.
Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir…"

mümkündür, ancak kamuda çalışan doktorlar, 1219 sayılı Kanunun değişik 12. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği kısıtlamanın Anayasa Mahkemesince iptal edilmemiş olması nedeniyle, aynı zamanda özel sağlık kuruluşlarında çalışamayacaklardır.[10]

Karara karşı oy yazısında, Anayasa Mahkemesinin 5947 sayılı yasanın 7. maddesinin ikinci fıkrasında yeralan, "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptal edilmesiyle birlikte, bentlerden yalnızca birisine dahil olan sağlık kurumu ve kuruluşlarında çalışma zorunluluğunun ortadan kalkmış olduğu ifade edilmiştir. İptal kararıyla birlikte kamuda görev yapan bir doktorun (b) ve (c) bentlerine dahil kurumlarda çalışması olanaklı hale gelmiş, kamuda sekiz saat çalışma sonrasında, muayenehanede mesleğini serbest olarak icra etme imkanı ortaya çıkmıştır. 1219 sayılı yasanın 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yeralan ibare ikinci fıkrayı kısıtlayıcı bir anlam içermemektedir. Üçüncü fıkra farklı bir işlev görmekte olup, Anayasa Mahkemesinin ikinci fıkraya yönelik olarak sadece iptal kararı vermekle yetinmeyip, aynı zamanda kararın Resmi Gazetede yayınlanmasına kadar bu fıkranın yürürlüğünü durdurması da bu yorumu destekleyici nitelikte bulunmaktadır. Yani karşı oy görüşünde olan üye Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile kamuda çalışan doktorların özel muayenehane açabilme olanaklarının yanısıra özel sağlık kuruluşlarında çalışma haklarının da bulunduğunu ileri sürmekte, bu nedenle sözkonusu idari işlemin tamamen iptal edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Sağlık Bakanlığı, Danıştay 5. Dairesinin bu kararına karşı Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna temyiz isteminde bulundu. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise Sağlık Bakanlığının işleminin hukuka aykırı olmadığı sonucuna vardı.[11] Bunun yanısıra Bakanlar Kurulu tarafından, kamuoyunda 2. tam gün olarak adlandırılan 650 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı KHK'lerde Değişiklik Yapılmasına Dair KHK kabul edildi.

---

[10] "Bu duruma göre; dava konusu işlemdeki Anayasa Mahkemesinin anılan kararından sonra üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan doktorların "muayenehane açmalarının mümkün olmadığı"na ilişkin tespitin hukuka uygun olmadığı; buna karşın kamuda çalışan hekimlerin aynı zamanda "özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı"na ilişkin tespitin ise, 1219 sayılı kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasındaki kısıtlama nedeniyle hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin, kamuda görevli hekimlerin muayenehane açamayacaklarına ilişkin bölümünün iptaline, davanın, kamuda görevli hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığına ilişkin bölümünün iptali istemine ilişkin kısmının ise reddine… 6.4.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

[11] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 13/1/2011 tarih ve 2010/1116 sayılı karar.

V-650 SAYILI KHK: İKİNCİ TAM GÜN

650 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname[12] ile bazı düzenlemelerde değişiklik yapılmasının yanısıra, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda da değişiklik yapılmış ve Devlet Memurları Kanununun 28. maddesine eklenen cümle ile memurlara başka yerde çalışma yasağı getirilmiştir. "Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz."

Yine sözkonusu KHK ile 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa da bir ek madde eklenerek bu yasa kapsamına girenler hakkında da, yasalarda belirtilen istisnalar dışında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacakları; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamayacaklarına dair düzenleme getirilmiştir.

Benzer bir yasaklama 2547 sayılı YÖK Kanununa getirilen ek bir düzenlemeyle de hüküm altına alınmıştır. Buna göre, yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen haller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. maddesi hükmüne tabi tutulmuş, böylece mesleki faaliyet ve serbest meslek icrası yasağı getirilmiştir. Ancak öğretim üyeleri, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmamak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde mesleki faaliyette bulunabilecek ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebileceklerdir.

Böylece 650 sayılı KHK ile kamuda çalışan doktorlar yanında, Türk Silahlı Kuvvetleri kadrosundaki doktorlara tam gün çalışma zorunluluğu getirilirken, öğretim üyelerine ise, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermayeden gelir elde etmemek şartıyla mesai saatleri dışında mesleklerini serbest olarak icra etme olanağı getirilmiştir.

[12] Adı geçen KHK 26 Ağustos 2011 tarih ve 28037 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anamuhalefet Partisi tarafından bu düzenleme hakkında da Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından sözkonusu düzenleme iptal edilmiştir. Öncelikle 650 sayılı KHK'nin dayanağı olan 6223 sayılı yetki yasası ve bu yetki yasasına ilişkin AYM kararı incelenecek, daha sonra da 650 sayılı KHK'ye ilişkin AYM kararı değerlendirilecektir.

A-650 SAYILI KHK'NİN DAYANAĞI OLAN 6223 SAYILI YETKİ YASASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

650 sayılı KHK, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanununa[13] dayanılarak çıkarılmıştır.

Sözkonusu yetki Bakanlar Kuruluna, yürürlük tarihinden itibaren 6 ay süreyle verilmiş ve bu süre içerisinde birden fazla KHK çıkarılabileceği kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kuruluna verilen yetkide kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi, bu çerçevede de bakanlıkların birleştirilmesi, kaldırılması, yeni bakanlıklar kurulması dahil olmak üzere, teşkilat, görev ve yetkiye ilişkin hertürlü düzenlemenin yapılması; bunun yanısıra da kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ve diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin her konuda düzenleme yapma yetkisi verilmektedir.

Kanun hükmünde kararname rejimi anayasal sistemimize, yürütmenin güçlendirilmesi gerektiği düşünceleri çerçevesinde, 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişikliklerle girmiştir. 1961 Anayasasının 64. maddesine göre "Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunla, belli konularda Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararnameler çıkarmak yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve kanun hükmünde kararnamede de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lazımdır".

Aslında Bakanlar Kuruluna kanun niteliğinde düzenleme yapma yetkisi verilmesi ve yürütmenin güçlendirilmesi olgusu Türkiye'ye özgü bir durum değildir ve teknik, sosyal ve ekonomik ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır.

[13] 6.4.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanunu 3 Mayıs 2011 tarih ve 27923 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Çünkü sorunlara acil çözüm bulma gereği böyle bir düzenleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna tanınmasını zorunlu kılmıştır. Ancak kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi her ne kadar yürütme organını güçlendirse de, yürütme hala ikinci el ve tali bir yetki kullanmaktadır. Zira yasama organı yürütme organına sınırlı ve çerçevesi çizilmiş bir yetki vermektedir. 1982 Anayasası ise kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini güçlendirerek devam ettirmiştir. 1982 Anayasasının 91. maddesine göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yeralan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yeralan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir."

Böylece iki düzenleme arasındaki farklılık hemen göze çarpmaktadır. 1982 Anayasası Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapma yetkisini genişletmektedir. Şöyle ki 1961 Anayasasında yeralan belli konularda düzenleme yapma yetkisi verme ibaresi 1982 Anayasasının 91. maddesinde yeralmamaktadır. Ancak buna rağmen 1982 Anayasasının yetki yasasında konunun belirtilmesi unsurunu aramadığı söylenemez. Çünkü hem TBMM'nin görevleri arasında 87. maddede belli konularda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi sayılmakta hem de kişi hakları ve siyasi haklar konusunda KHK çıkarmanın yasaklanmış olması, yetki yasasında hangi konularda KHK çıkarılacağının belirtilmesini zorunlu kılmaktadır. [14]

Yine 1982 Anayasasına göre yetki yasasında değiştirilecek kanun hükümlerinin belirtilmesi zorunluluğu da yoktur. Ancak her ne kadar 1982 Anayasası yürütme organını daha da güçlendirmiş ve KHK çıkarma yetkisini genişletmiş olsa da yürütme organının düzenleme yetkisinin tali ve ikinci el bir yetki olması niteliği devam etmektedir. Çünkü önceden çıkarılacak yetki yasasıyla yürütme organının çerçevesinin çizilmesi zorunludur.

[14] 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası çerçevesinde KHK'ler rejiminin karşılaştırılması ve Türkiye'de KHK'ler rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yübaşıoğlu, Necmi, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, İstanbul, 1996; Gözler, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Bursa, 2000; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. bası, 2014, s. 370-397; Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 17. bası, Ağustos 2014, s. 35-41.

Anayasa Mahkemesi de bugüne kadar oluşturduğu içtihatlarında da kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin zorunlu hallerde başvurulması gereken istisnai bir yetki olduğunu ve kural haline getirilmemesi gereğini vurgulamıştır. 1990'lı yıllardan itibaren geliştirdiği 20 yıllık içtihatlarında istikrarlı bir biçimde yetki yasasının unsurları arasına acele, zorunlu ve önemli hallerde KHK çıkarma yetkisinin verilebileceğini sokmuştur.

Sözkonusu yetki yasasını Anayasada ve Anayasa Mahkemesinin kararlarında belirtilen yetki yasasının unsurlarını taşıyıp taşımadığı noktasından incelediğimizde duruma ilişkin iki tespit yapabilmemiz mümkün.

Bunlardan birincisi, her şeyden önce KHK çıkarılacak konular konusunda belirsizlik olmasıdır. Zira yetki kanununda Bakanlar Kuruluna çok geniş bir konuda düzenleme yapma yetkisi tanınmaktadır. Bu da aslında KHK çıkarma yetkisi verilen konunun belirsizliğini beraberinde getirmektedir.

İkincisi Anayasa Mahkemesinin 20 yıllık içtihadıyla yetki yasasının unsurları arasına kattığı ancak ivedi, önemli ve zorunlu durumlarda KHK ile düzenleme yapılabileceğine ilişkin unsur da gözardı edilmiştir. Şöyle ki, bakanlıkların yeniden teşkilatlanması, görev ve yetkilerinin belirlenmesini gerektiren konular acil olarak düzenlenmesi zorunlu konular değildir. Tam tersine öncesinde uzun bir teknik altyapı çalışmasını gerektiren konulardır. Bu açıdan da sözkonusu yetki yasası Anayasaya aykırılık taşımaktadır.

Bu yönüyle sözkonusu yetki yasası hem çok geniş bir alanda düzenleme yetkisi verdiği için, düzenleme yapılması öngörülen konu açısından belirsiz olması nedeniyle Anayasaya aykırılık taşımakta hem de yasa niteliğinde düzenleyici işlem yapma yetkisinin kural olarak yasama organına ait olması, ancak istisnai olarak zorunlu, önemli ve acil durumlarda yürütme organına yasa niteliğinde düzenleyici işlem yapma yetkisinin tanınabileceği kuralına aykırı olarak Anayasa Mahkemesi kararlarıyla çelişmektedir.

B-ANAYASA MAHKEMESİNİN 6223 SAYILI YETKİ YASASINA İLİŞKİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

6223 sayılı yetki yasasının amacı ve kapsamına bakıldığında aslında sınırları belirsiz denecek kadar geniş bir alanda Bakanlar Kuruluna düzenleme yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Nitekim anamuhalefet partisi meclis grubu tarafından 6223 sayılı yetki yasasının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır. İptal dilekçesinde yasama yetkisinin genel ve asli bir yetki olduğu ve TBMM'ye ait olduğu,

yürütme görev ve yetkisinin ise tali bir yetki olduğu hususuna dayanılmıştır. Yasal düzenleme yapma yetkisinin asıl sahibi TBMM'dir ve yasama yetkisi devredilemez. Bakanlar Kuruluna tanınan KHK çıkarma yetkisi ise istisnai bir yetkidir. Bu nedenle KHK çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek şekilde genişletilmemelidir. "… KHK'ler ancak ivedilik gerektiren belli konularda, kısa süreli yetki yasaları temel alınarak etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler için yürürlüğe konulur. Maddenin Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında KHK çıkarılabilmesi için hükümete yetki verilmesinin nedeni "… çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak bir seri kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için bu düzenleme getirilmiştir…" biçiminde açıklanmış; Anayasa Komisyonu Başkanınca da "Kanun hükmünde kararname, yasama meclisinin acil bir durumda, kanun yapılması için geçecek sürede çıkaracağı kanun, ihtiyacı, halledilmesi gereken meseleyi çözemeyeceğine; o zaman çok geç kalınacağı endişesinden kaynaklanan bir müessesedir ve bu müessese bunun için kurulmuştur" denilmek suretiyle anılan doğrultuda görüş bildirilmiştir.[15]

Gerçekten de KHK çıkarma yetkisi zorunlu hallerde başvurulması gereken istisnai bir yetkidir. Anayasada da yetki yasasının unsurları belirlenmiştir. Buna göre yetki yasasıyla 1982 Anayasasının 87. maddesi uyarınca ancak belli konularda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilebilir. Bu nedenle de çıkarılacak yetki yasasında KHK ile düzenlenecek konuların belirlenmesi zorunludur. Konunun belirlenmesi şu açıdan da gereklidir. Zira yine 1982 Anayasası uyarınca KHK ile düzenlenmesi yasaklanmış konular bulunmaktadır. 1982 Anayasasının 91. maddesinin 1. fıkrasına göre "… Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yeralan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yeralan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenemez." Böylece kişi hakları ve siyasal haklar alanında KHK'ler ile düzenleme yapılamayacak, ancak ekonomik, sosyal ve kültürel haklar KHK'ler ile düzenlenebilecektir. Bu da yetki yasasında konunun belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.[16]

Belirli konularda KHK çıkarma yetkisi verilmesi zorunluluğu aslında konunun sınırlarının belirlenmesi ve çok geniş, sınırları belirsiz bir alanda

[15] Dava dilekçesinde dayanılan gerekçeler için AYM, 2011/60 Esas, 2011/147 Karar sayılı ve 27/10/2011 tarihli karar, R.G.T. 15/12/2011, S.28143.

[16] Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 388-392.

yetki yasası çıkarılmaması gereğini de beraberinde getirmektedir. 6223 sayılı yetki yasasının amacı, kapsamı ve ilkeleri incelendiğinde ise aslında Bakanlar Kuruluna çok geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi verdiği, bunun da konunun belirliliği ilkesini ortadan kaldırdığı görülmektedir. Öncelikle sözkonusu yetki yasası konu unsurunun belirlenmesi açısından Anayasaya aykırılık taşımaktadır.

Öte yandan sözkonusu yetki yasası Anayasa Mahkemesi kararlarına da aykırılık taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları Anayasa maddelerini yorumlayan, açıklayan ve somutlaştıran kararlardır ve normlar hiyerarşisinde, Anayasa ile eş düzeyde yeralırlar. Dolayısıyla bağlayıcılıkları Anayasa ile aynı derecededir. Anayasa Mahkemesi 1991 yılından beri KHK'ler rejimi konusunda istikrarlı kararlar vermekteydi. 1991 yılında verdiği ilk karardan itibaren sürekli aynı şekilde tekrarladığı içtihatlarında yetki yasası ve KHK'ler için Anayasada sayılan unsurlara ek olarak (belli konularda, amaç, kapsam, ilke ve süre belirlenmek koşuluyla Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilebileceği), ancak ivedi, zorunlu ve önemli konularda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin verilebileceğini belirterek, ivedilik, zorunluluk ve önemlilik unsurlarını da yetki yasasının unsurları arasına dahil etmiş ve 20 yıl boyunca verdiği kararlarında KHK çıkarma yetkisinin ancak zorunlu, önemli ve ivedi hallerde kullanılması gereken istisnai bir yetki olduğuna hükmetmiştir.

Sözkonusu yetki yasasını incelediğimizde ise, kamu kurum ve kuruluşlarındaki teşkilatlanma, görev ve yetkiler ve kamu görevlileri ile ilgili konularda düzenleme yapma yetkisini Bakanlar Kuruluna verdiği görülmektedir. Teşkilatlanma, görev ve yetkiler konusunda düzenleme yapma ihtiyacı ivedi olarak düzenlenmesi zorunlu bir ihtiyaç değildir. Tam tersine teşkilata, görev ve yetkilere ilişkin düzenlemeler aceleye getirilmemesi gereken, uzun bir araştırma ve altyapı çalışmasını gerektiren konulardır. O nedenle bu konularda KHK çıkarma yetkisinin verilmesi Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla yarattığı ek unsurlara aykırıdır.[17]

Ayrıca yetki yasasının bir başka yönüyle de Anayasaya aykırılığı tartışılabilir. KHK'ler ile ancak sosyal, ekonomik ve kültürel haklar alanında düzenlemeler yapılabilir. Ancak bunlar sınırlamaya varmayan düzenlemeler olabilir. Çünkü temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlama yalnızca yasalarla yapılabilir. Sözkonusu yetki yasasının KHK ile düzenleme olanağı verdiği konular yetki yasasının amaç ve kapsam maddesinde belirtilmiştir.

[17] Bu konuda bkz. Yancı Özalp, Nihan, "Anayasa Mahkemesi ve Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.3, S.5, Y.2014, s.279-284.

Bu madde uyarınca kamu görevlilerinin kamu kurum ve kuruluşlarına seçilme, atanma, terfi, nakil, görevden alınma ve emekliye sevkedilmeleri bu yetki kanununa dayanılarak çıkarılacak KHK'ler ile düzenlenebilecektir. Anayasanın 70. maddesi kamu hizmetlerine girme hakkını düzenlemektedir. Kamu hizmetlerine girme ise vatandaşların siyasal hakları arasında yeralmaktadır. Kamu görevlilerinin seçilmesi, atanması, görevden alınması, emekliye sevkedilmeleri ise aslında doğrudan 70. maddeyi de ilgilendiren konulardır. Böylece KHK ile düzenlenmesi yasaklanan bir konuda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmektedir.[18] Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların özellikle görevden alınma ve emekliye sevkedilme hususlarının düzenlenmesi yetkisinin de Bakanlar Kuruluna verilmiş olması, onların özlük hakları üzerinde sınırlandırma etkisi yaratabilecektir.

Bunun dışında Anayasa, KHK ile ekonomik ve sosyal haklar alanında sadece düzenleme yapma yetkisi vermiştir, KHK'ler ile sosyal ve ekonomik haklar alanında sınırlama yapma yetkisi tanımamıştır. Dolayısıyla KHK'ler ile ekonomik ve sosyal haklar alanında ancak sınırlamaya varmayan düzenlemeler yapılabilir. Ancak yetki yasası neredeyse sınırları belirsiz çok geniş bir alanda KHK ile düzenleme yetkisi verdiği için bu düzenlemelerin hakların sınırlamasını da beraberinde getireceği açıktır. Bakanlıkların teşkilatı, görev ve yetki alanlarının belirlenmesi konusunda tanınan sınırsız yetki, bireylerin sosyal ve ekonomik hakları üzerinde düzenlemenin ötesinde sınırlama etkisi yaratabilecektir; Bu ise Anayasanın 87. ve 91. maddelerine aykırıdır. Çünkü yetki yasası ile Bakanlar Kuruluna belli alanlarda sadece düzenleme yapma yetkisi verilebilir, verilen yetki sınırlama düzeyine ulaşabilecek düzenlemelere olanak tanıyamaz.

6223 sayılı yetki yasasının iptali istemine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin kararını incelediğimizde, Anayasa Mahkemesinin KHK'ler rejimi konusundaki içtihat farklılığını görebilmek mümkün. Anayasa Mahkemesi yıllardır geliştirdiği içtihatlarıyla KHK çıkarma yetkisinin ancak ivedi, zorunlu ve önemli hallerde başvurulması gereken istisnai bir yetki olduğunu belirtirken 20 yıl sonra verdiği 2011 tarihli, 6223 sayılı yetki yasasıyla ilgili kararıyla Bakanlar Kurulunu adeta eş yasayıcı konumuna koymuş ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini zedeleyen bir karar vermiştir.

[18] Kamu hizmeti görevlilerinin özlük işlerine ilişkin olan 128. madde aslında siyasal bir hak olan 70. maddeyle doğrudan ve açıkça bağlantılı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yetki yasasıyla verilen yetkinin konu ve kapsamının belirsiz olduğu iddiasına karşılık ise, Bakanlar Kuruluna iki konuda yetki verildiğini, verilen yetkinin konusunun ve kapsamının belirsiz olmadığını; verilen yetkinin kapsamının geniş olmasının kapsam ve konunun belirsiz olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararıyla ilgili bir diğer önemli saptama ise Anayasa Mahkemesinin 20 yıllık kararları süresince yarattığı ivedilik, önemlilik ve zorunluluk unsurlarına ilişkin içtihadından dönmüş olmasıdır. Mahkeme bu kararıyla, Anayasada yetki yasasının unsurları arasında bu unsurlara yer verilmediğini ve yetki yasalarının ve KHK'lerin Anayasaya uygunluğunun incelenmesinde Anayasada varolmayan yeni şartlar konulamayacağını belirtmiş, ayrıca neyin önemli, ivedi ve zorunlu olduğuna karar verme yetkisinin kendisinde olmadığını belirtmiştir. Karara karşı dört üye karşı oy kullanmıştır.[19]

[19] Karşı oy yazısında Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili olarak vermiş olduğu önceki kararlarındaki gerekçelerine dayanılarak, sözkonusu yetki yasasının amaç ve kapsam yönünden çok geniş olması ve ilgili- ilgisiz tüm mevzuatı değiştirme yetkisi tanıması nedeniyle belli bir konunun varlığından söz etme olanağı kalmamıştır. Bir diğer karşı oy yazısında ise, yasama yetkisinin genel bir yetki olup TBMM'ne ait olduğu ve devredilemeyeceği; KHK çıkarma yetkisinin ise kendine özgü ve ayrık bir yetki olduğu, bu nedenle de yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenim verecek biçimde yaygınlaştırılamayacağı ifade edilmiştir. "…Yetki kanununun konu ve içerik bakımından çok geniş bir alanı kapsaması nedeniyle aciliyet ve ivediliğin sözkonusu olamayacağının açıkça anlaşıldığı durumlarda Anayasaya uygunluk denetiminin KHK aşaması beklenmeksizin yapılabileceğinde duraksamaya yer yoktur… Bu durumda dava konusu kurallarla tanınan yetkinin, TBMM'nin, Bakanlar Kuruluna ancak belli konularda KHK çıkarma yetkisi verebileceğini öngören Anayasanın 87. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Ayrıca tüm devlet teşkilatını ve personelini kapsayan bir yetkilendirmenin, Anayasanın 87. maddesinin amacına uygun olarak öncelik ve ivedilik unsurlarını taşıdığı da ileri sürülemez." Bu karşı oy yazısında yerverilen daha dikkat çekici gerekçe ise KHK'lerle düzenlenemeyecek bir konu hakkında KHK çıkarma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Bu gerekçeye göre kamu hizmetlerine girme hakkı Anayasanın 70. maddesinde, siyasi haklar arasında düzenlenmiştir. Sözkonusu yetki yasası ile kamu görevlilerinin atanması, nakli, görevlendirilmeleri, seçilmeleri, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevkedilme usul ve esaslarına ilişkin konularda düzenleme yapma konusunda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu durum siyasi haklar ve ödevler alanında KHK çıkarılmasını yasaklayan Anayasanın 91. maddesine aykırıdır. Bir diğer karşı oy sahibi üye de karşı oy gerekçesinde benzer sebeplere dayanmış ve Anayasanın 70. maddesinde yeralan kamu hizmetlerine girme hakkının bu hizmete girenlerin görevde kalmaları hakkının da bir güvencesi olduğunu ifade etmiştir. Böylece Bakanlar Kuruluna yetki veren kural, KHK ile kamu hizmetinde bulunanların görevden alınmalarını ve emekliye sevkedilmelerini mümkün hale getirmiştir. Böylece aynı zamanda siyasi haklar bölümünde yeralan 70. maddenin güvencesini oluşturduğu görevde kalma hakkının KHK ile düzenlenmesine olanak tanınmış olmaktadır. Bu karşı oy görevden almayı 70. madde ile ilişkilendirilerek KHK ile düzenlenemeyecek bir siyasi hakkın böylece KHK ile düzenlenmesine olanak tanındığı sonucuna varmıştır.

C-650 SAYILI KHK'YE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI[20]

650 sayılı KHK'ye ilişkin olarak hem CHP'li milletvekilleri tarafından iptal davası açılmış, hem de Ankara 11. İdare Mahkemesi tarafından görülmekte olan dava sırasında itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür.

Dava dilekçesinde sözkonusu düzenlemenin hem usulden hem de esas yönünden Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. Usulden Anayasaya aykırılık iddiasında dayanılan gerekçe, KHK çıkarma yetkisinin ancak ivedi, önemli ve zorunlu hallerde verilebileceğidir. KHK çıkarma yetkisi istisnai bir yetkidir ve bu istisnai yetkinin yetki devri niteliğine bürünmemesi için, Anayasa Mahkemesince de belirtildiği üzere ancak ivedi, önemli ve zorunlu durumlarda verilmesi gerekmektedir. 650 sayılı KHK, 6223 sayılı yetki yasasına dayanılarak çıkarılmıştır. 6223 sayılı yetki yasası hakkında da Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır. Dava dilekçesinde, hala Anayasa Mahkemesinde görüşülmekte olan sözkonusu yetki yasasının iptal edilmesi durumunda, 650 sayılı KHK yasal dayanaktan yoksun kalacağı için esasa girmeden usulden iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Konumuzla ilgili olarak esasa ilişkin aykırılık iddiasında ise, hem KHK'nin bütünü açısından, ancak ivedi, önemli ve zorunlu hallerde KHK çıkarılabileceği ifade edilmiştir. "… KHK'ler ancak ivedilik gerektiren belli konularda, kısa süreli yetki yasaları temel alınarak etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler için yürürlüğe konulmak durumundadır… Verilen yetkinin konu, amaç, kapsam ve ilkeler yönünden belirgin duruma getirilmesi, başka bir anlatımla somutlaştırılması, yürürlüğe konulacak KHK'lerin yetki yasası kapsamı içinde kalıp kalmadıklarının, 91. maddede belirlenen yasak alanına girip girmediklerinin, önemli, ivedi ve zorunlu bir durum için düzenlenip düzenlenmediklerinin saptanabilmesi yönünden gereklidir…"

Böylece dava dilekçesinde öncelikle yetki yasasının gerekli unsurları taşımadığı hususu üzerinde durulmuş ve 6223 sayılı yetki yasasının özellikle çıkarılmasındaki öncelikli anayasal sorunun ivedilikle ilgili olduğu vurgulanmıştır. Ortada KHK'lerle düzenlemeye gidilmesi yönünde önemli, zorunlu ve ivedi bir durumun olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla aslında KHK'nin dayandığı yetki yasasının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle KHK'nin de Anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir.

[20] AYM, 2011/113 Esas, 2012/108 Karar sayılı ve 18.7.2012 tarihli karar. R.G. T. : 01.01.2013, S. 28515.

650 sayılı KHK ile memur olarak çalışan doktorların kamu kurum ve kuruluşları haricinde mesai saatleri dışında mesleklerini yapmalarını yasaklayan hükmün Anayasaya aykırılığı iddiasında, daha önce 5947 sayılı ilk tam gün yasası ile getirilen ve kamu kurumlarında çalışan doktorların dışarıda çalışmalarını yasaklayan kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği ve 650 sayılı KHK ile AYM tarafından iptal edilen hükmün yeniden getirilmek istendiği belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi buna ilişkin hükmü daha önce sağlık hakkı ve yaşam hakkı gibi en temel haklara aykırı bularak iptal etmişken, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK ile kısmi çalışma yasağının tekrar getirilmesi hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Zira Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Yasama organı da, yürütme organı da Anayasa Mahkemesi kararları ve gerekçeleriyle bağlıdır ve yapacağı düzenlemelerde ve koyacağı kurallarda bunları dikkate almak zorundadır. Böylece Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen yasa hükmü ile aynı doğrultu, içerik ve nitelikte bir hüküm getirildiği için Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ve 153. maddesinde düzenlenen Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi ihlal edilmiştir. Ayrıca 650 sayılı KHK ile Devlet Memurları Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrasına eklenen cümle ile çalışma hakkının, sağlık hizmeti alan bireyler açısından da yaşam hakkı ve sağlık hizmetlerine ulaşma ve bu hizmetlerden yararlanma hakkını ihlal ettiği öne sürülmüştür.

650 sayılı KHK ile YÖK Kanununa eklenen fıkra ile devamlı statüde çalışmakla birlikte üniversite dışında çalışan, mesleğini icra eden öğretim üyelerinin tıp ve diş hekimliği fakülteleri yönünden, uygulamalı eğitim faaliyetlerini sürdürmelerinin de önüne geçilmiştir. Böylece sağlık hizmeti alanlar yönünden de, tedavisi zor ve ileri düzeyde bilgi ve beceri gerektiren hastaların tıp fakülteleri hastanelerinde anılan öğretim üyelerine tedavi olmaları engellenmiş, sağlık hizmetlerine ulaşma hakkı ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca sözkonusu KHK ile Anayasanın 17. maddesini ilgilendiren düzenlemeler yapılmış, böylece KHK ile düzenlenmesi yasaklanan kişi hakları ve ödevleri konusunda KHK ile düzenleme, hatta sınırlama yapılması nedeniyle Anayasanın 91. maddesi de ihlal edilmiş olmaktadır. Yine bu düzenleme, tıp ve tıpta uzmanlık alanında uygulamalı eğitim-öğretim hakkını ihlal ettiği için bilim ve sanat hürriyetinin düzenlendiği Anayasanın 27. maddesine aykırılık taşımaktadır. Öğretim üyelerinin eğitim-öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak şeklindeki işlevlerini ortadan kaldırdığı

için Anayasanın 130. maddesine aykırılık taşımaktadır. Son olarak Anayasa Mahkemesi tarafından kısa bir süre önce iptal edilmiş bir yasa kuralının aynı alanda aynı biçimde sonuç doğuracak şekilde yeniden düzenlenmesi nedeniyle de Anayasanın 2. ve 153. maddelerine aykırılık sözkonusudur. Zira Anayasa Mahkemesi daha önce 5947 sayılı yasa ile getirilen ve öğretim üyelerinin dışarıda çalışmasını yasaklayan hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmişti.

Türk Silahlı Kuvvetleri Personeli Kanununa eklenen madde ile TSK personeli hekimlerin mesleklerini mesai sonrası başka yerde icra etmelerinin yasaklanmasına ilişkin olarak memur statüsündeki doktorlara ilişkin olarak getirilen yasakların Anayasaya aykırılığıyla ilgili olarak kullanılan gerekçeler tekrarlanmıştır.

GATA öğretim üyelerinin de diğer öğretim üyeleri gibi hasta muayenesi ve tedavisi yapmamak ve ilgili yasalar uyarınca ödenen tazminat ve ek ödemelerden yararlanmamak kaydı ve Genelkurmay Başkanlığının izni ile mesai sonrası mesleklerini icra edebileceklerine ilişkin olarak ise öğretim üyelerine ilişkin olarak getirilen yasağın Anayasaya aykırılığındaki gerekçelere dayanılmıştır.

İtiraz başvurusu ise, Ankara Üniversitesi Rektörlüğü'ne karşı, AÜ Tıp Fakültesi öğretim üyelerinden biri tarafından açılan davada yapılmıştır. Davacı, döner sermaye ek ödemelerinden yararlandırılması hususunda Rektörlüğe yaptığı başvurunun zımnen reddi üzerine Ankara 11. İdare Mahkemesine dava açmıştır. Kendi muayenehanesi bulunan ve aynı zamanda öğretim üyesi olarak çalışan davacı, döner sermaye ek ödemelerinden yararlandırılmasına ilişkin ve kendi adına hasta yatışı yapılması konusundaki talebinin reddedilmesi işlemine karşı açtığı davada, davada uygulanacak 650 sayılı KHK'nin YÖK Kanununda değişiklik yaparak, öğretim üyelerinin mesai dışında çalışabilmeleri için birtakım sınırlamalar getiren hükmün Anayasaya aykırılığı gündeme gelmiş ve Mahkeme tarafından bekletici sorun yapılarak Anayasa Mahkemesine gönderilmiştir. Anayasaya aykırılık konusunda ise Anayasanın 48 ve 49. maddelerinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine, sağlık hakkına ve bilimsel özerkliğe ilişkin 130. maddesine aykırılığı öne sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, dava sırasında sonuçlanan, yetki yasasının Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesinin yetki yasası hakkındaki Anayasaya aykırılık iddiasını reddettiği için, 650 sayılı KHK'nın tümüne yönelik Anayasaya aykırılık iddiasını da reddetmiştir. Ancak KHK'nın ayrı ayrı tüm maddelerinin 6223 sayılı yetki

yasasının kapsamı içinde olup olmadığına ilişkin olarak yaptığı incelemede ise 650 sayılı KHK'nın bazı maddelerini yetki yasasının kapsamında bularak iptal istemini reddederken, bazı maddelerini ise yetki yasasının kapsamında bulmayarak iptal etmiştir. Yetki yasası kapsamında bulmayarak iptal ettiği maddeler arasında, incelediğimiz Devlet Memurları Kanunu, TSK Personel Kanunu ve YÖK Kanununda değişiklik ve eklemeler yaparak getirdiği serbest meslek icrası yasakları da vardır. Çeşitli kamu kurumlarında çalışan doktor, diş hekimi ve uzman doktor gibi kamu görevlilerinin ikinci işte çalışma yasağına ilişkin kuralların, 6223 sayılı yetki yasasının kapsamını belirleyen kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi ile bir ilgisi bulunmadığı gibi; çeşitli kamu kuruluşlarında çalışan doktor, uzman doktor ve diş hekimi gibi kamu görevlilerinin ikinci işte çalışma yasağına ilişkin kurallar, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin bir düzenleme olarak da nitelendirilemez" diyerek bu maddeleri yetki yasasının kapsamı dışında bularak iptal etmiştir. O nedenle de bu maddeleri tekrar içerik yönünden incelemeye gerek görmemiştir. Anayasa Mahkemesi bu maddelere ilişkin iptal hükmünün ise, kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

VI-ÜÇÜNCÜ TAM GÜN YASASI

Bu kısmi iptal kararının ardından 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konmuştur.[21] Sözkonusu yasa çeşitli düzenlemelerin yanısıra tam gün ile ilgili hükümler de içermektedir. Yasanın 9. maddesi ile, Devlet Memurları Kanununun 28. maddesi yeniden düzenlenmiş ve aslında Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce iptal edilen 650 sayılı KHK ile getirilen değişiklik yeniden yasalaştırılmıştır.

Yine öğretim üyeleri ile ilgili olarak 11. maddeyle YÖK Kanununun 36. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Buna göre yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanları Devlet Memurları Kanununa tabi kılınacaktır. İstisnai olarak üniversitelerde belli şartlarda ve sınırlı olarak sözleşmeli öğretim üyesi çalıştırılabilecek, sınırlı olarak öğretim üyeleri

[21] Kanun kabul tarihi: 02.01.2014, RG t. 18.01.2014, sayı: 28886.

üniversite dışında hizmet verebilecektir. Buna göre öğretim elemanları üniversitede devamlı statüde görev yapacaktır. Yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentler, tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere sözleşmeli öğretim üyesi olarak istihdam edilebilecektir.

Askeri hekimlerle ilgili olarak da benzer düzenlemeler getirilmektedir. TSK Personeli için serbest meslek icrası yasağı önceki düzenlemeyle aynı içerikte yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Yasayla, GATA Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen maddesi de yeniden düzenlenmiştir. Böylece akademideki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanları da mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunma yasakları bakımından ilgili yasa hükmüne tabi kılınacaktır. Ancak üniversitelerde olduğu gibi GATA'da da sözleşmeli profesör ve doçent çalıştırılabilecektir.

Yani yasama organı defalarca Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine rağmen doktorlar ve öğretim elemanları için tam günü yasalaştırmakta kararlı görünmektedir. 650 sayılı KHK'nin konuyla ilgili hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından yetki yasasının kapsamı dışında kaldığı için iptal edildiğinden, bu sefer siyasal iktidar yasa yoluyla tam gün çalışma ve dışarıda çalışma yasağına ilişkin düzenlemeleri hayata geçirmiştir. Ancak sözkonusu düzenleme Anayasa Mahkemesinin ilk tam gün yasasına ilişkin olarak verdiği iptal kararının gerekçelerine de aykırı bulunmaktadır.

Bu yasanın çıkarılması üzerine Anayasa Mahkemesine yasanın yürürlüğünün durdurulması için başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi de bu yasanın bazı maddelerinin yürürlüğünü Anayasaya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bularak durdurmuştur.[22] Diğer maddeler hakkındaki yürürlüğün durdurulması istemlerinin karara bağlanmasını ise esas inceleme aşamasına bırakmıştır. Yürürlüğünü durdurduğu maddeler arasında ilkin mesai saatleri dışında serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerine getirilen, 3 ay içerisinde bu faaliyetlerini sona erdirme zorunluluğuyla birlikte, 3 ay içerisinde bu faaliyetlerini tasfiye etmeyenlerin kurumlarıyla ilişiklerinin kesileceğine dair hüküm yeralmaktadır. İkinci

[22] AYM, 2014/61 Esas, 2014/6 Karar sayılı (yürürlüğü durdurma) ve 9/4/2014 tarihli karar. R.G. T. 11/4/2014, S.28969.

olarak GATA Kanununa eklenen geçici maddenin yürürlüğünü durdurmuştur. Bu madde de, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta olan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirmemeleri halinde istifa etmiş sayılacaklarına ilişkin hükümdür.

Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin yaptığı incelemede ise, sadece iki hüküm hakkında anayasaya aykırılık ve yürürlüğün durdurulması kararı vermiştir. Bunun dışındaki tüm iptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini reddetmiştir. Anayasaya aykırı bulduğu düzenlemeler, hakkında yürürlüğü durdurma kararı verdiği iki maddedir.[23] Böylece doktorlar ve öğretim üyeleri için dışarıda çalışma yasağı halen devam etmektedir.

SONUÇ

Görüldüğü üzere doktorlarla birlikte öğretim üyeleri için de getirilen kısmi çalışma yasağı ve mesleğini dışarıda icra etme yasağı birçok aşamalardan geçerek yasalaşmıştır. Siyasal iktidarın bu konudaki kararlı tutumu, Anayasa Mahkemesinin bu konuda verdiği iptale ilişkin ilk kararına rağmen çeşitli düzenlemeler yoluyla bu konuyu gündemde tutması, aslında en başta hukuk devleti ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Öte yandan zaten mesleğini dışarıda icra etme yasağına ilişkin düzenlemeler çalışanlar açısından bir taraftan çalışma özgürlüğüne aykırılık oluştururken, öte yandan sağlık hizmeti alanlar açısından da doğrudan sağlık hakkı ve yaşam hakkıyla ilgili bulunmaktadır. Sağlık çalışanları için performansa dayalı ödeme sistemine geçilmesi ise özellikle sağlık hizmeti alanların nitelikli sağlık hizmetlerine erişimini engellediği için doğrudan onların sağlık ve yaşam haklarına ilişkindir.

Ancak son aşamada gelinen durum, doktorların ve öğretim üyelerinin kısmi çalışmalarının yasaklanmış olması ve ayrıca bunlar için mesaileri bittikten sonra dahi dışarıda çalışma yasağının getirilmesi olmuştur. 3 ay sürede dışarıdaki işlerini tasfiye etmeyen öğretim üyelerinin istifa etmiş sayılacaklarına ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin anlamı ise, her ne kadar Anayasa Mahkemesinin bu konudaki gerekçeli kararı yayımlanmamış olsa da, daha önce bu konuda vermiş olduğu iptal kararına ilişkin gerekçe gözönünde bulundurulduğunda, öğretim

[23] Sözkonusu AYM kararı henüz gerekçeli olarak Resmi Gazetede yayımlanmamıştır.

üyelerinin haklı beklentilerine ilişkin sürenin dolmasıyla birlikte[24] dışarıdaki işlerine son vermeleri gerektiğidir.

Hukuk devleti ilkesi en başta yargı bağımsızlığını ve yargı kararlarına uyulması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarının, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağına ilişkin hüküm çok önemli bir anayasal ilkedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararına rağmen bu karara aykırı işlemler yapmak, aynı içerikte yasal ve yasal nitelikte düzenlemelerde bulunmak Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

KAYNAKÇA

Gözler, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Bursa, 2000.

Soyer, Ata, "Sağlıkta Dönüşümün Neresindeyiz? Bundan Sonra, Bizi Neler Bekliyor?, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi*, 2009, 2(4), *www.deuhyoedergi.org.* (05.01.2015).

Tanör ,Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, 2014.

Teziç, Erdoğan*, Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Ağustos 2014.

Tekakça, Yasin, "Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Hekimler ve Diş Hekimlerinin Mesleklerini Serbest Olarak İcra Etmesi Yönünden Tam Gün Yasası Üzerine İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 70, Sayı:2012/2.

Yancı Özalp, Nihan, "Anayasa Mahkemesi ve Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.3, S.5, Y.2014.

Yancı Özalp, Nihan, " Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu, Nitelik Sorunu mu?", *AÜSBF Dergi*, C.61/1, Ocak-Mart 2006.

Mevzuat:

Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun no: 5947, kabul tarihi: 21/1/2010, yayımlandığı R.G. T. 30/1/2010, S. 27478.

[24] Bu konuda bkz. s. 7-8.

Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu, Kanun no:6223, kabul tarihi: 6/4/2011, yayımlandığı R.G. T. 3/5/2011, S. 27923.

650 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, yayımlandığı R.G. T. 26/8/2011, S. 28037.

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, kanun no: 6514, kabul tarihi: 2/1/2014, RG T. 18.01.2014, S. 28886.

Mahkeme Kararları:

Anayasa Mahkemesi kararı, E: 2010/29, K: 2010/90, karar tarihi: 16/7/2010, yayımlandığı R.G. T. 4/12/2010, S. 27775.

Anayasa Mahkemesi kararı, E: 2011/60, K: 2011/147, karar tarihi: 27/10/2011, yayımlandığı R.G. T.15/12/2011, S.28143.

Anayasa Mahkemesi kararı, E: 2011/113, K: 2012/108, karar tarihi: 18.7.2012, yayımlandığı R.G. T.01.01.2013, S. 28515.

Anayasa Mahkemesi kararı, E: 2014/61, K: 2014/6, karar tarihi: 9/4/2014, yayımlandığı R.G. T. 11/4/2014, S.28969.

Danıştay 5. Daire kararı, E: 2010/4406, K: 2011/1696, k.t: 25 Temmuz 2011 (www.ttb.org/mevzuat/index adresinden alınmıştır, erişim tarihi: 17.11.2014)

Diğer Kaynaklar:

Türk Tabipler Birliği'nin tam gün hakkında görüşleri, *www.memurlar.net/haber/158973* (17.11.2014)