



ERCİYES ÜNİVERSİTESİ

HUKUK

FAKÜLTESİ DERGİSİ

ÇİLT: II • SAYI: 3-4 • 2007 ISSN: 1306 - 3839

DETAY
YAYINCILIK

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: II

SAYI: 3 - 4

YIL: 2007

**ARALIK – 2007
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İsmail KAYAR

SORUMLU MÜDÜR

İzzet DURGUT

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZİ- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAİL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
---	---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez
yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırılmalar kullanılmamalıdır.
5. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süheyl BATUM
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Doç. Dr. Murat ŞEN
Doç. Dr. Yavuz KAPLAN
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN
Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ
Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN
Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN

EDİTÖRLER

Doç. Dr. Murat ŞEN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Ayşe BOZTOSUN, Doç. Dr. Yusuf BÜYÜKAY, Doç. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Yavuz KAPLAN, Doç. Dr. Murat ŞEN, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN, Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN, Yrd. Doç. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ, Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK, Öğr. Gör. Ömer ÇELEN, Öğr. Gör. Akın ÜNAL, Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ, Arş. Gör. Musa İYİLER, Arş. Gör. Akif KARACA, Arş. Gör. Aslı NANEÇİ, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN.



İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Recep ÇİĞDEM

Bahçesaray/Kırım Mahkemesi Tutanakları Işığında Mâmeleke Karşı İşlenen Suçlar..... 3-23

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN

Öğretim Üyeliğine Yükseltilme ve Atanma Kriterlerinin Üniversitelerce Belirlenmesi Bağlamında İki Danıştay Kararının Değerlendirilmesi 25-39

Dr. Mehmet Nihat KANBUR

Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu (YTCK m.100).... 41-49

Öğr. Gör. Ömer ÇELEN

Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu 51-80

Öğr. Gör. Fatih BİRTEK

Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu..... 81-128

Mehmet AKÇAKOCA

Dar Anlamda Seçim Suçlarının Tanımı, İşlevi ve Bu Suçların Düzenleniş Tarzına Eleştirel Bir Bakış 129-163

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Murat ŞEN

7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'ne Göre Hizmet Sözleşmesi ile İstihdam Edilen Personelin İş Kanununa Tabi Olup Olmadığı Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.03.2007 Tarihli Kararı Çerçevesinde)..... 167-193

Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Donatan ve Donatanın Sorumluluğu Üzerine Hükümler 195-242

Öğr. Gör. Hatice KARACAN

Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve Zamanı (Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak)..... 243-270

CONTENTS

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Recep ÇİĞDEM

Violation of the Right of Property: A Study of the Registers of the
Bakhchisaray/Crimea Law Court 3-23

Asst. Prof. Dr. Hayrettin EREN

The Assessment of Two Council of State Decisions within the
Framework of the Determining of Criteria for the Promotion and
Appointment to Academic Career by Universities..... 25-39

Dr. Mehmet Nihat KANBUR

The Crime of Procuring Abortion in the New Turkish Criminal
Code (NTCC, Article 100) 41-49

Lecturer Ömer ÇELEN

The Liability of the Physician Regarding Death Benefits 51-80

Lecturer Fatih BİRTEK

The Liability of Administrative Authorities Based on Fault in the
Conducting of Health Services 81-128

Mehmet AKÇAKOCA

The Definition and Function of Crimes Relating to Elections in the
Narrow Sense and a Critical Approach to the Way They Are
Envisaged 129-163

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Murat ŞEN

The Problem of Whether the Personnel Employed Pursuant to the Employment Contract as Envisaged by the Decree of the Council of Ministers with number 7/15754 Are Subject to the Labour Code or Not (within the Framework of the Decision of the General Assembly of the Court of Appeals dated 14.03.2007) 167-193

Asst. Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL

The Provisions Relating to the Affreighter and the Liability of the Affreighter in the Draft Turkish Commercial Code 195-242

Lecturer Hatice KARACAN

The Place and Time of Performance as regards the Seller in the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (in Comparison with the Provisions of the Turkish Code of Obligations) 243-270

Kamu Hukuku

VIOLATION OF THE RIGHT OF PROPERTY: A STUDY OF THE REGISTERS OF THE BAKHCHISARAY/CRIMEA LAW COURT

Doç. Dr. Recep ÇİĞDEM*

ÖZET

Bu makalede, Bahçesaray/Kırım mahkemesi tutanakları ışığında mâmeleke karşı işlenen mülkiyet hakkının ihlalini içeren suçlar ele alınacaktır. Hukuksal doktrinler kısaca verilecek, yaşayan hukuku temsil etmelerinden dolayı fetvalardan alıntılar yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukuku, Mâmelek, Haksız Mülkiyet, Mülkiyetin İâdesi, Hırsızlık, Hanefi.

INTRODUCTION

Based on the records of the Bakhchisaray/Crimea law, this study examines the disputes over the right of property.¹ Since it aims to find out whether the *qadi* followed the legal doctrines in his decisions, it will give the main points of the law. Since this is not a study of juristic doctrines, the reader should not expect a full legal discussion.

The *qadi* court was open to anyone regardless of his/her gender, religious affiliation, or social status. Not only Muslims but also non-Muslims/*dhimmis*² took refuge in the court expecting a fair and impartial trial. Although *dhimmis* had several disadvantages such as not able to testify against Muslims,³ they were able to overcome these disadvantages. For instance, in their cases against Muslims, they employed Muslims as witness.

* Harran Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, recepçigdem@yahoo.co.uk

1 The original registers are located in the Saint Petersburg library in Russia. In Ukraine, the library of Crimean Tatars holds a copy of these registers, where I obtained my copies.

2 This refer to non-Muslims living in Muslim territory. Ibrahim al-Halabi, *Multaqa al-Abhur* (Istanbul: Güryay Matbaası 1981), p. 217 (margin note).

3 Marghinani, *al-Hidaya* (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi 1971), vol. 3, p. 124.

An examination of the different registers indicates that Muslims and *dhimmi*s lived in harmony and had good relationship.⁴

The court comprised a judge who headed the court, a clerk who copied the cases into the registers and a *Muhzir* who summoned the accused to the court⁵ and presumably provided the security of the court.

The *qadi* followed the doctrines of the Hanafi school of law in his judgments.⁶ He might have looked at the living tradition of the law, the *fatwas* of the *muftis*. These *fatwas* might have helped him to reach a decision.⁷

Having said that let us now look a summary of the law. The question of violation of the right of property may raise a *sariqa* (theft)⁸ crime amounting to a severe punishment, amputation of hand.⁹ If the provisions of *sariqa* is

4 For more, see Cigdem, R. *The Register of the Law Court of Istanbul 1612-1613: A legal Analysis*, (Unpublished PhD thesis, The University of Manchester, 2001).

5 Heyd, U. *Studies in Old Ottoman Criminal Law* (Oxford: The Clarendon Press 1973), p. 236; Jennings, R. C. "Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th Century Ottoman Kayseri", *Studia Islamica* 68 (1978), p. 151; Bayındır, A. *İslam Muhakeme Hukuku: Osmanlı Devri Uygulaması* (Istanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı 1980), p. 81; Akgündüz, A. et al, *Şer'iyye Sicilleri* (Istanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı 1998), vol. 1, p. 72; Abacı, N. *Bursa Şehrinde Osmanlı Hukukunun Uygulanması (17.Yüzyıl)*, (Ankara: Kültür Bakanlığı Yayınları, 2001). Heyd, *Criminal Law*, p. 272 (footnote).

6 As we learn from the *fatwas* of Abussuud, the other schools of laws were also available to the *qadi* especially in political crimes. In a question regarding the capital punishment of the Karamanlı Sheikh, Muhyiddin Karamani (d. 1550), Abussuud states, 'the *qadis* of the protected Ottoman Empire (*memalik-i mahmiye*) are permitted and ordered to issue, in accordance with the view of the other schools of law, capital punishment and not to accept a demand of forgiveness of the ones who do not pay attention to the matters of religion.' Düzdağ, M. E. *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fevvalari Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, (Istanbul: Enderun Kitabevi, 1972), p. 194. For the biography of this Sheikh see, Öngören, R. 'Muhyiddin Karamani', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, vol. 31, pp. 82-3; Öngören, R. 'Şeriat'ın Kestiği Parmak: Kanuni Sultan Süleyman Devrinde İdam Edilen Tarikat Şeyhleri' <http://www.sadabat.net/makale/seriatinkestigiparmak.htm>.

7 For the quotation of the *fatwas* in the decision of the *qadis*, see Cigdem, R., *A Legal Examination of The Register of The Law Court of Istanbul 1321-1324/1903-1906*, (Şanlıurfa: Şanlıurfa İlahiyat Fakültesi Geliştirme Vakfı, 2005).

8 As a legal term, *sariqa* signifies "taking by stealth out of *hirz* (custody), something of the value of [at least] ten *dîrhams* [*nisab*], in which s/he has neither *milk* (ownership) nor *shubhat al-milk* (uncertainty regarding his/her ownership)". Halabi, *Multaqa*, p. 199.

9 Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, p. 126; Halabi, *Multaqa*, p. 203; Yahya b. Sharaf al-Nawawi, *Minhaj*, on the margins of *Mughni al-Muhtaj* (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi 1958), vol. 4, pp. 177-8; Muhammed al-Shirbini al-Khatibi, *al-Mughni al-Muhtaj ila Ma'rifat Ma'ani al-Alfadh al-Minhaj* (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi 1958), vol. 4, pp. 177-8; Abdullah b. Ahmad Ibn Qudama, *al-Mughni*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1992), vol. 10, pp.

not satisfied,¹⁰ the question turns to a civil issue, restitution of property and the criminal may escape a punishment or receive lesser punishment through *ta'zir*.¹¹ To be precise, if a property is stolen, or lost, or taken away illegally (*ghasb*),¹² or destroyed (*itlaf*)¹³ the remedy was to return the object or its value to its original owner. Since two punishments for one crime are not contemplated by the Hanafis, in *sariqa* cases, if a stolen object is not in existence, the culprit is not condemned to restitution of property.¹⁴ The law prescribes that the vile intention is not to be protected and the criminal is not to derive advantage from the crime he has committed which means if a victim of theft finds his property in the hands of a third person/purchaser he is entitled to receive it back. The third person, is, in turn, entitled to reclaim his money from the culprit/thief.¹⁵

261-70; Muhammed b. Ahmed Ibn Rushd, *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid*, (Beirut: Dar al-Fikr, no date), vol. 2, pp. 339; Bilmen, Ö. N. *Hukuku İslamiyye ve Istulahatu Fikhiyye Kamusu*, (Istanbul: Bilmen Basımevi, 1969), vol. 3, pp. 282-3.

- 10 Provisions of *sariqa* include *nisab* (a minimum amount of ten *dirham*), using precise language of *sariqa* by the plaintiff and his demand of *sariqa* punishment in the court. Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, p. 126-128; Ibn Humam, Kamal al-Din, *Fath al-Qadir*, (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi, 1970), vol. 7, pp. 368-69; Nawawi, *Minhaj*, vol. 4, p. 161; Shirbini, *Mughni al muhtaj*, vol. 4, p. 161; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 10, pp. 293-6. Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, vol. 3, pp. 281-2.
- 11 *Ta'zir* amounts to what is termed '*qadi* justice', that is to say, discretionary punishment issued by the *qadi*, covering wide range of crimes. Abu Bakr b. Mas'ud al-Kasani, *Bada'i al-Sina'i* (Beirut: Dar al-Kutub al-Arab 1982), vol. 7, p. 63; Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, pp. 116-18.. For more see, Muhammed b. Ali İbn Senan, *Al-Janibu ta'zir fi jarimat-i zina*, (Riyad: Dar al-Ma'had, 1982); Şekerci, O. *İslam ceza hukukunda ta'zir suçları ve cezaları*, (İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, no date); Ahmed Fethi Behnesi, *Al-Ta'zir fi İslam*, (Cairo: Muassasa al-Halij al-Arabi, 1988); Cigdem, R., "The Concept of *Ta'zir* (Discretionary Punishment) in Theory and in Practice", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/1-2, (2004), pp. 167-179.
- 12 *Ghasb* is viewed as a civil offence and amounted to restitution of property. If it is destroyed or consumed the usurper replaces it with a similar item or pays its value. Marghinani, *Hidaya*, vol. 4, p. 12; Halabi, *Multaqa*, p. 392; Çiğdem, R., "The Judicial Registers of The Bakchisaray/Crimea Law Court: A Study of *Ghasb* (Illegal Possession and Occupation) and *Itlaf* (Destruction)", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 20, (2004), pp. 167-199.
- 13 *Itlaf* of articles in all cases entails liability of the culprit. Kasani, *Bada'i*, vol. VII, pp. 165-8; Marghinani, *Hidaya*, vol. 4, p. 196; Halabi, *Multaqa*, p. 474.
- 14 According to other schools of law, the *hadd* does not exclude pecuniary liability in any circumstances. Nawawi, *Minhaj*, vol. 4, 177; Shirbini, *Mughni al muhtaj*, vol. 4, 177; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 10, 274; Ibn Rushd, *Bidaya*, vol. 2, 338-9; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, vol. 3, pp. 284-6.
- 15 Kasani, *Bada'i*, vol. 7, p. 85; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, vol. 3, pp. 284-5.

In order to see the living tradition of *fiqh*, let us now quote several *fatwas* of the muftis:

1-Question: Without the knowledge of Amr, Zayd takes away Amr's donkey and sells it, does he become a thief?

Answer: His hand is not to be chopped.¹⁶

2-Question: Several persons carrying Muslim names and two unbelievers raid the house of Zayd and plunder some of his clothes and his 2000 akçes. Afterwards, *dhimmis* are found but not the Muslims. Is Zayd entitled to have two *dhimmis* compensate his plundered clothes and 2000 akçes?

Answer: Yes...¹⁷

3-Question: If Zayd takes away a stone from the wall of a castle and puts it into his house, [can he be] legally [held responsible] to pay its value?

Answer: [The stone] is to be removed [from his house] and [the castle] is to be rebuilt and [he is to receive] *ta'zir*.¹⁸

4-Question: Zayd steals some amount of akçes of Amr. Afterwards, Amr takes back his stolen akçes from Zayd. Bekir says to Amr 'Zayd stole some amount of akçes of mine'. Is he [Bekir] entitled to say [to Amr] 'you need to give some amount of money you have taken back [from Zayd]'?

Answer: No.¹⁹

These *fatwas* suggest that these were issued upon the request of real people and represent the problems of real life. The third *fatwa* is particularly important. Since the destruction harmed the public at large, the mufti demanded not only the return of the stone but also *ta'zir*.

THE COURT CASES

The *sicils* surveyed contain seven cases that are relevant to *sariqa*. As we shall see, although the cases can be classified as *sariqa* none of the plaintiffs demanded *sariqa* punishment, rather they wanted restitution of property.

Case 1:

22/?/10,²⁰ The case is as follows:

¹⁶ Düzdağ, *Ebussuud*, p. 150

¹⁷ Düzdağ, *Ebussuud*, p. 150

¹⁸ Düzdağ, *Ebussuud*, p. 150. For a similar *fatwa*, see Salih b. Ahmed al-Kafawi, *Fatawa Ali Efendi ma'a Nuqul lil Kafawi*, (Istanbul: Matba'a 'Amira, no date), vol 2, p. 589.

¹⁹ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 148.

When a person called Narhan, nicknamed Balaban (big), said, "I and Gök [Hizir] stole (?) [*iç eyledik*] the blind (?) [*kokir* (?)] ox of Mehmet *şah sufi* and the ram (?) of Derviş Ali," Gök Hizir confirmed [Narhan's statement].

[The case was probably recorded sometime in *Rabi' al-Akhir* 1088 [June 1677], since one of the entries on this sheet mentions this date. R. C.]

Shuhud al-hal: Abdi *efendi*, Şükrullah *efendi* b. [illegible], Muzaffer *Kethüda*²¹ *balci bat* (?), Badik *al-ma'ruf* (known), and others.

In this document, a certain Narhan admitted that he and Gök Hizir had stolen an ox belonging to Mehmet and a ram belonging to Derviş Ali. Gök Hizir confirmed Narhan's statement. The outcome of the case is not recorded, and we do not know whether the crime satisfied the conditions of *sariqa*, because it is not clear whether the animals were stolen from *hirz*, as required by law. Furthermore, the victim's claim is missing. This is important, because, otherwise, *sariqa* may not be prosecuted. Additionally, the victim's statement in the court may change the outcome of the trial. For instance, if the victim uses the word "lost" instead of "stolen," the culprits cannot be given the *hadd* punishment, even if the crime falls under the category of *sariqa*.

The case gives us the impression that they knew the owners of the animals as they precisely specified them. It is possible that they were neighbours or living in the same quarter or at least knew who the owners were. It is likely that they were their shepherd and committed the crime at the time of their business. It is not uncommon for the shepherds to take away animals which they are supposed to guard and sell them to make pocket money or slaughter an animal in order to fill their stomach.

If there was an employment contract (shepherd), their action is considered as *khiyana* (embezzlement), not satisfying the conditions of *sariqa* even if they described their act as *sariqa*. If the case was as we suppose, it is likely that their employers asked them to go to the court to make a confession as this entitles them to recover their animals. It is also possible that there was no employer and employee or other relationships between them. It was a theft, so the owners of the animals reported it to the

20 I use the following system to identify a case: "1/49/3," means *sicil* 1, page 49, entry 3. A question mark e.g., "22/?/10," indicates that the number is illegible. Elsewhere a question mark indicates that the text is difficult to read and that I am giving my own reading.

21 Jennings states that "it is not clear whether the *kethüda* was an independent officer...or whether he just acted in place of an absent *sancak begi*...[or] whether the office was permanent or temporary." Jennings, "Kadi", p. 168.

authorities who were looking for the criminals. Once they caught the suspects, they interrogated them. Upon their confession, they brought them to the court to have it recorded. Since there was no time to inform the owners of their arrest, no plaintiffs were present in the court.

Case 2:

Case two is recorded in three different entries. The first reads:

16/7/3 The case is as follows:

Yuşa v. (*veled-il*/child of)²² Yasef summoned Kelef bt. (*bint-il*/daughter of) Süleyman to the court and stated:

“I found my *şah destiri* (an embroidered or woven hand towel)²³ in Kelef’s [possession]. In addition, [she has] some of my other goods. I request that they should [be taken for me] and that she should be interrogated.”

After interrogation, Kelef stated:

“The *şah destiri* was brought to my wedding ceremony [as a present]. I do not know who gave it [to me]. I did not take any other of his goods.”

When evidence confirming his claim was sought [from the plaintiff], he was not able to produce any evidence.

When [the defendant] was offered the oath, she swore by God who sent down the Torah to Moses (peace be upon him).

She was acquitted.

Written in the last ten days of *Şawwal* 1082 [February 1672].

The aforementioned *shuhud al-hal*. [This refers to the witnesses of the previous entry on this sheet. They were: Abdulgaffar *efendi* b. Ömer *çelebi*, Mustafa *sufi* (*mystic*), Ömer *çelebi*²⁴ b. *Haci* Osman, *Devingeldi* b. *Devin* Ali, and others. R. C.]

22 A Muslim is identified as Ahmed *bin* (son of) Recep while a *dhimmi* is identified as Atmos *veled-i* (child of) Nikola, the word *bin* being replaced by the word *veled-i*. However, the word *bint-i* ‘the daughter of’ is used for identifying the father of both Muslim and *dhimmi* women. Çiğdem, *The Register of the Law-Court of Istanbul*, p. 52.

23 Düzdağ, *Ebussud*, p. 186.

24 *Çelebi* is a title given to literate people as a sign of respect from the 17th century onwards. However, according to Zilfi, it “probably denotes association with a trade”. Sertoğlu, M. *Resimli Osmanlı Tarihi Ansiklopedisi* (Istanbul: Istanbul Matbaası 1958), p. 65; Bayerle, G. *Pashas, Begs, and Efendis: A Historical Dictionary of Titles and Terms in the Ottoman Empire* (Istanbul: The Isis Press 1997), p. 30; Zilfi, M. C. “We do not get along: Women and Hul Divorce in the 18th Century” in *Women in the Ottoman Empire: Middle Eastern Women in the Early Modern Era*, Zilfi, M. C. (ed.), Netherlands, (1997), pp. 280, 294.

The second document reads:

16/?/5, The case is as follows:

From the residents of the castle, a Jew called Yuşa v. Yasef summoned a Jew called Avraham v. Yako to the court and stated in his presence:

“One year prior to this document, my *şah destiri* along with some other goods were lost. Now, I have found [them] in the hands of the aforementioned Avraham. I request that they should [be taken for me], and that he should be questioned.”

After interrogation, Avraham replied with a denial.

When evidence confirming his claim was sought from the aforesaid plaintiff Yuşa, Şalma v. Babar was present in the court for the deposition. After he testified confirming the claim, it was recorded that another witness is required.

Written in the last ten days of *Şawwal* 1082 [February 1672].

Şuhud al-hal: Abdulfettah *efendi* b. Mustafa dede, Abdurrezzak *efendi* b. Arslan *efendi*, Devingeldi *sufi* b. Devin Ali, and others.

A note was added:

Marka bt. Semha and Sultan bt. Babar were present [in the court] for the deposition. After they testified confirming the claim, it was recorded that it was legally established that the aforementioned *şah destiri* had been Yuşa’s personal property.

The third document reads:

16/?/6 The case is as follows:

Yusuf, the son of Kelef bt. Süleyman, as her agent, his agency being established by the testimony of Sebti v. İsak and İlya v. Yasef, stated in the court:

“My principal, Kelef bt. Süleyman, gave a *şah destiri* to Avraham v. Yako.”

After interrogation, it was recorded that Avraham confirmed [Yusuf’s declaration].

[Written on the] aforementioned date. [The last ten days of *Şawwal* 1082 [February 1672]. R. C.]

Shuhud al-hal: Halvet odlan (?) b. Mirzaş odlan (?) *Muhtesib*,²⁵ Nasif b. Abdullah, Devingeldi *sufi* b. Devin Ali, Mulhem b. İlya, Şemail b. Danyel, *Seyyid*²⁶ Mehmet b. *Sheikh* (leader of a spiritual path) Seydi, and others.

According to the first entry, a *dhimmi* called Yuşa brought a case against a woman called Kelef, stating that he had found some of his clothes and his *şah destiri* in her possession. Upon interrogation, the woman denied the charge stating that the *şah destiri* had been given to her as a wedding present. Following her denial, the plaintiff was asked to produce evidence, but he failed to do so. In accordance with standard judicial procedure, the woman was offered the oath, and she performed it, as requested. The defendant was thereby acquitted.

After failing in his first suit, the plaintiff brought another one. This time, he accused a Jew called Avraham of taking possession of his lost *şah destiri*. When the defendant denied the accusation, the plaintiff was asked to produce evidence. A man named Şalma testified in his favour. However, this was not sufficient, and our document specifies that another witness was required.

We learn from the note attached to this document that the plaintiff was able to bring two women along with one man as witness to the court. This satisfied the law and established that the item was the plaintiff's personal property. The evidence of two women is accepted in civil disputes but not in criminal ones. This indicates that the case was civil one and they came to the court to corroborate the plaintiff's claim that *şah destiri* was his personal property.

The third entry is a notary document (*hüccet*) that records the innocence of the accused Avraham. A man named Yusuf, as an agent of his mother, Keief, stated that Kelef had given the aforesaid *şah destiri* to the aforementioned Avraham. This confirmed that Avraham did not steal the *şah destiri* from Yuşa. This declaration supported the defendant's version of the facts, thereby causing the plaintiff's claim to be dismissed. For this reason, the plaintiff did not bring any further charges.

We do not know how the plaintiff found out that his item had been with a woman. It is possible that he told neighbours about it and was looking for

25 The *muhtesib* was a market inspector who attempted to ensure that the markets conformed to the official price (*narh*) and standard forms set up by guild regulations. He was under the supervision of the *qadi*. Akgündüz, A. *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, (Istanbul: Fey Vakfi 1990), vol. 1, p. 212; Bayerle, *Pashas*, p. 112.

26 The title of *seyyid* was given to the descendants of the Prophet Muhammad. Bayerle, *Pashas*, 136.

it. He might have gotten a tip off about its whereabouts and followed it. It was their dispute about its ownership which brought them to the court.

It is possible that she was right in her claim that it had been given to her in her wedding. Equally, the opposite is also true. The third document gives us the impression that her claim was not substantiated and that she had some doubts about its consequences. That is why she took *şah destiri* out of her possession by transferring the ownership to another person. This transaction might have been a fictitious one, as her secret intention might have been to get it back once the situation cools down. The documents do not make it clear the relationship between Kelef and the donee. However, it is likely that there was a close relationship, otherwise why should she make her donation to a complete stranger, especially when she had the intention of taking its possession soon?

The transfer of the ownership suggests that there was a suspicion about the way in which she got its possession. We do not know whether she was known as a thief by the community. It is possible that this was her first case to try. Her intention might have been to continue should this go smoothly. It did not go as she expected. So she did her best to get rid of the crime by giving it to someone else. She must have known that if she was not able to establish a legal ownership, it would continue to cause trouble.

It is also possible that it was given to her as a present. If this is the case, it means that it was stolen or taken away by the donor. This shows that the donor had relationship with the donee since relatives and friends make the presents and donations. She must have been lying when she said that she had not known the identity of the donor. In other words, she knew the donor but did not want to identify him as s/he was her relative or friend.

The case was within the *dhimmi* community as all parties were *dhimmis*. This raises the question of social relations within the community. Although it is possible that every community has trouble makers, it is not expected to be wide spread. Further research is required to find out how common the problem was within the *dhimmi* community. However, my examination of the cases indicates that there were trouble makers in *dhimmi* community, disturbing their counterparts, co-religious people. It is possible that economic circumstances dragged them into this.

Theft remained a community problem, and rarely went beyond the borders of the community. They did not commit theft against Muslims as much as they did against their fellow believers. This may indicate that they did not want to have trouble with Muslims since it may cause more problems than that they can predict. They might have wished to keep a good

relationship with Muslims. As long as the problem stays within the community, it is possible that it can be cured by the intervention of the leaders or respected people. Also, it does not produce a lot of reaction. Otherwise, it may bring a lot of trouble to the community.

Lastly, the description of the act as “lost” by the plaintiff in the third document indicates that his intention was to get back the possession of his item but not the application of the *hadd* punishment even if it satisfied the conditions of *sariqa*.

Case 3:

1/26/12 The case is as follows:

Eso b. Abdullah²⁷ summoned Todor v. Petro [to the court] and stated:

“The black horse, which has a soil mark [sic] on its right back side, and its right ear is sharp (*kez*), and which is in the possession of the aforementioned Todor, is my personal property. I purchased it from a person called Kasım in Karasu (Belagorsk). It was stolen from me. I claim it.”

When [Todor] was questioned, he said, “I purchased it from a person called Murtaza from Kefe (Feodosiya)”.

When evidence was sought from the aforementioned Eso, Murtaza b. Yusuf, and Mehmet *gazi* (war veteran) b. Yusuf were present [in the court] for the deposition.

They bore legal witness confirming the aforesaid Eso’s statement from the beginning to the end.

When the aforementioned Eso was asked to swear that he had not sold the aforementioned black horse and had not terminated his ownership [of the horse] by any transaction, he swore by God.

A judgment was passed that the black horse had been Eso’s personal property.

Recorded during the last ten days of *Jumad al-Akhira* 1018 [September 1609].

Shuhud al-hal: Mehmet *efendi*, preacher, İbrahim *efendi*, the judge, Mansur b. Bali, Perviz, *Muhzır*.

²⁷ It is possible that Eso was a convert as implied by his patronym ‘b. Abdullah’, this is because the patronym “son of Abdullah” was commonly borne by converts and slave-borns. Jennings, R. C. Zimmis (Non-Muslims) in Early 17th Century Ottoman Judicial Records - The Sharia Court of Ottoman Kayseri’, *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, XXI/3 (1978), pp. 241-3; Zilfi, “We do not get along”, p. 286

This case records the accusation of a certain Eso of a *dhimmi* Todor of stealing his horse. Upon the reply of the defendant that he purchased it from someone else, the plaintiff presented his evidence. In a normal procedure, the evidence of the witnesses must be sufficient to establish the plaintiff's claim. Here, however, we see the plaintiff taking an oath along with the testimony of the witnesses. This is because the witnesses testified that the horse was his personal property. Yet there remained a possibility that the plaintiff might have sold the horse without informing the witnesses of the transaction. For this reason, the court asked him to take an oath that he had not made any transaction that would have terminated his ownership. This was a requirement of the law, as the Hanafi law entitles the *qadi* to offer the plaintiff to take an oath to the effect that he has not sold or donated or it has not passed from his ownership in any way. If he does not take it, his claim is to be refused.²⁸ The testimony of the witnesses and the plaintiff's oath led the court to conclude that the plaintiff was in fact the owner of the horse. This establishes another fact that the animal was somehow illegally taken from its owner.

The defendant did not receive a *hadd* punishment because the defendant's counter-claim that he purchased the horse from a third party caused the *hadd* punishment to drop. If the defendant established his claim that he had purchased the horse from Murtaza, he would be entitled to recover his money from him [Murtaza], in accordance with Hanafi legal doctrine.²⁹

The defendant *dhimmi* refuted the allegation claiming that he had purchased it from someone called Murtaza in Kefe. The defendant may have thought that he could get away with his crime if he brings a counter claim. It is very likely that he was aware of the legal principle that a counter claim drops the *hadd*. This must have been a way of escaping the punishment. The defendant mentioned Kefe from where he claimed he had purchased the animal. The distance between Karasu and Kefe is approximately 163 km and the distance between Bakhchisaray where the case is heard and Kefe is 240 km. Furthermore, Kefe was under the authority of the Ottomans. It was not under the authority of the Crimean Tatars. It is

28 Ibn Nujaym, Zayn al-Din b. Ibrahim, *Al-Ashbah wa al-Nazair*, (Beirut: Dar al-Maktaba al-'Ilmiyya, 1985), vol. 2, pp. 422-3; Abdullah b. Sheikh Muhammad, Damad effendi, *Majma al-Anhur fi Sharh al-Multaqa al-Abhur*, (Istanbul:Matbaa al-Amira 1316), vol. 2, p. 254; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, vol. 8, p. 181.

29 Kasani, *Bada'i*, vol. 7, p. 85; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, vol. 3, pp. 284-85.

very likely that he chose Kefe for its distance. He may have had in mind that there is no way to investigate the matter in order to find out his lies.

In normal circumstances, *sariqa* cases are brought to the court as civil cases. The plaintiffs simply demanded the return of their stolen objects. They are not concerned with the application of the *hadd*. Here, unlike the cases above, the plaintiff described the act as “theft” stating “it was stolen from me”. This might have been because either the plaintiff was not aware of the consequences of the *hadd* punishment and did not know much about the procedure of the court or he deliberately described the act as *sariqa* intending that the criminal be punished for the *hadd*. If this is the case, it could indicate that the plaintiff had severe anger against the person who stole his animal.

Case 4:

22/?/12, The case is as follows:

From the village of Şevka, sub-district (*nahiye*) of Bakhchisaray, Ömer b. Şaban stated in the court in the presence of Ömer b. Yahya, from Şahkerman:

“The grey horse, which has a comb mark (*tarak*) on its one side, and whose bridle is pulled behind, and which is in the possession of the aforementioned Ömer b. Yahya, is my personal property. I lost it fourteen years ago. Now, it is in the possession of the aforementioned Ömer b. Yahya without justification (*bi ghayr-i haqqin*). I demand that justice should be established and that the horse should be taken for me (*îsal al-haqq ila al-mustahiqq*).”

After interrogation, the aforementioned Ömer b. Yahya replied:

“I bought this horse from Hüseyin ağa,³⁰ the ağa of Şahkerman boldur. I have no knowledge of its belonging to him.”

When evidence confirming the claim was sought, Bayram gazi b. Cemsid and Abdulkadir [b.] Ahmet, upright persons, bore witness in the court, stating:

“The aforementioned comb marked and bridled grey horse was lost from the possession of the aforementioned Ömer b. Şaban”.

They bore legal witness, saying, “in this case we are witnesses and bear witness,” and their testimony was found acceptable.

³⁰ The title of *agha* was borne by numerous officers or officials of rank. Bayerle, *Pashas*, 2.

When the aforementioned Ömer b. Şaban swore by God Almighty that he had not ended his ownership [of the horse] by any transaction, the judgment was issued in the required manner.

Recorded in *Rabi' al-Akhir* 1088, from the migration of Mustafa [the Prophet] [June 1677].

Shuhud al-hal: Bekir Mirza ağa, pride of the peers, Ali efendi [b.] Damad derviş (member of a *sufi* order) Mehmet efendi, Ahmet çelevi, Ivaz efendi [b.] Süleyman efendi, Hacı İsa [illegible], Kasım efendi.

Here, a certain Ömer b. Şaban filed a complaint against Ömer b. Yahya. The plaintiff told the court that he had lost his horse fourteen years ago. Then in 1088/1677, he found his horse in the defendant's possession. He asked the court to order the defendant to return his horse. After the plaintiff completed his statement, the defendant stated that he had purchased the aforementioned horse from a man called Hüseyin. The plaintiff supported his version of the facts with the testimony of two witnesses. As in the previous case, the plaintiff was asked to take an oath, and he did so, thereby winning the case. The *hadd* was dismissed, because the case was brought as a civil dispute, and the defendant brought a counter-claim.

The plaintiff said that he had lost his animal but did not specify the way in which it was lost. Was it actually stolen and he preferred the expression "lost" in order to avert the *hadd*? He waited for 14 years to get his horse back. He probably was looking for it over all these years. When he came across his horse, he brought its present holder to the court to get its ownership back, as the owner of a stolen property is entitled to reclaim it from its holder regardless of the criminal nature of the offence.

The defendant and the seller of the horse were from the same region namely Şahkermen. This means they knew each other. The defendant should have known or heard of the background of this beast and the way in which it was stolen or taken away. It is possible that he was the thief and kept it in his possession for so many years. He might have thought that the original owner had forgotten the animal and brought it to the market or came with it riding on it. Once the original owner saw his horse, he informed of the authorities whom brought it to the court. If this is the case, it is very likely that the defendant gave the name of the ağa as the seller and produced a fictitious transaction in order to aver the punishment.

There is another possibility that the ağa himself involved in the act of theft. He might have set up an organisation for this purpose, or hired people to commit *sariqa* crimes. He might have been getting away with his crime

by selling the stolen things or animals. It might have been the way of making money for him.

It is also possible that a third person found or stole it and sold it to the *ağa* from whom the defendant purchased it. He might have been innocent and have not been aware of its being stolen. It is not clear, from the way in which the case appears, how many times the transfer of the ownership took place. It is possible that the chain of the transaction involved so many people and so the thief was forgotten.

Case 5:

1/?/9 The case is as follows:

Aksarı b. Cafer [brought a case against] Allah Virdi b. Abdullah in the court:

“The black cow which is [now] in the possession of the aforementioned Allah Virdi was stolen [from me] by Allah Ahmet (?), musket maker or seller, because of [my] two *guruş*³¹ [debt to him (?)]. He [Allah Ahmet] sold it to Allah Virdi. I found it in [Allah Virdi’s] possession.”

When Allah Virdi was questioned, he replied with a denial.

When evidence was sought from the aforementioned Aksarı, Çerkez *sufi* b. Ali testified [in his favour].

It was recorded that another witness is required.

This happened on the aforementioned date. [The second ten days of *Rabi’ al-Awwal* 1018 [June 1609]. R. C.]

Shuhud al-hal: Kasım *dede*, Muzaffer b. Abdullah, Ali b. Hüseyin, and others.

The register tells us that a man called Aksarı filed a complaint against a man named Allah Virdi, stating that he had found his black cow in Allah Virdi’s possession. He added that a certain Allah Ahmet had stolen the aforementioned cow from him because of his (Aksarı’s) debt to him; Allah Ahmet sold the cow to Allah Virdi. The defendant denied the charge. The plaintiff then brought one witness who testified in his favour. The court noted that another witness is required.

Although the plaintiff described the act of Allah Ahmet as theft, it does not qualify *sariqa*, as it was in return for a debt. In law, debt averts *hadd* since it creates *shubhat al-milk*.³² In other words, even if the act of theft

31 *Guruş* refers to several types of European silver coins circulated in the Ottoman Empire. For the circulation of foreign currencies in the Ottoman empire, see Pamuk, Ş. “Money in the Ottoman Empire, 1326-1914” in *Economy and Social History*, ed. H. Inalcik and D. Quataert (Cambridge University Press 1994).

32 Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, 122.

qualified *sariqa*, the thief here cannot be charged with *sariqa* for two reasons; firstly, because he stole the cow in exchange for the debt owed to him by the plaintiff, secondly, because the plaintiff did not file a complaint against him, which is one of the principles of *sariqa*.

On the question of why the plaintiff did not bring his case against the thief himself, it is likely that they had severe quarrels and fights about the payment of the debt, so the debtor did not want to face him in the court. He might have thought that taking the case to the court might inflame the situation further and may bring about fatal consequences. So, he was probably scared of filing a complaint against the thief.

I would like to speculate over what might have happened and how the case might have developed. The register indicates that the main problem was the payment of a debt owed by the plaintiff. He was unwilling to make the payment. His unwillingness and stubbornness might have led the defendant to recover his money by other means such as theft. The plaintiff was not able to prevent his creditor from stealing his animal. He did not take this issue to the court for the reasons mentioned above. Rather, he waited until the beast is sold to a third person. He probably was aware of the fact that the thief is going to sell the animal as he needed cash. Once it is sold, he took this opportunity and brought the case to the attention of the court. It is very likely that he was aware of the legal principle that the owner of a stolen property is entitled to reclaim it. In this respect, the law does not protect the third person except that it entitles him to claim his money back from the thief.³³

It is worth mentioning that the thief and the defendant bore the same nickname or title "Allah". This may indicate that they were either from the same family or close relatives. This indicates that the thief sold the beast to a friend. The defendant's job involved making guns. The theft might have thought that he can deal with the debtor much better and his business may scare him to go further. The case was not turned out to be as he expected. The plaintiff was not scared of taking the issue to the court. This could indicate that people found refuge in the court, and that they knew that the court protects and enforces their rights.

Case 6:

Case six contains two documents. The first reads:

1/49/11 The case is as follows:

³³ Kasani, *Bada'i*, vol. 7, p. 85; Bilmen, *Hukuku Islamiyye*, vol. 3, 284-85.

Captain (*re'is*) Perkin v. Mahter summoned Yağmur v. Danil to the court and [stated]:

“Previously, in the time of Selamet Giray Khan³⁴ (may God’s mercy and forgiveness be upon him), while unbeliever Basdik (?), from Balkalaği, was travelling with a cart loaded with several bulls (*boğa*), a number of bulls dropped off of the cart, and were left behind. At the present time, I have found twenty bulls in Yağmur’s possession. He should be interrogated.”

When Yağmur was questioned, he stated:

“It is correct that [Perkin found] twenty bulls in my house (*evimde*). A *dhimmi* called *Hoca* gave them to me, saying, ‘Let us be partners’”.

This happened in the first ten days of *Muharram* 1021 [March 1612].

Shuhud al-hal: Ömer b. Ali, Kasım dede b. Abdullah, Mahmut b. Abdullah, *Muhzır*, Perviz b. Abdullah, *Muhzır*, and others.

The second document reads:

1/44/8 The case is as follows:

From the residents of Balkalaği, captain Perkin v. Mahter summoned Yağmur v. Danil to the court and [stated]:

“Previously, in the time of Selamet Giray Khan (may God’s mercy and forgiveness be upon him), while unbeliever Basdik (?), from Balkalaği, was travelling with a cart loaded with several bulls, a number of bulls were stolen. Now, a *dhimmi* called Keroki has admitted that he found the aforementioned bulls on the road, and that he became a partner with Yağmur, and that they sold the bulls. I [Perkin] found 20 bulls in Keroki’s possession and [another] 20 bulls in Yağmur’s possession, and I seized those [bulls]. I [Perkin] received [illegible] *guruş* for the bulls which had been sold. I settled the claim with Yağmur and Keroki. I request that they should be questioned and that [their statement] should be recorded.”

When Yağmur was questioned, he voluntarily acknowledged:

“It is correct that when Keroki found the bulls of the aforementioned captain Perkin, he established a partnership with me. We kept twenty bulls each and sold the rest”.

It was recorded that the aforementioned Perkin and Yağmur settled the claim by means of a *sulh*.

[Written on] 5 *Muharram* 1021 [8 August 1612].

³⁴ Selamet Giray I, the son of Devlet Giray, was the Khan (the ruler of the Crimea) between 1608-10. Spüler, B. ‘Kirim’, *Encyclopedia of Islam*, 2. Edition. vol. 5.

Shuhud al-hal: Ömer b. Ali, Ali *çelebi* b. Kızıtaş, Kasım dede b. Abdullah, Perviz b. Abdullah, *Muhzır*, and others.

In the first document, a *dhimmi* called Perkin brought a claim against another *dhimmi* named Yağmur. The plaintiff said that a number of bulls had dropped off of a cart and had been left behind. He added, "I found twenty bulls in Yağmur's possession". When the defendant was interrogated, he admitted that the plaintiff had found 20 bulls in his possession and stated that the bulls had been given to him by a *dhimmi* named Hoca. At this point, the entry comes to an end.

In the second document, the plaintiff changed his statement. He now claimed that the bulls had been stolen. As recorded in the *sicil*, Perkin, in the presence of Yağmur, stated that a number of bulls had been stolen, and that he had found 20 bulls in Yağmur's possession and another 20 in his partner's possession. He added that Keroki admitted that he had found the bulls on the road, and that he had become a partner with Yağmur, and that he had sold some of the bulls. Perkin declared that he had settled the claim by seizing 40 bulls from them and receiving a certain amount of money for the bulls that had been sold. The court noted that the matter had been resolved by means of a compromise (*sulh*).

It is to be noted that Keroki did not admit to stealing the bulls; rather, he said that he had found them on the road. Thus, he avoided the *hadd* punishment. If the bulls had been stolen, the case would have been classified as *sariqa*, since, according to our document, they were stolen while they were under the guardianship of a man named Basdik.

According to the documents, the bulls were lost or stolen at the time of Selamet Giray who was the Khan (the ruler of the Crimea) between 1608-10. The case was taken to the court in 1612, at least 2 years after the occasion. This means that the plaintiff waited for, at least, two years to find his bulls. It is very likely that it was a tip off about their whereabouts which helped him to reach his bulls. The statement of Yagmur in the first document that the plaintiff found the animals in his house suggests that he searched the farm. On the question of how he had the access to the farm, it is very likely that he went there with the executive authorities but definitely not alone. Presumably, having received the clue, he reported the case to the court and asked for help. The court sent two local *Muhzırs* along with him to investigate the matter and authorised them to make the search. The names of two *Muhzırs* -Mahmut b. Abdullah, Perviz b. Abdullah-, among *shuhud al-hal* verify this assumption. Their patronym 'b. Abdullah' suggests that they

were converts and presumably were *Muhzırs* for the community they had come from originally.

My examination of the court registers indicates that the court dealt with the communities through their *Muhzırs*. Conversely, each community had *Muhzırs* of their own in the court. There must be several reasons for this: firstly, this might have made it easy catching the offenders as the local *Muhzırs* knew their community very well; secondly, arresting people does not produce a lot of reaction if the police was one of their own; thirdly, it might have been a way of keeping an eye on local trouble makers. This might have had some disadvantages as well. For example, although there is no evidence, this system might have produced corruption and led them to ignore certain criminal activities in return for bribe. It seems, however, advantages outweighed the disadvantages and they continued to keep local *Muhzırs*.

It is very likely that the defendant was brought to the court by these *Muhzırs*. The case suggests that the defendant was shocked and did not expect such offensive action and that he was not ready to tell the truth and to identify his partner. He gave just an honorific title without a name. It looks his purpose was to hide the real issue and to make a confusion by diverting the attention to some other issues.

The second document which was recorded five months later gives a clear picture about how the bulls ended up in the hands of the defendant and of his partner, and how the partnership was set up. The long time-period between these two records suggests that they were not able to settle the issue for some time. It is very likely that the defendant did not identify his partner for a while. After some time, he identified his accomplice. They might have had disputes and fights about the bulls. They might have not wanted to submit them over to their original owner for some reasons. They probably expected some payment for the animals as they kept and looked after them for two years.

The word 'seize' in the statement of the plaintiff suggests that he received them by force, perhaps with the help of the executive authorities. Once they have reached a compromise, probably with the help of the elders, or the leaders of the community, they came to the court to have it recorded so that they have evidence against any future disputes. The *qadi* did not solve the problem at first instance, as the defendant admitted to having the bulls. Rather he let them resolve the matter mutually.

This case is particularly important as it shows that partnerships were established in order to hide a crime. Alternatively, Keroki did not have a

farm big enough to keep that many bulls. So he gave half of them to his colleague or close friend Yagmur. Keroki must have had trust in Yagmur. He must have been shocked when the case was disclosed through Yagmur.

On the question of why they did not get rid of the animals by selling them, it is because if they had done so, the issue would have been out so soon and they did not want that. As we have seen in the cases above, theft mostly became known through third person, the purchaser. They must have known this. They were very clever in keeping them under their possession and not letting anyone know about it for two years.

Case 7:

22/?/10, The case is as follows:

From Akkerman (Belgorad-Dnestrovski), Otali b. Ak bora stated in the court in the presence of Burak b. El-Eman (?) and Ebussuud b. Cemal, who are residents in the village of al-Mardani, in the judicial district of Sheikh Ila:

“Three years prior to this document, while I was on a war campaign, [Burak b. El-Eman (?) and Ebussuud b. Cemal] forced their way into my house. They took away (*akhdh* and *qabd*) a desk (?), a *kibarali* (?) bridle, two red woollen clothes, two red satin outer garments, two yellow trousers, another two satin outer garments, two sable fur caps, one foot [illegible], satin [in an amount sufficient] for two garments [*don* (?)], *sildiya* (?) for two garments, a silver amulet, a *kaş* (?) pillow, and a *surugh* (?), a silver *börçem* (?), a gilded reed *sasfik* (?), two silver bracelets, an ox-cart ten *kulaç*³⁵ [in length], twelve mattresses, a carpet, a woven carpet (*kilim*), a broadcloth [worth] forty-eight silver [coins], and six hundred *esedi*³⁶ *guruş* in cash. They should be questioned.”

After interrogation, denial, and the evidence of the witnesses for the offence [*al-jurm* (?)], and legal oath [taken by the plaintiff], it was recorded upon request.

[The case was probably recorded during the last ten days of *Rabi' al-Akhir* 1088 [June 1677], since one of the entries on this sheet mentions this date. R. C.]

Shuhud al-hal: *Haci İsa efendi* from Kul Sadik, Ahmet şah Mirza *Haci Bektaşan* (?), Abdurrahman *efendi*, preacher in Çorak kor, Abdurrahman *Molla* from the village of Kırbaç, Kurban Ali *Molla* from Milaz (?), Kurban

³⁵ *Kulaç* is a measure of length - 189.5 cm. Sertoğlu, *Osmanlı Tarihi*, p. 17.

³⁶ *Esedî* is a silver coin of Holland. Murphey, R. *Ottoman Warfare 1500-1700* (London: UCL Press limited 1999), p. 206.

gazi eylüş from Çürüksu (a district of Bakhchisaray), Sefer b. [illegible], Bayram Ali b. İslam, Aksaş b. Kurbakna (?) Karabaş *Muhzır*, Abdalbaki, *Atalik* (?) *Muhzır*, and others.

Here we see certain people committing a crime while the plaintiff was away on war campaign. It is very likely that they knew who the victim was. They probably reconnoitred the place contemplated for the commission of the crime. They were also aware of the fact that he is going to go to a war campaign. Once he was away, they took it as an opportunity to execute their plan and to make their way into his house. They must have stayed in the house for a while since they carried away quite a lot of items.

It is not clear from the way in which the case appears whether the crime is committed at night or in broad day light. However, the following statement “the evidence of the witnesses for the offence [*al-jurm* (?)]” suggests that it was committed in daytime, as there were eye-witnesses for the offence. It is likely that it was these witnesses who informed the plaintiff of the crime and identified the criminals. On the question of why they did not intervene in the crime, it is perhaps because the criminals were equipped with lethal instruments and it was dangerous for them to do anything to stop the burglars, or there might have been other reasons.

When the plaintiff returned from the war campaign, to his horror he discovered that his house had been burgled and everything had been scattered. Upon receiving the information about the suspects, he reported the case to the *qadi* who had them summoned to the court by the police force/*Muhzırs*, -Aksaş and Abdalbaki. The defendants refuted the accusation. However, the testimony of the witnesses corroborated the statement of the plaintiff. As in the cases above, the plaintiff was asked to swear a legal oath to the effect that he had not terminated his ownership of the aforementioned items by any transaction, and he did so. Although the outcome of the case is not recorded, it is likely that the defendants were ordered to return the stolen objects to the plaintiff. Since the case was brought as a civil matter, and the terminology of *sariqa* was avoided, it is unlikely that the defendants received *hadd* punishment. They might have received *ta'zir* penalty, perhaps certain strokes or imprisonment as their way of theft was very serious and damaging.

The presence of several persons from religious class among *shuhud al-hal* suggests that the plaintiff was from high ranking soldiers, due to the fact that normally not that many people come to the court to witness a case.

The case was within Muslim community. The reason behind the crime was not disclosed, and it was not business of the court. It simply made an

official record of the fact. It is unlikely that it was the result of economic circumstances, as religious endowments (*waqfs*) within the Muslim community provided help for the needy and the poor. It is possible that they might have suffered social injustice, and this might have been a way of escaping it and a soldier was a good prey for them. It is also likely that being a soldier, the plaintiff made them suffer injustice and losses. So, they stole his belongings to teach him a lesson and to have him compensated for their losses.

CONCLUSION

The primary aim of this article has been to find out whether the *qadi* followed the legal doctrines in his decisions. Analysis of the documents indicates that he did so. This study has also revealed that almost all of *sariqa* disputes are formulated in order to protect the parties from possible *hadd* punishments. Firstly, jurists made an effort in all judicial discussions to mitigate the harshness of *hadd* punishments if it all possible. Secondly, political authorities might have not wanted to implement *hadd* penalties. There may also lie a social factor which the people did not want to see their counterparts with chopped hands; rather they wanted to recover their stolen items.

The concept of justice is viewed by the *qadi* as the application of the legal doctrines. In the view of people, justice was not the corporal punishment but it was the restitution of property. It was them who suffered the loss, it can only be compensated by restitution. However, the formalities and the procedures sometimes prevented justice.

Our examination of the documents has also shown that most of the disputes involved *dhimmis*. This might indicate that there was a social problem within the non-Muslim community. Economic circumstances might have been the reason behind this problem. This work has also underlined that the court dealt with the communities through their own *Muhzirs* (police).

Lastly, *dhimmis* took refuge in the court and did not hesitate to bring their counterparts to the court to face justice. In the court, they were fairly treated as required by the law.

ÖĞRETİM ÜYELİĞİNE YÜKSELTİLME ve ATANMA KRİTERLERİNİN ÜNİVERSİTELERCE BELİRLENMESİ BAĞLAMINDA İKİ DANIŞTAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN**

GİRİŞ

Üniversiteler yükseköğretim alanında önemli görevleri yerine getiren kamu kurumlarıdır. Üniversitelerin bu görevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyduğu personelin seçilmesi, atanması üzerinde durulması gereken bir konudur.

Acaba üniversiteler çalıştıracakları öğretim üyelerinin niteliklerini belirleyebilirler mi? Veya hangi şartlarda ve nasıl belirleyebilirler? Uyulması gereken kurallar nelerdir? Yargının konuya bakışı nedir? Bu çalışmada yeni tarihli denilebilecek, Danıştay tarafından verilmiş iki yürütmeyi durdurma kararı ele alınacaktır.

Kararlara geçmeden önce, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, öğretim üyeliğine yükseltilme ve atanma konusunu ilgilendiren pozitif düzenlemelere kısaca değinilecektir.

I. YASAL ÇERÇEVE

Anayasa kamu hizmetine girmeyi 70'inci maddede¹, Yükseköğretim kurumlarını 130'uncu maddede², yükseköğretim üst kuruluşlarını da 131'inci maddede³ düzenlemiştir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 "Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."

2 "Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur.

Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.

Anayasanın 130 ve 131'inci madde düzenlemeleri anayasa yapım tekniğine uymayan düzenlemelerdir. Yüksek öğretim alanını, bir kanun metni gibi oldukça ayrıntılı düzenlemiştir. Bir anayasa metninde bu kadar ayrıntıya gerek yoktur. Anayasanın 131'inci maddesi, Yüksek Öğretim Kurulu - üniversite ilişkisini neredeyse hiyerarşiye yaklaşan bir vesayet çerçevesinde düzenlemiştir. Ayrıca Anayasanın 130'uncu maddesinin 9.fıkrasındaki "...öğretim elemanlarının görevleri, ünvanları, atama,

Kanun, üniversitelerin ülke sathına dengeli bir biçimde yayılmasını gözetir.

Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez.

Üniversiteler ve bunlara bağlı birimler, Devletin gözetimi ve denetimi altında olup, güvenlik hizmetleri Devletçe sağlanır.

Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca, dekanlar ise Yükseköğretim Kurulunca seçilir ve atanır.

Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar.

Üniversitelerin hazırladığı bütçeler; Yükseköğretim Kurulunca tetkik ve onaylandıktan sonra Milli Eğitim Bakanlığına sunulur ve merkezi yönetim bütçesinin bağlı olduğu esaslara uygun olarak işleme tabi tutularak yürürlüğe konulur ve denetlenir.

Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, **öğretim elemanlarının görevleri, ünvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri**, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması **kanunla düzenlenir.**

Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir.

- 3 "Yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim - öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulur.

Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler ve Bakanlar Kurulunca seçilen ve sayıları, nitelikleri, seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur.

Kurulun teşkilatı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esasları kanunla düzenlenir."

yükselme ve emeklilikleri... kanunla düzenlenir.” hükmü de aslında gereksiz bir düzenlemedir, bir tekrardır. Zaten Anayasanın 128’inci maddesi kamu görevlileri bağlamında bu konuyu düzenlemiştir⁴. Çünkü öğretim elemanları da Anayasanın 128’inci maddesinde ifade edilen “diğer kamu görevlileri” kapsamına giren kamu görevlileridir.

Yükseköğretim alanı 6 Kasım 1981 tarihinde yürürlüğe giren 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile düzenlenmiştir. İhtilal dönemi kanunlarından olan YÖK Kanunu, bir çok değişikliğe uğramasına rağmen ana yapısını korumuştur. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 4’üncü maddesi yükseköğretimin amacını⁵, 5’inci maddesi yükseköğretimdeki ana ilkeleri⁶,

- 4 “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”
- 5 Yükseköğretimin amacı:
- a) Öğrencilerini;
- (1) ATATÜRK İnkılapları ve ilkeleri doğrultusunda ATATÜRK milliyetçiliğine bağlı,
- (2) Türk milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini taşıyan, Türk olmanın şeref ve mutluluğunu duyan,
- (3) Toplum yararını kişisel çıkarının üstünde tutan, aile, ülke ve millet sevgisi ile dolu,
- (4) Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getiren,
- (5) Hür ve bilimsel düşünce gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı,
- (6) Beden, zihin, ruh, ahlak ve duyu bakımından dengeli ve sağlıklı şekil de gelişmiş,
- (7) İlgi ve yetenekleri yönünde yurt kalkınmasına ve ihtiyaçlarına cevap verecek, aynı zamanda kendi geçim ve mutluluğunu sağlayacak bir mesleğin bilgi, beceri, davranış ve genel kültürüne sahip, vatandaşlar olarak yetiştirmek,
- b) Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olarak, refah ve mutluluğunu artırmak amacıyla; ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmasına katkıda bulunacak ve hızlandıracak programlar uygulayarak, çağdaş uygarlığın yapıcı, yaratıcı ve seçkin bir ortağı haline gelmesini sağlamak,
- c) Yükseköğretim kurumları olarak yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapmak, bilgi ve teknoloji üretmek, bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişme ve kalkınmaya destek olmak, yurt içi ve yurt dışı kurumlarla işbirliği yapmak suretiyle bilim dünyasının seçkin bir üyesi haline gelmek, evrensel ve çağdaş gelişmeye katkıda bulunmaktır.
- 6 Yükseköğretim, aşağıdaki “Ana ilkeler” doğrultusunda planlanır, programlanır ve düzenlenir:
- a) Öğrencilere, ATATÜRK inkılapları ve ilkeleri doğrultusunda ATATÜRK milliyetçiliğine bağlı hizmet bilincinin kazandırılması sağlanır.
- b) Milli Kültürümüz, örf ve adetlerimize bağlı, kendimize has şekil ve özellikleri ile evrensel kültür içinde korunarak geliştirilir ve öğrencilere, milli birlik ve beraberliği kuvvetlendirici ruh ve irade gücü kazandırılır.
- c) Yükseköğretim kurumlarının özellikleri, eğitim-öğretim dalları ile amaçları gözetilerek eğitim - öğretimde birlik ilkesi sağlanır.
- d) Eğitim - öğretim plan ve programları, bilimsel ve teknolojik esaslara, ülke ve yöre

7'nci maddesi Yükseköğretim Kurulunun görevlerini⁷, 12'nci maddesi

ihtiyaçlarına göre kısa ve uzun vadeli olarak hazırlanıp sürekli olarak geliştirilir.

e)Yükseköğretimde imkan ve fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler alınır.

f)Üniversiteler ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunlar içindeki fakülte, enstitü ve yüksekokullar, kalkınma plan ve programlarının ilke ve hedefleri doğrultusunda ve yükseköğretim planlaması çerçevesinde Yükseköğretim Kurulunun görüşü veya önerisi üzerine kanunla kurulur.

g)Meslek elemanı yetiştiren bakanlıklara bağlı yüksekokullar, Yükseköğretim Kurulunun tespit edeceği esaslara göre Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur.

h)Yükseköğretim kurumlarının geliştirilmesi, verimlerinin artırılması, genişletilmesi ve bütün yurda yaygınlaştırılması amacıyla yönelik olarak yenilerinin açılması, öğretim elemanlarının yurt içinde ve dışında yetiştirilmeleri ve görevlendirilmeleri, üretim - insangücü - eğitim unsurları arasında dengenin sağlanması, yükseköğretime ayrılan kaynakların ve ihtisas gücünün dağılımı, milli eğitim politikası ve kalkınma planları ilke ve hedefleri doğrultusunda ülke, çevre ve uygulama alanı ihtiyaçlarının karşılanması, örgün, yaygın, sürekli ve açık eğitim - öğretimi de kapsayacak şekilde planlanır ve gerçekleştirilir.

ı)Yükseköğretim kurumlarında, Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi, Türk dili, yabancı dil zorunlu derslerdendir. Ayrıca, zorunlu olmamak koşuluyla beden eğitimi veya güzel sanat dallarındaki derslerden birisi okutulur. Bütün bu dersler en az iki yarı yıl olarak programlanır ve uygulanır.

7

a)Yükseköğretim kurumlarının bu Kanunda belirlenen amaç, hedef ve ilkeler doğrultusunda kurulması, geliştirilmesi, eğitim-öğretim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve yükseköğretim alanlarının ihtiyaç duyduğu öğretim elemanlarının yurt içinde ve yurt dışında yetiştirilmesi için kısa ve uzun vadeli planlar hazırlamak, üniversitelere tahsis edilen kaynakların, bu plan ve programlar çerçevesinde etkili bir biçimde kullanılmasını gözetim ve denetim altında bulundurmak,

b)Yükseköğretim kurumları arasında bu Kanunda belirlenen amaç, ilke ve hedefler doğrultusunda birleştirici, bütünleştirici, sürekli, ahenkli ve geliştirici işbirliği ve koordinasyonu sağlamak,

c)Üniversite çalışmalarının en verimli düzeyde sürdürülmesi için büyümenin sınırlarını tespit etmek ve yaz öğretimi, gece öğretimi, ikili öğretim gibi tedbirler almak,

d)Devlet kalkınma planlarının ilke ve hedefleri doğrultusunda ve yükseköğretim planlaması çerçevesi içinde;

(1)Yeni üniversite kurulmasına ve gerektiğinde birleştirilmesine ilişkin önerilerini veya görüşlerini Milli Eğitim Bakanlığına sunmak,

(2)Bir üniversite içinde fakülte, enstitü ve yüksekokul açılmasına, birleştirilmesi veya kapatılması ile ilgili olarak doğrudan veya üniversitelerden gelecek önerilere dayalı kararlar almak ve gereği için Milli Eğitim Bakanlığına sunmak,

Yükseköğretim kurumları içinde bölüm, anabilim ve anasanat dalları ile uygulama ve araştırma merkezi açılması, birleştirilmesi veya kapatılması; konservatuvar, meslek yüksekokulu veya destek, hazırlık okul veya birimleri kurulması ile ilgili olarak doğrudan veya üniversitelerden gelecek öneriler üzerine karar vermek,

Eğitim - öğretimin aksamaması sonucunu doğuracak olaylar dolayısıyla öğrenime ara verilmesine veya tekrar başlatılmasına ilişkin olarak üniversitelerden gelecek öneriler göre veya doğrudan karar verip uygulamak,

(3)Bakanlıklar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarının kuruluş, amaç ve esaslarını inceleyerek görüşlerini ilgili makama sunmak,

e)Yükseköğretim kurumlarında eğitim - öğretim programlarının asgari ders saatlerini ve sürelerini, öğrencilerin yatay ve dikey geçişleriyle ve yüksekokul mezunlarının bir üst

yükseköğretim kurumlarının görevlerini⁸, 14'üncü maddesi üniversite senatosu ve görevlerini⁹ düzenlemiştir. Kanununun 23'üncü maddesinde

düzeyde öğrenim yapmalarına ilişkin esasları Üniversitelerarası Kurulun da görüşlerini alarak tespit etmek,

f) Üniversitelerin ihtiyaçlarını, eğitim - öğretim programlarını, bilim dallarının niteliklerini, araştırma faaliyetlerini, uygulama alanlarını, bina, araç, gereç ve benzeri imkanlar ve öğrenci sayılarını ve diğer ilgili hususları dikkate alarak; üniversitelerin profesör, doçent ve yardımcı doçent kadrolarını dengeli bir oranda tespit etmek,

g) Her yıl üniversitelerin verecekleri faaliyet raporlarını inceleyerek değerlendirmek; üstün başarı gösterenlerle, yeterli görülmeyenleri tespit etmek ve gerekli önlemleri almak,

h) Üniversitelerin her eğitim - öğretim programına kabul edeceği öğrenci sayısı önerilerini inceleyerek kapasitelerini tespit etmek; insan gücü planlaması, kurumların kapasiteleri ve öğrencilerin ilgi ve yetenekleri doğrultusunda ortaöğretimdeki yönlendirme esaslarını da dikkate alarak öğrencilerin seçilmesi ve kabul edilmesi ile ilgili esasları tespit etmek,

i) Yükseköğretim kurumlarında ve bu kurumlara girişte imkan ve fırsat eşitliği sağlayacak önlemleri almak,

j) Her eğitim - öğretim programında öğrencilerden alınacak harca ait ilgili yükseköğretim kurumlarının önerilerini inceleyerek karara bağlamak,

k) Yükseköğretim üst kuruluşları ile üniversitelerce hazırlanan bütçeleri tetkik ve onayladıktan sonra Milli Eğitim Bakanlığına sunmak,

l) Rektörlerin disiplin işlemlerini kovuşturmak ve karara bağlamak, öğretim elemanlarından bu Kanunda öngörülen görevleri yerine getirmekte yetersizliği görülenler ile bu Kanunla belirlenen yükseköğretimin amaç, ana ilkeleri ve öngördüğü düzene aykırı harekette bulunanları rektörün önerisi üzerine veya doğrudan, normal usulüne göre, yükseköğretim kurumları ile ilişkilerini kesmek veya denemek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atamak,

m) Çeşitli bilim ve sanat alanlarında bilimsel milli komiteler ve çalışma grupları kurmak,

n) Gerektiğinde yeni kurulan veya gelişmekte olan üniversitelere gelişmiş üniversitelerin eğitim - öğretim ve eleman yetiştirme alanlarında yapacağı kat kıyı gerçekleştirmek için gelişmiş üniversiteleri görevlendirmek ve bu konudaki uygulama esaslarını tespit etmek,

o) Vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarının bu Kanun hükümlerine göre açılması hususundaki görüş ve önerilerini Milli Eğitim Bakanlığına sunmak, bu kurumlara ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmak ve bunları gözetmek, denetlemek,

p) Yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından alınmış ön lisans, lisans ve lisans üstü diplomaların denkliğini tespit etmek,

r) Bu Kanunla kendisine verilen diğer görevleri yapmaktır.

8

Bu kanundaki amaç ve ana ilkeler uygun olarak yükseköğretim kurumlarının görevleri;

a. Çağdaş uygarlık ve eğitim - öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde, toplumun ihtiyaçları ve kalkınma planları ilke ve hedeflerine uygun ve ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim - öğretim, bilimsel araştırma, yayım ve danışmanlık yapmak,

b. Kendi ihtisas gücü ve maddi kaynaklarını rasyonel, verimli ve ekonomik şekilde kullanarak, milli eğitim politikası ve kalkınma planları ilke ve hedefleri ile Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılan plan ve programlar doğrultusunda, ülkenin ihtiyacı olan dallarda ve sayıda insan gücü yetiştirmek,

c. Türk toplumunun yaşam düzeyini yükseltici ve kamu oyunu aydınlatıcı bilim verilerini söz, yazı ve diğer araçlarla yaymak,

d. Örgün, yaygın, sürekli ve açık eğitim yoluyla toplumun özellikle sanayileşme ve

Yardımcı Doçentliğe atama¹⁰, 25'inci maddesinde Doçentliğe atama¹¹, 26'ncı maddesinde Profesörlüğe yükselme ve atama¹², 65'inci maddesinde

tarımda modernleşme alanlarında eğitilmesini sağlamak,

e. Ülkenin bilimsel, kültürel, sosyal ve ekonomik yönlerden ilerlemesini ve gelişmesini ilgilendiren sorunlarını, diğer kuruluşlarla işbirliği yaparak, kamu kuruluşlarına önerilerde bulunmak suretiyle öğretim ve araştırma konusu yapmak, sonuçlarını toplumun yararına sunmak ve kamu kuruluşlarınınca istenecek inceleme ve araştırmaları sonuçlandırarak düşüncelerini ve önerilerini bildirmek,

f. Eğitim - öğretim ve seferberliği içinde, örgün, yaygın, sürekli ve açık eğitim hizmetini üstlenen kurumlara katkıda bulunacak önlemleri almak,

g. Yörelereindeki tarım ve sanayinin gelişmesine ve ihtiyaçlarına uygun meslek elemanlarının yetişmesine ve bilgilerinin gelişmesine katkıda bulunmak, sanayi, tarım ve sağlık hizmetleri ile diğer hizmetlerde modernleşmeyi, üretimde artışı sağlayacak çalışma ve programlar yapmak, uygulamak ve yapılara katılmak, bununla ilgili kurumlarla işbirliği yapmak ve çevre sorunlarına çözüm getirici önerilerde bulunmak,

h. Eğitim teknolojisini üretmek, geliştirmek, kullanmak, yaygınlaştırmak,

ı. Yükseköğretimin uygulamalı yapılmasına ait eğitim - öğretim esaslarını geliştirmek, döner sermaye işletmelerini kurmak, verimli çalıştırmak ve bu faaliyetlerin geliştirilmesine ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmaktır.

- 9 Kuruluş ve işleyişi: Senato, rektörün başkanlığında, rektör yardımcıları, dekanlar ve her fakülteden fakülte kurullarınca üç yıl için seçilecek birer öğretim üyesi ile rektörlüğe bağlı enstitü ve yüksekokul müdürlerinden teşekkül eder.

Senato, her eğitim - öğretim yılı başında ve sonunda olmak üzere yılda en az iki defa toplanır.

Rektör gerekli gördüğü hallerde senatoyu toplantıya çağırır.

b. Görevleri: Senato, üniversitenin akademik organı olup aşağıdaki görevleri yapar:

(1) Üniversitenin eğitim - öğretim, bilimsel araştırma ve yayım faaliyetlerinin esasları hakkında karar almak,

(2) Üniversitenin bütününe ilgilendiren kanun ve yönetmelik tasarılarını hazırlamak veya görüş bildirmek,

(3) Rektörün onayından sonra Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girecek olan üniversite veya üniversitenin birimleri ile ilgili yönetmelikleri hazırlamak,

(4) Üniversitenin yıllık eğitim - öğretim programını ve takvimini inceleyerek karara bağlamak,

(5) Bir sınava bağlı olmayan fahri akademik ünvanlar vermek ve fakülte kurullarının bu konudaki önerilerini karara bağlamak,

(6) Fakülte kurulları ile rektörlüğe bağlı enstitü ve yüksekokul kurullarının kararlarına yapılacak itirazları inceleyerek karara bağlamak,

(7) Üniversite yönetim kuruluna üye seçmek,

(8) Bu kanunla kendisine verilen diğer görevleri yapmaktır.

- 10 a. Bir üniversite biriminde açık bulunan yardımcı doçentlik, isteklilerin başvurması için rektörlükçe ilan edilir. Fakültelerde ve fakülteleğe bağlı kuruluşlarda dekan, rektörlüğe bağlı enstitü ve yüksekokullarda müdürler; biri o birimin yöneticisi, biri de o üniversite dışından olmak üzere üç profesör veya doçent tespit ederek bunlardan adayların her biri hakkında yazılı mütalaa isterler. Dekan veya ilgili müdür kendi yönetim kurullarının görüşünü de aldıktan sonra önerilerini rektöre sunar. Atama, rektör tarafından yapılır.

Yardımcı doçentler bir üniversitede her seferinde ikişer veya üçer yıllık süreler için en çok 12 yıla kadar atanabilirler. Her atama süresi sonunda görev kendiliğinden sona erer.

b. Yardımcı doçentliğe atanmada aranacak şartlar:

(1) Doktora veya tıpta uzmanlık unvanını veya Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine

de öğretim üyeliğine yükseltilme ve atanma işlemleri konusunda Yüksek Öğretim Kurulunun yönetmelik çıkarma yetkisi¹³ düzenlenmiştir.

Yükseköğretim Kurulunca tespit edilecek belli sanat dallarının birinde yeterli kazanmış olmak,
(2)Fakülte, enstitü veya yüksekokul yönetim kurullarınca, biri o dilin öğretim üyesi olmak üzere seçilecek üç kişilik bir jüri tarafından; sınava girenin kendi bilim alanında Türkçe'den yabancı dile, yabancı dilden Türkçe'ye 150 - 200 kelimelik bir çeviriye kapsayan yabancı dil sınavını başarmak.

- 11 a)Bir üniversite biriminde açık bulunan doçentlik kadrosu, rektörlükçe, isteklilerin başvurusu için kadroların devamlı veya kısmi statüleri belirtilerek ilan edilir. Müracaat eden adayların durumlarını incelemek üzere rektör tarafından varsa biri ilgili birim yöneticisi, en az biri de o üniversite dışından olmak üzere üç profesör tespit edilir. Bu profesörler, adaylar hakkında ayrı ayrı mütalaalarını rektöre bildirirler. Rektör, bu mütalaalara dayanarak, üniversite yönetim kurulunun görüşünü de aldıktan sonra atamayı yapar.

b.Doçentliğe atamada aşağıdaki şartlar aranır:

(1)Doçentlik unvanını almış olmak

- 12 a.Profesörlüğe yükseltilmeye;

(1)Doçentlik unvanını aldıktan sonra en az beş yıl, açık bulunan profesörlük kadrosu ile ilgili bilim alanında çalışmış olmak,

(2)İlgili bilim alanında uygulamaya yönelik çalışmalar ve uluslararası düzeyde orijinal yayınlar yapmış olmak,

(3)Bir profesörlük kadrosuna atanmış olmak,
Gerekir.

Yukarıda (2) nci bentteki yayınlardan birisi başlıca araştırma eseri olarak belirtilir.

b.Profesörlük kadrosuna atama,

(1)Açık profesörlük kadrosuna yukarıdaki şartları haiz doçentlerle, başka üniversitelerde en az 2 yıl hizmet etmiş profesörler atanabilirler.

(2)Üniversitelerde veya yüksek teknoloji enstitülerinde profesörlük kadroları boşaldığında, rektörler boşalan kadroları ve o kadro ile ilgili olarak adaylarda aranacak nitelikleri, kadronun devamlı veya kısmi statüde olduğunu da belirterek ilan ederler.

(3)Profesörlük kadrosuna başvuran adayların durumlarını ve bilimsel niteliklerini tespit etmek için üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü yönetim kurulunca en az üçü başka üniversitelerden veya yüksek teknoloji enstitülerinden olmak üzere ilan edilen kadronun bilim alanıyla ilgili en az beş profesör seçilir. Bu profesörler her aday için ayrı ayrı olmak üzere birer rapor yazarlar ve kadroya atanacak birden fazla aday varsa tercihlerini bildirirler. Üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü yönetim kurulunun bu raporları gözönünde tutarak alacağı karar üzerine, rektör atamayı yapar.

- 13 a.Aşağıdaki hususlar Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir:

(1)Yükseköğretim Kurulunun teşkilatı, çalışma usulleri, üyelerinin seçimi ve yetkisinde olan seçim ve atamalarla ilgili hususlar,

(2)Yükseköğretim Denetleme Kurulunun kuruluş ve işleyişi, denetleme usul ve esasları ile ilgili hususlar,

(3)Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezinin kuruluşu, işleyişi, görevleri, öğrenci seçme ve yerleştirme esasları ve öğrenci adaylarından alınacak kayıt ve sınav ücretleri ve bu ücretlerle oluşacak fonun kullanılması ile ilgili esaslar,

(4)Bu kanun kapsamındaki yükseköğretim kurumlarında yardımcı doçentlik, doçentlik ve profesörlüğe yükseltilme ve atanma işlemleri,

Yasal çerçeveye değinirken 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48'inci maddesinin son fıkrâ hükmünü de göz ardı etmemek gerekir¹⁴: "Kurumların özel kanun veya diğêr mevzuatında aranan şartları taşımak." Devlet Memurları Kanunu, 2547 sayılı Kanun karşısında genel kanun konumundadır. Dolayısıyla öğretim üyelerinin nitelikleriyle ilgili 2547 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan bir konuda, 657 sayılı Kanununun 48'inci maddesinin bu hükmünün de dikkate alınması gerekir. Maddede ifade edilen "...diğêr mevzuatında aranan şartları taşımak." düzenlemesi öğretim üyelerinin seçimi konusunda düzenleme yapabilme konusunda yeterli açıklıktadır.

Yüksek Öğretim Kanunu'nun 65 inci maddesinde düzenlenen yetki kapsamında Yüksek Öğretim Kurulu tarafından çıkarılan Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğî, 28.01.1982 tarihinde yürürlüğe girmiş ve halen yürürlüktedir. Yönetmeliğın 2'nci maddesi genel şartları, 3-9'uncu maddeleri Yardımcı Doçentliğe atamayı, 10-16'ncı maddeleri Doçentliğe atamayı, 17-22'nci maddeleri de Profesörlüğe atamayı düzenlemektedir¹⁵.

Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğî günümüze kadar bir çok değışikliğe uğramıştır. Aşağıda ele alacağımız Danıştay yürütmeyi durdurma kararlarına konu olan da, yönetmeliğın 2'nci maddesine yönelik değışikliklerle ilgilidir. Yönetmeliğın 2'nci maddesinde yapılan ilk

-
- (5) Öğretim elemanlarının yetiştirilme esasları,
 - (6) Haftalık ders yükü çalışma esasları,
 - (7) Yabancı uyruklu öğrencilerin harçları ile harçlar konusuna ilişkin uygulama esasları,
 - (8) Ders kitaplarının ve teksirlerinin bastırılmasında uygulanacak esaslar ve ödenecek telif hakları ile ilgili hususlar,
 - (9) Öğretim elemanları, memur ve diğêr personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar,
 - (10) Yükseköğretim kurumları ve bunlara bağı kuruluş ve birimler tarafından yapılacak bilimsel, teknik inceleme ve araştırma ile yayımların gerektireceğî her türlü giderlere ve üniversitelerin inşaat, makine ve teçhizatı ile ilgili işlerle bunların bakım ve onarımlarına uygulanacak esaslar,
 - (11) Öğretim elemanları; memur ve diğêr personel ile öğrencilerin sicilleri ile ilgili hususlar,
 - (12) Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının eğitim ve öğretim alanları gözönünde tutularak gerekli yapı ve tesisler, araç - gereç, öğretim, yönetim kadrosu ve diğêr akademik konular,
 - (13) Görevlendirme ve nakli ile ilgili esaslar ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili diğêr hususlar.
 - b. Aşağıdaki hususlar Üniversitelerarası Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir:
 - (1) Lisansüstü öğretim esasları,
 - (2) Bu Kanunun uygulanması ile ilgili diğêr akademik hususlar.

¹⁴ SEZER, Yasin, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2006, 150-153.

¹⁵ 28/01/1982 – 17588 sy. R.G.

değişiklik, 25 Kasım 2006'da yürürlüğe giren¹⁶, 2'nci maddeye ek fıkra getiren şu düzenlemedir:

"İlgili yasa ve yönetmelik hükümleriyle öngörülen şartlar dışında; doçentliğe atama ile profesörlüğe yükseltme ve atamalarda ilan edilen bir kadroya başvurabilmek için yükseköğretim kurumları tarafından belirlenen ve Yükseköğretim Kurulu tarafından uygun bulunan asgari kriterleri ve varsa üniversite ya da yüksek teknoloji enstitüsü senatoları tarafından belirlenen ilave kriterleri sağlamak zorunludur. Yardımcı doçentlik ile diğer akademik kadrolara yükseltme, atama ve uzatmalarda kriterler doğrudan yükseköğretim kurumları senatolarınca belirlenir. Ayrıca yardımcı doçent adaylarının yabancı dilden senatolarca belirlenen ve 5/9/2006 tarihli ve 26280 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bazı Akademik Kadrolara Öğretim Elemanı Dışındaki Kadrolardan Naklen Yapılacak Atamalarda ya da Açıkta Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte öğretim elemanları için belirlenen taban puanından az olmayan bir puan almaları zorunludur."

"Üniversitelerin ilgili yönetim kurulları tarafından belirlenecek olan, yükseltme ve atanma jürilerinde görev yapacak öğretim üyelerinin, bu Yönetmelikte belirtilen asgari nitelikleri sağlamış olmalarına veya ulusal-uluslararası bilimsel düzeydeki çalışmalarıyla alanlarında temayüz etmiş olmalarına özen gösterilir."

Danıştay'ın bu değişiklikle ilgili aşağıda ele alacağımız yürütmeyi durdurma kararı sonrası YÖK, 26 Mayıs 2007 tarihinde yürürlüğe giren şu yönetmelik değişikliğini yapmıştır¹⁷:

"İlgili Yasa ve Yönetmelik hükümleriyle öngörülen koşulların yanısıra; doçentliğe atama ile yardımcı doçentliğe ve profesörlüğe yükseltme ve atamalarda ilan edilen bir kadroya başvurabilmek için yükseköğretim kurumları tarafından belirlenen ve Yükseköğretim Kurulu tarafından uygun bulunan asgari kriterleri sağlamak zorunludur. Ayrıca yardımcı doçent adaylarının yabancı dilden senatolarca belirlenen ve Bazı Akademik Kadrolara Öğretim Elemanı Dışındaki Kadrolardan Naklen Yapılacak Atamalarda ya da Açıkta Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinde öğretim elemanları için belirlenen taban puanından az olmayan bir puan almaları zorunludur."

"GEÇİCİ MADDE – Bu Yönetmeliğin yayımını takip eden üç ay içinde, yükseköğretim kurumlarının, öğretim üyeliğine yükseltme ve atamalarda aranacak asgari kriterleri belirlemeleri ve Yükseköğretim Kurulu'nun onayını alarak uygulamaya

¹⁶ 25/11/2006 – 26357 sy. R.G

¹⁷ 26/05/2007 – 26533 sy. R.G

koymaları zorunlu olup, yeni kriterler uygulamaya konuluncaya kadar daha önce Yükseköğretim Kurulu tarafından onaylanan kriterlerin uygulanmasına devam edilir.”

Yüksek Öğretim Kurulu tarafından yapılan bu değişiklikler Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma kriterlerini belirleme yetkisini açık ama çok açık bir şekilde üniversitelere devreden değişikliklerdir. Acaba bu devir hukuka uygun mu yapılmıştır? Yoksa hukuka aykırı mıdır? Şimdi bu değişikliklere yönelik açılan iptal davaları dolayısıyla Danıştay tarafından verilmiş yürütmeyi durdurma kararlarını incelemeye geçebiliriz.

II. DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay, Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinin 2’ maddesine getirilmek istenen ilave fıkra ile ilgili peşpeşe diyebileceğimiz iki karar vermiştir. Önce birbirinin kopyası olan bu iki karar metnini ele alacağız, daha sonra da kararların tahlilini yapacağız.

A. Kararlar

1. Karar

“...Yönetmelik değişikliğinin, dayandığı Yasaya aykırı olamayacağı Anayasal bir kuraldır.

2547 sayılı Yasa ve Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; öğretim üyeliklerini elde etme ve atanma koşullarının ayrıntılı olarak belirlendiği, bu şartlar içinde üniversite ve üniversite senatolarına atama kriteri belirleme yetkisi verilmesinin; düzenleyici işlemlerin Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi prensibine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, 2547 sayılı Yasada Yükseköğretim Kuruluna belli bir çerçeve içinde yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi verilmiş olması ve bu yetkiyi başka organlara devir etme yetkisi verilmemiş olması nedeniyle, Yasaya aykırı düzenleme getiren Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde yapılan değişiklikte hukuka uyarlık bulunmamaktadır... yürütmenin durdurulmasına...”¹⁸.

2. Karar

Yukarıdaki yürütmeyi durdurma kararı sonrası YÖK, Danıştay kararını uygulamak üzere yönetmeliğin 2’nci maddesini tekrar düzenleyen değişikliği yapmıştır. Bu değişiklik de dava konusu edilmiş ve Danıştay önceki kararının kopyası bir kararla bu değişikliğin de yürütmesini şu kararla durdurmuştur:

“...Yönetmelik değişikliğinin, dayandığı Yasaya aykırı olamayacağı Anayasal bir kuraldır.

¹⁸ D.8.D.; E.2006/6252, yok.gov.tr, e.t.10.11.2007.

2547 sayılı Yasa ve Öğretim Üyeliğine Yükseltilme ve Atanma Yönetmeliğinde yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; öğretim üyeliklerini elde etme ve atanma koşullarının ayrıntılı olarak belirlendiği, bu şartlar içinde üniversite ve üniversite senatolarına atama kriteri belirleme yetkisi verilmesinin; düzenleyici işlemlerin Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi prensibine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, 2547 sayılı Yasada Yükseköğretim Kuruluna belli bir çerçeve içinde yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi verilmiş olması ve bu yetkiyi başka organlara devir etme yetkisi verilmemiş olması nedeniyle, Yasaya aykırı düzenleme getiren Öğretim Üyeliğine Yükseltilme ve Atanma Yönetmeliğinde yapılan değişiklikte hukuka uyarlık bulunmamaktadır... yürütmenin durdurulmasına..."¹⁹

Üyelerden birisi her iki kararda da;

"Dava konusu düzenleme 2547 sayılı Yasanın yükseköğretim kurumlarının görevlerine ilişkin 7, 12 ve 14 üncü maddeleri ile uyumlu olup; yükseköğretimin amaç ve ilkeleri, üniversitelere ve ileri teknoloji enstitülerine, bilimsel ve idari özelliğe sahip kuruluşlar olarak, kendilerini geliştirme, verimlerini artırma, öğretim elemanlarını yetiştirme, yüksek düzeyde bilimsel çalışmalar ve araştırmalar yapma yükümlülüğünü yüklemektedir.

Bütün bu görev ve yükümlülükler, Yükseköğretim Kuruluna ve yükseköğretim kurumlarına, iptali istenen hususlarda da düzenleme yapma yetkisini vermektedir."

gerekçesiyle çoğunluk kararına katılmamış, ayrık oy vermiştir.

B. Kararların Tahlili

Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararları doğru kararlardır. Çünkü yönetmelik değişikliklerinde yetki devri kurallarına uyulmamıştır. Kararların gerekçesine baktığımız da problemin tamamen yetki devri ile ilgili olduğunu görürüz. İdare hukukunda yetki, yasadan kaynaklanır ve kimin tarafından kullanılacağı da yasayla belirlenir²⁰. İdare hukukunda yetki hangi makama verilmiş ise sadece ve sadece o makam tarafından kullanılabilir²¹. Kural olarak bir makam, sahip olduğu yetkiyi bir başka makama devredemez, terk edemez²². Bu kuralın istisnası yetki devridir²³. Bazı makamlara üstesinden gelemeyeceği kadar yetki verilebilir. Bir kişinin, bir makamın çok

¹⁹ D.8.D.; E.2007/3688, yok.gov.tr

²⁰ ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2002, s.161; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref - TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Ankara, 2004, s.428.

²¹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.I, Bursa, 2003, s.636

²² AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Konya, 2004, s.115.

²³ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara. 1997, s.112.

fazla olan yetkilerini bizzat kullanması mümkün olmayabilir²⁴. İşte bunun için idare hukukunda yetki devri kurumu vardır.

Bir makamın, kanunların açıkça öngördüğü, ya da en azından yasaklamadığı konularda kanunlarla verilmiş karar alma yetkilerinden bazılarını yardımcılarına, astarına, başka bir makama devredebilmesine yetki devri denir²⁵. Yetki devrinin yapılabilmesi bir takım şartlara bağlıdır²⁶.

-Bir makamın sahip olduğu yetkiyi devredebilmesi için bu devrin anayasa veya kanunlar tarafından öngörülmüş olması gerekir.

-Yetki devri sarahaten veya zımnen yasaklanmamış olmalıdır.

-Yetki devri kısmi olmalıdır.

-Yetki devri yeterli açıklıkta yapılmalıdır.

-Yetki devri yazılı şekilde yapılmalıdır.

-Yetki devri duyurulmalıdır.

-Yetki devrinde alt devir yasaktır.

YÖK, kanunda yetki devrine ilişkin bir hüküm olmaksızın, yönetmelik ile bu yetkisini üniversitelere devretmiştir. Bu devir hukuka aykırıdır. Yetki devri kurallarına uyulmamıştır.

Danıştay yürütmeyi durdurma kararlarını yetki devri kurallarına aykırılıktan vermiştir. Kararlarda, yetki devri kurallarına aykırı olarak kriterler belirlenemeyeceği ifade edilmiştir. Yoksa söz konusu kararlarda, üniversiteler dahil, yüksek öğretim kurumlarının öğretim üyeliğine atanmada ilave kriterler belirleyemeyeceği ifade edilmemiştir.

Karara muhalefet şerhi koyan akademik unvanlı üye, üniversitelerin düzenleyici işlem yapabilmeleri konusuyla yetki devri konusunu ayıramadığı, konunun bütününe dikkate aldığı için hataya düşmüştür. Sayın üyenin gerekçeleri öğretim üyelerinin seçimi konusunda üniversitelerin düzenleyici işlem yapabilmenin gerekçeleridir. Fakat karar, işlemin yetki devri kurallarına aykırılığı noktasındadır. Dolayısıyla Danıştay'ın bu kararlarından hareketle üniversitelerin öğretim üyeliğine atanmada kriter belirleyemeyeceği sonucu çıkarılamaz.

24 ONARAN, Oğuz, "Yetki Göçerimi", AİD., C.7, S.2, Haziran 1974, s.5.

25 KALABALIK, Halil, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 2004, s.115.

26 GÖZLER, s.649-665.

C. Danıştay'ın Konuya İlişkin Farklı Yönde 1994 tarihli İdari Dava Daireleri Genel Kurul Kararı

Danıştay yetki devri konusunda yukarıdaki iki yürütmeyi durdurma kararıyla çelişen, farklı yönde bir karar vermiştir. 1994 tarihli bir İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararında Danıştay, yetki devri kurallarına aykırı yapılan devir işlemini hukuka aykırı bulmamıştır.

Karara konu olan uyuşmazlık Büyükşehir belediyelerine gayri sıhhi müesseselerle ilgili yönetmelik çıkarma yetkisinin devriyle ilgilidir. 3030 sayılı Büyükşehir Belediye Kanununun 23'üncü maddesi Kanunun uygulanması ile ilgili hususlarda yönetmelik çıkarma yetkisini İçişleri Bakanlığına vermiş. Bakanlıkta bu yetkiye dayanarak, Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında 3030 Sayılı Kanunun Uygulanması İli İlgili Yönetmeliği çıkarmış. Bu yönetmeliğin Gayri Sıhhi Müesseseler başlıklı 19'uncu maddesinde de, 19'uncu maddenin uygulanması ile ilgili olarak "yönetmelikle düzenlemede bulunmaya büyük şehir belediyeleri yetkilidir." hükmüyle gayri sıhhi müesseselerle ilgili Belediyelere yönetmelik çıkarma yetkisi devretmiş. Büyükşehir Belediyesi de bu düzenlemeye dayanarak Büyükşehir Belediyesi Gayri Sıhhi Müesseseler Yönetmeliği çıkarmış ve yönetmelikle belirlediği şartlara uymayan işyerini kapatmış. İşyeri sahibinin açtığı iptal davasında idare mahkemesi, yetki devri kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle yönetmeliği iptal etmiş. Temyizen inceleyen Danıştay 8.Daire ise, İdare Mahkemesi kararını, Belediyenin bu yetkisini Bakanlığın çıkardığı yönetmelik hükmüne dayanarak kullandığı gerekçesiyle bozmuş. İdare Mahkemesinin ısrar kararı üzerine İDDGK, 8.Daire kararı doğrultusunda idare mahkemesinin ısrar kararını bozmuştur²⁷. Danıştay'ın 8.Daire ve İDDGK kararlarına katılmıyorum. Çünkü uyuşmazlıkta Bakanlık yetki devri kurallarına aykırı olarak yetkisini devretmiştir. Büyükşehir Belediyesinin gayri sıhhi müesseseler konusunda yönetmelik harici düzenleyici işlem yapması farklı bir konu, yetki devri kurallarına uyulmaması ayrı bir konudur. Danıştay bu ayrımı yapamamıştır.

D. Yürütmeyi Durdurma Kararlarının Sonuçları

Acaba Danıştay'ın yukarıda ele aldığımız yürütmeyi durdurma kararları ne anlama gelmektedir. Uygulamada, sanki yönetmelik tamamen ortadan kalkmış havası esmektedir. Üniversiteler hatta YÖK bile bu havanın etkisi altına girmiştir. Bu kapsamda bir yazı bile çıkarılmıştır. Üniversiteler öğretim üyesi alıp – almama ikilemine girmişlerdir.

²⁷ DİDDGK., 28.01.1994, K.37/1994, E.253/1992, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

Öncelikle şu saptamayı yapalım. Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararları doğrudan Öğretim Üyelğine Yükseltirme ve Atanma Yönetmeliğinin 2.maddesine yapılan ilaveyle sınırlıdır. Dolayısıyla ne bu yönetmeliğin diğer maddelerine, ne de diğer yönetmeliklere ilişkin her hangi bir sonucu yoktur.

Acaba yürütmeyi durdurma kararları sonrası YÖK, kararların gereği yeni bir düzenleme mi yapmalıdır? Bir boşluk mu oluşmuştur? Yoksa eski hüküm, mahkeme kararıyla tekrar canlanmış, geçerli hale mi gelmiştir? Bir diğer ifadeyle Danıştay kararlarını nasıl okumak, anlamak gerekir?

Bu konuda Anayasa yargısıyla idari yargı açısından durum farklıdır²⁸. Anayasa Mahkemesinin iptal veya yürütmeyi durdurma kararıyla eski kanun canlanmaz. Yasama organı yeni düzenleme yapmak durumundadır²⁹. Fakat idari yargıda, iptal veya yürütmeyi durdurma kararıyla eski düzenleyici işlem canlanır³⁰. Sanki mahkeme, idari işlem yapıyormuş gibi sonuç ortaya çıkar. Aslında Anayasamıza göre idare mahkemeleri idari işlem yerine geçecek karar veremezler. Fakat bu, yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının sonuçlarıyla ilgili bir durumdur. Çünkü yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarıyla beraber kararın alındığı tarihe kadar geri gidilir ve o kararın hukuk alemindeki etkileri kalkar³¹. Karar geçmişe etkilidir³². Sanki öyle bir işlem yapılmamış gibi bir durum ortaya çıkar³³. Ve nihayetinde yürürlüğü durdurulan veya iptal edilen işlemde önceki aşamaya gidilerek kaldırılan, değiştirilen işlemler hiç kaldırılmamış, değiştirilmemiş gibi varlıklarını devam ettirirler. Bir başka ifadeyle kaldırılan, değiştirilen işlemler kararla beraber tekrar yürürlüğe girerler³⁴.

28 Ayrıntılı bilgi için bkz.; ÇAĞLAYAN, Ramazan, "İptal Edilen Düzenleyici İşlemin Yerine Eskisi Yürürlüğe Girer mi?", http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=32.

29 SERİM, Bülent, "İptal Edilen Kuralın Yerine Eskisinin Kendiliğinden Yürürlüğe Girememesi", AİD., C.28, S.1, 1995, s.35.

30 ÖZAY, İl Han, "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 1982, s.15.

31 ULER, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara, 1970, s.13.

32 GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, "İptal Davasının Sonuçları", Yavuz Abadan Armağanı, Ankara, 1969, s.334.

33 ULER, s.29; GÖZÜBÜYÜK, s.270.

34 ÇAĞLAYAN, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=32.

SONUÇ

Yürütmeye durdurma kararları sadece dava konusu değişikliklerle sınırlıdır. Verilen kararlar YÖK'ün öğretim üyeliğine atanma konusunda yönetmelik yapamayacağı, yönetmeliği değiştiremeyeceği anlamına gelmez. Yürütmeyi durdurma kararlarıyla 1982 tarihli yönetmelik hükümleri tekrar canlanmıştır. **Kararlarla beraber 24 Kasım 2006 gününe dönülmüştür.** Ortada bir boşluk yoktur. YÖK, ihtiyaç duyması halinde yönetmelikte yeni değişiklikler de yapabilir, tamamen yen bir yönetmelik de yapabilir.

Diğer taraftan, Danıştay tarafından verilmiş yürütmeyi durdurma kararlarının yargılama sürecinin sonu anlamına gelmediğini de ifade etmek gerekir. Danıştay 8. Dairesi esasa ilişkin kararında, yukarıdaki Büyükşehir Belediyesi kararında olduğu gibi, yönetmelik değişikliklerini hukuka aykırı bulmayabilir. Veyahut temyiz aşamasında İDDGK bu düzenlemeleri hukuka aykırı görmeyebilir. Dolayısıyla süreç kesinleşmemiştir.

YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU (YTCK m.100)

Dr. Mehmet Nihat KANBUR*

GENEL AÇIKLAMALAR**

YTCK m.100'de "gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi" cezai müeyyide altına alınmıştır. Bu suç ile gebe olan kadının bizzat kendisinin, kendi rahminde taşıdığı ceninin yine kendisiyle olan yaşamsal bağı kopararak doğal gelişimini engellemesine yönelik fiiller cezalandırılmaktadır. 5237 sayılı YTCK, 100. Maddede düzenlenen çocuk düşürme suçuna ilişkin fiiller 765 sayılı TCK'nin 469. maddesinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK ile Yeni TCK hükümleri arasındaki en önemli fark, suça verilecek cezanın miktarında ve türünde görülmektedir. 765 sayılı mevcut TCK'nin 469. maddesinde faile verilecek ceza 1 ila 4 yıl hapis cezası olarak belirtilmişken 5237 sayılı yeni TCK, 100. Maddede, faile verilecek ceza 1 yıla kadar hapis veya bunun yerine tayin edilecek adli para

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

** İlgili Mevzuat:

Çocuk düşürme

Madde 100- (1) Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

765 Sayılı TCK

Kadının Çocuğunu Düşürmesi- Çocuk Düşürmeye Tahrik

Madde 469 - Gebelik süresi on haftadan fazla olan çocuğunu isteyerek düşüren kadına bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. (Asliye)

Yukarıdaki fıkrada yazılı cürme iştirak halleri dışında gebe bir kadını, çocuk düşürmeğe yarayacak vasıta tedarik etmek suretile çocuğu düşürmeğe tahrik eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır. (Asliye)

24/5/1983 t. ve 2827 s. K.la değişik

YTCK m.100 GEREKÇESİ

Maddede gebeliğin on haftayı aşmış bulunmasına karşın, çocuğunu kasten düşüren kadına verilecek ceza gösterilmektedir.

Bu durumda bulunan kadına çocuk düşürmesini sağlayacak veya bu hususa yarayacak vasıta tedarik eden veya çocuğunu düşürmesi hususunda onu teşvik veya tahrik eden kimsenin suça iştiraktan dolayı cezalandırılacağı açıktır.

cezası olarak düzenlenmiştir. Buradan da açıkça anlaşıldığı gibi faile verilecek cezalar bakımından yeni düzenleme lehedir.

Madde gerekçesinde madde metninde çocuk düşürme fiillerine yönelik belirlenen cezanın 765 sayılı TCK m.469 hükmüne göre çok daha az miktarda belirlenmesine ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Nitekim ceninin yaşamsal faaliyetlerine son verme hususu ortak olmakla birlikte fiilin failin gebe kadın olması halinde tayin edilecek cezanın hem YTCK m.99 hükmüne göre, hem de 'aynı suç tipini oluşturmasına karşın 765 s. TCK m.469 hükmüne nazaran son derece az olması hiçbir objektif kıstasa dayanmamaktadır. Ayrıca öğretide de haklı olarak belirttiği gibi, YTCK m.99'da kadının rızası bulunması ya da bulunmamasına ilişkin unsurun dışında bu maddede failin cezalandırılmasına ilişkin getirilen ölçütlerden birisi de gebeliğin süresidir. Çünkü gebe kadının kendi isteği ile çocuğunu bizzat düşürmesinin (ceninle yaşamsal bağını sona erdirmesinin) tabii olduğu bir süre sınırı bulunmamaktadır. Gebe kadın düşürme fiilini hamileliğinin 11. haftasının başında da ya da 40. haftasına doğru da işleyebilir¹. Nitekim gebe kadının rızasının bulunması halinde bile 10 haftayı aşan gebeliklerde gebeliği sona erdiren kişinin cezai sorumluluğu 2. fıkrada "iki yıldan dört yıla kadar" hapis cezası öngörülmüştür. Yine 10 haftayı aşan gebeliklerde gebeliğin yetkili olmayan biri tarafından sona erdirilmesi halinde ise ikinci fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (YTCK m.99/5-ikinci cümle). Süresi 10 hatayı aşmayan gebeliklerin yetkili olmayan birisi tarafından sona erdirilmesi halinde de faile verilecek ceza "iki yıldan dört yıla kadar" hapis cezasıdır (YTCK m.99/5-ilk cümle). Buraya kadar anlatılanlardan ulaşılmaya çalıştığımız husus şudur:

Gebe kadının bizzat kendisi rahim tahliyesine yetkili olmayan kişidir. Hatta gebe kadının, bir kadın doğum uzmanı olması halinde bile kendi gebeliğini sona erdirmesi hususunda yetkili olduğunu söylememiz mümkün değildir. Kişinin düşürme fiilini bizzat kendisinin yapması sırasında maruz kalabileceği tehlike ihtimali her zaman daha yüksektir. Çünkü bir hekimin ya da başka yetkili olmayan birisinin düşürtme fiilini işlemesi durumunda fiilin yapıldığı mekânda en azından iki kişi bulunmaktadır ve olası tehlikeyi bertaraf yönünde yardım imkânı daha fazladır. Oysa gebe kadının m.100 anlamında gebeliğini bizzat kendisi sonlandırmaya kalkmasında çoğu zaman çeşitli sosyal faktörlerin de etkisiyle yalnız başına bu fiili işlediği göz önün-

¹ **Özen Mustafa**, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi Yıl: 2 Sayı: 5, Ocak 2007, s.101. Yazar, burada verilecek ceza miktarının belirlenmesinde gebelik sürelerinin yasa koyucu tarafından dikkate alınmamasını eleştirmektedir. Bkz. age. s.101.

de tutulmalıdır. Ancak burada ilk bahsettiğimiz durumda (m.99/3,5) fail (üçüncü kişi) en az iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası alacakken ikinci durumda (m.100) fail (gebe kadının kendisi) sadece adli para cezası alarak da kurtulabilecektir. Dolayısıyla yetkili olmayan bir kişinin başkası üzerinde çocuk düşürmeye ilişkin fiilleri en az *iki yıldan dört yıla* (ve gebelik on haftadan fazla sürmüş ise yarı oranında artırılacaktır) kadar hapis cezasını gerektirirken aynı fiilin gerçekte bu fiili yapmaya yetkili olmayan gebe kadının bizzat kendisi tarafından yapılması halinde (hatta gebeliğin haftayı aşan bir süre devam etmiş olması halinde bile) sadece *“bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası”* ile cezalandırılması son derece ilginçtir. Kanaatimizce fiilin cezalandırılması anlamında böyle bir ayırımın hiçbir dayanak gösterilmeden kanun metninde düzenlenmiş olması yerinde olmamıştır.

Eski düzenleme ile yeni düzenleme arasındaki bir başka fark ise, 765 sayılı mevcut TCK'nin 469. maddesinin ikinci fıkrasındaki suça iştirake ilişkin özel düzenlemeye² yeni kanunda yer verilmemesidir. Asıl suç işlenmemiş olsa bile tahrik edenin cezalandırılmasını temin eden bu hüküm yeni kanunda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu suça ilişkin her türlü iştirak yeni kanundaki iştirake ilişki genel hükümlere göre belirlenecektir.

1) SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER - SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Çocuk düşürme suçu ile öncelikle ceninin gelecekteki yaşam hakkı³ ve devletin nüfus politikası⁴ korunmaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce bireylerin kendi sağlığı üzerinde diledikleri gibi tasarruf edemeyecekleri düşüncesinden hareketle gebe kadının sağlığının da korunmak istendiği söylenilebilir. Nitekim sağlık açısından daha çok sıkıntı doğurabilecek bir gebelik süresinin geçmesinden sonraki *“ceninin düşürülmesine”* yönelik müdahaleye bizzat gebe kadının kendisi yapsa bile cevaz verilmemiştir.

Maddede belirtilen çocuk düşürme fiili ancak gebe bir kadın üzerinde işlenebileceğinden dolayı, bu tür fiillerin konusunu gebe bir kadın oluşturur. Söz konusu fiiller gebe kadının vücudu aracılığı ile henüz can bulmamış, yaşamayan ve insan olma özelliği taşımayan *“cenin”* üzerinde gerçekleşmektedir. Fakat cenin üzerinde gerçekleştirilen bu fiiller onda sıhhat bakımından

² 765 s. TCK m.469/2 hükmü şöyleydi: “Yukarıki fıkrada yazılı cürme iştirak halleri dışında gebe bir kadını, çocuk düşürmeğe yarayacak vasıta tedarik etmek suretile çocuğu düşürmeğe tahrik eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır.”

³ Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.255.

⁴ Yurtcan Erdener; Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulanması, İstanbul, 1985, s.45.

bir etki doğurmamakta aksine ceninin gelişim sürecine neden olan gebe kadının, ceninle ilişkisine bir son verilmektedir. Dolayısıyla sağlık açısından bu fiillerden etkilenen gebe kadındır. Suçla korunan hukuki değer bakımından “*ceninin gelecekteki yaşam hakkı*”nı da bu suçun koruduğu hukuki yarar olarak kabul ettiğimizden dolayı “*cenin*” de bu suçun hukuki konusunu oluşturacaktır⁵.

2) SUÇUN FAİLİ-MAĞDURU

Çocuk düşürme suçu, faili bakımından özellik gösterir. Bu suç ancak gebe kadının bizzat kendisi tarafından işlenebilir. Gebe kadın dışında birisinin çocuğun düşürülmesine yönelik fiilleri işlemesi halinde bu madde değil diğer şartları mevcutsa YTCK m.99’daki “*çocuk düşürme suçu*” oluşacaktır⁶. Suçun mağdurunun ise genel olarak toplum ve devlet olduğu söylenilebilir. Bu suçu, kişinin kendi sağlığı üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunmasına yönelik bir engelleyici hüküm olarak değerlendirirsek suçu işleyen gebe kadın aynı zamanda bu suçtan sağlık bakımından zarar gören hatta bir anlamda mağdur konumundadır. Ancak kanaatimizce burada, devletin toplumu ve nüfusu korumak için ortaya koyduğu bir savunma refleksi korunduğu için suçun mağdurunu devlet ve toplum olarak kabul etmek daha uygun olacaktır.

3) SUÇUN MADDİ UNSURU (HAREKET - NETİCE - NEDENSELLİK BAĞLANTISI)

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket gebe kadının bizzat kendi taşıdığı cenini “*düşürmesi*”dir. Söz konusu düşürme fiili on haftadan daha fazla gebelik süresi geçirmiş cenin hakkında işlenmesi gerekecektir. Düşürme fiili herhangi bir şekilde gerçekleşebilir. Bu nedenle bu suç serbest hareketli bir suçtur. Yasa koyucu on haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılması bakımından genel bir yasaklama getirmiştir. Nitekim bu yasağın istisnalarından biri olarak kanunun açıkça cevaz getirdiği hüküm YTCK m.99/6’daki hükümdür. Bu hükme göre; “*Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.*”

Hemen belirtmek gerekir ki kanun koyucu on haftayı aşan ve yirmi haftayı aşmayan bir gebeliğin sona erdirilmesi hususundaki bu istisnai hükümden kadının gebeliğine bizzat kendisinin son vermesini düzenlememiştir. Aksine

⁵ Suçun hukuki konusunun sadece “*cenin*” olabileceği hakkında bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s.256.

⁶ Aynı yönde Arslan Çetin / Azizağaoğlu Bahattin; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s.451; Tezcan / Erdem / Önok; s.255.

mutlaka uzman hekimler tarafından ve hastane ortamında bu gebeliğin ortadan kaldırılması kuralı benimsenmiştir. Dolayısıyla kadının mağduru olduğu bir suçtan dolayı hamile kalması halinde hastane ortamında gerçekleşse bile gebeliğin bizzat kadın tarafından sona erdirilmesi kabul edilmemiştir. Yapılan fiil hukuka aykırı olmaya devam edecektir⁷.

Burada belirtilmesi gereken bir başka husus da bu suçun işlenmesi bakımından yapılan hareketlerin cenine yönelmesi ve bizzat onun varlığının sona erdirilmesine yönelik olması gerekmektedir. Gebe kadının taşıdığı cenine yönelik olmayan fiilleri bu suç oluşturamaz. Örneğin gebe kadın intihar etmek amacıyla fare zehiri içse ve kendisi ölmeyip rahminde taşıdığı ceninin ölümüne neden olsa burada cenine karşı bir suç işlenmiş olamayacağı için ve kadının intihar etmesi fiili de suç oluşturmadığı için gebe kadın açısından herhangi bir cezai sorumluluk oluşmayacaktır⁸. Gebeliğin sona erdirilmesine yönelik düşürme fiilleri sonucunda ceninin gebe kadınla olan yaşamsal ilişkisinin ortadan kalkması YTCK m.100 "*çocuk düşürme suçu*" bakımından neticedir. Bu neticenin fail tarafından gerçekleşen ve düşürmeye yönelik fiil sonucunda meydana gelmesi ve bu fiilin objektif olarak faile isnat edilebilmesi gereklidir.

4) SUÇUN MANEVİ UNSURU

Çocuk düşürme suçunun manevi unsurunu genel kast oluşturacaktır. Kanaatimizce bu suç olası kastla işlenemez. Çünkü madde metninde "... *isteyerek düşürme* ..." ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla bu fiillerin doğrudan doğruya neticeyi de kapsayan bir isteme ile gerçekleştirilmesi gerekir. Failin neticeyi göze alması, kabullenmesi bu anlamda kastını ortaya koymaz. Failin kastının mutlaka çocuğun düşürülmesine yönelmesi gerekecektir. Örneğin, alkol oranı çok yüksek bir içkiyi, ceninin doğal gelişimine zarar verebileceğini düşünmesine ve bilmesine rağmen yine de içen ve cenin düşerse düşün kabullenmesi ile hareket eden failde bu suç bakımından aranan kastın mevcut olmadığını kabul etmek gerekecektir. Buna benzer olarak, taşıdığı ceninin düşmesine yol açacağını düşünmesine rağmen intihar eden ve bu fiiliyle aslında ceninin ölmesini de kabullenen, göze alan kadının intihar fiili sonu-

7 YTCK m.99/6 hükmünün m.100'deki çocuk düşürme suçuna ilişkin fiillerde de uygulanabileceği hakkında aksi görüş için bkz. Arslan / Azizağaoğlu, s.452.

8 Bu gibi olaylarda gebe kadının bizzat kendisine yönelik olarak gerçekleştirdiği fiilin hem faili hem de mağduru olmayacağından ve ceninin de ayrıca koruma görmediğinden bahisle 100. maddede düzenlenen çocuk düşürme suçuna ilişkin hükmün uygulanamayacağı hakkında bkz. Ünver Yener; Hekimin Cezai Sorumluluğu, in. Roche Sağlık Hukuku Günleri, C.1 Tebliğler, 1.Baskı, İstanbul, 2007, s.132.

cunda kendisinin ölmemesi ve fakat ceninin düşmesi halinde⁹ kadın, aslında olası kastla hareket etmiş olmasına rağmen suçun ancak doğrudan kastla işlenebilmesi nedeniyle herhangi bir cezai sorumluluğunun ortaya çıkması söz konusu değildir.

Kamuoyunda “özgür doğum¹⁰” adı verilen fiiller bakımından gebe kadının cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tartışma konusudur. Herhangi bir tıbbi yardım almadan bir sağlık donanımına ihtiyaç duymaksızın hastane ortamı olmayan herhangi bir yerde ve sadece gebe kadının tek başına gerçekleştirdiği doğurma fiilleri sonucu ceninin gerek doğmadan düşmesi gerekse sağ ve tam doğup ihtiyacı olan tıbbi desteği almaksızın ölmesi durumunda kadının cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Burada çeşitli alternatifler akla gelebilir. Örneğin kadının doğurmaya yönelik olarak yaptığı hareketler ceninin düşmesine neden olmuşsa YTCK m.100’deki çocuk düşürme suçunun manevi unsuru (*sadece doğrudan kast*) gerçekleşmediği için kadının olası kastla düşme neticesini kabullense veya göze alsın bile bu suç bakımında cezai sorumluluğunun olduğunu söylemek mümkün değildir.

Cenin tam ve sağ olarak dünyaya gelmesine rağmen gerek kadının doğum olayının getirdiği bitkilik, yorgunluk, baygınlık vs. nedeniyle gerekse başka dış etkenler nedeniyle doğan çocuğun gerekli bakımı görememesi (*kordon bağında meydana gelen iltihaplanma, aşırı sıcak ya da soğuktan etkilenme vb. nedenler*) sonucu ölmesi halinde acaba kadının ihmalen cezai sorumluluğu olacak mıdır¹¹? Öncelikle bu fiili YTCK m.100 bakımından incelerse vereceğimiz yanıt hayır olacaktır. Çünkü kadının taşıdığı cenini düşürmeye yönelik kastı ve hareketi bulunmamaktadır. Aksine ceninin dünyaya gelmesine yönelik hareketler yapmakta ve yaşatma amacı taşımaktadır. Doğan çocuğun ölümü neticesi bakımından ihmalen öldürme veya taksirle ölüme sebebiyet verme açısından ayrıca değerlendirmek gerekir. Her iki fiil bakımından da suçun mağduru yaşayan bir insan olmalıdır. Oysa cenin sağ ve tam olarak doğmazdan önce yaşayan bir insan sıfatını almamıştır ve cenin doğup yaşayan bir insan sıfatını aldığı anda ise anne çoktan kendinden geçmiş,

⁹ Örnek için bkz. Ünver; s.132.

¹⁰ Britanya ve Kuzey Amerika’da hızla yayılan bu akıma göre hamile kadınlar evde tek başına ve hiçbir tıbbi yardım almaksızın doğum yapmakta ve tedavi tekliflerini reddetmektedirler. Söz konusu doğum hakkında bilgi ve bazı örnek olaylar bakımından bkz. Ünver; s.155 dpnt. No.62.

¹¹ Özgür doğumun nedenleri, sonuçları ve bu olaya yönelik çeşitli bakış açıları hakkında bkz. Ünver; s.155 dpnt. No.62.

bayılmış halde bulunmaktadır. Dolayısıyla kadının bu halde iken taksirli davrandığı veya kasten ihmali davranışta bulunduğu söz edilemez.

Doğum olayının başında tedbirsiz, dikkatsiz davranmış olması taksirle ölüme sebebiyete yol açmaz çünkü o anda henüz ortada yaşayan bir insan bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu gibi fiiller hakkında açık ve net bir yasal düzenleme bulunmaması sebebiyle kadının cezai sorumluluğundan bahsedebilmemiz mümkün görünmemektedir. Ancak hemen belirtelim ki çocuğunu tek başına doğuran ve onun sıhhatinin korunması hususunda kendisini yeterli gören (*doktora, diğer sağlık personeline ya da başka kişilere ihtiyaç duymadığını iddia eden*) kadının, buna rağmen bebeğin sağlığını koruyamaması sonucu ölümüne neden olması halinde somut olayın özelliklerine göre taksirli (bilinçli – bilinçsiz) veya olası kast ile öldürmeden sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

5) SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka uygunluk sebepleri bakımından burada ilgilinin rızası (YTCK m.26/2) ve zorunluluk haline (YTCK m.25/2) ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışılabilir. Çocuk düşürme fiili bakımından zorunluluk halinin ortaya çıkabileceğini düşünmekteyiz. Gebe kadının yaşamsal bütünlüğüne veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda teorik de olsa gebe kadının bizzat gebeliğin sona erdirilmesine yönelik yapacağı fiillerin cezalandırılmayacağını kabul etmek gerekir.

Kanaatimizce bu gibi fiillerde ilgilinin rızası hükümleri iki nedenle uygulama alanı bulmaz. Birincisi madde hükmü niteliği gereği ilgilinin rızası hükümlerinin uygulanmasına müsait değildir. Çünkü ilgilinin rızasında, verilecek rıza ile hukuka aykırılığı ortadan kalkacak fiiller rızayı gösteren kişi dışında başkaları tarafından gerçekleştirilmektedir. Oysa m.100'de gebe kadın bizzat kendisi, "*düşürme*" fiilini işlemektedir. İkinci olarak da verilecek rıza örtülü olarak kanun tarafından baştan geçersiz kabul edilmiştir. Nitekim gebe kadın bu fiilleri işleme konusunda en baştan beri rızaya sahiptir ve iradesi bu yönde oluşmuştur. Ancak kanun bu fiili baştan itibaren rıza bulunmasına rağmen yine de hukuka aykırı kabul ederek suç olarak düzenlemiştir.

6) ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNA TEŞEBBÜS

Çocuk düşürme suçuna teşebbüsün teorik olarak mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Gebe kadının çocuğu düşürmeye yönelik elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlamasına rağmen neticenin meydana gelmemesi halinde suça teşebbüs hali söz konusu olacaktır. Örneğin kadın

gebeliği sona erdirici ilaçlardan alsa fakat bu ilaçlar etki etmese suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılacaktır. Esasen hamile olmayan bir kadının kendisini hamile sanarak gebeliği sona erdirici ilaçlar kullanması halinde ise artık işlenmez suç söz konusudur. Konusunun bulunmaması ya da suçta kullanılan aracın elverişsizliği sonucu neticenin meydana gelmesinin imkânsız olduğu durumlara işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) adı verilmektedir¹². Eğer ortada suçun konusunun mutlak olarak imkânsızlığı söz konusu ise faile hareketinden dolayı ceza verilemeyecektir. Örneğin köyde komşusunun oğlunun kendisine karşı cinsel tacizde bulunması üzerine hamile kaldığından şüphelenen ve telaşa kapılan (M) gebeliğini sona erdirmek için ısırgan otu kaynatıp içse ve gebeliğini sona erdirdiğini zannetse, suçun hukuki konusu bulunmaması sebebiyle cezai sorumluluğu olmayacaktır. Çünkü (M) hiç hamile kalmamıştır ve hiç cenin taşımamıştır dolayısıyla bunu düşürmesi imkânsızdır¹³.

7) ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNA İŞTİRAK

Suçta iştirak mümkün görülmele birlikte suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin kim tarafından yapıldığına ve ne ölçüde doğrudan ya da dolaylı işlendiğine göre sonuç değişebilir. YTCK m.100'deki suçun failinin ancak gebe kadının bizzat kendisi olabileceğine göre söz konusu fiilin işlenmesine yönelik yapılan yardımın türü bu suç bakımından iştiraki belirleyecektir. Suçun işlenmesine yönelik fiile yardım niteliğindeki hareketler doğrudan doğruya çocuğu düşürmeye yönelik hareketler şeklinde ortaya çıkıyor ise üçüncü kişilerin sorumluluğu YTCK m.100'den değil, YTCK m.99'dan olacaktır. Ancak yardıma yönelik hareketler doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik değil ve fakat dolaylı yardım niteliğinde ise bu durumda üçüncü kişilerin durumu YTCK m.100'e iştirak niteliğinde olabilecektir. Örneğin çocuğun düşürülmesi bakımından bazı ilaçları gebe kadına birlikte doğrudan uygulayan üçüncü kişilerin sorumluluğu YTCK m.100'e iştiraktan değil, YTCK m.99'dan olacaktır. Ancak söz konusu ilaçları gebe kadının çocuğunu düşürmesi için temin eden kişilerin sorumluluğu kanaatimizce gebe kadının YTCK m.100'e uyan hareketine iştirak niteliğinde olacaktır.

YTCK, 765 sayılı TCK m.469/2'de düzenlenmiş olan özel bir iştirak hükmüne yer vermiş değildir. 765 sayılı TCK m.469/2'de; "Yukarıki fıkrada yazılı cürme iştirak halleri dışında gebe bir kadını, çocuk düşürmeğe yarayacak vasıta tedarik etmek suretile çocuğu düşürmeğe tahrik eden kimse altı

12 **Hakeri Hakan**; Ceza Hukuku, 5.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.329 vd.

13 Çeşitli örnekler için bkz. **Hakeri**; s.332-333.

aydan iki seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır.” hükmü yer almaktaydı. Bu hükme göre çocuk düşürme fiilini işlemeye yarayacak araç temin etmek özel bir iştirak hali olarak kabul edilmekte ancak bunun dışında da iştirak genel hükümlere göre mümkün idi. YTCK ise sadece çocuk düşürmeye yarayacak vasıta tedarik etme suretiyle suça iştiraki özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle YTCK m.100’deki çocuk düşürme suçuna iştirak genel kısımdaki iştirak hükümlerine göre olabilecektir.

8) SUÇUN MUHAKEMESİ ve YAPTIRIM

Suçun soruşturulması ya da kovuşturulması herhangi bir dava şartına bağlı tutulmamıştır. Dolayısı ile suç şikâyet, izin, talep vb. dava şartları aranmadan resen soruşturulacak ve kovuşturulacaktır. YTCK m.100’e göre; “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.” YTCK m.100’de düzenlenmiş olan “çocuk düşürme suçu” 1 yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası gerektirdiği için görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesidir.

KAYNAKÇA

- Arslan Çetin / Azizağaoğlu Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004,
- Hakeri Hakan**, Ceza Hukuku, 5.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007,
- Özen Mustafa**, Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi Yıl: 2 Sayı: 5, Ocak 2007,
- Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok R. Murat**; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007,
- Ünver Yener**, Hekimin Cezai Sorumluluğu, in. Roche Sağlık Hukuku Günleri, C.1 Tebliğler, 1.Baskı, İstanbul, 2007,
- Yurtcan Erdener**, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulanması, İstanbul, 1985.

ÖLÜM YARDIMI AÇISINDAN HEKİMİN SORUMLULUĞU

Öğr. Gör. Ömer ÇELEN*

GİRİŞ

Türk Dil Kurumuna ait sözlükte ölme hakkı¹ olarak tarif edilmiş olan güzel ölüm (Eu: iyi, güzel ve Thanatos: Ölüm), ölüme iyi şekilde neden olma anlamındaki ötanazi, tıbben şifasız ve kurtuluşu olanaksız bir hastalığa yakalanan ve acı çeken bir kimseyi, acılarını dindirmek amacıyla öldürmek veya ölümünü çabuklaştırmak olarak tanımlanmaktadır. Gerek Anayasamızda gerekse uluslararası sözleşmelerde² kişilere tanınmış alan hayat hakkı ölme ve dolayısıyla öldürülmeyi talep ve kabul hakkını kapsamamaktadır. Bu çalışmamızda öncelikle kişilerin sahip olduğu en üst hak olan yaşam hakkından bahsedilecektir. Bu kapsamda ceza hukuku anlamında yaşam hakkının korunmasının ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği üzerinde kısaca durulacaktır. Ceza Kanunları tarafından yaşam hakkının korunmasına dolayısıyla bu hakka saldıranların cezalandırılmasına yönelik olarak kasten öldürme suçları düzenlenmiş bulunmaktadır. Ötanazi kavramı ile ilişkisi bulunmadığından taksirle öldürme suçlarına değinilmeyecektir.

Genel olarak, gerek ötanazi hakkının savunucuları gerekse böyle bir hakkın tanınmaması gerektiği düşüncesinde olanlar, bu hakkı sadece hasta olan ve bu hastalığı sebebiyle yoğun acılar çeken ve çoğu zaman ölümüne kesin gözüyle bakılan yani şifa bulma ihtimali bulunmayan kişilere karşı bir hekim tarafından uygulanması kapsamında değerlendirmektedirler. Doğal olarak bu hak sadece hukuk bilimi ile değil aynı zamanda tıp bilimi ile de yakından ilişkilidir. Kanunlar tarafından ötanaziye izin verilmesi

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

1 http://www.tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2_EF05A79F75456518CA 26.11.2007 saat 17.25;

2 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m 2/1 'Herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.'

durumunda, bu işlemin hangi şartlar altında gerçekleştirileceği ancak tıp bilimcileri yani hekimler tarafından karara bağlanabilecektir. Zira bir kişinin ölümcül bir hastalığa yakalandığının tespiti ancak bir hekim tarafından yapılabilir. Hukuk bilimi bu durumun yasal şartlarını belirlemede ve hekimlere hak ve yükümlülükler yüklemeye devreye girecektir. Bir hekime ötanazi uygulama hakkı verilmiş olsa bile, yukarıda belirttiğimiz gibi en üstün hak olan yaşam hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemez bir hak olması sebebiyle, bu uygulamayı talep hakkının sadece hasta kişide olması genel hukuk ilkelerinin bir sonucudur. Kişinin böylesine önemli bir kararı verebilmesi için tedavinin kesilmesinin sonuçları ve özellikle kesilmeyerek devam edilmesi ve alternatif tedavi yöntemleri konusunda çok ciddi aydınlatılmış olması gerekmektedir. Özellikle çok sık uygulanan ve doktrinde hukuka aykırı kabul edilmeyen pasif ötenazinin³ değerlendirilmesinde, aranan hastanın rızası ancak hekim tarafından gereği biçimde aydınlatılmış olması şartına bağlıdır. Bu bağlamda, çalışmamızda hekimin aydınlatma yükümüne değinildikten sonra, bu aydınlatmaya rağmen tedaviyi istemeyen hastanın tedaviyi ret hakkı ve hekimin hastanın rızası olmasa dahi müdahale mecburiyeti, yaşam hakkı, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilecektir. Türk Ceza Kanunu md. 26/2 ile bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen mağdurun rızası haline, bu başlıklar altında ve ilgili ötanazi türleri altında geniş olarak yer verildiği için ayrı bir başlık altında incelenmemiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise, hastaya icraî bir davranışla ölüm yardımı şeklinde gerçekleşen aktif ötanazi, müdahale etmeme, tedaviyi yarıda bırakma, tedavinin kesilmesi suretiyle ölüme yardım şeklinde ihmalfî bir hareket ile işlenen pasif ötanazi ve hastanın çektiği acıları azaltmak için verilen ve yan etkileri bakımından ölüme hızlandıran ilaçların kullanılmasını ifade eden dolaylı ötanazi kavramları üzerinde durulacaktır.

I-Yaşam hakkı

Kasten öldürme suçlarında korunmak istenen değer yaşam hakkıdır. Yaşam hakkı anayasal güvence altına alınmış olup insanın diğer bütün haklardan yararlanabilmesinin ön şartını oluşturmaktadır. Zira hayatını kaybeden kişi diğer bütün haklarını kullanabilmekten de mahrum kalmaktadır⁴. Devlet bireyin hayatını sadece bireyin menfaatleri yönünden

3 Uygulamada, hastanın son günlerini kendi evinde yakınlarıyla birlikte geçirmesi amacıyla ve genelde tamamen iyiniyetli olarak eve gönderme şeklinde uygulanan bu hareket asıl olarak pasif ötenaziyi oluşturmaktadır.

4 Avcı, s. 29.

değil, aynı zamanda toplumun menfaatleri yönünden de korur⁵. Bir kimsenin yaşama hakkı sadece kendisini değil tüm toplumu ilgilendirmektedir. Bu hakkın kullanılmasında göz önünde bulundurulanan menfaatin sadece kişisel menfaat olmaması sebebiyle mağdurum rızasına dayalı öldürmelerde hukukumuzda suç sayılmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa md.17/1'de herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, 56/3 hükmü ile devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamaya yönelik hizmetleri verme yükümlülüğü yüklemiştir.

Anayasal güvence altına alınmış olan bu hak ne zaman başlayıp ne zaman bitmektedir? Hak sahibi olabilme bakımından ana rahminde ceninin canlı olarak teşekkül edebilmesi şartını yeterli gören özel hukuktan farklı olarak ceza hukukunda, yaşam hakkının korunmaya başlama anı konusunda evrensel bir sonuca ulaşılabilmiş değildir.

İtalyan Ceza Kanunu md. 578'de ceninin doğum sırasında öldürülmesi ile yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi eşit sayılarak, insan niteliğinin doğumun başladığı anda kazanılacağı vurgulanmıştır. Hamileliğin 5 aşamada⁶ (Schwangerschaftswehen-hamileliğin 5-6. ayından sonra hamilelik sancuları, Senkwehen-doğumdan 3-4 hafta önce yerleşme, düşme sancuları, Vorwehen-hamileliğin son günlerinde önsancılar, Geburtswehen-doğumun son dakikalarında ve Nachwehen-doğum sonrası sancılar.) gerçekleştiğinin belirtildiği Alman ceza hukukunda ise hamileliğin son aşamasındaki doğum sancuları, açılma (Eröffnungswegen) ve baskı (Preswehen) sancuları olarak 2 aşamada değerlendirilmekte ve hukukî bir değer olan yaşam hakkının korunmasının açılma sancularının başlaması ile yani doğumun başlangıcında başlayacağı⁷, bir kısmı ana rahminden ayrılmış bulunan çocuğun kasten öldürme suçunun mağduru olabileceği kabul edilmektedir⁸.

5 **Toroslu**, s. 21.

6 Reallexikon der Medizin Bd. VI 1974; Thiele, Handlexikon der Medizin Bd. II 1980, jeweils unter dem Stichwort "Wehen; BGHSt 32, 194, 7.12.1983 Landgericht Konstanz kararından.

7 BGHSt 32, 194; BGHSt 5, 10; 31, 348, 351; Karar metinlerine <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs032194.html> adresinden ulaşılabilir. 28.11.2007, saat 18:55.

8 'Sezaryen müdahalesinde ise bazı yazarlar uterusun açılmasını (SS- Eser, Vorbem § 211 vd., kn.13.), bazıları hekim müdahalesinin başlangıcını, yani karnın açılmasını (Lüttger, Geburtshilfe, 366; Tröndle/Fischer, vor §§ 211 bis 216, kn 2) esas alırken, narkozun başlangıcının esas alınmasını savunan yazarlar da bulunmaktadır. (Cremer, 422,423.); **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 291'den naklen.

Türk ceza hukukunda ise, ceninin insan niteliğine kavuşabilmesi, dolayısıyla yaşam hakkının korunmaya başlanabilmesi için doğum şartı aranmaktadır. Bu konuda, kimi yazarlar tam ve sağlıklı doğum şartı aramaktadır⁹. Bu aşamadan önce gerçekleştirilen fiiller olsa olsa çocuk düşürtme suçunu oluşturabilir. Dönmezer ise aksi görüşte olup, doğumun başlaması anından itibaren çocuğun öldürme suçunun konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir¹⁰. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında ‘...Çocuğun canlı doğduğunun saptanamadığı, sanıklara atılı suçun oluşmadığı kanaatine ulaşılmıştır’ demek suretiyle ceninin kasten öldürme suçunun konusu olabilmesi için canlı doğumun tamamlanması gerektiğini vurgulamıştır¹¹. Yaşam hakkı bakımından mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, insana benzeyip benzememesi bir önem arz etmeyip¹² bebeğin tamamen anneden ayrılmış olması ve canlı olarak doğmuş olması yeterlidir.

Tam ve sağlam doğum ile kazanılan insan olma sıfatının ne zaman kaybedileceği, yani bir kişinin hangi ana kadar suçun mağduru olabileceği önem arz etmektedir. Bu suç sadece canlı kimseler üzerinde işlenebilir. Dolayısıyla doğum ile başlayan yaşam hakkı korunması kişinin ölümüne kadar devam eder. Peki insan ne zaman ölmüş kabul edilir? Daha açık bir ifadeyle ölüm anının tespitinde biyolojik ölüm mü, yoksa beyinsel ölüm mü dikkate alınacaktır? Kan dolaşımının ve solunum sistemini geri dönülmez biçimde durmasıyla ölümün gerçekleştiğini kabul ederek biyolojik ölümü kabul eden görüş, organ nakli ve kendiliğinden duran kalp ve solunum sistemini yeniden canlandırmanın (reanimasyon) mümkün olması sebebiyle terk edilmiştir. Organ naklinin gerçekleştirilmesi için organın mümkün olduğu kadar erken ve canlı bir biçimde alınması gerekmektedir. Ölüm anının tespiti hususunda tespit yapma yetenek ve yetkisine tıp bilimcilerinin sahip olduğunda şüphe yoktur. 2238 sayılı Kanunda (Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun) 11. madde ile ölümün gerçekleştiğini tespitte yetkili olarak tıp bilimciler gösterilmekte

9 Hakeri, Kasten Öldürme Suçları s. 21; Toroslu, s. 22.

10 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.12; Tezcan/Erdem/Önok, s.118; Soyaslan’a göre, kişinin var olması için canlı olarak doğmuş veya canlı olarak doğmaya başlamış olması gerekmektedir, Soyaslan s. 99.

11 CGK, 15.05.2000, 1-101/107

12 Vücutça ve ruhsal açıdan tam olmayan anormal yaratıklar da, canlı olarak doğmuş olmak koşulu ile, adam öldürme suçu ile korunurlar. Eser bu gibi yaratıkların hiç olmazsa insana benzemelerini şart koşmaktadır. Yaşamında yarar bulunmayan canlıların yok edilmesini hukuk kabul edemez. Eser, in Schönke-Schröder § 211, Vorbemerkung kn.14, Dönmezer, s. 12’den naklen.

olup, bu maddede tıbbi ölüm yani beyinsel ölüm hali benimsenmiş bulunmaktadır¹³. Beyin ölümünün belirtileri olarak şunlar sayılabilir¹⁴.

1- Şuur kaybı

2- Normal solunumun durması

3- Gözbebeklerinin hareketsizliği

4- Beyne kan gitmemesi, yani kan dolaşımının durması ve merkezi sinir sisteminin işlememesi.

Sonuç olarak bir görüşe göre doğumun başlaması, diğer bir görüşe göre ise tam ve sağlam doğumun gerçekleşmesi ile başlayan yaşam hakkı korunması, beyin ölümünün gerçekleşmesine kadar devam eder.

II-Kasten Öldürme

Yukarıda açıklandığı üzere canlı (yaşayan) bir kimse üzerinde işlenebilen kasten öldürme suçları, herkes tarafından işlenebilecek ve herkesin mağdur olabileceği bir suç türüdür. Serbest hareketli bir suç türü olan kasten öldürme suçları her tür araç ve her şekilde işlenebilmektedir. Fail ya da mağdurun sıfatı, fiilin işleniş tarzı veya fiilde kullanılan araçlar gibi hususlar kanunda ancak nitelikli hal olarak öngörülmüş olup ancak cezanın ağırlığına etki etmektedir. 81. maddesi ile suçun temel şeklini belirten Ceza Kanunumuz, 82. maddesinde nitelikli halleri ve 83 maddesi ile de suçun ihmâlî suretle işlenmesini düzenlemektedir.

A-Maddi unsur

Suçun maddi unsurunu bir kişinin başka bir kişiyi öldürmesi oluşturmaktadır. Herkes tarafından işlenebilen kasten öldürme suçunun konusunu insan oluşturmaktadır. Kişinin yaşıyor olması yeterli olup cinsiyeti, ırkı, sosyal ve mesleki hali ya da sağlık durumu gibi hususların suçun oluşması bakımından hiçbir önemi bulunmamaktadır. Kişinin çok kısa zaman sonra ölecek olması da durumu değiştirmez. Mesela sabaha karşı idam edilecek olan bir mahkûmda idam gerçekleşene kadar bu suçun mağduru olabilir. İdama dakikalar kala bu kişi üzerinde gerçekleştirilecek bir fiil adam öldürme suçunun oluşturur. Bu suçun maddi unsurunu bir hareket ya da yükümlü olunmasına rağmen hareketsiz kalma, bunun neticesinde ölümün gerçekleşmesi ve hareket ya da hareketsiz kalma arasında uygun nedensellik bağının bulunması oluşturmaktadır. Hareketin şekline göre suç 2 türlü işlenebilmektedir; İcraî ya da ihmâlî suretle.

13 Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s.22; Toroslu, s. 24.

14 Prof. Dr. Klaus Geppert'in 2004 yılı 1. yarıyıl, Ceza Hukuku I dersi, ders notları.

a-İcraî Suretle Kasten Öldürme

TCK madde 81 hükmüne göre '*bir kimseyi kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*' Kasten öldürme suçunun temel şeklini oluşturan madde 81 hükmü bu suçun genel tipini oluşturmaktadır. Suçun maddi unsuru 3 unsurdan oluşmaktadır: Bir hareket, bu hareketin sonucunda bir netice ve bu ikisi arasında nedensellik bağı. Madde 81 hükmü hareketin icraî suretle işlenmesi durumlarında uygulama alanı bulabilecektir. İhmalî hareketler aşağıda inceleneceği üzere madde 83 hükmü kapsamında değerlendirilmektedirler. Her tür araç ve şekilde işlenebilen kasten öldürme suçu serbest hareketli bir suç olarak değerlendirilmektedir¹⁵. Bu bakımdan kullanılan aracın ve işleniş şeklinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Bununla birlikte kanunun 82. maddesinde 'eziyet çektirerek, yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanma suretiyle' işlenmesi hali nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.

Yapılan hareket sonucunda mağdurun ölmesi bu suçta neticeyi oluşturur. Bu nedenle kasten öldürme suçu aynı zamanda bir netice suçudur¹⁶.

Konunun incelenmesinde önem arz etmesi bakımından nitelikli haller arasında yer alan tasarlama kavramı üzerinde biraz durmakta yarar görüyorum. Tasarlamamanın tanımı gerek kanunumuzda gerekse madde gerekçesinde yer almamaktadır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında tasarlamayı şu şekilde tarif etmiştir: 'Tasarlama, failin belirli bir kimseye karşı belli bir suç işlemeye sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, işlemeye niyet ettiği suçu işlemeyen önce soğukkanlı ve sükûnetle düşündükten sonra ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu karardan vazgeçmeyip kararını ısrarla gerçekleştirmesidir'¹⁷. Yargıtay bu kararı ile tasarlama ile ilgili ileri sürülmüş, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında geçen bir süre ve bu süre zarfında karardan vazgeçmeyerek soğukkanlı hareket etme esası üzerine kurulu soğukkanlılık teorisini esas almaktadır. Buna karşılık plan teorisinde ise suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında belli bir zamanın geçmesi ve failin bu zaman içerisinde suç işleme araçlarını seçip, suçu nasıl işleyeceğinin planının yapmış olması¹⁸, ağırlatıcı nedenin uygulanmasını gerektirmektedir. Özellikle aktif ötanazi açısından ötanazi

15 Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 23; Sosyaslan, s.53; Tezcan/Erdem/Önok, s.121; Toroslu, s. 24.

16 Tezcan/Erdem/Önok, s.121

17 CGK, 28.04.1998,1-117/125.

18 Demirbaş, s.338; Sosyaslan, s.105; Tezcan/Erdem/Önok, s. 141.

talep edene yardımda bulunan kişinin icraî bir davranışta bulunması ve genellikle bu hareketlerini bir plan çerçevesinde gerçekleştirmesi, örnek olarak ötanazi talep edenin ölümünü en kolay ne şekilde ve ne tür bir vasıta ile gerçekleştirmesi gerektiğini düşünerek planlamış olması sebebiyle tasarlama ayrı bir önem kazanmaktadır. Bu konu aşağıda tekrar değerlendirileceği için daha fazla ayrıntıya girmiyorum.

b-İhmalî Suretle Kasten Öldürme

Türk Ceza Kanunu madde 83'te ihmalî suretle kasten öldürme suçu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *'Kişinin yükümlü olduğu belli bir icraî davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icraî davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmalî ve icraî davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin, belli bir icraî davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.'*

Hukuk normları emir ya da yasak normlarıdır¹⁹. Emir şeklinde düzenlenen normlarda, kişiye kanun tarafından belli bir harekette bulunma yükümlülüğü yüklenmekte ve bu norma aykırı davranış ihmalî bir suçu oluşturmaktadır. İhmalî suçlar bir emir kuralına aykırılık oluşturan hareketlerdir²⁰. Bu başlık altında sadece garantörsel ihmalî²¹ suç olan Türk Ceza Kanunu madde 83 üzerinde kısaca durmak istiyorum. Kasten öldürme suçunun ihmalî bir hareketle işlenmesi halinde de failin cezalandırılmasını öngören bu maddeye göre, ölüm neticesinin gerçekleşmesini önlemek konusunda kişinin özel bir yükümlülük altında bulunması ve bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmiş olması gerekir. Kanun, garantör²² olarak nitelenen bir kişinin neticenin meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün 'kanun, sözleşme ya

¹⁹ Centel/Zafer/Çakmut; s. 252; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 425; Özbek, s. 130.

²⁰ Özbek, s. 130. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, s.108, 'Suç oluşturan bir ihmalî fiil ancak bir hukuksal emrin yerine getirilmemesi halinde mevcut olacaktır.'

²¹ Hakeri, Ceza Hukuku, s.132 vd.; Özbek, bu suç tipine ihmal suretiyle icra suçu adı vermektedir. Özbek, s.131. Centel/Zafer/Çakmut ise bu suç tipine ihmal benzeri suç adını vermektedirler. Centel/Zafer/Çakmut, s. 254.

²² StGB (Alman Ceza Kanunu) md.13'ün lafzından çıkan sonuca göre 'kanunda belirlenen bir suç tipindeki neticenin meydana gelmesini önleme hukukî yükümlülüğü altında bulunan kimseye garantör denir.'

da daha önceden gerçekleştirdiği bir davranıştan' kaynaklanabileceğini belirtmiştir. Örnek olarak havuzda boğulmakta olan bir çocuğu kurtararak ölümünün meydana gelmesini önleme bakımından, annesinin kanundan, havuzda görevli cankurtaranın sözleşmeden, o çocuğu şaka olsun diye havuza iten arkadaşının ise ön gelen tehlikeli eyleminden kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kişilerin, bu yükümlülükleri yerine getirmezler ve neticesinde ölümün meydana gelir ise Türk Ceza Kanunu madde 83'e göre sorumlulukları söz konusu olacaktır.

Özelikle pasif ötanazi bakımından büyük önem arz eden bu düzenleme, hekimlerin kanundan kaynaklanan tedaviye başlama ve tedaviyi yürütme mecburiyetlerini kanuna aykırı olarak yerine getirmemeleri durumunda uygulama alanı bulacaktır. Bu maddenin somut olayda faile uygulanabilmesi için garantör konumunda olunması, bir başka deyişle neticeyi önleme hukukî yükümlülüğün bulunması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin kişiden beklenebilir olması gerekir. Örneğin yukarıdaki olayda yüzme bilmeyen anneye çocuğunu kurtaramaması sebebiyle ihmali suretle kasten öldürmeden dolayı ceza verilemeyecektir.

Aşağıda ayrıca değinileceği gibi, aynı şekilde bir hekimin pasif ötanazi gerçekleştirdiğinden bahisle cezalandırılabilmesi için tedavi etme yükümlülüğünü yerine getirmesinin hukuken kendisinden beklenebilmesi gerekir. Bu bakımdan örneğin hastanın tedaviyi reddetmesi halinde doktorun neticesi ölüm olsa bile yapabileceği bir durum yoktur. Anayasal olarak güvence altına alınmış olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, tedaviyi ret hakkının hasta tarafından kullanılması halinde hekimin icraî davranışta bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmakta ve icraî davranışta bulunma yasağına dönüşmektedir. Başka bir ifade ile tedaviyi retten önce hareketin yapılmaması suç oluşturur iken, bu hakkın kullanılması durumunda aynı hareketin yapılması suç oluşturacaktır. Buna göre böyle bir hakkın kullanılması halinde hekimden neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenemeyecek ve dolayısıyla yerine getirmeme suç oluşturmayacaktır. Hastanın iradesi yönünde hareket edildiği için burada gerçekleştirilmiş olan pasif ötanazi suç oluşturmayacaktır. Pasif ötanazinin suç oluşturacağı asıl hal garantör durumunda olan hekimin hastanın arzusu olmadan tedaviyi yarıda bırakması halidir. Gerçekten hekimin tedavide bulunmaması ve bu sebeple ölümün gerçekleşmesi Türk Ceza Kanunu md. 83'ün tipik örneğini oluşturmaktadır. Madde metninde yer alan ifade ile belli bir davranışta (tedavide bulunma) bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden (mesela Hasta Hakları Yönetmeliği) kaynaklanan bir yükümlüğü bulunan hekimin yükümlü olduğu bu icraî davranışı

gerçekleştirmemesi halinde meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekir.

B-Manevi unsur

Kasten öldürme suçunun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK. md. 21/1). Kişinin kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde ise olası kast vardır (TCK. md. 21/2). Doğrudan kastta failin hem hareket hem de netice üzerinde bilme ve istemesi söz konusudur.²³ Olası kastta (dolus eventualis) ise fail hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmekte, netice bakımından ise öngördüğü neticeye rağmen hareketi yapmaktan kaçınmayarak neticeyi kabullenmesi söz konusu olmaktadır.²⁴

Aktif ötanazide failin doğrudan kastı söz konusudur. Zira hastaya öldürücü maddeyi veren fail hem hareketi hem neticeyi bilmekte ve neticenin gerçekleşmesini isteyerek hareketini yapmaktadır. Ancak pasif ötanazide çoğu zaman failin doğrudan kastından söz edilemez. Gerçekten bir hekim hastanın tedavisini yarım bıraktığında, mesela son günlerini evinde yakınları ile geçirsün diyerek evine gönderdiğinde, onun öleceğini öngörmekle beraber hastanın ölmesini istememektedir. Ancak öngördüğü bu muhtemel neticenin tedavinin kesilmesi halinde kesinlik kazanacağını bilmekte ve buna rağmen hareketini yapmaktadır. Bu ise neticeyi kabullenmedir ve olası kasta vücut verir.

Burada üzerinde durmak istediğim bir başka konu ise hekimin bu hareketi yaparken iyiniyetli davranması hususudur. Ötanazide hekimin hareketi iyiniyetli olarak gerçekleştirmesi suçun oluşmasını etkileyen bir durum değildir. Burada iyiniyet failin saikini yani hareketi hangi güdü ile gerçekleştirdiğini gösteren bir durumdur. Failin saiki²⁵ kasten öldürme suçunun bir unsurunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle bu durum ancak Türk Ceza Kanunu madde 62'ye göre takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir.

²³ Demirbaş, s. 342; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 190, 198; Özgenç, s. 233.

²⁴ Demirbaş, s. 342; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 198; Özgenç, 'Olası kast halinde doğrudan kasttan farklı olarak, somut olayda suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi, fail tarafından muhakkak değil, muhtemel addedilmektedir.' Özgenç, s. 235.

²⁵ Dönmezer, s. 32; Özgenç, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde amaç veya saik, kasta özdeş veya kastın bir türü değildir.' Özgenç, s. 269.

III- Ötanazi

A- Kavram

Gerek Anayasamızda gerekse Uluslar arası sözleşmelerde²⁶ kişilere tanınmış alan hayat hakkı ölme ve dolayısıyla öldürülmeyi talep ve kabul hakkını kapsamamaktadır. Hastalığı dolayısıyla yoğun acılar içinde olan bir kimsenin talebi üzerine veya talebi olmaksızın öldürülmesine ötanazi (güzel ölüm; ölüme iyi şekilde neden olma) adı verilmektedir²⁷. Ötanazi başka tanımda ise, tıbben şifasız ve kurtuluşu olanaksız bir hastalığa yakalanan ve acı çeken bir kimseyi, acılarını dindirmek amacıyla öldürmek veya ölümünü çabuklaştırmak olarak tanımlanmıştır²⁸. Her iki tanımdan çıkan ortak sonuç, bu kavram sadece hasta olan, bu hastalığı sebebiyle yoğun acılar çeken ve çoğu zaman ölümüne kesin gözüyle bakılan yani şifa bulma ihtimali bulunmayan kimselerin talepleri üzerine, istisnai durumlarda da talepleri olmadan öldürülmeklerini karşılamaktadır. 1997 Ceza Kanunu tasarisinin 137. madde başlığında²⁹ yer alan ve asıl olarak ötanazi ile ilgili düzenlemenin yapılmasının amaçlandığı talep üzerine öldürme ise ötanaziden farklı olup, bu kavram ile hayatına devam etmek istemeyen bir kimsenin talebi üzerine, failin öldürme hareketini gerçekleştirmesi vurgulanmaktadır. Ötanazinin varlığının kabul edildiği durumlarda sadece ciddi ızdıraplar içerisinde bulunan bir hasta söz konusu iken talep üzerine öldürmelerde herkes, sağlıklı dahi olsa bu suçun mağduru olabilmektedir³⁰. Ötanazi kavramından daha geniş olan ve esasen ötanaziye de bünyesinde barındıran talep üzerine öldürme kavramının ötanazi yerine kullanılmasının kabulü halinde kavram genişlemesi nedeniyle kanun koyucu tarafından amaçlanmamış fiillerde ötanazi kapsamında değerlendirilmek durumunda kalacaktır. Bu ise ötanazinin kanunlarca düzenlendiği durumlarda kasten

26 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m 2/1 ' Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.'

27 **Hakeri**, *Kasten Öldürme Suçları*, s. 50.

28 **Tezcan/Erdem/Önok**, s.136.

29 2001 Ceza Kanunu tasarisında ötanazi 'acıyı dindirme saiki' başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: 'İyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve yalnızca hastanın ızdıraplarına son vermek amacıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.'

30 **Artuk/Yeni Dünya**; Yüce Armağanı, s. 314: yazarlar aynı gerekçeyle 1997 Ceza Kanunu tasarisında yer alan 'talep üzerine öldürme' şeklindeki madde başlığını eleştirmektedirler.; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.136.

öldürme suçunun temel şeklinin uygulanma alanını ciddi oranda azaltma riskini doğurabilecektir. Zira mahkemeler, Ceza Muhakemesine hakim en temel ilkelere olan 'şüpheden sanık yararlanır' ilkesine sık sık başvurma zorunda kalabileceklerdir. Kavramlar arasındaki bir başka fark ise failin ve aynı zamanda talepte bulunanın özel kastından kaynaklanmaktadır. Ötanazide şifasız bir hastalığa tutulmuş bir kimsenin çekmekte olduğu acıları dindirme güdüsü fiile hakim iken talep üzerine öldürmelerde böyle bir amaç güdülmemektedir.

Doktrinde ötanazinin yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilebileceği ileri sürülmektedir³¹. Ötanaziye genellikle tıbbi konuların yer aldığı düzenlemelerde ve uluslar arası sözleşmelerde yer verilmiş olması, faillik bakımından fiilin hekimlere özgü bir suç olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracak olsa da, gerek 1997 tasarısında gerekse 2001 tasarısında kavram ile ilgili suç tipinin düzenlenmek istendiği madde metninde 'hekim' değil 'kimse' tabirinin kullanılması sebebiyle hekim olmayan kimselerin de bu suçun faili olabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda ise örneğin, doktorların kurtulma ümidi olmadığı yönünde fikir beyan ettikleri annesini, onun talebi üzerine öldüren kimseye de bu suç tipinin uygulanması gerekecektir. Hukukumuzda sadece yasak olduğu yönünde bir düzenlemesi bulunan ötanazi kavramının uygulama alanı, ancak ceza kanunları tarafından bir düzenlemeye tabi tutulduğu zaman açıklığa kavuşabilecektir.

Mevcut hukuk sistemimizde ötanaziye izin verilmemektedir. Anayasamızın 17 maddesinde herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra maddenin 2. fıkrası ile 'tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı vurgulanmıştır. Madde metninde yer alan vücut bütünlüğü kavramına yaşam hakkı da dahildir. Zira kanun yapma sistemine göre önce (1. fıkra ile) düzenlenmiş olan bir hakkın ayrıntısı içinde geçerli olacaktır.

Tıbbi zorunluluk kavramına kurtulma ihtimali olmama durumundaki bir hastanın öldürülmesine izin verilmesi de dahil midir? Konu ile ilgili, 01.08.1998 tarih ve 3420 sayılı resmi gazete yayımlanarak yürürlüğe giren 'Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 'Ötanazi Yasası' başlıklı 13. maddesine göre:

'Ötanazi yasaktır.

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.'

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.136; Öztürk, Yüce Armağanı, s. 586.

Görülebileceği üzere ötanazi kararına dayanak teşkil edebilecek sebepler düzenlememizde tıbbi bir zorunluluk olarak değil tıbbi bir gereklilik olarak yer almaktadır. Yani yapılacak bir şeyin kalmadığı hastalar için bir çıkış ve kurtuluş yolu olarak anlaşılması gereken gereklilik halinde dahi bir kimsenin hayatında son verilemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Izdırap çeken bir hastanın bu acılarına son vermek için başvuru olan ötanazi yolunu kapayan bu düzenlemenin 14. maddesi ile; 'Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.' denilmek suretiyle, genel kabule göre ötanazi şartlarının oluştuğu durumlarda dahi sağlık personeline bu acıları dindirme en azından azaltma yönünde harekette bulunma yükümlülüğü yüklenmektedir. Zira yönetmeliğin 12. maddesinde yer alan '*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*' hükmü 13. maddede ki ötanazi yasağı bulunmasa dahi hekimlerin (sağlık personelinin), ötanazi oluşturan hareketi 14. maddede ki acıları azaltma ve dindirme yönünde bir hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürebilmeleri imkânsızdır. Zira söz konusu yükümlülük, 12. madde sebebiyle ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek müdahalelere sadece teşhis, tedavi veya korunma amacı güdülmesi durumunda izin vermektedir. Ötanazide ise böyle bir amaç yoktur. Aksine teşhis ve tedavi ihtimalini tamamen ortadan kaldıran bir hareket söz konusudur.

B- Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

a- Genel olarak

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde yer alan '*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.*' şeklindeki düzenleme ile hastanın bilgilendirilme hakkının doğal sonucu olarak yer almaktadır.

Özellikle pasif ötanazi kapsamında önem taşıyan hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hastanın rızasının geçerli olabilmesi ve dolayısıyla fiili hukuka uygun hale getirebilmesi açısından büyük bir anlam ifade etmektedir. Kendi geleceğini belirme hakkına sahip olan bir hastanın geleceğini belirlerken hastalığı hakkında bilgisinin olması ve hareketinin anlamını getiri ve götürüleriyle birlikte değerlendirebilmesi gerekmektedir. Bu ise hekimin

hastayı, hastalığın tüm sonuçlarıyla birlikte aydınlatması ile sağlanabilir. Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ‘Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı’nda³² (Tanımlar başlıklı 4/1b maddesi.) aydınlatma ‘bilgilendirme’ adı altında şu şekilde tanımlanmıştır:

‘Bilgilendirme, bireyin sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülmeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesini ifade eder.’

Ötanazi kapsamında hekimin aydınlatma yükümlülüğü, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar hususunda hastanın aydınlatılması açısından önem arz etmektedir. Zira taslak yönetmeliğin 1. maddesinde ‘... rızanın alınmasında, insanın yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanmasını ...’ amaçlandığı belirtilmektedir. Tedaviyi ret hakkı bulunan hastanın, bu hakkını kullanmadan önce kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar hakkında hekim tarafından aydınlatılmamış olması durumunda, hekimin TCK md. 83’e göre sorumluluğu doğacaktır. Zira hekim kanun tarafından neticeyi önleme yükümlülüğü altındadır. Bir yandan hekime bu yükümlülük yüklenirken diğer yandan hastaya ret hakkı tanınmış olması bir tezat teşkil ediyor gibi görünse de, hekimin hastayı aydınlatmış olması neticeyi önleme yönünde gösterilen çaba sebebiyle gösterilen neticeyi önleme yönündeki ihmâlîn hukuka aykırılık özelliği kazanmasını engellemektedir.

Aydınlatılması gereken kişi, hukuka uygunluk sebebi olan rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle, hak sahibinin ayırtım gücü olduğu müddetçe hastanın bizzat kendisidir³³.

Aydınlatma yükümlülüğü, hastaya tedaviyi uygulayan hekime aittir³⁴. Hekimin bu görevi bir başka meslektaşına bırakması durumunda,

32 Taslağa http://www.ohsad.org/OHSADB2C/Dokumanlar/bilg_r%C4%B1za_yon_taslak.doc adresinden ulaşılabilir. (16.11.2007 saat 10:20)

33 HakeriK, Tıp Hukuku, s. 28.

34 Hasta Hakları Yönetmeliği md. 15: ‘... Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.’; Aynı doğrultuda, ‘Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı’ md. 14/1-i hükmü.

meslektaşının bu yükümlülüğü usulüne uygun bir biçimde yerine getirdiği hususunda emin olması gerekir³⁵.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesi³⁶ uyarınca hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesi, hastanın hastalığı hakkında hali hazırda bilgisinin bulunması³⁷, aydınlatmanın olumsuz etkide bulanabilme ihtimali³⁸, hastaya derhal müdahalenin gerekeceği acil durumlar³⁹ ve aydınlatmanın fayda etmeyeceğinin açık olması durumlarında, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar.

Burada konu ile ilgisi bakımından istisnalardan sadece aydınlatmanın olumsuz etkide bulunabilme ihtimali ve fayda etmeyeceğinin açık olması durumlarına kısaca değinmek istiyorum. Aydınlatmanın hasta için anlamını yitirmiş olması, mesela dönüşü olmayan ölüm yoluna girmiş ya da en azından şifası olmayan bir hastalığa yakalanıp ölümüne mutlak gözüyle bakılan bir hastanın sadece hastalık nedeniyle duyduğu maddi acı ve ızdırap dindirmek amacıyla yapılan müdahaleler bakımından hastanın aydınlatılması yükümlülüğü yoktur. Türk Tabipler Birliği'nin 47. Genel Kurulu'nda (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiş olan 'Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 'Aydınlatılmış Onam' başlıklı 26. maddesinde '*... Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. ...*' hükmünü yine bu doğrultuda anlamamız gerekir. Gerek meslek etiği kuralları gerekse Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesi hükmü⁴⁰ birlikte değerlendirildiğinde, hastanın hastalığının kuvvetle muhtemel neticeleri konusunda bilgilendirilmesinde hekim,

³⁵ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 129.

³⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 20: 'İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.'

³⁷ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.139.

³⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 19.

³⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/3.

⁴⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 19: 'Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.'

hastanın ruhsal durumunu⁴¹ dikkatle irdeleyip, bu durumun hastanın ölümünü çabuklaştırma çabası en azından talebi içerisine gireceği kanısına ulaşması durumunda, üzerinde bulunan aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatmadan sarfı nazar etme yükümlülüğüne dönüşebilecektir. Ancak, her ne kadar 19. maddenin 2. cümlesi hekime, hastanın yakınlarına bilgi vermede takdir yetkisi tanımış olsa da, muhtemel ölüm neticesi bakımından söz konusu istisnanın uygulanmaması gerekir.

Aydınlatma yükümlülüğünün istisnalarının uygulanmasının, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Aydınlatma sebebiyle muhtemel ölüm riskinin öne alınması ihtimalinin bulunması ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı arasında bulunan ince çizginin hekimler üzerine bir yükümlülük olarak yüklenmesi hukuksal açıdan ciddi sorunlar çıkarabilecektir. Bu bakımdan hastanın psikolojik durumunu korumak yerine, sonuçta ölümü öne alma riski bulursa da evrensel kabul gören hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı duyularak aydınlatma yükümlülüğünün Hekimlik Mesleği Etiği Kuralları madde 26 hükmünde yer alan özenli davranma yükümlülüğüne maksimum dikkat ile yerine getirilmesi gerektiği kanısındayım. Alman Federal Mahkemesi. vermiş olduğu bir kararında, 'aydınlatma yükümlülüğünün sonuçları düşünülmeden yerine getirilmesini, meslek kusuru şeklinde görmüştür⁴².

b- Hastanın tedaviyi ret hakkı

1981 tarihli Lizbon bildirgesinin (c) bendine göre 'hastanın yeterli bilgileri aldıktan sonra tedaviyi kabul etmeye ve yadsımaya hakkı vardır.' Aynı şekilde bu hak 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesinin 3. maddesinde '... Her hastanın tedaviyi reddetme veya sona erdirmeye hakkı vardır.' şeklinde düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nda tedaviyi ret hakkı ile ilgili olan düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliğinin 25. maddesinde yer almaktadır. Buna göre: 'Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.'

⁴¹ Erman, s.115.

⁴² BGH, 10.03.1981, VI ZR 202/79; NJW 1981, s. 2002 vd., Erman, s. 118'den naklen.

Tedaviyi ret hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olan, kimseye kendi rızası dışında tıbbi müdahalede bulunulamayacağı düşüncesinin doğrudan bir sonucudur⁴³. Anayasanın 17. maddesindeki '*tıbbi zorunluluklar dışında kimsenin rızası olamadan vücut bütünlüğüne dokunulamaz*' şeklindeki ifadeye yer alan tıbbi zorunluluklar kavramı tedaviyi ret etme hakkının önüne geçemez⁴⁴. Hakeri⁴⁵, tedaviyi ret hakkının anayasanın tanıdığı yasal durumlar dışında mutlak bir hak olduğu ve sınırlanamayacağı düşüncesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği 24/6'da yer alan '*rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.*' şeklindeki düzenlemenin hukukun genel ilkeleri ve Anayasaya aykırı olduğu düşüncesindedir.

Aşağıda pasif ötanazi bölümünde inceleneceği üzere hastanın tedaviyi ret hakkını kullanmış olması, müdahale mecburiyetinin bulunduğu haller dışında hekimin hukukî ve cezaî sorumluluğun ortadan kaldırmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 14. maddesi ile sağlık personelinin üzerine yüklenmiş olan '*hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak zorunluluğu*' hastanın aksi yöndeki açık irade beyanı ile sona erdirilmiş olmaktadır.

Son olarak ret hakkının kullanılma zamanı ve şekline kısaca değinmek istiyorum. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24/5 hükmünde yer alan '*rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir*' ifadesinden anlaşılacağı üzere, müdahaleyi ret hakkı tedaviye başlanılmadan kullanılabilmesi gibi, tedavi için verilmiş olan rıza tedavi sırasında geri alınabilecektir. Tedaviyi ret hakkının kullanıldığı durumlarda ispat açısından yazılı bir belge alınması gereklidir. Yönetmeliğin 25. hükmüne göre bu gibi durumlarda, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren **yazılı belge** alınması gerektiği belirtilmiştir.

Ancak unutulmaması gerekir ki, müdahaleyi reddi halinde hekimin sorumluluğunun ortadan kalkabilmesi için, hastanın gerek alternatif yöntemler gerekse tedavinin yapılmaması veya yarım bırakılması halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar bakımından yeterince aydınlatılmış olması gerekmektedir.

43 Erman, s. 153.

44 Erman, s. 154; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 218.

45 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 219.

c-Hekimin Müdahale Mecburiyeti

Bu başlık altında hastanın aksi yöndeki beyanına rağmen, daha doğru ifadeyle rızasına aykırı olarak müdahale mecburiyeti hallerini kısaca belirtmekle yetineceğim. Zorla tıbbi müdahale, teşhise ve tedaviye yönelik tedbirlerin bir hekim tarafından hastanın rızası olmaksızın veya açık karşı çıkmasına rağmen, iyileştirme amacının olup olmamasına bakılmaksızın uygulanmasıdır⁴⁶.

Yukarıda ifade edildiği üzere, mutlak bir hak olan tedaviyi ret hakkı anacak kanuni bir düzenleme ile sınırlanabilecektir. Hukukumuzda, kamu sağlığının korunması amaçlı düzenlemeler ve ceza hukukunun öngörmüş olduğu düzenlemeler⁴⁷ ile bu hak bazı hallerde sınırlanmaktadır. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57, 64, 67, 72, 88, 101 ve 119. maddelerinde düzenlenen durumlarda hastanın tedavi olma mecburiyeti vardır. Dolayısıyla bu durumlarda tedaviyi ret hakkı ortadan kalkarak hekimin müdahale mecburiyeti söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanunun 7. maddesi ile kamu sağlığının korunması amacıyla tedavi mecburiyeti benimsenmiştir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 82/3 hükmünde diğer hükümlü ve tutukluların sağlığının korunması amacıyla ve Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 25, 32, 44 ve 45. maddelerinde de kamu sağlığının korunması amaçlı düzenlemeler bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda⁴⁸ bir güvenlik tedbiri, Ceza Muhakemesi Kanununda⁴⁹ ise bir adli kontrol tedbiri olarak yer alan önleme ve teşhis amaçlı müdahale mecburiyeti, infaz düzenlemelerinde geri dönülemez neticelerin önlenmesi bakımından ele alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler ile hükümlü veya tutuklunun kendi özgür iradesi ile örnek olarak açlık grevi uygulaması sonucunda, hayati tehlike altına girmesi halinde muhtemel ölümün engellenmesi amaçlanmaktadır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 82/1 hükmünde, hükümlülerin kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde, hareketlerinin neticeleri bakımından bilgilendirilmeleri ve olumlu sonuç alınmaması

46 Rieger, kn.2003; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.221'den naklen.

47 **Erman**, s.174 vd.; **Hakeri**, s. 221 vd.

48 TCK. md. 32/1 ve 2; 57/1 ve 7; 191/2 ve 227/8 hükümleri.

49 CMK. md. 74/1; 75; 76; 109. Ayrıca yine ceza muhakemesi ile ilgili olarak, 'Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde sağlık kontrolü öngörülmüştür.

halinde kurum hekimince belirlenen rejime göre beslenmelerine başlanması hususu belirtildikten sonra 2. fıkra ile de hayati tehlikeye girenlerin rızalarına bakılmaksızın tedavi altına alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

Vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını belirten Anayasa 17/2, insanlık dışı davranışları yasaklayan CGTİK 2/2 ve devlete hükümlünün maddi ve manevi varlığı koruma yükümlülüğü yükleyen CGTİK 78 vd. hükümlerine tezat oluşturan bu hüküm, kendi geleceğini belirleme hakkının sadece özgür kişilerde değil hükümlü ve tutuklularda da var olduğu hususu dikkate alındığında, zararın kamuya yönelik olmaması sebebiyle uygulamada problem çıkarabilecek bir hükümdür. Müdahalenin yapılmaması hekimin ihmali suretle öldürme veya yaralamadan sorumluluğunu doğurabileceği ileri sürülebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, R.S.A and C. v. Portugal⁵⁰ davasında, müdahalede bulunmayan hükümet görevlilerinin müdahalenin gecikmesi bakımından herhangi bir sorumluluğunun olmadığı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Herczegfal v. Austria⁵¹ kararında yapılan rıza dışı müdahalelerin 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde yer alan insanlık dışı ve küçültücü davranış yasağına aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir.

Özellikle açlık grevleri bakımından olaya bakıldığında, grevde bulunanlar asıl olarak ölmeyi değil, bu yolu kullanarak taleplerini kabul ettirmeyi amaçlamakta ve dayanabildiği noktaya kadar eylemlerini sürdürmeyi amaçlamaktadırlar. Hekimin, hükümlü aksi yöndeki iradesini açıkladığı müddetçe müdahale mecburiyetinin olmaması gerekir. Ancak, özgür iradenin artık açıklanamadığı an, akut yaşam tehlikesinin bulunduğu andır ve hekimin müdahale edebilmesi için hükümlünün öncelikle şuuru kaybetmesi ve böylelikle iradesini açıklayamayacak hale gelmesi gerekir⁵². Gerçektende isteklerini kabul ettirme amaçlı bir harekete girişen grevcinin amacı çoğu zaman ölmek değildir. Bu durumda bilinci kaybeden hükümlünün varsayılan rızası çerçevesinde hareket edilmekte ve tıbbi müdahalede bulunmaktadır.

C- Türleri

Dilemma, iki veya daha fazla seçenek ile zıddı belirleyen delil, tartışma ennasında hangisi seçilirse seçilsin zıt olanların aynı değerde olmasını ve eşit

⁵⁰ Ermian, s.194.

⁵¹ 24.09.1992 tarihli mahkeme kararı metnine <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/vie.w.asp?item=5&portal=hbkm&action=html&highlight=Austria&sessionid=3355636&skin=hudoc-en> adresinden ulaşılabilir. (16.11.2007, saat:10:28).

⁵² Husen, s. 290; Hakeri, Tıp Hukuku s. 227'den naklen.

ölçüde tatmin edici olmayan şeyler arasında seçim yapılması durumunu ifade eder⁵³. Bu bakımdan kişinin acılar içerisinde ve mutlak ölüm beklentisi psikolojisi altında hayatını sürdürmesi veya hayatının güzel ölüm anlamında ki ötanazi yolu ile sona erdirilmesi açısından böyle bir ikilem öne çıkmaktadır. Ötanazi, hastaya icraî bir davranışla ölüm yardımı şeklinde yapıldığında aktif ötanazi, müdahale etmeme, tedaviyi yarıda bırakma (Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch-Tedavinin kesilmesi suretiyle ölüme yardım) şeklinde ihmali bir hareket ile işlenmesi durumunda pasif ötanazi adını almaktadır. Doktrinde kabul edilen 3. bir ötanazi⁵⁴ durumu ise, hastanın çektiği acıları azaltmak için verilen ve yan etkileri bakımından ölümü hızlandıran ilaçların kullanılmasını ifade eden dolaylı ötanazi⁵⁵ halidir. Yukarıda açıklandığı üzere hukukumuzda ötanazi yasaktır⁵⁶. Ancak doktrinde pasif ötanazi ve dolaylı ötanazinin, öldürme olarak kabul edilmeyeceği ve hastanın tedaviyi ret ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında değerlendirilerek hekimin sorumluluğunu kaldıracağı kabul edilmektedir. Aşağıda bu ayrım ayrıntılı olarak incelenmektedir.

Toplumda beyin ölümü gerçekleştirilmiş hastaların bağlı buldukları cihazların kapatılması ile ötanazi kavramı genel olarak karıştırılmaktadır. T.C. Adalet Bakanlığının, adli olgularda organ bağışısı sırasında durumun tam değerlendirilememesi sebebiyle, Cumhuriyet Savcılarının konu hakkında bilgi sahibi olabilmesi için 11.05.2005 tarihli yazısı ile bakanlık sitesinde bir bilgi yayınlamıştır⁵⁷. Bu bilgiye göre; *'Beyin ölümü beyin fonksiyonlarının irreversibl (geri dönüşümsüz) olarak kaybolmasıdır. Beyin ölümü gerçekleşen kişide solunum ve dolaşım ancak yoğun bakım koşullarında ventilatör gibi destek makinelerine bağlanarak sürdürülebilmektedir. Solunum ve kalp atımları yapay olarak sürdürülebilirken, beyin fonksiyonları yapay olarak sürdürülemez. Bu nedenle kişi beyni öldüğü zaman tıbben ölü kabul edilir. Yoğun bakım ünitelerinde verilen tüm tıbbi desteğe rağmen ortalama 24-36 saat sonra beyin dışındaki organlarda fonksiyonlarını kaybeder. Beyin ölümü tanısı almış kişilerin hayata dönmesi*

53 Dönmezer, s. 33.

54 Öztürk, Asıl olarak dolaylı ötanaziden farklı olarak 'hastanın hayatını kısaltmaksızın, şuurunu felç eden ilaçlar kullanmak suretiyle onun çektiği acıları hissetmeden ölmesine yardımcı olmak' olarak nitelendirdiği 'gerçek ötanazi' ve 'ağır özürülü veya ucube olan yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi' anlamında kullanılan erken ötanazi ile birlikte, ötanaziyi 5 ayrı tür altında incelemektedir. Öztürk, Yüce Armağanı, s. 581-582.

55 Dönmezer bu hali 'dolayısıyla ötanazi' olarak adlandırmaktadır. Dönmezer, s. 34.

56 İslam Hukukundaki durum için bkz. Avcı, s. 67 vd.; Güven, s. 63.vd.

57 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2005/may05/dokunakli.htm>, 26.11.2007, saat 18.01.

mümkün değildir. Beyin ölümü gerçekleşen bir kişi tıbben ölü kabul edildiği için bunlara karşı öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi dolayısıyla bunlara ötanazinin uygulanması mümkün değildir. Zira ötanazi sadece ölümcül bir hastalığa yakalanmış olsa da ancak sağ yani yaşayan kimseler için söz konusudur.

Ayrımlara geçmeden önce ötanazi ile ilgili hükümlerin yer aldığı 2 ayrı uluslar arası bildiride yer alan ve ötanazinin etik açıdan değerlendirildiği 2 hükme yer vermek istiyorum. İlki 1987 tarihli Madrid ötanazi bildirgesinde yer alan *'bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir. Bu, hekimi, hastalığın son dönemlerimde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile isteğine hürmet etmekten alıkoyamaz.'* hükmüdür. Diğeri ise Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli bildirgesidir. Buna göre, *'Ötanazi gibi, hekim yardımı intiharda etik değildir ve tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmamalıdır. Hekimin, bir kimseye yaşamını sona erdirmekte bilerek ve kararlı olarak yardım etmesi etik değildir. Hastanın tedaviyi reddetmesi temel bir haktır ve hekimin hastanın bu arzusuna saygı göstermesi (ölümüne neden olsa bile) etik olmayan bir davranış sayılmaz.'* Görüleceği üzere her iki bildiride de, aktif ötanazi yoluyla hastanın ölümüne yardımın tıp bilimi açısından etik olmayan bir davranış olduğu belirtilmiş ancak, hastanın tedaviyi ret hakkına saygı duyularak tedavinin kesilmesi suretiyle sonuçlanan ölümleri ifade eden pasif ötanazi için etik açıdan bir problem görülmemiştir. •

a- Aktif Ötanazi

Aktif ötanazi, sona ermek üzere olan yaşamın, hastalığa ve ölüm sürecine aktif etkide bulunmak suretiyle kısaltılması⁵⁸, sona erdirilmesidir. Başka bir tanımda ise aktif ötanazi 'hayatı kısaltacak veya hayata son verecek maddelerin hastanın acı ve ızdıraplarını tümünden gidermek üzere, bilerek kullanılması' şeklinde ifade edilmiştir⁵⁹.

Ötanazi ile ilgili uluslar arası hukukta farklı uygulamalar bulunmaktadır. Türkiye ve Fransa⁶⁰ gibi kimi ülkelerde ötanazi yasak olarak kabul edilmiş ve kasten öldürme suçu ile eşdeğer görülmüştür. Buna karşılık Almanya⁶¹,

58 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 304.

59 Dönmezer; s. 34.

60 Fransız Yargıtay Ceza Dairesinin 16.11.1827 tarihli kararı, Bulletin Crime 1827, N:284, 'İnsanların hayatını koruyan kanunlar kamu düzenindedir. Hiçbir şahsın iradesi bunu ortadan kaldıramaz veya kişilere karşı işlenen bir cürmü hukuka uygun hale getiremez.' Tezcan/Erdem/Önok, s. 137'den naklen.

61 StGB § 216/1: 'Ölenin açık ve ciddi talebi üzerine bir kimseyi öldüren kişi, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.'

Avusturya⁶² gibi kimi ülkeler⁶³ ötanaziyi suç olarak kabul etmekle birlikte, kasten öldürme suçuna oranla daha az bir ceza ile cezalandırmaktadırlar. Peru, Belçika, suç olarak saymakla birlikte farklı bir uygulama ile genelde cezasız veya çok düşük bir cezanın hükmedildiği⁶⁴ Hollanda gibi ülkelerde ise ötanazi durumunda mağdurun ölümüne aktif olarak katkıda bulunanlar cezalandırılmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Pretty v. The United Kingdom* davasında ötanaziyi yasaklayarak, aktif bir şekilde ölüme yardım hareketini cezalandıran ulusal düzenlemelerin sözleşmeye aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir⁶⁵.

Ulusal düzenlemeler dikkate alındığında, ötanazinin suç oluşturduğu noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesine göre '*Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığında dahi, hekim ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.*' Hasta Hakları Yönetmeliği'nin '*Ötanazi Yasağı*' başlıklı 13. maddesine göre: '*Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.*'

TCK. md. 26/2'de yer alan '*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez.*' hükmü, bir kimseyi rıza göstermesi üzerine icraî bir hareketle aktif bir şekilde öldüren kişinin cezasızlığı sonucunu doğurmamaktadır. Yargıtay vermiş olduğu çeşitli kararlarında⁶⁶ '*... Gerek Anayasa gerekse uluslar arası sözleşmelerin ölme hakkını değil yaşama hakkını garanti altına aldığını ...*' belirterek, mağdurun göstermiş olduğu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği görüşünde olduğunu göstermektedir.

Aktif ötanazide failin hareketi, hastalık ile muhtemel (kesin) ölüm arasında bulunan nedensellik bağıını kesmekte ve ölüme tek başına neden

62 StGB § 77: 'Bir kimseyi, ciddi ve etki altında bırakır tarzda talebi üzerine öldüren kişi, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.'

63 İsviçre CK. md. 144; Portekiz CK. md. 134; İtalyan CK. md. 579; Japonya CK. md.202.

64 Uygulama şekli bakımından bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.138 ve **Erman**, s. 129 -130.

65 29.04.2002 tarihli karar metnine <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Pretty&sessionid=3239841&skin=hudoc-en> adresinden ulaşılabilir. (16.11.2007, saat:10:44)

66 YCGK. 06.10.1980, 1-216/313; Y.I.CD. 02.06.1999, E:1008, K: 108.

olmaktadır. Daha önce mevcut olduğu varsayılan bu nedensellik durumu failin cezasız kalmasına neden olamaz. Zira yukarıda açıklandığı üzere yaşam hakkının korunması beyin ölümü gerçekleşinceye kadar devam etmektedir. Bu bakımdan henüz yaşamakta olan, her ne kadar kesin gözüyle bakılıyor olsa da ölümü gerçekleşmemiş bir kişiye yapılacak hareket, aynı sabaha karşı kararı infaz edilecek idam mahkûmunun gece öldürülmesinde olduğu gibi, kasten öldürme suçuna vücut verecektir. Burada doktorun hareketi, sollayan nedensellik⁶⁷ kapsamında hastalık ile ölüm arasında bulunan mevcut nedensellik ilişkisinin önüne geçmekte yani yani nedensellik bağımlı kesmektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda ortaya çıkan sonuç şudur. Hastanın rızası, ötanazi durumunda hukuka uygunluk nedeni oluşturamaz. Bu gibi hallerde, mağdurun talebi olsun olmasın hekim, TCK md. 81 anlamında kasten öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır. Mağdurun talebinin bulunması halinde, bu durum sadece TCK. madde 62'nin uygulanmasına imkan verebilecektir. Doktrinde bu hususta herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁶⁸. Tartışmalı olan nokta olması gereken hukuk açısından ötanazinin kanuni düzenleme altına alınıp alınması, yani bu kurumun gerekliliği etrafında toplanmaktadır. Doktrinde yer alan bazı görüşler, ötanazinin, kasten öldürme suçundan bağımsız ve daha az cezayı gerektiren bir suç tipi⁶⁹ olarak düzenlenmesi gerektiği yönündedir⁷⁰. Bunun yanında, aktif ötanazinin cezasız kalması⁷¹ ya da kasten öldürmeye göre daha az bir

67 **Hakeri**, Ceza Hukuku s.148.

68 **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 139; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.305; **Hakeri**, Kastan Öldürme Suçları, s. 51: 'Yazar failin icraî bir hareketiyle mağdurun yaşamına son verdiği hallerde, kasten öldürmenin var olduğunu ve hatta şartları gerçekleştiğinde tasarlamadan dolayı da sorumlu tutularak temel cezanın TCK md. 82 hükmüne göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir.' Aynı doğrultuda **Soyaslan**, s.117 'Yargıç 82. maddenin 1/1 bendinde ifadesini bulan tasarlayarak adam öldürmeye ilişkin hükmü uygulamak zorundadır. Elinde bulunan tek imkan TCK. 62. maddesindeki takdiri hafifletici sebebi uygulamaktır.' **Dönmezer**, s.38. **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 235; **Öztürk**, Yüce Armağanı. s.585; **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s. 312.

69 2001 Ceza Kanunu Tasarısında ötanazi, 'iyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve yalnızca hastanın ızdıraplarına son vermek amacıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.' şeklinde bağımsız ve kasten öldürme suçuna nazaran daha az cezayı gerektiren bir suç tipi olarak düzenlenmekte idi.

70 **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s. 307; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 139;

71 **Erman**, s. 134.

ceza içermesi yanında hakime ceza vermeme yönündeki takdir yetkisi tanınması gerektiği⁷² doğrultusunda da görüşler bulunmaktadır.

b- Dolaylı Ötanazi

Dolaylı ötanazi, hekimin hastanın ıstırabını azaltmak için kullandığı ve kullanmasının tıp bilim tarafından öngörüldüğü bir ilacın yan etkisinin kaçınılmaz bir şekilde ölümü hızlandırdığı durumları ifade eden bir kavramdır⁷³.

Burada, gerek hastanın talebi, gerekse hekimin hareketi ölüme yönelik değildir. Tutulduğu hastalık neticesinde katlanılmaz acılar çekmekte olan bir hastaya, sadece acılarını dindirmek amacıyla tedavi uygulanmakta, ancak uygulanan bu tedavide kullanılan ilaçlar, yan etki olarak ölümü hızlandırmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesinde⁷⁴ hekimin, hastanın hayatının kurtarılması veya sağlığının korunması mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında ölümüne mutlak gözüyle bakılan bir hastanın, acısız bir şekilde ölümünü sağlamak için çaba göstermek, neticesinde ölüm durumunun öne alınma riski⁷⁵ olsa bile, hekimlerin üzerinde bir yükümlülüktür⁷⁶. Aksine davranış, görevi ihmal ve ihmali suretle yaralama suçlarına vücut verecektir.

Dolaylı ötanazinin hekimin cezasızlığı sonucunu doğurabilmesi için bazı şartlar bulunması gerekmektedir⁷⁷. Öncelikli şart tedavi uygulanan hastanın ölümünün kaçınılmaz ve yakın olmasıdır. Hekimin tedaviyi uygularken tek amacının hastanın duyduğu acı ve ıstırabı dindirmek olması ve tedavi ile sonuçları arasında uygun bir dengenin bulunması gerekir. Hekimin hareketinin cezasız kalabilmesi için belki de en önemli şartı ise aydınlatma yükümlülüğünün tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmiş olmasıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Kişinin rızası olmadan yapılacak her türlü hareket fiili hukuka aykırı hale getirecektir. Ancak mağdurun vermiş olduğu rızasının da geçerli kabul edilebilir olması,

72 Öztürk, Yüce Armağanı, s. 589-590.

73 Artuk/Yenidünya, Yüce Armağanı, s.302; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 305; Öztürk, Yüce Armağanı, s.581; Dönmezer; s. 35.

74 Öztürk bu madde hükmü ile dolaylı ötanazinin kanunen kabul edildiği görüşündedir.

75 Öztürk'ten naklen; Kabul edilen risk teorisi, Otto, Grundkurs Strafrecht, die einzelnen Delikte, Berlin 1991, s.27.

76 Hakeri, Tıp Hukuku, s.306.

77 Özsunay, Davran Armağanı, s. 41; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 305.

neye rıza gösterdiğini tam ve şüpheye yer bırakmayacak ölçüde tüm ayrıntılarıyla biliyor olmasına bağlıdır. Bu bakımdan hekimin, uygulamış olduğu tedaviyi, bunun risklerini, alternatif tedavi yöntemlerini, tedavi uygulamamanın sonuçlarını tüm ayrıntılarıyla hastaya anlatması, Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı madde 4'deki ifade ile hastayı bilgilendirmesi şarttır.

Hekim, kaçınılmaz ve yakın ölüm teşhisi koyduğu hastasının, duyduğu acıları dindirmek kastıyla, tamamen iyiniyetli bir saik ile hareket etmiş olsa da, hastanın rızası olmadan ve hatta aydınlatılmış rızası⁷⁸ alınmadan böyle bir tedavi yöntemine girişmesi halinde kasten öldürmeden sorumlu tutulabilecektir. Zira hekim bu hareketi ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına minimum özeni dahi göstermemiş olacaktır⁷⁹.

Burada Ceza Hukukuna özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen varsayılan rıza durumundan bahsetmek istiyorum. 04.04.1997 tarihli 'İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre '*müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*' Ama kimi durumlarda, bu durumda olan bir hasta önceden yapılacak tedavi ile ilgili olarak böyle bir isteği beyan etmemiş olabilir. Varsayılan rıza, suç tipine uyan eylemden etkilenen kişinin, buna rıza göstermediği, ancak objektif ölçütler göre bu rızanın varsayılabildiği halleri kapsamaktadır⁸⁰. 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.7. maddesine göre '*Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif karar alma biçimi için uygun önlemler alınmalıdır.*' Görüleceği üzere hekim, hastanın açık rızasının bulunmadığı durumlarda öncelikle hastanın yasal temsilcilerinin aydınlatılmış onamları alma yolunu seçecektir. Ancak bunun dahi mümkün olamaması halinde Hasta Hakları Yönetmeliği madde 14 hükmünde belirtilen maksimum özeni göstererek varsayılan rızasının varlığını değerlendirecek, böyle bir kanaate ulaşması durumunda ise hastanın en yararına olan tedavi yöntemini uygulayacaktır.

78 **Özgenç**, s.326: 'Bazı hallerde, rıza açıklamasına hukukî değer izafesi, usule ilişkin belli koşulların gerçekleşmesine bağlı kılınabilir. Bir tıbbi müdahaleye ilişkin açıklanan rızanın hukukî geçerliliğinin, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlı kılınması, bu bakımdan önemli bir örnek oluşturmaktadır.'

79 **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s.302.

80 **Erman**; s.139; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 165 vd; **Özgenç**, s.337.

Son olarak şu hususu belirtmekte yarar görüyorum. Hekimin uyguladığı tedavi nedeniyle cezasızlığının kabul edilebilmesi için, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından aranan diğer koşulların⁸¹ yanı sıra, tıp bilimi tarafından kabul edilen alternatif bir tedavi yönteminin de bulunmaması gerekir⁸².

c- Pasif Ötanazi

Pasif ötanazi⁸³, hareketsiz kalmak suretiyle ölüme neden olmaktır. Pasif ötanazide yapmama - ihmal etme tarzında bir hareket söz konusudur. Pasif ötanazi, İngiliz Lordlar Kamarası Tıbbi Etik Komitesin Raporu'nda⁸⁴ yer alan ifadesi ile '*hastanın yaşamını sürdürmesi için gerekli olan yaşam desteğinin çekilmesi veya verilmemesi halidir.*' Başka bir tanımda ise pasif ötanazi, 'ölmek üzere olan bir kimse üzerinde yaşamı uzatan tedbirlerin alınmasından vazgeçmek, başka bir ifade ile ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktirecek tıbbi tedbirlerin yarıda bırakılması' olarak ifade edilmiştir⁸⁵.

Aktif ve dolaylı ötanaziden farklı olarak burada, hekimin ihmalî bir hareketi söz konusudur. Hukukumuzda, pasif ötanazinin, hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirilerek cezalandırılmaması gerektiği savunulmaktadır⁸⁶. Ancak yine burada hastanın rızasına bakılması gerekmektedir. Hastanın aksi yöndeki beyanına ya da rızasının alınmamış olmasına rağmen, hekimin pasif ötanaziyi uygulaması durumunda, ihmali söz konusu olup, Türk Ceza Kanunu madde 83⁸⁷ anlamında sorumluluğu cihetine gidilecektir⁸⁸.

81 **Hakeri**, Ceza Hukuku, s.180 vd.; **Özgenç**, 330 vd;

82 **Hakeri**,, Tıp Hukuku,s.306.

83 **Dönmezer**, bu halin kanunla düzenlenmesi gerektiğini, zira işin sadece etikten kaynaklanan temel hukukî kavramların yorumuna bırakılmasının doyurucu olmadığı düşüncesindedir. S. 38.

84 **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s. 302; **Güven**, s. 15;

85 **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.306.

86 **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s. 302; **Dönmezer**; s. 38;**Güven**, s.141 vd. özellikle s.167; **Hakeri**, s. Tıp Hukuku, 307; **Öztürk**, Yüce Armağanı, s. 582.

87 İhmal kavramı için ayrıntılı bilgi için bkz. **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri.

88 **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 307; **Öztürk**, Yüce Armağanı, s. 582.

Türk Hukukuna göre kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında meşru kabul edilen hastanın rızası⁸⁹ veya talebi üzerine tedavinin sona erdirilebilmesi durumuna karşılık, yukarıda bahsedildiği üzere hekimin hastanın durumunu iyileştirme ve tedavi etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekime yüklenen bu yükümlülük esasen hastanın lehine düşünülmüş olan bir yükümlülüğün ibarettir. Yani bu yükümlülüğü ters çevirmemiz halinde karşımıza hastanın tedavi ve iyileştirmeyi talep hakkı ortaya çıkmaktadır. Gerek tedavi talep etme hakkı gerekse kendi geleceğini belirleme hakkı bulunan hasta bu hakları kullanıp kullanmamakta serbesttir. Eğer hasta kendi geleceğini belirleme, dolayısıyla tedaviyi ret hakkını kullanmışsa, doktorun yapacağı tek şey buna saygı duymaktan ibarettir. Burada hastanın tercihinin hekimin yükümlülüğüne üstün tutulması gerekmektedir. Aksi halde hastanın açık reddine karşın, hekim müdahalede bulunacak olursa, bu durum Anayasal güvence altına alınmış vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır⁹⁰. Bu durumda hekim Türk Ceza Kanunu madde 86 sebebiyle kasten yaralamadan sorumlu tutulacaktır.

Pasif ötanazi bakımından, garantörlük kavramı üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere hekimlerin hastaları üzerinde garantörlükleri söz konusudur. Hekim hastanın tedavi talep etmesine rağmen bu talebin aksine hareket ederek, tedaviyi sürdürmemesi halinde kanundan kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır. Bu durum ise hekimin ihmali suretle kasten öldürmeden sorumluluğunu doğurur.

Esasen hekimlerin tedaviyi üstlenmeme ve yarıda bırakma hakları bulunmaktadır. 1998 tarihli 'Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 25.

89 Kanaatimce, ötanazi kişinin intiharının başka biri elinden aktif ya da pasif olarak gerçekleştirilmesidir. Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihili bildirgesinde Buna göre, *ötanazi, hekim yardımlı intihar olarak nitelendirilmiş ve etik görülmemeyerek tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmamı gerektiği vurgulanmıştır*. Bu bakımdan, her ne kadar, hastanın talebi üzerine pasif olarak ölümüne yardım suç olarak kabul edilmiyor olsa da, bu, talebin öncelikle hastadan gelmesi şartına bağlı olmalıdır. Buna karşın hastanın, zihninde tedavinin kesilerek ölümünün çabuklaştırılması – öne alınması gibi bir düşünce yok iken, hekim tarafından böyle bir ihtimalin hastaya hatırlatılması TCK. md. 84'te aranan maddi unsuru oluşturan alternatif hareketlerden 'başkasını intihara azmettirme'yi oluşturur ki, bu hatırlatma sonrası hasta tedaviyi ret hakkını özgür iradesi ile kullanmış dahi olsa hekimin sorumluluğunu gerektirir. Hekimin, alternatif yollar içerisinde ölümü gösterme hak ve yetkisi yoktur. Etik olmayan bu tip bir hareketin, doktrinde, hiç intihar düşüncesi olmayan mağdurda intihar düşüncesini uyandırmak olarak tanımlanan intihara azmettirme olarak kabulünün kıyas yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

90 Öztürk, Yüce Armağanı, s. 582

maddesine göre; 'Hekim ancak tıbbi bilgisini gerektirdiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastanın başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya ve yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.' Hekim, hastanın tedavi talebini ancak bu şartlarda reddedebilecektir. Ancak maddeden anlaşılacağı üzere üstlenmeme veya yarıda bırakma hakkı, hastanın sağlığının tehlikeye düşmemesi şartına bağlanmıştır. Bu bakımdan hekim bu hakkını kullanırken, pasif ötanaziye dolaylıda olsa yol açmayacak şekilde davranmalı ve hastanın hayatını tehlikeye atmadan, daha doğru bir ifadeyle muhtemel ölümünün öne alınması sonucunu doğurmadan, tedaviyi bir başka meslektaşına devretmelidir.

Pasif ötanazi başlangıçta veya sonradan hareketsiz kalma şeklinde gerçekleşebileceği gibi, başlanmış olan tedavinin aktif bir hareketle; örneğin solunum aletinin kapatılması suretiyle, sonradan ortadan kaldırılması ile de gerçekleşebilir⁹¹.

SONUÇ

Montaigne'nin denemeler adlı eserinde şöyle bir hikaye anlatılmaktadır. 'Stoalı filozof Antisthenes, ağır hasta yatarken 'kim kurtaracak beni bu acılardan' diye bağıryormuş. Onu görmeye gelmiş olan Diogenes: 'İşte bu seni hemen kurtarır' diyerek bir hançer uzatmış ona. Antisthenes cevabı ise bugün tartışılan ötanazi hakkının tanınıp tanınmaması açısından, bu hakkın tanınmaması gerektiği görüşünde olanlara güzel bir felsefi dayanak oluşturabilecektir. Cevap şudur: 'Hayatımdan değil, acılarımdan kim kurtaracak.'

Ötanazi hakkı felsefi ve tıbbi etik bağlamında tartışılan önemli bir konudur. Her ne kadar değerlendirilmesi açısından tıp bilimi alanının bir konusu olsa da neticeleri itibarıyla kasten öldürme şeklinde sonuç doğurması sebebiyle bu kavram ceza hukuku ile de yakından ilgilidir. Günümüzde pasif ötanazi, aktif ötanaziye oranla yasal açıdan daha hoş karşılanmakta ve birçok ülke uygulamasından pasif ötanazi durumunda ceza verilmemektedir.

91 Artuk/Yenidünya, Yüce Armağanı, s. 302; Hakeri, bu durumu görünürde aktif bir hareket ama aslında değerlendirci bakış açısında bir ihmali hareket olarak değerlendirmektedir. Tıp Hukuku, s.307.

James Rachels 'aktif ve pasif ötanazi' adlı eserinde pasif ötanazi sonucu kişinin ölmeden önce uzun süre acı çekmesinin, aktif ötanazi sonucu kısa ve acısız bir ölümlle ölmesinden daha iyi olamayacağını vurgulamaktadır⁹².

Aktif ötanazide hekimin hareketi iyiniyetli olarak gerçekleştirmesi suçun oluşmasını etkileyen bir durum değildir. Zira failin saiki kasten öldürme suçunun bir unsurunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle bu durum ancak Türk Ceza Kanunu madde 62'ye göre takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir.

Hukuk düzenimizde yasak olarak kabul edilen ötanazi ile asıl olarak aktif ötanazi kastedilmektedir. Kısaca ölümüne kesin gözüyle bakılan kişiye doğrudan öldürücü maddenin verilmesi şeklinde ifade edilebilecek aktif ötanazi, çoğu zaman tasarlamayı da bünyesinde barındırmakta ve basit öldürme suçunu değil bu suçun nitelikli halini oluşturabilmektedir. Ötanazinin bu halinin dahi cezalandırılmaması gerektiği düşüncesinde olanların yanında genel eğilim bunun bir cezasızlık hali değil, indirim nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği yönündedir.

Kanaatimce ötanazi kavramına, cezasızlık nedeni ya da kasten öldürmenin temel şekline nazaran daha az cezayı gerektiren ayrı bir suç tipi olarak ceza kanunlarında yer verilmemesi daha uygundur. Durumu basit bir şekilde şöyle örnekleyebiliriz. Bir idam mahkûmu idam sehpasına çıkarılmışken ya da ölmek isteyen biri apartmanın 15. katından atlanmış ve yere düşmekte iken, bir kişi ateş etse ve henüz idam gerçekleşmeden ya da kişi yere düşmeden bu kişiyi öldürse hareketi ölüm ile idam hareketi ve atlama hareketi arasındaki nedensellik bağıni kesecek ve bu kişi kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır. Görüleceği gibi birkaç saniye içerisinde öleceği nerede ise kesin olan bir kişiye karşı yapılmış olan bir hareket kasten öldürme suçuna vücut vermekte iken, ötanazide, ölümün ne zaman gerçekleşeceği dahi bilinmediği halde sadece kişinin acılarını sona erdirmek amacıyla öldürülmesinin cezasız ya da daha az ceza ile bırakılması hukuk mantığına ters düşmektedir. Her ne kadar burada mağdurun rızasından bahsedilse de, çektiği acıların dindirilmesi bakımından kişinin ne derece sağlıklı karar verebileceği de ayrı bir tartışma konusudur. Ölümünü isteyecek derecede bir hastanın Antisthenes örneğinde olduğu gibi mantıklı bir karar verebilmesi her zaman düşünülemez.

Pasif ötanazi ise aktife göre hoş karşılanan bir durumdur. Bu durum kişiye müdahale edilmemesinin hekimin kendi inisiyatifinde olan bir husus

⁹² Kaynak: http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96tanazi#Hekim_destekli_intihar; 26. 11. 2007, saat 19:27.

olmamasından kaynaklanmaktadır. Hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış olan tedaviyi ret hakkını kullanan bir hastanın bu hakkına yine hukuk düzenince getirilen bir zorunluluk nedeniyle saygı duyulması söz konusudur. Gerçekten anayasal koruma altındaki vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı sebebiyle, bir kimseye rızasına aykırı olarak müdahalede bulunulamaz. Sonuç olarak pasif ötanazide bir öldürmeden değil ölmeye engel olmaktan bahsedilebilir. Garantör konumunda olan hekimlerin kanundan kaynaklanan ölüm neticesini engelleme yükümlülüğü yine kanunlar tarafından hastanın aksi yönde beyanının bulunması halinde kaldırılmaktadır. Bu durum ise hekimin cezasızlığı sonucunu doğuracaktır. Unutulmaması gerekir ki hekimin görevi hastayı yaşatmaktır. Hastayı yaşatmaya yönelik her tür alternatifleri kendisine göstermek, sunmak zorundadır. Ancak hastaya alternatif tedavi yöntemi olarak ötanaziyi öneremez. Zira ölüm bir tedavi şekli değildir. Aklında ölüm olmayan bir kişide ölme fikrini ortaya çıkarmak intihara yönlendirme suçunun alternatif unsurlarından biri olan azmettirmenin tipik şeklini oluşturmaktadır. Bu suçun oluşması için sadece azmettirme hareketinin yapılması yeterlidir. Kişinin intihar ederek ölmüş olması gerekmez. Yani hastanın hiçbir talebi yokken, hekim tarafından pasif ötanazinin önerilmesi halinde hekimin, Türk Ceza Kanunu madde 84'den sorumlu tutulması sonucu doğabilecektir.

Faile verilen acıları dindirmeye yönelik ilaçların ölümü hızlandırması olarak ifade edilen dolaylı ötanazide ise yapılan hareket ölüm sonucunu doğurucu nitelikte bir hareket değildir. Yani ilaçların verilmesi ile ölüm arasında kesin ve mutlak bir nedensellik bağı söz konusu değildir. Hatta Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre ölümcül bir hastanın kurtarılması mümkün değilse personel, hastanın acılarını dindirmeye yönelik tedavi uygulamak zorundadır. Bu zorunluluk dikkate alındığında bu tip ilaçların verilmesi değil verilmemesi hukuka aykırılık oluşturacaktır. Ancak bu ilaçların verilebilmesi her halükarda hastanın gereği gibi aydınlatıldıktan sonra rızasının alınmış olmasına bağlıdır.

Sonuç olarak, ülkemizde ötanazi yasaktır. Burada kastedilen aktif ötanazidir ve bu yasağa aykırı hareket kasten öldürme ya da şartları oluşması halinde tasarlayarak kasten öldürme suçunu oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk**, Mehmet Emin/ **Yenidünya**, A. Caner; 'Ötenazi', Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 297-319. (Yüce Armağanı)
- Avcı**, Mustafa; Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Baskı, İstanbul 2006.
- Demirbaş**, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Dönmezer**, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Baskı, İstanbul 2001.
- Erman**, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- Güven**, Kudret; Kişilik Hakları ve Ötenazi, Ankara 2000.
- Hakeri**, Hakan; Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2007.
- Hakeri**, Hakan; Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçlarının Çeşitleri, Ankara 2003.
- Hakeri**, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, 2. Baskı, Ankara-2007.
- Hakeri**, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara 2007
- Özbek**, Veli Özer; Yeni Türk ceza Kanununun Anlamı, 3. Baskı, Ankara 2006.
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Özsunay**, Ergun; 'Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar', Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 2-58 (Davran Armağanı).
- Öztürk**, Bahri; 'Hasta Hakları ve Ötenazi', Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 573-590 (Yüce Armağanı)
- Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Önok**, R.Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku, Özel Kısım, Ankara 2005.

SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE İDARENİN KUSURA DAYANAN SORUMLULUĞU

Öğr. Gör. Fatih BİRTEK*

GİRİŞ

İnsan yaşamının düzenli bir şekilde idamesi için; fiziki ve ruhsal bütünlüğünün sağlanması ve korunması, fiziksel ve ruhsal yönden tam bir iyilik içinde bulunması gerekmektedir.

Sağlık hakkı, kişinin toplumdan veya devletten, sağlığının korunmasını ve hastalıklı halinde tedavi edilmesini isteyebilme ve böyle bir durumda toplumsal sağlık kuruluşlarından faydalanabilmesidir.¹

Sağlık hakkının bulunmadığı ve kişinin fiziksel ve ruhsal yönden tam bir iyilik içinde bulunmadığı bir durumda; yaşama hakkının tam anlamıyla varlığından söz etmek mümkün değildir. Sağlık hakkı, niteliği itibariyle bir sosyal hak olup, devletin zorunlu olarak yerine getirmesi gereken edimleri kapsamakla birlikte, vatandaşın devletten olumlu davranışları istemesini gerektirmekte ve temel hak ve hürriyetler ayrımında Jellineck in klasik sınıflaması içinde, pozitif statü (isteme) hakları arasında yer almaktadır.²

Sağlık hakkının vücut bulmasında devlete düşen yükümlülük, temin/tedarik yükümlülüğü olup, sağlık hizmetinin gerçekleştirilmesi idarenin klasik kamu hizmetleri arasında yer almaktadır.³ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde sağlık; münhasır bir hak olarak düzenlenmiş ve sağlıklı yaşama hakkı güvence altına alınmıştır.⁴ Yine Anayasamızın 56. maddesinde, “ Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir ” denilerek, güvence altına alınmış ve aynı maddenin 3. fıkrasında; “ Devlet, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve

* Polis Akademisi Başkanlığı Niğde Polis Meslek Yüksekokulu.

1 ŞEHİSUAROĞLU, Bedi N: Tıbbi Deontoloji, İstanbul, 1986, s. 54

2 AKIN, İlhan F: Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, 1968, s.5

3 GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, (İdare Hukuku) 7. Bası (Aynı Bası), Ankara, 2003, s. 291; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku (İdare Hukuku), Cilt 2, Bursa, 2003, s. 236

4 KARAEĞE, Özge: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu (İdarenin Kusur Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi , İzmir, 2001, s.11

madde gücünde ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler ” denilerek bu konuda devlete ödev yüklemektedir.⁵

İdare sağlık hizmetini, kamu hastanelerinde çalışan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları aracılığı ile yerine getirmektedir. Sağlık kamu hizmetinin sunumunu ve bu sunum sırasında meydana gelen kusurlar özel hukuktan ceza hukukuna kadar bir çok hukuk disiplini ilgilendiren geniş bir yelpazeye sahiptir. Yine bu bağlamda hekimin sorumluluğu, tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk ile sınırlı bir kavram değildir. Hekimin sorumluluğunda tıbbi müdahale birincil, öncelikli bir mesele olarak karşımıza çıkmakla birlikte bu sorumluluğun yanında hekim açısından ikincil bir takım sorumluluklar da söz konusudur.⁶ Ancak bu çalışmanın konusu idare hukukuna ilişkin kusur sorumluluğu ile inhisar edildiğinden, değerlendirmemiz, tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk kapsamında ortaya konulacaktır.

İdarenin ajanlarının sağlık hizmetinin sunumu sırasında kusurlu davranışları sebebiyle, sağlık hizmetinden faydalanan kişilere zarar vermeleri muhtemeldir. İdare ajanlarının (kamu görevlilerinin) kusurlu davranışları ile bireylere vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlu tutulmaları, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Klasik kamu hukuku anlayışla bakıldığında, *nerede yetki var ise orada sorumluluk vardır*. İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde kusursuz sorumlu olduğu durumlar bulunmakta ve hatta Fransız Danıştay’ının içtihatlarına bakıldığında⁷: sosyal devlet anlayışındaki ilerlemenin de etkisiyle, özellikle sağlık hizmetlerinin sunumunda kusurlu sorumluluktan kusursuz sorumluluğa doğru bir gidiş göze çarpmakta ise de bu çalışmanın amacı bakımından konumuz idarenin sağlık kamu hizmetini yerine getirirken meydana gelen kusura dayanan sorumluluk ile sınırlandırılmıştır.

I- SAĞLIK HİZMETİ KAVRAMI

Sağlık hizmeti Anayasa’nın 56. maddesi bağlamında devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmetidir. Kamu hizmeti kavramı doktrinde: “giderilmesinde kamu yararı bulunan, bir toplumsal gereksinmeyi

5 ÖZCAN, Mesut: Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s.2

6 İkincil yükümlülükler ve hususiyetle Sır Saklama Yükümlülüğü için bkz. AKÇAKOCA, Mehmet: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, s. 103-104

7 KAPLAN, Gürsel: İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, (Yeni Gelişmeler) A.Y.İ.M 19 Numaralı Dergi, s. 3

karşılama amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuksal çerçeve içinde yürütülen etkinliklerdir. ” şeklinde tanımlanmaktadır.⁸ Bir başka tanımda ise: “ Bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir. Kamu hizmeti, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir. ” şeklinde tanımlanmıştır.⁹ GÜNDAY: “ Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir ” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁰ CHAPUS ise, kamu hizmetini: “ kamu yararı amacıyla bir kamu tüzel kişisi tarafından sağlandığında veya üstlenildiğinde kamu hizmeti teşkil eder diyerek ” tanımlamaktadır.¹¹

Anayasa Mahkemesi ise: “*Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı yada çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir*” şeklinde bir tanımlama yapmaktadır.¹² Danıştay da benzer bir tanım yapmaktadır.¹³ Her iki tanımlamaya bakıldığında; bir teşebbüs veya faaliyetin kamu hizmeti olması ya da olmamasının, yer ve zaman koşulları içinde, yetkili kamu organlarının takdiri ile belirlenip saptanan, tamamen değişken ve izafi bir kavram olduğu ortaya çıkmaktadır.¹⁴

Sağlık kamu hizmetinin, kamu hizmetlerinin konu bakımından sınıflandırılması neticesinde, idari nitelikte bir kamu hizmeti olduğu aşikârdır.¹⁵ İdari kamu hizmeti; devletin öteden beri yürüttüğü¹⁶, klasik anlamda devletin vatandaşlara karşı yerine getirme borcu altında bulunduğu klasik idari

8 KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 4

9 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 218

10 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 285; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 642; GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 236.

11 CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 983 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 219, dn. 7)

12 Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarih ve E. 994/43- K, 994/42- 2 Sayılı karar. RG; 24.01.1995, Sayı. 22181, s. 21.

13 Danıştay 5. D; 16.12.1998, E. 996/1467- K. 998/3085 (Nakleden: (Nakleden; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar), 1. Cilt, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, s. 642)

14 İbid.

15 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 291; GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 219

16 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 291

hizmet sınıfında yer almaktadır. Sağlık hizmetinin, kamu hizmeti (idari nitelikte kamu hizmeti) sayılmasının önemi; *idarenin sağlık hizmetleri dolaşısıyla kusurlu ve/veya kusursuz sorumluluğunda* temel ölçüt¹⁷ olarak kabul edilmesinde yatmaktadır.

Kamu hastaneleri devlet veya diğer kamu tüzel kişileri¹⁸ tarafından kurulup işletildiğinden ve sundukları sağlık hizmeti de, nitelik yönünden kamu hizmeti olduğundan bu tür hastanelerin, idari nitelikte bir kamu hizmeti ifa ettiklerini söylemek mümkündür.¹⁹

İdare hukuku öğretisinde kamu hizmetinin nitelikleri olarak; *süreklilik, nesnellik-eşitlik, bedelsizlik, değişkenlik* sayılmaktadır.²⁰ Sağlık hizmetinin söz konusu olduğu durumlarda, idarenin sağlık kamu hizmetini yerine getirme ödevi süreklilik taşır.²¹ Dolayısıyla insanların sağlıklı yaşayabilmesi için sunulacak kamu hizmeti sürekli, kesintisiz olarak devam etmelidir. Maliyetin artması, kazanç sağlanamaması gibi gerekçelerle sunulan sağlık hizmetleri aksatılamaz.²² Eşitlik ilkesi gereğince de, sağlık hizmetinden faydalanan tüm bireylerin hizmete ulaşmada ve hizmetten faydalanmada eşit imkânlardan faydalanması bir zorunluluktur. Yine sağlık kamu hizmetinde, idare bakımından; hizmet sunumunda, maliyet- bedel, kar- zarar gibi karşılaştırmalar yapılamaz.

-
- 17 J. -F. Lachaume, *Garnds Services Publics*, Massan, 1989 Paris, s. 80 (Nakleden; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 642)
- 18 06.01.2005 Tarih ve 5283 Sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun' un 2. maddesi: “ *Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere, bakanlıkları, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsar.*” hükmü uyarınca, maddede beri tutulan kurumlar dışındaki kurumlara (Örneğin, S.S.K, T.C.D.D, P.T.T, ...) ait olan bütün sağlık tesisleri Sağlık Bakanlığı çatısı altında birleştirilmiştir.
- 19 Kamu hizmeti kavramı öğretide *maddi ve organik* açıdan tanımlanmıştır. Maddi açıdan kamu hizmeti, faaliyetin niteliğine göre değerlendirilir. Organik açıdan ise, kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilen hizmet kamu hizmetidir. GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, s. 282; ÖZAY, İl Han, *Günlüğünde Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 231; GÖZÜBÜYÜK-TAN, (Genel Esaslar), s. 645; GÖZLER, Kemal: (*İdare Hukuku*), s. 219
- 20 GÜNDAY, Metin: (*İdare Hukuku*), s. 286-288; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut, (Genel Esaslar), s.655-662; GÖZLER, Kemal: (*İdare Hukuku*), s.264-304; GİRİTLİ, İsmet- AKGÜNER, Tayfun; *İdare Hukuku Dersleri 2*, İstanbul, 1987, s. 135; YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku I*, İstanbul, 1990, s. 62- 66; ONAR, Siddik Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, İstanbul, 1966, s. 14;
- 21 KARAEGE, Özge: (*İdarenin Kusur Sorumluluğu*), s. 23; GÖZLER, Kemal: (*İdare Hukuku*), s.263-269
- 22 YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku*, s.63

Sağlık hizmetinin amacı kar elde etmek ve verimlilik sağlamak değildir. Sağlık hizmetlerinde temel amaç, kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Bu noktadan hareketle; klasik idari hizmetlerde (bayındırlık, nüfus, vb.) olduğu gibi, sağlık kamu hizmetinin de büyük bir çoğunluğunun bedelsiz olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, zaman içerisinde nüfus artışı ve sağlık hizmetlerinin kaynak finansmanında sıkıntı yaşanması (teknolojik gelişmeleri sürekli takip zorunluluğu) ve sosyal devlet ilkesi gereği idarenin faaliyet alanlarında meydana gelen genişlemelerden ötürü, hizmetten faydalananlardan belirli bir miktar para alınması kabul edilmiştir.²³

Ancak alınan bu bedelin, faydalanan hizmetin tam bir bedel karşılığı olmadığı/ olamayacağı açık olup; hizmete katılma payı²⁴ şeklinde olduğu aşikârdır. Bu noktada idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinde, bir kazanç elde etmesi düşünülmemeyeceği gibi, hizmetten yararlananlardan alınan paralarla o hizmetin maliyetinin karşılanması da düşünülemez.²⁵

II- SAĞLIK HİZMETİNİN ÇEŞİTLERİ

Sağlık hizmeti kavramı sadece, kişilerin vücut sağlığının bozulması neticesinde bir sağlık kuruluşuna başvurusu ile vücut bulan bir hizmet değildir. Sağlık hizmeti kişinin hasta olmadığı, bir sağlık kuruluşuna müracaat etmediği zamanlarda görüleceği üzere, çok önceden ortaya çıkmakta; hastalandığı durumlarda teşhis, tıbbi müdahale, tedavi şekline bürünmekte ve nihayet hastalığın tedavisinden sonra, nekahat dönemini takiben hastalığın kişinin vücudunda eser, emare ve aksaklık bıraktığı durumlarda da rehabilite edici olarak değişken bir hal alan hizmet türüdür. Bu sebeplerle sağlık hizmeti, değişken ve sürekli bir kamu hizmetidir.

Sağlık hizmetleri, 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun' un 2. maddesinde tanımlanmaktadır. Bu madde hükmüne

23 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 288

24 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 289, GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut, (Genel Esaslar), s.660- 661

25 Anayasa Mahkemesi: “ Karayollarından ve köprülerden alınan geçiş ücretleri, kimi hastane ücretleri, kamu hizmetlerinin karşılığı olarak kişilerden alınan resim ve harç niteliğinde olmayıp, ekonomik koşullara göre oluşturulan ve hizmetin tesislerinin bakım ve idamesini ev yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen fiyatlandır. Bu nedenle gelir ortaklığı senedi ile kişilere bırakılabilir.” gerekçesi ile aksi görüşü benimsemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da: “ Kamu hizmetlerinden yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınmak suretiyle, hizmetten yararlananlarla yararlanmayanlar arasında eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun, belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır.” diyerek, doktrindeki görüşe paralel bir görüş benimsemiştir.

göre sağlık hizmetleri: “ İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörün tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetlerdir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan hareketle, sağlık hizmetlerini; koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici hizmetler olarak üçe ayırmak mümkündür.

Koruyucu Sağlık Hizmetleri: Toplum sağlığının korunması, hastalıkların önlenmesi, toplum sağlığına zarar veren nedenlerin ortadan kaldırılması için yapılan hizmetler, koruyucu sağlık hizmetleridir. Bu tür hizmetlere örnek olarak, salgın hastalık olduğu durumlarda ve yine bu durumlarda sınırlı olmadan yapılan bebek, çocuk ve gebe aşılımları ve karantina²⁶ uygulamalarını saymak mümkündür.

Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri: Kişilerin bedeni veya ruhi bir rahatsızlıkları neticesinde bir sağlık kurumuna (birinci derece, ikinci derece, üçüncü derece sağlık kuruluşlarından her hangi birisine) başvurması ve rahatsızlığı ile ilgili olarak teşhis, tıbbi müdahale, tedavi, gözetim aşamalarını içeren sağlık hizmeti türüdür. Bu sebeple birinci derece sağlık birimleri olan, sağlık ocakları²⁷ ve dispanserler; ikinci derece sağlık birimleri olan devlet hastaneleri ve üniversite hastaneleri; üçüncü derece sağlık birimi olan özel dal hastaneleri, tedavi edici sağlık hizmeti sunan birimlerdendir.

Rehabilite Edici Sağlık Hizmetleri: Hastalanma ve kazalara bağlı olarak gelişen kalıcı bozukluklar (sekeler) ve sakatlıkların günlük hayatı etkilemesini engellemek ya da bu etkiyi en aza indirmek; kişinin bedensel ve ruhsal yönden başkalarına bağımlı olmadan yaşamalarını sağlamak²⁸ ve kişileri sosyal hayata entegre etmek amacıyla düzenlenen sağlık hizmetleridir.

Sağlık hizmetlerinin bu üç grup ile sınırlı olmasına rağmen, öğretilerde; sağlık merkezlerine müracaat adli vakalar hakkında düzenlenen raporların ve sağlık hizmeti esnasında hastanın özel bir takım bilgilerine sahip olunması neticesinde ortaya çıkan sırrın öğrenilmesi ve bu sırrın saklanması gibi hallerin de sağlık hizmeti kavramından sayıldığı öne sürülmektedir. Her ne kadar adli raporların düzenlenmemesi; T.C.K’ da yaptırıma bağlanan, adli görev ihmal, sağlık meslek mensuplarının suçu bildirmemesi suçlarını iktiza etse de, sırf bu niteliği anılan rapor düzenleme işlemini sağlık hizmeti yapmaya yet-

26 AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Ceza i ve Hukuki), Ankara, 1993, s. 113

27 Sağlık ocakları ve dispanserler tedavi edici sağlık hizmeti sunan sağlık kuruluşları olsa da, bu birimlerin koruyucu sağlık hizmeti sunma niteliği daha ağır basmaktadır.

28 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 26

meyecektir. Kanaatimizce, anılan rapor düzenleme biçimindeki işlemler, sağlık hizmeti (teşhis, tedavi vs.) işlemlerinden ayrılamayan bir takım zorunlu unsurlardan olup, münhasıran bir sağlık hizmeti teşkil etmezler.²⁹

Sırrın öğrenilmesi ve saklanması faaliyetinin de sağlık hizmetinden sayılması gerektiği öne sürülmektedir.³⁰ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü' nün 4. maddesi, " hekim ve diş hekimi, meslek ve sanatının uygulaması nedeniyle öğrendiği sırları, kanuni bir zorunluluk olmadıkça, açıklayamaz ." hükmünü barındırmaktadır. Ancak anılan düzenleme, her ne kadar hekime sır saklama yükümlülüğü yüklemiş olsa da, bu düzenlemenin mahiyetinden sır saklamanın bağımsız ve farklı nitelikte bir sağlık hizmeti olduğunu çıkarmak mümkün değildir. Tıpkı adli rapor ve kayıtlarda olduğu gibi, sır saklama yükümlülüğü de sunulan sağlık hizmetini zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkarmaktadır. Her ne kadar sır saklama yükümlülüğünün ihlaline mevzuat hükümleri (T.C.K) bir yaptırım bağlamış olsa da, sırf bu yaptırımdan ötürü sır saklamanın bağımsız bir sağlık hizmeti türü olduğunu söylemek mümkün değildir. Sır saklama yükümlülüğü de, sunulan sağlık hizmetinin olmazsa olmaz (sine qua non) sonucu olduğundan, asıl sağlık hizmetine zorunlu olarak bağlı olan bir sağlık hizmetidir. Asıl hizmetten bağımsız ve münhasır bir sağlık hizmeti türü değildir.

III- SAĞLIK HİZMETİNDEN YARARLANANLAR VE YARARLANMAYA ADAY OLANLAR

Klasik idari nitelikte kamu hizmetlerinde olduğu gibi, sağlık hizmetinin sunulması bakımından da bireyler, hizmetten fiilen yararlananlar ve yararlanmaya aday olanlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.³¹ Sağlık hizmetinden yararlanan kavramı; " koruyucu sağlık hizmetinden yararlananlar yani toplum, ayakta veya yatakta tedavi edici sağlık hizmetlerinden yararlananlar ile rehabilite edici sağlık hizmetlerinden fiili ilişki içinde³² yararlanan gerçek kişileri" ifade etmektedir.³³

29 Raporlama ve kayıt işlemleri sağlık hizmetinin varlığını (icra edildiğini) ispat eden işlemlerden olduğu için, Tababet ve Şuabatı Tarzı Sanatların İcrasına Dair Kanun m.72, 73 uyarınca her sağlık hizmetine ilişkin işlemin kaydı ve raporlanması zorunlu ve gereklidir. Bu sebeple raporlama işlemi, ilintili olduğu sağlık hizmeti işleminden bağımsız bir sağlık hizmeti türü değildir.

30 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 27

31 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), 275- 276; KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s.3; KARAEĞE, Özge: İdarenin Kusur Sorumluluğu, s. 35

32 KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 3

33 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 35;

Sağlık hizmetinden yararlanmaya aday olanlar ise: Henüz fiilen sağlık hizmetinden faydalanmıyor olmakla birlikte, toplumun bir bireyi olarak sağlık kamu hizmetinden gelecekte potansiyel olarak faydalanabilecek, sağlık hizmeti sunan birimlerden her hangi bir şekilde faydalanması muhtemel olan kimselerdir.

Sağlık hizmetinden yararlananlar ile yararlanmaya aday kimseler ayrımının önemi eşitlik ilkesinde yatmaktadır. Yukarıda da izah edildiği üzere, kamu hizmetinin – bir kamu hizmeti olması sebebiyle de sağlık hizmetinin – yürütülmesine hâkim olan ilkelerden birisi de eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesi uyarınca, devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak zorunluluğundadır³⁴. Bu nokta sağlık hizmetinden faydalanan kimselerin hiçbir şekilde ve hiçbir gerekçe ile farklı hizmet sunumuna tabi tutulması mümkün değildir. Kullanıcılar kural olarak kamu hizmetinden eşit bir şekilde yararlanmalıdır³⁵. Kamu hizmetinden ve dolayısıyla sağlık kamu hizmetinden yararlanmanın şartları bütün yararlananlar bakımından eşit olmalıdır. Ancak sağlık kamu hizmetini sunan idare bakımından bu eşitliğin mutlak surette tesis edilmesinin zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Kamu hizmetini sunan idare, *farklı durumlarda bulunan kimseler için farklı uygulamalar* da bulunabilir.³⁶

Yararlananlar bakımından eşitlik kural olmakla birlikte, bu eşitlik; kanunların ve düzenleyici işlemlerin belirlediği nesnel koşul ve niteliklere sahip olanlar arasındaki bir eşitliktir. Yani aynı koşul ve nitelikleri taşıyanlar kamu hizmetlerinden aynı şekilde yararlanabilirler ve bunların işleyişine katılabilirler.³⁷ Bu duruma öğretide, pozitif ayrımcılık, nispi eşitlik veya meşru ayrımcılık adı verilmektedir.³⁸

Sağlık kamu hizmetinden yararlanmaya aday olan kimseler bakımından ise prensip olarak dahi olsa eşitlikten söz etmek mümkün değildir. Ancak kullanıcı adaylarının, mutlak bir eşitlik içinde kamu hizmetine ulaşma hakları vardır.³⁹ Bu nedenle kamu hastanelerinin sunduğu hizmete ulaşma bakımından yararlanıcılar açısından eşitlik söz konusudur. Bununla birlikte, hizmetten yararlanabilmeleri için aday kullanıcıların çeşitli şartlara tabi tutul-

³⁴ Eşitlik ilkesinin temeli Anayasamızın 10 ve 10/2 maddelerine dayanmaktadır.

³⁵ GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.275- 276

³⁶ GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.276; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 288

³⁷ GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 288

³⁸ CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 615 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.276)

³⁹ GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.275

masında eşitlik ilkesine aykırı bir durum yoktur.⁴⁰ Bu halde sağlık hizmetinin sunulmasında kullanıcı adaylar arasında bir sıra ihdas edileceği gibi, önce başvuranın hizmetten sonra başvurandan daha önce yararlanabileceği veya hastanenin durumu daha ağır olan hastalara, durumu hafif olanlardan daha önce hizmet verebileceği eşitlik ilkesine aykırı bir hal olarak kabul edilemeyecektir.⁴¹

Yine öğretide kamu hizmetinden yararlanmaya aday olan kimselerin kamusal objektif bir duruma sahip olduğu, hizmetten fiilen yararlananların ise özel objektif hukuki duruma sahip olduğu öne sürülmektedir.⁴²

IV-SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE KUSURA DAYANAN SORUMLULUK

Anayasa'nın 56. maddesine göre: "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir."

Anılan anayasal düzenlemeler ışığında; sağlık hizmetinin sağlanmasının devlete (idareye) yüklenen bir yükümlülük olduğu ortadadır. Devletin bu görevi kendisinden beklendiği gibi yerine getirmemesi neticesinde ortaya çıkan zararlardan devletin sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Kaldı ki Anayasa'nın 125. maddesi⁴³, "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmü ile, kamu hizmetinin yürütülmesi neticesinde bireylerin uğradığı zararların devletçe tazmininin zorunlu olduğu hususu açıkça ifade edilmektedir.⁴⁴ Nitekim Danıştay' da bir

40 FORGES, Jean- Michel de, Droit administratif, Paris, PUF, 1991, Op. cit. s. 215 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.276)

41 Kamu hizmetlerinden faydalanmada eşitlik ilkesi için bkz. GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.275- 304

42 KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 4

43 Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrası: "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna görev, Devletçe tazmin edilir ." hükmü ile devletin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır. Ancak 40. maddedeki düzenleme daha genel anlamda, hak arama hürriyetine ilişkin bir düzenleme (lex generalis) olduğundan bu çalışma boyunca, idarenin sorumluluğu ile ilgili olarak özel nitelikte bir düzenleme olan Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan düzenleme (lex specialis) kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

44 İMER, Mehmet: İdare Hukukunda Hizmet Kusuru Kavramı (Hizmet Kusuru), Manisa Barosu Dergisi, Y. 18, S. 70, 1999, s. 84

kararında⁴⁵: “Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur.” diyerek, devletin sağlık hizmetlerini kurulması ve yürütülmesi noktasında yükümlülük altında olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Kusura dayanan sorumluluk, idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür.⁴⁶ İdare hukuku anlamında bakıldığında, idarenin kusura dayanan sorumluluğu genel hüküm niteliğindedir.⁴⁷ İdarenin bir işlem veya eylemi dolayısıyla kusura dayanan sorumluluğu kural, kusursuz sorumluluğu ise istisnadır.⁴⁸ İdarenin kusur sorumluluğu, mahiyeti itibarıyla borçlar hukukunda geçen istihdam edenin sorumluluğuna benzemektedir.⁴⁹ Kusura dayanan sorumluluk teorisinde ortaya çıkan zarardan, idare sorumlu olsa da; idarenin bir tüzel kişi olması sebebiyle bizatihi hukuki işlem ve eylem tesis etmesi mümkün değildir. Bu sebeple her ne kadar idare kusurlu sayılsa da gerçek kusur, eylem veya işlemi tesis eden idare ajanı, idarenin bir görevlisi kusurludur.⁵⁰ Soyut bir kavram olan kusur ancak bir insana atfedilebilen bir şeydir.⁵¹

45 Danıştay 10. Dairesi, 03.05.1995 Tarih, E. 1994/3258, K. 1995/2379. (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>. Erişim Tarihi: 24.11.2007); KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 5

46 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 974

47 CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 983 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 974)

48 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.975

49 CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 1293 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.975)

50 ROUGEVIN- BAVILLE (Michel)- SAINT MARCH (Renaud Denoix de)- LABETULLE (Daniel), Leçons de droit administratif, Paris, Hachette, 1989, s. 335 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 975)

51 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 975

A- Sağlık Hizmetlerinde Hizmet Kusuru Kavramı

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu gerek öğretide⁵² ve gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru kavramı ile açıklanmakta ve hatta kusura dayanan sorumluluk kavramı yerine hizmet kusuru kavramı ikame edilmektedir⁵³. Nitekim Danıştay 10. Dairesi' nin E. 2003/4798, K. 2005/ 4018 Sayı ve 11.07.2005 tarihli kararında⁵⁴: “**kamu hizmetlerini yerine getirmekle yükümlü olan idarelerin, kuruluş, işleyiş ve etkinliklerinde görülen eksiklik, hata, aksaklık, düzensizlik, boşluk ve bozukluk olarak tanımlanabilecek olan kusur kavramı idarenin sorumluluk nedeni olarak kabul edilmekte, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi haller hizmet kusuru sayılan durumlar olarak kabul edilmektedir.**” denilmekle kusur sorumluluğu kavramı yerine hizmet kusuru kavramı ikame edilmiştir.

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir⁵⁵. Hizmet kusurundaki hizmet deyimini ise, sadece idari faaliyetlerin belirli bir türünü değil, genel anlamda her hangi bir idari eylem/ faaliyeti belirtmektedir.⁵⁶ Hizmet kusuru kavramı, idare görevlisinin kusurundan bağımsız bir kavramdır.⁵⁷

52 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 320; GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 820; RİVERO, Jean: Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1971, s.261-264 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 976); VLACHOS, Georges: Les principes generoux du droit administratif, Paris, Ellipses, 1993, s. 211- 213 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 976).

53 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 976

54 Karar için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> Erişim Tarihi: 24.11.2007

55 DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, 1974; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 320; BALKAR, K.G: Hizmet Kusurunun Sınırları, İ.Ü.H.F.M, C. XXVI. Sayı , s. 17 vd.; ESİN, Yüksel: Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap (Esas), Ankara, 1976, s.27; GÖZÜBÜYÜK-TAN, A.Şeref- Turgut, (Genel Esaslar), s. 821. Öğretide ortaya konulan tanımın Danıştay tarafından da benimsendiği görülmektedir: Danıştay 10. Dairesi' nin 27.03.2002 tarih ve 1010/ 852 Sayılı Kararında: “ idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişinde nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk ”arak tanımlanmıştır. (Kararı Nakleden: HACIMURATLAR, Zeliha: İdarenin Sorumluluğu, Kusura Dayanan Sorumluluktan Kusura Dayanmayan Sorumluluğa Gidiş (İdarenin Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 98)

56 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 320

57 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 32; GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 821

Kamu görevini yerine getiren idare personeli kusurlu olsun veya olmasın, eğer hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk/ aksaklık mevcut ise, ortada bir hizmet kusuru var demektir. Bu durumda sağlık personeline atfedilecek bir kusur yoktur ve tek sorumlu idaredir⁵⁸. Her ne kadar idarenin bir tüzel kişi olması nedeniyle kendisine kusur atfedilememesi söz konusu olsa da, hizmetin kuruluş, işleyiş ve düzenlenişinde aksaklık bulunması halinde bu kusuru işleyen personelin tespiti mümkün değildir.⁵⁹

Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru kavramı: “ İdarenin ifa ile mükellef olduğu bu hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili sağlık personeli üzerindeki denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesindeki bozukluğu, aksaklığı, eksikliği ifade etmektedir.⁶⁰ Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru ise, hizmete tahsis edilen araç- gereç eksikliği, sağlık personelince hizmeti gerçekleştirmekte geç hareket edilmesi, idarece sağlık personelinin eğitim ve denetiminde gerekli özenin gösterilmemesi şeklinde karşımıza çıkar.⁶¹

Hizmet kusuru halleri genel olarak; hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi olarak tarif edilmektedir⁶². Ancak kusur kavramının; “ *mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik*⁶³ ” olarak tanımlanması halinde bu üç hal dışında da hizmet kusurunun ortaya çıkması mümkündür. Bu sebeple idarenin sağlık hizmetini kendisinden beklenen dikkat ve özen ile yerine getirmemesi sonucunda bir zarar mevcut olur ise klasik üç hal dışında olsa bile idare bu zararı Anayasa'nın 125. maddesi mucibince tazmin ile mükelleftir⁶⁴. Bu sebeple sağlık hizmetleri açısından hizmet kusuru kavramına bakıldığında, sağlık hizmetlerinde kusurun teşhisinin zorluğu karşımıza çıkacaktır. Bu sebeple öncelikle doktrinde sayıldığı üzere sağlık hizmetlerinin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi daha sonra

58 SARICA, Ragıp: Hizmet Kusuru ve Karakterleri (Hizmet Kusuru), İstanbul, 1949, s. 2

59 DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Türkiye İdaresinin), Ankara, 1974, s. 26; GÜRAN, Sait: İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler (Ajanın Sorumluluğu), Danıştay Dergisi, Y. 9, S. 34- 35, Ankara, 1979, s. 60; ARMAĞAN, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, 1997, s. 2

60 ÖZDEMİR, Necdet: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu (Hizmet Kusuru Teorisi), Ankara, 1963, s. 23

61 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 2; KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 46

62 ARMAĞAN, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları (İdarenin Sorumluluğu), Ankara, 1997, s. 18

63 CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.I, s. 1294 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s.978)

64 GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 978

da tıbbi müdahalelerin özelliği ve tıbbi müdahalelerde kusurun tespiti konuları incelenecektir.

1- Sağlık Hizmetinin Kötü İşlemesi

Genel olarak idarenin sorumluluğuna bakıldığında; hizmet kusurunun asıl örneğinin “ hizmetin kötü işlemesi ” olduğu gözden kaçırılmamalıdır.⁶⁵ Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yürütülememesi⁶⁶ ya da idarenin kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak bir hizmeti ifa etmesi anlamına gelmektedir. İdarenin sorumluluğu kavramı dâhilinde; hizmetin kötü işlemesi halleri için mutlak bir kural koyma imkânı yoktur. Özellikle sağlık kamu hizmetinin mahiyeti gereği; belirli bir risk yoğunluğunu barındırması, ihtisas gerektirmesi ve sunulan hizmetin her olaya göre farklı davranış biçimlerinin bulunması nazara alındığında sair kamu hizmetlerine nazaran; sağlık kamu hizmetinde hizmetin kötü işlemesi hallerinin tespiti özel bilgi ve uzmanlık gerektiren bir özelliğe sahiptir. Bu sebeple sağlık kamu hizmetinde hizmetin kötü ya da iyi işlediği, hizmetin niteliğine, idarenin sahip olduğu araç – gereç ve olanaklara, somut olayın niteliği gibi durumlara bağlı olup, her bir olay için somut olarak belirlenmelidir⁶⁷.

Sağlık kamu hizmetinin yürütülmesinde hizmetin kötü işlemesi halleri olarak; bozulmuş aşıların kullanılması, miyadı dolmuş ilaçların kullanılması, sterilize edilmemiş araç ve gereç kullanılması⁶⁸, koruyucu sağlık hizmetlerinden olan zorunlu aşılamaların eksik yapılması⁶⁹, yeterli mesleki bilgiye sahip olunmadan yapılan enjeksiyon nedeniyle hastanın kolunun kangren olmasına sebebiyet verilmesi⁷⁰, hastanın sedyeden düşürülmesi, gerekli bakım ve onarımı yapılmayan ambulansın yolda bozulması, tıbbi müdahalelerde izin verilen risk (komplikasyon) kapsamını aşan neticeler ortaya çık-

65 YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, s. 150

66 İMER, Mehmet: (Hizmet Kusuru), s. 84; DERBİL, Suheyp: İdare Hukuku (İdare Hukuku), C.I, Ankara, 1955, s. 250; DÜREN, Akın: İdare Hukuku Dersleri (İdare Hukuku), Ankara, 1979, s. 290

67 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 320; DÜREN, Akın: (İdare Hukuku), s. 290

68 DURDU, Hüsyin: Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, C.I, İzmir, 1986, s. 92; Yargıtay 4. H.D. 15.01.1976, 975/ 10495- 343 Sayılı Kararı. (Karar için bkz. HANCI, İ. Hamit: Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara, 2006, s. 43)

69 KARAEGE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 52

70 Danıştay 10. Dairesi. 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/ 26. Danıştay Dergisi, Yıl 1986, S. 60- 61, s. 460- 462

ması⁷¹, hatalı teşhis ve tedavi⁷², hastaya yapılacak müdahaleler hakkında yetersiz bilgi verilmesi (aydınlatılmış onam eksikliği), hastane ve servislerinde gerekli sterilizasyon çalışmalarının yeterli düzeyde yapılmaması sebebiyle *hastane enfeksiyonunun* ortaya çıkması, ameliyat sırasında hastanın karnında spanç veya tıbbi araç- gerek bırakılması⁷³, şara nöbeti geçiren hastanın iyi sabitlenememesinden ötürü hastanın yataktan düşerek bir kolunda fonksiyon kaybının oluşması⁷⁴, hastanın son muayenesinin yapılmadın taburcu edilmesi⁷⁵, hastaneler arası hasta nakillerinde (sevk işlemi) gerekli koordinasyon yapılmadan – uygun hastanede yatak temin edilmeden – hastanın sevk edilmesi⁷⁶, yaralının yanlış teknikle araç içerisinden çıkarılması ve taşıma tekniğine aykırı olarak taşınması gibi haller örnek verilebilir.

2- Sağlık Hizmetinin Geç İşlemesi

Hizmetin geç işlemesi halinde; hizmet doğru ve muntazam bir surette icra olunmakla beraber idare ajanı vaktinde harekete geçmemiş, hizmeti gereken derecede süratle yerine getireceği yerde gecikme ile ifa edilmiştir⁷⁷. Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile yerine getirilmesi, idarenin hizmetin gereklerine göre kendisinden beklenen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek, ağır ve yavaş hareket etmesiyle bir zarara sebep olması, hizmetin geç işlemesi sayılır⁷⁸. Mevzuat bazı hallerde hizmetin hangi süre içerisinde görüleceğini düzenlemiş olabilir. Ancak ekseriyetle hizmetin görülmesi için mevzuatta belirli bir süre öngörülmemiştir⁷⁹. Kaldı ki sağlık hizmeti açısından bakıldığında; sağlık hizmetinin kendine has tıp mesleği

71 Tıbbi Malpraktis ve İzin verilen risk kavramları önemi gereği ayrı bir başlık altında inceleneneğinden burada malpraktis ile ilgili ayrıntıya girilmeyecektir.

72 HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 163

73 Yargıtay 4. H.D. 11.02.1976 tarih ve 975/ 4250- 1393 Sayılı Karar (Karar için bkz. HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 44)

74 Yargıtay 4. H.D. 24.07. 1987 tarih ve 2584/ 3210 Sayılı Karar (Karar için bkz. HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 45)

75 Yüksek Sağlık Şurası 14- 15 Aralık 1998 Kararı (Karar için bkz. (Karar için bkz. HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 50)

76 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: 200- 2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları (Acil Servis Uygulama Hataları), Gülhane Tıp Dergisi, S. 46. Yıl 2001, s.230

77 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 36

78 ÖZAY, İl Han, (Günüşiğinde Yönetim), s. 749; İMER, Mehmet: (Hizmet Kusuru), s. 86; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 321

79 ARMAĞAN, Tuncay: (İdarenin Sorumluluğu), s. 30; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 322; ÖZDEMİR, Necdet: (Hizmet Kusuru Teorisi), s. 69; GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 821

kuralları bulundurduğundan sağlık hizmetinin sunumunda hizmetin geç işleyip işlemediği tıp mesleği kuralları ile tespit edilecek ve bu konuda bilirkişilere müracaat zorunlu bir hal alacaktır.

Hizmetin geç işlemesi halinin tespiti için kesin bir kural koyma imkânı bulunmadığına göre⁸⁰, somut olayın niteliğine, türüne ve idarenin sahip olduğu olanaklara göre bir inceleme yapılarak hizmetin geç işleyip işlemediği tespit edilecektir⁸¹.

Sağlık hizmetlerinde, hizmetin geç işlemesinin sonuçları, hizmetten yararlanan üzerinde olumsuz etkilerini gösterdiğinden hizmetin sunulmasında meydana gelen gecikmenin tespiti nispeten kolaydır. Örneğin; yüksek ateş ve kanda lökosit miktarına göre hemen ameliyat edilmesi gereken apandisitli hastanın ameliyatının geciktirilmesi sonucu hastanın peritonitten dolayı vefat etmesi⁸² halinde hizmetin sunulmasında gösterilen gecikmenin, hizmetten yararlanan kimse üzerinde gösterdiği olumsuz etki aşikârdır. Bunun gibi; bir hastalığın teşhisinde gösterilen gecikme, batın içerisinde meydana gelen kanama (iç kanama) halinde derhal ameliyat edilmeyerek kanama sebebiyle hastanın yaşamını yitirmesi, sezeryan ameliyatı elzem olduğu halde hastanın ameliyat edilmeyerek normal doğumun beklenmesi gibi durumlarda kural olarak sonuçları itibariyle⁸³ hastalığın hasta üzerinde yaptığı olumsuz etki ile hizmetin geç işleyip işlemediği saptanabilir.

Sağlık kamu hizmetinin geç işlediği saptanırken; somut olayın özelliği, idarenin imkânları, çevre koşulları ve olayın gelişimi iyi değerlendirilmelidir⁸⁴. Bu sebeple; sağlık ocağı pratisyen tabibinden sezeryan ameliyatı yapması beklenemeyeceği gibi, tomografi cihazının bulunmadığı bir sağlık biriminde kafa içi (intra cranial) kanamanın tespit edilmesi de mümkün değildir. Bu gibi hallerde sağlık personeli, hastayı bir üst sağlık kuruluşuna sevk etmiş ve aradan geçen süre içerisinde hasta hayatını kaybetmiş ise, sevk eden sağlık personelinin kusuru söz konusu olmayacaktır. Mamafih Anayasa'nın 65. maddesi devletin; " sağlık kamu hizmetinin devletin mali kaynaklarının yeterliliği " nispetinde sağlamakla mükellef olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁸⁵. Bu noktadan hareketle, özellikle birinci basamak sağlık kuruluşlarında (sağlık ocakları) ileri tıp merkezlerinde bulunan teknolojilerin bulundurulması-

80 GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 821

81 İMER, Mehmet: (Hizmet Kusuru), s. 86

82 ESİN, Yüksel: (Esas), s. 284.

83 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 53

84 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 53

85 Danıştay 12. Dairesi, 29.04.1972 tarih ve E. 1970/ 5736, K. 1972/ 1282 Sayılı Kararı

nın zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, devletin imkânları nazarında bakıldığında, her yerleşim birimine ileri tıbbi olanakların sağlanması da mümkün değildir.

Sağlık hizmetinin sunulmasında gecikmenin varlığından söz edebilmek için, olayın oluş biçimi, ilgili sağlık kuruluşunun araç- gereç ve personel durumu, somut olayla ilgili tıp biliminin gerekleri göz önüne alındığında; hizmetin sunumunda normal olmayan ve olaya göre makul sayılamayan bir sürenin geçmesinden sonra müdahale edilmiş ise, hizmet geç işlemiştir. Ancak, aradan kısa ve zorunlu bir süre geçmiş ise, ortaya çıkan zarardan idareyi sorumlu tutmak mümkün değildir⁸⁶. Çünkü idare pozitif hukuk kurallarıyla bağlı olduğu kadar, hizmetin sunulmasında kamu yararı ve hizmetin gerekliliğiyle de bağlıdır⁸⁷.

Sağlık hizmetinin geç işlenmesini hallerine örnek olarak; ameliyat sonrası dönemde (post operatif dönem) bir komplikasyon (istenmeyen durum) gelişmiş ve ilgili uzman doktora bilgi verilmesine rağmen, hafta sonu olması sebebiyle hastanın konsülte (yatağında görülmesi) edilmemesi neticesinde hastaya hafta sonu boyunca normal tedavi uygulanması ve daha sonra müdahale edilmesine rağmen hastanın geç müdahale nedeniyle bacağına kaybetmesi⁸⁸; hastanede bulundurulması zorunlu ilaç ve serumların bulundurulmaması veya bu ilaç ve serumlara idarenin kusuru nedeniyle vaktinde ulaşılamaması ve hastaya zamanında müdahale edilememesi nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; penicilin alerjisi (anaflaktik reaksiyon) olan bir hastaya penicilin veya penicilin türevi olan enjeksiyon yapıldıktan sonra, anaflaksi halinde derhal yapılması gereken ilaçların hazır bulundurulmaması ve bu sebeple hastaya geç müdahale edilmesi nedeniyle hastanın alerjik reaksiyon nedeniyle yaşamını yitirmesi; trafik kazalarına ilk müdahalede, sağlık ekibinin hiçbir engelleyici durum söz konusu olmadığı halde olay yerine ve yaralılara ulaşmada gecikmesi ve geç müdahale yapılması; tıp meslek kurallarına göre kafa içi kanama komplikasyonu öngörülen bir hastanın gözlem altında tutulması gerekirken evine gönderilmesi ve ikinci müracaatında yapılan müdahalelere cevap alınamaması sebebiyle hastanın yaşamını yitirmesi; hastane imkânları göz önüne alındığında ileri merkeze sevki zorunlu olan hastanın sevk edilmesinde gecikme gösterilmesi⁸⁹; ilgili uzman doktorun derhal

86 DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 29

87 DURAN, Lütfi: Türk İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 291

88 Danıştay 10. Dairesi, 09.12.1992 tarih, E. 1992/ 184, K. 1992/ 4321, Danıştay Dergisi, Yıl. 1993, S. 87, s. 544- 545

89 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: (Acil Servis Uygulama Hataları), s. 229

konsülte etmesi: gereken hastayı konsülte etmeyerek ertesi günün beklenmesi ve bu gecikme nedeniyle geç müdahale edilmesi sonucu hastanın yaşamını yitirmesi; ileri derecede yaşam desteği sağlanamayacak bir sağlık biriminde acil ve zorunlu olmadığı halde riskli ameliyatlara girişilmesi ve hastanın post operatif (ameliyat sonrası) bakım eksikliğinden ötürü yaşamını yitirmesi, hastayı konsülte etmesi (bizzat görerek muayene etmesi) gereken uzman doktorun telefon ile değerlendirerek hastayı ileri merkeze nakli esnasında, hastanın yaşamını yitirmesi⁹⁰; hayati tehlikesi bulunan hastanın ileri merkeze naklinde doktor kontrolünde sevkinin sağlanmaması⁹¹; acil müdahale gereken hastanın uzun süre müdahale edilmeden beklemesi ve geç müdahale edilmesi⁹², gibi haller sağlık hizmetinin geç işlemesine örnek olarak gösterilebilir.

Danıştay, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde: “ İdarenin kendisine verilen sağlık hizmetlerinin idamesi için öncelikle gerekli örgütü kurmak ve bu örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlü olduğu ” görüşünü benimsemektedir. Bunların zamanında sağlanmaması ve yerine getirilmesindeki kusur sonucu Danıştay hizmet kusurunun varlığını kabul etmektedir.⁹³

3- Sağlık Hizmetinin Hiç İşlememesi

Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca; sağlık hizmetinin yürütülmesiyle idare yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülük nazara alındığında idarenin sağlık hizmetinin görülmesinde hareketsiz kalması hizmet kusuruna sebebiyet verecektir.⁹⁴ Genel idari kamu hizmetlerinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu haller olmakla birlikte⁹⁵, idarenin sağlık hizmetinin yürütülmesi konusunda takdir yetkisinin bulunduğu söylemek mümkün değildir.⁹⁶ Sağlık kamu hizmetinin sunulmasında idare hareketsiz kalmış ise kendisine sorumluluk yüklenilecek ve hizmet kusurunun varlığı kabul edilebilecektir.

Her ne kadar Anayasa'nın 65. maddesi “ idari kamu hizmetlerinin devletin mali imkânları nispetinde yerine getirileceğini ” benimsemiş ise de, sağ-

90 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: (Acil Servis Uygulama Hataları), s. 228

91 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: (Acil Servis Uygulama Hataları), s. 230

92 AYDIN, Erdem: Tıpta Yasal Sorunlar (Tıpta Yasal Sorunlar), <http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc>, s. 1, Erişim Tarihi: 24.02.2007

93 Danıştay 12. Dairesi, 18,11,1968, E. 1967/ 2767, K. 1968/ 2118 Sayılı karar için bkz. Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap, C. II, Ankara, 1976

94 ARMAĞAN, Tuncay: (İdarenin Sorumluluğu), s. 39; ÖZAY, İl Han, (Günüşiğinde Yönetim), s. 750

95 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 323

96 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 54

lık hizmetini sunulmasında bu ölçütten yola çıkmak ve sağlık hizmetinin işlemediği her durumda devletin mali kaynaklarının yetersizliğini gerekçe göstermek, sağlık hizmetinden yararlanan ve/veya bu hizmetin yürütülmesindeki aksaklıktan zarar gören kimseler açısından güvencesiz, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkaracaktır.

Acil bir hal olmadan hastayı aydınlatma yükümlülüğünün hiç yerine yerine getirilmemesi, aydınlatılmış onam olmadan hastaya müdahale edilmesi⁹⁷; acil hastaya anında müdahale edilmemesi nedeniyle hastanın bu gecikmeden ötürü yaşamını yitirmesi⁹⁸; şok yapma olasılığı olan bir ilacın uygulanmasında acil müdahale için gerekli ilaçların bulundurulmaması nedeniyle ilaç uygulanamayışı ve hastanın yaşamını yitirmesi⁹⁹, acil servise getirilen hastanın hiç muayene edilmeden bırakılması¹⁰⁰; cerrahın acil bir vakaya bakmayıp, operasyonu yapmaması¹⁰¹, paslı demir parçası ile oluşan yaralanmada tetanoz serumu (Ig- İmmünglobulin) uygulanmaması nedeniyle hastanın yaşamını yitirmes, doğum salonunda eterin patlaması sonucu doktor ve ameliyat personelinin hastayı bırakıp dışarı kaçması ve hastanın yaşamını yitirmesi¹⁰²; gerekli röntgen ve laboratuvar incelemesi yapılmadın trafik kazası vakasının evine gönderilmesi¹⁰³, zorunlu aşı takviminde yer alan aşuların yapılmaması, zehirli böceklerin bol olduğu bir yerde, böcek sokması nedeniyle zehirlenme olaylarının sık olacağı düşünülerek, tedavi için gerekli ilaç, avadanlık ve personelin her an hastanelerde hazır bulundurulması gerekirken bulundurulmaması¹⁰⁴, gibi haller örnek olarak gösterilebilir.

-
- 97 HANCI- ÇOKER- ÖZKARA, Hamit- Ahmet- Erdem: Türkiye' de Genel Cerrahın Yasal Sorumlulukları ve Mediko- Legal Sorunlar (Cerrahın Yasal Sorumlulukları), Ulusal Travma Dergisi, Yıl. 2004, S. 10, s. 4
- 98 HANCI- ÇOKER- ÖZKARA, Hamit- Ahmet- Erdem: (Cerrahın Yasal Sorumlulukları), s. 4
- 99 HANCI, İ. Hamit: (Malpraktis), s. 164
- 100 ERDEMİR DEMİRHAN, Ayşegül: Hekim ve İdari Görevlerdeki Sorumluluk (Hekim ve İdari), http://www.medimagazin.com.tr/kose-yazisi_50055.html Erişim Tarihi: 27.02.2007, s. 1; AYDİN, Erdem: Tıpta Yasal Sorunlar (Tıpta Yasal Sorunlar), s. 1
- 101 ERDEMİR DEMİRHAN, Ayşegül: (Hekim ve İdari), s.1
- 102 ERDEMİR DEMİRHAN, Ayşegül: (Hekim ve İdari), s.1
- 103 TUĞCU- TÜRKAN, Harun- Hülya: (Acil Servis Uygulama Hataları) s. 228
- 104 Danıştay 12. Daire, E. 24.10.1966 tarih ve E. 1965/ 21, K. 1966/ 2928, karar için bkz. Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap, C. II, Ankara, 1976

B- Görev Kusuru

Görev kusuru, geniş anlamda hizmet kusuru sayılabilir ise de; aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel kusurdur ve personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵. Görev kusuru kavramı hizmet kusuru kavramına göre daha dar kapsamlı bir kusur türüdür.

Ancak kural olarak hizmet kusuru olmasa da, idarenin sağlamış olduğu bir yetki veya olanak olmasaydı işlenemeyecek olan kusurların varlığı halinde¹⁰⁶; bunlar hizmet kusuru olmasa da görev kusuru olarak kabul edilecek ve idare ve kusurlu personel müteselsilen¹⁰⁷ sorumlu olacaktır.

Görev kusuru ilk olarak; *hizmetin görülmesi sırasında veya hizmetin görülmesi dolayısıyla* işlediği kusur ile sınırlandırılmıştır. Genellikle bir kusurun hizmetin görülmesi sırasında veya hizmetin görülmesi dolayısıyla işlenip işlenmediğinin ölçüsü olarak, kumu görevlisinin zarar veren davranışı ile yürüttüğü kamu hizmeti arasında gaye ilişkisi olup olmadığına bakılmaktadır¹⁰⁸. O halde kamu görevlisinin kusuru hizmetin görülmesi ile ilgili değil ise *veya* hizmetin görülmesi amacıyla işlenmemiş ise, hizmetin görülmesi amacını aşyorsa¹⁰⁹ kişisel kusur olarak kabul edilmektedir.

Düren' e göre, görev kusurundan bahsedebilmek için zarar verici işlem veya eylem *görev sırasında ve görev gereği yapılmış* olmalıdır. Kamu görevlisinin zarar verici davranışı ile kamu hizmeti arasında gaye ilişkisi bulunmalıdır. Eğer bu gaye ilişkisi yok ise, davranış kamu hizmetinin olmazsa olmaz (sine qua non) unsuru değilse, her ne kadar zarar verici davranış görev vesilesiyle yapılmış olsa da artık kişisel kusurdan söz edilecektir.

Uyuşmazlık Mahkemesi görev kusurunu¹¹⁰: “ Kişilerin uğradığı zarar ile zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında her hangi bir ilişki kurulabiliyor ise, ortada görevli ilgili bir durum var demektir ki, öğretilerde görev kusuru olarak tanımlanan bu tür davranışla, kamu personeli-

¹⁰⁵ DURAN, Lütfi: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu (Mali Sorumluluk), Amme İdaresi Dergisi, C. 17, S. 2, Ankara, 1984, s. 3- 20

¹⁰⁶ OZANSOY, Cüneyt: Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu (Tarihsel ve Kuramsal), (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 1989, s. 287

¹⁰⁷ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları (Umumi Esaslar), C III, İstanbul, 1966, s. 1724- 1725

¹⁰⁸ HACIMURATLAR, Zeliha: (İdarenin Sorumluluğu), s. 112

¹⁰⁹ HACIMURATLAR, Zeliha: (İdarenin Sorumluluğu), s. 112

¹¹⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi' nin 14.04.1997 tarih ve E. 1997/16, K. 1997/15 Sayılı Kararı için bkz. Resmi Gazete, 18.05. 1997, S. 22993, s. 5

nin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır. ” şeklinde tanımlamıştır.

Yine Danıştay 10. Dairesi’ nin 20.10.1999 tarih E. 1997/721, K.1999/5266 Sayılı Kararı’ nda¹¹¹ “ **Davalı idare ajanının idari yetki ve olanakları kullanarak, idareyle bütünleşerek, yürütülen kamu hizmeti sırasında nizam ve emirlere aykırı hareket etmek suretiyle ortaya çıkan görev kusuru idare yönünden de nesnel nitelik taşıyan "hizmet kusuru"nu oluşturmaktadır.**” denilmek suretiyle görev kusuru tanımlanmıştır.

Bu açıklamalardan mülhem kısa bir tanımlama yapılacak olur ise, görev kusurunu; geniş anlamı itibariyle hizmet kusuru kavramına dahil olan ve fakat idarenin bir görevlisinin görevinin niteliğine, görevin gereklerine bağlanabilen ve nihayet idarenin görevlisinin şahsında somutlaştırılan bir kusur olarak tanımlamak mümkündür.

Hizmet kusuru, hizmetlerin kurulması, düzenlenmesi ve işlemedeki aksaklık, bozukluklar olduğuna ve bu anlamda faili bulunsun ya da bulunmasın kamu görevlilerinin hizmetli ilgili kusurlu tutum ve davranışlarını ifade ettiğine göre, sağlık personelinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışlarını onların kişisel kusuru teşkil eder ve idarenin sorumluluğuna yol açmaması gerekir¹¹². Ancak görev kusurundan dolayı idarenin sorumlu olmasının nedeni; idarenin çalıştırdığı kamu görevlisini seçmede, eğitmede, denetim ve gözetimde yetkili olduğu¹¹³ ve bu konularda aksaklık göstermesi sebebiyle görev kusuru ortaya çıktığından idarenin kamu görevlisinin görev kusuru sebebiyle müştereken ve müteselsilen sorumluluğu yoluna gidilmektedir. Bu sebeple, bir cerrahın ameliyat esnasında hastanın batınında (karnında) yabancı cisim unutulması gerçekte görev kusurudur. Ancak kusurun objektif olarak hala idarede olması nedeniyle dayanılması gereken sorumluluk kaynağı hizmet kusurudur. İdare bakımından hizmet kusuru birincil ve asli bir kusurdur.

Görev kusuru bulunması halinde dahi asli ve birinci dereceden sorumlu olan yine idaredir ve kusur hala objektif olarak idari bir kusur niteliğini taşımaktadır¹¹⁴.

ONAR, görev içi kişisel kusur halinde – görev kusuru ile hizmet kusurunun iç içe olması -, hem sağlık personelinin hem de idarenin doğrudan doğ-

¹¹¹ Danıştay Karar Bilgi Bankası: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> Erişim Tarihi: 24.11.2007

¹¹² GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 325

¹¹³ DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 27; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 325

¹¹⁴ HACIMURATLAR, Zeliha: (İdarenin Sorumluluğu), s. 117

ruya sorumlu olduğunu öne sürmektedir¹¹⁵. Ancak öğretilerde; “ hizmet kusurunun, idarenin zarar verici işlem ve eylemine katılan kimselerin kusurlarıyla birleşmesi – hizmet içi görev kusuru – halinde dahi, öncelikle ve aslen idarenin sorumlu tutulacağı, devletin ise rücu hakkının mümkün hatta zorunlu olduğu” fikri de öne sürülmektedir¹¹⁶. Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, her ne kadar görev kusuru, yürütülen kamu hizmetiyle birleşmiş olsa da nihayetinde kusur objektif olarak hala idarenin kusurudur¹¹⁷. Kanaatimizce, görev kusuru bulunması halinde dahi kusurun idari kusur mahiyeti değişmeyeceğinden, ikinci fikre katılmak daha uygundur.

İdare hukukunda hizmet kusurundan söz edilirken klasik üçleme olarak, sadece hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi, hiç işlememesi hallerin sayılması bir eksiklik olarak gören GÖZLER, görev kusuru halinde hizmet geç işlemese, kötü işlemese dahi idarenin sorumluluğu doğacağını öne sürmektedir.¹¹⁸ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü yukarıda bahsedildiği üzere, görev kusuru da aslında geniş anlamda idarenin hizmet kusurundan başka bir anlam taşımamaktadır. Görev kusuru, idarenin hizmet kusurunun (daha çok hizmetin kötü işlemesi) idarenin bir görevlisinin şahsında somutlaşmış halinden öte bir durum değildir.

Hancı’ya göre: görev kusuru sağlık personelinin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevini ifa ederken uyulması zorunlu kuralları çiğnemesi ve bu yüzden bir zarara yol açmasıdır. Uyulmazı zorunlu kurallar açısından bakıldığında sağlık personelinin Tıbbi Deontoloji Tüzüğü gibi düzenlemelere de uyması bir zorunluluktur¹¹⁹. Dolayısıyla bu tür tali mevzuat hükümlerine de uymama neticesinde hizmet kusuru (görev kusuru) ortaya çıkacaktır.

Bütün bu sayılanlar ışığında sağlık hizmetlerinde meydana gelen görev kusurunu belli koşullara bağlamak daha pratik olacaktır. Görev kusurundan bahsedebilmek için ilk olarak, sağlık personelinin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir sağlık hizmeti olmalıdır; ikinci olarak, bu hizmetin yerine getirilmesi sırasında asli ve tali mevzuatta belirlenen yükümlülüklere aykırı davranarak, zarar verici bir eylem yapılmış (ihmali ve ya icrai) olmalıdır.

¹¹⁵ ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1724- 1725

¹¹⁶ YAYLA, Yıldızhan: (İdare Hukuku), s. 148; DURAN, Lütfi: (Mali Sorumluluk), s. 110-111

¹¹⁷ HACIMURATLAR, Zeliha: (İdarenin Sorumluluğu), s. 117

¹¹⁸ İdare Hukukunda bu şekilde klasik bir üçlünün meydana getirilmesinin uygun olmadığı hakkında. GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 976

¹¹⁹ HANCI, Hamit: Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları (Tıp ve Sağlık Hukuku), İzmir, 1999, 223

Yine başka bir tanımda ise: “Tıbbi işlemler bir hekim tarafından veya bir hekimin gözetimi ve sorumluluğu altında yardımcı personeli tarafından yapılan işlemler” olarak tanımlanmıştır.¹³⁷ Örneğin hekimin hastayı muayene etmesi, teşhis koyması, reçete yazılması, ameliyat yapması tıbbi işlemidir. Keza, hekimin doğrudan doğruya gözetimi ve sorumluluğu altında yardımcı personelinin hastaya enjeksiyon yapması da tıbbi işlemidir. Bunların dışında kalan faaliyetler, hastanede yapılsalar bile tıbbi faaliyet sayılmazlar.¹³⁸ Örneğin hastadan tahlil için kan alımı, hastaya pansuman yapılması, hastanın yatağa yatırılması, kaldırılması, temizlenmesi, beslenmesi gibi faaliyetler tıbbi faaliyet değildir.¹³⁹ YILMAZ’ a göre: “ Tıbbi faaliyetler, yürütülmesinde zorluk bulunan faaliyetlerdir. Tıbbi faaliyetler veya işlemler, bir hekim tarafından veya bir hekimin gözetim ve sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerdir.”¹⁴⁰

GÖZLER ve AYAN ve YILMAZ’ ın bu tanımlarına bütünüyle katılmak mümkün değildir. AYAN’ ın tıbbi müdahale tanımı; tıbbi müdahalenin mutlaka hekim tarafından yapılan teşhis ve tedavi olarak sınırlaması sebebiyle eksiktir. Tıbbi müdahaleye hekim ekseriyetle yetkili olmakla birlikte tek yetkili kimse değildir. Günlük yaşantısında, mesai saatleri dışında bir kimse- nin yaralanmasına veya hayatının tehlikeye girmesine tanık olan bir sağlık meslek mensubunun (ebe, hemşire, sağlık memuru, ilk ve acil yardım teknisyeni veya ilk ve acil yardım bilgisi bulunan diğer meslek mensupları) yardıma ihtiyacı olan şahsa yaptığı ilk yardım¹⁴¹ gerçekte tıbbi müdahaledir. Örneğin bir boğulma vakasına şahit olan ilk yardım teknisyeni, sağlık memuru, ebe veya hemşirenin, suni solunum ve kalp masajı yapması işlemlerinin tıbbi müdahale olmadığını söylemek mümkün değildir. Bu, gerek günlük hayatta ve gerekse acil durumlarda doktor hastaya müdahale edinceye kadar geçen sürede yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerde tıbbi

¹³⁷ De Laubadere, Venezia ve Gaudemet, op.cit., c.I, s.989; Chapus, Droit administratif (Naklen: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1003)

¹³⁸ Chapus, Droit administratif general, op. cit, c.I, s.1305. (Naklen: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1003)

¹³⁹ Chapus , Droit administratif general, op.cit., c.I s.1305, De laubadere, Venezia ve Gaudemet, op.cit., c.I, s.989. (Naklen: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1003)

¹⁴⁰ YILMAZ, Mustafa: İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu in: *I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 2006 (İdarenin Kusur Sorumluluğu)* , Ankara, 2007, s. 140

¹⁴¹ İlk yardım ile acil yardım kavramları birbirinden farklı anlam taşımaktadır. İlk yardım daha çok çevrede bulunan materyaller ve kişinin eliyle yapılan, ilaç ve medikal unsurların bulunmadığı bir faaliyet iken; acil yardım, ilaç ve medikal unsurlar ile yapılan faaliyetlerdir.

işlem/ müdahaledir. Bu sebeple sadece hekimin yaptığı müdahalenin tıbbi müdahale olduğunu söylemek mümkün değildir.

GÖZLER' in ve YILMAZ' ın tanımlamasına bakıldığında ise; bizzat hekim tarafından veya hekimin gözetim ve denetimi altında yardımcı sağlık personelinin yaptığı işlemler tıbbi işlem/ müdahale sayılmakta ve hekim denetim ve gözetimi olmadan işlem hastanede yapılsa dahi tıbbi işlem olarak kabul edilmemektedir. Bu tanım da eksik ve bir yönüyle de yanlıştır. Yukarıda izah edildiği üzere; yaşamı tehlikede olan bir kimseye her bir bireyin yardım yükümlülüğü bulunmaktadır. Hatta T.C.K' nın 98. maddesi gereğince “ *yardım yükümlülüğünü yerine getirmemek* ” suçtur. T.C.K m. 98’ de yer alan yardım yükümlülüğü sağlık meslek mensubu için, müdahale etme yükümlülüğü halini almaktadır. Kendi uzmanlık alanı ile ilgili olan bir konuda; acil yardıma ihtiyacı olan veya hayati tehlikesi olan bir kimseye yardım etmeyen sağlık personeli garantör olması nedeniyle suç işlemiş olacaktır.

Öğretide tıbbi müdahalenin mutlak surette hekim tarafından veya hekimin denetim ve gözetiminde yapılması gerektiği kuralının önemli bir istisnası bulunduğu öne sürülmektedir¹⁴². Bu görüşe göre: “ *Doktor tarafından yapılmasa, doktor denetim ve gözetiminde bulunmasa dahi, hastanın yaşamına yönelik bir tehlikenin bertaraf edilmesi amacıyla, kendi uzmanlık alanının sınırları içinde kalmak kaydıyla yardımcı sağlık personeli (ebe, hemşire, ilk ve acil yardım teknisyeni, sağlık memuru) nin ilk ve acil yardım girişimleri de tıbbi müdahaledir. Nitekim, 05.07.2005 tarih ve 25866 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanan 21.06.2005 tarih ve 5371 Sayılı “ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tebabet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında K.H.K da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7. maddesi ile değişik; 11.04.1928 tarih ve ve 1219 Sayılı Tebabet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanunun 3. maddesine eklenen ikinci fıkra ” hükmü uyarınca:*

“Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler.”

142 BİRTEK, Fatih: Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon MAİpraktis Ayrımı (Tıbbi Müdahaleler), İstanbul Barosu Dergisi, 2007, C. 81, S. 5, s. 1998- 2000

Bu hükiim nazara alındığında yardımcı sağlık personellerinin, doktor denetimi ve gözetimi altında olmadan yaptıkları bir takım müdahalelerin de tıbbi müdahale olarak kabulü kanunen bakımından zorunlu bir hal almaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, bir girişimin tıbbi müdahale olarak adlandırılabilmesi için üç şartın varlığı gerekmektedir. Birincisi; müdahalenin resmi ehliyetli bir kimse tarafından yapılmış olması, ikinci olarak; doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hastayı tedavi amacına yönelik olması; üçüncü ve son olarak da; müdahalenin müdahaleyi yapan kimsenin mesleki bilgisi dâhilinde olması gerekmektedir.”¹⁴³

2- Tıbbi Müdahalelerde Hizmet Kusuru

Yukarıda açıklandığı üzere hekim veya sağlık personeli tarafından yapılan bütün işlemler tıbbi müdahale değildir. Kusur sorumluluğu bakımından tıbbi müdahaleler ile hastanede yapılan diğer işlemler arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Hekimin hastayı muayene etmesi, teşhis koyması, reçete yazması, ameliyat yapması gibi işlemler tıbbi işlemlere örnektir.¹⁴⁴ Ancak hastanede yapılırsa dahi; hastaların beslenmesi, temizliği, yatağa yatırılması, güvenlikleri, pansuman yapılması gibi işlemler tıbbi müdahale olarak nitelendirilemez¹⁴⁵. Bu sebeple çoğunlukla, tıbbi müdahalelerden ötürü ortaya çıkan zararlarda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurlu olunması aranmakta iken, tıbbi müdahale dışındaki diğer iş ve işlemleri için meydana gelecek kusur sorumluluğunda basit kusur yeterli kabul edilebilecektir. Tıbbi müdahale için ağır kusur şartı mutlak surette kabul edildiğinde; eğer idare ajanının ağır kusuru yok ise, ortaya çıkan zarardan ötürü ne idare ne de eylemi gerçekleştiren sağlık personeli sorumlu olacaktır¹⁴⁶.

Yayla’ ya göre: “ idarenin görülmesi, yürütülmesi gerçekten zor olan bazı faaliyetlerinde, örneğin sağlık hizmetlerinde ortada ağır hizmet kusurunun olması halinde idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁴⁷.”

Danıştay, tedavi ve cerrahi müdahaleleri yüzünden meydana gelen zararların idarece karşılanması için hizmet kusuru ve hatta ağır kusur ile irtikap

¹⁴³ BİRTEK, Fatih: (Tıbbi Müdahaleler), s. 1999

¹⁴⁴ YILMAZ, Mustafa: (İdarenin Kusur Sorumluluğu) , s. 140

¹⁴⁵ YILMAZ, Mustafa: (İdarenin Kusur Sorumluluğu) , s. 140

¹⁴⁶ ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1741; ESİN, Yüksel: (Esas), s. 54; DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 41; BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 39

¹⁴⁷ YAYLA, Yıldızhan: (İdare Hukuku), s. 149

edilmiş olmasını gerekli görmektedir. Ağır kusur yok ise idareyi sorumlu tutmamaktadır¹⁴⁸.

Kanaatimizce olağan tıbbi müdahalelerin dışında olmak kaydıyla; gerek çok riskli cerrahi girişimler ve gerekse yaşamı kurtarmaya yönelik zorunlu acil tıbbi müdahalelerde basit kusur ile idareyi ve dolayısıyla sağlık personeli sorumlu tutmak; idarenin ve sağlık personelinin bu tür tıbbi girişimler yaparken uzun boylu düşünmesi, temkinli davranması ve hata yapma/ basit hatadan dahi sorumlu tutulma kaygısıyla çekingen davranması gibi istenmeyen durumlar ortaya çıkaracaktır. Bu sebeple anılan faaliyetler hususunda idarenin ve müdahaleyi yapan sağlık meslek mensuplarının sorumluluktan bağışık bir hareket alanının bulunması¹⁴⁹ kişilerin yaşam hakkının ve sağlığının korunmasına hizmet edecektir. Bu tür riskli, acil ve zorunlu müdahaleler bakımından ağır kusur şartının kabul edilmesi kamu yararına hizmet edecektir. Bu tür müdahaleler dışında kalan, olağan ve planlama/ düşünme imkânı bulunan tıbbi müdahaleler için ise basit kusurun varlığı¹⁵⁰ sorumluluk için yeterli ve gerekli bir şart olarak kabul edilebilecektir. Mamafih, tıbbi müdahaleleri acil, zorunlu ve yaşamı kurtarmaya yönelik tıbbi müdahaleler ve olağan, planlama imkânı bulunan ve genel tedavi amacına yönelmiş müdahaleler olarak ayırarak her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır.

E- Komplikasyon (İzin Verilen Risk) ve Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası) Kavramları Işığında Kusur Kavramı¹⁵¹

1- Komplikasyon (İzin Verilen Risk):

Bütün tıbbi müdahaleler, hastalar yönünden belirli bir risk oluşturmaktadır. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmaz nitelik taşımaktadır. Buradaki riskler izin verilen risk çerçevesinde kaldığı müddetçe bunun adı komplikasyon (istenmeyen durum) olmaktadır¹⁵². Komplikasyon olduğu hallerde tıbbi uygulama hatasından ve hekimin

¹⁴⁸ DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 41

¹⁴⁹ Chapus, Droit administratif general, op. cit, c.I, s.1305. (Naklen: GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1002)

¹⁵⁰ GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1005

¹⁵¹ Çalışmamın bu bölümünde: İstanbul Barosu Dergisi, 2007, C. 81, S. 5, s. 1997- 2007 de yer alan “ Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı ” adlı makaleminden kısmen yararlandım.

¹⁵² ÇOLAK, Ahmet: Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları, Hekim Forumu Dergisi, Nisan- Mayıs 32-33, 2003

kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin sorumluluğundan söz edilemez. Bu nedenle tıbbi müdahalelerde izin verilen risk ile tıbbi malpraktis ayrımı hassasiyetle yapılmalıdır¹⁵³.

“Yapılan tıbbi müdahale, klasik tıp bilgilerinde, uluslar arası literatürde komplikasyon olarak adlandırılıyorsa ve bu müdahale tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, istenmeyen sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yüklenemeyecektir. Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimin tanı ve tedavide standart ve belirlenmiş davranış biçimlerinden farklı davranması veya görev ihmali sonucu, hastada geçici sağlık bozulmasından, ölüme kadar giden bir değişkenlikte zarar neden olunması halinde ise malpraktis (tıbbi uygulama hatası) söz konusu olacaktır. Zamanında fark edilmez veya fark edilmesine karşın gerekli önlemler alınmaz ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş standart tıbbi girişimde bulunulmaz ise komplikasyon malpraktise dönüşür.”¹⁵⁴

Tıbbi müdahaleler tehlikeli nitelikte olduğu zaman, şayet hekim tıp bilimine bağlı kalarak hastayı iyileştirmek amacıyla mümkün olan her şeyi yapmış ise sonuç ölüm olarak meydana gelse dahi; hekim dikkat ve ihtimamı göstermiş ise sorumlu tutulamayacaktır¹⁵⁵.

Hukuken, yapılan bir hareket ne kadar zorunlu ise, izin verilen risk de o kadar büyüktür. Bir hukuki yararın tehlikeye sokulması, yararın elde edilmesi bakımından tek araç ise, kısacası başka çare yok ise, o takdirde hukuki yararın tehlikeye sokulmasına izin verilmektedir¹⁵⁶.

Bir sağlık ocağı pratisyen hekiminin, hastanın sevki için yeterli zaman bulunmadığı bir durumda anne ve bebeğin hayatını kurtarmak için riskli bir doğum eylemine girişmesi¹⁵⁷; kafa içinde meydana gelen kanama (intracranial) nedeniyle hastanın zorunlu olarak ameliyata alınması ve hastanın ameliyat esnasında veya ameliyat sonrası (post operatif) dönemde cerrahi girişimin büyüklüğü nedeniyle meydana gelen ikinci bir kanama nedeniyle yaşamını yitirmesi; bütün testler ve ilgili uzman doktor konsültasyonla-

¹⁵³ ÇOLAK, Ahmet: Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi 12: 94- 98, 2002, s. 50

¹⁵⁴ SEVİNDİK ATICI, Ebru: Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006, s. 69

¹⁵⁵ ÖZCAN, Mesut: Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklı Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 23

¹⁵⁶ ÖZTÜRK, Atilla: Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez), İstanbul, 2002, s. 30

¹⁵⁷ ibid.

rının yapılmasına rağmen kontrol altında bulunan pelvis kırığı (leğen kemiği) tanısı ile takip edilen hastanın, yaralanmanın bir komplikasyonu olan yağ embolisi nedeniyle yaşamını yitirmesi; büyük ameliyatlarda, cerrahi girişim yapılan bölgeye bitişik dokularda meydana gelen büyük damar yaralanmaları nedeniyle hastanın kaybedilmesi; lumbal (bel bölgesi) disk kaymasının düzeltilmesi operasyonlarında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen hastanın ameliyatın bir komplikasyonu olarak ayağında güç kaybı meydana gelmesi; had safhada acil bir kanama olması sebebiyle, mevcut steril malzemelerin yetersiz kalması neticesinde steril olmayan araç ve gereçlerin kullanılması sebebiyle hastada enfeksiyon gelişmesi gibi durumlar izin verilen risk kapsamında değerlendirilir. Bu ve benzeri durumlarda tıbbi girişimi yapan sağlık meslek mensubu sorumlu olamayacağı gibi idarenin de sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

2- Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası)

Genel hatları itibariyle meslek kusuru adı altında toplanan olaylar, hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş esaslara aykırı hareketi objektif bir şekilde ele alındığında, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından öte bir hal değildir.¹⁵⁸ Genel bir tanım ile malpraktis; hatalı davranış veya görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır.¹⁵⁹ Bir başka tanım ile: “ hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle zarar vermesi ” dir.¹⁶⁰

Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri: 13- Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi “ hekimliğin kötü uygulanması ” anlamına gelir,

*Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında*¹⁶¹ ise Tıbbi Kötü Uygulama; “ Sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum ” olarak tanımlanmıştır.

158 BÜYÜKAY, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul, 2006, s.93

159 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 30

160 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 30

161 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 30

Bir hatalı tıbbi girişimin varlığından söz edebilmek için şu unsurların varlığından söz etmek gerekmektedir¹⁶²:

- Meslek ve sanatta acemilik,
- Hastaya kasıtlı olarak zarar vermek,
- Hasta- hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek,
- Yanlış, tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi,
- Tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılmasından dolayı hastaya zarar vermek,

Hekimlerin, meslekleri ve uzmanlıkları ili ilgili temel ve klasik bilgilere ve genel tıp kurallarına göre hareket etmeleri gerekir. Hekim, meslekte herkesin bildiği ya da bilmesi gereken bir konuda açık hata yaparsa sorumlu olur.

Nitekim **Yargıtay 4. H.D. 1977/2541 Sayılı Kararında**: “ Hekim tıp verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa kusur var demektir. ” denilmiştir.¹⁶³

Anestezi muayenesi yaptırmadan hastanın ameliyata alınması ve anestezi komplikasyonu nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; intra uterin ölüm olayında hastanın doğum yaptırmadan sevk edilmesi¹⁶⁴; ameliyat edilen hastanın karnında gaz tampon ve ameliyat araç – gereci unutulması¹⁶⁵; disk ameliyatında, disk materyalinin çıkarılırken diske bitişik olan damar yaralanması nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; meslek ve sanatta acemilik nedeniyle ameliyat sahasına uzak bir alanda büyük damar yaralanmasına sebebiyet verilmesi; ameliyat esnasında gerekli özenin gösterilmemesi¹⁶⁶ göğüs ağrısı şikayetiyle gece acil servise müracaat eden hastaya kalp grafisi çekilmeden kas spazmı/ kas iltihabı (artrit) teşhisi ile evine gönderilmesi ve hastanın kısa bir süre sonra kalp krizinden ötürü yaşamını yitirmesi; trafik kazası neticesinde yaralanarak geldiği acil serviste gerekli röntgen grafisi çekilmemesi sonucu hastanın akciğer kanamasından (hematoraks) dolayı yaşamını yitirmesi; ayağına paslı cisim batması sonucu gelen hastaya tetenez Ig yapılmaması neticesinde hastanın ilerleyen günlerde tetenez hastalığı nedeniyle yaşamını yitirmesi gibi haller tıbbi uygulama hatasına örnek gösterilebilir. Unutulmamalıdır ki, tıbbi uygulama hataları da hizmet kusuru kapsamına giren, hizmetin kötü işlemesi durumunun, idarenin personelinin (hekim veya yardımcı

¹⁶² ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis – Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003, s.6

¹⁶³ HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 30- 31

¹⁶⁴ Yargıtay 4. H.D. 11.02.1976- 975/ 4250- 1393 Sayılı Kararı.

¹⁶⁵ HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 58

¹⁶⁶ HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 58

sağlık personeli) şahsında somutlaşmış halinden öte bir şey değildir. Bu yönü itibariyle malpraktis bir hizmet kusuru halidir.

Tıbbi uygulama hatası bulunması halinde hekimin fiilden ötürü; idare hukuku kuralları uyarınca hizmet kusuru (*hekimlikte kötü uygulama (malpraktis) hizmetin kötü işlemesi sonucunu doğuran bir durumdur*) söz konusu olacak ve somut olay itibariyle eylem Türk Ceza Kanunu normları çerçevesinde taksirle öldürme veya taksirle yaralamadan hükümleri kapsamına giriyor ise bu kapsamda da hekimin cezai sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

V- İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE KUSURA DAYANAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A- İdarenin Sunduğu Sağlık Hizmetinde Hukuka Aykırılık Unsuru

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması zorunludur¹⁶⁷. Kamu görevlisinin birinci ve ikinci derecede yer alan mevzuat normlarına aykırı davranmak suretiyle gerçekleştirdiği eylem hukuka aykırı sayılır.

Hastalığın teşhisinden sonra yapılacak tıbbi müdahaleler hakkında hastanın onayının alınması ve hastanın tedavi konusunda aydınlatılması hekime düşen bir görevdir¹⁶⁸. Tedavi hastaya anlayacağı bir dil ile anlatılmalı, müdahalenin zorunluluğu ve gerekliliği belirtilmeli ve muhtemel komplikasyonlar ve sonuçlar hakkında ayrıntılı olarak bilgi verilmelidir. Hastayı aydınlatma yükümlülüğü; durumu ne kadar az acil ise o kadar çok zaman ayrılarak yapılmalıdır. Her halde, acil bir vakada uzun bir süre hastanın aydınlatılması gibi bir imkân bulunmadığı gibi, bu şekilde bir hareket tarzı da hizmetin gereklerine aykırıdır.

Gecikmesinde hastanın yaşamı bakımından sakınca bulunan hallerde, hastanın ağır zarara uğraması muhtemel hallerde, hastanın şuurunun bulunmadığı acil hallerde hastayı aydınlatma yükümlülüğünden¹⁶⁹ hastanın yaşamı lehine feragat edilir¹⁷⁰.

¹⁶⁷ AYAN, Mehmet: (Tıbbi Müdahaleler), s. 174; DÜREN, Akın: (İdare Hukuku), s. 330

¹⁶⁸ KÖPRÜLÜ, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Hekimin Sorumluluğu), İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1984, s. 593

¹⁶⁹ Tıbbi müdahaleler açısından aydınlatma yükümlülüğü hem özel hukuk hem de idare hukuku bakımından gerekli ve zorunlu bir unsurdur.

¹⁷⁰ KÖPRÜLÜ, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Hekimin Sorumluluğu), s. 594

Yargıtay kararlarında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için hastanın aydınlatılmış olmasının gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte Yargıtay, hekimin aydınlatma ödevini muhtemel, seyrek rastlanan sonuçlara da yaymak suretiyle ödev kapsamını genişletmektedir¹⁷¹.

Yargıtay bir kararında¹⁷²; “ davalı hekimin aydınlatma görevini yerine getirdiğini bütün veri sonuçları ile tıp bilimine uygun olarak davacının anlayabileceği biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre zararlı sonuçtan sorumlu bulunduğuna ” karar vermiştir.

Aydınlatılmış onam alınarak yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun halle getirecektir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’ nün 14.maddesi aydınlatılmış onamın sınırlarını şu şekilde belirtmektedir: “ Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. ”

B- Kusur

Sağlık hizmetinin yürütülmesinde idarenin ve idare ajanının sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için idareye veya ajanına yöneltilebilecek bir kusurun bulunması zorunludur¹⁷³. Hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi, kötü işlemesi hallerinde ortaya çıkan hizmet kusuru veya sağlık personelinin görev kusurunun bulunması halinde kusur şartı gerçekleşmiş olacaktır¹⁷⁴.

1- Kusurun Ağırlığı Sorunu

Doktrine göre, mahkeme kararları göz önüne almak suretiyle hizmet kusurunun üç şekilde ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür. Bunlar hafif kusur, ağır kusur ve fevkalade ağır kusurdur¹⁷⁵.

Ağır kusur; bağışlanması kesinlikle olanaksız olan irade eksikliği esasına dayanır. Böyle bir şeyin meydana gelmemesi gerekmektedir¹⁷⁶. Başka bir deyişle; aynı durum ve koşullar altında her anlayışlı, akli başında (makulmantıklı) insanın göstereceği en ilkel uyanıklığın (dikkatin) ve özenin gösterilmemesidir. Burada özen ve önlem alma noktasında tam bir aldırmaçlık

¹⁷¹ KÖPRÜLÜ, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Hekimin Sorumluluğu), s. 594

¹⁷² Yargıtay 4. H.D. 07.03.1977 tarih, E. 1977/ 6297, K. 2451/ 1977, Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl 1977, S. 6, s. 905

¹⁷³ AYAN, Mehmet: (Tıbbi Müdahaleler), s. 174; DÜREN, Akın: (İdare Hukuku), s. 330

¹⁷⁴ Hizmet kusuru yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığından gereksiz tekrara sebebiyet verilmemesi açısından burada tekrardan kaçınılmıştır.

¹⁷⁵ SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 10- 11

¹⁷⁶ ARMAĞAN, Tuncay: (İdarenin Sorumluluğu), s. 52

söz konusudur¹⁷⁷. Ağır kusur, vasat bir idarenin işleyemeyeceği kusurdur. Kamu hizmetinin muntazam bir şekilde yürütülmesi idarenin normal bir tutumu ile mümkün olduğu halde idarenin bu normal davranışı göstermerek hizmeti aksatması ve bir zarara sebebiyet vermesi sorumluluğu gerektiren ağır bir kusur sayılır¹⁷⁸.

Fevkalade ağır kusur; ancak kötü, fena bir idarenin işleyebileceği kusurdur¹⁷⁹.

Hafif kusur; yalnız uyanık, önlem alabilen kimselerin işleyebileceği ve gösterebileceği özenin gösterilmemesidir¹⁸⁰. Bir başka deyişle; iyi bir idarenin işleyemeyeceği basit bir kusurdur¹⁸¹. Örneğin; Aşılama faaliyeti sebebiyle meydana gelen zararlarda, idarenin sorumluluğu için asgari bir illiyet bağının varlığı yeterli sayılmaktadır¹⁸².

Özel hukuk bakımından, hekimin hukuki sorumluluk açısından olan bütün kusurları hafifte olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir¹⁸³. Ancak idare hukuku bakımından bazı hallerde ağır kusur olmazsa olmaz kabul edilmekte ve yine yukarıda belirtildiği üzere tıbbi müdahale dışındaki bazı hastane faaliyetlerinde basit kusur sorumluluğun doğumu için yeterli sayılmaktadır.

Riskli tıbbi müdahaleler ve acele ve zorunlu hallerde yapılan tıbbi müdahaleler bakımından yukarıda belirtildiği üzere ancak ağır kusur halinde sorumluluğa hükmetmek hizmetin gereği ve kamu yararına daha uygundur. Tıbbi müdahale dışındaki alanlarda, basit kusur ve hafif kusura dayanarak her halükarda idarenin sorumluluğuna gidilmesi de bireylerin idare karşısındaki konumunu ve hak arama hürriyetini güçlendirecektir.

ESİN' e göre: Danıştay kararlarına bakarak, şu hizmetlerde sorumluluk için ağır kusur aranıyor diyebilme olanağı yoktur. Sosyal yararı çok ve yürütülmesi güçlük gösteren hizmetlerde, Danıştay bazen ağır kusurdan bazen

177 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 166

178 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 11; ÖZDEMİR, Necdet: (Hizmet Kusuru Teorisi), s. 101- 102

179 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 11; ÖZDEMİR, Necdet: (Hizmet Kusuru Teorisi), s. 102

180 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 167

181 SARICA, Ragıp: (Hizmet Kusuru), s. 10

182 ÖZGÜLDÜR, Serdar: (Tam Yargı Davaları), s. 305

183 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 167

sadece hizmet kusurundan ve bazen de kusursuz sorumluluktan söz ederek tazminata hükmetmektedir¹⁸⁴.

C- Zarar

İdarenin kusurlu sorumluluğundan söz edilebilmesi için gerçekleştirilen tıbbi müdahale ve sağlık hizmeti dolayısıyla bir zarar meydana gelmelidir¹⁸⁵. Bu zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Zararın mevcut olması, bilinmesi ve belirli olması, mağdurun fiilen zarara uğramış olması gerekmektedir¹⁸⁶. Bununla beraber, zararın fiilen mevcut olması şart değildir; bir eylemin devam eden zararı da söz konusu olabilir. Fakat meydana gelmesi muhakkak ve para ile takdiri olası bir zararın muhakkak ve bilinen bir zarar sayılabileceği ve tazmin borcunu doğurabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁷.

Henüz doğmamış olmakla birlikte, ileride doğacağı muhakkak olan zararların da tazmini istenebilir. Bu anlamda mahrum kalınan kar ya da kazancın da tazmininin istenebilmesi gerekir¹⁸⁸.

Maddi zararlar, para ile ölçülebilen zararlardır¹⁸⁹. Malvarlığı dışındaki haklara ve ruhi varlığa dokunan zararların karşılığı manevi tazminattır¹⁹⁰. Ancak manevi tazminat bir zenginleşme aracı olamaz.

Danıştay; kişinin fiziki yapısının zedelenmesi, yaşama ve kazanma gücünün azalması durumunda ya da yakınlarının ölümü dolayısıyla duyulan acı ve üzüntüyü karşılamak üzere yönetimi manevi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir¹⁹¹.

D- İlliyet Bağı

Sunulan sağlık hizmeti, girişilen tıbbi işlem ile meydana gelen arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. Düren' e göre: genel hayat deneyimlerine ve olayların alışılmışlığına göre, zarar belli bir idari davranışla, burada sunulan

184 ESİN, Yüksel: (Esas), s. 51

185 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 335

186 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 62

187 ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1716; GÜRAN, Sait: Türk İdare Hukukunda Tazminatın Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Tazminatın Saptanması), İstanbul. 1980, s. 155

188 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 335

189 GÖZÜBÜYÜK, Şeref: (Yönetmelik Yargı), Ankara, 1983, s. 235

190 ESİN, Yüksel: (Esas), s. 51; ONAR, Sıddık Sami: (Umumi Esaslar), s. 1716

191 GÖZÜBÜYÜK, Şeref: (Yönetmelik Yargı), s. 236

sağlık hizmeti ile bağlantılı ise, nedensellik bağı vardır denebilir¹⁹². Nedensellik bağının var sayılabilmesi için, olağan hayat tecrübelerine, hayatın normal akışına göre, zarar ile zarara neden olan eylem arasında, neden-sonuç ilişkisi¹⁹³ bulunmalıdır.

Çoğu kez idari davranış ile zarar arasında böyle bir nedensellik bağı olup olmadığı teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanabilir. İşte bu gibi hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle nedensellik bağının olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁹⁴.

Danıştay Onuncu Dairesi Kararına¹⁹⁵ göre: “ *idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür.* ” Yine, Danıştay; karayolu yapımı sırasında yatağının bir kısmı doldurulan akarsuyun aradan altı yıl geçtikten sonra taşması sonucu meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında bir nedensellik bağı görmemiştir¹⁹⁶.

Hizmet kusurunun tespiti noktasında GÜRAN ve DURAN’ a göre: “ Sağlık kuruluşunun kendi kategorisine giren normal bir kuruluştan istenen ve beklenen tutum ve davranışlar çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.”¹⁹⁷ Gelişmiş bir ilçenin sağlık ocağında gerçekleştirilen sağlık hizmeti ile gelişmemiş bir ilçenin sağlık ocağında gerçekleştirilen sağlık hizmeti arasında bir farkın bulunması normaldir¹⁹⁸. Bu sebeple illiyet rabitası değerlendirilirken; olayın niteliği, oluş şekli, olaya etki eden çevresel etkenler ve sonuç birlikte değerlendirilerek illiyet rabitasının araştırılması gerekmektedir.

¹⁹² DÜREN, Akın: (İdare Hukuku), s. 211

¹⁹³ GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 335; CHAPUS, Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 615 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1213)

¹⁹⁴ GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 335

¹⁹⁵ Kararı Nakleden GÖZLER, Kemal; (İdare Hukuku), s. 1132

¹⁹⁶ Danıştay 12. D. 14.03.1972 tarih ve E. 1970/ 2610, K. 1972/ 781 Sayılı Kararı. Karar için bkz. ESİN, Yüksel: (Esas), s. 250- 251

¹⁹⁷ DURAN, Lütfi: (Türkiye İdaresinin), s. 329; GÜRAN, Sait: Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1993, s. 84

¹⁹⁸ KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 64

E- İspat

İdarenin kusurlu sorumluluğu ancak ispatlanmış bir kusurun varlığı halinde söz konusu olacaktır. Bu sebeple zarara uğrayan kişinin zararını ispat mükellefiyeti bulunmaktadır¹⁹⁹.

İdare hukuku kapsamında yer alan kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler; mahiyeti itibariyle Borçlar Hukuku'nda yer alan haksız fiile ilişkin hükümlerin bir yansımasıdır. Bu sebeple özel hukukta yer alan "... aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat ile yükümlüdür (Türk Medeni Kanunu madde 6)" kuralı genel anlamda idare hukukunda da uygulanma kabiliyetini haizdir. Ancak, özellikle sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluk hallerinde gerek Türk Danıştay'ı ve gerekse Fransız Danıştay uygulamasında, anılan özel hukuk kuralının aksi bir uygulama söz konusudur.

Özel hukukta yer alan, *iddia edenin ispat mükellefiyeti* ne ilişkin kural şekli bir anlam taşımaktadır²⁰⁰. Ancak idari yargılama usulünde yer alan re'sen tahkik usulünün niteliği gereği kusurun ispatı, özel hukukta yer alan taraflarca hazırlanma ilkesine nazaran, davacının ispat yükünü hafiflettiği söylenebilir. İdari yargı hakimi, davacının iddialarını makul görürse, idareden kusurun değerlendirilmesi için gerekli belgeleri mahkemeye göndermesini isteyebilir²⁰¹. Neticede hâkim, isnat edilen fiilin işlenip işlenmediğine; dosyadan anlaşıldığı kadarıyla veya tahkikat neticesinde edindiği kanaat ile karar verecektir.

İdari yargı organları; özel hukukta yer alan iddiayı ispat mükellefiyetini yumuşatıcı bir takım kusur karinelerine yer vermiştir²⁰². Bu sebeple davacı lehine bir kusur karinesi (ispat kolaylığı) var ise, ispat mükellefiyeti davalı idare üzerine düşecektir. Davalı idare kendisine atfedilebilir bir kusur olmadığını ispat etmedikçe tazminat ödemeye mahkûm olur²⁰³.

AŞÇIOĞLU'na göre²⁰⁴: Kusurunda zarar ve illiyet bağı gibi kanıtlanmasının hastaya ait olduğunu kural olarak kabul etmekle birlikte, özel du-

¹⁹⁹ GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 998

²⁰⁰ GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999

²⁰¹ GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999

²⁰² CHAPUS Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 1297 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999)

²⁰³ CHAPUS Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 1297 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999)

²⁰⁴ AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar (Tıbbi Yardım), Ankara, 1992 den nakleden: HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 178

rumlarda kusur karinesi (varsayım) kabul edilerek, kusursuzluğun kanıtlanması hekime veya hastaneye yüklenmelidir.

Fransız Danıştay'ına göre, kamu hastanelerinde tedavi gören kişilerin normal tedavi ameliyeleri nedeniyle uğradıkları zararlarda idarenin kusurlu olduğu yolunda bir karine vardır. Sıradan bir enjeksiyon sonucu bir organın felce uğraması, hastanede tedavi sırasında hastaya hepatit B virüsünün bulaştırılması²⁰⁵, bronkoskopi sırasında kalp krizi sonucu hastanın ölümünde hastanenin kusurlu olduğunu karine yoluyla kabul etmiştir²⁰⁶.

Türk Danıştay'ının ise; kusur karinesine başvurmadiğı, Fransız Danıştay'ının kusur karinesine başvurduğu bazı durumlarda ise, kusursuz sorumluluk esasını uyguladığı görülmektedir²⁰⁷.

VI-SAĞLIK HİZMETLERİNDE KUSURA DAYANAN SORUMLULUĞU ORTADAN KALDIRAN-AZALTAN NEDENLER

A- Zararın Yokluğu

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden dolayı kusura dayanan sorumlulukta zararın bulunması şarttır. Yukarıda belirtildiği üzere, idare sorumluluk hukukunda yer alan kusur sorumluluğu ve zararın tazminine ilişkin hükümler Borçlar Hukuku'ndan mülhemdir. Bu sebeple haksız fiile ilişkin kuralların idare hukukunun bünyesine uygun düştüğü müddetçe uygulanması gerekecektir. Zararın yokluğu kriterine haksız fiil perspektifinden bakıldığında; bunun sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değil de, *sorumluluğun varlığına etki eden (sorumluluğun olmaz sa olmaz- sine qua non -) bir şart hatta ön şart niteliğinde olduğu görülmektedir*. Bu sebeple zararın yokluğu kriterinin sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabulü²⁰⁸ mümkün değildir. Zarar meydana gelmemiş ise, idarenin sağlık hizmetinin

205 “ Fransız Danıştay'ı 1992 yılındaki içtihat değişikliği ile, sağlık hizmetleri dolayısıyla sorumlulukta “ağır kusur”un varlığını aramaktan vazgeçip, “basit kusur”un varlığını yeterli saymaya başlamış ve hatta daha da ileri giderek, AIDS ve hepatit C gibi bulaşıcı tehlike içeren kan ürünleri ile ilgili faaliyetlerinden ötürü idarevi kusursuz da olsa sorumlu tutmaya başlamıştır.” Nakleden: KAPLAN, Gürsel: (Yeni Gelişmeler), s. 4

206 CHAPUS Droit Administratif general, op. cit. C.I, s. 1301 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 999)

207 GÖZÜBÜYÜK-TAN, A. Şeref- Turgut: İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 687 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1001)

208 KARAEGE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 65; ÖZGÜLDÜR, Serdar: (Tam Yargı Davaları), s. 137; ÖZAY, İl Han: (Günüşiğinde Yönetim), s. 787 de zararın bulunmaması, sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak öne sürülmektedir. Oysa zararın yokluğu halinde, ortada sorumluluk ta yoktur.

yürütülmesinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir.

B- Zarar Görenin Kusuru

Zarar, zarar görenin kendi kusuru ile meydana gelmiş ise, idarenin hem kusura dayanan sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkar²⁰⁹. Zarar görenin kusurlu hareketi ile; zarar ile idarenin eylemi arasındaki illiyet rabtası kesilmiş olur²¹⁰.

Zarar görenin eylemi idarenin eylemine eşlik ediyorsa, birlikte kusurdan (mütefarik) söz edilecektir. Bu halde zarar görenin mütefarik kusuru, idarenin tazmin borcunu ortadan kaldırmamakta ancak zarar görenin kusuru oranında hafifletmektedir.

Ağır ya da hafif kusurun, zarar görenin (hastanın) kusuru ile birleşmesi durumunda tazminat, zarar görenin kusur derecesine uygun bir oranda indirilir. Bu noktada yargıcın takdir hakkı söz konusudur²¹¹.

Kendisine su içmemesi ikaz ve uyarılarına rağmen; gizli olarak çok miktarda su içen ve ameliyat sonrası (post operatif) dönemde kaybedilen hastanın vefatından ötürü idarenin tazmin borcunu doğuracak nitelikte hizmet kusuru veya başka bir neden bulunmadığından Danıştay maddi ve manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir²¹². Zira zarar, tamamen zarar görenin kendi kusurundan kaynaklanmaktadır.

Tedavi sırasında, doktorun bilgisi haricinde²¹³; alternatif tıp ve akupunktur gibi yöntemlerin uygulanması neticesinde, tedavide kullanılan ilaçlar ile hastanın kullandığı yöntem/ unsurların birleşmesiyle bir zarar meydana gelmiş ise, bu zararın oluşumunda da hasta ve hekimin mütefarik kusuru vardır.

Yine hastanın doktorun vermiş olduğu tedaviye aykırı olarak kendisinin ilave ilaç veya sair tedavi yöntemlerini uygulaması neticesinde hastanın vücudunda bir zarar meydana gelmiş ise bu halde de, hastanın mütefarik kusuru sebebiyle idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Enfeksiyon nedeniyle yüksek ateşi olan bir kimsenin ateşinin düşürülmeden doktor tarafından tedavi verilerek, ateşli hastalık ve hastalıkta yapıl-

209 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

210 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336; ESİN, Yüksel: (Esas), s. 220

211 HANCI, Hamit: (Malpraktis), s. 167

212 Danıştay 12. Dairesi: 22.12.1969 tarih, E. 1968/ 626, K. 1969/ 2312. Karar için bkz. ESİN, Yüksel: (Esas), s. 524- 525

213 Çoğunlukla doktorun aydınlatma yükümlülüğünü - aydınlatılmış onamı- yerine getirmedigi hallerde bu durum söz konusu olabilir.

ması gerekenler söylendikten sonra hastanın evine gönderilmesi ve hastanın da yüksek ateşine rağmen sıcak bir ortamda bulunmaya devam etmesi neticesinde²¹⁴; yüksek ateş nedeniyle beyinde meydana gelen protein denatürasyonundan kaynaklanan ölüm/ sekel halinde, doktorun kusuru ile zarar görenin kusuru, mütefarik kusurdur. Yine, ameliyat sonrası yara yerinde ameliyatın gerekli özen ve dikkate aykırı yapılması (sterilizasyona dikkat edilmeden) ve neticede enfeksiyon meydana gelmesine rağmen uzun süre doktor kontrolüne gitmeyen hastanın kusuru da mütefarik kusurdur.

C- Zorlayıcı Nedenler (Mücbir Sebep)

Mücbir Sebep; idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülmesi ve *en büyük bir dikkat ve özenle dahi önlenmesi mümkün olmayan* ve de bir kamu hizmetinin yürütülmesini zorlaştıran olaylardır²¹⁵. Bir başka anlatımla; “ *önceden takdir ve tahmini kabil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylar* ” mücbir sebeptir²¹⁶. Mücbir sebep kişilerin iradesi dışında olan olaydır.²¹⁷

Mücbir sebep bulunması halinde, idari bir davranış ile zarar arasında nedensellik bağı kurulamayacağından, idarenin ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluğu yoluna gidilebilir²¹⁸. Hastaneye yıldırım düşmesi sonucu hastaların zarara uğraması halinde bu tabii olay idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır²¹⁹.

D- Umulmayan Hal

Beklenmeyen durumlar, idarenin iradesi dışında oluşan ve öngörülen ve önlenmesi mümkün olmayan olaylardır²²⁰. Zorlayıcı nedenler (mücbir sebep) idari eylemin dışında iken, umulmayan hal idari eylemin içinde oluşur²²¹.

214 İnsan vücudu hemostasis nedeniyle; vücut ısısı yükseldiğinde denge olarak titreme refleksi gerçekleştirdiğinden kişi ateşinin yükselmiş olmasına rağmen üşüme refleksi nedeniyle sıcak ortamda bulunmaya ve kendisini ısıtmaya devam eder.

215 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

216 YAYLA, Yıldızhan: İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, 1980, s. 46

217 GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 858

218 GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

219 Örnek için bkz. KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 67

220 KARAEĞE, Özge: (İdarenin Kusur Sorumluluğu), s. 66; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

221 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Ankara, 1983, s. 238; GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336; GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 861

Beklenmeyen durumlar idarenin kusurunu ortadan kaldırır. Kusura dayalı sorumluluğun söz konusu olduğu bir eylem içerisinde umulmayan hal var ise, idarenin kusura dayanan sorumluluğu cihetine gidilemez. Bir hastanede elektrik kontağından yangın çıkmış ve hastaların bir kısmı da bundan zarar görmüş ise, umulmayan hal söz konusu olduğundan idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilemez²²². Ancak gerçekleşen eylem sebebiyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebiliyor ise, *umulmayan hal kusursuz sorumluluğu etkilemeyecek* ve idare zararı tazmin ile mükellef olacaktır.

E- Zararın Üçüncü Kişinin Eyleminden Kaynaklanması

Üçüncü kişinin davranışı; idarenin eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağı koparıyorsa artık idarenin kusur sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir.²²³ Eğer üçüncü kişinin davranışı sebebiyle zararda bir artma meydana gelmiş ise; zarar görene karşı idare ve üçüncü kişi kusurları nispetinde sorumlu olacaktır. Bu durumda idarenin sorumluluğu azalmaktadır.²²⁴ Bu sebeple üçüncü kişinin kusuru, idarenin sorumluluğunu bütünüyle kaldırmakta veya üçüncü kişinin kusuru nispetinde hafifletmektedir. Hastanede yatmakta olan bir hastanın kendisini ziyarete gelen yakınının, ameliyat dreni üzerine oturması ve direnin tıkanması sonucu damar tıkanıklığının meydana gelmesi olayında idarenin eylemi (ameliyat) ile zarar (damar tıkanıklığı) arasında illiyet bağı, üçüncü kişinin (ziyaretçinin) eylemi ile tamamen kesilmiştir. Bu halde idarenin kusura dayanan sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir.

Danıştay 12. Dairesi 25.01.1972 tarih ve E. 1969/ 3894, K: 1972/ 273 Sayılı Kararı²²⁵ konu teşkil eden olayda: “ bir sulama kanalına kimliği belirsiz bir kişi tarafından delik açılmış ve bu delikten akan sularla bir kişinin tarlası zarar görmüştür. Zarar görenin idare aleyhine açtığı davayı Danıştay 12. Dairesi, zararın idare tarafından değil, bilinmeyen bir kimse tarafından meydana getirildiği gerekçesiyle reddetmiştir.

Örneğin hasta ziyaretin gelen hasta yakınının, hastanın yatağına oturarak drenin tıkanmasına neden olması sonucu kanama gelişmesi ve hastanın yaşamını yitirmesinde veya hasta veya yakınının ya da ziyaretçisinin içerisinde ilaç olan

²²² GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 336

²²³ GÜNDAY, Metin: (İdare Hukuku), s. 337; GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1239; CHAPUS Droit Administratif general, op. cit. C.1, s. 1297 (Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1239); GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 865

²²⁴ GÖZÜBÜYÜK- TAN, A. Şeref- Turgut: (Genel Esaslar), s. 865

²²⁵ Nakleden: GÖZLER, Kemal: (İdare Hukuku), s. 1242

serumun akış hızını değiştirmesi veya serumu kapatması örneklerinde, idare üçüncü şahsın mütefarık kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtulacaktır.

SONUÇ

Anayasamızın 65. maddesi devlete; bireylere sağlık hizmetlerinin sunulması ve bireylerin sağlığının korunması bakımından devlete büyük bir mükellefiyet yüklemiştir. Her ne kadar idari kamu hizmeti niteliğinde olsa da, idarenin mali kaynakların yetersizliği gerekçesi ile bu yükümlülüğü yerine getirmekten imtina etmesi düşünülemez.

Devlet, sağlık teşkilatlarını yurt genelinde eşit, ulaşılabilir, dengeli bir şekilde yaymak, uygun araç- gereç ve tıbbi donanım ile birlikte, nitelikli personelin de hazır bulundurulmasını sağlamak konusunda üzerin düşeni yapmak ile mükelleftir. Eğer bu mükellefiyetlerin yerine getirilmesinde bir aksaklık meydana gelmiş ise, idarenin kusur veya kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek, ortaya çıkan zararı tazmin mükellefiyeti iktiza edecektir.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu çerçevesinde; idarenin zarar verici eylemi (kusurlu bir şekilde sunulan sağlık hizmeti) nedeniyle bu hizmetten faydalanan bireylerin maddi veya manevi zararlara düşer olması halinde, idarenin bu zararları tazmin ile yükümlü olması; hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesinin en mütebariz vasfıdır. Bireylerin zarar verici eylemlerinden ötürü sorumlu olduğu ve ortaya çıkan zararı tazmin ile mükellef bulunduğu halde, sağlık hizmeti ve bir çok idari- sosyal hizmet alanında; memurlar ve diğer görevlileri eliyle hareket/ eylem kabiliyeti olan idarenin kendi eylemlerinde doğan zararı tazmin ile yükümlü olmayacağını söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, Anayasamızın 125. maddesi “ idarenin işlem ve eylemleri ile sebep olduğu zararları ödemekle mükellef olduğunu “, 40. maddesi; “ Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zara da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. ” hükümleri ile, devletin işlem ve eylemlerinden doğan zararları tazmin ile yükümlü olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Sağlık hizmetleri alanında idarenin kusur sorumluluğu genel kural olarak kabul edilmekte ve idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna istisnai olarak başvurulmaktadır. Türk Danıştay'ının kararlarına bakıldığında, özellikle sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan kusurlu sorumluluk hallerinde, hizmet kusuru şartını olmazsa olmaz kabul ettiği; Fransız Danıştay'ının kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince devlete tazmin mükellefiyeti yüklediği kan ürünleri, AIDS, zorunlu aşı ve bulaşıcı virüs hastalıkları gibi alanlarda dahi hizmet kusuru çerçevesinde çözüm geliştirmeye çalıştığı görülmektedir.

Şüphesiz idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklı kusur sorumluluğu yalnızca hizmet kusuru çerçevesinde düşünülemez. İdarenin

sağlık hizmeti zamanında işlese, kötü işlemese ve geç işlemese dahi eğer bu hizmetin yürütülmesinden ötürü bu hizmetten yararlananlar bir zarar görmüş ise, idarenin bu zararı tazmin ile mükellef olması adalet ve hakkaniyet duygusunun bir gereğidir. Kaldı ki, idarenin; ileri teknoloji ve özel bir ihtisas/ önem gerektiren sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin faaliyetleri; nitelik, yapılış şekli ve sonuçları bakımından idarenin riskli (tehlikeli) faaliyetleri çerçevesinde değerlendirilebilecek ve buradan hareketle de idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Özellikle, riskli ve özel uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerde, yaşam kurtarmaya yönelik acil ve zorunlu tıbbi girişimler dışında, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusur sorumluluğunda, ağır kusur şartının bir sorumluluk ön şartı (olmazsa olmaz kuralı) olara kabul edilmesi anlayışına son verilmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda sayılan; riskli ve özel uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerde, yaşam kurtarmaya yönelik acil ve zorunlu tıbbi müdahaleler gibi durumlarda ise ağır kusur şartının, kusur sorumluluğunun bir ön şartı (cezalandırılabilme şartı) gibi değerlendirilmesi de fiili bir zorunluluktur. Çünkü bu ayrık durumlarda, hafif (basit) kusur dahi, idarenin ve sağlık personelinin sorumlu tutulabilmesi için yeterli sayılacak olur ise, doktor ve diğer sağlık personelleri, riskli, acil ve zorunlu olarak müdahale yapması gereken hallerde, yapacakları eylemin sorumluluk/ tazmin korkusunu düşündürmeye başlayacak ve nihayetinde de tıbbi müdahalede çekingen davranmaya itecektir. Bu durumdan ise en çok zarar gören kimseler ise, sağlık hizmetinden faydalanan bireyler olacaktır. Kaldı ki, anılan istisnai hallerde hafif hatta basit kusurundan dahi, idareyi/ sağlık personelinin sorumlu tutup, onları tazmin ile mükellef kılmak yukarıda söylenen çekince sebebiyle kamu yararı ve hizmet gerekleri ile bağdaşmayacaktır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde icra edilen eylemler, özel bir bilgi gerektirdiğinden, bu eylemlerden zarar gören bireylerin, eylemin tıbbin gereklerine göre icra edilmediğini ve bu yanlış icra nedeniyle de zarar gördüklerini kolaylıkla ispat etmeleri mümkün değildir. Her ne kadar idari yargılama usulünde yer alan, re' sen tahkikat ilkesinin bu külfeti bir nebze olsun hafifletse de bu ilke, bireylerin iddialarını ispat gücünü artırmada tek başına yeterli değildir. Bu sebeple, sağlık hizmetlerinin ve tıbbi müdahalelerin yürütülmesinden doğan kusura dayanan sorumluluk hallerinde Fransa' da olduğu gibi, zarara düşen bireyler lehine bir kusur karinesinin benimsenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKÇAKOCA**, Mehmet: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2.
- AKIN**, İlhan F: Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, 1968.
- ARMAĞAN**, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları (İdarenin Sorumluluğu), Ankara, 1997.
- AŞÇIOĞLU**, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Ceza i ve Hukuki), Ankara, 1993.
- AŞÇIOĞLU**, Çetin: Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar (Tıbbi Yardım), Ankara, 1992.
- AYAN**, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk (Tıbbi Müdahaleler), Ankara, 1991.
- AYDIN**, Erdem: Tıpta Yasal Sorunlar (Tıpta Yasal Sorunlar), <http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc>
- BAYRAKTAR**, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.
- BİRTEK**, Fatih: Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı (Tıbbi Müdahaleler), İstanbul Barosu Dergisi, 2007, C. 81, S. 5.
- BÜYÜKAY**, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul, 2006.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara, 2001.
- CHAPUS**, Droit Administratif general, op. cit. C.1.
- ÇOLAK**, Ahmet: Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları, Hekim Forumu Dergisi, Nisan- Mayıs 32-33, 2003.
- ÇOLAK**, Ahmet: Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi 12: 94-98, 2002.
- Danıştay Dergisi**, Yıl. 1986, S. 60- 61.
- De LAUBARE**: Venezia ve Gaudemet, op.cit., c.I.
- DERBİL**, Suheyp: İdare Hukuku (İdare Hukuku), C.I, Ankara, 1955.
- DURAN**, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Türkiye İdaresinin), Ankara, 1974.
- DURAN**, Lütfi: Türk İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.
- DURAN**, Lütfi: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu (Mali Sorumluluk), Amme İdaresi Dergisi, C. 17, S. 2, Ankara, 1984.
- DURDU**, Hüseyin: Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, C.I, İzmir, 1986.
- DÜREN**, Akın: İdare Hukuku Dersleri (İdare Hukuku), Ankara, 1979.

- ERDEMİR DEMİRHAN**, Ayşegül: Hekim ve İdari Görevlerdeki Sorumluluk (Hekim ve İdari), http://www.medimagazin.com.tr/kose-yazisi_50055.html
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), Tıpkı 7. Baskı, Ankara, 2001.
- ESİN**, Yüksel: Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap (Esas), Ankara, 1976.
- FORGES**, Jean- Michel de, Droit administratif, Paris, PUF, 1991, Op. cit.
- GİRİTLİ**, İsmet- **AKGÜNER**, Tayfun; İdare Hukuku Dersleri 2, İstanbul, 1987.
- GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK-TAN**, A.Şeref- Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar), 1. Cilt, Güncelleştirilmiş 4. Baskı.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref: Yöneltilmiş Yargı, Ankara, 1983.
- GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, (İdare Hukuku) 7. Bası (Aynı Bası), Ankara, 2003.
- GÜRAN**, Sait: İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler (Ajanın Sorumluluğu), Danıştay Dergisi, Y. 9, S. 34-35, Ankara, 1979.
- GÜRAN**, Sait: Türk İdare Hukukunda Tazminatın Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Tazminatın Saptanması), İstanbul, 1980.
- HACIMURATLAR**, Zeliha: İdarenin Sorumluluğu, Kusura Dayanan Sorumluluktan Kusura Dayanmayan Sorumluluğa Gidiş (İdarenin Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.
- HANCI**, İ. Hamit: Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara, 2006.
- HANCI- ÇOKER- ÖZKARA**, Hamit- Ahmet- Erdem: Türkiye' de Genel Cerrahin Yasal Sorumlulukları ve Mediko- Legal Sorunlar (Cerrahin Yasal Sorumlulukları), Ulusal Travma Dergisi, Yıl. 2004, S. 10.
- HANCI**, Hamit: Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları (Tıp ve Sağlık Hukuku), İzmir, 1999.
- HANCI-KOÇAK**: Hamit- Aytaç: Yüksek Sağlık Şurası, http://www.saglik.tr.net/hasta_haklari_8.shtml.
- İMER**, Mehmet: İdare Hukukunda Hizmet Kusuru Kavramı (Hizmet Kusuru), Manisa Barosu Dergisi, Y. 18, S. 70, 1999.
- KAPLAN**, Gürsel: İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, (Yeni Gelişmeler) A.Y.İ.M 19 Numaralı Dergi.

- KARAEĞE**, Özge: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusur Sorumluluğu (İdarenin Kusur Sorumluluğu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 41, S. 1984/1.
- KÖPRÜLÜ**, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Hekimin Sorumluluğu), İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1984
- KURU- ASLAN- YILMAZ**, Baki- Ramazan- Yılmaz: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 1996.
- ONAR**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları (Umumi Esaslar), C III, İstanbul, 1966.
- OZANSOY**, Cüneyt: Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu (Tarihsel ve Kuramsal), (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 1989.
- ÖZAY**, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996.
- ÖZCAN**, Mesut: Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002.
- ÖZDEMİR**, Necdet: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu (Hizmet Kusuru Teorisi), Ankara, 1963.
- ÖZGÜLDÜR**, Serdar: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları (Tam Yargı Davaları), Ankara, 1996.
- ÖZTÜRK**, Atilla: Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002.
- ÖZTÜRKLER**, Cemel: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis – Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003.
- RİVERO**, Jean: Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1971
- ROUGEVIN- BAVİLLE** (Michel)- **SAİNT MARCH** (Renaud Denoix de)- **LABETULLE** (Daniel), Leçons de droit administratif, Paris, Hachette, 1989.
- SARICA**, Ragıp: Hizmet Kusuru ve Karakterleri (Hizmet Kusuru), İstanbul, 1949.
- SARICA**, Ragıp: “ Şahsi Kusur ve Mesele i Müntehire “, İHFM, 1964, C. XII, S. 4.
- SARICA**, Ragıp: İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri (Ajan ve Memurların), C. XV, B, 1, İstanbul, 1949.
- SEVİNDİK ATICI**, Ebru: Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006.
- ŞEHSUVAROĞLU**, Bedi N: Tıbbi Deontoloji, İstanbul, 1986.
- TANDOĞAN**, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961.

- TUĞCU- TÜRKAN**, Harun- Hülya: 200- 2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları (Acil Servis Uygulama Hataları), Gülhane Tıp Dergisi, S. 46, Yıl 2001.
- ULUER**, Yıldırım: Tartışmalar, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, 1980.
- Yargıtay Kararları Dergisi**, Yıl 1977, S. 6.
- YAYLA**, Yıldızhan: İdare Hukuku 1, İstanbul, 1990.
- YAYLA**, Yıldızhan: İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, 1980.
- YILMAZ**, Mustafa: İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu (İdarenin Kusur Sorumluluğu), Erzincan- 2006- 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu , Ankara, 2007.
- ZEVKLİLER**, Aydın: Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), Ankara, 1992, s. 34.

DAR ANLAMDA SEÇİM SUÇLARININ TANIMI, İŞLEVİ VE BU SUÇLARIN DÜZENLENİŞ TARZINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

*Mehmet AKÇAKOCA**

GİRİŞ

Demokrasi en basit tanımıyla, yöneticilerin tüm yönetilenler tarafından serbest ve dürüst seçimler yoluyla seçildikleri bir rejim olarak tanımlanabilir¹. Seçim, demokrasinin vazgeçilmez ögesidir. Her seçim olgusu ile demokrasinin ilişkisi olmayabilir. Fakat her demokratik yönetimin seçimle kopmaz ilişkisi vardır². Demokratik sistemlerde hükümet etme yetkisinin kaynağı kısaca halk dediğimiz bütün vatandaşlardır. Bu nedenle bir demokraside vatandaşların bu konudaki irade ve tercihlerini ifade edebilecekleri mekanizmalara ihtiyaç vardır ki bunların başında seçimler gelmektedir³. Bu nedenle en önemli siyasal katılma mekanizmalarından biri seçimdir⁴. Demokrasilerde seçimlerin serbestliği siyasi rejimin meşruluğu için vazgeçilmesi mümkün olmayan bir temel prensiptir⁵. Demokratik toplumlarda iktidarın kaynağı halkın mutabakatına dayanır. Bu mutabakat belli aralıklarla yapılan serbest seçimlerle açıklanır⁶.

Siyasal katılma, toplum üyesi kişilerin yani vatandaşların siyasal sistem karşısındaki durumlarını, tutumlarını ve davranışlarını belirleyen bir

* Develi Cumhuriyet Savcısı.

1 ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 62

2 SEZEN Saim, Seçim Ve Demokrasi, Gündoğan Yayınları, Ekim 1994, s.50-51

3 ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitapevi, Mart 2005, s. 287-289

4 ACAR Aykut; Türk Demokrasisinde Parti, Seçim Sistemi Ve İstikrar(yayınlanmamış), s. 1-2

5 YAVUZ Nihat, Seçim Kanunları Ve Siyasi Partiler Kanunu, Adil Yayınevi, 1. Basım, s. 14-16

6 TEZİÇ Erdoğan; Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1991, s. 238-239

kavramdır⁷. Bu katılma da seçim yolu ile gerçekleşir.⁸ Siyasal katılma, öncelikle yasalarla, en başta da Anayasayla verilen siyasal haklarla birlikte hayat bulabilir. Siyasal katılma bakımından, bu hakların her birinin vazgeçilmez bir önemi vardır. Özellikle de seçme hakkı ile siyasal partilerde çalışma hakkı büyük önem arz etmektedir⁹. İnsanların vatandaşı oldukları ülkenin yönetimine katılma, seçme ve seçilme haklarına sahip olmaları, çağdaş dünyada yalnız demokratik ülkelerin anayasalarıyla değil, aynı zamanda uluslararası beyanname ve sözleşmelerle de vurgulanmış ilkelerdir¹⁰.

İnsan hakları karşısında en önemli tehdidi oluşturan siyasal iktidarın sınırlandırılmasında rol oynayan çeşitli hukuk dışı faktörler her zaman yeterli olamamaktadır. Bundan ötürüdür ki devlet kudreti karşısında insan hak ve hürriyetlerini hukuki yollardan güvence altına alma çareleri aranmıştır. Devlet iktidarını sınırlandıran bu müesseselerin en başında şüphesiz ki seçimler gelmektedir¹¹.

Seçim hakkı, devletin serbest seçimleri düzenleme yükümlülüğü ve gerçekleşme özellikleriyle öteki haklardan ayrılır. Bu bağlamda serbest seçimleri düzenleme kurumsal hakkı, devletler üzerinde demokratik seçimleri düzenlemek için olumlu önlemlerin kabulü yönünde bir yükümlülüktür¹².

Bu genel açıklamalardan sonra seçim ve seçim sistemi kavramlarına da kısaca değinmekte fayda vardır: Seçim, seçmek, yeğlemek eylemidir. Seçim, genellikle toplu bir istencin (iradenin) birden çok seçenek arasında (aday) bir yeğlemede bulunmasıdır. Bazı durumlarda yetkili bir kişinin seçenekler arasında bir yeğleme yapmasına da seçim denir¹³. Seçim, siyasal konulara gelecek temsilcilerin belirlenmesi işlemi ve sürecidir¹⁴. Bu nedenle bütün dünyada olduğu gibi Türkiye’de de seçim denilince ilk akla gelen siyasi

7 KAPANİ Münci; Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, 18. Basım, Ekim 2006, s.143-155

8 TEZİÇ, s. 238-239

9 EROĞUL Cem, Devlet Yönetimine Katılma Hakkı, İmge Kitapevi, Yay. No:35, Ankara, 1995, s.80.

10 TÜRK Hikmet Sami, Demokratik Rejimlerde Seçim Kanunları Ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Kanunu Önerisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995-44-01-04, s. 553

11 KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 281-282

12 KABOĞLU İbrahim Özden; Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, Mart 1996, s. 218

13 SEZEN, s.50-51

14 UYSAL Tamer, Siyasal Sistemlerde Temsiliyet Sorunsalı-1, <http://www.mevsimsiz.com/yazi.asp?id=6363>, Erişim: 02.01.2008

nitelikteki millet meclisi ve yerel yönetim seçimleridir. Çağdaş demokrasilerde görevlilerin seçimi işi seçim sistemiyle yurttaşlara bırakılmıştır. Fakat çoğu bu sistemi yasama ve yürütme görevlerini yerine getirmekle yükümlü yöneticiler için uygulamaktadır. Bazı ülkelerde yargı görevlilerinin saptanmasında da seçim yöntemi uygulanmaktadır¹⁵.

Seçim sistemi ise, bir toplumda yöneticilerin belirlenmesini sağlamak amacıyla yapılan seçimlerde uygulanan yöntem ve kuralları ifade eder¹⁶. Yani genel anlamda bir seçim sistemi, halkı temsil edecek iktidarın belirlenmesine yarayan yürürlüğe konmuş mevzuatın bileşenlerinden oluşan bir bütündür ve şeklen ilgili siyasal sistemi tarif eder. Siyasal sistem seçim sistemi yanında partilerin yapısı, seçim çevreleri gibi etkenlerle belirlenir¹⁷. Seçim sistemi birtakım kurallar, teknikler, yöntemler, anlayışlar ile geleneklerden oluşur ve bu nedenlerle ülkeden ülkeye değişmektedir. Seçim sistemi yani aynı sayıdaki geçerli oy miktarına uygulanan teknik ve yöntemler temsilci dağılımında farklı sonuçlar ortaya çıkardığından toplum gereksinimlerine uygun bir seçim sistemini oluşturmaya dönük tartışmalar süregelmiştir¹⁸.

Bu açıdan bakıldığında ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir; Geniş anlamda seçim sistemi, seçme ve seçilme yeterliliği, adaylığa ilişkin kurallar, oy verme usulleri, seçim çevreleri, seçim ilkeleri, seçimlerin düzenlenmesi ve seçimlerin yönetim ve denetimi gibi seçimlerle ilgili bütün hususları kapsamaktadır. Buna karşılık, dar ve teknik anlamda seçim sistemi ise, seçmenler tarafından kullanılan oyların bir mecliste sandalyelere (temsilciliklere) dönüştürülmesi veya belli makamlara gelecek yöneticilerin belirlenmesine ilişkin yöntemi ifade eder¹⁹. Seçim sistemlerinin belirlenmesinde temsilde adalet ve yönetimde istikrar (fayda) ilkeleri, büyük önem taşımaktadır. Seçim kanunları bu iki ilkedен birine öncelik verir ya da bu iki ilke arasında bir denge kurulmasına özen

15 SEZEN, s.50-51

16 ATAR Yavuz, Seçim Hukukunun Güncel Sorunları, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No:23(2006), s. 211-235

17 UYSAL Tamer, Siyasal Sistemlerde Temsiliyet Sorunsalı-1, <http://www.mevsimsiz.com/yazi.asp?id=6363>, Erişim: 02.01.2008

18 UYSAL Tamer, Siyasal Sistemlerde Temsiliyet Sorunsalı-1, <http://www.mevsimsiz.com/yazi.asp?id=6363>, Erişim: 02.01.2008.

19 ATAR, s. 211-235

gösterir. Seçim kanunlarının düzenlenmesi sırasında bu iki ilke açısından öngörülen hedefler uygulamada her zaman gerçekleşmemektedir²⁰.

Ülkemizde seçim sistemi sorunu, sadece oyların sandalyelere dönüştürülmesi yöntemiyle, yani dar anlamda seçim sistemiyle sınırlı değildir; bunun dışında, geniş anlamda seçim sisteminin diğer unsurlarında da ciddi sorunlar mevcuttur. Dolayısıyla seçim kanunlarında toplu bir değerlendirme ve değişiklik yapılması gerekmektedir²¹. Seçimlere ve seçim sistemlerine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra seçim suçlarının tanımı ve işlevlerine, dar anlamdaki seçim suçlarının kanundaki düzenleniş sistematiğine bir bakalım. Daha sonra önemli gördüğümüz seçim suçlarını incelemeye çalışacağız.

I. Seçim Suçlarının Tanımı ve Bu Çalışmanın Kapsamı

Seçim suçları hukuk sözlüğünde, seçimlerin tarafsızlığına ve serbestliğine aykırı olan ve ceza kanunlarında suç sayılan fiiller, şeklinde tanımlanmaktadır²².

298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 179. maddesinde de seçim suçu tanımlanmıştır. Kanuna göre seçim suçu, seçim işlerinde bu kanun hükümleri uyarınca görevlendirilmiş bulunan kimselerin bu görevleri dolayısıyla işlemiş oldukları fiil ve hareketlerle her kim tarafından işlenirse işlensin bu kanuna aykırı bulunan fiil ve hareketlerdir²³.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere seçim görevlilerinin görevleri dolayısıyla işledikleri suçlar hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun seçim suçu olacaktır. Tanımın bu kısmı kişi merkezlidir ve kişinin durumuna göre suç seçim suçu olmakta ya da olmamaktadır. Yine kanuni tanıma göre 298 sayılı Kanunda yasaklanmış bulunan ve yine aynı kanunla yaptırımını da düzenlenmiş bulunan suçlar da seçim suçları kapsamında kalmaktadır. Tanımın bu kısmı ise yasa/mevzuat merkezlidir ve buna göre suçun düzenlendiği yere göre seçim suçu belirlenmektedir.

20 TUNCER Erol, Türkiye'de Seçim Uygulamaları / Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği, <http://www.tesav.org.tr/sunus.htm>, Erişim: 02.01.2008

21 ATAR, s. 211-235

22 YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1992, s.788

23 AKİP; Açıklamalı Kanun-Mevzuat Programı. Versiyon 3.0, Cihan Ltd. Şti.

Yapılan her iki tanıtmda aslında aynı şeyi ifade etmektedir. Biz çalışmamız kapsamında seçim suçlarını dar anlamda ve geniş anlamda olacak şekilde ikiye ayırarak tanımlayacağız:

Hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun, seçimlerin demokratik, adil, tarafsız ve serbest bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlama amacını gerçekleştirmeye ve teminat altına almaya yönelik olarak düzenlenmiş bulunan suçlar seçim suçlarıdır ve bu tanım geniş anlamda seçim suçlarını ifade etmektedir.

Dar anlamda seçim suçları ise, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiş bulunan suçlardır. Biz her ne kadar bu şekilde ikili bir ayırım yaparak seçim suçlarını tanımlamış olsak ta, çalışmamızın kapsamını dar anlamda seçim suçları oluşturacaktır. Yani 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da sayılan seçim suçlarından seçimlerin düzenli ve güvenli bir şekilde yapılması açısından çok önemli gördüklerimizi incelemeye çalışacağız. Tamda bu noktada bir hususu belirtmekte fayda gördük: Bu çalışmamızın hazırlıkları esnasında tarafımızca yapılan tüm araştırmalara rağmen seçim suçlarının bugüne kadar bilimsel anlamda ele alındığına ve incelendiğine dair hiçbir bilgiye ve kaynağa ulaşamadık. Konunun daha çok uygulayıcılar tarafından ve uygulamaya yönelik olarak ele alındığı sonucuna ulaştık. Yine dar anlamda seçim suçları tanımı kapsamında kalan suçların tamamını bu çalışmamız kapsamında ele almamız hem çalışmanın amacı hem de kapsamı bakımından mümkün olmadığından ve öyle bir durum da bu çalışmayı bir nevi şerhe dönüştüreceğinden, kırk civarındaki dar anlamda seçim suçunun tamamını çalışma kapsamına almayı doğru bulmadık. Bu çalışmamızda, seçim suçlarının aşağıda açıklamaya çalışacağımız işlevleri bakımından önemli gördüğümüz iki tane seçim suçunu derinlemesine incelemeye ve düzenleniş tarzlarına dair eleştirel bir bakış açısı getirmeye çalıştık.

II. Seçimlerin Düzen ve Güvenliği Açısından Seçim Suçlarının İşlevi

Gelen olarak ceza hukuku, esasen haksızlık teşkil eden davranışlardan hangilerinin suç olarak nitelendirilmesi gerektiğini ve bu davranışlar karşılığında ne tür yaptırımların uygulanacağını belirleyen bir hukuk disiplindir²⁴. Genel anlamda cezanın işlevinden maksat ise, cezanın etkisi

²⁴ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 35

ve sonuçlarıdır²⁵. İşte ceza hukuku, ceza ve güvenlik tedbirlerinin önleyici etkisi ile hukuki değerleri korumaya yönelik bir fonksiyon icra etmektedir²⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci maddesinde de ceza kanununun amacı kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını, çevreyi, toplum barışını korumak amaçlarıyla, suç işlenmesini önlemek olarak belirtilmiştir²⁷.

Ceza hukukunun günümüzdeki amacı, toplum yaşamı bakımından önemli olan değerleri korumaktır. Bu da esas itibarıyla suç işlenmesini önleme amacı ile gerçekleştirilmeye çalışılır. Genel önleme denildiğinde, suç işleyen kimsenin cezalandırılmasıyla diğer insanlar üzerinde oluşturulan ibret etkisi anlaşılır. Bu şekilde suç işlememiş bulunan diğer kimseler, suç işleyenlerin cezalandırıldığını görerek suç işlemekten çekinirler. Özel önleme ise bir yandan suç işleyen kimsenin cezaevinde tutularak tekrar suçu işlemesini önlemeyi, öte yandan suçluyu ıslah ederek ve yeniden sosyalleştirerek bir daha suç işlemesini önlemeyi ifade eder. Kesinlikle cezalandırılacağını bilen kimse suç işlemeyecektir²⁸.

Seçim suçlarının işlevinden bahsedince anlaşılması gereken ise seçim suçlarının cezalarının gördüğü işlev olacaktır.

Cezanın işlevini, çalışmanın kapsamı nedeniyle biraz daha ayrıntılı şekilde ele almak gereklidir: Cezanın işlev ve amacını incelemek, cezanın tehdit ve tehdidin gerçekleşmesi aşamaları olarak iki ayrı aşamayı incelemeyi gerekli kılar:

a- Cezanın tehdit (müeyyide) aşamasındaki işlevi: her normatif sistem, kurallarına riayeti temin veya riayetsizliği en aza indirmek amacıyla "korkutma" mekanizmasından yararlanmaktadır. Tipik korkutma tekniği, ihlale izafe edilen sonuçların gösterilmesidir. Demek ki ceza, tehdit safhasında, herkes bakımından korkutucu bir etkiye sahip bulunmakta, yani ferdi iradeler üzerinde psikolojik bir baskı unsuru olmaktadır. Bu niteliğinden ötürü ceza, tehdit safhasında herkese hitap etmektedir. Sonuç olarak ceza, ceza tehdidi olarak herkese hitap etmekte ve psikolojik cebir vasıtasıyla onlar üzerinde önleyici bir etki icra etmektedir. O nedenle ceza, suçluluk tehlikesine karşı önleyici bir toplumsal savunma vasıtası olarak

²⁵ HAFIZOĞULLARI Zeki, Ceza Normu, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s. 171

²⁶ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 35

²⁷ MALKOÇ İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2007, s. 1

²⁸ HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2007, s. 29-30

ortaya çıkmaktadır²⁹. Demek ki ceza tehdit aşamasında yukarıda açıklamış olduğumuz genel önleme işlevini görmektedir. Böylece suç işlememiş bulunan diğer kimseler, suç işleyenlerin cezalandırıldığını görerek suç işlemekten çekinecektir³⁰.

b- Cezanın tehdidin gerçekleşmesi safhasındaki işlevi ise, fiziki baskı veya fiziki yahut mekanik cebirdir. Ceza tehdit anında önleme, uygulama anında bastırmadır. Burada bastırmadan anlaşılması gereken, esasın vuku bulmuş bir fiile tepki olduğu ve bir tepki olarak sonuçlarını karşı durduğu fiilin sonuçlarına karşılık olarak koyduğudur. Bastırma bu anlamda tepki ile eşanlamlıdır. Öte yandan icrası anında ceza bir ödetmedir. Kötülüğü kötülükle ödetme... İcrası anında ceza ne onarıcı ve ne öç alıcı bir tepkidir. Bu durumda ceza, bir savunma tepkisidir, yani savunmayı amaçlayan bir tepkidir. Açıkçası bir tepki vasıtasıyla gerçekleştirilen bir savunmadır. Cezanın asıl görevi kuşkusuz bastırmadır, ama bastırmanın doğal sonucu da önlemedir. Cezanın yerine getirilmesi, bir yandan suç teşkil eden fiille meydana gelen ihlali bertaraf ederken, bir yandan da ileride meydana gelebilecek suçları önlemektedir. Başka bir deyişle ceza, geçmişte etkilerini sürdürürken, geleceği de etkilemektedir. Ceza sadece tehdit anında değil ama tehdidin gerçekleşmesi anında da önleyici bir görev yapmaktadır³¹.

Ceza kimi ve neyi, kime ve neye karşı savunmaktadır? Ceza vasıtasıyla savunulması söz konusu olan değere sahip olan kimdir? Tabii ki hukuken devlette kişilik bulan toplum. Önlenmesi gereken zarar nedir? Genel toplumsal bir olgu olarak suç tehlikesi veya suçluluktur. Dolayısıyla hukuki ve toplumsal organizmanın bu tehlikeden gelebilen dağılması zararlıdır. Kimlere karşı korunulmaktadır? Kendilerinden korunulanlar, suç oluşturan fiilleri işlemiş bulunan veya henüz işlememiş olan ama gelecekte suç işlemeleri mümkün tüm potansiyel suçlulardır. Demek ki cezanın savunma tepkisi olarak amacı, hukuken organize toplumun, yani devletin varlığını, gelecekte suç işlemeleri mümkün tüm potansiyel suçlulardan gelen suç tehlikesine karşı savunmadan başka bir şey olmamaktadır³².

Yerine getirmesi esnasında ceza, suçlu tarafından gelecekte işlenecek yeni suçların tehlikesine karşı bir savunma tepkisidir. Ceza öte yandan, suçun mağduru ve onun yakınları tarafından gelecekte işlenecek yeni suçların tehlikesine karşı da bir savunma tepkisidir. Ceza son olarak,

29 HAFIZOĞULLARI, s. 171-203

30 HAKERİ, s. 29-30

31 HAFIZOĞULLARI, s. 171-203

32 HAFIZOĞULLARI, s. 171-203

işlenmiş suça yabancı üçüncü kişiler tarafından ilerde işlenecek yeni suçların tehlikesine karşı bir savunma tepkisi olmaktadır. Ceza yerine getirilmesi esnasında, her şeyden önce suçu meslek edinme, suça alışkanlık, suçta tekerrüre karşı doğrudan doğruya bir savunma cihazı, yani suçlu tarafından işlenecek yeni suçları önleme vasıtası olarak ortaya çıkmaktadır. Son olarak ceza yerine getirmesi esnasında bir genel önleme vasıtasıdır. Bilindiği üzere ceza, yerine getirilmekle artık bir bastırma olmaktan çıkıp bir korkutmaya dönüşmektedir. Bu cezanın yerine getirilmesi esnasında herkes tarafından işlenecek yeni suçların tehlikesine karşı dolaylı bir savunma cihazı, yani bir genel önleme vasıtası olması demektir. Kısacası toplumun hukuk sistemine itaatsız olanlar karşısında hukuk düzeni ve devletin gücünü ve otoritesini teyit ederek, suça eğilimi olmayan kimseler arasında “suç salgını” ve “suçun bulaşması” tehlikesini önlemektedir. Öte yandan ceza, suçluya verilen kötülükle toplumun infialini gidererek, böylece kitlelerdeki doğal tepki ve misilleme duygularını tatmin ederek, aynı zamanda tasfiye ve tashih sayesinde suçludan, çektirilen cezanın ibret olması sayesinde diğer kimselerden gelecek sonraki suçluluk bakımından toplumu temin ve teskin etmektedir. Kısacası uygulanan cezanın ibret olması vasıtasıyla müşterek hayata uyum gösterenlerin ahlaki ve toplumsal savunma ve ölç alma tepkilerinin tehlikesini ve özellikle suça psikolojik olarak eğilimleri olmasa da yurttaşlar tarafından girişilecek misilleme ve kendi başına adaleti sağlama korkusunu önlemektedir³³.

Cezanın genel olarak bu işlevlerin sıraladıktan sonra aynı işlevlere seçim suçlarının da sahip bulunduğunu söylemek pek tabii ki mümkün olacaktır. Seçim suçlarının kısa vadedeki işlevinin seçim düzenini ve güvenliğini korumak olduğu kolayca söylenebilecektir. Her bir seçim suçu, ayrı ayrı seçimlerin düzen ve güvenliği, özgür ve adilliği ile doğrudan ilgili bir noktayı koruma altına almıştır. Bu nedenle bahse konu suçları işleyenler cezalandırılacak ve yukarıda ayrıntılarıyla incelediğimiz cezanın genel ve özel önleyici işlevleri toplum üzerinde ve suçu işleyenler üzerinde kendini gösterecektir. Böylece seçimlerin düzen ve güvenliğini sağlanmasına bağlı olarak toplumsal düzen ve güvenlik sağlanacaktır. Tüm bu nedenlerle seçim suçlarının koruması amaçlanan bu hukuksal değerleri etkili bir şekilde koruyabilecek nitelikte düzenlenmesi ve de işletilmesi gereklidir. Aksine anlayış seçim suçlarının yukarıda anlattığımız işlevini görememesi sonucunu doğurur ki bu da yakın planda seçim düzeninin bozulmasına neden olacaktır. Seçim düzeninin bozulmasına bağlı olarak ortaya çıkacak adaletsiz sonuçlar, toplumun geneli tarafından kabul görmeyen iktidarları ortaya çıkaracak ve

33 HAFIZOĞULLARI, s. 171-203

buna bağlı olarak toplumda yönetenlere karşı bir direnç ve öfke gelişebilecektir. Bu durum da toplumsal düzeni elbette bozacaktır. Bu çalışmanın yazıldığı günlerde bir Afrika ülkesinde devlet başkanlığı seçimlerini kabul etmeyen muhalefetin sebebiyet verdiği olaylarda yüzlerce kişinin hayatını kaybetmesi bahsettiğimiz duruma örnek olacak niteliktedir³⁴. İşte tüm bu açıklamalar seçimlerin düzen ve güvenliğini sağlaması açısından seçim suçlarının aslında ne kadar büyük bir işlev gördüğü ve ne kadar büyük bir önem taşıdığını göstermektedir.

III. Dar Anlamda Seçim Suçları İle Türk Ceza Kanunu Genel Hükümlerinin İlişkisi

Hukukumuzda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler sadece TCK'da bulunmamaktadır³⁵. 298 sayılı kanunda olduğu gibi çok sayıda kanun içerisinde suç tanımlarına veya ceza hukukuna ilişkin hükümlere yer verilmektedir. İşte 298 sayılı kanunda düzenlenmiş bulunan seçim suçları bakımından yine bu kanundaki özel hükümler uygulanmakla birlikte bu kanunda düzenleme bulunmayan hususlarda TCK'nın genel hükümleri uygulanma alanı bulabilecek midir? Bu soruya 765 sayılı mülga TCK'nın uygulandığı döneme ilişkin olarak, 10. maddesindeki "*Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur*"³⁶ hükmü gereğince olumlu yanıt verilmekte ve TCK'da yer alan genel hükümlerin bu suçlarda da uygulama alanı bulacağı kabul ediliyordu. Bu itibarla seçim suçları ile ilgili olarak hüküm kurulurken TCK'nın genel hükümlerinin, örneğin, zamanaşımı tekerrür, önödeme, teselsül, iştirak gibi 298 sayılı yasada özel hüküm bulunmayan konularda uygulanmaları gerekmekte idi³⁷. Öyleyse bir başka bakış açısıyla diğer kanunlarda özel bir hüküm mevcut ise TCK'nın genel mahiyetteki hükümlerinin, ilgili konuyla ilgili olarak uygulama kabiliyeti olmayacaktı³⁸.

Yeni TCK'da bu sistem tamamen değiştirilmek istenmiştir³⁹. 5237 sayılı yeni TCK'nın konuyla ilgili 5. maddesi şöyledir:

34 Bilgi için bkz, http://www.bbc.co.uk/turkish/news/story/2008/01/080101_kenya_church.shtml

35 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Üçüncü Baskı, Ocak 2006, s. 91

36 Ceza Kanunları Programı, Versiyon 0.5

37 HATİPOĞLU Muzaffer, PARLAR Ali, Seçim Kanunları Ve Seçim Suçları, Yayın Matbaacılık Ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2004, s. 348-349

38 ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 91

39 ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 92

“Özel kanunlarla ilişki

MADDE 5. - [1] Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır⁴⁰.”

Aynı maddenin gerekçesinde ise “Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir⁴¹.” denilmektedir. Bu gerekçe maddenin içeriğini yeterli düzeyde açıklayıcı niteliktedir. Bu düzenleme karşısında, bu maddenin yürürlük tarihinden önce yürürlüğe girmiş bulunan diğer kanunlarda yer alan çeşitli suç tanımlarının yanı sıra, örneğin teşebbüse, iştirake, suçların içtimasına, sorumluluğun esaslarına vb. ilişkin hükümler zımnen ilga edilmiş olacaktır. Ancak yüzlerce yasada bulunan hükümlerin gözden geçirilerek yeni TCK'nın sistemine uygun değişiklik yapılmasındaki güçlükler gözetilerek, bu hükmün ülkemiz hukuk uygulamasında çıkarabileceği olumsuz sonuçlar kaygı verici görülerek bu maddenin yürürlüğü iki defa ertelenmiştir⁴².

“5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Geçici Madde 1.-(5349 sk. ek.) (19.12.2006 T. 5560 sk. değ.) [1] Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır.”

Aynı maddenin gerekçesinde de, düzenleniş amacına uygun şekilde “5 inci maddesindeki hüküm karşısında, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun genel hükümlerine uymayan

40 Ceza Kanunları Programı, Versiyon 0.5

41 Ceza Kanunları Programı, Versiyon 0.5

42 BAKICI Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 36; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 92

hükümlerin uygulanma kabiliyeti kalmadığından, söz konusu kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Söz konusu değişiklikler yapılıncaya kadar uygulamada herhangi bir boşluğun doğmaması bakımından 5252 sayılı kanuna bir geçici madde eklenmesi amacıyla bu madde düzenlenmiştir⁴³.” denilmektedir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yeni TCK'nın 5. maddesi yürürlüğe girdiği takdirde, özel yasalarda (ki bu arada 298 sayılı yasada) düzenlenen suçlar ile Türk Ceza Yasası'nda düzenlenen suçlara yeni TCK'daki genel hükümler uygulanacaktır⁴⁴. Dolayısıyla seçim suçlarında teşebbüs, iştirak vb. hususlarda artık sadece TCK'daki hükümler geçerli olacaktır. Tabii ki TCK 5. madde yürürlüğe girdiği takdirde! Henüz yürürlüğe girmediğine göre eski yasa dönemine ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalar şu anda aynen geçerlidir. Seçim suçlarına ilişkin olarak öncelikle yine 298 sayılı kanundaki düzenlemeler geçerli olup hakkında hüküm bulunmayan hallerde ancak yeni TCK'nın genel hükümleri uygulanma alanı bulmaktadır.

Bu arada özel ceza yasaları ile TCK arasındaki uyumu amaçlayan 5728 sayılı kanun, yasama organınca kabul edilmiş ve 23.01.2008 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu durumda TCK ile 298 sayılı yasa arasında cezalar sistemi anlamında uyum sağlanmış gözükmektedir. İleride de değineceğimiz üzere bu yasada yukarıdaki tartışmaya yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle burada ulaştığımız sonuçlar da değişiklikten sonra da aynen geçerlidir.

IV. Dar Anlamda Seçim Suçlarının Kanundaki Düzenleşim Sistemi

298 sayılı kanunun seçim suçlarına ilişkin genel gerekçesinde, seçim suçlarının, suçların birbirleriyle olan ilişkilerine göre sıralanmasına çalışıldığından bahsedilmektedir. Ancak gerekçenin ve sistematüğün yapılan incelemesinde suçların birbirleriyle ilişkilerinden çok, gördükleri işlev ve korudukları hukuksal değerlere göre gruplandırıldıkları ve ona göre de sıralandıkları anlaşılmaktadır.

Kanundaki sıralamaya göre inceleyecek olursak;

— Kanunun 133 ve 134. maddelerinde, seçim kurullarının selametle çalışabilmesini sağlayacak suçlar,

⁴³ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 93

⁴⁴ BAKICI, s. 35; PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Yayın Matbaacılık Ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2007, s.31

— 135/142. maddeleri arasında, kütük listelerini düzenlemekle görevli olanların bu görevlerini düzenle yürütmelerini sağlayacak suçlar,

— 143/148. maddelerinde, seçmen yeterliği olmayanların kütüğe kaydı, birden fazla kütüğe kayıt, sandık seçmen listeleri üzerinde ve seçim belgeleri ile alakalı suçlar,

— 149/151. maddelerinde, propaganda yasakları ile ilgili suçlar,

— 152 ve 153. maddelerinde, seçmenlerin oy verme serbestliğini türlü şekillerde bozanlarla ilgili suçlar,

— 154, 155, 156. maddelerinde, seçimlerde propaganda yapmaların kanunun yasak ettiği kimselerin bu yasaklara aykırı hareketleri ile propagandaya ilişkin diğer yasaklara aykırı hareket etmeye ilişkin suçlar,

— 157 /162. maddeleri arasında, sandık başı işlerinin düzenle yürütmesini ve sandık başı işlerin güçleştirecek müdahaleleri, oy verme sırasında seçmen olmayanların oy vermeleri ile oy sandıklarının emniyetini sağlamaya matuf tedbirlere aykırı fiilleri düzenleyen suçlar,

— 164. maddede, sandık başına gelmeyenler yerine sahte imza koyarak mühür veya parmak basmak gibi oy verme emniyetini bozan, seçim neticelerini gösteren tutanakları sahte olarak yazan veya düzenleyen veya bunları yaptıran kimselerin nasıl cezalandırılacağını gösteren suçlar,

— 165. maddede, yurtaşların kurullara yaptıkları müracaatların tutanaklara geçirilmemesi suçu,

— 166/171. maddeler arasında, kötü niyetli itirazlarla kurulları işgal edenler, oyların sonuçları hakkında düzenlenip asılan tutanakları yırtanlar, bozanlar veya kaldıranlarla, seçim sonuçları hakkında resmi makamlarca yayınlanan beyanname, tebliğ ve ilanların asılmasına engel olanlar veya bunları bozan kaldıran yırtan kimseler ile içki ve silah taşıma yasağına uymayanlar hakkındaki suçlar ve yaptırımları düzenlenmiştir.

V. Önemli Seçim Suçlarına Eleştirel Bir Bakış

Bu kısımda seçimlerin düzen ve güvenliği açısından önemli gördüğümüz iki adet seçim suçunu ayrıntılı bir şekilde incelemeye çalışacağız.

A. KURULLARA KARŞI SUÇLAR

Öncelikle kanundaki düzenlemeyi görelim:

“Kurullara karşı suçlar

Madde 133- (Değişik madde: 17/05/1979 - 2234/1 md.;Değişik madde: 23.01.2008-5728 S.K./287.mad)Hileli faaliyetlerle veya herhangi bir şekil ve surette cebir veya şiddet kullanarak veya tehdit ederek, bu Kanunda yazılı

kurulların toplanmalarına veya görevlerinin ifasına mani olanlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkrada yazılı fiiller, silahla işlenirse, verilecek ceza üç yıldan aşağı olamaz. Bu fiiller, aralarından biri silahlı en az üç kişi tarafından birlikte işlendiği takdirde, failler hakkında beş yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur⁴⁵.”

Maddenin 5728 sayılı yasa ile değiştirilmeden önceki hali ise aşağıdaki gibi idi:

“Kurullara Karşı Suçlar:

Madde 133 - (Değişik: 17/5/1979-2234/1 md.) Hileli faaliyetlerle veya herhangi bir şekil ve surette cebir veya şiddet kullanarak veya tehdit ederek, bu Kanunda yazılı kurulların toplanmalarına veya görevlilerin ifasına mani olanlar, onsekiz aydan aşağı olmamak üzere hapis ve beşbin liradan yirmibeşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkrada yazılı fiiller, silahla işlenirse, verilecek hapis cezası üç yıldan aşağı olamaz. Bu fiiller, içlerinden en az biri silahlı olan üç kişi tarafından ittifak edilerek işlendiği veyahut aralarında ittifak olmasa bile içlerinden en az ikisi silahlı bulunan üçten fazla kimseler tarafından yapıldığı takdirde beş yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası hükmolunur⁴⁶.”

Yapılan bu değişikliğin suçun oluşumunda esaslı değişiklikleri içermediği, sadece hürriyeti bağlayıcı ceza yanında adli para cezasının yaptırım olmaktan çıkarıldığı, buna mukabil hürriyeti bağlayıcı ceza miktarının adaletsizliklere sebebiyet vermemesi açısından alt sınırının iki yıla çıkarıldığını belirtelim. Ayrıca nitelikli halinin daha işlevsel hale getirilerek yeniden düzenlendiği anlaşılıyor. Bu nedenle yapılan bu değişiklik suçun unsurlarına ilişkin olarak aşağıda yapacağımız eleştirileri cevaplamaktan uzaktır.

1. Korunan Hukuksal Değer

Temsili demokrasilerde halkın yönetimini sağlamanın birinci yolu belli aralıklarla yapılan özgür ve adil seçimlerdir. Özgür ve serbest seçim, seçmenlerin istedikleri tercihi yapmak konusunda herhangi bir baskı altında olmamalarını⁴⁷ gerektirdiği gibi seçimlerde görev alanların da serbest ve tarafsız bir şekilde görev yapabilmelerini gerektirir. Seçmenlerin tercihlerini özgür bir şekilde verebiliyor olmaları tek başına seçim sonuçlarının

45 Açıklamalı Kanun-İçtihat Programı, Eylül 2006 (3.0)

46 TC. Adalet Bakanlığı, Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat Programı, 7.5

47 ERDOĞAN, s. 287-288

doğruluğunu garantilemeye yetmeyecektir. İşte bu düzenleme ile seçim kurullarının görevlerini düzenli bir şekilde yapmalarına engel olanların filleri suç sayılarak yaptırım altına alınmıştır⁴⁸. Yani bu suç seçim kullarının görevlerini hiçbir tesir ve etki altında kalmadan yapmalarının teminatı olmaktadır. Özeldde korunan değer bu olmakla birlikte genel anlamda korunan değer, seçim kurullarının rahat ve tarafsız olarak görev yapmalarına bağlı olarak seçimlerin düzenli bir şekilde yapılabilmesidir.

2. Suçun Faili

Bu suçun faili herkes olabilir⁴⁹. Failin hayatta bulunan bir insan⁵⁰ olması genel şarttır. Herkes tarafından işlenilemeyen, ancak belli kişiler tarafından işlenebilen suçlara özgü suç yâda mahsus suç⁵¹ adı verildiğine göre bu suç özgü suç değildir. Öyleyse herkes tarafından işlenebilir. Ancak burada herkesin fail olabileceğini ancak herkesin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulamayacağını belirtmekte fayda vardır. İsnat yeteneği, bir fiilin bir kimsenin üzerine atılabilmesi, ona yüklenilebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin bütünü⁵², fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olma⁵³ olarak tanımlanmaktadır. İsnat yeteneği bulunmayan bir kişiyi meydana gelen neticeden sorumlu tutamayız⁵⁴. Bu durumda herkes suçun faili olabilir ancak sadece isnat yeteneğine sahip olanlar işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilir. Öyleyse, failin kusurlu sayılabilmesi ve dolayısıyla gerçekleştirdiği fiilden sorumlu tutulabilmesi için; yaptığı haksızlığı anlayabilme ve bu anlayışa göre davranabilme yeteneğine sahip olması gereklidir⁵⁵. İşte tüm bu nedenlerle, suçun faili yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağırılık ve dilsizlik gibi isnat kabiliyetini kaldıran nedenleri bünyesinde barındırmıyorsa fiilinden sorumlu tutulabilecek ve cezalandırılacaktır.

48 HATİPOĞLU /PARLAR, Seçim, s. 350

49 HATİPOĞLU /PARLAR, Seçim, s. 350; HATİPOĞLU Muzaffer, PARLAR Ali; Özel Ceza Yasaları, Yayın Matbaacılık Ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2003, s.307

50 DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 2.Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994, s. 399

51 TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku. Savaş Yayınevi, Ankara 1998, s. 41; MALKOÇ, s. 10

52 DÖNMEZER /ERMAN, 2.Cilt, s. 145

53 SOYASLAN Doğan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.390

54 HAKERİ, s. 44

55 HAKERİ, s. 168

Failin seçime katılan aday veya seçmen olmasının yâda seçme veya seçilme ehliyetinin bulunup bulunmamasının bir önemi bulunmamaktadır⁵⁶.

3. Suçun Mağduru

Maddenin kenar başlığından ve kanunun bu kısma ilişkin genel gerekçesinden de anlaşılacağı üzere suçun mağduru seçim kurullarıdır⁵⁷.

Seçim kurulları; 298 sayılı yasanın 10. maddesine göre, Ankara'da bulunan yüksek seçim kurulu, her seçim çevresinde oluşturulan il seçim kurulları, her ilçede oluşturulan ilçe seçim kurulları ve seçim bölgelerine konulacak her sandık için oluşturulan sandık kurullarıdır. Elbette kurullar soyut bir kavram olduğu için ve tüzel kişiliği bulunmadığından, biran için tüzel kişiliklerinin bulunduğu kabul edilse dahi tüzel kişiler, bir suçun işlenmesinden zarar görmüş olabileceklerine rağmen mağdur olamayacaklarından ve yine mağduru olmayan bir suç olamayacağından⁵⁸, suçun gerçek mağduru kurullarda görev alan seçim görevlileridir. Seçim görevlileri, seçim kurullarında görev alarak seçimin yürütülmesinde görevlendirilen tüm gerçek kişiler ile seçim kanununu uygulamakla görevli olan tüm gerçek kişilerdir. Cebir şiddet ve tehdit onlara yönelmekte ve bu surette kurulların çalışması engellenmektedir. Bu suç açısından, aynı zamanda toplumu oluşturan ve toplumda yaşama hakkına sahip olan herkes dahi suçun mağdurdur. Çünkü suçtan seçimlerin düzeninin bozulmasına ve adil olmayan seçim sonuçlarının ortaya çıkmasına bağlı olarak oy kullanan herkes oyunun neticeye varmaması nedeniyle mağdur olmuştur.

4. Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsurunu seçim kurullarının toplanmalarına veya görevlerini ifasına engel olunması oluşturur. Ancak suçun oluşabilmesi için failin seçim kurullarının toplanmasına veya görevlerini yerine getirmesine engel olmak amacıyla;

- Hileli faaliyetler,
- Herhangi bir biçimde cebir,
- Herhangi bir biçimde şiddet,

56 HATİPOĞLU /PARLAR, Seçim, s. 350

57 HATİPOĞLU /PARLAR, Seçim, s.347-350; TOSUN Kerim, ARTUÇ Mustafa, Türk Hukukunda Suçlar Ve Tüm Özel Ceza Yasaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s.1580; KAÇAK Nazif, AZAPAĞASI Alpaslan, Seçimin Temel Kavramları Ve Mahalli İdareler Seçimi İle Seçim Suçları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, s.163

58 ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 207

- Tehdit, hareketlerinden birine de girişilmiş olması gerekmektedir⁵⁹.

Bu hareketler seçimlik hareketler olduğundan failin yukarıdaki amacına ulaşabilmek amacıyla bunlardan en az birine girişmiş olması gerekmekte, hepsini birden kullanma şartı aranmamaktadır. Suçun oluşumu açısından bu böyle olmakla birlikte fail tüm hareketlere aynı amaç kapsamında başvurmuş ise suç oluşacak ancak bu durum cezanın tayininde göz önünde bulundurulacaktır.

Madde metninde “görevlilerin ifasına” ibaresi bulunmaktaydı. Biz bu çalışmanın ilk şeklinde burada bir yazım hatası olduğu kanaatinde bulunduğumuzu belirtmiştik. Daha sonra kabul edilen 5728 sayılı yasa ile maddede yapılan değişiklikle bu hata düzeltilmiş oldu.

Maddi unsuru oluşturan seçimlik hareketleri biraz daha yakından inceleyelim;

Hile; Türk Dil Kurumu'na göre, Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika anlamındadır⁶⁰. Hukuk sözlüğünde ise aldatma, yanıltma, bir kimsenin kendi davranış biçimi veya sarf ettiği sözler ile diğer bir kimseyi irade beyanında bulunmaya veya bir hukuki davranış yapmaya yöneltmek için yanlış bir fikir doğuşuna veya yanlış fikrin devamına bile neden olması şeklinde tanımlanmaktadır⁶¹. Bu açıdan bakıldığında, Hileli faaliyetler; seçim kurulunu aldatacak, yanıltacak, kurulda yada üyelerinde yanlış bir fikir doğmasına veya yanlış olarak doğmuş bulunan bir fikrin devamına neden olacak nitelikteki davranışlardır⁶².

Cebir; bir kimsenin isteğinin aksine olarak bir hareketi yapmaya veya yapmama zorlanmasıdır⁶³. Türk Dil Kurumu'na göre cebir kullanmak, bir işi yaptırmak için zora başvurmaktır⁶⁴. 5237 sayılı TCK'da ise cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir⁶⁵. Malkoç'a göre ise cebir, bir işi veya davranış yapması yada yapmamasını sağlamak üzere

59 HATİPOĞLU /PARLAR, Seçim, s. 351; KAÇAK / AZAPAĞASI, s. 257

60 <http://www.tdk.gov.tr/TR/sozbul.ASPX?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA&Kelime=cebir+kullanmak>, Erişim Tarihi:29.12.2007

61 YILMAZ, s.351

62 HATİPOĞLU /PARLAR, Seçim, s. 351

63 YILMAZ, s. 154

64 <http://www.tdk.gov.tr/TR/sozbul.ASPX?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA&Kelime=cebir%20kullanmak>, Erişim Tarihi: 29.12.2007

65 Bakınız; 5237 sy TCK'nin 108. madde gerekçesi...

kişiye karşı maddi zor kullanılmasıdır⁶⁶. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Cebri halinde kişinin iradesi esir alınmakta ve kişide seçim hakkı bulunmamaktadır. Cebri kullanan diğerini esir almakta ve bu esarete mukavemet ve kurtulma imkânı bulunmamaktadır. Böylece cebir altına alan, cebir altında olanı alet durumuna veya uzanmış bir eli durumuna getirmektedir⁶⁷. Konumuz açısından da cebri kullanan fail, cebirini seçim kurullarında çalışanlara yöneltmekte ve bu sayede kurulların toplanmasına ve görevlerini yerine getirmelerine engel olmaktadır.

Bu noktada bir başka sorun karşımıza çıkmaktadır. Cebir aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir. Cebir sonucunda seçim görevlilerinin yaralanması durumunda ayrıca yaralamadan da ceza verilecek midir? 5237 sayılı TCK'daki cebir açısından sorun cezalandırma sistemi ile çözülmüş görünmektedir. Çünkü yaralamanın şekline göre ceza tayinine başlanılacak ayrıca cebir nedeniyle cezada artırım yapılacaktır. Konumuz açısından böyle bir sistem, 5237 sayılı TCK ile özel ceza yasalarına ilişkin uyum çalışmasında da yoktur. Uyum yasasında bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce burada 5237 sayılı TCK'nın 109/son maddesindeki gibi bir ölçü kabul edilmeli ve belli bir derecenin üzerindeki yaralamalar ayrıca kasten yaralama kapsamında da değerlendirilerek ayrıca yaralamadan da cezalandırma yolu tercih edilmelidir.

Tehdit; bir kimsenin yasada yazılı durumlar dışında, başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirmesidir⁶⁸. Tehditte henüz bir zarar gerçekleşmiş değildir. İlerde gerçekleşeceği bildirilen bir zarar söz konusudur. Tehdit edilen kimse, kendisinden istenildiği şekilde hareket edilip görevin yapılmamasını kabul etmek yahut tehdidin uygulanmasına razı olarak gerçekleştirileceği bildirilen zarara katlanmak şıklarından birini seçmek durumunda bırakılmaktadır⁶⁹.

66 MALKOÇ, s. 786

67 SOYASLAN, s. 440

68 YILMAZ, s. 889

69 DÖNMEZER /ERMAN, 2.Cilt, s. 312

Şiddet, Türk Dil Kurumu sözlüğünde, karşıt görüşte olanlara, inandırma veya uzlaştırma yerine kaba kuvvet kullanma, şeklinde tanımlanmaktadır. Şiddete başvurmak ise kaba kuvvet kullanmak olarak tanımlanmıştır⁷⁰. Bu kavramın cebirden farkı, kanaatimizce mutlaka insanlara karşı kullanılmasının zorunlu olmamasında yatmaktadır. Örneğin, seçim sandığının kurulu bulunduğu okul sınıfının camlarını kırarak, çok soğuk havada görevlilerin görevlerini yapmalarına engel olmaya çalışmak bu kapsamda değerlendirilebilir.

Netice itibari ile suçun maddi unsurunu yukarıda açıklamaya çalıştığımız hileli faaliyetler ile veya cebir veya şiddet veya tehdit kullanarak seçim kurullarının toplanmalarına veya görevlerini yerine getirmelerine engel olmak oluşturmaktadır. Yani cebir şiddet, tehdit, hileli faaliyet olmaksızın seçim kurullarının toplanmalarına veya görevlerini yerine getirmelerine engel olunması durumu suçun oluşumu açısından yeterli olmamaktadır. Bunun yanında saydığımız unsurlardan en az bir tanesinin daha bulunması gerekmektedir.

5. Suçun Manevi Unsuru

Kasten işlenebilir. Taksirle işlenilebilen suçlardan değildir. Failin, seçim kurullarının toplanmalarına ve görevlerinin ifasına engel olmak kastı ile hareket ettiğinin bilincinde olması gereklidir. Fail hem hareketi ve hem de neticeyi öngörmüş ve gerçekleştirmeyi istemiş olmalıdır. Bu doğrudan kasttır. Fail hareketi istemiş ancak neticeyi öngörmüşse fail olası kast altındadır. Kastın bu türünün varlığı için, failin hareketi yaparken neticeyi tasavvur etmiş olması yeterlidir ve fail yine sorumludur⁷¹. Fail eylemini isteyerek gerçekleştirmekte, aslında doğrudan istemese bile maddi unsurdaki neticeyi öngörmekte olduğu halde, kayıtsız kalarak olursa olsun demekte ve sonuç meydana gelmektedir⁷². Öyleyse failimizin cezalandırılabilmesi için kasten ve olası kastla hareket ettiğinin sübut bulması gerekmektedir⁷³.

Peki, bu bilme ve isteme hangi zamanda bulunmalıdır ki fail cezalandırılabilsin? Suçun oluşması için kast sadece fiilden önceki durumları kapsamamalı hareketin ön şartlarını, hareketle beraber olan şeyleri, unsurları da kapsamalıdır⁷⁴. Öyleyse hareketin yapıldığı esnada kastın varlığı

⁷⁰ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE>, Erişim Tarihi: 29.12.2007

⁷¹ SOYASLAN, s. 415

⁷² BAKICI, s. 282

⁷³ Bakınız; YTCK'nın 21. maddesi

⁷⁴ SOYASLAN, s.417

aranmalı neticenin gerçekleştirildiği ana kadar bu uzatılmamalıdır. Yani hareketin yapıldığı esnadaki kastın varlığı sübut için yeterli olacaktır.

Manevi unsur bakımından üzerinde durulması gereken bir konu da failde kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin bulunmaması gerektiğidir. Kusurluluğun temeli, yaptığı fiilin hukuki sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği olan failin, seçme özgürlüğüne sahip olmasıdır. Eğer failin fiili işleme veya işlememe özgürlüğü yoksa kusursuz saymak gerekir. Gerçekten bazı sebepler, failin fiili işleme özgürlüğünü ortadan kaldırırlar. Failin bu durumda aslında suç olan fiili işlemekten başka seçeneği yoktur. Bu şekilde kusurluluğu ortadan kaldıran nedenleri kaza ve tesadüf, mücbir sebep, cebir, korkutma ve tehdit, yanlışlık ve sapma olmak üzere beş gruba ayırabiliriz⁷⁵. Failde kusurluluğu ortadan kaldıran bu sebeplerin bulunmaması gereklidir.

6. Hukuka Uygunluk Nedenleri

5237 sayılı TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran yada azaltan nedenler başlığı altında düzenlenen nedenler fiilin hukuka aykırı olmasını önler ve dolayısıyla onun hukuken meşru veya hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlar. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak ceza kanunu tarafından yasaklanmış olan bir fiilin, bu fiilin işlenmesine yetki veren veya onu emreden bir normun varlığı nedeniyle suç sayılmasını engelleyen özel durumlar olarak tanımlanabilir. Hukuka uygunluk nedenleri objektif bir etkiye sahiptirler, yani sadece var olmaları etkilerini göstermeleri için yeterlidir. Failin bu konudaki düşüncesi, inancı önem taşımaz. 5237 sayılı TCK'da sayılan hukuka uygunluk nedenleri; görevin yerine getirilmesi, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması, hak sahibinin rızasıdır⁷⁶.

Bunlardan hiçbirisinin inceleme konusu suçta uygulama alanı bulamayacağı düşüncesindeyiz. Örneğin, sandık kurulunu alıkoyan bir şüphelinin meşru savunma yada hakkın kullanılmasına dair bir savunma getirmesi mümkün olmayacaktır.

⁷⁵ SOYASLAN, s.436-437

⁷⁶ TOROSLU,2005, s. 135-168; HAKERİ, s. 258; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 279

7. Suça Tesir Eden Haller

Suçun varlığından bağımsız olarak bir suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını, dolayısıyla cezanın arttırılması veya azaltılmasını gerektiren hallerde suça tesir eden haller adı verilir⁷⁷.

Çalışmamızın konusu suçun cezasını ağırlatıcı nedenler özel olarak, 298 sayılı kanununun 133/2 maddesinde düzenlenmiştir: Maddenin 1. fıkrasında yazılı fiillerin;

1- Silahla işlenmesi,

2- Aralarından biri silahlı en az üç kişi tarafından birlikte işlenmesi, cezayı ağırlatıcı nedenlerdir.

Aralarında ittifak iradesi bulunmasa bile içlerinden en az ikisi silahlı üçten fazla kimseler tarafından işlenmesi hali maddenin önceki halinde bir ağırlatıcı neden iken, maddenin yeni halinde bu durum ağırlatıcı neden olmaktan çıkarılarak madde nispeten sadeleştirilmiştir. Tarafımızca buda olumlu karşılanmaktadır.

Cezayı hafifletici özel neden madde de gösterilmemiştir. Cezayı hafifletici ve ağırlatıcı genel nedenler, örneğin, haksız tahrik, takdiri hafifletici nedenler uygulama alanı bulabilecektir.

8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

Teşebbüs 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde tanımlanmıştır. Söz konusu maddeye göre, kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıpta elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması durumu teşebbüstür.

Bir başka ifadeyle, gerçekleştirmek için suçun icrasına başlandığı ancak failin iradesinden bağımsız nedenlerle neticeyi gerçekleştiremediği hallerde teşebbüs söz konusudur⁷⁸. İşte failin icrasına başlamakla birlikte elinde olmayan nedenlerle tamamlanamayan suçlara da teşebbüs halinde kalmış suçlar denilir. Ceza kanununda teşebbüse ilişkin düzenleme olmasaydı faili teşebbüsten dolayı cezalandırmak mümkün olmazdı.

Suçun işlenmesindeki aşamalar, suçun işlendiği süreç, yani suç yolu⁷⁹ şu şekilde ifade edilebilir; 1. aşamada suç fikrinin ortaya çıkması vardır ki bu

⁷⁷ SOYASLAN, s. 455

⁷⁸ SOYASLAN, s. 256.; MALKOÇ, s. 232; HAKERİ, s. 334; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 417

⁷⁹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 417

düşünce aşaması olduğundan ceza hukukunun müdahalesi dışındadır. 2. aşamada hazırlık hareketleri vardır ve bazı istisnalar dışında bu da cezalandırılmaz. 3. aşamada icra hareketlerinin başlaması ve suçun tamamlanması vardır. Suçun tamamlanması ile netice gerçekleşir⁸⁰. İşte teşebbüs bu üçüncü aşamada var olan bir durumdur. Öyleyse teşebbüsün varlığı için; suç tipinin teşebbüse müsait olması, suç işleme kastının varlığı, suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlanması ve failin işlemeyi kastettiği suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması şartlarının hepsinin birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir⁸¹.

Teşebbüs halinin varlığının tespiti halinde failin alacağı cezada indirim yapılacaktır. Yapılacak indirim miktarının tespitinde hâkim meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını göz önünde bulunduracaktır.

Konumuz olan suç ise kanaatimizce teşebbüse müsaittir. Fail seçim kurullarının toplanmasına ve görevlerini ifaya engel olmak üzere elverişli vasıta ile icrayı başlanmış ancak elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamamışa teşebbüsten sorumlu olacaktır.

b. İştirak

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi durumunda iştirak hali vardır⁸². Başka bir ifade ile tek failli bir suçun, bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinde suça iştirak vardır⁸³. Ancak iştiraki zorunlu olarak birkaç fail tarafından işlenen çok failli suçlarla karıştırmamak gerekir. Bu suçların işlenebilmesi için zorunlu olarak birden fazla failin bulunması gereklidir. Yasadışı örgüt kurma, kamu görevini terk veya yapmamak, hükümlü veya tutukluların ayaklanması, rüşvet suç eşyasının satın alma, bu tip suçlara örnek olarak sayılabilir. Çalışma konumuz suç bu tip suçlardan değildir. Dolayısıyla iştirakin her türlü bu suç açısından uygulama alanı bulabilir. Ayrıca nitelikli hallerde belirttiğimiz gibi suçun, üç veya daha fazla şüpheli tarafında birlikte gerçekleştirilmesi durumu içlerindeki silahlı kişi sayısına göre ağırlatıcı neden sayılmıştır.

80 ÖZBEK Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 396

81 ÖZBEK, s. 399-404; HAKERİ, s. 337; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 417

82 SOYASLAN, s. 471

83 BAKICI, s. 720; HAKERİ, s.366; MALKOÇ, s. 248; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 248

c. İçtima

İşlenen suçta, tek eylemle birden fazla hukuki yararın yâda farklı eylemlerle aynı hukuki yararın ihlal edilmiş olmasına suçların içtimaı denilmektedir⁸⁴. Başka bir ifadeyle bir birey ceza kanununu birden çok ihlal ettiğinde ve dolayısıyla birden çok suçtan sorumlu olduğunda suçların içtimaı söz konusudur. Bu durum birden çok fiil ile kanunun aynı hükmünün birden çok ihlal edilmesi veya birden çok hükmünün ihlal edilmesiyle ortaya çıkabileceği gibi, bir fiil ile kanunun birden çok hükmünün ihlal edilmesiyle de ortaya çıkabilir⁸⁵.

İnceleme konusu suç açısından özel bir düzenleme olmadığı için genel hükümler burada da geçerlidir. Yani aynı seçim kurulunun çalışmasını önlemeye yönelik olarak değişik zamanlarda aynı fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda yasada özel bir düzenleme bulunmadığı için TCK'nın 43/1 maddesi uygulama alanı bulacaktır. İçtimaın, bir fiille birden fazla kişinin mağdur edilmesi durumu burada özellik arz etmektedir. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tekbir fiille gerçekleştirilmesi durumunda normal koşullarda TCK'nın 43/2 maddesi uygulama alanı bulacaktır. Ancak inceleme konumuz suç açısından bu maddenin uygulanma kabiliyetinin oldukça az olduğu düşüncesindeyiz. Suçun mağduru yukarıda da belirttiğimiz üzere seçim kurullarıdır ve kurul olması nedeniyle zaten tek bir fiille suç birden fazla kişiye karşı işlenecektir. Bu madde, belki tekbir fiille birden fazla seçim kurulunun işleyemez hale getirilmesi durumunda bu suç için işlerlik kazanabilir. Ancak o ihtimalin de oldukça güç olduğunu düşünüyoruz.

Bu suçla ilişkin olarak bir konuyu açıklamakta fayda vardır. Açıklamaya çalıştığımız suçun unsuru olan cebir, aynı zamanda 5237 sayılı TCK' da da ayrıca suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

“Cebir

MADDE 108. - [I] Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.” hükmü karşısında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu hüküm genel hüküm niteliğindedir ve sonraki tarihlidir. Acaba, bu hüküm karşısında halen daha 298 sayılı kanunun 133. maddesinde ki cebirle ilgili kısım yürürlükte midir? Burada hangi kanunun

84 ÖZBEK, s. 454; HAKERİ, s. 415; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 493; MALKOÇ, s. 270

85 TOROSLU, 2005, s. 310

uygulanacağına belirlenmesi sorunu kendisini göstermektedir. Eğer aynı konuyu düzenleyen normların her ikisi de genel yâda özel nitelikteyse, sonraki öncekini ilga edeceğinden ebetteki sonraki uygulanacaktır. Aynı konuyu iki ayrı kanunun veya aynı kanunun iki ayrı hükmü düzenlemiş ise, özel kanun veya özel hüküm, genel kanuna veya genel hükme istisna teşkil ediyor demektir. O halde özel kanun veya özel hüküm uygulanacaktır⁸⁶. Tabi bu durum çatışır gibi gözükse iki norm arasında genellik özellik ilişkisini gerektirir ve bu durumda özel normun genel normun üzerinde üstünlüğe sahip olduğunu ve onun uygulanmasını bertaraf ettiği kabul edilir. Buna da özel normun önceliği ilkesi denilmektedir⁸⁷. Bu açıklamalar ışığında bakıldığında bu konuda sorun aydınlanmaktadır; yasa koyucu cebir seçim kurullarını çalıştırmamak amacıyla gerçekleştirilmesine özel bir önem atfetmiş ve bunu daha ağır olacak şekilde özel kanunda düzenlemiştir. Sonraki tarihli ve daha genel kanun niteliğinde olan 5237 sayılı TCK açıkça bu kanunu yürürlükten kaldırmadığına göre 298 sayılı kanunun 133. maddesi de halen yürürlükte ve seçim kurullarındaki görevlilere karşı görevlerini engellemek amacıyla cebir kullanılması haline de bu madde uygulanacaktır. TCK'daki cebir genel, 298 sayılı kanundaki cebir ise daha özel bir düzenlemedir.

İçtima ilişkisi olarak incelemeye çalıştığımız suçun bileşik suç niteliği taşıdığını da belirtelim. Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir⁸⁸. İnceleme konusu suçta da böyle bir durum bulunmaktadır. Fail yukarıda açıkladığımız şekilde cebir ve şiddet kullanarak yada tehdit ederek seçim kurullarını toplanmalarına veya görevlerinin ifasına engel olmaktadır. Bundan da anlaşılacağı üzere fail hem TCK'nın 106. maddesindeki tehdit veya 108. maddesindeki cebir suçu ile birlikte TCK'nın 109. maddesindeki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının gerçekleştirilmektedir. Maddenin yazım tarzından da anlaşılacağı üzere bu suçta hem cebir veya tehdit hem de hürriyetinden yoksun bırakma suçları birbirinin unsurunu oluşturmaktadır. Yani bu suçlar birleşerek inceleme konumuz suçu oluşturmaktadır. Bu nedenle bileşik suç niteliği taşımaktadır.

86 SOYASLAN, s.109-110

87 TOROSLU Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ekim 2005, Ankara, s. 84-85

88 5237 Sayılı TCK madde 42

9. Yaptırım, Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Maddenin birinci fıkrasındaki suçun basit halinin yaptırımını *iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır*. Görevli mahkeme bu cezanın üst sınırı dikkate alınarak belirlenecek ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereğince asliye ceza mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılacaktır.

Maddeni ikinci fıkrasındaki nitelikli hallerden 1. cümledeki silahla işleme halinde verilecek hapis cezanın miktarı *üç yıldan aşağı olamayacaktır*. Bu durumların varlığı halinde de görevli mahkeme aynen yukarıda belirtildiği gibi belirlenecek ve asliye ceza mahkemesi görevli olacaktır.

2. fıkranın 2. cümlesindeki nitelikli hallerin varlığı halinde, yaptırım *beş yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası* olacaktır. Bu durumda, maddedeki üst sınır nedeniyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi gereğince ağır ceza mahkemesi görevlidir.

Yetkili mahkeme konusunda özel bir hüküm bulunmadığından genel hükümler uygulanacaktır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesi gereğince suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili mahkemedir.

10. Suçun Uygulamada Kabul Edildiği Haller

Uygulamada, mahallesinin başka bir beldeye bağlanmasına karşı çıkan sanığın, seçim sandığına elkoyup görevlilere vermemesi, güvenlik kuvvetlerinin müdahalesine rağmen bu yöndeki olumsuz tavrını ısrarla sürdürmesinin bu suçu oluşturduğu kabul edilmiştir⁸⁹.

B. Haksız Oy Temini Suçu

"Madde 152 - (Değişik fıkra: 10/06/1983 - 2839/49 md.) Her kim kendisine veya başkasına oy veya tercih işareti verilmesi veya verilmemesi için bir veya birkaç seçmene menfaat, sair kıymetler teklif ve vadeder veya verir, yahut resmi, umumi vazifeler veya hususi hizmet ve menfaatler vait veya temin ederse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Verilen, vait veya temin edilen menfaatler seçmenin seyahat, yemek, içki ve nakil masrafları veya hizmetlerinin mukabili olarak gösterilse dahi hüküm aynıdır.

Yukarda yazılı para, menfaat, vait veya hizmetleri kabul eden seçmen dahi aynı ceza ile cezalandırılır.

⁸⁹ 8.CD., 27.01.1997, 15372-526. HATİPOĞLU /PARLAR, Seçim, s.351

Bu fiilleri, tehdit veya cebir veya şiddet kullanarak işleyenler hakkında ceza, bir misli artırılarak hükmedilir⁹⁰.”

Suç toplantı heyetlerine karşı suçlar yan başlığı altında düzenlenmiştir. Öncelikle bunu doğru bulmadığımızı belirtelim. Aşağıda da belirteceğimiz üzere bu suç herkesin oy verirken serbest iradesiyle hareket etmesini korumaya yönelik bir suçtur. Seçim kurullarının çalışmasına yönelik olarak bir işlev görmemektedir. Suçun kendi yan başlığının olması gerektiğini düşünmekteyiz. Suça en uygun yan başlığın yukarıda belirtildiği üzere “Haksız Oy Temini Suçu” olacağı düşüncesindeyiz.

1. Korunan Hukuksal Değer

Demokrasinin temel şartı, seçmen yeterliğine sahip her vatandaşın oyunu kullanmak suretiyle ülke idaresine katılmasıdır⁹¹. Bu şartın gerçekleşmesi de serbest bir şekilde oy kullanmaya imkân verecek ortamın gerçekleştirilmesine bağlıdır. Aksi takdirde yapılan işleme seçim demenin imkânı olmayacaktır. Zira vatandaşın dayatma suretiyle oy kullanması gerek anayasamıza ve gerekse seçim yasalarına aykırıdır. Gerçekten Anayasanın 67. maddesi ile vatandaşlara tanınan seçme, seçilme ve bağımsız olarak siyasi faaliyette bulunma hakları ihlal edilmekte öte yandan seçimlerin serbest ve eşit esaslarda gerçekleştirilmesi ortadan kaldırılmakta ve böylece anayasanın çok önemli bir buyruğu eylemli olarak işletilemez hale gelmektedir⁹². İşte tam bu noktada üzerinde çalıştığımız suçun koruduğu hukuksal değer ortaya çıkmaktadır. Hukuksal anlamda önem ifade eden bu değer Anayasamızın 67. maddesinde düzenlenmiş bulunan serbest olarak seçme ve seçilme hakkıdır.

2. Suçun Faili

Madde “herkim” ibaresi ile başladığı için ceza ehliyeti olan herkes suçun faili olabilir. Maddenin 2. fıkrası uyarınca para, menfaat, vaat veya hizmetleri kabul eden seçmen de bu fıkra uyarınca faildir⁹³. Failin seçmen olup olmaması bu anlamda bir önem arz etmemektedir. Yani suç oluşturan eylemleri gerçekleştiren kişi suça konu seçimlerde seçmen olmasa dahi suç oluşur. Failin seçimlerde aday olup olmamasının da suçun oluşumunda bir önemi bulunmamaktadır. Ancak birinci fıkra açısından seçimlerde aday olan bir failin kedisine oy verilmesini sağlamak amacıyla sayılan fiilleri gerçekleştirmesi durumunda da suç yine oluşacaktır. Failin görev ve sıfatının

90 TC. Adalet Bakanlığı, Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat Programı, 7.5

91 YAVUZ, s. 14

92 YAVUZ, s. 16

93 HATİPOĞLU / PARLAR; Seçim, s. 412

suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle özgü suç değildir. Bu açıdan bakıldığında suçun üst düzey bir kamu yöneticisi yada seçimlerin yönetim yada denetiminde yer alan bir kişi olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Çarpıcı olması bakımından örnek olarak verecek olursak, seçim zamanına adalet bakanı olan kişinin görünmeyecek şekilde ilişki içinde bulunduğu bir partiye oy vermesini sağlamak amacıyla bir kimseye seçimden sonraki süreçte bir atama veya makam sözü vermesi halinde de suç oluşmuş olacak ve bakan suçun faili olabilecektir.

3. Suçun Mağduru

Kendilerine oy verilmesi için suç kapsamındaki eylemlere müracaat edilenlerin dışındaki adaylar ile kendisine oy verilmemesi için bahse konu eylemlere müracaat edilen adaylar suçun mağdurdur.

Maddenin üçüncü fıkrası açısından bakılacak olursa, tehdit, cebir, şiddetle oyunu temin etmeye yönelik olarak, haksız bir menfaat vaat edilen fakat kabul etmeyen seçmen de yukarıdakilere ilave olarak mağdurdur. Haksız olarak vaat veya temin edilen menfaati kabul eden seçmen bu anlamda suçun mağduru olamaz. Çünkü maddenin ikinci fıkrası gereğince artık bu seçmen suçun faili olacaktır.

Bazı suçlarda, suç tanımında, mağdur olan kişide insan olmanın dışında başka özel nitelikler de aranabileceği doktrinindeki bazı yazarlarca savunulmaktadır⁹⁴. Kamu görevlisi, çocuk, yargı görevi yapan gibi... İncelemekte olduğumuz suçta yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere böyle bir durum gözükmemektedir. O da suçun mağdurunun ancak adaylar olabileceğidir. Bu anlama bakıldığında faillik bakımından değil de mağdurluk bakımından bir özgünlük durumu gözükmemektedir.

4. Suçun Maddi Unsuru

Maddenin birinci fıkrasındaki suçun maddi unsurunu ikiye ayırarak incelemek gerekir;

1. Failin kendisine veya desteklediği bir başkasına oy veya tercih işareti verilmesini sağlamak amacıyla seçmene,

a. Menfaat, sair kıymetler teklif etmesi veya vaat etmesi veya vermesi,

b. Resmi umumi görevler veya özel hizmet ve menfaatler vaat etmesi veya temin etmesi,

2. Failin desteklemediği başkasına oy verilmemesi için seçmene, yukarıdaki menfaatleri temin yada vaat etmesi suçun maddi unsurunu oluşturur.

⁹⁴ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 209

Sayılan hareketler seçimlik hareketler olup, failin bunlardan bir tanesine belirtilen amaçlar doğrultusunda müracaat etmesi suçun oluşumu açısından yeterli olacaktır. Menfaatin vaadi suçun oluşumu açısından yeterli olup, menfaatin temin edilmiş olması şartı ayrıca aranmamaktadır. Yine, menfaatin karşı tarafça kabul edilmesi şartı da bulunmamaktadır. Menfaati kabul eden seçmenin durumu ikinci fıkrada ayrıca düzenlenmiştir. Ancak bu fıkra anlamında suçun oluşması için menfaatin seçmen tarafından kabul edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Madde metninde menfaatin temin edilmesi de sayıldığından, menfaatin vaat edilmekle kalınmayıp ayrıca temin edilmiş olması durumunda ceza adaleti açısından doğru olmayan bir netice ortaya çıkmaktadır. Menfaatin vaat edilmesiyle yetinilmeyip ayrıca temin edilmiş olması durumunun, ayrı bir artırım nedeni olarak kabul edilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Madde metninde menfaatin temin edilmiş olması suçun unsurları arasında sayıldığından bu konu temel cezanın tayininde de ayrıca göz önünde bulundurulamayacaktır. Bu nedenle maddenin değiştirilmesi ile menfaatin vaat edilmesiyle kalınmayıp ayrıca temin edilmiş olmasının ağırlatıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü ceza adaleti açısından, vaat etmekle yetinmeyerek haksız bir menfaati hukuk dışı bir amaç için yerine getirmiş olanla, sadece vaat etmiş olanın aynı kefeye konulmaması gerekir. İlk olasılıkta suçluluk kastı daha yoğundur ve bu da cezasının ceza adaleti açısından daha ağır olmasını gerekli kılmaktadır.

Yapılan vaat ve veya temin edilen menfaatin, seçmenin seyahat, yemek, içki, nakil masraflarının karşılığı veya yapmış olduğu hizmetlerin karşılığı olarak gösterilmesinde dahi suçun oluşacağı fıkranın ikinci cümlesinde belirtilmiştir. Bu tespit kanımızca isabetli bir tespittir ancak yeterli değildir. Çünkü bu durumda da haksız bir şekilde oy temin etmeye yönelik olarak menfaat vaadi veya temini vardır. Ancak bu durumda buna ilave olarak bahse konu menfaatin dışarıdan anlaşılmasını önlemeye yönelik bir faaliyet vardır. Bahse konu haksız çıkarın dışardan anlaşılmamasını sağlamaya yönelik olarak menfaat bir hizmet karşılığı gibi gösterilmeye çalışılmaktadır. Bu durumda suçun anlaşılması daha da güçleşeceğinden ve bu durum failin kastının yoğunluğunu göstereceğinden, kanaatimizce ağırlatıcı bir nitelikli bir hal olarak düzenlenmeliydi.

Maddenin ikinci fıkrasında bahse konu para, menfaat ve vaatleri kabul eden seçmenin de cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu anlamda seçmenin cezalandırılabilmesi için menfaatin mutlaka seçmenin hâkimiyet alanına geçmesi gerekmektedir. Vaadi kabul etmek dahi suçun oluşumu açısından yeterlidir. Birinci fıkra ile ilgili olarak yaptığımız menfaatin vaadi ile temini arasındaki farka yönelik eleştirilerimiz aynen burada da geçerlidir. Çünkü

vaadi kabul eden seçmenin durumu ile temin edilmiş bir menfaati kabul eden seçmenin durumunun aynı olmaması gerekir.

5. Suçun Manevi Unsuru

Suçun taksirli hali açıkça düzenlenmemiş olduğundan suç kasten işlenilebilen suçlardandır. Ancak bu suç açısından üzerinde durulması gereken önemli bir husus vardır. Madde metnine göre, suçun oluşması ve failin cezalandırılabilmesi için failin özel kastla hareket etmesi gereklidir. Özel kast, kanunun suç unsuru veya ağırlatıcı sebep olarak kabul ettiği hallerde, failin belli bir saikle hareket etmesinin yani, bilme ve istemeden başka, belli bir saikle hareket etmiş olmasının şart koşulduğu hallerde söz konusu olan kasttır. Bu sebeple failin sadece maksadı istemesinin yeterli olduğu hallerde genel kast, bundan başka belli bir saikle hareket etmiş olmasının arandığı hallerde özel kast vardır⁹⁵. Yeni TCK'nın sisteminde, amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türü değildir. Bu bakımdan, artık TCK sisteminde genel kast-özel kast ayrımı terkedilmiştir. Ancak burada olduğu gibi adına ne denirse denilsin amaç veya saik, bazı suçlar açısından, suçun temel şekline ilişkin bir unsur teşkil etmektedir⁹⁶.

İncelediğimiz suçta da böyle bir durum vardır. Suçta kast aslında haksız bir menfaat temin etmeye veya vaat etmeye yönelik olarak vardır. Bilme ve isteme unsurları haksız menfaatin vaat veya teminine yönelik olarak aranılacaktır. Ancak suçun oluşabilmesi için madde metninden de anlaşılacağı üzere, failin bu haksız vaat veya temini;

I. Ya kendisine veya başkasına oy veya tercih işareti verilmesini temin etmek için,

II. Ya da başkasına oy veya tercih işareti verilmemesini temin etmek için yapması gerekmektedir. Yani failin bu saiklerle hareket etmesi halinde ancak suç oluşacaktır. Bu nedenle suç ancak özel kastla işlenilebilen bir suçtur.

Maddenin ikinci fıkrası içinde bu açıklamalarımız aynen geçerlidir. Çünkü seçmenin cezalandırılabilmesi için menfaat vaadi veya teminini, başkasına oy vermek yada vermemek saiki ile kabul etmesi gerekmektedir. Menfaatin bu saikle kabul edildiğinin ispatlanamaması halinde seçmen olan fail cezalandırılmayacaktır. Öyleyse bu suç da özel kastla işlenilebilen suçlardandır.

95 DÖNMEZER / ERMAN, 2.Cilt, s.231

96 ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 269-270

6. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak yasada herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle TCK'daki hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç açısından uygulanıp uygulanamayacağına bakmak gerekmektedir. Bu suç açısından da TCK'da sayılan yukarıda tek tek saydığımız hukuka uygunluk nedenlerinden hiçbirisinin inceleme konumuz suç bakımından uygulama alanı bulamayacağı kanaatindeyiz. Örnekler vererek konuya bakmak gerekirse, adayı olduğu partiye oy verilmesini sağlamaya çalışan şüphelinin seçmenleri tehdit ederek oy temin etmeye çalışması durumunda meşru müdafaada bulunduğunu iddia etmesi, yada belli bir partiye oy verdiği taktirde terfi ettirileceği teklifini alan bir memurun bunu kabul etmesi durumunda terfi etmenin bir hak olduğunu dolayısıyla meşru bir hakkını kullandığından bahsetmesi mümkün olmayacak ve bu durum kabul görmeyecektir.

7. Suça Tesir Eden Haller

Maddede sayılan eylemlerin tehdit, cebir veya şiddet kullanılarak gerçekleştirilmesi durumu ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak 3. fıkrada kabul edilmiştir. Bu nitelikli halin olayda uygulanabilmesi için, sayılanların tümünün birlikte gerçekleştirilmesi şartı bulunmayıp, tehdit cebir, şiddet eylemlerinden herhangi birine yukarıda açıkladığımız özel kastla başvurulması durumunda nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır.

Tam bu noktada şöyle bir soru sorulabilir; maddedeki fiiller, haksız oy temin etmeye yönelik olarak, haksız bir menfaat temin veya vaat etmek olduğuna göre, failin herhangi bir menfaat teklif veya vaat etmeksizin seçmenin oyunu salt tehdit, cebir, şiddetle temin etmeye çalışması durumunda da bu nitelikli hal uygulanabilecek midir?

Kanaatimizce bu soruya verilecek yanıt olumsuz olacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 2/3 maddesine göre suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında kıyas yapılamaz⁹⁷. İşte bu nedenle, maddi ceza hukukunun suç ve cezaları belirleyen hükümleri bakımından kıyas yoluyla genişletme yapılamayacağına⁹⁸ göre, TCK'nın bu hükmünü ceza hukukunda failin aleyhine kıyas mümkün değildir şeklinde anlamamız gerekir⁹⁹. Bu açıklamalar doğrultusunda sorduğumuz soruya olumsuz cevap verecek ve bu nitelikteki fiilleri bu kapsama sokamayacağız. Ancak bu nitelikteki

97 SOYASLAN, s. 118

98 DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir; Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1.Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994, s. 19

99 SOYASLAN, s. 118

davranışları gerçekleştirenler Türk Ceza Kanunu'nun tehdit ve cebirle ilgili genel hükümlerine göre cezalandırılabilirler.

8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

Bu suç teşebbüs açısından kanaatimizce önem arz etmektedir. Suçun oluşması açısından haksız menfaatin teklif edilmiş olması yeterlidir. Kabul edilme şartına bağlı değildir. Bu açıdan bakıldığında suç neticesi harekete bitişik suç intibasını uyandırmaktadır. İcrai yada ihmali hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığının kabul edildiği bu tip suçlarda, hareketin yapılmasıyla sonuç meydana geldiğinden, yani yapıcı davranışların sona ermesi ile sonucun alınması arasında bir zaman dilimi olmayacağından kalkışmaya elverişli değildir. Sonuç harekete bağlı olup ondan ayrılmadığı için suçun icra hareketi yapıldığı halde engel nedenlerle sonucun alınmadığı ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ileri sürülemez¹⁰⁰. Dolayısıyla teşebbüs, esas itibariyle neticesi hareketten ayrılabilen suçlar bakımından sözkonusu olabilir¹⁰¹. Bu açıklamalar doğrultusunda yukarıda açıkladığımız özel kastla, haksız menfaatin teklif edildiği anda, karşı tarafın kabulüne yada başkaca herhangi bir unsura bağlı olmaksızın suç tamamlanmış olacağından bu suç da kanaatimizce teşebbüse müsait değildir. Ancak istisnaen neticesi harekete bitişik suçlar da teşebbüse müsait hale gelebilir. Nitekim icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde bu suçlar teşebbüse müsaittir¹⁰². Örneğin mektupla yukarıda belirtilen amaç doğrultusunda haksız menfaat vaadinde bulunulması durumunda mektubun yazılıp postaya verilmesi ile icra tamamlanmış, mektubun herhangi bir şekilde muhataba ulaşmaması halinde ise suç teşebbüs halinde kalmış olur.

b. İştirak

Yukarıda incelediğimiz suça ilişkin olarak iştirakin mahiyetiyle ilgili olarak yapmış olduğumuz açıklamalar aynen bu suç içinde geçerlidir. Bu suçta da iştirakin tüm şekilleri kanaatimizce uygulama alanı bulabilir. Bu duruma örnek vermek gerekirse; A partisinin ilçe başkanının ilçedeki bir aşiretin reisi olarak görünen kişiyle konuşarak, aşiret olarak kendi partilerine oy vermeleri konusunda anlaşması ve aşiret reisinin de aşiret mensuplarına bu partiye oy verenlere para dağıtacağını söylemesi durumunda, parti ilçe

¹⁰⁰ BAKICI, s. 659

¹⁰¹ HAKERİ, s. 351

¹⁰² BAKICI, s. 659, HAKERİ, s. 351

başkanı fiilen herhangi bir vaatte bulunmamış olsa dahi azmettiren sıfatıyla sorumlu olacaktır.

c. İctima

İctimaa ilişkin Türk Ceza Kanunu'ndaki genel hükümler bu suç açısından da geçerlidir. Yukarıda bahsettiğimiz özel kast kapsamında aynı mağdura karşı seçim süreci içerisinde değişik zamanlarda birden fazla kez değişik niteliklerde menfaat vaadinde bulunulması halinde TCK'nın 43/1 maddesindeki zincirleme suç, şüphelinin bir kahvehaneye girerek içerdeki herkese hitaben oylarını emin etmeye yönelik olarak haksız menfaat (örneğin partisine oy veren herkese belli bir miktar para dağıtılacağını söylemesi) vaat etmesi durumunda TCK'nın 43/2. maddesindeki zincirleme suç hali uygulama alanı bulacaktır.

9. Yaptırım, Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Maddenin ilk iki fıkrasındaki yaptırım miktarı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun nitelikli halini düzenleyen üçüncü fıkradaki yaptırım miktarı ise bunun bir misli artırılmış miktardır. Belirlenen temel cezaya, belirlenmiş miktar kadar daha ilave yapılarak bu fıkradaki yaptırım miktarına ulaşılabılır. (a+a) Öyleyse bu fıkradaki yaptırım miktarı iki yıldan altı yıla kadar olacaktır.

Yaptırım miktarı nedeniyle, 5235 sy Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereğince asliye ceza mahkemesi görevlidir.

Yetkili mahkeme konusunda özel bir hüküm bulunmadığından genel hükümler uygulanacaktır. 5271 sy Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesi gereğince suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili mahkemedir.

10. Suçun Uygulamada Kabul Ediliş Şekli

Belediye başkanı olan sanığın, seçim propaganda çalışmaları sırasında, iş talep ve yardım başvuru formları dağıtmak suretiyle gerçekleşen eyleminde, madde kapsamında düzenlenmiş suçun unsurlarının oluşmadığı¹⁰³,

Muhtar adayı olan sanığın, kendi listesinden heyet üyesi olarak gösterdiği mağdurun, kendisine oy vermeyeceğini söylemesi üzerine tehevüre kapılarak, bağırıldığı ve elinde kapalı vaziyette bıçak tuttuğu olayda, suçun sübutuna yeterli delil bulunmaması nedeniyle suçun oluşmadığı¹⁰⁴,

¹⁰³ 8. CD., 13.07.2006, 2005/2905-2006/6483; TOSUN / ARTUÇ, s. 1622

¹⁰⁴ HATİPOĞLU / PARLAR; Seçim, s. 412

Belediye başkan adayı olan sanığın, mahalli idareler seçiminde, kendi lehine haksız oy sağlamak amacıyla, on adet seçmeni ikamet ettikleri yerlerden yol ve işe giderlerini karşılamak suretiyle ilçe merkezine getirmesinde maddedeki suçun oluştuğu¹⁰⁵, kabul edilmiştir.

SONUÇ

Seçim yasalarına olsa olsa demokratik sorumluluklar yüklenebilir. Oysa her dönemde seçim yasalarına rejimle ilgili misyonlar yüklenmesi, yasanın kendisi ile ilgili olmayan sorunların ortaya çıkmasına ve bir sonraki döneme aktarılan, geçmişe dönük tepkilere neden olmuştur. Seçim yasasının tek bir misyonu olmalıdır: Bu da seçmen iradesinin en adaletli bir şekilde parlamentoya yansımaları, bir başka deyişle temsilde adaleti sağlamaktır. Siyasal istikrarı gerçekleştirmek seçim yasalarının görevi olarak düşünmemelidir. Zira siyasal istikrarın sağlanması seçim sonucunda oluşan parlamentoların görevidir¹⁰⁶.

Bu çalışmada öncelikle seçimlerin siyaset biliminin hangi alanları bakımından önem arz ettiği ve hangi kavramlarıyla ve nasıl ilişkili olduğunu giriş mahiyetinde çok kısaca açıklamaya çalıştık. Daha sonra seçim suçlarının, seçimlerin, düzen ve güvenliği açısından nasıl bir öneme sahip olduklarını açıklamaya çalıştık.

Tüm bu açıklamalardan sonra, kanundaki seçim suçlarının;

1- Eski bir dille,

2- Amaca hizmet etmeyecek şekilde, suç oluşturan eylemleri çok ayrıntılı olarak sıralamak ve bu nedenle de suçun oluşumunu oldukça güç koşullara bağlamak suretiyle,

3- Ve bağlaçları oldukça sık kullanılarak suçların uygulanabilirliklerini daraltacak şekilde,

4- Çok önemli bazı eylemleri lâfzî yorum yapıldığı takdirde cezasız bırakır tarzda, (Ör. Parmağındaki boyaya herhangi bir müdahalesi olmaksızın az önce oy kullandığı sandıkta başkaca herhangi bir yöntemle yeniden oy kullanmaya kalkışan veya kullanan failin bu eylemi yaptırımsız görünmektedir.)

5- Maddeler arasında da amaca hizmet etmeyecek, uygulanma kabiliyetini daraltacak şekilde atıflar yapılarak,

6- Gereksiz tekrarlara yer verir tarzda,

¹⁰⁵ 8.CD., 09.11.2006, 2414-8059, TOSUN / ARTUÇ, s. 1616

¹⁰⁶ ALKAN, s. 164

7- Yan başlıktan yoksun yada hatalı, madde içeriğini tam olarak kapsamayacak şekildeki yan başlıklar altında,

8- Ceza adaletine uygun olmayan sonuçlar doğuracak nitelikte, düzenlendiğini söyleyebiliriz. Tüm bu nedenlerle uygulanabilir ve aktif olarak işlerliği bulunmayan bir düzenleme tarzı benimsendiği tarafımızca değerlendirilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere seçim düzenine bağlı olarak toplumsal düzen açısından büyük öneme sahip seçim suçlarının biran önce esaslı bir şekilde yeniden incelenerek günümüz diline uygun şekilde ve daha kısa, öz cümlelerle yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Düzenleniş tarzında da çok ayrıntıya girmek yerine, suçların oluşumunu kolaylaştıracak bir tarz benimsenerek, suçların oluşmasını zorlaştıracı tüm unsurlardan arındırılması suretiyle suçlar daha etkin bir hale getirilmelidir. Yaptığımız incelemeler sonucunda bu haliyle amaca hizmet edecek etkinliğe sahip olmadıklarını belirtmeden geçemeyeceğiz.

298 sayılı yasada 5728 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler olumlu bir gelişme olmasına rağmen yeterli değildir. 5728 sayılı yasanın yapılan incelemesinde, çok fazla sayıda yasayı kapsamaması nedeniyle, özel ceza yasalarındaki suçların yazım ve anlaşılış tarzından kaynaklanan eksiklik yada hatalara girilmeksizin kapsamına aldığı çok fazla sayıdaki özel ceza yasasının sadece genel ceza yasası ile uyumlu hale getirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Seçim suçlarına ilişkin olarak 298 sayılı yasada yapılan değişikliklerde de aynı yol izlenmiştir. Yani suçların özüne, esasına ilişkin bir düzenleme ve yenileştirme politikası izlenmemiştir. Bu nedenle çalışmamız kapsamında örnekleme olarak seçmiş olduğumuz suçların esasına ilişkin eleştirilerimiz aynı şekilde geçerliliğini korumaktadır.

KAYNAKÇA

ACAR Aykut; Türk Demokrasisinde Parti, Seçim Sistemi Ve İstikrar(yayınlanmamış),

Açıklamalı Kanun-İçtihat Programı, Eylül 2006 (3.0)

AKİP; Açıklamalı Kanun-Mevzuat Programı, Versiyon 3.0, Cihan Ltd. Şti.

ATAR Yavuz, Seçim Hukukunun Güncel Sorunları, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No:23(2006),

BAKICI Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007,

Ceza Kanunları Programı, Versiyon 0.5

DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 2.Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994,

DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir; Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1.Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994,

ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitapevi, Mart 2005,

EROĞUL Cem, Devlet Yönetimine Katılma Hakkı, İmge Kitapevi, Yay. No:35, Ankara, 1995,

HAFIZOĞULLARI Zeki, Ceza Normu, US-A Yayıncılık, Ankara 1996,

HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara,

HATİPOĞLU Muzaffer, PARLAR Ali, Seçim Kanunları Ve Seçim Suçları, Yayın Matbaacılık Ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2004,

HATİPOĞLU Muzaffer, PARLAR Ali; Özel Ceza Yasaları, Yayın Matbaacılık Ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2003,

<http://www.tdk.gov.tr/TR/sozbul.ASPX?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA&Kelime=cebir+kullanmak>, Erişim Tarihi:29.12.2007

<http://www.tdk.gov.tr/TR/sozbul.ASPX?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA&Kelime=cebir%20kullanmak>, Erişim Tarihi: 29.12.2007

<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE>, Erişim Tarihi: 29.12.2007

KABOĞLU İbrahim Özden; Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, Mart 1996,

KAÇAK Nazif, AZAPAĞASI Alpaslan, Seçimin Temel Kavramları Ve Mahalli İdareler Seçimi İle Seçim Suçları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004,

KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 281-282

KAPANİ Münci; Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, 18. Basım, Ekim 2006,

MALKOÇ İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2007,

ÖZBEK Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005,

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1995,

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007,

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Üçüncü Baskı, Ocak 2006,

PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Yayın Matbaacılık Ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2007,

SEZEN Saim, Seçim Ve Demokrasi, Gündoğan Yayınları, Ekim 1994,

SOYASLAN Doğan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2005,

TC. Adalet Bakanlığı, Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat Programı, 7.5

TEZİÇ Erdoğan; Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1991,

TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 1998,

TOROSLU Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ekim 2005, Ankara,

TOSUN Kerim, ARTUÇ Mustafa, Türk Hukukunda Suçlar Ve Tüm Özel Ceza Yasaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2007,

TUNCER Erol, Türkiye’de Seçim Uygulamaları / Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği, <http://www.tesav.org.tr/sunus.htm>, Erişim: 02.01.2008

TÜRK Hikmet Sami, Demokratik Rejimlerde Seçim Kanunları Ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Kanunu Önerisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995-44-01-04,

UYVAL Tamer, Siyasal Sistemlerde Temsiliyet Sorunsalı-1, <http://www.mevsimsiz.com/yazi.asp?id=6363>, Erişim: 02.01.2008

YAVUZ Nihat, Seçim Kanunları Ve Siyasi Partiler Kanunu, Adil Yayınevi, 1. Basım,

YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1992,

Özel Hukuk

**7/15754 SAYILI BAKANLAR KURULU
KARARNAMESİ'NE GÖRE HİZMET SÖZLEŞMESİ
İLE İSTİHDAM EDİLEN PERSONELİN İŞ
KANUNUNA TABİ OLUP OLMADIĞI SORUNU
(YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 14.03.2007 TARİHLİ
KARARI ÇERÇEVESİNDE)**

*Doç. Dr. Murat ŞEN**

GİRİŞ

1982 Anayasasının 128. maddesinde “*Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” düzenlenmiş ve şu ifadelere yer verilmiştir: “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*”

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”¹.

Bu çerçevede memurlar dışındaki diğer kamu görevlileri kapsamında değerlendirilen sözleşmeli personelin hukuki niteliğinin ne olduğu, bunların hangi kriterlere göre istihdam edildiği ve bunlara uygulanacak yargı yolunun neresi olduğu gibi hususlar çoğu zaman bir sorun olarak karşılaşılagelmiştir. Bu bağlamda, Hukuk Genel Kurulu kararlarına da konu olan olaylarda, kamu görevlisi olarak istihdam edilen kişilerin bir sözleşmeli personel mi yoksa işçi mi olduğu hususu tartışma konusu yapılmış; sözleşmeli personel ol-

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.
muratsen@erciyes.edu.tr; murat@muratsen.org

¹ Bu hükümde 1961 Anayasası'nın 117. düzenlemesinden farklı olarak hem “kamu iktisadi teşebbüsleri” hem de “diğer kamu görevlileri” kavramlarına yer verilerek yeni bir kategori daha oluşturulmuştur. Bu haliyle 128. madde, öncelikle kural olarak “özel idare esasları”na göre yönetilen Kamu İktisadi Teşebbüslerini “genel idare esasları”na dahil etmiş ve sonra personel hukuku ile bağdaşmayan diğer kamu görevlileri gibi bir kavramla da ayırımların anlamlarını yitirdiği bir metin haline gelmiştir. Bkz. Kadriye **Bakırcı**, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Sorunu, İstanbul 1992, s. 35.

duğu sonucuna ulaşılan kararlarda buna ilişkin yargı yolunun idari yargı olması gerektiği; işçi olduğu sonucuna ulaşılan kararlarda ise adli yargının bu tür uyuşmazlıklarda görevli bulunduğuna hükmedilmiştir.

Aşağıda değerlendirme konusu yapılacak olan 14.03.2007 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı, Yargıtay'ın son içtihatlarının aynı doğrultuda olduğunu ortaya koymakta ancak 2001 tarihli Hukuk Genel Kurulu içtihadına ise aykırı bulunmaktadır. Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına neden olabilecek bu iki farklı yöndeki karar, bu çalışma içerisinde değerlendirilmeye çalışılacaktır. Hukuk Genel Kurulu'nun 2001 yılında verdiği kararından dönüp 2006 ve 2007 yıllarında yeni bir içtihat oluşturması, konunun ayrıca ele alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu nedenle öncelikle son içtihat çerçevesinde konu ele alınacak, aksi yöndeki karara ise yeri geldiğinde değinilecektir.

I. KARAR METNİ

ÖZET: Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren davacının maddi ve manevi tazminat talebidir. Davacı, davalı idarede "sözleşmeli personel" olarak çalışmış olup, aralarında akdedilmiş bulunan idari sözleşmeye dayalı uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olmadığı anlaşıldığından idari yargıda dava açılmalıdır.

DAVA: Taraflar arasındaki "maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 6. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 9.11.2004 gün ve 1023-1250 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 2.3.2006 gün ve 10765-1859 sayılı ilamı ile,

(... Dava, trafik iş kazası sonucu beden tamlığı bozulan davacının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi, ücret ve benzeri alacaklılarının ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, işin esası incelenerek ilamda belirtildiği üzere davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacının, davalı Bakanlığa bağlı "Ankara Palas Devlet Konuk Evinde" garson olarak çalışmakta iken 26.3.2003 günü servis aracıyla evine götürülürken meydana gelen trafik kazası sonucu meslekte kazanma güç kaybına uğradığı tartışmasızdır.

Dava, işverenin Borçlar Kanunu ve İş Kanununun ilgili maddelerinde öngörülen işçiyi koruma borcuna aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğuna dayanılarak açıldığı, mahkemece de uyuşmazlığın anılan yasal dayanaklar çerçevesinde değerlendirilerek sonuca varıldığı anlaşılmaktadır.

Ancak; 11.3.1985 tarih ve 18691 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Devlet Konuk Evleri Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği"nin 11. maddesinde Devlet Konuk Evi İşletmelerine kefalete tabi kadrolu

memurları dışındaki yönetim ve hizmet personelinin Dışişleri Bakanlığınca "Sözleşmeli Personel" olarak çalıştırılacağı, bu sözleşmelerinin süresinin bir yıldan fazla olamayacağı hükme bağlanmış, aynı yönetmeliğin 12. maddesinin "d" fıkrasında Devlet Konuk Evleri "Sözleşmeli Personeli" hakkında 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı bunların sosyal güvenlik primlerinin Sosyal Sigortalar Kurumuna yatırılacağı kuralı getirilmiştir. Sözü edilen yönetmeliğin anılan maddelerinde düzenlemelere göre Devlet Konuk Evi İşletmelerinin hizmet personelinin 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi kapsamında statü ilişkisi doğuran idari nitelikte sözleşmelerle çalıştırıldıkları anlaşılmaktadır. Davacı, "Ankara Palas Devlet Konuk Evinde" hizmet personeli (garson) olarak çalıştırıldığına göre, davalı Bakanlıkla arasındaki hukuksal ilişki hizmet akdi değil statü ilişkisi doğuran idari sözleşmeye dayanmaktadır. Taraflar arasında davacının sözleşmesinin 6.7.1991 tarihi itibarıyla feshine ilişkin iptal isteminden kaynaklanan uyuşmazlığı inceleyen Danıştay 5. Dairesinin dosyada mevcut 23.6.1994 tarih ve 1993/2329-1994/3763 esas ve karar sayılı ilamının içerik ve gerekçesi de bu durum destekler ve doğrular niteliktedir. Davacının sosyal güvenlik yönünden SSK ile ilişkilendirilmiş olması hukuksal ilişkinin belirlenen niteliğine etkili bulunmamaktadır. Sözleşmeli personel ile bunları çalıştıran kurumları arasında doğan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda görevli yargı yeri ise adli yargı olmayıp idari yargıdır. Başka bir anlatımla "sözleşmeli personel" ile kurumu arasında doğan uyuşmazlıklara ait davalara bakmaya Adli Yargı Mahkemeleri değil idari yargı mahkemeleri görevlidir. Öte yandan görev sonucu kamu düzenine ilişkin olduğundan görev itirazının yargılamanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi yargılama makamınca da resen gözönünde tutulması zorunludur.

Bütün bu nedenlerle; mahkemece davada idari yargının görevli olduğu gözetilerek yargı yolu yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde sonuca varılması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...),

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

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

KARAR: Davacı, davalı Dışişleri Bakanlığına bağlı Ankara Palas Devlet Konukevi'nde garson olarak çalışmakta iken geçirdiği iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna girmiştir.

Dava, bu kazaya dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yüksek Özel Dairenin, tam metni yukarıda yazılı bozma kararı üzerine, yerel mahkemece, anılan uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olduğu belirtilerek önceki kararda direnilmiştir.

Uyuşmazlık; eldeki davada iş mahkemesinin görevli olup olmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütülür.

Sözleşmeli personel, 657 sayılı Kanunda sayılan dört istihdam türünden biri olarak, memurluk sistemine, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisna olup, kamu hizmetine sözleşme ilişkisiyle bağlanmışlardır. Ancak, sözleşme ilişkisini belirleyen temel ilke olan "irade serbestisi" sözleşmeli personel istihdamında geçerli değildir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereği, yapılacak sözleşmelerin içeriği ve sözleşme yapılma yöntemi mevzuatta yer verilen düzenlemelerle belirlenmekte, tarafların iradesi belirleyici olmamaktadır. Yapılan sözleşmeler, iş hukukundaki "iş sözleşmelerinden farklı olarak idari hizmet sözleşmeleri" niteliğinde bulunmaktadır.

Bir diğer istihdam şekli olarak öngörülen "işçi"nin tanımı 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde yapılmıştır. Anılan maddeye göre, "işçi" bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak ifade edilmektedir. İşçi sıfatının kazanılması iş akdinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada tarafların serbest iradeleriyle kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur. İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm görevi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca iş mahkemelerine verilmiştir.

Çalışma ilişkisinin niteliğinin belirlenmesi, sonuç itibariyle yargı yolunu da belirleyecektir.

657 sayılı Kanunun 4/b maddesine göre çalışan sözleşmeli personel hakkında, sözleşme hükümleri ile 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile uygulamaya konulan "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar" uygulanmaktadır. Kuruluş kanunlarında, özel düzenle-

melerle daha farklı bir sözleşmeli personel çalıştırılmasına imkan verilmişse, bu özel hükümler uygulanacaktır.

4009 sayılı Dışişleri Bakanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 54 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan 21.8.1996 tarihli Devlet Konuk Evleri Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği'nin 1. maddesi "Bu yönetmeliğin amacı, ülkemizi resmi ziyaret eden yabancı zevat ve heyetlerin konaklama ve ağırlanmasını; Dışişleri Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının temsil, ağırlama, tören ve tanıtma görev ve faaliyetlerini yerine getirmek üzere, Ankara Palas ve Devlet Konuk Evi olarak tahsis edilecek binaların kullanılmasını, işletilmesini, buralarda çalıştırılacak sözleşmeli personele ait esaslar ile harcama esas ve usullerini düzenlemek...", 4. maddesi "Devlet Konuk Evlerinde sadece Devlet ve Hükümet Başkanları, Parlamento Başkanları ve heyetleri, Genel Kurmay Başkanları, Yüksek Yargı Organları Başkanları ve heyetleri, Bakanlar ve Müsteşarlar, Kuvvet Komutanları, sayılan Başkanların Yardımcıları, Uluslararası Kuruluşların Başkanları ve Yardımcıları, Yabancı Vali ve Belediye Başkanları ile heyet halinde gelinmesi durumunda yukarıdaki zevata refakat edecek üyeler konaklama için misafir edilebilir ve ağırlanabilir...", istihdam şeklini belirleyen 24. maddesi; Devlet Konuk Evi Döner Sermaye İşletmelerinin kefalete tabi kadrolu memurlar dışındaki yönetim ve hizmet personeli Dışişleri Bakanlığı'nca sözleşmeli olarak çalıştırılacağını belirtmiş, Devlet Konuk Evi Döner Sermaye İşletmelerinde çalıştırılacak sözleşmeli personel arasında, Yiyecek-İçecek Servisi, Mutfak, Büfe, Kasa ve Bulaşıkhaneye Hizmetleri sınıfından olmak üzere "Garson"a da yer verilmiştir.

Devlet Konukevlerinde misafir edilmeleri yönetmelik hükmüne bağlanan kişiler ve görevleri dikkate alındığında, bu yerlerin yiyecek-çecek servisi ve mutfak hizmetleri sınıfında çalışacak kişilerin, sağlık ve güvenlik açısından son derece önem taşıdıkları belirgindir.

Sözleşmeli personelin çalışma esasları, Devlet Konuk Evleri Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde ayrıntılarıyla düzenlenmiş olup, bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde 06/06/1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar"ın genel hükümleri ve bunların ek ve değişiklikleri uygulanacaktır.

6.6.1978 Tarih ve 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulmuş olup, 28.6.1978 tarih ve 16330 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 7/15754 sayılı Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar'ın 1. maddesinde; Genel Bütçeye dahil dairelerde, katma bütçeli idarelerde, döner sermayeli kuruluşlarda, belediyelerde, özel idarelerde ve kamu iktisadi

teşebbüslerinde (sermayesinin yarısından fazlası yukarıda sayılan kuruluşlara ait olanlar dahil) Özel Bütçeli idareler ile 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışında kalan kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılacak personel hakkında... uygulanacağı, 2. maddesinde, Sözleşmeli personel; mevzuatına uygun olarak birinci maddede belirtilen kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu görevlileri olduğu belirtilmekte olup, diğer bir çok maddesinde yapılan atıflar ile sözleşmeli personelin sosyal güvenlik yönünden SSK ile ilişkilendirildiği de görülmektedir.

“Sözleşmeli personel” atamayla değil, işçiler gibi sözleşme ile çalıştırılmaktadır. Bağlı buldukları sözleşme, iş hukukunda geçerli irade serbestisine dayanan iş akdinden farklı olarak, idari hizmet sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Anılan sözleşmeler, koşulları hukuki düzenlemelerle belirlenmiş “tip sözleşmeler” niteliğinde görülmektedir.

İdari sözleşmeler “kamu kuruluşlarının, idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmeler” olup, bu sözleşmeleri, yönetimin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerden ayırmak için, sözleşmenin konusunu oluşturan ilişkiye bakmak gerekir.

Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuksal eşitlik varken, idari sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından biri olan idareye, kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu olarak, karşı tarafa göre bazı üstünlükler tanınmıştır.

Özel sözleşmelerde taraflar, yasaların öngördüğü sınırlar içinde, sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. Buna karşılık, idari sözleşmelerde, çerçevesini oluşturan yasal mevzuat tarafların hareket serbestisini kısıtlamaktadır.

Bu nedenledir ki; özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda giderilmektedir (Ş. Gözübüyük Yönetim Hukuku Ankara 1983, sayfa 198-199).

Sözleşmeli personel kategorisi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ile de kamu hukuku içinde “statü” niteliği kazanmıştır (Danıştay 11. Dairesinin 27.2.2003 gün ve 2000/11381-2003/959 karar sayılı kararı ile 25.10.2001 gün ve 2001/2335-365 sayılı kararları).

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, konusunun kamu hizmeti ve yararı olması, özel hukuku aşan koşulları içermesi, belirli bir süreyi kapsamaması gerekir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu takdirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin

incelenerek, tarafların, idareye kamu g¼c¼nden doğan ¼st¼n yetkiler tanımak suretiyle s6zleşmeye idari s6zleşme niteliği vermek amacında olup olmadıklarının araştırılması gerekmektedir. 6zel hukuk s6zleşmelerinde s6z konusu olmayan bazı ¼st¼n yetkilerin tanınması, idari s6zleşmelerin en belirgin 6zelliğidir.

Bu h¼k¼mler, 6zel hukuku aşan şartlar olarak nitelendirilir. Bu durum idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı s6zleşmede, idareye ¼st¼nl¼k ve otorite tanınması şeklinde kendini g6sterir. İdareye ¼st¼nl¼k ve otorite tanınması ona, g6zetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, s6zleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareket etme gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki s6zleşme h¼k¼mleri ile belli olur.

İdarenin ¼st¼nl¼ę¼n¼n ve otoritesinin tanınması, yani s6zleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve s6zleşmenin bir tarafını oluşturan idarenin, diğer tarafa karşı kamu g¼c¼ne dayanan yetkiler kullanabilmesi durumlarında s6zleşmede 6zel hukuku aşan koşulların varlığı kabul edilmelidir.

İdari s6zleşmeleri belirleyici bir başka kriter ise, s6zleşme konusunun kamu hizmeti olmasıdır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, her kamu hizmetine y6nelik s6zleşmenin idari s6zleşme olduğu s6ylenemez. ¼nk¼ idareler kamu hizmetini, yaptıkları 6zel hukuk s6zleşmeleri ile de yerine getirebilirler.

Davacının s6zleşmeli personel sıfatıyla imzaladığı "Hizmet S6zleşmesi" başlıklı belge incelendiğinde; iş sonu tazminatı veya ikramiye verilmeyeceğinin peşinen kabul edileceği; s6zleşmenin 65 yaşını doldurduğu tarihte, hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği; s6zleşmeli personel olabilme şartlarının yitirilmesi halinde ve diğer belirlenen durumlarda s6zleşmenin feshedileceğinin peşinen kabul edildiği, s6zleşmede yer almayan hususlarda Devlet Konukevleri Y6netmeliği ile 7/15754 sayılı Kararname h¼k¼mlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Belirtilen s6zleşme h¼k¼mleri dikkate alındığında, taraflar arasında s6zleşme ile eşit y¼k¼ml¼l¼kler 6ng6r¼lmedięi belirgindir.

S6z konusu s6zleşmede 6zel hukuku aşan h¼k¼mler bulunmaktadır.

Kaldı ki; çalışma ilişkisinin sona erdirilmesine ilişkin 6nceki bir uyuramazlık karşısında, davacının, davalı Bakanlık hakkında idari yargıda açtığı davada, temyiz incelemesinin Danıştay 5. Dairesince 23.6.1994 tarihinde yapılarak, davanın esası hakkında karar verildiği, anılan karar ile taraflar arasındaki çalışma ilişkisinden doğan uyuramazlıkta g6revli yargı yolunun idari yargı olduğunun benimsendiği de anlaşılmakta olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.12.2006 g¼n ve 2006/9-769-781 sayılı Kararında aynı ilkeler benimsenmiştir.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, davacı, davalı idarede “sözleşmeli personel” olarak çalışmış olup, aralarında akdedilmiş bulunan idari sözleşmeye dayalı uyumsuzlukta iş mahkemesinin görevli olmadığı anlaşıldığından, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda yazılan ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 14.03.2007 gününde oyçokluğuyla karar verildi².

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Karara Konu Olay

Dava konusu uyumsuzluk, davacının 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’na dayanan “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar” kapsamında bir “sözleşmeli personel” olup olmadığı ile, buna ilişkin uyumsuzlukların hangi yargı makamınca çözümleneceğine ilişkindir.

Dava konusu uyumsuzlukta yerel mahkeme (Ankara 6. İş Mahkemesi), taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” istemli dava sonucunda davanın esasına girerek talepleri kısmen kabul etmiş; bunun üzerine davalı vekili, yerel mahkemenin 09.11.2004 tarih ve 1023-1250 sayılı kararını temyiz etmiştir. Uyuşmazlık, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin önüne gelmiş; özel daire, 02.03.2006 tarih ve 10765-1859 sayılı ilamı ile yerel mahkemenin kararını davada idari yargının görevli olması gerekirken (yargı yolu yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekirken) işin esasına girilerek hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olması nedeniyle bozmuştur. Dosya geri gönderilmiş, yeniden yapılan yargılama sonunda, yerel mahkeme önceki kararında direnmiş; direnme kararının davalı vekili tarafından tekrar temyiz edilmesi üzerine uyumsuzluk Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. Hukuk Genel kurulu da, 14.03.2007 tarihinde oyçokluğu ile, özel daire bozma kararına uyulması gerekirken uyulmayıp yerel mahkemenin önceki kararında

2 **YHGK**, 14.3.2007, E. 2007/21-128, K. 2007/147, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı doğrultudaki diğer bir YHGK kararında da özetle şu ifadelerle yer verilmiştir: “Davalı idareye bağlı büyükelçilikte yasa tarafından belirlenen idari sözleşmeyle çalıştığı anlaşılan davacının çalışmasından doğan haklarına ilişkin dava idari yargının görev alanına girer. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece re’sen göz önüne alınmalıdır” (YHGK, 06.12.2006, 2006/9-769-781, Kazancı).

direnmesini usul ve yasaya aykırı bulmuş, yerel mahkemenin direnme kararının bozulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

B. S6zleşmeli Personel İstihdamının Yasal Temeli

1982 Anayasasında yapılan düzenlemeler işçi-memur-kamu görevlisi ayırımını kesin bir şekilde ç6zümleyici esaslar getirmemiştir. 1982 Anayasasının 128. maddesinde “Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” düzenlenmiş ve şu ifadelere yer verilmiştir: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”.

Buna göre, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülecek; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenecektir. Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğine ilişkin temel esas çerçevesinde, hangi görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğinin ve bunların niteliklerinin aynı madde uyarınca çıkarılacak kanunla belirtilmesi gerekmektedir. Ancak memurların dışındaki “diğer kamu görevlileri” hakkında öngörülen yasa bugüne dek çıkartılamamış ve sorun sözleşmeli personelle ilgili olarak, kanun hükmünde kararnamelerle ç6zülmeye çalışılmıştır³.

Anayasadaki bu düzenlemede yer verilen “diğer kamu görevlileri” kavramının kapsamı hakkında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüş⁴, yargı organlarınca da farklı yargılara ulaşılmış⁵ ise de kamu görevlisi kavramının

3 Kenan **Tunçomağ/Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 4. B., İstanbul 2005, s.47-48; **Bakırcı**, s. 91 vd.; Tankut **Centel**, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 56-57.

4 Sözleşmeli personelin “diğer kamu görevlileri” kapsamına gireceği veya girmeyeceği yönündeki bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bakırcı**, Sözleşmeli Personel Sorunu, s. 42-45.

5 Bu konudaki yargı kararları hakkında bkz. **Bakırcı**, s. 45-46. Yargıtayın sözleşmeli personelin işçi değil, kamu görevlisi olduğu yönündeki kararı için bkz. **Y9HD**, 26.01.2000, E. 1999/18397, K. 2000/575, Nuri **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 20. B., İstanbul 2007, s. 36.

biri dar diğeri geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanması genel olarak kabul görmüştür. Geniş anlamda kamu görevlisi kavramının, mutlaka kamu kesimindeki bir örgüte (bir kamu kurum ya da kuruluşuna) bağlı olarak çalışanları karşıladığı kabul edilmiştir⁶. Geniş anlamdaki kamu görevlisi kavramı, hukuki durumlarına ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın kamu kesiminde görev yapan herkesi ifade ederken; dar anlamdaki kamu görevlisi kavramı, devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlilerini ifade etmek amacıyla kullanılmıştır⁷. Anayasanın 128. maddesinde de dar anlamdaki kamu görevlisi kavramı esas alınmış olup genel olarak kamu hukuku kurallarına tabi olarak çalışanlar kastedilmiştir⁸.

Anayasa'nın "memurlar" ve "diğer kamu görevlileri"ne ilişkin olarak öngörmüş bulunduğu kanun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur⁹. Kanun'un "İstihdam şekilleri"ni düzenleyen 4. maddesindeki, "*Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler¹⁰ eliyle gördürülür.*" şeklindeki ifade tarzında da memurlar dışındaki kamu görevlilerinin sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olduğu hususu açıklığa kavuşturulmuştur¹¹. Burada sözü edilen istihdam şekillerinden biri olan "sözleşmeli personel", diğer istihdam şekillerinde olduğu gibi 4. maddenin devamında düzenlenmiştir.

657 sayılı Kanun'un 4. maddenin "B" bendine göre, "*Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hüllere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir. (36 ncı maddenin II - Teknik Hizmetler Sınıfında belirtilen*

6 Metin **Günday**, İdare Hukuku, 2. B., Ankara 1997, s. 386.

7 Bunu "kamu hukuku statüsü" olarak ifade edenler de vardır. Bkz. Turhan **Esener**, İş Hukuku, Ankara 1973, s. 75.

8 **Günday**, s. 386-387.

9 R.G., 23.07.1965, S. 12056.

10 İdarenin İş Kanunu'na göre çalıştırdığı işçi niteliğindeki kişilerle akdettiği hizmet akitleri bir özel hukuk sözleşmesi olup bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girer. Bu konu ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları için bkz. Kemal **Gözler**, İdare Hukuku, C. II, Bursa 2003, s. 66-67.

11 Ayrıca bkz. **Günday**, s. 388-389.

görevlerde yukarıdaki fıkra uyarınca çalıştırılanlar için, işin geçici şartı aranmaz.)

Ancak, yabancı uyrukluların; tarihi belge ve eski harflerle yazılmış arşiv kayıtlarını değerlendirenlerin mütercimlerin; tercümanların; Millî Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılamaması hallerinde öğretmenlerin¹²; dava adedinin azlığı nedeni ile kadrolu avukat istihdamının gerekli olmadığı yerlerde avukatlarını, kadrolu istihdamın mümkün olamadığı hallerde tabip veya uzman tabiplerin; Adli Tıp Müessesesi uzmanlarının; Devlet Konservatuvarları sanatçı öğretim üyelerinin; İstanbul Belediyesi Konservatuvarı sanatçılarının; bu Kanuna tâbi kamu idarelerinde¹³ ve dış kuruluşlarda belirli bazı hizmetlerde çalıştırılacak personelin de zorunlu hallerde sözleşme ile istihdamları caizdir.

(Ek paragraf: 4/4/2007-5620/4 md.) Sözleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav ile istisnaları, bunlara ödenebilecek ücretlerin üst sınırları ile verilecek iş sonu tazminatı miktarı, kullanılacak izinler ve bu hususlara ilişkin esas ve usûller Bakanlar Kurulunca kararlaştırılır. Şu halde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütülür. Sözleşmeli personel, 657 sayılı Kanunda sayılan dört istihdam türünden biri olarak, memurluk sistemine, kamu hizmetinin¹⁴ insan unsurunun memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş istisnalardan biri olarak dikkati çekmektedir.

Söz konusu bu düzenlemede, öncelikle sözleşmeli personelin, kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına

12 21.03.2006 tarihli ve 5473 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle; "tercümanların;" ibaresinden sonra gelmek üzere "Millî Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılamaması hallerinde öğretmenlerin;" ibaresi eklenmiştir.

13 04.04.2007 tarihli ve 5620 sayılı Kanunun 4 üncü maddesiyle bu paragrafta yer alan "Bakanlar Kurulunca tespit edilecek esas ve şartlarla" ibaresi madde metninden çıkarılmış, "Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı" ibaresi "bu Kanuna tâbi kamu idarelerinde" şeklinde değiştirilmiştir.

14 Kamu hizmeti, kısaca bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun kontrolü altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet olarak tanımlanabilir. Örneğin, ulusal savunma, kolluk, eğitim, sağlık, nüfus kayıtlarının tutulması gibi hususlar hep birer kamu hizmetidir. Bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003, s. 63, dn. 98.

ihtiyaç gösteren geçici işlerde çalıştırılabileceği vurgulanmış; *sonra* da bunun yöntemi açıklanmıştır. Buna göre, sözleşmeli personel ancak çalıştıracak kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılabilecektir. Bu türde çalıştırılmasına karar verilen sözleşmeli personelin işçi sayılmayıp kamu hizmeti görevlisi olduğu da ayrıca belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, hukukumuzda memurlar ve işçiler dışında özellikle kamu iktisadi teşebbüslerinde (KİT) istihdam edilen ve sözleşmeli personel olarak adlandırılan bir çalışan grubu da bulunmaktadır. KİT'lerde istihdam edilen sözleşmeli personel, 05.02.1992 tarihli ve 3771 sayılı yasayla değişik 29.01.1990 tarihli ve 399 sayılı kanun hükmünde kararnameye (KHK)¹⁵ uygun olarak çalıştırılmaktadır¹⁶. Kararnamenin ek I sayılı cetvel dışında kalan 399 sayılı kararnamede öngörülen esaslar çerçevesinde kurulacak bir sözleşme ile işe alınan personel, işçi veya memur niteliğini taşımayıp sözleşmeli personel olarak nitelenmekte ve çalışma koşulları tümüyle adı geçen kararname ile belirlenmektedir (m.3/c)¹⁷.

Bunun yanı sıra 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'ne dayanarak da sözleşmeli personel çalıştırılmaktadır. Bu kapsamda sözleşmeli personel statüsünde çalıştırılma da belirli alanlarda uygulama imkanı bulmakta, yasal statüsü nedeniyle pek çok uyuşmazlığa da neden olmaktadır. Nitekim Hukuk Genel Kurulu 25.04.2001 tarihinde yukarıda belirtilen benzer özellikleri taşıdığı kabul edilen bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığa bakacak yargı organının İş Mahkemesi olduğu sonucuna ulaşmış iken; 14.03.2007 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında isabetli olarak bu içtihat-tan dönülmüş ve bu nitelikteki sözleşmeli personelin uyuşmazlıklarının İş Kanunu kapsamında olmayıp idari yargı bünyesinde çözülmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

¹⁵ R.G., 29.01.1990, S. 20417 Mükerrer. Bu kararnamenin tüm maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan dava üzerine. Anayasa Mahkemesi iptali istenen hükümlerden birçoğunun iptaline ve iptal hükümlerinin yayımlandığı günden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir (AYM, 04.04.1991, E. 1990/12, K. 1991/7, R.G., 13.08.1991, S. 20959). Bu konu hakkında ayrıca bkz. Çelik, s. 36; Kadriye Bakırcı, "Anayasa Mahkemesi'nin 399 Sayılı KHK'yi İptal Kararının Değerlendirilmesi", İHD, Ocak-Mart 1992, s. 86-104.

¹⁶ 399 sayılı KHK'nin birçok hükmünün iptal edilmesi üzerine 399 Sayılı Kanun Hükmünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 3771 sayılı Kanun (R.G., 11.02.1992, 21139) çıkarılmıştır. Bu düzenlemelere göre sözleşmeli personel işçi değil kamu görevlisidir. Bu konuda bkz. Çelik, s. 36.

¹⁷ Sarper Süzek, İş Hukuku, 2. B., İstanbul 2005, s. 124; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2005, s. 122-123.

C. 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na Göre Hizmet Sözleşmesi İle Sözleşmeli Personel İstihdamı

1. Dava Konusu Uyuşmazlık Açısından Sözleşmeli Personel İstihdamı

1978 yılı Bütçe Kanunu'na konulan bir hükme (12. maddeye) dayanılarak çıkarılan 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na¹⁸ göre de sözleşmeli personel çalıştırıldığı görülmektedir. Kararnamede belirtilen "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar" 18 maddeden müteşekkil olup sözleşmeli personel çalıştırılmasının genel ilkelerini açıklamaktadır. Daha sonraki yıllarda da bütçe kanunlarına konulan hükümlerle bu genel ilkelerin sürekliliği ve bu ilkelerde değişiklik yapılması olanağı sağlanmıştır¹⁹.

Çıkarıldığı tarihten sonraki dönemlerde birçok kez değişikliğe uğramış olan²⁰ söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının *birinci maddesinde*, hangi kurum ve kuruluşlarda sözleşmeli personel çalıştırılabileceği belirtilerek kapsam belirlenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, genel itibariyle, genel bütçeye dahil dairelerde, katma bütçeli idarelerde, döner sermayeli kuruluşlarda, belediyelerde, özel idarelerde ve kamu iktisadi teşebbüslerinde, özel bütçeli idareler ile 233 sayılı KHK²¹ kapsamı dışında kalan kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılacak personel hakkında bu kararnamede belirtilen hükümlerin uygulanacağı vurgulanmıştır. Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin çıkarılması-ndaki amacın, bazı kurum ve kuruluşların kararname dışında bırakılması-nın yanı sıra Bakanlar Kurulunun kendisine verilen yetkiyi kullanarak deği-

¹⁸ R.G., 28.06.1978, S. 16330.

¹⁹ "657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde öngörülen sözleşmeli personel statüsünün esasları, anılan hükmün ve 1978 yılı Bütçe Kanununun 12. maddesinde yer alan genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeli kuruluşlar, belediyeler, özel idareler ve kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşme ile çalıştırılan personelin çalıştırılma genel esaslarının Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir çerçeve kararnameyle saptanacağı hükmüne dayanılarak çıkarılan 6.6.1978 günlü, 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenmiştir. Anılan Bakanlar Kurulu Kararının her yıl bütçe kanunlarına konulan hükümlerle yürürlüğü devam ettirilmiş bulunmaktadır..." **Danıştay 11. D.**, 25.10.2001, E. 2001/365, K. 2001/2335, Kazancı. Ayrıca bkz. **Bakırcı**, s. 69.

²⁰ Örneğin 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 09.02.1979 tarih ve 7/17150 sayılı; 16.01.1982 tarih ve 8/4566 sayılı; 03.02.1982 tarih ve 8/4250 sayılı; 03.05.1982 tarih ve 8/4686 sayılı; 19.02.1985 tarih ve 85/9154 sayılı; 15.05.1986 tarih ve 86/10682 sayılı; 11.09.1990 tarih ve 90/902 sayılı; 09.07.1996 tarih ve 96/8342 sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile değişikliğe uğramıştır.

²¹ KİT'lerle ilgili olarak 233 sayılı KHK'nin birçok hükmünün AYM tarafından iptal edilmesi üzerine 399 sayılı KHK çıkarılmıştır. Bugün için KİT'ndeki personelle ilgili hükümlerin 399 sayılı KHK ile düzenlendiği görülmektedir. Bkz. **Tunçomağ/Centel**, s. 48; **Çelik**, 35-36.

şik esaslar koyması olduğu ancak bunun kurum ve kuruluşların bunlardan kurtulma çabaları nedeniyle yeterince gerçekleştirilemediği görülmektedir²².

İkinci maddesinde, birinci maddede belirtilen kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu görevlilerinin “sözleşmeli personel” olarak nitelendirildiği ifade edilmiştir. *Üçüncü maddesinde*, sözleşmeli personele ödenecek ücretlerin aylık brüt tutarı ile sağlanacak diğer parasal menfaatlerin üst sınırı belirtilmiş olup istisnaları açıklanmıştır. *Dördüncü maddesinde*, personelin görev yeri dışında çalıştırılmayacağı, görev yeri dışında çalıştırılacakların tabi olacağı kurallar; *beşinci maddesinde* ise, sözleşmelerin bütçe yılı ile sınırlı olduğuna yönelik genel kuralın yanı sıra zorunlu durumlarda Maliye Bakanlığının olumlu görüşü alınarak iki yıla kadar sözleşme yapılabileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. *Altıncı maddesinde*, ilgililerin görev dışında başka bir işte çalıştırılmayacağı; *yedinci maddesinde* personele sözleşme ücreti dışında herhangi bir ad altında ödeme yapılamayacağı ve sözleşmelere de bu yolda hüküm konulamayacağı düzenlenmiş olup özel durumlar açıklanmıştır²³. *Dokuzuncu maddesinde* ise, hizmet süre-

22 Bkz. Bülent Serim, Öğretide Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel, Ankara 1987, s. 113-116; Bakırcı, s. 70.

23 “657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde öngörülen sözleşmeli personel statüsünün esasları, anılan hükmün ve 1978 yılı Bütçe Kanununun 12. maddesinde yer alan genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeli kuruluşlar, belediyeler, özel idareler ve kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşme ile çalıştırılan personelin çalıştırılma genel esaslarının Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir çerçeve kararnameyle saptanacağı hükmüne dayanılarak çıkarılan 6.6.1978 günlü, 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenmiştir. Anılan Bakanlar Kurulu Kararının her yıl bütçe kanunlarına konulan hükümlerle yürürlüğü devam ettirilmiş bulunmaktadır.

1978 yılı Bütçe Kanununun 12.maddesine göre Bakanlar Kurulunca 9.2.1979 tarihinde çıkarılan 7/17150 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 6.6.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “Sözleşme ile çalıştırılacak personele çalışma ücreti dışında herhangi bir ad altında ödeme yapılamaz.” hükmünün devamına “..... ve sözleşmelere bu yolda hüküm konulmaz.” ibaresi eklenmiş, aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise, yurt dışında çalıştırılacak sözleşmeli personele iş sonu tazminatı ödenmesinin esasları belirlenmiş, maddenin 4. fıkrasında da, hangi hallerde iş sonu tazminatı verilmeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu hükümlerin birlikte incelenmesinden, sözleşmeli personele, çalışmakta iken sözleşme ücreti dışında herhangi bir ödeme yapılmayacağı, yurt dışında çalıştırılan yabancı uyruklu personele ise belirtilen esaslar çerçevesinde işsonu tazminatı verileceğinin kurala bağlandığı, ancak yabancı uyruklular dışında kalan sözleşmeli personele hangi esaslar dahilinde iş sonu tazminatı veya ikramiye ödeneceğine ilişkin bir düzenlemenin yapılmadığı ve dava konusu uyumsuzluğun da, bu eksik düzenleme nedeniyle ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

Çalışanların Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkının, bu konudaki diğer hukuksal düzenlemelerde de yer alması gerekmektedir. Dolayısıyla, 657 sayılı Kanun ve 1978 yılı Bütçe Kanunu ile Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin doğal sonucu; di-

si 1-10 yıl arası personele yirmi g6n; 10 yıldan fazla olanlara otuz g6n ücretli yıllık izin verileceğinin yanı sıra doğum, evlilik ve 6l6m hallerindeki izin s6releri belirtilmiştir. *Onbirinci maddesinde*, 6demelerin her ay başında peşin yapılacağı; *onikinci maddesinde* 65 yaşını bitirmiş olanların s6zleşme ile 6alıştırılmayacakları ve 65 yaşını dolduranların s6zleşmelerinin hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceğii yer almıştır. *On666nc66 maddesinde* ise, Bakanlar Kurulunca Devlet Memurları için saptanan 6alışma saat ve s6relerinin s6zleşmeli personel için de uygulanacağı; o g6n bitirilmesi gereken işlerin bitirilmesi için 6alışma saatleri dışında da 6alışmak zorunda olduğu ve normal 6alışma saatleri dışında veya tatil g6nlerinde yapacakları 6alışmaları karşılığında herhangi bir 6cret 6denmeyeceğii belirtilmiştir. *Ond66rd66nc66 maddesinde*, 657 sayılı Kanunun 4/B h6km66 gereğince 6alıştırılacak s6zleşmeli personelin sayısı, unvanı, nitelikleri, 6creti ve s6relerinin Bakanlığın 6nerisi ile Devlet Personel Başkanlığının olumlu g6r6ř66 6zerine Maliye Bakanlığınca saptanacağı ve ilgili Bakanın onayı ile s6zleşmeli personel 6alıştırılabileceğii ifade edilmiştir.

Bakanlar Kurulu Kararıyla tespit edilen bu genel esasların dayanağı olan b6t66e kanunlarındaki h6k66mlerin Anayasaya aykırı olduğu g6r66lmektedir. Zira 1982 Anayasası'nın 161. maddesinin son fıkrasındaki "*B66t66e kanununa, b66t66e ile ilgili h6k66mler dışında hiçbir h6k66m konulamaz.*" şeklindeki h6k66m bu sonuca ulaşmayı gerektirmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin pek 6ok b6t66e kanunundaki h6k66mleri "b66t66e ile ilgili olmadığı" gerek66esiyle iptal ettiğii bilinmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında, bir h6k66m66n b66t66e ile ilgili sayılabilmesi için, o h6k66m66n yalnızca b66t66cenin uygulanması ile ilgili olması, uygulamayı kolaylaştırıcı, tamamlayıcı ya da a6ıklayıcı nitelikte bulunması gerektiğii ifade edilmiş; bir yasa kuralının b66t66eden harcamayı ya da b66t66eye gelir getirmeyi gerektirir nitelikte olmasının onun "b66t66e ile ilgili h6k66mler"den sayılmasına neden olamayacağı, ger66ek an-

ėer 6alışanlara olduğu gibi s6zleşmeli personele de iş sonu tazminatının verilmesine ilişkin usul ve esaslara; konuyu d66zenleyen Bakanlar Kurulu Kararında yer verilmesidir.

Bu durumda, gerek s6zleşmeli personel arasında iş sonu tazminatı ve ikramiye y66n66nden oluşan farklılığın giderilmesi, gerekse kamuda 6alışan diğer personelle s6zleşmeli 6alışanlar arasındaki eşiitsizliğin kaldırılması bakımından, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararında bu konuda bir d66zenleme yapılmaması ve 7. maddesinde, yabancı uyruklu personel dışındaki s6zleşmeli personelle ilgili iş sonu tazminatına yer verilmemiş olması eşiitlik ilkesine ve hukuka aykırı bulunmaktadı.

Dava konusu Bakanlar Kurulu Kararında ve davacı ile idare arasındaki s6zleşmede yer alan, iş sonu tazminatı verilmeyeceğine dair h6k66me dayanılarak, davacının iş sonu tazminatı veya ikramiye verilmesi isteminin reddine ilişkin olarak tesis edilen işlemdede bu nedenle hukuka uygunluk g66r66lmemiştir." **Danıştay 11. D.**, 25.10.2001, E. 2001/365, K. 2001/2335, Kazancı.

lamda bütçe kavramı dışında kalan konulara bütçe kanunlarında yer verilmemesinin amaçlandığı belirtilmiştir²⁴.

Ancak ne var ki, bütçe kanunlarındaki bütçe ile ilgili olmayan, ayrı bir yasa konusunu oluşturan pek çok düzenlenmenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine rağmen; 1978 yılından bu zamana kadar bütçe yasalarında yer alan sözleşmeli personele ilişkin düzenlemeler dava konusu yapılmamıştır²⁵. Bunun yanı sıra, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrası dışında, yetki devrini yasaklayan 7. maddesi ile kamu hizmeti görevlilerine ilişkin 128. maddeye de aykırı olduğu ileri sürülmektedir²⁶.

2. 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na Göre Sözleşmeli Personel Çalıştırmaya Örnek Durumlar

Son on yıl içerisinde, SSK hastanelerinde, 506 sayılı Kanun'un 123. maddesine dayanarak ebe, laborant, röntgen teknisyeni, anestezi teknisyeni ve eczacı gibi özel meslek bilgi ve ihtisas gerektiren kişilerle sözleşme yapılarak istihdam edildiği ve bunların daha sonra görevlerinden ayrılması üzerine bir takım taleplerle yargı organlarına başvurdukları bilinmektedir. Zira söz konusu kişiler fazla çalışma alacaklarına ilişkin taleplerini İş Mahkemelerine götürmüşler, bazı İş Mahkemeleri de bu taleplerine (örneğin Üsküdar 1. İş Mahkemesi'nin, 03.07.2006, E. 2004/884, K. 2006/498 sayılı kararı) ücretin anayasal bir hak olduğu ilkesinden hareketle fazla çalışma ile hafta ve genel tatil alacaklarının hüküm altına alınması gerektiği yönünde olumlu cevap vermişler; hatta bu tür talepler Hukuk Genel Kurulunca da benzer tarzda hukuka uygun görülmüştür²⁷.

²⁴ Bkz. AYM, 09.12.1976, E. 1976/34, K. 1976/52, R.G., 15.03.1977, S. 15879; AYM, 15.11.1984, E. 1984/11, K. 1984/11, R.G., 22.02.1985, S. 18674.

²⁵ Bkz. Bülent Serim, "Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü", Amme İdaresi Dergisi, C. 21, S. 1, Mart 1988, s. 135-153; Bakırcı, s. 70.

²⁶ Bakırcı, s. 70.

²⁷ "...Taraflar arasında mevcut sözleşmenin hukuki niteliğinin de irdelenmesi gerekir. Sözleşmenin başlangıcında bunun bir hizmet sözleşmesi olduğu bildirilmektedir. Sözleşmeli personel sıfatının kazanılmasında yukarıda açıklandığı gibi zorunlu ve istisnai durumun mevcut olması, Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca çalıştırılmasına karar verilmesi gibi koşullar tamamlanmadan yapılan sözleşmeyi gerçek anlamda bir hizmet sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir. Ayrıca özel koşullara bağlı olarak yapılması gereken idari sözleşmenin bu koşulları taşıyamaması halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmede taraflar yapılacak iş ve verilecek ücret konusunda anlaşmışlardır. Bir hizmet sözleşmesine dayanarak herhangi bir işte çalışanlara işçi denildiğine göre, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin de işçi-işveren ilişkisi olarak kabulü ge-

SSK hastanelerinin 6rneğin eczacı niteliğindeki s6zleşmeli personel ile yaptıkları hizmet s6zleşmelerinde yer alan aylık brüt ücret, yıl sonuna kadar s6zleşme s6resi gibi h6k6mlerinin Maliye Bakanlığı'na belirlendiği, s6zleşmeli personellerle imzalanın Tip-2 t6r6 matbu hizmet s6zleşmelerindeki ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır. Tip-2 t6r6 Hizmet S6zleşmesinin yukarıda bazı 6zellikleri açıklanan Bakanlar Kurulu Kararnamesinde belirtilen "S6zleşmeli Personel alıştırılmasına İlişkin Esaslar"na uygun olarak d6zenlendiği g6r6lmektedir. Yine s6z konusu hizmet s6zleşmelerinde yer almayan h6k6mler hakkında da, Maliye Bakanlığınca (B6te ve Mali Kontrol Genel M6d6rl6ę6'n6n 31.01.2003 tarih ve 1688 sayılı yazısında da belirtildiği 6zere) 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Bu kapsamda istihdam edilenlere y6nelik olarak, T6rk Sağlık İşçileri Sendikasıyla yapılan s6zleşme g6r6şmelerine katılan Kamu-İş Sendikası Başkanlığı da, isabetli bir Şekilde, 14.05.1999 tarih ve 601 sayılı yazılarında olduğu gibi, ilgililerle yapılan s6zleşme h6k6mleri gereği işçi sayılmayan ve kamu hizmeti g6revlisi niteliğindeki s6z konusu personelin, işçi sayılmadıkları için Sendikalar Kanununun 20. maddesi ile y6r6rl6kteki toplu iş s6zleşmesi h6k6mleri gereği Sağlık İşçileri Sendikası'na 6ye olmalarının ve toplu iş s6zleşmesinden yararlanmasının m6mk6n olmadığı y6n6nde g6r6ř bildirmiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001 yılında verdiği isabetsiz bir kararında, taraflar arasındaki sendika aidatı alacağına y6nelik aynı kapsamda çalışan personele ilişkin uyuşmazlıkta aksi y6nde içtihat geliştirmiş ve uyuşmazlığın adli yargıda 6z6mlenmesi gerektiğini kabul ederek davanın olumlu sonuçlandırılması gerektiğini ifade etmiştir.

S6z konusu HGK kararında, 6zetle, "*Davacı-sendika, TİS uyarınca 6denmesi gereken bir kısım 6yelerinin sendika aidatlarının 6cretlerinden kesilmemesi ve sendikaya g6nderilmemesi nedeniyle alacak talebinde bulunmuştur. Uyuşmazlık, davacı sendikaya 6ye olan kişilerin işçi stat6s6nde*

rekir. Sosyal Sigortalar Kurumu bu ilişkiyi tek taraflı olarak ortadan kaldıramaz. Bu Şekilde alışan kişilerin hizmet akdiyle çalıştıkları belirlendiğine ve hizmet akdiyle çalışan kişilerde işçi sınıfatım taşıdıklarından, 2821 sayılı Sendikalar Yasası çerçevesinde sendikaya 6ye olma halleri bulunduğundan, 6ye oldukları sendikanın işveren kuruluştan sendika aidatı talep etme hakkı bulunmaktadır. Mahkemenin, 6zel Dairenin alışan kişilerin s6zleşmeli personel olduklarının kabul6 gerekir Şeklindeki bozma kararına y6nelik direnmesi yerindedir. Ancak 6zel Daire tarafından aidat alacağı y6n6nden bir inceleme yapılmadığından bu y6nde değerlendirme yapılması için dosya 6zel Daireye g6nderilmelidir. Mahkemenin dava konusu kişilerin hizmet akti ile çalıştıkları gerekçesiyle davanın kabul6ne ilişkin direnme kararı yerinde olup, aidat alacağı y6n6nden inceleme yapılması için dosyanın 9. Hukuk Dairesine g6nderilmesine, 25.04.2001 g6n6nde, oyçokluğu ile karar verildi" **YHGK**, 25.4.2001, E. 2001/9-385, K. 2001/403, Kazancı.

olup olmadıkları noktasında toplanmaktadır. SSK gerekli gördüğü yerlerde hastane, eczane, hekim, eczacı ve ebelerle ve diğer gerçek ve tüzel kişilerle sözleşme yapmaya yetkilidir. Her yerde sabit sağlık tesisi ve müessesesi bulunmayan SSK, o yerdeki serbest çalışan sağlık elemanları ve müesseseleri ile anlaşarak sigortalılarına hizmet verebilir. Söz konusu sağlık tesislerinde çalışanların hukuki statüleri tartışmalıdır. Bu kişilerin kamu hizmetini işçi olarak yürüttüklerinin ve hizmet akdi ile çalıştıklarının kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle üye oldukları sendikanın işveren kuruluş olan SSK'ndan sendika aidatı talep etme hakkı vardır.”²⁸ gerekçelerine dayanarak bu kişilerin hukuki statülerinin tartışmalı olduğunu ancak bu kişilerin kamu hizmetini işçi olarak yürüttüklerinin ve hizmet akdi ile çalıştıklarının kabulünün gerekeceğini, dolayısıyla sözleşmeli personel olamayacaklarını karara bağlamıştır.

Davacının sözleşmeli personel sıfatıyla imzaladığı “Hizmet Sözleşmesi” başlıklı belgede; sözleşmenin 65 yaşını doldurduğu tarihte, hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği; sözleşmeli personel olabilme şartlarının yitirilmesi halinde ve diğer belirlenen durumlarda sözleşmenin feshedileceğinin peşinen kabul edildiği, sözleşmeli personelin, mevzuatına uygun olarak birinci maddede belirtilen kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu görevlileri olduğu ifade edilmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunları uyarınca istihdam edecekleri, bu bağlamda Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının 506 sayılı Kanun’un 123. maddesi uyarınca istihdam edeceği *sözleşmeli personel*, “*Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar*” çerçevesinde istihdam etmek zorundadırlar. Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığında 506 sayılı Kanun’un 123. maddesi uyarınca sözleşmeli personel pozisyonunda istihdam edilen personelin hizmet sözleşmelerinde bulunmayan hükümler hususunda 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gereğince “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar”ın dikkate alınması gerekeceği de açıktır. Söz konusu sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunmaktadır. Davacının sözleşmeli personel olarak çalıştırılmış olduğu, taraflar arasında her yıl düzenlenen sözleşmelerde de, davacının sözleşmeli personel statüsünde olduğu, sözleşmenin 657 sayılı Kanununun 4/B maddesi ve 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Kararnamenin değişik 14. maddesi uyarınca akdedildiği, sözleşmede yer almayan hususlar hakkında Kararname hükümleri çerçevesinde işlem yapılacağı belirtilmekte olup, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Mü-

²⁸ YHGK, 25.4.2001, E. 2001/9-385, K. 2001/403, Kazancı.

dürlüğü'nce Bütçe Kanunu uyarınca vize edildiği ifadesine de yer verildiği görülmektedir²⁹.

Bu durumda sözleşmeli personel, kendileriyle imzalanan idari nitelikli "Hizmet Sözleşmesi" ile bunda hüküm bulunmayan hallerde 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda belirtilen "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar"a tabi oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle, işçi sayılmayan ve bu türde istihdam edilen personelin uyuşmazlıklarının da iş mahkemelerinde değil idare mahkemelerinde görülmesi gerektiği açıktır. Ancak Hukuk Genel Kurulu, büyük olasılıkla, bir işçi sendikasına üye olan kişinin ancak Sendikalar Kanunu anlamında işçi olduğunu kabul gerçeğinden hareket etmiş, işçi kabul edilen kişilerin uyuşmazlığının da iş yargısına (adli yargıya) tabi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Oysa, burada, dava konusu şahsın işçi sendikasına üyeliğinin geçerli olup olmadığına da tartışılması gerektiği ve işçi sayılmadığı için işçilik haklarından yararlanamayacağı sonucuna ulaşılması daha isabetli olabilirdi. Bir sözleşmeli personel statüsündeki şahsın işçi sendikasına üye olmasının geçersizliğine yönelik uyuşmazlık ise ayrı bir konu olup bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

3. Sözleşmeli Personel ve İşçi Ayırımında Dikkate Alınacak Kriterler

Uyuşmazlık konusu davada, asıl sorun olan iş mahkemesinin görevli olup olmadığına belirlenmesi için öncelikle çalışma ilişkisinin niteliği tespit edilmeli ve belirlenen çalışma ilişkisine göre de yargı yolu belirlenmelidir. Bu açıdan, çalışan kimsenin tabi olduğu şartların değişik açılardan ele alınarak bir sonuca ulaşılmasında yarar vardır.

Her şeyden önce personelle yapılan sözleşme (idari hizmet sözleşmesi) kamu hukuku karakterli olmalıdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütülür. Sözleşmeli personel, 657 sayılı Kanunda sayılan dört istihdam türünden biri olarak, memurluk sistemine, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisna olup, kamu hizmetine memurlar gibi atama ile değil, sözleşme ilişkisiyle bağlanmışlardır. Aynı şekilde 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kara-

²⁹ "Davacının uzun yıllardan beri bu hüküm kapsamında sözleşmeli personel olarak çalıştırılmış olduğu, Taraflar arasında her yıl düzenlenen sözleşmelerde de, davacının sözleşmeli personel statüsünde olduğu, sözleşmenin 657 sayılı Kanunun 4/B maddesi ve 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Kararnamenin değişik 14. maddesi uyarınca akdedildiği, sözleşmede yer almayan hususlar hakkında Kararname hükümleri çerçevesinde işlem yapılacağı belirtilmekte olup, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nce Bütçe Kanunu uyarınca vize edildiği ifadesine yer verildiği görülmektedir", **YHGK**, 06.12.2006, 2006/9-769-781.

rı'nda belirtilen ilkeler çerçevesinde çalıştırılanlar da sözleşmeli personel statüsünde bulunmaktadırlar. Şu halde, sözü edilen kapsamlarda çalıştırılan sözleşmeli personeller, idari hizmet sözleşmeleriyle çalıştırılmaktadır³⁰. Bu durumda hizmet sözleşmesiyle istihdam edilen işçilerle kavramsal bir benzerlik söz konusudur; her ikisi de hizmet sözleşmesi ile çalıştırılmaktadır ancak, sözleşme ilişkisinde ana ilke olan "irade serbestisi" (sözleşme özgürlüğü) kuralı, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli personel çalıştırılmasında geçerli değildir. Bu yönüyle, sözleşmeli personelin çalışmasına dayanak oluşturan ve irade serbestisine dayanmayan sözleşme kavramı, irade serbestisine dayanan işçinin sözleşmesinden farklıdır³¹.

Bilindiği üzere, idari sözleşmeler "kamu kuruluşlarının, idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmeler"dır³². Bu sözleşmeleri, yönetimin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerden ayırmak için³³, sözleşmenin konusunu oluşturan ilişkiye bakmak gerekir. *Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuksal eşitlik varken³⁴, idari sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından biri olan idareye, kamu yararının temsilcisi ve*

30 Mollamahmutoğlu, s. 123.

31 İş hukukunda sözleşme özgürlüğü (irade serbestisi) hakkında bkz. Adil İzveren, İş Hukuku, I, II, III, Ankara 1974, s. 28-30.

32 İdarenin yaptığı bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi gerekir. İdari sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesine yönelik kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, C. II, s. 8-45.

33 Bilindiği üzere hizmet (iş) sözleşmesi hukuki niteliği bakımından bir özel hukuk (Borçlar Hukuku) sözleşmesi olup sözleşme yapma ehliyetine sahip iki tarafın birbirine uygun serbest iradeleri sonucu kurulur. Bu husus iş sözleşmesinin en temel özellikleri arasında yer alır. Bu konu hakkında bkz. Çelik, s. 82; Centel, s. 82-83; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. B., İstanbul 2006, s. 58; Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2007, s. 81; Sümer, s. 37; Fatih Uşan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C-1 İş Hukuku, Ankara 2006, s. 45; A. Murat Demircioğlu/Tankut Centel, İş Hukuku, 11. B., İstanbul 2006, s. 77; Süzek, s. 247; İhsan Erkul/Nuray Gökçek Karaca, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması, Eskişehir 2004, s. 93.

34 Sözleşme yapıp yapmamak ya da sözleşmelerin hükümlerine tabi olmak hususunda gerçek veya tüzel bütün kişiler eşittirler. Hatta devlet ile gerçek kişiler arasındaki özel hukuka giren sözleşmeler hususunda da tam bir eşitlik vardır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel hükümler, 6. B., İstanbul 1988, s. 78. Hizmet (iş) sözleşmesi, birbirleri karşısında eşit haklara sahip kılınmış olan kişiler arasında söz konusu olacak ilişkiyi, yani özel hukuk ilişkisini kurar. Bkz. Centel, s. 82; Çelik, s. 82.

*sorumlusu olarak, karşı tarafa göre bazı üstünlükler tanınmıştır*³⁵. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, konusunun kamu hizmeti ve yararı olması, özel hukuku aşan koşulları içermesi, belirli bir süreyi kapsamaması gerekir³⁶. Başka bir anlatımla, bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu taktirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların, idareye kamu gücünden³⁷ doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacıyla olup olmadıklarının araştırılması gerekir. *Özel hukuk sözleşmelerinde söz konusu olmayan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmelerin en belirgin özelliğidir*. Bu hükümler, özel hukuku aşan şartlar olarak nitelendirilir. *Bu durum idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareket etme gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur. İdarenin üstünlüğünün ve otoritesinin tanınması, yani sözleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve sözleşmenin bir tarafını oluşturan idarenin, diğer tarafa karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi durumlarında sözleşmede özel hukuku aşan koşulların varlığı kabul edilmelidir*. Bu açıdan idari sözleşme ile çalışan sözleşmeli personelin işçi olarak kabul edilmesi mümkün değildir³⁸.

35 **Günday**, İdare Hukuku, 2. B., Ankara 1997, s. 14-15, 87-88. İdare hukukuna kamu yararı düşüncesinin egemen olması, bu hukuk dalındaki hukuki ilişkilerin (durumların) genellikle kuralsal olması ve bu hukuki durumlara tek yanlılık ve eşitsizliğin hakim olması sonucunu doğurur. Özel hukuk alanındaki hukuki durumlar ise iradidir. Yani taraflar yaratacakları hukuki durumların içeriğini kendi serbest iradeleriyle belirlerler. Bkz. **Günday**, s. 87-88.

36 İdari sözleşmeleri belirleyici bir başka kriter ise, sözleşme konusunun kamu hizmeti olmasıdır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, her kamu hizmetine yönelik sözleşmenin idari sözleşme olduğu söylenemez. Çünkü idareler kamu hizmetini, yaptıkları özel hukuk sözleşmeleri ile de yerine getirebilirler.

37 İdarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işler, idare hukukuna tabidir. Bu işlerden doğan uyuşmazlıklara da idari yargı da bakılır. Bu ölçüte göre idarenin tasarrufları, biri, emretme iradesini açıkladığı hakimiyet tasarrufları (kamu gücü işlemleri, otorite işlemleri) ile diğeri, idarenin bir malik veya işletmecisi sıfatıyla yaptığı temsilî tasarrufları (işletme işlemleri)dir. Bkz. **Gözler**, s. 60-62.

38 **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 62; Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku, 13. B., Konya 2007, s. 15; **Erkul/Gökçek-Karaca**, s. 93; Aynı yönde bkz. **İzveren**, s. 64. "Sözleşmeli personel" olarak çalışan kişi işçi sayılamaz. Bu nedenle sözleşmenin bozulması ile ilgili dava-

Sözleşmeli personelde, idarenin kanuniliği ilkesi gereği³⁹, yapılacak sözleşmelerin içeriği ve sözleşme yapılma yöntemi yukarıda da belirtildiği gibi, mevzuatta yer verilen düzenlemelerle belirlenmekte, tarafların iradesi belirleyici olmamakta, kamu gücü etkin bulunmaktadır. Yapılan sözleşmeler, iş hukukundaki iş sözleşmelerinden farklı olarak “idari hizmet sözleşmeleri” niteliğinde kabul edilmektedir⁴⁰. Bilindiği üzere, işçi niteliğini taşımayan kamu görevlileri ile idare arasında akdedilen sözleşmeler mahkeme içtihatlarına göre idari sözleşme sayılmaktadır⁴¹. Anılan sözleşmelerin, koşulları hukuki düzenlemelerle belirlenmiş “tip sözleşmeler” niteliğinde olduğu görülmektedir. Davacının sözleşmeli personel sıfatıyla imzaladığı “Hizmet Sözleşmesi” başlıklı belge incelendiğinde de, iş sonu tazminatı veya ikramiye verilmeyeceğinin peşinen kabul edileceği, sözleşmenin 65 yaşını doldurduğu tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği, sözleşmeli personel olabilme şartlarının yitirilmesi halinde ve diğer belirlenen durumlarda sözleşmenin feshedileceğinin peşinen kabul edildiği, sözleşmede yer almayan hususlarda Devlet Konukevleri Yönetmeliği ile 7/15754 sayılı Kararname hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Belirtilen sözleşme hükümleri dikkate alındığında, taraflar arasında sözleşme ile eşit yükümlülükler öngörülmediği belirgindir. Bu yönüyle de söz konusu sözleşmede özel hukuka aşan hükümler bulunmaktadır.

Yargıtay HGK'nun 2001 tarihli kararına ilişkin karşı oy yazılarında, *“Davalı Sosyal Sigortalar Kurumunun kendisine ait hastane ve sağlık tesislerinde hizmet akdine dayalı olarak çalıştırmakta olduğu personelden ayrı olarak sağlık hizmetlerini daha iyi yürütebilmek amacıyla, Sosyal Sigorta-*

lara İş Mahkemesinde değil, genel yargı yerinde bakılmalıdır”, Y9HD, 09.11.1989, E. 1989/6521, K.1989/9661, Kazancı.

39 İdarenin kanuniliği ilkesinin iki değişik anlamı vardır. İdarenin eylem ve işlemleri kanuna dayanmalı, hem de bu eylem ve işlemler kanuna aykırı olmamalıdır. Yani kanun, idarenin faaliyette bulunabilmesinin hem şartı hem de sınırınıdır. Bkz. **Gözler**, C. I, s. 110.

40 İdarenin bazı faaliyetlerini kendileriyle hizmet sözleşmesi yaptığı kişilere gördürmesi mümkündür. İdare ile bu kişiler arasında akdedilen hizmet sözleşmelerinin bir kısmı idare hukukuna, diğer bir kısmı ise özel hukuka tabidir. İdare hukukuna tabi bu tür hizmet sözleşmelerine “idari hizmet sözleşmesi” denir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda karara bağlanır. Bu tür sözleşmeyle çalışan kişilere “sözleşmeli personel” adı verilmektedir. Buna karşılık özel hukuka tabi hizmet sözleşmelerine dayanarak çalışanlara ise “işçi” denir; bunlara Borçlar Kanunu veya İş Kanunu hükümleri uygulanır ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar adli yargıda karara bağlanır. İdarenin bir gerçek kişi ile akdettiği sözleşmenin hangi türde olduğunun tespiti açısından dikkate alınacak kriter, “genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görev” niteliğinde olmasıdır. Bu konu ve bu konuya ilişkin yargı kararları için bkz. **Gözler**, C. II, s. 72-79.

41 **Günday**, s. 145.

lar Kanununun 123. maddesinin kendisine verdiği yetkiye dayanarak ihtiyaç duyduğu yerlerde bazı kişileri s6zleşmeli personel statüsünde alıştırma olanağı da mevcuttur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesi, S6zleşmeli Personelin; zaruri ve istisnai hollere münhasır olmak üzere 6zel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç g6steren geçici işlerde çalıştırılan bir kamu hizmeti personeli olduğu belirtilmiştir. Dava dosyasındaki yazı ve belgelerden dava konusu kişilerin, ebe, laborant, r6ntgen teknisyeni, anestezi teknisyeni gibi 6zel meslek bilgi ve ihtisas gerektiren kişiler oldukları davalı kurumun bu kişilerle geçici (bir yıllık) belirli s6reli s6zleşmeleri yaptığı anlaşılmaktadır. Dosyada 6rnekleri bulunan s6zleşmelerin 1. maddesinde, bu kişilerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin (A) bendinin 4. 5. 6. ve 7. fıkralarında belirtilen, devlet memurlarının işe alınmasındaki genel şartları taşıması gerektiğini ve aynı maddenin ikinci fıkrasında da 65 yaşım bitirmiş personelin s6zleşmeli olarak alıştırılamayacağını belirtmiştir. Halbuki 1475 sayılı İş Kanununda işçilerin işe alınmalarında ve hizmet akitlerinin sona erdirilmelerinde b6yle şartlar olmayıp, çok farklı h6k6mlere yer verilmiştir. S6zleşmenin 5. maddesinde; işçilerin aksine bu kişilerin ücretlerinin peşin olarak 6deneceği, 6. maddesinde; memurlarda olduğu gibi izin s6relerinin belirlendiği; 8. maddesinde; bu s6zleşmeli personelin Bakanlar Kurulunca memurlar için tespit edilen çalışma saatlerinin aynen uygulanacağı kararlaştırılmak suretiyle İş Kanununun 61. ve devamı maddelerinde işçiler için uygulanan çalışma saat ve s6relerinden ayrılmıştır. 15. maddede ise; bu s6zleşmenin tatbikatından doğacak anlaşmazlıklar için tarafların İdari Mahkemelerin yetkilerini kabul ettikleri h6kme bağlanmıştır. Dosya içine 6rnek olarak konulan altı adet s6zleşmede; bu kişilerin işe giriş tarihleri, s6zleşmelerin başlangıç tarihlerinden kısa bir s6re 6nce g6sterilmiş olması s6zleşmelerin geçersizliği için yeterli bir neden sayılamaz, bu husus ilgili kişilerin hemen sonra s6zleşmeli personel yapıldığını g6stermektedir. S6zleşmenin 9. maddesinde; ilgilinin 506 sayılı kanunun sağlık yardımlarından faydalanacağı belirtilmişse de, bu maddenin s6zleşmenin genel vasfını değiştirmeyeceği gibi, ilgili kişinin kurumun sağlık imkanlarından yararlanması için yardım maksadıyla konulduğu d6ř6n6lmelidir. S6zleşmenin başlangıç. kısmında ise aynen "s6zleşmeli personel, s6zleşme ile alıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti g6revlileridir" demek suretiyle, bu personellerin işçi olmadığını h6kme bağlamıştır.

B6t6n bu anlatımlara g6re bir kamu kuruluşu olan davalı Sosyal Sigortalar Kurumunun, konusu kamu hizmeti olan sağlık işlerinde kanunun kendisine verdiği yetkileri kullanmak suretiyle ve tek yanlı hareket g6c6ne sahip olarak mezkur s6zleşmelerle dava konusu kişileri s6zleşmeli personel olarak çalıştırdığı anlaşılmaktadır.

Yukarda belirtilen maddi ve hukuki olgular karşısında, bilgi ve belgelere dayanmayan afaki iddialara itibar edilemeyeceğinden bahis konusu sözleşmelerin geçersiz olduğuna dair görüşe de katılmak mümkün değildir. Bu durumda dava konusu ilgili kişilerin 1475 sayılı İş Kanununun 1. maddesinde belirtilen manada işçi sıfatını taşımadıklarından sözleşmeli personel statüsünde çalıştıkları sonucuna vardığımızdan Yüce Genel Kurulun çoğunluk kararına katılmıyoruz.”⁴² denilmek suretiyle, sözü edilen kategoride hizmet sözleşmesi ile çalışanların işçi değil sözleşmeli personel olduğu, dolayısıyla İş Kanunu'nun uygulanma imkanının bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Belirtelim ki, “işçi” olarak nitelenen kişiler, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde ifade edildiği üzere “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi”lerdir. İşçi niteliğinin kazanılması iş sözleşmesinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada tarafların serbest iradeleriyle kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur. Özel hukuk karakterli sözleşmelerde taraflar, yasaların öngördüğü sınırlar içinde, sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. İdari sözleşmelerde ise, çerçevesini oluşturan yasal mevzuat tarafların hareket serbestisini kısıtlamaktadır. İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm görevi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca iş mahkemelerine verilmiştir. Bu nedenledir ki; özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda giderilmektedir⁴³.

Ne var ki, HGK'nun 2001 tarihli kararında, isabetsiz bir tarzda, sözleşmeli personel statüsünde çalışan kişinin, işçi niteliğine sahip bulunduğu şu gerekçelerle ifade edilmiştir: “...*Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu, Kuruma ait hastanelerde çalıştırılan ve kendilerinin hizmet akdiyle çalıştıklarını ileri süren kişilerle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumunun 123. maddesine göre sözleşme imzalandığını ve dolayısıyla bu kişilerin sözleşmeli personel, sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri olduklarını ileri sürmektedir.*

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği, aynı maddenin (B) bendinde ise sözleşmeli perso-

⁴² **YHGK**, 25.4.2001, E. 2001/9-385, K. 2001/403, Kazancı.

⁴³ **Y9HD**, 16.11.1989, E. 1989/6560, K. 1989/9897, İşveren Dergisi, C.38, S. 5, Şubat 1990, s. 16; **Y9HD**, 01.11.1991, E. 1991/9212, K. 1991/13697, **Mollamahmutoğlu**, s. 123, dn. 26. Ayrıca bkz. Şeref **Gözübüyük**, Yönetim Hukuku, Ankara 1983, s. 198-199.

nel; kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan zemini ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlisi olarak tarif edilmiştir.

Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu, çalıştırdığı kişilerin bu yasa maddesinde tarifli yapılan sözleşmeli personel kavramı içinde yer alamayacağını bilinciyle bu kişilerle Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesine göre sözleşme yapıldığını ileri sürmektedir. Gerçekten bu kişiler sürekli sağlık hizmetlerinde çalıştırılmaktadırlar. Sözleşmeli personel ancak özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde çalıştırılabilirler. Çalıştırılan kişiler özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına sahip kişilerde değildir. Yine bu kişiler için Kurumca Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığından görüş alınarak Bakanlar Kurulu kararı da alınmamıştır. Ayrıca sözleşmeli personel istihdamına olanak verilen meslek gruplarında yasa koyucu zorunlu haller koşulunu getirmiştir. Statüleri anlaşmazlığa neden olan kişilerin sözleşmeli personel olarak çalıştırılmalarında zorunlu bir neden de bulunmamaktadır. Bütün bu anlatımlar karşısında, bu kişilerin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu açısından sözleşmeli personel olarak vasıflandırılmalarına yasal olanak bulunmamaktadır.

Davalı Kurum Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesinden hareketle sözleşme yaptığını ileri sürmektedir. Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesinde "...kurum, gerekli gördüğü yerlerde hastane, eczane, hekim, eczacı ve ebelerle ve diğer gerçek ve tüzel kişilerle sözleşmeler yapmaya yetkilidir..." denilmektedir. Maddenin bu hükmüyle her yerde sabit sağlık tesisi ve müessese kuramayan Kurumun o yerde ki serbest çalışan sağlık elemanları ve müesseselerle anlaşabilmesi ve sigortalılarına sağlık hizmeti verebilmesi için bu yasa maddesi kabul edilmiştir. Ancak hukuki statüleri tartışma konusu yapılan sağlık elemanları Kurumun yataklı tedavi kurumlarında sürekli olarak çalıştırılan kişiler olmaları nedeniyle bu kişilerle yapılan sözleşmelerin Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesine göre yapıldıklarının kabulüne de olanak yoktur.

Davalı Kurum bu kişilerin memur olduklarını da ileri sürmemiştir. 657 sayılı Yasanın 4. maddesinin (D) bendinde; (A), (B), (C) fıkralarında belirtilenler dışında kalan kişilerin işçi oldukları öngörülmektedir. Davalı Kurum, çalışanların memur ve sözleşmeli personel olmadıklarını ve sürekli işlerde çalıştırıldıklarını savunmaktadır. Bu durumda yasal statüleri Sosyal Sigortalar Kurumunun 123. maddesine girmeyen kişiler 657 sayılı Devlet Memurları

rı Yasasının 4. maddesinin (A), (B) ve (C) fıkralarında tarifleri yapılan personel tanımları içinde yer alamayacaklarından yaptıkları kamu hizmetini işçi olarak yürüttüklerinin kabulü gerekmektedir.”⁴⁴

Bunun yanı sıra, sözleşmeli personelin statü niteliğinin bulunduğu da görülmektedir. Sözleşmeli personel kategorisi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere kamu hukuku içinde “statü” niteliği kazanmış olan⁴⁵ çalışma koşulları (statüter bir biçimde) kanunla düzenlenmiş bulunan kişilerdir⁴⁶. Bu nedenle sözleşmeli personel idare hukukuna (statü hukukuna) bağlı olarak çalışır⁴⁷.

Sözleşmeli personeller hakkında, hizmet sözleşmesi hükümleri ile 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile uygulamaya konulan “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar” uygulanmaktadır. Kuruluş kanunlarında, özel düzenlemelerle bir sözleşmeli personel çalıştırılmasına imkan verilmişse, bu özel hükümler de uygulanacaktır. Bu durumda da söz konusu düzenleme bir Bakanlar Kurulu Kararı’na dayanan sözleşmeli personel uygulamasıdır ve İş Kanunu değil, 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraflar arasında imzalanmış hizmet sözleşmesi ve özel düzenlemenin hükümlerinin uygulanması gerekir.

⁴⁴ **YHGK**, 25.4.2001, E. 2001/9-385, K. 2001/403, Kazancı

⁴⁵ “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4/B maddesinde düzenlenen *sözleşmeli personel statüsü*, belirli bir iş için uzmanlaşmış bir elemanı yüksek ücretle çalıştırarak, işi en iyi biçimde yürütmek ve iş bittikten sonra çalışan kişinin ilişkisini keserek Devlet bütçesine gereksiz yere yük olmasını önlemek için getirilmiştir. Ancak uygulamada sözleşmeli personel statüsünün bu amaçla kullanılmadığı da bilinen bir gerçektir. Zira Devletin yürütmekle görevli olduğu asli ve sürekli kamu hizmetlerinin tümünde sözleşmeli personel istihdam edilmekte, bunlar emekli olana kadar bu statüde çalıştırılmakta ve bunların bir kısmı Sosyal Sigortalar Kurumu ile bir kısmı Emekli Sandığı ile ilgilendirilmekte, hizmet sürelerini tamamladıktan sonra emekliye ayrılmalarında ise Sosyal Sigortalar Kurumu ile ilgilendirilenlere herhangi bir toptan ödeme yapılmamaktadır. Oysa bu kişilerin memur statüsünde çalıştırılmış olmaları halinde emekliye ayrıldıklarında bir toptan ödeme yapılacağı hususu tartışmasızdır. Bunun yanı sıra, kamu veya özel sektörde çalışan işçilere, memurlara, kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşmeli personel statüsünde çalışanlara, kamu kurumlarında kapsam dışı personel statüsünde çalışanların tümüne, çalıştıkları işten ayrıldıklarında kesenek ve prim karşılığı olmaksızın yalnızca çalışılan süreye bağlı olarak bir toptan ödeme yapılmaktadır.”, Danıştay 11. D., 27.2.2003, E. 2000/11381, K. 2003/959, Kazancı.

⁴⁶ Ayrıca bkz. **Süzek**, s. 122-123.

⁴⁷ Fevzi **Demir**, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s. 9.

SONUÇ

Sonuç olarak, yukarıda yer verilen 2006 ve 2007 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararlarına da konu olmuş olan 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına dayanılarak hizmet sözleşmesi ile çalıştırılan sözleşmeli personele ilişkin uyuşmazlıklarda, bunların işçi sayılmaması nedeniyle iş yargısının (adli yargının) değil, idari yargının görevli olduğu açıktır. Bu nedenle bu tür uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olduğunu belirten 2006 ve 2007 tarihli HGK kararlarını isabetli buluyor, katılıyorum. Kaldı ki, Uyuşmazlık Mahkemesi de 2003 yılında verdiği bir kararında, özetle, “*Dışişleri Bakanlığı yurt dışı kuruluşunda 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesine ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki Esaslara göre sözleşmeli statüde çalışan davacının, emekliye ayrılması nedeniyle tazminat ödenmesi istemiyle açtığı davanın, 2577 sayılı İYUK.'nun 2/1-c. maddesi kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir*”⁴⁸ yönündeki içtihadıyla bu kapsamdaki uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiğine vurgu yapmış bulunmaktadır.

Ancak bu kararlardan önceki bir tarihte (2001 yılında), aynı gerekçelerle benzer bir uyuşmazlıkta esasa girilerek adli yargının (iş mahkemesinin) görevli olduğu sonucuna ulaşan HGK kararını ise isabetli görmüyor, katılmıyorum.

48 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 23.10.2003, E. 2000/34, K. 2000/43, Kazancı.

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA DONATAN VE DONATANIN SORUMLULUĞU ÜZERİNE HÜKÜMLER

*Yrd. Doç Dr. Burak ADIGÜZEL**

GİRİŞ

15.11.2005 tarihinde Meclis Adalet Komisyonuna sevk edilen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, ayrıntılı bir çalışma için Adalet Alt Komisyonuna havale edilmiş, buradan kamuoyu görüşlerinin alınması için bütün kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili sivil toplum kuruluşlarına gönderilmiştir. Görüşlerin alınması¹ ve altı aylık bir süre içinde Alt Komisyon Raporu verilen Tasarı, esas komisyon sıfatıyla Adalet Komisyonunda görüşülmeyi beklemektedir.

Adalet Komisyonunda görüşülmesinden sonra Genel Kurula gönderilecek Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, uzun ve meşakkatli bir çalışma sonrasında meydana getirilmiş, günün koşullarına, bilhassa hızla değişen ve gelişen küresel ticaret ile uyuma önem veren bir esas üzerine bina edilmeye çalışılmıştır².

Tasarının Beşinci Kitabı “Deniz Ticareti” başlığı altında, deniz ticaretine ilişkin hükümleri ortaya koymaktadır³. Deniz ticaretine ilişkin bu hükümler, bazı farklı değişiklikleri de içinde barındırmakla beraber, temelde yine mehz Alman Ticaret Kanunu’nun (HGB) deniz ticaretine ilişkin hükümlerine

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Görüşlerin alınması ve tartışma için, beş aylık bir süre verilmesi eleştirilere yol açmıştır. Bu konuda, **Çetingil A. Ergon/Kernder Rayegân/Ünan Saim/Yazıcıoğlu Emine**; TTK Tasarısının “Deniz Ticareti” Başlıklı 5.Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, Özel Sayı, Deniz Hukuku Dergisi, Ocak 2006, s.2.

2 Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Tekinalp Ünal**; Tasarının Takdimi Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Düşünce Yapısının Taşıyıcı Kolonları, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans Bildiriler-Tartışmalar 13-14 Mayıs 2005, BTHAE 2005, s.9 vd, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Paneli**, Türkiye’de Hukuk Reformu Toplantıları, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.4, Ağustos 2005, s.7 vd.

3 6762 sayılı TTK’da dördüncü kitap olarak düzenlenen deniz ticaretine ilişkin hükümler, Tasarıda, TTK’da kıymetli evrak hükümleri içinde yer alan taşıma hukukuna ait kaidele- rin ayrı bir dördüncü kitapta düzenlenmesi nedeniyle beşinci kitap olarak karşımıza çıkmaktadır.

sadık kalınmıştır⁴. Özellikle deniz ticaretinde, mehaz HGB’de zaman içinde reform yönünde yapılan değişikliklere karşın, bu yönde TTK’da günümüze kadar benzer bir düzenlemeye gidilmemesi, birçok kural açısından TTK’nın, günümüz deniz ticaretine uyum sağlayamamasına ve ihtilafların çözümünde uluslararası yeknesaklaşan kaidelerden farklı ve çoğunlukla eksik çözümlere gidilmesine yol açıyordu.

Nitekim Tasarıda, deniz ticaret hukukuna ilişkin kurallar yazılırken, bu problemin ortadan kaldırılmasının amaçlandığı görülmektedir. Bilhassa, mehaz HGB’nin deniz ticaret hukukunda zaman içinde yapılan uluslararası konvansiyonlarda kabul edilen düzenlemeleri esas alarak, deniz ticaret hukuku açısından önemli iki konu olan donatanın ve taşıyanın sorumluluğunda yaptığı değişiklikler, bizde ileride de bahsedeceğimiz üzere özde farklı bir biçimde olmamakla beraber, başka bir tarzda HGB’den Tasarı metnine dâhil edilmeye çalışılmıştır⁵.

Bunun yanında, gerek yerli gerekse yabancı doktrinde deniz ticaret hukukunda bazı kavramlar için ileri sürülen görüşler ve bazı ulusal kanun düzenlemeleri de ele alınarak, bu konuların yer aldığı metinlere Tasarıda yer verilmiştir.

İşte, Tasarıda bu şekilde yer alan deniz ticaret hukukuna ait hükümler içinden, deniz ticaret hukukunun en önemli kavramlarından biri olan donatan ve donatanın sorumluluğuna ilişkin kurallar, bu düzenlemeler içinden incelememizin konusunu oluşturmaktadır.

I. Donatan

A. Tasarıdaki Donatan Kavramı

Tasarının 931.maddeden başlayan deniz ticaretine ilişkin hükümlerinde, “Donatan ve Donatma” İştiraki başlıklı İkinci Kısımda yer alan 1061.maddesinin birinci fıkrasında donatan kavramı şöyle tanımlanmıştır:

“Donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi malikine denir.”

Söz konusu hükümlerle ortaya konulan donatan kavramı, hâlihazırdaki TTK m.946’daki donatan kavramından farklıdır. TTK’da, gemisini deniz ticaretinde kullanan gemi sahibine donatan denilerek kavram; donatanın deniz ticaret gemisi, bu gemiye sahip olması ve kazanç maksadıyla bu gemi-

4 Ünan Saim; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Deniz Ticareti Bölümünün Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, İstanbul 2005, s.576.

5 Bu konudaki eleştiriler ve buna ilişkin görüşler için, bkz. Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu, s.3-5, Ünan, s.576.

yi kendi adına işletme unsurlarından⁶ oluşması karşısında, Tasarı donatanın unsurlarını; ticaret gemisi, gemiye sahip olma ve menfaat sağlamak amacıyla suda işletme halinde ortaya koymuştur.

B. Kavramın Unsurları

1. Ticaret Gemisi

Tasarının 1061.maddesindeki donatan kavramı içinde yer alan gemi ibaresi, ilk bakışta TTK m.946'dan farklı olarak deniz ticaret gemisini değil, suda hareket eden, yine Tasarının 931.maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan ve kanuni olarak kabul edilen gemiyi belirttiği düşünülebilir. Ancak geminin aslında, yine TTK m.946'daki gibi ticaret gemisi olduğu, 1061.madde ile Tasarının 931.maddesinin ikinci fıkrası beraber göz önünde alındığında ortaya çıkmaktadır. Zira Tasarının 931/2 maddesi, "*Suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanırsa kullanılsın "ticaret gemisi" sayılır*" demiştir. Donatan kavramının içinde yer alan menfaat sağlama amacı burada ticaret gemisinin esasını teşkil etmekte ve TTK'da donatanı belirleyen unsurlardan biri olan kazanç elde etmek maksadıyla gemiyi işletmek cümlesine paralel bir biçimde donatan kavramının içinde yer almaktadır⁷. Yani, aslında Tasarının 1061.maddesinde TTK'daki gibi deniz ticaretinde kullanıma ibaresi konulmamış, bunun yerine Tasarının 931/2.maddesindeki ticaret gemisini belirleyen "menfaat sağlama amacıyla tahsis edilen gemi" ibaresi esas alınarak, burada tekrarlanmış⁸. Zaten ticaret gemisini tefrik eden unsur, onun tahsis edildiği veya fiilen kullanıldığı gayedir⁹.

6 Unsurlar için bkz. Çağa Tahir/Kender Reyegân; Deniz Ticaret Hukuku, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, 14.Bası, İstanbul 2005, s.132. Okay ise, bu unsurları; işletilen deniz gemisi olması, bunun deniz ticaretinde kullanılması, geminin işletenin kendi adına kullanması olarak belirtmektedir. Okay Sami; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Donatma İştiraki, Gemi Adamları, İstanbul 1970, s.222-223.

7 HGB § 484'de de, donatan; malik olduğu gemiyi kazanç sağlamak için deniz seyrüseferinde kullanan kişi olarak tanımlanmış ve geminin deniz ticaretinde kullanılması esas alınmıştır.

8 Bu fark Tasarının madde gerekçesinde açıklanmıştır. 931.maddesinin gerekçesine göre; "6762 sayılı Kanununun 816 ncı maddesinden değiştirilerek alınmıştır. "Tekne" kavramı, "araç" kavramı ile ve "kazanç" kavramı ise, "ekonomik menfaat" kavramı ile değiştirilmiştir. Teknik ve iktisadî hayattaki gelişmeler göz önünde bulundurularak, "gemi" kavramının kapsamı mümkün olduğunca genişletilmeye çalışılmıştır. Yargıtay kararlarında "gemi" kavramının dar yorumlanmasının sakıncalı sonuçlarını bertaraf etmek için, kendiliğinden hareket etme kabiliyetini haiz olmasa dahi, bir aracın gemi olabileceği açıkça belirtilmiştir. Böylece yüzen havuzlar, mavnalar, şatlar, hovercraftlar dahi, tahsis gayesi suda hareket etmesini gerektirmesi şartıyla gemi sayılmıştır. Kazanç

Kanımızca da, TTK'nın 816/2.maddesindeki ticaret gemisi mefhumunu, "gemisini deniz ticaretinde kullanan gemi sahibi" diyerek 946.maddesinde kullanması yerine, Tasarının donatan kavramını belirleyen unsurları biçiminde 1061.maddesine yerleştirmesi, kanun yapma tekniği açısından daha uygundur. Zira 1061.madde, direkt olarak 931.maddedeki gemi ve ticaret gemisi ibarelerini donatan kavramını belirtmek açısından, TTK m.816 ile benzer bir biçimde, sadece mefhumu olarak bir kullanım yerine, 931.maddenin deniz ticaret gemisini açıklarken ortaya koyduğu ibareyi bir bütün olarak tekrarlaması, maddenin ve kanunun iyi anlaşılması bakımından elverişlidir¹⁰.

Tasarıda ortaya konulan geminin menfaat elde etmek maksadıyla suda kullanılması, TTK'da yer alan deniz ticaretinde geminin kullanılması kavramından oldukça ayrıdır ve bu ayrı düzenleme ile Tasarı, gerekçesinde ileri sürdüğü üzere deniz ile deniz harici iç sularda meydana gelen birçok durumu deniz ticaret hukuku kapsamına almaktadır. Nitekim bunu Tasarıya ilişkin madde gerekçelerinde de görmekteyiz. 1061.maddenin gerekçesinde; "6762 sayılı Kanunun 946 ncı maddesinden, "deniz ticaretinde kullanan" ibaresi, mehaz Alman Kanununun 484 üncü maddesiyle Tasarının 931 inci maddesinin birinci fıkrasına uygun olarak "menfaat sağlamak maksadıyla suda kullanan" ibaresiyle değiştirilerek ve dili güncelleştirilerek alınmıştır" denilerek, hem Tasarının gemi ve ticaret gemisini tanımlayan 931.maddesine atıf yapılmış, hem de mehaz kanundaki denize nazaran çok değişik sonuçlar doğurabilecek "suda" ifadesinin kabul edildiği gösterilmiştir. Tasarı kamuoyuna açıklandıktan sonra yapılan değerlendirmelerde en çok dile

sağlama unsuru sadece malvarlığının aktifinde artış meydana getirmeye yönelik faaliyetleri ifade ettiğinden, ekonomik menfaat ibaresinin kullanılması menfi ve müspet kazancı içermesi itibarıyla daha uygun bulunmuştur. Bu suretle, donatanın üzerinde sadece kendi yükünü taşımaya tahsis ettiği araçların bile gemi telakki edilmesi imkân dahiline girmiş olacaktır. Denizde hareket yerine, suda harekete öncelik verilmesinin sebebi, iç sularda yapılan taşımaların günümüzde olduğunun aksine kara taşımaları yerine deniz taşımalarına ilişkin hükümlere tâbi tutulmasına duyulan ihtiyaçtır.

⁹ **Can Mertol**; Deniz Ticaret Hukuku, C.I, Giriş-Gemi-Deniz Ticaret Hukuku Kişileri, İkinci Baskı, Ankara 2003, s.24.

¹⁰ Aynı zamanda Tasarının 931/2. maddesinde tarif edilen ticaret gemisinin ana niteliğinin suda menfaat sağlamak amacıyla işletilmesi olduğundan, biraz sonra belirteceğimiz gibi bizim uygun gördüğümüz TTK'da yer alan deniz ticaretinde kullanılan lafzına karşılık, 931/2'deki ticaret gemisi kavramı açısından kullanılabilir tanım, sonuçta bir zorunluluk olarak bu şekilde ortaya çıkmaktadır.

getirilen durumlardan birisi, bu “su” kavramının kullanılması olmuştur ve ifadenin deniz ticaret hukuku açısından yanlış olduğu ileri sürülmüştür¹¹.

Buna karşılık, tartışmalarda, TTK'daki tanımın bir Alman Federal Mahkemesi¹² kararından alındığı ve bu tanımda deniz (*see*) değil su (*wasser*) kavramının kullanıldığı ve böylece Tasarıdaki su kavramı ile hangi suların deniz olup olmadığının tartışılmasının ortadan kaldırıldığından bahsedilmiştir¹³. TTK m.816'da tarife esas teşkil eden Alman Federal Mahkemesinin (BGH) başka kararlarında da genel olarak gemi kavramı tespit edilirken, daima suda (*auf dem wasser* veya *auf oder unter dem wasser*) ifadesinin kullanıldığını biliyoruz¹⁴. Buna ek olarak, 931.maddeninin gerekçesinde de, denizde hareket yerine, suda harekete öncelik verilmesinin sebebi, iç sularda yapılan taşımaların günümüzde olduğunun aksine, kara taşımaları yerine deniz taşımalarına ilişkin hükümlere tâbi tutulmasına duyulan ihtiyaç olduğu ayrı bir neden olarak gösterilmektedir¹⁵.

Gerçekten de söz konusu tanım, Alman Federal Mahkemesinin kararları ve o dönemki Alman müelliflerinin¹⁶ eserlerindeki tanımlar esas alınarak vucuda getirilmiş olup¹⁷ mehz HGB'de ve diğer bir çok ulusal ticaret

11 Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu, s.8. **Tartışmalara İlişkin Notlar**, HPD, s.43, **Türk Sami Hikmet**; Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans Bildiriler-Tartışmalar 13-14 Mayıs 2005, s.28, **Ünan**, s.577.

12 BGH 14.12.1951, NJW 1952, s. 1135.

13 **Tartışmalara İlişkin Notlar**, HPD, s.43. Gerçekten de, bazen denizde bazen ise nehir de karma seferler yapan gemiler veya nehirlerin denize döküldüğü noktalarda sefer yapan gemilerin durumu, bu hüküm nedeniyle doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu yönde, bkz. **Kalpsüz Turgut**; Deniz Ticaret Hukuku, C.I, Giriş, Gemi, Ankara 1971, s.80, **Okay**, s.86. Bu görüşe karşı bkz. **Türk**; Konferans, s.28, **Ünan**, s.577.

14 **Kalpsüz**; Deniz Ticaret, s.79.

15 Nitekim TTK m.816'daki hüküm nedeniyle, iç su taşımalarına ilişkin olmak üzere kara taşımalarına ait TTK m.762 vd. hükümlerinin uygulanmasında, TTK'nın taşıma hukukuna ait sorumluluk hükümlerinin tatbiki bakımından bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece, Tasarı yasalaştığında Almanya gibi ayrı bir düzenleme olmadığı için, iç sulardaki gemilerle yapılan ticaretin, deniz ticaret hukukuna ait kaidelere tâbi olacağı söylenmektedir. Bu yönde, **Tartışmalara İlişkin Notlar**, HPD, s.43.

16 Tanım için bkz. **Wüstendörfer Hans**; *Neuzeitliches Seehandesrecht*, 2. Auflage, Tübingen 1950, s.38, **Schaps Georg/Abraham H. J.**; *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland Kommentar und Materialsammlung*, Berlin- New York 1978, s.72

17 6762 sayılı TTK'nın hazırlığı aşamasında Hükümet Tasarısında Denizde Can ve Mal Koruma Hakkındaki Kanunda yer alan ve 1894 tarihli Mercant Shipping Act adlı kanundan gelen tanımları benimsenmişken, Adalet Encümeni “bir Amme kanunu olan 4922 sayılı kanunun kendi mevzuunu nazara almış olarak yapmış olduğu bir tarifin Deniz Ticaret Kanununda aynen iktibas edilmesine ihtiyaç ve zaruret bulunmadığı” gerekçesiyle, bu-

kanununda böyle bir tarif yoktur¹⁸. Alman hukukunda yeni eserlerde de, Tasarıdakine benzer bir şekilde “su” esas alınarak tarif yapılmaktadır¹⁹.

Bununla beraber, “deniz” terimi gerçekten de Türk deniz ticaret hukuku açısından yerleşmiş bir terimdir ve belirttiğimiz açıklamalar dâhilinde de, Tasarıda “su” teriminin kullanılması gerekliliğinin öne çıktığı kanımızca yanlış bir iddiadır²⁰. Tanımda “su” kavramının kullanılmasına karşı çıkan bazı görüşlerin, yerleşmiş tanımlarda değişiklik yapılmaması esasına dayanması yanında²¹, “su” teriminin kullanılmasına yönelik gerekçede ileri sürülen durumlara ilişkin olmak üzere çeşitli çözümler getirilebilir. Örneğin, gerekçedeki iç sularda yapılan taşımaların deniz taşımalarına ilişkin hükümlere tâbi tutulması bakımından Tasarıda, “Bu kitap hükümleri, niteliğine uygun olduğu ölçüde iç su taşıma araçları ve iç sularda taşıma hakkında da uygulanır. Bu kitap hükümlerinin iç su gemileri ve iç su taşımaları hakkında uygulanmasında “Deniz” terimi iç su, “Gemi” terimi iç su gemisi, “Navlun Sözleşmesi” terimi de iç su taşıma sözleşmesi olarak anlaşılır” şeklinde bir hükme yer verilebilir²². Bu bakımdan gemi tanımında daha kapsayıcı olduğu ve belirttiğimiz ortaya çıkan problemlere çözüm getirdiği söylenen “su” kavramının kullanılması uygun değildir.

Bunun yanında, ayrıca Tasarının 931.maddesinde kullanılan gemi tanımında TTK’daki “tekne” lafzı yerine “araç” tabiri kullanılmıştır. Bu da, gemi kavramında yüzen şeylerin gemi olarak kabul edilmesi bakımından genişletici bir ibaredir²³. Gerçektende doktrinde yüzen araçların hangilerinin

nun yerine Alman hukukunda ilmi ve kazai içtihatlarla tespit edilen gemi mefhum ve tanımı esas alınmıştır. Adliye Encümeni Mazbatası ,TBMM Zabıt Derecesi, Devre 10, C.XII, s.238, aynı yönde, **Okay**, s.78.

- 18 **Herber Rolf**; Seehandelsrecht Systematische Darstellung, Berlin- New York 1999, s.83.
- 19 **Prüssmann Heinz/Rabe Dieter**; Seehandelsrecht, 3. Auflage. München 1992, s. 25. **Herber**, s.83.
- 20 Nitekim Türkiye’de iç sulardan yararlanma yok denecek kadar azdır ve iç sulara ait ihtilaflar bakımından otuz yıldır Yargıtay’da herhangi bir davaya rastlanılmamıştır. Bkz. **Demirkıran İhsan /Demirkıran Murat**; Türk Ticaret Kanunu Üzerine Düşünceler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, Özel Sayı, Deniz Hukuku Dergisi, Ocak 2006, s.340.
- 21 **Ünan**, s.577.
- 22 **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s. 8. Bu konuda başka bir çözüm önerisi için bkz. **Türk**; Konferans, s.28.
- 23 Nitekim Tasarının gerekçesinde, “Yargıtay kararlarında “gemi” kavramının dar yorumlanmasının sakıncalı sonuçlarını bertaraf etmek için, kendiliğinden hareket etme kabiliyetini haiz olmasa dahi, bir aracın gemi olabileceği açıkça belirtilmiştir. Böylece yüzen havuzlar, mavnalar, şatlar, hovercraftlar dahi, tahsis gayesi suda hareket etmesini gerektirmesi şartıyla gemi sayılmıştır” denmektedir.

gemi kavramına girdikleri Alman hukukundan mülhem bir biçimde çoğu zaman tartışma konusu olmuştur²⁴. Mehz Alman hukukunda da gemi ve ticaret gemisine dair bir kavram olmadığı için belirttiğimiz gibi, doktrinde ve yargı içtihatlarıyla hangi araçların gemi kavramına girip girmediği hususunda kullanılan araçların durumuna göre farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Ancak içi oyuk yani tekne biçiminde suyun altında ve üstünde yol alabilen hacimli cisim kavramı (*Hohlkörper*) yerleşmiş durumdadır²⁵. Buna karşın, müelliflerce denizde hareket eden araçlar için yapılan nitelendirmeler dâhilinde şekli olarak tekne niteliği olmayan araçlar da gemi kapsamında sayılmaktadır²⁶. Bu bakımdan tekne niteliğinin önemi olmayıp, denizde kendi yahut başka bir kuvvetle hareket eden²⁷ araçlar sahibine ekonomik menfaat sağlıyorsa ticaret gemisi içinde değerlendirilebilmelidirler. Aynı zamanda TTK içinde tekne niteliğinin olması tek başına gemi kavramının oluşması yönünden yeterli olmayıp, pek küçük olmama, tahsis edildiği gayeye uygun kullanım, denizde hareket etme imkânının varlığı da aranmaktadır²⁸. Tasarı da, bu esası gözeterek uygulamada ortaya çıkan yanlış değerlendirmelerin²⁹ önüne geçmek için araç kavramını kullanmıştır ki, kanımızca da uygun bir kullanımdır³⁰.

2. Gemiye Sahip Olma

Donatan olabilmek için geminin sahibi olma durumu, 6762 sayılı TTK'daki gibi aynen korunmaktadır. Maddi anlamda ve belirli bir şekilde geminin mülkiyetine sahip olunabileceği gibi³¹ mülkiyet dışı sınırlı bir aynî

24 Bu konuda hareket imkânına bağlı olarak ortaya çıkan farklı görüşler için bkz. **Çağa/Kender**, s.46-47, **Kalpsüz**; Deniz Ticaret, s.79-83, **Okay**, s.80-83, **Tekil**, s.15-22.

25 Bu yöndeki Alman mahkeme kararları için bkz. **Schaps/Abraham**, s.70. Ayrıca tekne kavramının yer aldığı tanımlar ve hangi araçların gemi kapsamına girip girmediği yönündeki sayımlar için, **Herber**, s.84, **Prüssmann/Rabe**, s.26-27, **Wüstendörfer**, s. 39.

26 Örneğin vinç gemileri, tahlil yükleme gemileri, hovercraftlar, yüzer havuzlar, kıyı ötesi platformlar.

27 TTK'daki "hareket etme imkânı" yerine, Tasarıda yer alan "kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa dahi" kavramı da, hareket ettirici gücün gemide bulunması yönünden bir tereddüt olmadığı ve bunun bu sebeple gereksiz bir ifade olduğu görüşü ile eleştirilmektedir. **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.7.

28 **Can**, s.16, **Çağa/Kender**, s.46, **Okay**, s. 79-80.

29 Örneğin Y. TD. 20.3.1969 gün ve 1968/4998 E. 1969/1296 tarihli yüzer havuzun gemi sayılmayacağı yönündeki kararı. Doktrinde yüzer doklara ilişkin farklı görüşler için bkz. **Çağa/Kender**, s.46, **Kaner İnci**; Deniz Ticaret Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 2005, s.14-15, **Tekil Fahiman**; Deniz Hukuku, İstanbul 1993, s.17.

30 Aksi yönde, **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.7.

31 **Çağa/Kender**, s.132, **Wüstendörfer**, s, 40.

hakka, bir şahsi hakka veya haksız fiil sebebiyle hukuk dışı bir yolla zilyetlik mümkündür ve bu kişi dış alemde geminin sahibi olarak kabul edilir³². Bazı müellifler ve uygulama açısından³³ buradaki geminin işletenin kendi adına kullanması unsuru yerine, mülkiyet unsuru kabul edilse de, donatan ile gemi işletme müteahhidi (*ausrüster*)³⁴ kavramlarının Türk-Alman deniz ticaret hukukunda birbirinden kesin çizgilerle ayrılması bunu sonuçlamaz³⁵. Bu nedenlerle donatan olmada bu unsurun menfaat sağlamak için kullanılan gemiye sahip olmak olarak kabulü yeterlidir. Buna, donatanı oluşturan sermaye ve teşebbüs unsurlarının bir kişide birleşmesi için zilyetlikten farklı olarak geminin kullanma değerinin sahibi olmak yeterliliği de diyebiliriz³⁶.

TTK m.946/2 ve Tasarı m. 1061/2'de yer alan kendisinin olmayan bir gemiyi bizzat ve kaptan aracılığıyla kullanan kişinin, üçüncü kişilerle ilişkilerinde donatan sayılması lafzı, onun geminin kullanılmasından dolayı dışarıya karşı bütün alacak, borçlara sahip ve borçlarla sorumlu olduğunu gösteriyorsa³⁷, o halde kullanma değeri sahipliği, donatan sıfatının kazanılmasında yeterli olacaktır. Bu sahip olma durumu ise, her türlü gerçek ve tüzel kişi için olabilecek ve bunlar deniz ticaret hukuku açısından donatan kabul edilecektir³⁸.

3. Menfaat Sağlamak Amacıyla Suda İşletme

Tasarı, gerek ticaret gemisini tanımlayan 931/2'de gerekse donatanın tanımında bir unsur olarak, TTK'daki kazanç maksadıyla ticaret gemisi işletilmeden ayrılarak, menfaat sağlamak amacıyla suda işletilme ifadesini getirmektedir. Bu ifade için Tasarının 931.maddesinin gerekçesinde, "*Kazanç sağlama unsuru sadece malvarlığının aktifinde artış meydana getirmeye yönelik faaliyetleri ifade ettiğinden, ekonomik menfaat ibaresinin kullanılması menfi ve müspet kazancı içermesi itibarıyla daha uygun bulunmuştur. Bu suretle, donatanın üzerinde sadece kendi yükünü taşımaya*

32 Schaps/Abraham,s, 113, Prüssmann/Rabe, s.57.

33 Çağa/Kender, s.132 ve Y.11. HD. 19.10.1998 gün 1998/5202 E 1998/6825 sayılı kararı, YKD, C.25, Ocak 1999, s.47.

34 Kavram için bkz. Herber, s.131 vd.

35 TTK m. 946/2'de ve Tasarı m.1061/2. Anglo-Sakson ve Fransız hukuklarında (*Shipowner-Armateur propriétaire Disponent Owner-Armateur apparent*) şeklindeki ayırmada her iki durumdaki kişilerde donatan olarak adlandırılmakta, ayırım kişinin geminin mülkiyeti elinde olmadan geminin yönetilmesinde ticari olarak kontrol sahibi olup olmaması olarak belirlemektedir.

36 Kaner, s.72.

37 Çağa/Kender, s.134, Herber, s.134.

38 Herber, s.130, Devlet dahi sahip donatan olabilir. Çağa/Kender, s.132, Okay, s.90.

tahsis ettiği araçların bile gemi³⁹ telakki edilmesi imkân dahiline girmiş olacaktır” denilmektedir.

TTK'nın yürürlüğe girmeden önceki komisyon çalışmalarında HGB'den gelen menfaat sağlamak lafzının kazanç elde etme ifadesi olarak değiştirildiği ileri süren komisyon gerekçesinde durum şöyle belirtilmişti. “menfaat sağlamak tabiri yerine bugünkü kanunda mevcut ve tatbikatta da alışılmış bulunan bilhassa merhum itibariyle de bundan bir farkı olmayan “Denizde kazanç elde etme” ifadesi tercih olunmuş ve böyle bir maksada tahsis edilmiş olmakla beraber fiilen denizde kazanç elde etme yolunda kullanılan gemilerin de ilmen ve hukuken ticaret gemisi olarak kabulü zaruri görüldüğünden ikinci fıkraya bu noktada ilave edilmiştir”⁴⁰. Bu gerekçeyi ele alan yazarlar, HGB § 484'deki ifadenin deniz yoluyla menfaat elde etmek olduğunu ve bu sebeple TTK m.946'daki hükmün öyle anlaşılması gerektiği ileri sürmüşlerdir⁴¹. Nitekim bu yazarların ileri sürdükleri görüş, şimdi Tasarının donatan kavramında yer almaktadır. Buna karşı, HGB § 484'de yer alan kavramın kazanç olduğu ve kazanç kavramı dışında herhangi bir kavramın donatan kavramını belirlemede uygun olmadığı da Tasarıya ilişkin eleştirilerde ortaya konulmuştur⁴². Hakikatten de, HGB § 484'deki ifade olan “*Erwerb durch seefahrt*” deniz yoluyla kazanç elde etmek anlamına gelmektedir. Bu bakımdan gerek adliye encümeni gerekçesi gerekse bazı yazarların ileri sürdükleri menfaat elde etme kavramının kullanıldığı iddiası yanlıştır. Bununla beraber, kazanç elde etme kavramı, Alman doktrininde geniş anlamda ele alınmakta ve bütün olarak kâr elde etme gayesini taşıyan yani ekonomik menfaat içeren her durumda donatan sıfatı kazanıldığı kabul edilmektedir⁴³. Buna göre, ekonomik menfaat kavramının kullanılmasının bir mahzuru olmadığı hatta uygun olduğu söylenebilir.

Gerekçede de görüldüğu üzere, ekonomik menfaat unsurunun daha geniş kapsamla menfi ve müspet kazançları bir arada ele alarak, donatanın kendi yükünü taşıması halinde bile ticaret gemisi ile donatan sıfatını haiz bir biçimde işletilmenin olduğu söylenmektedir. Bununla birlikte ekonomik menfaat, donatanın tacir olması sıfatı ve tacirin ticari işletmesinin varlığı olan ticaret gemisi nedeniyle, ticari işletmenin unsurları içinde yer alan gelir sağlamayı hedef tutma unsuru açısından malvarlığında doğrudan doğruya

39 Gerekçedeki bu kavramın “ticaret gemisi” olması gerekirdi.

40 Adliye Encümeni Mazbatası, s.395.

41 Can, s.24, Kalpsüz; Deniz Ticaret, s.100.

42 Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu, s.87.

43 Herber, s.130, Okay, s.222, Prüssmann/Rabe, s.57, Schaps/Abraham, s, 113, Aksi yönde, Wüstendörfer, s.114.

artışı esas aldığı için yine müspet bir davranış olarak kâr elde etme sonucu kazancı ortaya çıkarmaktadır. Yani menfi bir davranışla menfaatin elde edilmesi, Tasarının gerekçesinde belirtildiği şekilde donatanın kendi yükünü taşıması ile ortaya çıkmaz. Menfi bir davranışla da ekonomik menfaat elde edilebilir. Fakat bu tür bir ekonomik menfaat, malvarlığında doğrudan doğruya artış meydana getirmeyip malvarlığında muhtemel eksilmeleri önlemeye yönelik davranışları anlatır⁴⁴. Bu nedenle de menfi kazanç kavramıyla bir nitelendirme kanımızca yanlıştır. Bunun yerine mefhum, ticari işletmenin normal faaliyetleri dışında elde edilen kazanç, yani dolaylı kazanç kavramı olarak ele alınabilir⁴⁵. Zaten bu durumda ticari iş karinesi gereğince donatan sıfatını sağlayan bu unsur yerine gelecektir⁴⁶. Donatanın kendi yükünü taşımaya tahsis ettiği gemi, isterse karada varolan bir ticari işletmenin kullanımına tahsis edilmiş araç olsun, işletmenin malları için taşıma yapmasıyla donatan sıfatını haiz olacak ve onun gibi deniz ticaret hukuku hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu edilecektir⁴⁷.

II. Donatanın Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Bilindiği üzere sorumluluğun hukukumuzdaki iki veçhesi olan ...ile sorumluluk ve ...den sorumluluğun ikisi de, deniz ticaret hukukunda ayrı ayrı düzenleme yeri bulmuşlardır.

TTK'da, deniz ticaret hukukunda donatanın ...den sorumluluğu esas olarak dört önemli konu altında ortaya çıkmıştır. Bunlar, donatanın gemi adamlarının bazı fiilleri sonucunda ortaya çıkan sorumluluğu (TTK m.947), kaptanın kanuni temsil yetkisine dayanarak yaptığı hukuki muamelelerden doğan sorumluluğu (TTK m.986-988, 1001,1160), müşterek avaryada kurtarılan gemi ve navlun sebebiyle doğan sorumluluğu (TTK m.1179-

44 Bu açıdan bkz. **Arkan Sabih**; Ticari İşletme Hukuku, 6.Bası, Ankara, 2003, s.19.

45 Aynı yönde; **Schaps/Abraham**, s, 113, **Wüstendörfer**, s.41. Bu düşüncemizle benzer şekilde, fakat ekonomik menfaat tanımının kullanılmaması gerektiği hakkında bkz. **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s. 9 ve 88.

46 TTK m.21/1 ve Tasarı m.19/1 uyarınca bir tacirin borçlarının ticari olması esas olup, ticari işlemi yaptığı anda, bunun ticari işletmesiyle ilgisi olmadığı diğer tarafa açıkça bildirilmesi durumunda veya işlem, eylem veya işin ticari sayılmasına halin icabı müsait değilse söz konusu borcun ticari nitelik taşımadığı kabul edilir. Buradaki borç kavramı geniş olarak her türlü işlem eylem ve iş olarak ele alınmaktadır. Bkz. **Ülgen Hüseyin/ Teoman Ömer/ Helvacı Mehmet/ Kendigelen Abuzer/ Arslan Kaya/Nomer Füsün**; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s.220.

47 **Can**, s.188, **Herber**, s.133, **Prüssmann/Rabe**, s. 58.

1215), çatma, kurtarma ve yardım sebepleriyle borç altına girmekten doğan sorumluluğudur (TTK m. 1216-1234).

Deniz ticaret hukukunda donatan ile ilgili olmak üzere ...ile sorumluluk olarak ortaya çıkan durum ise, donatanının 1924 tarihli Brüksel Konvansiyonundan ve 1897 tarihli HGB'den⁴⁸ gelen 948.maddedeki sınırlı aynî sorumluluğu, çatma, kurtarma ve yardım sebebiyle sınırlı aynî sorumluluğu⁴⁹ (TTK m.1233) ve müşterek avaryadan dolayı sınırlı şahsi sorumluluğudur (TTK m.1203)⁵⁰.

Buna karşılık Tasarıda; ...den sorumlulukla ilgili durumlar sırasıyla, donatanının gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluğu (m.1062), kaptanın kanuni temsil yetkisine dayanarak yaptığı hukuki muamelelerden doğan sorumluluğu (m.1103-1105, 1117), müşterek avaryadan doğan sorumluluğu (1272-1274), çatma, kurtarma ve yardım sebepleriyle borç altına giren donatanın sorumluluğu (m.1286-1319) ve petrol kirliliğinden doğan sorumluluk (m.1328-1349) biçiminde düzenlenmiştir.

Tasarı, görüldüğü üzere...den sorumlulukla ilgili olmak üzere sadece petrol kirliliğine ilişkin durumlara özgü yeni bir sorumluluk türü eklerken, esasen ileride değineceğimiz üzere, ...ile sorumlulukla ilgili büyük bir değişiklik meydana getirmiştir. Zira TTK'da donatan için yer alan sınırlı aynî sorumluluk sistemi tamamen terk edilmekte, onun yerine geminin tonajına göre tayin edilen belli bir değerle sınırlı sorumluluk sistemi ortaya konulmaktadır.

48 Eski § 486. Daha sonra, 1957 Brüksel ve 1976 tarihli Londra Konvansiyonlarındaki düzenlemelerin iç hukuka alınmasıyla değişikliğe uğramış ve sınırlı aynî sorumluluk yerine, tonilato başına belli bir miktarla sorumluluk esası söz konusu olmuştur.

49 Donatanın çatmadan doğan sorumluluğu, gemi adamlarının vazifelerini ifa ederken üçüncü şahıslara verdikleri zararlar olarak TTK m. 948 içinde kabul edilir.

50 Her ne kadar TTK'da bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte, 1929 tarihli ve 1440 sayılı Deniz Ticaret Kanununun 1267.maddesinin birinci fıkrasında "büyük avaryaya sebep olan bir kaza, garameyi ödemek için kendiliğinden şahsi borç bir doğurmaz" hükmünün TTK'ya alınmaması, bu konudaki sınırlı aynî mesuliyetin kaldırıldığını göstermektedir. Buna karşın, müşterek avarya da aynı sorumluluğun cari olduğu kabul edilecek olursa, dispeçin yapılması ve garame borcunun tahakkuk etmesinden sonra geminin umulmayan bir halde batması ile donatan bu borcunu ödemekten kurtulur. Bu da müşterek avaryanın bünyesine uygun değildir. Okay, s.238. Aslında müşterek avaryanın sınırlı şahsi sorumluluğa tabi olmasının pratik bir önemi de yoktur. Geminin dispeçin yapılacağı limana varmadan ziyaa uğraması halinde donatan için garame borcu doğmaz. Çünkü müşterek avaryaya iştirak borcu, TTK m.1203/2'ye göre kurtarılan şeylerin yolculuğun sonundaki gerçek değerlerini aşmamaktadır

B. Donatanın Sorumlu Olduğu Haller (...den sorumluluk)

1. Donatanın Gemi Adamlarının Kusurlarından Doğan Sorumluluğu

a) Düzenleme

Tasarının gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluğu başlıklı 1062.maddesinin birinci fıkrasında “Donatan, gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur. Ancak donatan, yolculara ve yükle ilgili kişilere karşı, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur” hükmünü koyarak, TTK’nun 947.maddesinde gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluğuna ilişkin düzenlemeyi bazı değişikliklerle, ancak sorumluluğun hukuki niteliği aynı olmak üzere esas alarak aynen korumuştur.

Bu değişiklikler Tasarının 1062.maddesine dair gerekçesinde açıklanmaktadır. Gerekçeye göre, “Maddenin birinci fıkrası, 6762 sayılı Kanunun 947 nci maddesinden, mehzaz Alm. TK.nın 485 inci paragrafında 1972 yılında yapılan değişiklik de göz önünde bulundurulmak ve Yargıtay’ın 16/03/1955 tarihli ve 1954/26 Esas, 1955/4 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına uygun olarak tamamlanmak ve ifadesi düzeltilmek suretiyle alınmıştır.”

Gereğede bildirildiği gibi, Tasarının birinci fıkrasının TTK m.947/1’den farkını sağlayan ilk sebep, HGB § 485’de 1972 yılında yapılan değişikliktir. Bu değişiklik, gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluğa ilişkin hükme, gemi adamları yanında açıklayıcı olarak müşavir kılavuzun (*Bord tätiger Lotse*) da eklenmesidir⁵¹. Alman hukukunda 1972 yılında yapılan bu ekleme ile yerel mevzuata göre mecburi kılavuz (*Lotzenzwang*) alınmasının şart olduğu yerlerde kılavuzların kusurundan donatanların sorumlu olacağı hükmü getirilmiştir. Bunun nedeni ise, bu kanun uyarınca zorunlu müşavir kılavuzun⁵² gemi adamı sayılmamasıdır⁵³. 13.10.1954 tarihli bu kanunla ortaya konan bu hükme karşın, 1972 yılındaki değişikliğe kadar verilen içti-

51 21 Haziran 1972 tarihli değişiklik kanunu, Seerechtsänderungsgesetz, BGBl. I S. 966, Ber. 1300.

52 Alman hukukunda bu kılavuz, görev kılavuzu (*Pflichtlotse*) olarak da anılmakta ve diğer kılavuz çeşidi olan yönetim kılavuzundan (*Führunglotse*) ayrılmaktadır.

53 Almanya’da yerel mecburi kılavuzlara ilişkin kanun olan Gesetz über das Seelotswesen (SeeLG)’nin § 1’e göre, “kılavuz, yerel anlamda limanlar dışındaki deniz yolları ve göllerdeki araçların kullandığı resmi olarak onaylanmış rotalarda veya deniz seyrüseferine çıkan gemilerin yollarında danışmanlık yapan kişidir. Kılavuz gemi mürettebatından sayılmaz.”

hatlarda mecburi danışman kılavuz, gemi adamları ile aynı kapsamda kabul edilmiş ve donatanın sorumluluğuna gidilmiştir⁵⁴. Daha sonra da içtihatlarla ortaya konulan bu durum, kanuna yansıtılmıştır. Aynı şekilde Türk hukukunda da kılavuz alma mecburiyetinin bulunduğu sahalarda söz konusu olup⁵⁵, burada ortaya çıkan ihtilaflar için donatanın sorumluluğu için bir hüküm bulunmuyordu. Buna karşın doktrinde, bu sahalarda kılavuzların kusurlarından doğan zararlardan, donatanın sorumluluğuna gitmek gerektiği belirtiliyordu⁵⁶. Buna uygun olarak uygulamada da hükmün gerekçesinde yer alan bir içtihadı birleştirme kararı sorunu çözmüştür. Gerekçenin bu eklemede ortaya koyduğu ikinci sebep olan, 1440 sayılı eski deniz ticaret kanunu mer'i iken verilen Yargıtay içtihadı birleştirme kararına uygun bir biçimde, mecburi kılavuzun da görevini yerine getirirken verdiği zararlardan donatanın sorumlu olmasıdır⁵⁷. Müşavir kılavuz gemideyken yönetim gene kaptandadır ancak vermiş olduğu ve geminin seyrine doğrudan doğruya etki eden talimatlar ve bilgilerden dolayı donatanla kurmuş olduğu hukuki ilişki dolayısıyla sorumluluğu ortaya çıkar⁵⁸.

Böylece Alman hukukunda HGB § 485'de var olan ve Türk doktrini ile uygulamasında kabul edilen durum kanuna yansıtılmıştır⁵⁹.

54 Alman hukuku bakımından içtihatlar için bkz. **Prüssmann/Rabe**, s. 60. Aynı yönde, **Schaps/Abraham**, s. 117, **Herber**, s.166.

55 Limanlar Kanunu m.17'de tescilli olmaları zorunluluğu belirtilen kılavuzlar hakkında başka kanuni bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, İstanbul, İzmir, Giresun, Trabzon vb. limanlarımızın çoğunda liman tüzükleriyle kılavuz alma mecburiyeti bazı gemilere getirilmiştir. Örneğin İstanbul Liman Tüzüğü'nün "Kılavuzluk hizmetleri ve römorkör alma zorunluluğu başlıklı 8.maddesinin (a) bendine göre, "Limandaki iskele, rıhtım, tesis ve işyerlerine yanaşacak, şamandıralara bağlayacak, ya da buralardan ayrılacak Paşabahçe ve Dolmabahçe demir yerlerine demirleyecek ya da demirden kalkacak 1000 GRT ve daha büyük Türk ticaret gemileri ile 150 GRT üzerindeki yabancı gemiler, kılavuz kaptan almak zorundadırlar."

56 **Çağa/Kender**, s.143, **Tekil**, s.84.

57 Gerekçede belirtilen Yargıtay kararının sonuç kısmı şöyledir: "Deniz Ticareti Kanununun 1278 inci maddesi mecburi kılavuzluk ihdas etmiş olmayıp mecburi kılavuzluğun ihdas edilmesi ihtimalini göz önünde tutarak hüküm sevketmiş bulunmasına ve 13.1.1340 tarih ve 162 sayılı kararname ile meriyete konan kılavuzluk ve romorkörcülük Talimatnamesiyle tanzim edilen kılavuzluğun bu maddenin hedef tuttuğu manada mecburi kılavuzluk bulunmamasına binaen, Galata limanında kılavuz olarak seyreden bir Geminin çatmasından husule gelen hasardan dolayı donatanın mesuliyetten beri olamayacağına ve Ticaret Dairesinin bu yoldaki içtihadının isabetli bulunduğuna 16.3.1955 tarihinde ittifakla karar verildi."

58 **Çağa/Kender**, s.143, **Schaps/Abraham**, s. 117.

59 Bu açıdan söz konusu içtihadı birleştirme kararının çatmaya ilişkin olması bakımından, aynı zamanda Tasarının 1291.maddesi için ortaya konulan gerekçeyi de, burada ele al-

Tasarının 1062.maddesi ile TTK 947'deki hükümden farklı olarak getirilen bir diğer değişiklik ise, bahsettiğimiz mecburi danışman kılavuz yanında, ihtiyari kılavuzun fiillerinden dolayı da donatanın sorumluluğunun söz konusu olduğunun eklenmesidir. İhtiyari kılavuzun neden hükme eklendiğine dair madde gerekçesinde bir açıklama yoktur. Ancak Tasarının 1291.maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, uygulamada, kılavuzun gemide bulunup sevk ve idare yönünden kaptana talimatlar verirken veya gemiyi sevk ve idare ederken üçüncü kişilere verdikleri zararlardan donatanın sorumlu olduğunu kabul edilmektedir.

İhtiyari kılavuzun da gemide verdiği talimatlar yüzünden veya sevk ve idare ederken üçüncü kişilere verdiği zararların donatanın sorumluluğunu gerektirmesi yönündeki hüküm, donatan ile ihtiyari kılavuz arasındaki hizmet sözleşmesinden doğmaktadır⁶⁰. Bununla birlikte, ihtiyari kılavuzun gemide talimatlar vermesi yahut gemiyi yönetmesi ve sevk etmesi durumunda bunlardan doğan ve üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı donatanın sorumluluğu diğer gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluk gibidir⁶¹.

Tasarının 1062.maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki hüküm ise, donatanın, gemi adamlarının kusurlarından dolayı taşıyan sıfatıyla sorumlu olduğu durumları belirtmekte olup, TTK m.947/2'de yer alan hükümde hiçbir değişiklik yapılmaksızın, Tasarıya aynen konulmuştur. Bu konuda, Tasarının gerekçesinde de, "Tasarının 1191 ve 1257 nci maddelerinde "fiili taşıyan" hakkında hükümlerin sevk edilmiş olması sebebiyle, 1062 nci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine gerek

mamız belirtmemiz gereklidir. Gerekçeye göre, "Kılavuzların hukuki statüsü, Yargıtay'ın 16/03/1955 tarihli ve 1954/26 Esas, 1955/4 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre kılavuzlar, geminin sevkindeki etkinlikleri bakımından "danışman kılavuz-sevk kılavuzu", onlardan yararlanmanın zorunlu olup olmaması bakımından da "zorunlu kılavuz-isteğe bağlı kılavuz" olarak tasnif edilir. İçtihadı Birleştirme Kararında, 6762 sayılı Kanunun 1219 uncu maddesine tekabül eden 1929 tarihli ve 1440 sayılı Ticaret Kanununun 1278 inci maddesinin mecburi sevk kılavuzu hakkında uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu temel ilkede bir değişiklik yapılmasına gerek görülmemiş, ama düzenlemenin tamamlanması amaçlanmıştır.

Maddenin ilk fıkrası yenidir; Türk karasularında kılavuzlar, kural olarak, müşavir sıfatı ile görev yapmaktadır. Böyle bir kılavuzun kusuru ile çatma meydana gelmişse, kılavuzun bulunduğu geminin donatanın sorumlu olup olmayacağı hususunda 6762 sayılı Kanunda bir açıklık yoktur. Uygulamada, donatanın sorumlu olduğu, isabetle kabul edilmektedir. Bu açıdan, kılavuz alınmasının zorunlu olup olmaması önem taşımaz. Dolayısıyla, her türlü isteğe bağlı kılavuz ile zorunlu danışman bakımından, yerleşik uygulama birinci fıkrada açık bir hükümle ifade olunmuştur."

⁶⁰ Prüssmann/Rabe, s. 61, Schaps/Abraham, s. 117.

⁶¹ Prüssmann/Rabe, s.61, Schaps/Abraham, s. 118, Herber, s.206

kalmadığı düşünülebilirse de, fiili taşıyan olarak donatandan başka bir kimsenin sayılması ihtimali dikkate alınarak, hükmün muhafaza edilmesi doğru görülmüştür” demektedir⁶². Burada, donatanın taşıyan olması durumunda hükümde sayılan yolcular ve yükle ilgili kişilere karşı gemi adamlarınca verilen zararlardan sorumluluklar, taşıyanın sorumluluğu üstüne hükümlere atıf yaparak düzenlenmektedir ki, bu donatanın sorumluluğu kavramından ayrı olarak taşıyanın sorumluluğu konusunu ilgilendirmektedir⁶³.

Tasarınının 1062.maddesinin ikinci fıkrasında ise şöyle bir hüküm vardır: “Donatanın, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkı saklıdır.”

Bu hükümle, donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasını içeren ve Türkiye'nin de katıldığı bazı milletlerarası sözleşmelerde yer alan düzenlenmelere atıf yapılarak, uluslararası anlamda yeknesak düzenlemelerin iç hukuk içinde uygulanması sağlanmak istenmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu deniz hukukuna ait uluslararası sözleşmelere ilişkin özel hükümler, Tasarınının 1328 ile 1349. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, bunlar sorumluluğun sınırlandırılması ve petrol kirliliğine ait donatanın sorumlulukları ile ilgilidir⁶⁴. Bu sorumluluklara ilişkin donatanın gemi adamlarından doğan sorumluluğu söz konusu olduğunda, ilgili sözleşmelerde var olan hukuki esaslar uygulanacaktır. Bu durumlar daha sonra değineceğimiz donatanın ...ile sorumluluğu ile ilgili hükümlerdir. Alman kanun koyucusu, HGB'nin değişikliği esnasında bu ilgili uluslararası sözleşmeleri teker teker sayarak kanunun maddesi içinde, her bir ilgili

62 Tasarının fiili taşıyanın sorumluluklarını düzenleyen 1191.maddesi, 1978 tarihli Hamburg Kurallarının 10. maddesi, 1257.maddesi ise, 2002 Atina Sözleşmesinin 4. maddesinden alınmıştır. Fiili taşıyan kavramı ve fiili taşıyanın adamları ile görevleri ilgili bilgi için bkz. **Yazıcıoğlu Emine**; Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu, İstanbul 2000, s.41 ve 119 vd.

63 Taşıyanın sorumluluğu, Tasarınının 1178 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Tasarınının 1062/2. maddesinde düzenlenen bu hüküm de, donatan dâhil bütün fiili taşıyanlara ilişkin genel bir düzenleme getirildiği halde, donatandan başka kişiler de fiili taşıyan olabilir gerekçesiyle, yükle ilgililere ve yolculara karşı her zaman fiili taşıyan sıfatıyla sorumlu olan donatanın yükle ilgililere ve yolculara karşı sorumluluğu bakımından taşıyanın sorumluluğuna atıf yapılarak düzenleme getirilmesi gereksiz ve anlamsız bulunarak eleştirilmiştir. Bkz. **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s. 90-91.

64 Söz konusu uluslararası konvansiyonlar, Türkiye'nin taraf olduğu “Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme” ile 02/5/1996 tarihinde Londra’da kabul edilen “1976 Sözleşmesinin Değiştirilmesi Hakkında Protokol” ve 1969 tarihli Brüksel Konvansiyonunu değiştiren “1992 tarihli, Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile ilgili Uluslararası Sözleşme”dir.

uluslararası sözleşmenin ilgili kuralına ayrı ayrı atıf yapmak suretiyle yürürlüğe sokmuştur⁶⁵. Bu düzenlemede önce HGB § 486 hükmünde yapılan atıfla 1976 tarihli Londra Konvansiyonu ile 1969 tarihli Brüksel Konvansiyonu iç hukuka alınmakta, bunu sonrasında 1976 Londra Konvansiyonundaki bazı hükümlere yer verilmekte, bunun yanında, bu sözleşmelerin dışındaki durumlar için sınırlı sorumlu olma hali düzenlenmektedir. Yani sadece konvansiyonlara atıf yapılmamış, konvansiyonlardaki sistematik korunarak bazı ilaveler yapılmış ve saklı tutulan haklara kanunda yer verilmiştir⁶⁶. Bu saklı tutulan haklar ise, HGB § 486/V'de sınırlı sorumluk sözleşmesi ve HGB § 487 ile 487e kadar olan kurallarla ortaya konulmuştur. Tasarı ise bunun yerine uluslararası sözleşmelerdeki hükümler saklı kalmak kaydı şeklinde bir atıfla yetinmiştir. Bu durum, uygulamada ileride problem yaratacağı düşüncesiyle, HGB'nin yaptığı şekilde düzenlemesi gerektiği ileri sürülerek eleştirilmiştir⁶⁷. Bu eleştiriye karşılık olarak uluslararası sözleşmelerin nasıl uygulanacağına dair bir tatbikat kanununun Denizcilik müsteşarlığınca hazırlandığı, bu sebeple bu tür bir atfın yeterli olduğu ve uluslararası sözleşmelerin devamlı surette değiştiği, mehzaz kanunun yaptığı şekildeki düzenleme arkasından bilhassa petrol kirliliğine ilişkin konvansiyonda 1996 ve 2000 tarihli düzenlemelerin Alman düzenlemesine girmediği, halbuki böyle bir düzenlemenini yeni değişikliklere intibak açısından daha uygun olduğu söylenmiştir⁶⁸. Her iki açıdan bakıldığında da haklı görülecek görüşler olmakla beraber, tatbikat kanunu ortaya konulduktan sonra Tasarının öngördüğü şekilde bir düzenlemenin kabul edilebileceğini düşünüyoruz.

b) Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Donatanın gemi adamlarından doğan sorumluluğunun hukuki niteliği, TTK'nın 947.maddesinde yer alan hüküm için kabul edilen gibidir. Bu sorumluluk donatan için, zarar faili gemi adamının gerçekleşen sorumluluğuna donatanın iltihak etmesi üzerine kurulu, mülhak

⁶⁵ HGB § 486, 487, 487a, 487b, 487c, 487d, 487e hükümleri.

⁶⁶ **Çetingil Ergon**; Alman Deniz Ticaret Hukukunun 1986 Yılı Reformunda Donatanın Sorumluluğu İlgili Olarak Yapılan Değişiklikler, Batider, C.XVII, S.3 Haziran 1994, s.5.

⁶⁷ **Ünan**, s.579. Özellikle bu tür atıf yolunun neden olacağı problemler için bkz. **Çetingil/Kender/Ünan/Yazıcıoğlu**, s.92

⁶⁸ **Kalpsüz Turgut**; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Deniz Ticareti Hükümlerine İlişkin Açıklamalar, HPD, S.4, Ağustos 2005, s.35.

(*Adjectivisch*) bir sorumluluktur⁶⁹. Donatan bakımından sorumluluğun doğması bakımından tek şart gemi adamının sorumlu olmasıdır. Yani donatan, burda gemi adamının sorumluluğuna katılmakta, donatan kusurlu gemi adamı ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır. Donatanın borç altına girmesi burada birinci derecede bir sorumluluğu tevhit etmekte, tâli bir sorumluluk olarak ortaya çıkmamaktadır⁷⁰.

Bu sorumluluğun asıl hukuki esası, vazifesini yaparken işlediği kusur neticesi, üçüncü şahsa zarar veren gemi adamının, bu haksız fiilinden ötürü donatanın BK m.55 uyarınca sorumluluğudur⁷¹. Bu mülhak sorumluluğu BK m.55'den ayıran özellik ise, sorumluluğun nezaret ve ihtimam borcuna dayanan bir mesuliyet olmamasıdır⁷².

Bu nedenle, zarar gören olayın şartlarına göre Tasarının 1062.maddesi yanında BK m.55 ayrıca uygulama alanı bulabilir, zarar gören bu hükümlerden birine dayanarak talepte bulunabilir⁷³. Nitekim Alman hukukunda da TTK m.947 ve Tasarının 1062.maddesinin mehzalı olan HGB § 485 yanında BK m.55'e denk gelen BGB § 831'in aynı durumda uygulanma alanı bulacağı kabul edilmektedir⁷⁴.

2. Kaptanın Kanuni Temsil Yetkisine Dayanarak Yaptığı Hukuki Muamelelerden Donatanın Sorumluluğu

TTK'nın 986 ile 988.maddelerinde yer alan kaptanın kanuni temsil yetkisine dayanarak yaptığı hukuki muamelelerden donatanın doğan sorumluluğu, kanundan neşet eden ve kaptanın donatanı temsil yetkisi çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluktur. Bunun kapsamı TTK'da sırasıyla gemi bağlama limanında bulunduğu sırada kaptanın kendisine ayrıca verilmiş özel bir yetkiye dayanarak hareket etmesi sonucu oluşması (TTK

⁶⁹ **Kender Reyegân**; Donatanın TTK m.947'de Düzenlenen Sorumluluğunun Hukuki Mahiyeti, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.293, **Herber**, s.203, **Prüssmann/Rabe**, s.66, **Schaps/Abraham**, s, 118, **Wüstendörfer**, s.177.

⁷⁰ **Herber**, s.204,**Schaps/Abraham**, s, 124, **Wüstendörfer**, s.177.

⁷¹ **Çağa/Kender**, s.146.

⁷² **Kaner**, s.75.

⁷³ **Çağa/Kender**. s.148, Uygulama açısından aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. **Eriş Gönen**; Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu- Deniz Ticareti ve Sigorta, Ankara 1990, s. 274. Karşı görüşler için bkz. **Can**, s.196-197, **Kalpsüz Turgut**, Donatanın Akit Dışı Mesuliyeti ve Bunun Sınırlandırılması (Başlıca Modeller ve Türk Hukukundaki Durum), Sorumluluk İle Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu, (Bildiriler-Tartışmalar), 13-15 Ekim 1982, Ankara 1983, s.75, **Okay**, s.229.

⁷⁴ **Herber**, s.205, **Prüssmann/Rabe**, s.72, **Schaps/Abraham**, s, 125, **Wüstendörfer**, s.178.

m.986/1 c.2, Tasarı 1103/1 c.2)⁷⁵, gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada geminin donatılmasına ve genel olarak yolculuğun güvenli bir şekilde sürdürülmesi için alınacak önlemler nedeniyle donatanının borç altına girmesi nedeniyle sorumluluğu (TTK m.987/1, Tasarı 1104/1)⁷⁶, kaptanın donatanı temsil yetkisi ile gemiyi korumak ve yolculuğu yapmak için zorunluluk halinde gerekli miktarda borç alma ve kredi işlemleri yapmaktan doğan sorumluluğudur (TTK m.988/1, Tasarı m.1105/1)⁷⁷.

Bunların yanında donatanın TTK m.1001'de müşterek hüküm başlığı altında kaptanın TTK m.1000'e göre taşınan yükün bir kısmı üzerinde tasarrufla bulunması şeklindeki durumlardan doğan sorumluluğu, Tasarının 1116.maddesine uygun olarak 1117.maddesinde düzenlenmiştir.

Anlaşılabacağı üzere, Tasarı donatanın bu sorumlulukları ile ilgili bir önemli değişiklik getirmemiş, dil güncelleştirilerek ve bazı güncel deniz ticaret hukuku hükümlerine uygun biçimde ufak çaplı değişikliklerle hemen hemen TTK'daki hükümler aynen Tasarıya alınmıştır. Sadece söz konusu hükümlerde yer alan kaptanın deniz ödücü muamelesi yapmasından doğan donatanın sorumluluğu, deniz ödücüne ilişkin hükümlerin Tasarıda kaldırılması nedeniyle⁷⁸, buradaki deniz ödücünü ilgilendiren ifadeler de kaldırılmış böylece ne deniz ödücü ne de donatanın bundan sorumlu olması durumu, Tasarıda yer almamıştır.

Tasarının 1117.maddesinde yer alan "Kaptanın işlemlerinin donatanı bağlaması" başlıklı hüküm de, TTK'nın 1001.maddesinden atıf yapılan

⁷⁵ **Madde 1103 - (1)** Gemi henüz bağlama limanında bulunduğu sırada kaptanın yapmış olduğu hukukî işlemler, donatanı bağlamaz; meğerki kaptan kendisine ayrıca verilmiş özel bir yetkiye dayanarak hareket etmiş veya borç diğer özel bir sebepten doğmuş olsun. (2) Kaptan bağlama limanında da gemi adamı tutmaya yetkilidir.

⁷⁶ **Madde 1104 - (1)** Gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptan bu sıfatla geminin donatılmasına, yakıt ve kumanyasına, gemi adamlarına, geminin denize, yola ve yüke elverişli bir hâlde tutulmasına ve genel olarak yolculuğun güvenli bir şekilde sürdürülmesine ilişkin her türlü işlem ve tasarrufları üçüncü kişilerle donatan adına yapmaya yetkilidir.

Maddenin gerekçesinde de, "Maddenin ilk iki fıkrası 6762 sayılı Kanunun 987 nci maddesinden, geminin "iyi halde korunmasına" ilişkin ibare onun "denize, yola ve yüke elverişli bir halde tutulması" şeklinde değiştirilerek ve dili güncelleştirilerek alınmıştır" denilerek 987.maddeden farkı açıklanmaktadır.

⁷⁷ Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, "6762 sayılı Kanunun 988 inci maddesinin mehzamını teşkil eden Alm. TK.'nın 528 inci paragrafında 21/06/1972 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikler göz önünde bulundurularak yeniden kaleme alınmıştır. 6762 sayılı Kanunun 989 ilâ 990 inci maddeleri, mehzadaki değişikliğe uygun olarak, Tasarıya alınmamıştır."

⁷⁸ Deniz ödücü hükümlerinin çıkarılmasına ilişkin olmak üzere bkz. **Kalpsüz**; Açıklamalar, s.38.

hükümlerin madde numaralarının değiştirilmesi ve yine deniz ödücüne ilişkin ifadelerin kaldırılması suretiyle güncel dille düzenlenmiş olup, TTK'dan farklı bir hüküm içermemektedir⁷⁹.

TTK'da yer 1160.maddedeki kural, deniz ödücünden doğan donatanın sorumluluğunu tevhit eden hüküm olduğu için Tasarıda yer almamaktadır.

3. Donatanın Müşterek Avaryadan Doğan Sorumluluğu

Deniz Ticaret Hukukuna ait Tasarının 5.kitabının beşinci bölümü deniz kazalarına ayrılmıştır. Bu kısmın ilk bölümü ise, "Müşterek Avarya" denilen ve deniz yolculuğuna çıkmış olan gemi ve yükü müştereken tehdit eden bir tehlikeden kurtarabilmek için yapılacak fedakârlığın bu değerler arasında paylaşılması⁸⁰ olan müesseseye ilişkindir. Müşterek avaryanın esası fevkalâde fedakârlık ve masrafların gemi yük ve navlun arasında paylaşılması olduğundan, donatanın TTK m.1179'da tarif edilen fedakârlık şartı⁸¹ kapsamında sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu sorumluluk da, TTK m.1179'da müşterek avarya hareketinin doğrudan doğruya neticesi olan zarar ve masraflar olup, bunlar sonucu faydalı bir netice elde edilmiş olmalıdır.

TTK'da yer alan müşterek avaryaya ait hükümler, ulusal kanunların birbirleriyle olan ihtilaflarını ortadan kaldırmak için milletlerarası sözleşme niteliğinde olmayan York-Anvers kurallarından (YAK) alınmıştır. İşte zamanla değişen bu hükümlerin iç hukuka uygulanması amacıyla Tasarı da, bu kuralların son düzenlemelerini esas alarak bir kaideler topluluğu meydana getirmeye çalışmıştır⁸².

Tasarının 1272.maddesi müşterek avaryanın tanımını vermektedir. Buna göre; "*Ortak bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve akla yatkın bir hareket oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir özveride bulunulması veya olağanüstü bir gidere katlanılması hâlinde "müşterek*

79 **Madde 1117 - (1)** Kaptan eşya üzerinde 1116 ncı maddede yazılı olduğu şekilde tasarruf ettiği takdirde, donatan, bundan zarar gören yükü ilgili kişilerin uğradıkları zararı tazmin ile yükümlüdür.

(2) Donatanın ödeyeceği tazminat hakkında 1186 ncı madde hükmü uygulanır. Eşyanın satışı sonucunda elde edilen net satış bedeli 1186 ncı maddede yazılı değeri geçerse, onun yerine net satış bedeli geçer.

80 **Kender Rayegân;** Deniz Ticareti Hukuku Dersleri, Müşterek Avarya- Çatma- Kurtarma- Yardım, İ. Ü. Yayınları, İstanbul 1979, s.1, **Prüssmann/Rabe**, s.883.

81 "Makul bir hareket tarzı teşkil edecek şekilde ve bile bile fevkalâde bir fedakârlık yapılması veya fevkalâde bir masrafa katlanılması"

82 **Kalpsüz;** Açıklamalar, s.37.

avarya hareketi” var sayılır ve bu hareketin doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve giderler müşterek avarya olarak kabul edilir.”

Söz konusu tanım TTK’da yer alan tanımda bazı değişiklikler yapılarak Tasarıya alınmıştır. Bu değişiklik, TTK m.1179’da yer alan tanımdaki “gemi ve yükü tehdit eden” lafzına diğer eşya ve navlun eklenmiştir. Bu eklemeye ilişkin olmak üzere madde gerekçesi gerekli açıklamayı yapmaktadır. Buna göre; “6762 sayılı Kanununun 1179 uncu maddesi metni esas alınarak, bu hüküm, 1994 tarihli York Anvers Kuralları’nın A ilâ D ve F harfli kuralları ile karşılaştırılarak yeniden kaleme alınmıştır. Maddede yer verilen müşterek avarya tanımı sayesinde, York Anvers Kuralları’na atfı yapılan Tasarının 1273 üncü maddesine geçiş sağlanmıştır. York Anvers Kuralları’nın A maddesinin birinci fıkrasına uygun olarak “gemi, yük, diğer eşya ve navlun” ibaresi kullanılmıştır; çünkü, taşıyanın navlunu ile birlikte zaman çarçerelerinin yakıtı, bir işleticinin konteynerleri gibi çok sayıda başka eşya da müşterek avarya fedakârlığına maruz kalmış veya böyle bir fedakârlıktan yararlanmış olabilir.”

TTK’daki müşterek avarya tanımı 1994 tarihli YAK ile karşılaştırılarak yeniden yazılmıştır. Bu yazılmada ilk olarak TTK’daki tanıma ek, diğer eşya ve navlun ifadelerinin hükme dercedildiği açıklanmaktadır. Bu yönden, ifadenin müşterek avaryayı tanımlayan 1994 tarihli YAK’da “değerler” olarak geçtiği ve değerler ifadesi içine gemi, yük ve navlunun girdiği, diğer eşya ifadesinin gereksiz olduğu düşüncesiyle eleştirilmiş ve metinden çıkarılması gerektiği savunulmuştur⁸³.

1994’deki YAK’dan değişmeden gelen müşterek avaryayı tanımlayan 2004 YAK’ı ele aldığımızda, kural A’da müşterek avarya hareketinin tanımında belirtilen kavram değerler olarak değil, malvarlığı içinde yer alan unsurlar (*propriétés, property*) olarak söz konusudur⁸⁴. Bu anlamda bize göre de, deniz hukukunda sadece gemi, yük ve navlun değil gerekçede sayılan eşya da buna dahil olur⁸⁵.

83 Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu, s.219.

84 Aynı yönde, **Algantürk S. Didem**; TTK Tasarısının Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı İle Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl 5 Sayı 10, s.139.

85 HGB § 700/2’ye göre de, müşterek avaryaya gemi, yük ve yüklerin ortaklaşa olarak konulduğu kargo araçları olan konteynirler dâhildir. YAK XVII Kuralı kapsamında müşterek avarya paylaşımına dâhil olan ve olmayan malvarlığına girenler bakımından bkz. **Algantürk S. Didem**; York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya, Tarihi Düzenlemeleri İle Karşılaştırmalı Olarak, 2.Bası, İstanbul 2006, s.251–261, **Herber**, s.379–380.

Müşterek avaryaya dair kaideler olan D ve F kuralları⁸⁶ göz önüne alınarak müşterek avaryaya tanımının yapılması, Tasarı açısından olumludur. Zira D Kuralında yer alan kusur sahibi kişinin def'i ve savunma hakları ile ilgili YAK D Kuralının karşılığı olan TTK m. 1181'de bir ibare olmadığı için ortaya çıkan problemler ikinci fıkradaki genel atf ile halledilmektedir⁸⁷. YAK F Kuralı ise, TTK m.1179/3 gibi Tasarının 1272.maddesinin ikinci fıkrası şeklinde düzenlemeye dahil olmuştur.

Kural hakkında bir başka eleştiri, dili hakkındadır. TTK yer alan müşterek avaryaya tanımında da var olan "sergüzeşt" kelimesinin bulunmaması gerektiği ve "garame" kelimesinin nasıl kullanıldığı⁸⁸ 1275.maddenin ilk fıkrası ve bu maddenin üçüncü fıkrasındaki kullanım sebebiyle anlaşılmadığı üzerinde durulmuştur. Gerçekten de "sergüzeşt" kelimesi farsça kökenli başa gelen olaylar, yaşananlar anlamına gelmekte olup, madde içinde kullanılışı itibariyle, bunun yerine birlikte deniz seyrüseferine çıkmış gemi ve yük tabirlerinin kullanılması gerekmektedir⁸⁸. Diğer terim olan "garame" teriminin de yerine paylaşırma ifadesinin yer alması daha uygundur⁸⁹. Her ne kadar maddenin ikinci fıkrasında esas olarak paylaşırma terimi kullanılarak, paylaşırmanın yanında parantez içinde garame terimi eklense de, paylaşırma teriminin sonraki fıkrada kullanılmaması anlaşılammaktadır. Zaten bu maddeyi takip eden Tasarının 1273.maddesinde devamla paylaşırma teriminin kullanılması garame teriminin gereksizliğini ortaya çıkarmaktadır.

Kanımızca, Tasarının 1273.maddesinin YAK A kuralını dil yönünden birebir karşıladığı da söylenemez. Bazı eksiklikleri ve anlatım bozuklukluklarını içermekte olup, "Bir müşterek avaryaya hareketi ancak olağanüstü bir fedakârlık veya olağanüstü bir masrafın müşterek deniz yolculuğuna atılmış malvarlıklarını bir tehlikeden korumak gayesiyle müşterek se-

86 **YAK D Kuralı:** Taraflardan birinin kusuru ile meydana gelen tehlike sonucu ortaya çıkan fedakârlık ve masraflar için dahi müşterek avaryaya paylaşırması yapılır. Fakat bu durum, kusuru olan tarafa karşı ileri sürülebilecek talep veya savunma haklarını yahut kusurlu tarafın talep ve savunma hakkını ortadan kaldırmaz.

YAK F Kuralı: Müşterek avaryadan sayılacak bir masrafın yerine göze alınan her fazla masraf, başka kişiler bu fazla masraflardan bir kazanç elde etseler dahi, kaçınılan müşterek avaryaya miktarından fazla olmamak şartıyla müşterek avaryaya paylaşmasına dahil olur.

87 **Algantürk;** Müşterek Avaryaya, s.123.

88 Aynı yönde, **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu,** s.219. YAK Kural A'da kullanılan terim, müşterek deniz macerasıdır.

89 **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu,** s.220.

lamet için bilerek ve makul surette yapılması halinde vardır” şeklinde bir tanım YAK A kuralı ile daha uyumlu olacaktır⁹⁰.

Tasarının 1273.maddesi müşterek avaryada uygulanacak kaideleri ortaya koymuştur. Hüküm birinci fıkrasında tarafların başkaca bir özel hüküm kabul etmedikleri takdirde, en son tarihli YAK kurallarının müşterek avaryada geçerli olduğunu söylemektedir⁹¹. Bu anlamda, Tasarının 1273.maddesinin birinci fıkrası direkt YAK’a atıf yaparak TTK’dan ayrılmaktadır. Zira TTK, YAK’da yer alan kuralları iç hukuka birer madde metni olarak almıştır⁹². Buradan da anlaşılacağı üzere, atıf müşterek avaryanın genel koşulları ve özel türleri ile birlikte bütünü hakkındadır⁹³. Ancak düzenlemenin bu hali, sadece müşterek avaryaya paylaşırması için atıf yaptığı ve bu nedenle maksadını aşan sınırlayıcı bir ifade içermekle isabetsiz olduğu söylenmiştir⁹⁴. Kanımızca da Tasarının 1273/1.maddesinde yer alan ifade belirtildiği şekilde problemler yol açabileceğinden, ifadenin düzeltilmesi ve bütün müşterek avaryaya ait kurallara atıf yapıldığı belirtilir şekilde kaleme alınması gerekmektedir.

Müşterek avaryaya ilişkin olarak genel sistematüğinde uygun olmadığı yönünde eleştiriler söz konusudur. Tasarıda YAK’ın bir kısmının madde metni olarak Tasarıya alınması, diğer bir kısmına ise atıf yapılması eleştirilmektedir⁹⁵. Bunun çözümünün ise YAK 2004 kurallarının hepsinin kanun içine alınması olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Tasarının gerekçesinde belirtildiği şekilde YAK kurallarının sık ve kapsamlı olarak değişmesi

90 Tanım için, **Algantürk**; Değerlendirmeler, s.139.

91 “Taraflar başka bir husus kararlaştırmamış olduğu takdirde, müşterek avaryaya paylaşırması, Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından hazırlanarak, bu madde hükmüne göre Türkçe’ye çevrilip yayınlanmış olan en son tarihli York-Anvers Kurallarına tâbidir.”

92 TTK m.1180–1203. Bu hükümler 1950 tarihli YAK kurallarıdır. Aynı şekilde HGB, Büyük (Ortaklaşa) Avaryaya ve Hususi Avaryaya başlığı altında müşterek avaryaya ve diğer avaryaya türlerine ait hükümleri § 700–733 arasında düzenlemiştir.

93 Gerçekten Tasarının madde gerekçesindeki lafız da bunu teyit etmektedir. “York Anvers Kuralları, hem kabotaj taşımalarında hem de milletlerarası taşımalarda, müşterek avaryaya hakkında uygulanan temel kurallar niteliğindedir. Bu Kurallar, gelişmeler ve ihtiyaçlar doğrultusunda Comité Maritime International tarafından aralıklarla yenilenmektedir. Uygulamada kullanılan bütün basılı sözleşmeler ve konişmentolar, mezkûr Kurallar’a atıf içermektedir. Dolayısıyla, uygulamadaki olayların büyük bir çoğunluğunda, York Anvers Kurallarının hangi tarihli metninin uygulanacağı zaten taraflarca kararlaştırılmış olmaktadır. Buna karşılık, tarafların bu hususa dair bir anlaşma yapmadıkları haller için Tasarıya yedek hukuk kuralları almak gerekmiştir”

94 Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu, s.220.

95 Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu, s.221.

yüzünden bu tip genel bir atıf durumu daha doğrudur⁹⁶. Mamafih çözüm için öngörülen ve birinci fıkrayla bağlantılı olarak ikinci fıkrada bildirilen durum, gerçekten uygulamada bazı sakıncalar doğurmaya elverişlidir. Tasarının 1273.maddesinin ikinci fıkrası, “York-Anvers Kurallarının çevirisi, Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile Denizcilik Müsteşarlığı tarafından kurulacak bir İhtisas Komitesince hazırlanır ve özgün metin ile birlikte Resmî Gazetede yayınlanarak ilân edilir. Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından, York-Anvers Kurallarında yapılacak değişiklikler de aynı yöntemle Türkçe’ye çevrilip ilgili Müsteşarlıklarca resen veya gerçek ve tüzel kişilerin başvurusu üzerine yayımlanır” şeklindedir⁹⁷ ve ihtisas komitesinin yanlış bir çevirisi, bu hatalı çevirinin asıl metne aykırı olarak uygulanmasına yol açabilecektir. Bu nedenle yapılan çevirinin yardımcı metin olarak ele alınması, bağlayıcı olmadığının kabulü şarttır⁹⁸.

96 “6762 sayılı Kanununun ilk Tasarısında, York Anvers Kuralları’nın 1924 tarihli metni esas alınmıştı. Bu Kurallar 1950 yılında yenilenince, Tasarıyı gözden geçiren Adliye Encümeni, bu kuralları Tasarıya işlemiştir. 6762 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, York Anvers Kuralları 1974, 1990, 1994 ve 2004 yıllarında esaslı değişikliklere uğramıştır. Ancak bu değişiklikler, 6762 sayılı Kanuna yansımadığından, kanuni düzenleme ile uygulama arasında uyumsuzluk doğmuştur. Bütün bu gelişmeler karşısında, bu Kuralları Tasarıya işlemek sakıncalı bulunmuştur. Dolayısıyla, York Anvers Kuralları’nın güncel metninin daima uygulanabilmesini mümkün kılan bir çözüm üzerinde çalışılmıştır...”

Nitekim YAK Kuralları ilk yapıldığı yıl olan 1877’den beri tam yedi kez değişikliğe uğramış olup, son değişiklik 2004 yılındadır.

97 Gerekçeye göre, öncelikle İsviçre Deniz Ticareti Kanunu’nda benimsenen çözüm incelenmiş, Fakat bu çözümün, York Anvers Kuralları’nın belli tarihli bir metnine atıftan ibaret olduğu görüldüğünden kabul edilmemiştir. Sonuç olarak, Sigortacılık Genel Müdürlüğü’nün ve Denizcilik Müsteşarlığı’nın görüşleri alınarak, Tasarıdaki hüküm kabul edilmiştir. Buna göre, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun 34 üncü maddesi uyarınca yayımlanmış olan Sigorta İhtisas Komiteleri Yönetmeliği (15/06/1995 tarihli ve 22314 sayılı Resmî Gazete) uyarınca bir ihtisas komitesi kurulacaktır. Müşterek avaryaya garame payları uygulamada hiç istisnasız sigortacılar tarafından karşılandığından, bu komiteye sigorta sektörüyle birlikte denizcilik sektörünü temsilen de Denizcilik Müsteşarlığı’ndan üyeler davet edilecektir. Ayrıca Deniz Ticaret Odaları’ndan ve diğer meslek kuruluşlarından temsilcilerle, bu alanda çalışan uzman akademisyen ve uygulamacıların katılımı sağlanacaktır. Böylece kurulan komite, York Anvers Kurallarının uygulanacak tercümesini hazırlayacaktır. Bu hüküm sayesinde, Kurallar’ın en son kabul edilen metni esas alınacak, diğer yandan mahkeme ve dispeççiler, İngilizce bir metni doğrudan uygulama külfetinden kurtarılmış olacaktır. Öte yandan, Kurallarda meydana gelecek bir değişiklik, kurulacak komite tarafından tercüme edilip Resmi Gazetede yayımlanmadığı sürece mahkemeler için bağlayıcı olmayacaktır.

98 Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu, s.221. Ülkemizde sıklıkla uluslararası metinlerin resmi çevirilerinin birçok hatalar içerdiği ve bu hataların kimi zaman da yargı kararlarına etki ettikleri görülmektedir. Hele hele YAK Kurallarının dilinin ağırlığı, çeviri konusunda olumsuz sonuçların doğmasının imkân dâhilinde olduğunun göz önüne alınarak, çevi-

Tasarının 1274.maddesi müşterek avarya payı borçlularını göstermektedir. Burada donatanla ilgili olmak üzere, müşterek avarya garame paylarının kişisel borçluları arasında, garameye girecek olan geminin müşterek avarya hareketinin meydana geldiği andaki donatanı olduğu gösterilerek sorumluluğu ortaya konulmuştur. Tasarıdaki gerekçede bu hüküm için, uygulamada ortaya çıkan problemleri halletmek gayesi ile bu şahsi borçlara ilişkin hükmün konulduğu belirtilmekteyse de, müşterek avaryanın niteliği zaten bu sonucu meydana getireceğinden, bu hükmün gerekliliği şart değildir⁹⁹

Müşterek avaryadan donatanın sorumluluğun hukuki niteliği ise, aynı TTK'da olduğu şekilde korunarak sınırlı şahsi sorumluluk olarak devam ettirilmiştir. Zaten daha önce de belirttiğimiz şekilde müşterek avaryada donatanın sorumluluğu bakımından sınırlı aynı sorumluluk yahut Tasarının kabul ettiği geminin belli bir tonajı ile sorumluluk sisteminin konulması müşterek avaryanın bünyesine uymaz¹⁰⁰.

4. Çatma, Kurtarma ve Yardımdan Borç Altına Giren Donatanın Sorumluluğu

a) Çatmadan Dolayı

Tasarının deniz kazaları başlıklı beşinci kısmının ikinci bölümünde "Çatma", üçüncü bölümünde "Kurtarma" ve bunlardan dolayı yardım eyleminin gerçekleştirilmesinden donatanın sorumluluğuna ilişkin hükümler, Tasarının 1286 ile 1319 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunlardan çatmaya ilişkin olmak üzere donatanın sorumluluğu, 1288-1291 maddeler ve sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin 1296. maddesinde, kurtarmadan dolayı ise 1306.maddesinde yer almaktadır.

Çatmaya ilişkin olarak 1288.maddede kusurlu çatma başlığı altında, çatmanın çatmaya karışan gemilerden birinin donatanı veya gemi adamlarının kusurundan meydana gelmişse, zararı o geminin donatanı tazmin etmek zorundadır.

1288. madde, TTK'nın 1217. maddesinden alınmıştır. Ancak 1217.maddede yer alan ifade değiştirilerek, geminin donatanın kusurlu olması ibaresi de metne eklenmiştir. Bu eklemede de, 1910 tarihli Denizde Çatmalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Sözleşme hükmü esas alınmıştır. Çünkü bu sözleşmenin 3.maddesinden

rinin çok titiz şekilde yapılmasını gerektirmektedir. Aynı yönde **Algantürk**; Değerlendirmeler, s.139.

⁹⁹ **Algantürk**; Değerlendirmeler, s.139, **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.222.

¹⁰⁰ Bkz. yukarıda dn.50.

TTK'nın 1217.maddesine alınan düzenleme eksikti¹⁰¹. Sözleşmenin 3.maddesinin tam metninde, eğer çatma gemilerden birinin kusuru ile meydana gelirse, zararları tazmin etmek kusuru meydana getiren kişinin sorumluluğundadır şeklinde olup, gerekçede de belirtildiği gibi, HGB § 735'den alınırken denildiği şekilde eksik bir düzenleme yapılarak donatanın kendi kusurundan sorumluluğu kapsama alınmıyordu¹⁰².

Çatmadan doğan donatanın sorumluluğu Tasarının 1286/1.maddesine göre iki veya daha çok geminin çarpışması sonucu gemilere ve gemide bulunan insanlara ve eşyaya verilen zararın tazmini hakkındadır. Buna göre, çatma sonucu geminin kıyıda yer alan kişilere ait varlıklara zarar vermesi durumunda çatmaya ilişkin bölümde yer alan ve donatanın sorumluluğunu tevlit eden hükümler uygulanmaz. O halde uygulanacak hükümler Tasarının 1062.maddesinde yer alan donatanın gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluğu olacaktır¹⁰³. Çünkü bu konuda TTK'da bir hüküm yoktur ve bu uygulamada tereddütlere yol açmıştır¹⁰⁴. Bunun ortadan kaldırılması amacıyla da "uygulama alanı" başlıklı bu kural Tasarıya konulmuştur¹⁰⁵.

¹⁰¹ **Algantürk**; Değerlendirmeler, s.140.

¹⁰² Tasarının gerekçesinde de bu hususta şöyle demektedir: "Bu maddede yer verilen düzenleme, Alm. TK.'nın 735 inci paragrafı vasıtasıyla, 1910 Sözleşmesinin 3 üncü maddesinden 6762 sayılı Kanunun 1217 nci maddesine alınmıştı. Ancak, 1910 Sözleşmesinin "çatma, gemilerden birinin kusurundan ileri gelmişse" ibaresinin yerine Alman yasakoyucusu, "gemi kusurlu" olamayacağı için, "gemi adamlarının kusuru" ibaresini tercih etmiştir. Ne var ki, bu ibare kullanılınca, "donatanın kendi kusuru" maddenin kapsamı dışında kalmaktaydı. Tasarıda bu aksaklık giderilmiş ve bu açıdan da Sözleşme ile Tasarı arasında tam bir uyum sağlanmıştır." Bununla ilgili olarak, HGB § 735 hükmün donatanın kendi kusurundan sorumluluğunu da kapsadığı yönünde, **Herber**, s.384.

¹⁰³ **Algantürk**; Değerlendirmeler, s.140. HGB § 735 açısından aynı yönde, **Herber**, s.384-385.

¹⁰⁴ Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu buna ilişkin kararlara rastlanmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak; Y.11. HD. 19.4.1982 tarihli 1982/1789 E. 1982/1759 K. sayılı ilamı, **Doğanay İsmail**; Türk Ticaret Kanunu Şerhi C.3,4. Bası, İstanbul 2004, s.3097 dn.35.

¹⁰⁵ Maddenin gerekçesine göre; "Maddenin birinci fıkrası, 1910 Sözleşmesinin 1 inci maddesinden alınmıştır. Bu hükmün 6762 sayılı Kanunda bulunmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Nitekim uygulamada, çatma hükümlerinin, örneğin kıyıda zarar gören eşya hakkında uygulanıp uygulanmayacağı tereddütlere yol açmıştır. Bu tereddütleri gidermek üzere, bu Kısım'da yer alan hükümlerin, yalnızca, gemilerin gördüğü zarar ile gemilerde bulunan kişiler (gemi adamları, yolcular ve diğerleri), yük, bagaj ve başkaca eşya hakkında uygulanacağı açıklanmıştır. Buna karşılık, bir çatma sonucu gemilerden birisinin kıyıdaki tesislere de zarar vermesi halinde, bundan doğabilecek talepler hakkında Tasarının 1062 nci ve diğer ilgili hükümleri uygulanacaktır."

Tasarının 1289 ve 1290.maddelerinde “Ortak Kusur” üst başlığı altında 1. Eşya zararı, 2. Bedensel bütünlüğü zedeleyen zarar olmak üzere iki durum sayılmış ve bunlardan çarpışan gemilerin donatanlarının ve gemi adamlarının kusurlarının, sorumluluğun belirlenmesinde ne ölçüde etkili olduğu hüküm altına alınmıştır. 1289.maddenin birinci fıkrasında donatanların sorumluluğunun kusurlarının ağırlığı nispetinde olduğu söylenmekte, söz konusu ifadenin yanlışlığı ileri sürülerek ancak kusurların çatmayı meydana getirmedeki etkisi olarak yer alması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶. Maddeye ilişkin gerekçede ise, Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinin, HGB § 736 ve 1910 tarihli Sözleşmesinin 4. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinden iktibas edildiği, aynı şekilde 6762 sayılı Kanunun 1218. maddesinin birinci fıkrasında bulunduğu bahsedilmekte ve hükme, 1288. madde için verilen gerekçe doğrultusunda “donatanların kusuru” ibaresi eklendiği beyan olunmaktadır. 1910 tarihli sözleşmenin 4.maddesinin birinci fıkrasına baktığımızda, donatanların herbirinin kusurlarının derecesi oranında ibaresine rastlamaktayız¹⁰⁷. HGB § 736’da ise, her bir tarafın kusurunun etkisinin ağırlığı oranında ifadesi geçmektedir¹⁰⁸. Bunlara göre de, kusurun ağırlığı değil, kusurun çatmaya etkisi önemlidir ve bu şekilde düzeltme yapılması şarttır¹⁰⁹.

1289.maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde kusur oranının tespitinin mümkün olmadığı durumlarda veya tarafların aynı oranda kusurlu olduklarının ortaya çıkması halinde eşit oranda sorumlu oldukları TTK’dan farklı olarak hükme eklenmiştir. Bu cümle, 1929 tarihli ve 1440 sayılı ETK’nın 1277. maddesinin birinci fıkrasında ve 6762 sayılı Kanuna ilişkin hükümet Tasarısının 1218. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde mevcuttu. Buna karşılık, Resmi Gazetede yayımlanan metinde yer almamıştır. Oysa ki, 1910 Sözleşmesinin 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ve 1972 yılındaki kanun ile değişikliğe uğramış HGB § 737’nin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde de korunmuştur¹¹⁰.

¹⁰⁶ Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu, s.230, Ünan, s.582.

¹⁰⁷ “If two or more vessels are in fault the liability of each vessel is in **proportion to the degree of the faults** respectively committed. Provided that if, having regard to the circumstances, it is not possible to establish the degree of the respective faults, or if it appears that the faults are equal, the liability is apportioned equally”

¹⁰⁸ “...nach Verhältnis der Schwere des auf jeder Seite obwaltenden Verschuldens verpflichtet”

¹⁰⁹ HGB için aynı yönde, Herber, s.385, Prüssmann/Rabe, s.1031.

¹¹⁰ Bu konuda, Prüssmann/Rabe, s.1042.

Tasarıya alınması da Sözleşme ve mehz kanunla uyum sağlanması amaçlıdır.

Tasarının gerekçesinde, aynı amaçla, Tasarıya üçüncü bir cümle eklendiği ve 1910 Sözleşmesinin 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin açık hükmüne uygun olarak, gemilerde bulunan eşyaya ilişkin tazminat taleplerinde, donatanların arasında teselsülün bulunmadığı belirtilmiştir¹¹¹.

1289.maddenin ikinci fıkrasında, donatanın çatmadan yükünü taşınması sonucu yükle ilgililere sorumlu olmayacağı durum ve bunun sonucu yükle ilgili kişilerin diğer donatandan tazminat alması durumunda, donatan rücu etmesi halleri düzenlenmiştir. Hükmün birinci cümlesi uygulamada oldukça tartışma konusu olan ve donatanın sevk ve idare kusuru def'ini düzenleyen bir katedir¹¹². Bunun yanında fıkranın ikinci cümlesinde donatanların rücu hallerini düzenleyen kaide oldukça düzensiz ve karışık bir biçimde karşımıza çıkmaktadır¹¹³. Bu nedenle de, doktrinde hem dili dolayısıyla hem de

¹¹¹ Kusurun ağırlığı lafzının bulunması dolayısıyla müteselsil sorumluluğun söz konusu olmadığı ve bu nedenle ifadenin gereksiz olduğu yönünde, **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.231.

¹¹² **Algantürk**; Değerlendirmeler, s.140. Hükmün gerekçesinde, İkinci fıkranın birinci cümlesinde yer alan kuralın, uygulamada yaşanan tereddütleri gidermek amacıyla sevk olduğu bildirilmektedir. 1910 tarihli Sözleşmenin 4. maddesinin dördüncü fıkrasından, Alm. TK.'nin 1972 değişikliğinden önceki 739 uncu paragrafının ikinci fıkrası vasıtasıyla iktibas olunan TTK'nın 1221. maddesi, "mukavelelerden doğan mesuliyeti" saklı tuttuğu, ne var ki, kanundaki bu açık hükme rağmen, uygulamada, çatmaya ilişkin kuralların özel hüküm teşkil ettiği, dolayısıyla çatmadan kaynaklanan yük zararında, "sevk ve idare kusuru" def'inin TTK m. 1062/2 ve 947/1 c.2 açısından dinlenmeyeceği görüşü savunulduğu söylenmektedir. Bu yöndeki görüş için bkz. **Kender Rayegân/Çetingil Ergon**; Deniz Ticaret Hukuku, Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte, Temel Bilgiler, 8.Bası, İstanbul 2007, s.194. Gerekçe de bu görüşün, TTK'nın 1221. maddesine aykırı olduğu gibi, 1910 tarihli Sözleşme ve 1924 tarihli Konişmentolu Taşımalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Brüksel Sözleşmesi hükümleriyle de bağdaşmadığı kabul edilmektedir. 1910 tarihli Sözleşmenin 4. maddesinin dördüncü fıkrası, sözleşmeyi imzalayan devletlere bu konuda millî hukukta farklı bir düzenleme yapma hakkı vermiştir. Bu bakımdan, 1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi uyarınca mehz Alman hukukunda bu hak, HGB § 739/II ile 1972 değişikliğinden önce kullanılmış, "sevk ve idare kusuru" def'i, çatmadan kaynaklanan yük zararı için dahi saklı tutulmuştu. Bu hüküm de TTK m. 1221'e alınmıştı. Doktrindeki bu konuda yaşanan tereddütleri gidermek üzere, "sevk ve idare kusuru" def'inin saklı olduğu Tasarının bu hükmünde açıkça belirtilmiştir. 1972 değişikliği ise HGB 739/II'yi ortadan kaldırmıştır.

¹¹³ "...Bu sorumsuzluk hâli sebebiyle kendi donatanından tazminat elde edemeyen yük ilgilisi, sözkonusu zarar için diğer kusurlu donatanların birinden yabancı bir hukuka göre tazminat alırsa, bu ödemeyi yapan donatanın fazladan ödemek zorunda kaldığı kısmi için sorumsuzluk hâlinde yararlanan donatana rücu etmesi hâlinde, kendisine rücu edilen

hukuki açıdan yol açacağı problemler yüzünden haklı nedenlerle eleştirilmiştir¹¹⁴.

Tasarının 1291.maddesi, geminin zorunlu danışman kılavuz veya isteğe bağlı kılavuz tarafından sevki esnasında onun kusurundan meydana gelen çatmadan donatanın sorumluluğunu ortaya koymakta, ikinci fıkrasında ise zorunlu sevk kılavuzu tarafından yapılan sevk sırasında onun kusurundan meydana gelen çatmadan geminin donatanın sorumlu olmadığını göstermektedir.

Bu konuda, Tasarının 1062.maddesinde düzenlenen donatanın gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluğu bahsinde, mecburi danışman kılavuz ve ihtiyari kılavuzun fiillerinden doğan sorumluluğuna dair açıklamalarda bulunmuştuk. Burada çatma şeklindeki zarara yol açan özel durumdan sorumluluğu için ayrı bir kaide va'z etmiştir. Hüküm TTK m.1219'dan değiştirilerek alınmıştır. Hükümdeki yanlışlık, danışman kılavuz veya sevk etme niteliği olmayan isteğe bağlı kılavuzun sevk etmesinden söz edilmesidir. Bu nedenle ifadenin "zorunlu ve isteğe bağlı danışman kılavuzun tavsiyelerinden yahut ihtiyari kılavuzun sevkinden" şeklinde kaleme alınması daha uygun olacaktır¹¹⁵.

b) Kurtarma ve Yardımdan Dolayı

Yürürlükte olan TTK'nın 1222 ile 1234.maddeleri arasında düzenlenen kurtarma ve yardım¹¹⁶, Tasarının 1298-1319. maddeleri arasında yer bul-

donatan, o yük ilgisine aynı oranda rücu hakkına sahiptir."

¹¹⁴ Eleştiriler için bkz. **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.231. Tasarının gerekçesinde hüküm için, navlun sözleşmesi hukukunda "sevk ve idare kusuru" def'inin kabul edilmesine sebep olan ilkelere tümüyle aykırı olduğu, bu aykırılığı gidermek üzere mezkûr kayıtlarla, gemi donatanına da, kendi gemisindeki yükün ilgililerine müracaat hakkı tanındığı söylenmektedir. Böylece donatan, yük ilgilisi doğrudan kendisine başvurmuş olsaydı ödemeyeceği bir tazminatı rücu yoluyla başka bir donatana ödemek zorunda kalınca, tazminatı tahsil eden yük ilgisine rücu hakkı elde etmekte, dolayısıyla bu suretle ortaya çıkan hukuka aykırı sonuç bertaraf edilmiş olmaktadır demektedir. Yük ilgilisi de, böylece her ihtimalde, "sevk ve idare kusuru" def'ine maruz kalabilecek olan talebi için tazminat hakkından yoksun bırakılmaktadır ki, bu sonuç navlun sözleşmesi hukukuna tümüyle uygundur. Böylece, milletlerarası uygulama ile tam bir uyum sağlandığı kabul edilmektedir.

¹¹⁵ Farklı bir ifade tarzı için bkz. **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.232.

¹¹⁶ Uluslararası anlamda ilk sözleşme olan 1910 tarihli "Deniz Yardım ve Kurtarma İşlerine Mütedair Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Sözleşme'ye (Brüksel Sözleşmesi), Türkiye, 9.5.1937 tarihli ve 3226 sayılı Kanunla taraf olmuştu. Bununla beraber, mehz Alman hukukunda, bu sözleşme hükümleri, 1913 tarihli bir kanun (Gesetz über den Zusammenstoß von Schiffen sowie über die Bergung und Hilfsleistung in Seenot) ile 1897 tarihli HGB § 740 ilâ 753'e eklenmişti. Bu sebeple söz konusu hükümler

muştur¹¹⁷. Tasarının 1298.maddesine göre, kurtarma ve yardım faaliyetinin konusunu seyrüsefere elverişli sularda tehlikeye uğramış bulunan su aracı veya eşyanın kurtarılması için yapılan her fiil ve hareket oluşturmaktadır. Söz konusu tanım, TTK'da yoktur. Zira bu tanım TTK'nın ve mehaz HGB'nin esas aldığı 1910 tarihli Brüksel Sözleşmesinden değil, 1989 tarihli "Denizde Kurtarma Hakkında Milletlerarası Sözleşme" adı verilen Londra sözleşmesinden alınmıştır¹¹⁸. Tanım iki kavramın kurtarmaya dahil olduğunu söylemektedir. Bunlar su aracı ve eşyadır. Maddenin gerekçesinde 1989 tarihli Sözleşmede kullanılan "vessel" ve "property" kavramlarının üst başlığı olarak "eşya" teriminin tercih edildiğinden bahsedilmekte, Sözleşmenin (a) bendinde "vessel or any other property" ibaresi kullanılmakta ve böylece "property" kavramına "vessel"ın dahil olması nedeniyle eşya teriminin uygun olacağı söylenmektedir¹¹⁹. Su aracı terimine, 1298.maddenin ikinci fıkrasına göre, her türlü gemi ve seyrüsefere elverişli yapı girmektedir. Öyleyse, gemi haricinde Tasarının lafzına göre suda seyrüsefer yapan her türlü araç gemi niteliği olmasa bile kurtarmaya dahildir. Bu da, TTK'dan farklı bir düzenlemedir¹²⁰.

Bunlarla beraber, deniz ticaret hukukunda kurtarma ve yardımın donatan açısından sorumluluk doğurduğu durum, donatanın gemisinin

sözleşmeye taraf olmadan önce 1929 tarihli ve 1440 sayılı ETK'nın 1281 ilâ 1294. maddelerine, ardından da 6762 sayılı Kanunun 1222 ilâ 1234. maddeleri ile Türk hukukunda bulunmuştur.

117 Tasarının bu bölümünün başlığı TTK'dan ayrı olarak Yardım kısmı alınmayarak sadece "Kurtarma" olarak alınmıştır. Bunun nedeni zamanla "Kurtarma" teriminin "Yardım" terimini de kapsayacak şekilde anlam genişliği kazanmasıdır. **Kender/Çetingil**, s.196. Kurtarmaya ilişkin hükümler, Tasarıda iki grupta yer almaktadır. Eşya kurtarma 1298 ile 1316. maddeler arasında ve insan kurtarma 1317-1318. maddelerdir. Genel zaman aşımı ile ilgili hüküm ise 1319. maddede yer almaktadır.

118 Kurtarmaya ilişkin bütün hükümler 1989 tarihli Londra sözleşmesi esas alınarak düzenlenmiştir. Mehaz HGB, 16.5.2001 tarihinde kabul edilen Deniz Hukuku Tadil Kanunu (Drittes Seerechtsänderungsgesetz) ile 1989 Sözleşmesinin hükümlerini almıştır. Bununla birlikte, Türkiye bu Sözleşmeye henüz katılmamıştır.

119 Yine gerekçedeki ifadeye göre, 1989 Sözleşmesinde böyle geniş bir anlamda kullanılan "property" terimi 4721 sayılı TMK'nın 683. maddesine uygun olarak "eşya" terimi ile karşılanmıştır. Gerçekten de, 1989 Sözleşmesinin (b) bendinde "vessel" terimi gemi, suda kullanılan araçlar veya deniz seyrüseferi yapma kapasitesine sahip yapılar olarak tanımlanmakta, "property" kavramı ise (c) bendine göre, tehlike altındaki navlunu da içine alan kıyıya sürekli ve mahsus bir şekilde bağlı olmayan eşya olarak belirtilmektedir. O halde gemi hem su aracı hem de eşya terimine dahil olmakta ve eşya terimi daha kapsayıcı bir ifade biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Farklı olarak, gemi teriminin kullanılması gerektiği yönünde, **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.237.

120 TTK'da sadece gemilerin kurtarmaya dâhil olduğu yönünde, **Kender**, Deniz Ticaret Hukuku Dersleri, s.56.

kurtarılmasından dolayı ortaya çıkan kurtarma ve yardım ücreti borcudur. TTK açısından kurtarma ve yardım ücretinin asıl borçlusu hizmet sonucunda kurtulan ve emniyet altına alınan şeyler olduğu, borçlunun bu sebeple, gemi bakımından donatan olacağı belirtilmiştir¹²¹. Tasarı açısından bunu düzenleyen 1306.maddedir. Maddeye göre, kurtarma ücretinin borçluları, kurtarılan aracın ve diğer eşyanın kurtarma faaliyetinin tamamlandığı andaki malikleridir. Kural, 1989 tarihli Sözleşmesinin 13. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinden alınmıştır¹²². Sözleşmede su aracı ve bütün diğer eşyanın ilgileri olarak gösterilen kişiler kurtarma ücretinin ödeme borçlusudur. Burada ilgili terimi, kurtarma faaliyetinin tamamlandığı andaki eşyaya sahip olan kişi anlamını vermek için kullanılmış olup, kastedilen maliktir. Ancak malik kavramı geniş olarak anlaşılmalı, geminin hukuken maliki olmayan kimse olan gemi işletme müteahhidi de borçlu olarak düşünölmelidir.

Bu sorumluluğun hukuki niteliği ise, Tasarının 1304/3 ve 1315.maddeden ortaya çıkmaktadır. 1304/3.maddeye göre, kurtarma ücreti, kurtarılan şeylerin değerini geçemez. Bu kuralın uygulanmasında, ödenmesi gerekebilecek faiz ve yargılama giderleri dikkate alınmaz. 1315.maddeye göre de, bu bölümde düzenlenen alacaklardan dolayı kurtaran, kurtarılan gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkını ve kurtarılan eşya üzerinde TMK 950 ile 953.maddeleri uyarınca hapis hakkına sahiptir.

Bunların yanında TTK m.1234/1'deki hüküm kanuna alınmamıştır¹²³. Söz konusu hüküm, TTK'da kurtarma ve yardım ücretinin ve masraflarının ödenmesinin sadece aynı bir borç doğuracağını nizamlıyordu¹²⁴. Buna karşılık ödenmesi gerekebilecek faiz ve yargılama giderlerinin ödenmesi açısından kurtarma ücretinin kurtarılan şeyin değerini geçemeyeceği kuralına istisna olması, bu borçlar için gemiden başka donatanın kara servetine de başvurulabilmesi nedenleriyle mesuliyet şahsi bir hale gelmiştir.

Her ne kadar, kurtarma ücretinin faizi masraflar hariç donatanın kurtarma ve yardım ücretinden sorumluluğu, kurtarılan gemi değerinden fazla olmayan ve Tasarının 1315.maddesine göre gemi alacaklısı hakkı veren bir borç meydana getirmekte de, kurtarma ücretinin faizi ve masrafların bu

¹²¹ **Kender**; Deniz Ticaret Hukuku Dersleri, s.63.

¹²² "Payment of a reward fixed according to paragraph 1 shall be made by all of the vessel and other property interests in proportion to their respective salvaged values".

¹²³ "Kurtarma ve yardım keyfiyeti kendiliğinden kurtarma ve yardım masraflarını ödeme için şahsi bir borç doğurmaz"

¹²⁴ **Kender**; Deniz Ticaret Hukuku Dersleri, s.63.

gemi ile sınırlı aynı sorumluluğun dışına çıkması ve bunlar için donatanın gemiden başka diğer malvarlıklarına başvurulabilmesinden söz konusudur.

Kurtarma konusunda son olarak 1312.madde ile getirilmiş özel tazminat sistemi gereğince donatanın sorumluluğuna değinmek gereklidir. 1989 Sözleşmesinin 14. maddesinden alınan maddede malik olarak adlandırılan kişilerden, eğer kurtarma ücretine hak kazanmamışlarsa kurtarma kapsamında yaptığı masraflara mukabil özel bir tazminat istemek imkanı kurtarana tanınmaktadır. Bu tazminat ancak çevreye zarar verme tehdidi oluşturan bir araç veya onun içindeki eşya için özel kurtarma faaliyetinde bulunulması durumunda ortaya çıkabilir. Gerekçede 1312. maddenin ilk fıkrasına göre talebin konusu, kurtarma faaliyeti için yapılan masraflar olduğu, dolayısıyla da, burada düzenlenen hususun, TMK m. 994 anlamında zaruri ve faydalı giderleri içerdiği söylenmektedir.

5. Donatanın Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu

Sorumluluğun Sınırlanması ve Petrol Kirliliği Zararının Tazmini başlıklı yedinci kısımda deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması olarak karşımıza çıkan ve deniz ticaret hukuku açısından ...ile sorumluluğu düzenleyen hükümlerden sonra, 1336 ve devamı maddelerde düzenlenmiş olan denizde petrol kirliliğinden doğan sorumluluk hükümleri donatanın bu deniz kirletilmesinden doğan sorumluluğunu düzenlemektedir.

Çoğunlukla hidrokarbürlerle, kimi zaman da petrol ve türevleriyle meydana gelen petrol yükü taşıyan tankerlerle tanker dışındaki gemilerin işletilmesinden veya petrol tankerlerinin ve kimi zamanda tanker dışındaki gemilerin karışmış olduğu deniz kazalarından kaynaklanan deniz kirliliği türüdür¹²⁵. Petrolün denize ve onun çevresindeki yerlere verdiği büyük etki, temizlenmesinin meşakkatli ve pahallı yöntemler içermesi, ayrıca deniz ve etrafı dışında insan sağlığına uzun dönemde olumsuz etkilerde bulunması, bu kirliliğin önlenmesinin devletlerin işbirliği içinde uluslararası belgelerle sağlanmasını gerekli kılmıştır. Bu sebeple, 1954'den itibaren 1992 yılındaki "Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme" ile şimdilik nihayet bulan bir milletlerarası sözleşmeler dizisi bu konuda ortaya çıkmıştır¹²⁶.

¹²⁵ **Abdullayev Cavid**; Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği, Yetki-Sorumluluk- Zararın Tazmini, Ankara, 2005, s.37.

¹²⁶ 1954 tarihli Denizde Petrol Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Sözleşme (1954 OILPOL), 1969 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile ilgili Uluslararası Sözleşme, 1973 tarihli Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine İlişkin Sözleşme ve buna bağlı 1978 tarihli protokol (1973 MARPOL), 1982 tarihli III. Deniz Hukuku Konferansında ortaya konan 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi.

1992 tarihli sözleşme 1969 tarihli sözleşmeden sonra deniz kirlenmesinden doğan sorumluluğu düzenleyen ve geliştiren bir sözleşmedir¹²⁷. 1969 tarihli sözleşmeye ek 1971 tarihli yine Brüksel’de, “Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile ilgili Uluslararası Sözleşme” imzlanmış olup, bu sözleşme de 1992 tarihli Londra Sözleşmesiyle birlikte tadil edilmiş ve “1992 tarihli, Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile ilgili Uluslararası Sözleşme” olarak kabul edilmiştir¹²⁸. Tasarı, bu sözleşmelerin hükümlerini esas alarak bir düzenleme yoluna gitmektedir. Yapılan düzenleme, söz konusu sözleşmelerin hükümlerine atflar yapılmak suretiyle Tasarıda kabul edilmiştir.

Tasarının 1336.maddesine birinci fıkrasına göre, “27/11/1992 tarihli, aşağıda 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi diye anılacak “Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme”nin I inci maddesinin altıncı paragrafında tanımlanan “kirlenme zararı” hakkında bu Sözleşme ve 27/11/1992 tarihli “Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme” hükümleri uygulanır. Bu Sözleşmelerin doğrudan veya bu Kanun uyarınca uygulandıkları hâllerde, mevzuatın, bu sözleşmelerde düzenlenen hususlara ilişkin diğer hükümleri uygulanmaz.”¹²⁹

Hükümün atf yaptığı 1992 tarihli sözleşmede kirlenme zararı şöyle tarif edilmiştir: Kirlenme zararının anlamı: a) Gemiden nerede olursa olsun sızan veya bırakılan hidrokarbonların sebep olduğu kirlenmeden, hidrokarbonu taşıyan gemi dışında meydana gelen bütün ziyan veya zararları ifade eder, bu bozulmadan kaynaklanan kâr kaybının dışındaki çevre bozulması için tazmi-

¹²⁷ 1992 Protokolleri ile yeni bir sistem oluşturulmuş, Sorumluluk ve Fon Sözleşmesi arasındaki bağıntı dikkate alınarak “gemi”, “şahıs”, “gemi maliki”, “kirlilik zarar”, “olay”, “koruma tedbirleri” kavramları ortak olarak düzenlenmiş, gemi, petrol, olay kavramları yeniden tanımlanmış, sözleşmenin uygulama alanına, koruma alanına ve sorumluluğun sınırlanmasında hesaplamaya ilişkin yenilikler getirmiştir. Bu konuda bkz. **Abdullayev**, s.277-300.

¹²⁸ Türkiye’nin 1992 tarihli bu Sözleşmelere katılması, 27.1.2000 tarihli, 4507 ve 4508 sayılı kanunlarla uygun bulunmuş, bu kanunlarda 26.4.2001 tarihinde kabul edilen 4658 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır. Bu Kanunlara istinaden, Türkiye sözleşmeye katılma belgesini 15.8.2001 tarihinde tevdi etmiştir. Her iki Sözleşme de bir yıl sonra Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

¹²⁹ Gerekçenin belirttiği üzere, “Tasarının 1336 ncı maddesinin birinci fıkrası, bu tanıma giren kirlenme zararı hakkında, “1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi” ile “1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile ilgili Uluslararası Sözleşme”nin, o Sözleşmelerde belirlenmiş şartlarla doğrudan uygulanacağını açıklığa kavuşturmaktadır.”

natin, fiilen yapılan veya yapılacak olan eski haline döndürme ile ilgili malkul tedbirlerin maliyetlerine sınırlandırılması şartıyla; b) Korunma tedbirlerinin masrafları ve bu tedbirlerin sebep olduğu ziyan veya zararlar da buna dâhildir.

Aynı sözleşmenin üçüncü maddesinin birinci paragrafına göre de, “bu hadise neticesinde geminin sebep olduğu bütün kirlenme zararlarından bu maddenin 2 ve 3 üncü paragraflarındaki haller hariç geminin hadise zamanındaki donatanı,¹³⁰ hadise bir olaylar dizisinden oluşuyorsa ilk olay tarihindeki donatanı mesuldür”¹³¹. Olay, normal olmayan durumlardır (çatma, karaya oturma, batma tehlikesi geçirme). Yoksa mutad faaliyet içindeki haller bu kavrama girmeyecektir¹³².

Bu mesuliyet ise, kusursuz bir sorumluluktur¹³³. Bu sorumluluk nedeniyle tazmin yükümlülüğüyle sorumlu olanlar, bu sorumluluğu Sözleşmede gösterilen miktarlar oranınca sınırlayabilirler. Bu miktarlar 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin beşinci maddesinin birinci paragrafına göre, “Bir

¹³⁰ 1992 Sözleşmesinin esası olan 1969 Brüksel sözleşmesinin üçüncü maddesinde tabii malik olarak yer almaktadır. Ancak Sözleşmenin birinci maddesinin üçüncü paragrafında “Gemi maliki gemi sicilinde geminin adlarına kayıtlı olduğu şahıs veya şahıslar, maliki, gemi sicilinde kayıtlı değilse geminin mülkiyetine sahip bulunan şahıs veya şahısları ifade eder. Gemi devletin mülkiyetinde veya bu devlette donatan veya gemi işletme müteahhidi olarak müseccel bulunan bir şirket tarafından işletilmekte ise, “gemi maliki” lafzı bu şirket anlamına gelecektir” hükmü gereğince Türkçeye donatan olarak çevrilmiştir. HGB açısından benzer şekilde. **Herber**, s.192.

¹³¹ Tasarının 1337.maddesi 1992 tarihli Sözleşmelerin uygulanması için yabancılık unsurunun aranmadığı, yani Sözleşmelerin, tümüyle ulusal nitelikteki kirlenme hallerinde de uygulanacağını açıklamıştır. Özellikle, yabancılık unsuru taşımayan uyumsuzluklarda bu Sözleşmeler uygulanmazsa, Türk bayraklı bir tankerin Türkiye’de yol açtığı kirlenme zararında, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi uyarınca sigortacıya ve 1992 tarihli Fon Sözleşmesi uyarınca Uluslararası Tazminat Fonuna doğrudan müracaat hakları, Türk vatandaşlarından esirgenmiş olur ki bu 1336.maddenini amacı ile bağdaşmaz. Esasen, her iki Sözleşme de zaten, 2. ve 3. maddeleri ile böyle bir unsur aramadan, uygulama alanlarını tayin etmiştir. Dolayısıyla, doğrudan Sözleşme metinlerine göre de “yabancılık unsuru” aranmaz.

Sözleşmenin ikinci ve üçüncü paragraflarında şu ibarelerle donatanının sorumlu olmadığı haller gösterilmiştir. 2. Donatan kirlenme zararının: a) Bir harp düşmanlık, iç savaş veya ayaklanma hareketi yahut önlenmesi ve kaçınılması kabil olmayan anormal bir tabiat hadisesi sonucu olduğunu veya b) Münhasıran üçüncü bir şahsın zarar verme kastiyle vuku bulan bir hareket veya ihmalinin sonucu olduğunu veya c) Münhasıran bir hükümetin yahut fener veya sair seyir yardımcılarının bakımından sorumlu bir merciin bu görevinin yerine getirilmesindeki bir ihmali veya başkaca nizamlara aykırı bir fiili sonucu olduğunu, ispat ederse mesul olmaz.

¹³² **Schaps/Abraham**, s.149.

¹³³ **Abdullayev**, s.238–239.

gemi donatanı, işbu Sözleşme uyarınca herhangi bir olay ile ilgili sorumluluğunu, aşağıdaki şekilde hesaplanan toplam bir meblağla sınırlamak hakkına haizdir. (a) 5,000 tonaj biriminin¹³⁴ üzerinde olmayan bir gemi için 3 milyon hesap birimi; (b) 5,000 tonaj biriminin üzerindeki bir gemi için, (a) alt paragrafında belirtilen meblağa ilaveten her bir ilave tonaj birimi için 420 hesap birimi; bununla birlikte, bu toplam meblağın her durumda 59,7 milyon hesap birimini geçmemesi şarttır”.

Aynı zamanda, yine bu maddenin ikinci paragrafına göre de, Donatanın, kirlilik zararının bu donatanın, bu tür bir zarara neden olmak için kasıtlı veya ihmali ve bu zararın muhtemelen sonuçlanacağını bilerek işlediği şahsi eylemi veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ispatlanırsa, işbu Sözleşme altındaki sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip olmayacaktır.

Kirlenme zararı oluşturanların sorumlulukları, 1992 protokolleri ile değiştirilmiş 1971 tarihli Fon kurulmasına ilişkin sözleşmenin, ilgili hükümleri uyarınca kurulacak fondan karşılanır. Ancak bunun yapılabilmesi için, bu sözleşmenin 4.maddesi uyarınca donatanın sorumlu olmadığı durumların (m.4/1 a), donatanın mali vecibelerini yerine getirememesi ve mali teminatının yetersiz olması durumların (m.4/1 b), donatanın sorumluluğunu aşan zararlar olması durumlarının (m.4/1 c) söz konusu olması lazımdır.

Bu kurulacak fona 1992 Sözleşmesinin onuncu maddesinin birinci paragrafındaki hüküm çevresinde taraf devletlerce yapılacaktır¹³⁵.

¹³⁴ Tonaj birimi 1992 Sorumluluk Sözleşmesinin beşinci maddesinin onuncu paragrafına göre, 1969 tarihli Gemilerin Tonaj Ölçümüne İlişkin Uluslararası Sözleşmenin EK I’inde gösterilen tonaj ölçü düzenlemeleri uyarınca hesaplanacak gayrisafi tonajdır.

¹³⁵ “1. Fona her bir Akit Taraf adına yapılacak yıllık katkılar, Madde 12, paragraf 2(a) veya (b)’de belirtilen takvim yılında 150.000 tonu aşan petrol alan şahıslar tarafından;
(a) Fona katkıda bulunan petrolün denizyolu ile taşındığı, o devletin ülkesindeki liman veya terminal tesislerinde;
(b) Denizyolu ile taşınan ve Akit taraf olmayan bir Devletin ülkesindeki liman veya terminal tesislerine boşaltılan, Fona katkıda bulunan petrolün, Akit olmayan Taraf Devlet ülkesinde boşaltılmasını takiben, işbu alt paragraf hükmünce ilk olarak bir Akit Taraf Devlet tarafından teslim alınması şartıyla, o Akit Taraf Devletin ülkesinde bulunan herhangi bir tesiste teslim alınmasına göre yapılacaktır.
2.(a) 1. paragraf amaçları için, Akit Taraf Devletin ülkesinde bir takvim yılında bir şahıs tarafından alınan fona katkıda bulunan petrol miktarının aynı Devlette aynı yıl içinde herhangi bir bağlı şahıs veya şahıslar tarafından alınan katkı petrol miktarı ile toplandığında 150.000 tonu aşması halinde bu şahıs, bu miktarın 150.000 tonu geçip geçmediğine bakılmaksızın, aldığı gerçek miktara göre katkı ödeyecektir.
(b) “bağlı şahıs”, herhangi bir yardımcı şirket veya ortak kontrol altında olan kurum anlamındadır. Bir şahısın bu tanım kapsamında yer alıp almadığı, ilgili Devletin ulusal hukuku ile tespit edilecektir.”

Bunun yanında bazı durumlarda taraf devlet tazminatın ödenmesi ile yükümlü olur. Bu tazminatın ödenmesine ilişkin şartlar da 1992 tarihli fon sözleşmesinin 15/4.maddesinde gösterilmiştir¹³⁶.

Tasarının 1338.maddesinde ise “uygulama alanının genişletilmesi” başlıklı bir hüküm ihdas edilmektedir. Bu hükmün ikinci fıkrası, 1992 Sorumluluk Sözleşmesinin uygulama alanını, yer itibarıyla kıyasen genişletmektedir. Sözleşmenin birinci maddesinin altıncı paragrafının (a) bendi kapsamındaki “kirlenme zararı” bakımından, ikinci maddenin (a) bendi bir coğrafi sınır çizmiştir. Bu sınırın dışında meydana gelen kirlenme zararı hakkında Sözleşmenin uygulanması için ulusal hukukta düzenleme yapılması gerekir. Böyle bir düzenleme, başlıca, 1992 tarihli Sorumluluk ve Fon Sözleşmelerine taraf olmayan bir ülkede meydana gelen kirlenme zararı için Türkiye’de dava açılması halinde önem kazanır. Dolayısıyla da Türk gemi sicillerine kayıtlı tankerlerin donatanlarına, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin bahsettiği olanağın en geniş biçimde sağlanması sonucuna götürür. Aynı zamanda zarar Sözleşmenin ikinci maddesinin (a) bendi anlamında âkit devletlerden birinin karasularında meydana gelmemişse, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi doğrudan uygulanamaz. Bu nedenle de Tasarıda, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin ikinci maddesinin (a) bendinde sayılan yerlerin dışında meydana gelen “kirlenme zararı” hallerinde de maliki, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin hükümlerinden yararlandırabilmek için, bu fıkra gereğince Sözleşmenin böyle hallerde kıyasen uygulanması kabul edilmiştir¹³⁷.

III. Donatanın Sorumluluğunun Sınırlanması (...ile Sorumluluk)

Deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması durumu, Tasarının 1328 ile 1335.maddeleri arasında düzenlenerek, donatanın açıklamaya

¹³⁶ Akit Taraf bir Devletin, Yöneticiye paragraf 2’de belirtilen bildirim sağlamadığı ve bunun da Fon için bir mali zarar ile sonuçlandığı durumda, Akit Taraf, Fonun bu zararını tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Kurul, Yöneticinin tavsiyesi üzerine, bu tazminatın Akit Taraf devletçe ödenip ödenemeyeceğine karar verecektir.

Görüldüğü üzere, 15/4, 15/2’ye atıf yapmaktadır. 15/2’de açıklanan bildirim yükümlülüğü hakkındaki kaide şöyledir: “Paragraf 1’de belirtilen amaçlar için her bir Akit Taraf Devlet, İç Düzenlemelerde belirtilen tarih ve manada, bu Devlet ile ilgili olarak Madde 10’a göre Fon’a katkıda bulunmakla yükümlü her bir şahısın adını ve adresini ve aynı zamanda önceki takvim yılı esnasında bu şahıs tarafından alınan katkı petrolünün ilgili miktarları ile ilgili bilgileri Yöneticiye bildirecektir.”

¹³⁷ (2) 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin I inci maddesinin altıncı paragrafının (a) bendinde tanımlanan bir “kirlenme zararı”, aynı Sözleşmenin II nci maddesinin (a) bendinde belirlenen yerlerin dışında meydana gelmişse, sorumlu tutulan kişi, sorumluluğunu, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin V inci maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle sınırlayabilir.

çalıştığımız ...den sorumluluk hallerinden doğan tazmin yükümlülüğünün ne şekilde sınırlanabileceği ortaya konulmuştur. Tasarının 1062.maddesinde donatanının uluslararası sözleşmelerle sorumluluğunu sınırlandırma hakkının saklı olduğu belirtilmişti. İşte bu sorumluluğun sınırlandırmasına ilişkin hükümler Tasarının bu maddelerinde uluslararası sözleşmelere atıf yapılması suretiyle değiştirilmiştir¹³⁸.

Bu konuda ilk madde Tasarının 1328.maddesidir. Maddenin birinci fıkrasına göre, “Deniz alacaklarından doğan sorumluluk, 19/11/1976 tarihli “Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme” ile bu Sözleşmeyi değiştiren 2/5/1996 tarihli Protokol veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen uluslararası sözleşmelere göre sınırlanabilir.”

Sözü edilen, 19.11.1976 tarihinde Londra’da “Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme”¹³⁹, 1924 ve 1957 yıllarında Brüksel’de akdedilmiş olan aynı nitelikteki iki Sözleşmenin yerine geçmek üzere hazırlanmıştır¹⁴⁰. Türkiye, bu sözleşmeye 28.2.1980 tarihli ve 8/495 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, katılma yoluyla taraf olmayı kararlaştırılmış¹⁴¹, katılma işlemleri 6.3.1998 tarihinde tamamlanmıştır. Bunun sonucu olarak, 1976 tarihli Sözleşme, 1.7.1998 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmenin 1.maddesi açısından sorumluluğu sınırlayabilecek kişiler oldukça fazla olmakla¹⁴² beraber, bizim için önemli olan, donatanın bu kişiler arasında sayılmasıdır.

¹³⁸ Sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin, donatanının sorumluluğun ilişkin 1062.maddeden 260 madde sonra ele alınmasının yanlış olduğu ve ..den sorumluluktan hemen sonra ...ile sorumluluğunun ele alınması hususunda bkz. **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.260-261.

¹³⁹ Kısaca, 1976 tarihli Sözleşme olarak anacağımız bu sözleşmenin asıl adı “Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims” (LLMC) dir. Türkiye dahil otuz dört devlet tarafından imzalanan konvansiyon 17.madde hükmü gereğince 12 devletin onayı sonucunda 1.12.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁴⁰ Bunlar, 25.8.1924 tarihli “Gemi Sahiplerinin Sorumluluklarının Tahdidi ile ilgili Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme” ve 10.10.1957 tarihli “Deniz Gemileri Maliklerinin Sorumluluklarının Sınırlandırılması Hakkında Uluslararası Konvansiyon” olup. Türkiye, 1924 tarihli Sözleşmeye taraf olmuştur. Ancak, 1976 tarihli Sözleşmenin 17. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Türkiye’nin 1924 tarihli sözleşmeye taraf devlet statüsü sona ermiştir.

¹⁴¹ 4.6.1980 tarihli ve 17007 sayılı RG.

¹⁴² 1957 tarihli Brüksel sözleşmesinde gemi maliki, malik olmayan donatan, charterer ve gemi işletme müteahhidi olarak gösterilenlere, kaptan, gemi adamları ile 1957 sözleşmesinde sayılanların müstahdemleri de girmektedir.

1976 tarihli Sözleşmede sorumluluk sınırlamasına tâbi alacaklar 2.maddesinde gösterilmiş, burada üç bent halinde verilen alacaklar, a) Gemide veya geminin işletilmesi yahut kurtarma-yardım faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak vuku bulan ölüm, yaralanma, her türlü eşya ziya ve hasarı ile vesair bütün zararlardan doğan alacaklar, b) Deniz yoluyla yapılan taşıma hizmetlerindeki vaki gecikmeden ileri gelen bütün zararlardan doğan alacaklar, c) Akitten doğmuş olmayan herhangi bir hakkın ihlali neticesinde ortaya çıkan ve geminin işletilmesi yahut kurtarma-yardım faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak vuku bulan diğer bütün zararlardan doğan alacaklar, d) Batmış, enkaz haline gelmiş, oturmuş veya terkedilmiş bir geminin içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dahil olmak üzere yüzdürülmesi, kaldırılması, imha edilmesi veyaz zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar, e) Gemi yükünün imhası veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar, f) Sorumluluk sınırlamasına tâbi alacağın doğumuna yol açan bir zararı önlemek veya azaltmak için alınan tedbirlerle, bu tedbirlerin başkaca sebebi oldukları zararlar yüzünden sorumlu kişiden başka bir şahıs tarafından ileri sürülebilcek alacaklar biçiminde belirtilmiştir.

Bunlar içinden, donatanla alakalı olarak a, c,d, e ve f bentlerindeki zaten Tasarının içinde biraz önce ...den sorumluluk bahsinde açıklamaya çalıştığımız donatanın gemi adamlarından, çatma, kurtarma ve yardımdan doğan sorumluluklardır¹⁴³.

Bunlardan başka, sözleşmenin üçüncü maddesi ile bazı sorumluluk sınırlaması dışında tutulmuş alacaklar söz konusudur ki, bunlar başka sözleşmelerle düzenlenmiş olan petrol ile deniz kirlenmesinden doğan zararlardan ve nükleer zararlardan doğan alacaklar aittir. Bir de bu durumlar dışında, kurtarma-yardım alacakları ile müşterek avarya paylaşırma alacaklarına ve sonucusu gemi maliki veya kurtarma-yardımda bulunan gemi hizmetlerine veya kurtarma-yardım faaliyetine ilişkin olan müstahdemlerinin, bunların mirasçıları ve haleflerinin veya bunlar gibi alacakları ileri sürmeye yetkili olan diğer şahısların taleplerine ilişkindir¹⁴⁴.

Sözleşme ayrıca, 4.maddesinde zarara herhangi bir kusuru ile değil de, ancak kasten yahut cüretkârca bir şekilde ve bile bile zararın meydana gele-

143 (f) bendinde sorumlu olan donatanın zararı önlemek veya azaltmak bakımından tedbir alma işini mukavele ile üçüncü şahsa bırakması veya üçüncü kişinin mukavele olmaksızın bu işle faaliyet göstermesi sebebiyle doğan alacaklar ile bu tedbirler alınırken başkalarına verilen zararlar yönünden de donatanın sorumluluğu sınırlama hakkı getirilmiştir. Çetingil, s.10.

144 Bu yönde Tasarının 1331.maddesi de, "1976 tarihli Sözleşmenin 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri ile 3 üncü maddesinde sayılan alacaklara karşı sorumluluk sınırlandırılmaz" kuralını koymuştur.

ceğine sebep olduğu ispatlanan kişinin sorumluluğu sınırlama hakkına sahip olmadığından bahsetmektedir. Burada sorumluluğun sınırlanmasının ortadan kalkması bakımından ağırlaştırılmış nitelikli kusur kavramı ortaya konmuştur¹⁴⁵.

1976 tarihli Sözleşmedeki genel esaslar böyle iken, Sözleşmenin sorumluluğun sınırlandırması bakımından ortaya koyduğu hükümler, 2 Mayıs 1996 tarihli sözleşmeyi değiştiren protokol uyarınca, 6. ve 7. maddeler olarak, Tasarıyı da ilgilendirdiği yönüyle şöyledir:

Sözleşmenin 6.maddesinde, Sözleşmenin 7.maddesinden doğan alacaklar dışındakiler için sorumluluk sınırları bu maddenin (a) bendine göre, ölüm veya yaralanmadan ileri gelen alacaklar hakkında (i) 2000 tonu geçmeyen bir gemi için 2 milyon hesap birimi, (ii) Tonajı yukarıdaki rakamı aşan bir gemi için ise, (i) bendinde yazılı meblağa ilave olarak ayrıca : 2.001 den 30.000 tona kadar beher ton için 800 hesap birimi, 30.001 den 70.000 tona kadar beher ton için 600 hesap birimi ve 70.000 den yukarı beher ton için 400 hesap birimi.

Diğer bütün alacaklar hakkında diyen (b) bendinde ise, (i) 2.000 tonu geçmeyen bir gemi için 1 milyon hesap birimi, (ii) Tonajı yukarıdaki rakamı aşan bir gemi için ise, (i) bendinde yazılı meblağa ilave olarak ayrıca: 2.001 den 30.000 tona kadar beher ton için 400 hesap birimi, 30.001 den 70.000 tona kadar beher ton için 300 hesap birimi ve 70.000 den yukarı beher ton için 200 hesap birimidir¹⁴⁶.

Bilindiği üzere hesap birimi, Hava Yoluyla Eşya Taşımalarında Hakkındaki Varşova Konvansiyonunda 1975 yılındaki değişikliklerle ilk kez kabul

¹⁴⁵ **Ataol Hüseyin;** Deniz Alacaklılarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin 1976 Londra Konvansiyonu'nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı, Prof. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.68 ve bu konuda ayrıntılı bilgi için, s.78-81, **Çetingil**, s.13

¹⁴⁶ 1996'daki protokolle yapılan değişiklikten önce a) bendindeki sınırlama i) 500 tonu geçmeyen bir gemi için 333.000 hesap birimi; ii) Tonajı yukarıdaki rakamı aşan bir gemi için ise, (i) bendinde yazılı meblağa ilave olarak ayrıca, 501 den 3000 tona kadar beher ton için 500 hesap birimi, 3001 den 30.000 tona kadar beher ton için 333 hesap birimi; 30.001 den 70.000 tona kadar beher ton için 250 hesap birimi ve 70.000 den yukarı beher ton için 167 hesap birimi olarak öngörülmüştür. (b) bendinde ise, i) 500 tonu geçmeyen bir gemi için 167.000 hesap birimi, ii) Tonajı yukarıdaki rakamı aşan bir gemi için ise, (i) bendinde yazılı meblağa ilave olarak ayrıca: 501 den 30.000 tona kadar beher ton için 167 hesap birimi, 30.001 den 70.000 tona kadar beher ton için 125 hesap birimi ve 70.000 den yukarı beher ton için 83 hesap birimi şeklinde sınırlama mevcuttu.

edilen ve buradan örnek alınarak 1976 Sözleşmesine getirilen Özel Çekme Hakkıdır (ÖÇH)¹⁴⁷.

1976 tarihli Sözleşmesinin 6.maddesinin ikinci paragrafında ise, “Birinci paragrafın (a) bendi uyarınca hesaplanan meblağ, bu bentte yazılı alacakları tam olarak karşılamaya yetmediği takdirde, birinci paragrafın (b) bendi gereğince hesaplanan meblağ aynı paragrafın (a) bendinde yazılı alacakların ödenmeyen bakiyesini karşılamak için kullanılabilir ve işbu ödenmemiş bakiye birinci paragrafın (b) bendinde yazılı alacaklarla birlikte garameye katılır” biçiminde bir ifadeye yer verilmiştir. Yani, (a) bendi açısından alacaklar karşılanmadığı her durumda (b) bendindeki hesaplama (a) bendindeki hesaplama yapıldıktan sonra devreye girecek ve alacaklı ödenme konusunda tatmin edilecektir¹⁴⁸.

1976 tarihli Sözleşmesinin 7.maddesi yolcuların ölüm ve yaralanmasına ilişkin olmak üzere sınırlamayı göstermektedir. Bu konuda, maddenin ikinci paragrafında, bu madde açısından “bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından neşen eden alacaklar, bir yolcu taşıma mukavelesine müsteniden veya bir navlun sözleşmesine konu olan bir taşıt veya canlı hayvanlara, taşıyanın muvafakatiyle, refakat etmek suretiyle, söz konusu gemide taşıyan her hangi bir şahıs tarafından veya onun hesabına ileri sürülen alacakları ifade eder diyerek, alacak kavramının çerçevesini çizilmiştir. Sözleşmenin birinci paragrafında da, “Bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından neşet eden ve aynı olaydan doğan alacaklarda gemi malikinin mesuliyeti, 175.000 hesap biriminin geminin resmi belgesinde taşınmasına izin verilen

¹⁴⁷ İngilizce Special Drawing Rights (SDR) adı verilen bu hesap birimi, Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından 1.1.1981 yılından itibaren beş ülke parasına içinde belli ağırlıklar tanımak suretiyle yapılan bir hesaplama ile belirlenmekte ve her gün kurlar gibi değişmektedir. IMF'nin statüsünün XXI. maddesinin ikinci bölümünde bir özel çekme hakkının değeri 0,088671 gr. saf altın olarak tayin edilmekte, bu bakımdan da 1957 Brüksel Sözleşmesinde tayin edilen hesap birimi olarak Poincaré frankı 0,5895 gr. saf altın olduğu için İÖÇH 15 Poincaré frank'ına denk gelmektedir.

¹⁴⁸ Bu maddenin üçüncü paragrafına göre ise, “ölüm veya yaralanmadan doğan alacakların 2 nci paragraf uyarınca haiz oldukları haklara halel gelmemek kaydıyla sözleşmede taraf olan bir devlet milli kanunlarında liman tesislerine, havuzlarına, seyrüsefere elverişli su-yollarına ve seyir yardımcı tesislerine verilen zararlardan doğan alacaklara I inci paragrafın (b) bendinde yazılı sair alacaklara nispetle, milli kanunda öngörüldüğü veçhile, öncelik tanıyabilir.” Maddeninin dördüncü paragrafı, bir gemiden faaliyet göstermeksizin yahut münhasıran kurtarma ve yardım hizmetlerine konu olan gemide veya bu gemi ile ilgili olarak faaliyet göstermek suretiyle yardımda bulunan her şahsın mesuliyet sınırı da, hesaplamada 1500 tonlato esası olarak öngörmüştür

yolcu sayısı ile çarpılmasından elde olunan meblâğ olacaktır”¹⁴⁹ denilerek sınırlama oranı verilmektedir.

Tasarının 1328.maddesinin birinci fıkrasının koyduğu kural açısından 1976 Sözleşmesinin bu hükümleri uygulanacakken, ikinci fıkrada, “1976 tarihli Sözleşmenin 20 ve 21 inci maddeleri ile 1996 tarihli Protokolün 8 inci maddesi uyarınca yapılacak gözden geçirmelerin ve değişikliklerin, Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdikleri tarihten başlayarak, bu maddede, anılan gözden geçirmeyi ve değişiklikleri de içine alacak şekilde uygulanır” yönünde bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm ile gerekçede de belirtiliği şekilde, doğrudan uygulanan 1976 Sözleşmesi, Sözleşmede yapılan değişiklik Türkiye tarafından kabul edilip yürürlüğe girdiğinde, o sözleşmeye atıf yapan kanunda bir değişiklik yapılmasına gerek olmadan, sözleşmenin yeni metnine atıf yapılmasını sağlayacaktır.

Tasarının 1332.maddesi 1976 tarihli Sözleşmeyi esas alarak 300 tonilatodan küçük gemiler için bir sorumluluk sınırlama hükmü ortaya koymuştur. Hükme göre, “1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin ikinci paragrafının (b) bendinde sayılan gemiler için, aynı Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafının (b) bendi uyarınca hesaplanacak sorumluluk sınırı 83.500 Özel Çekme Hakkıdır. Diğer hâllerde, 1976 tarihli Sözleşmenin öngördüğü sorumluluk sınırları geçerlidir.”

1976 tarihli sözleşmenin atıf yapılan kuralı, 300 tonilatodan küçük gemilere Sözleşme hükümlerinin uygulanmasının kabul edilmesine dair olup, biraz değindiğimiz 6.maddenin (b) bendi kapsamında sorumluluk sınırı belirlenerek hükme derç edilmiştir¹⁵⁰.

Tasarı sondaj işleme gemileri hakkında da 1976 Tarihli sözleşmenin 15.maddesinin dördüncü fıkrası dahilinde iki bent olarak özel sınırlama sınırlarını hüküm olarak koymuştur¹⁵¹.

¹⁴⁹ 1996 protokolü ile değiştirilmeden önce 7.maddenin ikinci paragrafı şöyle bir hüküm içeriyordu: “bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından neşet eden ve aynı olaydan doğan alacaklarda gemi malikinin mesuliyeti, 46.666 hesap biriminin geminin resmi belgesinde taşınmasına izin verilen yolcu sayısı ile çarpılmasından elde olunan meblâğla sınırlıdır, ancak bu meblâğ yirmibeş milyon hesap birimini aşamaz”.

¹⁵⁰ Aynı zamanda, Tasarının 1330.maddesi, “uygulama alanını genişletilmesi” başlığı altında 1976 tarihli Sözleşmenin bazı hükümlerine 1328.madde bu hallerde de uygulanır diyerek atıflar yapmıştır. Atıflar 1976 tarihli Sözleşmenin 15.maddesinin birinci paragrafı, (a) ve (b) bentleri ile yine 1976 tarihli sözleşmenin dördüncü paragrafıdır.

¹⁵¹ **Madde 1333 - (1)** Sınırlamaya esas olan alacağın, geminin sondaj işlemi için kullanılmak üzere sondaj yerinde bulunduğu sırada doğmuş olması şartıyla, 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin dördüncü paragrafında sayılan gemiler hakkında aşağıdaki sorumluluk sınırları uygulanır;

Tasarı 1335.maddesinde ise, “Fon kurmadan sorumluluğun sınırlanması” başlığı altında, fon tesisi edilmeden de sorumluluğun sınırlama hakkının ileri sürülebileceğini nizamlamaktadır ki bu, hükümde de atıf yapılan 1976 tarihli Sözleşmenin 10.maddesinin b, r tekrarı olduğundan, kanımızca gereksiz bir madde olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵².

Bahsedilen fon, 1976 tarihli Sözleşmenin 11.maddesinde öngörülen sorumluluğun sınırlanması açısından sorumlu kişilerin tesis ettikleri ve böylece sorumluluklarını sınırlı aynı mesuliyet esasına bağlayabildikleri bir imkandır¹⁵³.

Fon tesisi hakkında 11.maddenin birinci fıkrası şu kaideyi içermektedir: “Mesuliyeti ileri sürebilecek olan her şahıs, sınırlamaya tâbi alacaklardan ötürü ülkesinde dava açılan ve sözleşmede taraf olan devletin mahkemeleri veya yetkili sair mercileri nezdinde bir fon tesis edebilir. Fon, 6 ve 7 nci maddelerin mezkûr şahsın sorumlu tutulabileceği alacaklara tatbiki kabil olan hükümleri uyarınca hesaplanan meblağ ile mesuliyetin doğumuna yol açan olay gününden fonun tesisi tarihine kadar işlemiş olan faizlerin toplamından terekküp eder. Bu suretle tesis olunan fon ancak, haklarında sınırlı mesuliyet dermeyeran edilebilecek olan alacakların tediyesinde kullanılabilir.”

İkinci fıkra ise, “Fon, tespit olunan meblağın yatırılması yahut fonun tesis olunacağı taraf devletin mevzuatı bakımından şayanı kabul ve mahkeme veya yetkili sair mercilerce yeterli sayılacak olan bir teminatın gösterilmesi ile tesis olunabilir” demek suretiyle, fon tesisin para harici hangi imkânlarla şahıslar tarafından kullanılabileceğini bildirmiştir¹⁵⁴.

Sorumluluğun sınırlanması bakımından Tasarının getirdiği bir başka hüküm ise, 1336.maddede yer alan petrol kirliliği zararı hakkındaki özel hükümlerdir ki, bu hükümler 1992 tarihli Petrol Kirliliğine dair sözleşme hükümlerine atfı da içeren kaideler olarak karşımıza çıkmaktadır.

a) 1976 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafının (a) bendinde sayılan alacaklar için 32.000.000 Özel Çekme Hakkı,

b) 1976 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafının (b) bendinde sayılan alacaklar için 20.000.000 Özel Çekme Hakkı.

¹⁵² Aynı yönde, **Çetingil/Kender/Ünan /Yazıcıoğlu**, s.266.

¹⁵³ **Çağa**, s.171. Zaten “başkaca takip yapılamaması” başlıklı 13.maddenin birinci paragrafı da bunu açıkça ortaya koymaktadır. “Onbirinci madde uyarınca bir sınırlama fonu tesis bulunduğu takdirde, fon alacaklarından hiç biri bu alacağa ilişkin olarak haiz bulunduğu hakları, adına fon tesis edilmiş, olan şahsın sair malları üzerinde kullanamaz.”

¹⁵⁴ Almanya’da sınırlama fonunun tesisi ve paylaştırmaya ilişkin 1972 tarihli Seerechtliche Verteilungsordnung (SeeVertO) bir kanun söz konusudur. Bu kanun 1986 değişikliği ile 1976 tarihli Sözleşme hükümlerinin HGB’ye alınması sonrasında uygun hale getirme için bazı değişikliklere uğramıştır.

1336.madde iki fıkradır. Birinci fıkra, 1992 tarihli Sözleşmenin birinci paragrafında yer alan “kirlenme zararı” hakkında 1992 tarihli yine 1992 tarihli “Petrol Zararının Tazmini İçin Bir Uluslar arası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslar arası Sözleşme” hükümlerinin uygulanacağını, bu Sözleşmenin uygulandığı durumda mevzuatın bu sözleşmelere ilişkin diğer hususlara ait hükümlerinin uygulanmayacağını kabul etmektedir¹⁵⁵.

İkinci fıkra ise, Tasarının 1328 inci maddesinin ikinci fıkrasında 1976 tarihli Sözleşme için kabul edilen kuralı, 1992 tarihli Sözleşmelerin ikisi için tekrar etmektedir¹⁵⁶.

Son olarak Tasarı, 1976 tarihli Sözleşme ile 1992 tarihli Sözleşmeye ilişkin 1341–1349. maddelerinde ortak hükümler derpiş etmiş olup, bunlardan 1341.maddede sorumluluğun sınırlanması bakımından kılavuzlar için üç fıkradan müteşekkil bir kaide koymuştur¹⁵⁷. Bu hükümler kılavuzlara yöneltilen istemler, kılavuzlara yönelecek rücu istemlerini 1500 ÖÇH ile sınırlamakta ve kılavuz kavramına nelerin girdiğini üçüncü fıkrasında belirtmektedir¹⁵⁸. Kılavuzlara bu şekilde özel bir hüküm düzenlenmesinin nedeni ise, sorumluluğun bu şekilde sınırlanmamasının kılavuzlar için üstünden gelin-

155 “1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin I inci maddesinin altıncı paragrafının (b) bendinde ve yedinci paragrafında tarif edilen “önleyici tedbirler” aynı zamanda Çevre Kanununun 3 üncü maddesinin (e) bendinin de kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, bu nedenle kamu tüzel kişileri tarafından yapılan masraflar için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin işletilmesi gündeme gelebilecektir. Oysa, 6183 sayılı Kanuna göre yapılacak takiplerde, Fon Sözleşmesinin 7 nci maddesinin dördüncü paragrafı uyarınca Fonun davaya müdahale hakkı temin edilemez. Diğer yandan, Çevre Kanununun 3 üncü maddesinin (e) bendinin ikinci fıkrasında öngörülen kurtuluş kanıtı, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinde yoktur. Dolayısıyla bu tür masraflar, (diğer şartlar da oluşmuşsa) her ihtimalde Fon’dan tahsil edilir. Bunun yanı sıra, denizde meydana gelen petrol kirliliğine ilişkin olarak çeşitli kanunlarda ve diğer mevzuatta düzenlemeler bulunmaktadır.” Kuralın gerekçesinde bildirilen bu nedenlerle hükmün ihdas edildiği anlaşılmaktadır.

156 “1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin Nihai Maddelerinin 14 ve 15 inci maddeleri ile 1992. Fon Sözleşmesi Nihai Maddelerinin 32 ve 33 üncü maddeleri uyarınca yapılacak gözden geçirmelerin ve değişikliklerin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdikleri tarihten başlayarak, bu madde, anılan gözden geçirme ve değişiklikleri de içine alacak şekilde uygulanır.”

157 Diğerleri ise 1342.maddede kişisel sorumlulukta fon kurulması, 1343.maddede Sınırlama hakkının ortadan kalkmasında kusur, 1344.maddede kanuni halefiyet, 1345.maddede alacakların güvenceleri, m.1346’da diğer alacaklar, 1347.maddede faiz ile 1348 ve 1349.maddelerde görevli-yetkili mahkeme ve yargılama-takip giderlerine ilişkin ortak hükümlerdir.

158 “Bu maddenin uygulamasında kılavuz terimi, gemide veya herhangi başka bir yerden gemiye kılavuzluk hizmeti veren kişiyi veya kişileri ve bu kişi veya kişilerin fiillerinden sorumlu olan bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsar.” Benzer hüküm, HGB § 487c

mesi imkânsız olan hem tazmin hem de sigorta primi yönünden mali güçlük-
lere yol açmasıdır¹⁵⁹.

IV. Donatanın Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

Türk Ticaret Kanununun Tasarısının beşinci kitabında düzenlenen deniz ti-
caret hukukuna ait hükümler, deniz hukukuna ait çağdaş düzenlemeleri göz
önüne alarak 1957'den beri hiç değişiklik yapılmamış olan deniz ticaret hu-
kuku hükümlerini küresel bir yeknesaklığa kavuşturma amacıyla hazırlan-
mıştır. Aynı zamanda Tasarıda mehaz HGB'de 1957 yılından beri meydana
gelen değişikliklerde göz önünde tutularak, bazı sistematik farklılıkları dışa-
rıda tutarsak, TTK'da var olan sistematüğının de bozulmamasına çalışılmış-
tır.

Konumuz olan donatan ve donatanın sorumluluğu ile ilgili hükümlerde
de, bu genel amaca uygun kaideler deriş edilmekle beraber, hükümlerin
yazılmasında bazı yanlışlıklarla karşılaşmaktayız.

Öncelikle donatan kavramı, gemi ve ticaret gemisi kavramının tanımın-
dan gelen bazı yanlışlıklar nedeniyle, bazı hatalı ifadelere sahiptir. Gemi ve
ticaret gemisi kavramlarında kullanılan "su" teriminin belirttiğimiz nedenler-
le, TTK'daki "deniz" olarak bırakılması gerekmektedir. Tasarıdaki donatan
kavramında kazanç elde etme yerine ise ekonomik menfaat terimi kullanıl-
mış olup, her ne kadar mehazla uygun olmasa da, kanımızca bu ibarenin
kullanılması kazanç kavramından geniş olmakla kullanılması uygundur. Bu
sebeplerle donatan kavramının "Donatan, gemisini ekonomik menfaat sağ-
lamak amacıyla denizde kullanan gemi malikine denir" şeklinde bir ibarenin
daha doğru olacağını düşünüyörüz.

Donatanın sorumluluğu bahsinde, gemi adamlarının kusurlarından doğan
sorumluluğunda, mehaz HGB'nin zaman içinde yaptığı değişiklikler ve uy-
gulamadan doğan gelişmeler esas alınarak bazı eklemeler yapılmış, ancak
TTK m.947'deki düzenlemede temel bir değişikliğe gidilmemiştir.

1062.madde ile getirilen düzenlemede, özellikle kılavuzlara ilişkin ekle-
me önemli ve gereklidir. Getirilen hüküm üstüne bazı eleştiriler olsa da,
kanımızca uygun bir düzenleme olarak Tasarıda yerini almıştır. Bunun yan-
nında 1062.maddenin ikinci fıkrasında uluslararası konvansiyonlara atıf
yapan bir hüküm daha dercedilmiştir. Bu atıf uyarınca donatan, 1969 tarihli
Sözleşme ile 1976 tarihli sözleşme ve bunun ek protokollerindeki hükümler
çerçevesinde sorumluluğunu sınırlayabilecektir ki, Tasarının sistematüğü
içinde zaten bu hükümlere atıf yoluyla bu uluslararası sözleşmelerin hüküm-
lerinin iç hukukta da uygulanacağı kuralı yer almaktadır.

¹⁵⁹ Prüssmann/Rabe, s.148.

Kaptanın kanuni temsil yetkisine dayanarak yaptığı hukuki muamelelerden donatanın borç altına girmesini sonuçlayan işlemler açısından TTK'da yer alan hükümlerde bir değişiklik yapılmamış, donatanın bu sorumluluğu TTK'nın 986 ile 988.maddelerine uygun olarak Tasarının 1103 ile 1105.maddelerinde sadece dili sadeleştirilerek düzenlenmiştir.

Donatanın müşterek avaryadan doğan sorumluluğunda ise hukuki nitelikçe bir değişiklik yapılmamış ancak, TTK'da bulunan ettiği eski YAK yerine, 1994 YAK esas alınarak bir düzenleme yoluna gidilerek, donatanın müşterek avaryadan doğan ...den sorumluluğu bu hükümler çerçevesinde belirlenmiştir. Esasen sonradan YAK 2004 yılında yeni düzenlemelere tâbi tutulsa da, müşterek avaryanın tanımında büyük bir değişiklik yoktur. Bununla beraber, tanımda bazı anlam bozuklukları olup, düzeltilmesi gerekmektedir. Bunun dışında Tasarının 1273.maddesi ile en son YAK'ın geçerli olduğu şeklinde ifade ile genel bir atıf metodunun benimsenmesi ve bütün kuralların kanuna alınmaması sürekli değişen bir kaideler bütünü olan YAK açısından olumludur. Tasarının 1273.maddesi YAK'a atıf yaparak YAK'ı birer madde metni olarak alan TTK'dan ayrılmaktadır.

Donatanın çatma, kurtarma ve yardımdan doğan sorumluluğu açısından ise, çatmada donatanının sorumluluğuna ilişkin hükme geminin donatanın kusurlu olması ibaresinin de eklenmesi uluslararası sözleşmeye uyum ve uygulamadaki tartışmalara son verme açısından olumludur. Ancak, ortak kusur haliyle alâkalı olmak üzere 1289.maddenin birinci fıkrasında donatanların sorumluluğunun kusurlarının ağırlığı nispetinde ibaresi doğru olmayıp, uygulamada sorun çıkamaması için bunun her bir tarafın kusurunun çatmaya etkisi şeklinde düzeltilmesi gerekmektedir. Kurtarma ve yardıma ilişkin olmak üzere 1989 tarihli uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınması, yeknesaklık açısından uygundur. Ayrıca burada bu sözleşmeden dolayı, gemi haricinde göre suda seyrüsefer yapan her türlü araç gemi niteliği olmasa bile kurtarmaya dâhil olacağından, TTK'dan farklı olarak genişletici bir düzenleme olması da olumlu olmuştur. Ayrıca, deniz ticaret hukukunda kurtarma ve yardımın donatan açısından sorumluluk doğurduğu durum, donatanın gemisinin kurtarılmasından dolayı ortaya çıkan kurtarma ve yardım ücreti borcu olduğundan, ödenmesi gerekebilecek faiz ve yargılama giderlerinin ödenmesi açısından kurtarma ücretinin kurtarılan şeyin değerini geçemeyeceği kuralına istisnanın Tasarının 1304/3 ile konması, bu borçlar için gemiden başka donatanın kara servetine de başvurulabilmesi dolayısıyla TTK'dan farklı olarak mesuliyet şahsi sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Zaten ...ile sorumluluğun Tasarıda değiştirilmesi de bununla uyumludur.

Tasarının 1336 ve sonrası maddelerinde, denizde petrol kirliliğinden doğan sorumluluk hükümleri ve donatanın bu deniz kirletilmesinden doğan sorumluluğunun düzenlenmesi Türk hukuku için uzun zamandan beri yapılması gerekli bir durum olduğu için, olumludur. Söz konusu düzenlemenin ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine uygun düzenlemesi ve sorumluluğun böylece donatanlar açısından sınırlandırılmasına imkanı tanınması Türkiye ve Türk denizciliği açısından gayet müspet olmuştur.

Bunlar dışında, Tasarı TTK'dan tamamen farklı olarak ...ile sorumluluk bakımından son uluslararası sözleşmelere uygun bir biçimde tonaj başına belli bir miktarla sorumluluk sistemini donatan açısından benimsemiştir. 1976 tarihli deniz alacaklarında sorumluluğun sınırlandırılmasına dair Londra sözleşmesi ve petrolle kirlenmesiyle ilgili 1992 tarihli Londra Sözleşmesinin sorumluluğun sınırlandırılmasında kabul ettiği bu sorumluluk sistemi, bu sözleşmelere atıf hükümleri ile Tasarıya yansıtılmıştır. Ortaya konulan atıf hükümleri ve Tasarının 1330.maddesiyle hem 1976 tarihli Sözleşme, hem de 1992 tarihli Sözleşmeler, millî hukuk olarak doğrudan uygulanacaktır.

Sorumluluğun sınırlandırılmasına ait bu atıf hükümleri üç bölüm halinde karşımıza çıkmaktadır. Birinci bölümde 1976 tarihli Sözleşmeye ilişkin hükümlere, ikinci bölümde de 1992 tarihli Sözleşmelerle ilgili hükümlere yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ise, hem 1976 hem de 1992 tarihli Sözleşmelere ilişkin ortak hükümler düzenlenmiştir.

Birinci bölümde yer alan 1976 tarihli Sözleşmeye ilişkin olmak üzere 1328.maddenin ikinci fıkrasında yer verilen ilkeye göre, doğrudan uygulanan bir sözleşmede yapılan değişiklik Türkiye tarafından kabul edilip yürürlüğe girdiğinde, o sözleşmeye atıf yapan kanunda bir değişiklik yapılmasına gerek olmadan, 1976 tarihli Sözleşmenin yeni metnine atıf yapılmış sayılacaktır.

Genel atıf yanında, 1976 tarihli Sözleşmede taraf devletlere tanınan sorumluluğu sınırlama açısından iradî uygun bulma hükmü, bir Tasarı hükmü haline getirilmiştir. Örneğin 1332.maddede 300 tonilatodan küçük gemiler için bir sorumluluk sınırı kabul edilmesi, 1976 tarihli Sözleşmenin 15.maddesinin (b) bendine uygun olarak kabul edilmiştir¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Tasarının gerekçesinde, çeşitli ülkelerde yapılan düzenlemeler karşılaştırıldığında, yalnızca maddi zarar talepleri bakımından, 1976 tarihli Sözleşmede öngörülen sınırlara göre daha düşük maktu sınırların kabul edildiği görülmekle, sorumluluk sigortası primlerinin bu tür araçların malikleri için katlanılabilir bir düzeyde tutulması ve sigortanın yaygınlaşması amacıyla bu hükmün Türk hukuku açısından da yerinde bulunduğu söylenmektedir.

Mamafih, 1976 tarihli Sözleşmede var olan bazı hükümler de ki, misal olarak Tasarının fon sınırlanmasına ilişkin 1335. madde gösterilebilir, genel atfa rağmen, birer kural olarak Tasarıya girmiştir. Bu Sözleşmede yer alan bir madde olup, aslında uygulanacak çözümü tekrar etmektedir. Bu sebeple, Tasarı da bir madde olarak bulunması pek bir anlam ifade etmemektedir. Zira genel atıf hükümleriyle zaten Tasarı açısından kabul edilmiş 1976 tarihli Sözleşme hükümlerinin yeniden tekrar edilmesi gereksizdir. Bu bakımından 1976 tarihli Sözleşme dışında genel atıf yapılan diğer Sözleşmeler açısından benzer hükümlerin Tasarıda yer alması da uygulamada bir probleme yol açmayacağını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- Abdullayev Cavid;** Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği, Yetki-Sorumluluk- Zararın Tazmini, Ankara, 2005.
- Algantürk S. Didem;** TTK Tasarısının Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı İle Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl 5 Sayı 10. (Değerlendirmeler)
- Algantürk S. Didem;** York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya, Tarihi Düzenlemeleri İle Karşılaştırmalı Olarak, 2.Bası, İstanbul 2006. (Müşterek Avarya)
- Arkan Sabih;** Ticari İşletme Hukuku, 6.Bası, Ankara, 2003.
- Ataol Hüseyin;** Deniz Alacaklılarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin 1976 Londra Konvansiyonu'nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı, Prof. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- Can Mertol;** Deniz Ticaret Hukuku, C.I, Giriş-Gemi-Deniz Ticaret Hukuku Kişileri, İkinci Baskı, Ankara 2003.
- Çağa Tahir/Kender Reyegân;** Deniz Ticaret Hukuku, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, 14.Bası, İstanbul 2005.
- Çetingil A. Ergon/Kernder Rayegan/Ünan Saim/Yazıcıoğlu Emine;** TTK Tasarısının "Deniz Ticareti" Başlıklı 5.Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, Özel Sayı, Deniz Hukuku Dergisi, Ocak 2006.

- Çetingil Ergon;** Alman Deniz Ticaret Hukukunun 1986 Yılı Reformunda Donatanın Sorumluluğu İlgili Olarak Yapılan Değişiklikler, Batider, C.XVII, S.3 Haziran 1994.
- Demirkıran İhsan / Demirkıran Murat;** Türk Ticaret Kanunu Üzerine Düşünceler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, Özel Sayı, Deniz Hukuku Dergisi, Ocak 2006.
- Doğanay İsmail;** Türk Ticaret Kanunu Şerhi C.3,4. Bası, İstanbul 2004.
- Eriş Gönen;** Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu- Deniz Ticareti ve Sigorta, Ankara 1990.
- Herber Rolf;** Seehandelsrecht Systematische Darstellung, Berlin- New York 1999.
- Kaner İnci;** Deniz Ticaret Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 2005.
- Kalpsüz Turgut;** Deniz Ticaret Hukuku, C.I, Giriş, Gemi, Ankara 1971. **(Deniz Ticaret)**
- Kalpsüz Turgut,** Donatanın Akit Dışı Mesuliyeti ve Bunun Sınırlandırılması (Başlıca Modeller ve Türk Hukukundaki Durum), Sorumluluk İle Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye’de Deniz Kazaları Sempozyumu, (Bildiriler-Tartışmalar), 13-15 Ekim 1982. **(Sempozyum)**
- Kalpsüz Turgut;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Deniz Ticareti Hükümlerine İlişkin Açıklamalar, HPD, S.4, Ağustos 2005. **(Açıklamalar)**
- Kender Rayegân;** Deniz Ticareti Hukuku Dersleri, Müşterek Avarya- Çatma- Kurtarma-Yardım, İ. Ü. Yayınları, İstanbul 1979. **(Deniz Ticaret Hukuku Dersleri)**
- Kender Reyegân;** Donatanın TTK m.947’de Düzenlenen Sorumluluğunun Hukuki Mahiyeti, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000. **(Armağan)**
- Kender Rayegân/Çetingil Ergon;** Deniz Ticaret Hukuku, Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte, Temel Bilgiler, 8.Bası, İstanbul 2007.
- Okay Sami;** Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ver Donatma İştiraki, Gemi Adamları, İstanbul 1970.
- Prüssmann Heinz/Rabe Dieter;** Seehandelsrecht, 3. Auflage München 1992.

- Schaps Georg/Abraham H. J.;** Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland Kommentar und Materialsammlung I. Band, Berlin- New York 1978.
- Tekil Fahiman;** Deniz Hukuku, İstanbul 1993.
- Tekinalp Ünal;** Tasarının Takdimi Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Düşünce Yapısının Taşıyıcı Kolonları, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans Bildiriler-Tartışmalar 13-14 Mayıs 2005.
- Türk Sami Hikmet;** Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans Bildiriler-Tartışmalar 13-14 Mayıs 2005.
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Paneli,** Türkiye’de Hukuk Reformu Toplantıları, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.4, Ağustos 2005.
- Ülgen Hüseyin/ Teoman Ömer/ Helvacı Mehmet/ Kendigelen Abuzer/ Arslan Kaya/Nomer Füsun;** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- Ünan Saim;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Deniz Ticareti Bölümünün Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, İstanbul 2005.
- Wüstendörfer Hans;** Neuzeitliches Seehandesrecht, 2. Auflage, Tübingen 1950.
- Yazıcıoğlu Emine;** Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu, İstanbul 2000.

ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER KONVAN- SİYONU'NDA (CISG) SATICI AÇISINDAN İFA YERİ VE ZAMANI (TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)

Öğr. Gör. Hatice KARACAN*

GİRİŞ

Uluslararası ticarete en yaygın sözleşme tiplerinden biri, menkul malları konu alan satım sözleşmeleridir. Ülkeler arasındaki ticaret engellerinin azalması nedeniyle ticari hayatta meydana gelen hareketlilik, satım sözleşmesinin önemini daha da artırmıştır. Satım sözleşmesine ilişkin olarak ulusal hukuklardaki farklı düzenlemeler, uluslararası satışlarda ihtilafların çözümünü daha da karmaşık hale getirmiştir. Bu nedenle, satıma ilişkin kuralların yeknesaklaştırılması amacıyla, Birleşmiş Milletler bünyesinde 1980 yılında *Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu*¹ kabul edilmiştir. Halen altmışaltı ülkenin taraf olduğu Konvansiyon 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Konvansiyonun sonuç metnini imzalamış olmakla birlikte, henüz onaylamamıştır. Bununla birlikte, kanunlar ihtilafı kurallarının Konvansiyona taraf bir ülkenin hukukuna atıfta bulunması halinde², Konvansiyon, o ülke hukukunun bir parçası olarak³ ülkemizde de uygulama alanı bulabilecektir.

İfa yeri ve zamanı, satım sözleşmesinde, tarafların edimlerini tam ve gereği gibi yerine getirip getirmediğinin, ihtilafa uygulanacak

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Polis Akademisi İstanbul Şükrü Balı Polis M.Y.O.

1 Bundan sonra sadece Konvansiyon olarak ifade edilecektir.

2 Konvansiyonun I/I-b hükmünde milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde de uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu düzenleme, Konvansiyonun uygulama alanının daha da genişlemesini sağlamıştır.

3 Tiryakioğlu, 108; Toker, 46.

hukukun, temerrüdün gerçekleşip gerçekleşmediğinin, hasar ve yararın hangi anda karşı tarafa geçtiğinin tespit edilebilmesi gibi açılardan büyük öneme sahip kavramlardır. Anglo-Amerikan ve Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerini bir arada buluşturması nedeniyle terimlerden ziyade uygulamaya yönelik Konvansiyonda, tarafların borçlarını yerine getirmelerini ifade etmek için "ifa" terimi kullanılmamış; satıcı açısından "malların teslimi"; alıcı açısından "ödeme" ifadeleri tercih edilmiştir. İfa yeri ve zamanı Konvansiyonun üçüncü kısmında, tarafların her biri için ayrı bölümlerde ele alınmıştır. Çalışmamızın konusu, Konvansiyon çerçevesinde satıcı açısından ifa yeri ve zamanının tespit edilmesi, Borçlar Kanununda yer alan ifa yeri ve zamanına ilişkin hükümlerle karşılaştırılmasıdır.

Borçlar Kanununda, satım sözleşmesinden doğan borçların ifa yeri ve zamanı ile ilgili olarak, özel hükümlerde ayrıntılı düzenleme yer almadığından, konu büyük ölçüde genel hükümler çerçevesinde açıklanmıştır. Genel hükümlerde ise ifa yeri ve zamanı, satım sözleşmesinin tarafları olan satıcı ve alıcıya göre değil, edimin niteliğine göre farklı şekillerde tespit edilmiştir. Örneğin Borçlar Kanununun genel hüküm niteliğindeki 73. maddesi uyarınca, satım sözleşmesinden kaynaklanan her bir edim için ifa yeri, edimin niteliğine göre ayrı ayrı belirlenecektir⁴.

Çalışmamızda, sistematik açıdan Konvansiyon esas alınmıştır. Bu nedenle, öncelikle malların teslimi açısından ifa yeri ve zamanı daha sonra mallara ilişkin belgelerin teslimi açısından ifa yeri ve zamanı incelenmiştir. Borçlar Kanununda yer alan ifa yeri ve zamanına ilişkin hükümlere ve bu hükümlerin Konvansiyonla ne derece örtüştüğüne ise, her bir başlık altında, içerikte değinilmiştir.

I. GENEL OLARAK

Satıcının temel borçları, Konvansiyonun 30. maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, satıcı sözleşmede ve Konvansiyonda öngörüldüğü şekilde malları teslim etmek, onlara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmekle yükümlüdür (CISG m. 30).

Konvansiyonun 30. maddesinde satıcı için üç temel borç öngörülmüştür. Bunlardan ilki malların teslimidir. Malları teslim eyleminin şekli ve yeri Konvansiyonunun 31. maddesinde düzenlenmiştir. Teslim zamanı ise 33. madde altında kaleme alınmıştır. Satıcı, doğru mal-

4 Kalpsüz, 39.

ları, alıcı ile aralarındaki sözleşme ve uygulamalar, ticari teamüller ve Konvansiyon hükümleri çerçevesinde belirlenen yer ve zamanda teslim etmek zorundadır.

Satıcının ikinci borcu, satım konusu mallara ilişkin belgeleri devretmektir. Mala ilişkin belgelerin neler olduğu konusunda Konvansiyonda açıklık yer almamakla birlikte, bu yükümlülüğün ne zaman ve nerede gerçekleştirileceği Konvansiyonun 34. maddesinde düzenlenmiştir. Satıcının yükümlülüklerini, daha önceki uluslararası metinlere göre daha dar yorumlayan Konvansiyon, sözleşme özgürlüğü ilkesine sıkı sıkıya bağlıdır⁵. Bu nedenle, satıcının, malları ve belgeleri teslim yükümlülüğüne ilişkin söz konusu düzenlemeleri, taraflarca başka şekilde kararlaştırılmadığı takdirde uygulama alanı bulacaktır⁶.

Satıcının üçüncü borcu ise malların mülkiyetini alıcıya nakletmektir. Konvansiyonda, satım sözleşmesinin satılan malların mülkiyeti üzerindeki etkileri düzenlenmemiştir (m. 4/I-b). Dolayısıyla mülkiyetin nasıl ve ne zaman devredilmiş sayılacağına ilişkin sorular Konvansiyonda cevapsız bırakılmıştır. Bu nedenle, mülkiyetin devredilip devredilmediğine ilişkin ihtilaflar, devletler özel hukuku kuralları çerçevesinde tespit edilen ülke hukuku tarafından çözüme kavuşturulacaktır⁷.

Satıcının borçları açısından Konvansiyonun 30. maddesi hukukumuzla paralellik göstermektedir. Borçlar Kanununa göre satıcının yükümlülükleri satılan malı alıcıya teslim etmek ve mülkiyeti nakletmektir (m. 182). Hükümde yer alan “teslim” kavramı öğretide, zilyetliğin naklinin bir türü olarak görülmektedir⁸. Bununla birlikte, satıcının teslim yükümlülüğü, mülkiyeti nakil borcunun tamamlayıcısı olarak değerlendirilmektedir⁹. Konvansiyon ise, satıcının mülkiyeti nakil borcunu öngörmekle birlikte, bu borcun içeriğini kapsam dışı bırakarak, malı teslim borcunu ön plana çıkarmaktadır. Teslim eyleminin nasıl ve ne zaman gerçekleştirileceği; malın ayıplı olması, hasarın

5 Erdem, 67.

6 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 327.

7 Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 616. Genellikle “lex rei sitae” kuralının devreye gireceği ve malın bulunduğu yer hukukuna göre mülkiyetin nakledileceği kabul edilmektedir, Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 339. Türk hukukunda da MÖHUK m. 23'te aynı ilke benimsenmiştir.

8 Eren, 194; Fezyioğlu, 232; Akıntürk, 217;

9 Yavuz, 34; Tunçomağ, 28; Kılıçoğlu, 19.

intikali gibi konulardan tamamıyla bağımsız olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir¹⁰. Bu eylemin sonucu olarak zilyetliğin nakli ve mülkiyetin intikali ise Konvansiyonda ulusal hukuklara bırakılmıştır. Bununla birlikte öğretide, Konvansiyonun 30. maddesinde yer alan “malları teslim etmek (to deliver the goods)” ifadesi, malların zilyetliğinin alıcıya geçirilmesi amacıyla, borçlunun borçlandığı edimin ifası için yapılan davranış olarak yorumlanmaktadır¹¹. Bu nedenle Konvansiyonda, teslim yeri ve zamanına ilişkin düzenlemeler, aksi anlaşılmadığı sürece, satıcının edimi açısından ifa yeri ve zamanını ifade etmektedir.

II. MALLARIN TESLİMİ AÇISINDAN İFA YERİ

A- Genel Olarak

Hukumumuzda ifa yeri, borçlanılan edimin yerine getirilmesi gereken; borç konusunun, alacaklının kullanabileceği, yararlanabileceği ya da tasarruf edebileceği hâkimiyet sahası olarak kabul edilmektedir¹². Esas olan, satıcının yükümlülükleri açısından son hareketin gerçekleştiği yerdir. Bu andan itibaren, satım sözleşmesinden beklenen sonuçların alınması alıcının davranışına bağlıdır. Bu nedenle teslim yeri, menkul satımlarında, satıcının borcunu ifa ettiği yerdir¹³. İfa yeri ile ifa sonucunun gerçekleştiği yer her zaman aynı yer olmayabilir. Özellikle gönderme borçlarında ifa yeri malın gönderildiği yer olmasına rağmen, ifa sonucunun gerçekleştiği yer malın varma yeridir¹⁴. Konvansiyonda bu yerlerden hangisinin ifa yeri olarak kabul edileceği konusunda bir açıklık yer al-

10 ULIS'te kabul edilen teslim kavramı, sözleşmeye aykırılık ve hasarın intikali gibi bazı problemlerle birlikte ele alındığından, ortaya çıkan karışıklık beklenmedik sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştu. Konvansiyonun hazırlanması sırasında, UNCITRAL bünyesinde çalışan grup, bu problemleri teslim kavramından bağımsız olarak çözülmesi gerektiğine karar vermiştir, Honnold, 290; Alejandro M. Garro, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 371.

11 Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 327; Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 617; Atamer, 138. Duruma göre teslim, malların gönderilmesi ile gerçekleşebileceği gibi alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak şeklinde de olabilecektir, Huber/ Widmer, aynı yer, 339. Elbette ki taraflar, teslimin nasıl gerçekleştirileceğini özel olarak düzenleme hakkına sahiptirler, A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/30, 2.

12 Von Tuhr, 499; Eren, 898; Tunçomağ, 675; Reisoğlu, 278. İfa yerinin hukuki niteliğine ilişkin olarak öğretide yer alan teoriler ve eleştirileri için bkz. Kalpsüz, 102 vd.

13 Yavuz, 34; Atamer, 138.

14 Eren, 899.

mamaktadır. Esasen “teslim” kavramı tercih edilen Konvansiyonda, “ifa” kavramı kullanılmamıştır. Hâlbuki ifa yerinin belirlenmesi, borçlanılan edimin tam ve gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin tespiti, bu bağlamda alacaklı ve borçlu temerrüdü, yetkili mahkemenin tayini, uygulanacak hukukun tespiti¹⁵ gibi sorunlar açısından önem arz etmektedir.

Satıcı açısından ifa yeri, başka bir deyişle teslim yeri, Konvansiyonun 31. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Aşağıda ayrıntısıyla inceleyeceğimiz 31. madde, teslim borcunun nerede ifa edileceği konusunda sözleşmede özel bir düzenleme yer almadığı takdirde uygulanan yedek hukuk kuralı niteliğinde bir hükümdür¹⁶. Bunun yanı sıra, taraflar arasındaki uygulamalar veya uluslararası ticari teamüller ile de teslim yeri belirlenememiş olmalıdır¹⁷. Söz konusu düzenleme, Borçlar Kanununun, bütün sözleşmeler için genel olarak ifa yerini düzenleyen 73. maddesinin, satıcının teslim borcuna uyarlanmış karşılığı ile örtüşmektedir. Borçlar Kanununun 73. maddesi de taraflarca kararlaştırılmadığı sürece uygulama alanı bulacak bir yedek hukuk kuralıdır¹⁸.

15 Hukukumuzda yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı Kanun, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, sözleşmeden doğan ilişkiye borcun ifa yeri hukukunun uygulanacağını öngören eski düzenlemeden farklı olarak yeni düzenlemede sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (m. 24/IV c. 1). Sözleşme ile en sıkı ilişki içinde olan hukuk ise karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilmiştir (c. 2). Bununla birlikte, hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmenin, bu hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir (c. 3). Görüldüğü gibi yeni düzenleme ile her ne kadar bağlama kuralı olarak, “ifa yeri hukuku” terk edilmiş gibi görünse de uygulanacak hukuk belirlenirken “sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk”un tespit edilmesinde ifa yeri yine gündeme gelecektir. Satım sözleşmesinin hangi hallerde yabancılık unsuru taşıyacağı ve uygulanacak hukukun tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, 207 vd.; Tokar, 46 vd.

16 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 342; Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 616; Gabriel, 110; Atamer, 141.

17 Atamer, 141.

18 Eren, 901; Feyzioğlu, 233; Oğuzman/ Öz, 244.

Konvansiyonun 31. maddesinde ifa yeri, esasen satıcının işyeri olarak tespit edilmiş olmakla birlikte, sözleşmenin malların taşınmasını gerektirip gerektirmemesi ve malların gönderilmesi veya alıcı tarafından alınması esasına göre farklı ifa yerleri öngörülmüştür¹⁹. Uluslararası ticaretin özellikleri göz önünde bulundurularak yapılan bu ayırım sonucu, her bir ihtimal üç ayrı bent altında düzenlenmiştir. Aşağıda her bir bent ayrı başlıklarda incelenecektir.

Para ve diğer menkul şeyleri konu alan borçlara ilişkin olarak öğretide yapılan, aranılacak²⁰, götürülecek²¹ ve gönderilecek²² borç ayırımı çerçevesinde, Konvansiyonda malların teslim yeri açısından aranılacak ve gönderilecek borçlara yer verilmiştir. Götürme borcu ise düzenlenmemiştir. Borçlar Kanununun genel kısmında ise esasen aranılacak ve götürülecek borçlara yer verilmiş, gönderme borcu özel kısımda, satım sözleşmesine özgü olarak düzenlenmiştir (m. 186/ II).

B. Gönderme Borçlarında İfa Yeri (CISG m. 31/ I-a)

1. Sözleşmenin Malların Taşınmasını Gerektirmesi

Konvansiyonun 31. maddesinin (a) bendine göre, satıcının teslim borcu, satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermektir. Bu bendin uygulanabilmesinin ilk koşulu sözleşmenin malların taşınmasını gerektirme-

¹⁹ İfa yeri açısından genel kural niteliğindeki Konvansiyonun 31. maddesinin, sözleşmeden dönüldüğü takdirde, malların iadesi gereken durumlarda da uygulama alanı bulması gerektiği, şüphe halinde, alıcının malları kendi işyerinde iade etmesi gerektiği kabul edilmektedir, Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 616.

²⁰ Aranılacak borçlarda ifa yeri borçlunun ikametgâhı ya da işyeridir. Alacaklı ya da yetkili temsilcisi borcun konusu olan şeyi borçludan almak zorundadır. Borçlu ise, borç konusu şeyi, teslim zamanında alacaklının emir ve tasarrufuna hazır bulundurmakla yükümlüdür, malı kaldırmak alacaklıya aittir, von Tuhr, 503; Eren, C. III, 126.

²¹ Borçlunun, borçlu olduğu şeyi, hasar ve masrafı kendisine ait olmak üzere, alacaklının ikametgâhı veya işyerine göndermekle yükümlü olduğu borç türüdür. Borç konusu şeyi götürmek ifanın bir unsuru olup, ifa yeri alacaklının işyeri veya ikametgâhı olarak kabul edilmektedir, von Tuhr, 503; Eren, C. III, 127.

²² Gönderilecek borç, borçlunun, borç konusu şeyi alacaklıya göndermek zorunda olduğu borç türüdür. Borçlu, hasar ve masrafları kural olarak alacaklıya ait olmak üzere, borç konusu şeyi normal taşıma ve ulaştırma araçları ile alacaklının bulunduğu veya gösterdiği yere göndermekle yükümlüdür. Borçlar Kanununda sadece satım sözleşmesine özgü olarak m. 183/II'de yer verilen gönderme borçlarında ifa yeri, genel hükümler çerçevesinde borçlunun ikametgâhı ya da şeyin bulunduğu yer olarak kabul edilmektedir, von Tuhr, 504; Eren, C. III, 127.

sidir. Bunun için sözleşmenin taşıyıcıya atıfta bulunması ya da taraflar arasındaki uygulamaların veya aradaki mesafe vb. nedenlerle uluslararası ticarete geçerli teamüllerin taşıyıcıyı zorunlu kılması gerekmektedir²³. Uygulamada satım sözleşmelerinin malların taşınmasını gerektirmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Konvansiyon, uluslararası sözleşmelerin genellikle taşımayı içereceğini düşünerek, satıcının gönderme borcunu öncelikli olarak düzenlemiş, alıcı tarafından malların aranmasını ikinci sırada ele almıştır²⁴. Gönderme borcunun varlığı için malların ayırt edilmiş veya ayırt edilebilir nitelikte olmaları önem arz etmemektedir.

Yaklaşık bütün menkul satımları, malların taşınmasını gerektirse de, 31. maddenin (a) bendi, satıcının, malları, alıcıya ulaştırılmaları amacıyla taşıyıcıya teslim etmesi gereken hallerde uygulanır²⁵. Malların taşıyıcıya teslim edilmesi, zilyetliğinin taşıyıcıya bırakılmasıdır. Bu nedenle, teslimin gerçekleştiğinin taşıyıcıya bildirilmiş olması ya da taşıyıcının bunu öngörebilecek durumda olması gerekir²⁶.

Satıcı, malları alıcıya ulaştırması için bağımsız ilk taşıyıcıya teslim etmekle, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmiş olur²⁷. Bu nedenle malların taşıyıcıya teslim edildiği yer, ifa yeri olarak kabul edilmektedir²⁸. Konvansiyon, gönderme borcunun varlığını ilke olarak kabul ettiğinden, tarafların iradesinden veya şartlardan, malların alıcıya ulaştırılması gerekliliği anlaşılmadığı sürece, salt malların taşınmasının gerekmesi, ifa yerinin değiştiği anlamına gelmeyecektir²⁹. Bu nedenle götürme borcunun varlığını, dolayısıyla ifa

23 Honnold, 288; Atamer, 143.

24 A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/ 31, 3; Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 346.

25 Honnold, 288.

26 Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 617; Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 351.

27 Bernstein/ Lookofsky, 69.

28 Honnold, 288; Henry Gabriel. The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 348; Gabriel. 110; Joseph Lookofsky. Quo Vadis CISG, 192; Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond. 617; Bernstein/ Lookofsky, 73; Atamer, 142.

29 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 343; Atamer, 143.

yerinin varma yeri olduğunu kabul edebilmek için bu durumun sözleşmeden açıkça anlaşılması gerekir³⁰.

Sözleşmeden götürme borcunun varlığı anlaşılmadığı sürece, ifa yeri, malların taşıyıcıya teslim edildiği yerdir. Bununla birlikte Konvansiyonda malların taşıyıcıya nerede teslim edilmesi gerektiği konusunda açıklık yoktur. Öğretide, satıcının, bu yeri seçmekte özgür olduğu kabul edilmektedir³¹. Satıcı malları taşıyıcının bulunduğu yere kadar götürüp teslim edebileceği gibi, durumun özelliğine göre teslimatı kendi işyerinde de gerçekleştirebilecektir. Satıcı seçim hakkını, Konvansiyonun 7. maddesinde düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmak zorundadır (f. I). Bu nedenle teslim yerini, malın sağlam varması için tehlike arz etmeyecek en uygun şekilde belirlemelidir³².

Hukukumuzda satıcının malları gönderme borcu, Borçlar Kanununun özel kısmında 186. maddede, satım sözleşmesine özgü olarak düzenlenmiştir. Burada satıcının, malı göndermekle üzerine düşen ifa işlemlerini tamamlamış olduğu kabul edilmekle birlikte; öğretide, malın gönderildiği yer değil, Kanunun 73. maddesi çerçevesinde parça borcu söz konusu olup olmamasına göre, malın bulunduğu yer veya satıcının işyeri ifa yeri olarak kabul edilmektedir³³. İşyerinden veya malın bulunduğu yerden gönderme yerine kadar yaptığı faaliyetlerde satıcı, alıcının hesabına işlem yapan vekil olarak değerlendirilmektedir³⁴. Bunun yanı sıra, Kanunumuzda malların bulunduğu yerde teslim kuralıdır, gönderme ise istisnadır. Hâlbuki Konvansiyon, uluslararası ticaretteki uygulamaları düşünerek öncelikli olarak, malların gönderilmesi gereken olasılığı düzenlemiştir.

2. Taşıyıcının Özellikleri

Konvansiyonun 31. maddesinin (a) bendi uyarınca, gönderme borcunun varlığını kabul için, malların teslimi gereken taşıyıcının bağım-

30 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 347.

31 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 351; Atamer, 143.

32 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 351; Atamer, 144.

33 Kalpsüz, 60; Eren, 906; Oğuzman/ Öz, 246; Tunçomağ, Genel Hükümler, 683.

34 Tunçomağ, Genel Hükümler, 683; Eren, 906.

sız olması gerekir³⁵. Taşıyıcı, taraflardan (satıcı veya alıcı) herhangi birinin kontrolü altında olmamalıdır. Satıcı, malların taşınmasını da üstlenmişse, mallar varma yerinde alıcıya teslim edilmediği sürece üzerine düşen yükümlülükleri tamamlamış olmayacağından, ifa yeri de varma yeri olarak kabul edilecektir³⁶. Malların taşınması işlemlerinin, alıcının bizzat kendisi tarafından organize edilmesi halinde ise ifa yeri, 31. maddenin (a) bendine göre değil, malların durumuna göre aranılacak borçları düzenleyen (b) veya (c) bentleri çerçevesinde belirlenecektir³⁷.

Sözleşme, malların birden fazla bağımsız taşıyıcı tarafından taşınmasını gerektirebilir. Bu halde, malların ilk taşıyıcıya teslim edildiği yer ifa yeridir. Nitekim satıcı malları ilk taşıyıcıya teslim etmekle, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmiş olur³⁸. İlk taşıyıcının, malları, başka taşıyıcılara nakletmesi veya tüm yol boyunca kendisinin taşıyacak olması ifa yeri açısından önem arz etmez. Malların, taşıma işleri komisyoncusuna teslim edildiği hallerde ise, teslim borcunun yerine getirilip getirilmediği; taşıma işleri komisyoncusunun, taşıyıcı ayarlayıp malları ona teslim ettiği takdirde mi teslim borcunun yerine getirmiş sayılacağı tartışmalıdır. Öğretide, sözleşmede açıkça aksine düzenleme yer almadığı sürece, bu halde de, komisyoncuya malların teslimi ile teslim borcunun yerine getiriliş sayılması gerektiği kabul edilmektedir³⁹.

35 Honnold, 208; Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 617; Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 347; A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/31, 3.

36 A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/31, 3. Malların, satıcının kendi işçileri tarafından taşınması halinde -istihdam edilen kişinin davranışından sorumluluk dolayısıyla- veya satıcı bir tüzel kişi ise, bu tüzel kişinin ilgili departmanı tarafından gerçekleştirilen taşımalarda m. 31/1-a uygulama alanı bulmaz, Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 349.

37 Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 346.

38 UN DOC. A/CONF. 97/5, 30; Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 617; Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 343.

39 Atamer, 157.

C. Aranılacak Borçlarda İfa Yeri

1. Genel Olarak

Konvansiyonun, ticari hayatın gereklerini dikkate alarak öncelikli olarak gönderme borcunun varlığını düzenlediğini yukarıda belirtmiştik. Sözleşmede, malın nerede teslim edileceğine ilişkin düzenleme yoksa ve 31. maddenin (a) bendi çerçevesinde gönderme borcunun varlığı da kabul edilemiyorsa, bu takdirde, malların teslim yeri olarak, alıcı açısından bir aranılacak borç söz konusu olacaktır. Bu durumda ifa yeri Konvansiyonunun 31. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde, öncelikli olarak, malların bulunduğu veya üretileceği yer biliniyorsa burası (bent b), bilinmiyorsa satıcının işyeri olarak düzenlenmiştir (bent c).

Satım sözleşmesinin taşımayı içermediği veya satıcının, malları teslim etmek için belirli bir yer ile bağlı olmadığı hallerde devreye girecek olan (b) ve (c) bentleri, uluslararası satışların çok az bir kısmında uygulanabilirliğe sahiptir⁴⁰. Satıcı ve alıcının nispeten birbirlerine yakın oldukları ve alıcının malların bulunduğu yerden veya satıcının işyerinden taşıma imkânına sahip olduğu hallerde uygulanır. Satıcı, malın bulunduğu yerde veya işyerinde, malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmakla sözleşmeden kaynaklanan teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Her iki halde de aranılacak bir borç söz konusu olup, ifa yeri, malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması gereken yerdir⁴¹.

2. Malın Bulunduğu Yerde Teslim (CISG m. 31/ I- b)

Konvansiyonun 31. maddesinin (b) bendine göre satıcının teslim borcu, (a) bendinin kapsamına girmeyen hallerde; sözleşmenin, ferden belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak nev'en belirlenmiş mallara veya imal edilecek ya da üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların, sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda, malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmaktır. Malların, alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasından anlaşılması gereken, alıcının bu malların zilyetliğini kazanabilmesi

⁴⁰ Bernstein/ Lookofsky, 73.

⁴¹ Honnold, 209; Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 356; Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 615.

için gerekli olan her türlü işlemin satıcı tarafından yapılmış olmasıdır⁴². Şayet ifa zamanı belirli bir tarih olarak kararlaştırılmamışsa, malların hazır bulundurulması tek başına yeterli değildir, bu durumdan alıcının haberdar edilmiş olması da gerekir⁴³.

Düzenlemenin ifadesinden de anlaşıldığı gibi, teslim borcunun, malların bulunduğu yerde ifa edilebilmesi, bazı olasılıkların varlığına bağlı tutulmuştur. Bu olasılıkları dört gruba ayırmak mümkündür. Birincisi, satım konusu malların sözleşme anında nerede olduğu taraflarca bilinmektedir. İkincisi mallar belirli bir stoktan temin edilecektir ve taraflarca sözleşme anında bu stokun nerede bulunduğunu bilinmektedir. Üçüncü olarak, mallar, satıcı veya üçüncü bir kişi tarafından üretilecektir ve üretim yeri sözleşme anında bilinmektedir. Son olarak, bitkisel ürünlerin satımında veya maden satımlarında ürünün yetiştirileceği çiftliğin veya madenin çıkarılacağı ocağın yeri taraflarca bilinmektedir.

Her dört olasılıkta da esas olan, malın (veya stokun) bulunduğu (üretildiği, çıkarıldığı) yerin sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca kesin bir şekilde biliniyor olmasıdır⁴⁴. Tarafların, bu yerin neresi olduğunu öngörebilecek durumda olmaları bendin uygulanabilmesi için yeterli değildir⁴⁵. Sözleşme kurulduğu anda malların nerede bulunduğu bilinmiyorsa, (b) bendi uygulanmaz. Sözleşme kurulduktan sonraki bir tarihte malların bulunduğu yerin öğrenilmesi halinde, m. 29 uyarınca taraflarca ayrıca anlaşma yapılmadığı sürece, 31. maddenin (c) bendi uyarınca teslim (ifa) yeri satıcının işyeri olur⁴⁶. İnternet ortamında gerçekleştirilen, bilgisayar programı satım sözleşmelerinde, disket veya CD gibi taşıyıcı bir aygıtta yüklü olmayan bu programların Konvansiyon çerçevesinde mal olup olmadıkları tartışmalı olmakla birlikte, satıcı açısından ifa yeri Konvansiyonun 31. maddesinin (b)

42 Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 618; Atamer, 159; Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 358.

43 Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 358; Atamer, 159.

44 Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 618; Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 343.

45 UN DOC. A/CONF. 97/5, 30.

46 Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 357.

bendi çerçevesinde Internet ortamı olarak değerlendirilmektedir⁴⁷. Buna göre, taraflar, programın Internet ortamında hazır bulunduğunu bilmektedirler ve satıcı, programı Internet ortamında alıcının yüklemesine hazır bulundurmakla sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmiş olur⁴⁸.

Hukumumuzda da parça borcunun söz konusu olduğu hallerde, teslim borcunun ifa yeri; tarafların, sözleşme kurulduğu anda malın nerede bulunduğunu bilmeleri kaydıyla⁴⁹ malın bulunduğu yer olarak düzenlenmiştir (BK m.73/II). Bu nedenle, Konvansiyonun düzenlemesinin, taraflarca belirlenmiş mallara ilişkin kısmı Borçlar Kanunu ile örtüşmektedir. Bununla birlikte, Konvansiyonda, belirli bir yerde üretilen veya yetiştirilen veya belirli bir stoktan karşılanan mallar için de özel hüküm öngörülmüştür. Hâlbuki hukukumuzda bu haller için özel bir düzenlenme yer almamaktadır.

3. Satıcının İşyerinde Teslim (CISG m. 31/ I- c)

Konvansiyonun 31. maddesinin (c) bendine göre, sözleşme ile teslim yeri öngörülmediği, 31. maddenin (a) ve (b) bentleri çerçevesinde de teslim yerinin tespit edilemediği hallerde; satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmakla teslim borcunu ifa etmiş olur. Görüldüğü gibi (c) bendi, sözleşme ve Konvansiyonun diğer hükümleri çerçevesinde teslim yerinin tespit edilemediği hallerde uygulama alanı bulan tali (ultime ratio) bir düzenlemedir⁵⁰. Burada da aranılacak bir borç söz konusudur⁵¹. Malları, kendi işyerinde, alıcının tasarrufuna hazır bulundurmakla, satıcı, sözleşmeden kaynaklanan teslim borcunu ifa etmiş olur. Malların, alıcının tasarrufuna hazır bulundurmasından anlaşılması gereken, (b) bendinde olduğu gibi, alıcının malların zilyetliğini kazanabilmesi için gereken bütün eylemlerin gerçekleştirilmiş olması, gerekiyorsa bunun alıcıya bildirilmesidir⁵².

47 Kaplan, 351.

48 Kaplan, aynı yer.

49 Kalpsüz, 95; Eren, 904; Oğuzman/ Öz, 245; Tunçomağ, Genel Hükümler, 681.

50 A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/ 31, 4; Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 618; Atamer, 147.

51 Atamer, 147.

52 UN DOC. A/CONF. 97/5. 31; Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 358.

Bu düzenleme uyarınca ifa yeri, satıcının, sözleşmenin kurulduğu sıradaki işyeridir. Sözleşme kurulduktan sonra satıcının işyerini değiştirmesi halinde, dürüstlük kurallarına aykırı olmadığı sürece, alıcının, yeni işyerinde teslimi kabul etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵³. Bununla birlikte işyeri değişikliğinden kaynaklanan, malların teslim alınması için yapılması gereken ek masraflara satıcı katlanacaktır⁵⁴.

Tarafların birden fazla işyerlerinin bulunması veya hiç işyerinin olmaması halinde nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiği Konvansiyonun 10. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak burada işyerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda açıklık yoktur⁵⁵. Öğretide, işyeri, ticari işlemlerde bulunmak amacıyla oluşturulan, göreceli de olsa devamlı ve düzenli bir organizasyona sahip yer olarak tanımlanmaktadır⁵⁶. Satıcının birden fazla işyerinin bulunması halinde, teslim yeri, Konvansiyonun 10. maddesinin (a) bendi uyarınca sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın bağlantı içerisinde bulunan yer olacaktır⁵⁷. Satıcının mesleki veya ticari bir işyeri yoksa bu durumda m. 10 (b) uyarınca satıcının mutad meskeni teslim yeri olarak kabul edilecektir⁵⁸.

İfa yeri açısından satıcının işyerinden tam olarak ne anlaşılması gerektiği, satıcının o yerde fiilen bulunmasının zorunlu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır⁵⁹. Özellikle büyük miktarda malların (tonlarca ham petrolde olduğu gibi) satımında, bu malların bulunduğu bir antre-

53 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 358; Atamer, 148.

54 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 358.

55 İşyeri kavramına verilecek anlam, satım sözleşmesinin uluslararası niteliği, dolaşısıyla Konvansiyonun uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda da belirleyici olacaktır, ayrıntılı bilgi için bkz. Toker, 35 vd.

56 Erdem, Uygulama alanı, 95; Atamer, 49; Toker, 37.

57 "Bu antlaşmanın amacı çerçevesinde, (a) taraflardan birinin birden fazla işyerinin olması halinde, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın bağlantı içinde olan işyeri esas alınır. (b) taraflardan birinin hiçbir işyerinin olmaması halinde, mutad meskeni esas alınır" CISG m. 10. Tarafların birden fazla işyerinin bulunduğu ve bunlardan birinin sözleşmenin yapıldığı yer, diğerinin sözleşmenin ifa yeri ile sıkı ilişki bulunduğu hallerde hangisinin esas alınması gerektiği konusunda (değişik ihtimaller çerçevesinde) tartışmalar için bkz. Toker, 39.

58 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 357; Atamer, 147.

59 Tartışmalar için bkz. Atamer, 147.

ponun da, 31. maddenin ilk iki bendinin uygulama alanı bulmadığı hallerde, satıcı orada bulunmasa bile, eğer bu yer satıcının işyerinin bulunduğu şehir sınırları içinde ise, teslim yeri olarak kabul edilmesinin ticari hayatın ihtiyaçlarına daha uygun olacağı kabul edilmektedir⁶⁰.

Konvansiyonun 31. maddesinin (c) bendine benzer bir düzenleme Borçlar Kanununun 73. maddesinin (c) bendinde yer almaktadır. Burada tarafların aralarına herhangi bir anlaşma olmadığı ve ilk iki bendin kapsamına girmeyen bütün hallerde ifa yerinin borçlunun ikametgâhı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle bu hallerde malların teslimi borçlu olarak satıcının ikametgâhında (veya işyerinde) gerçekleştirilecektir.

D. Sözleşmenin Kurulması Anında Nakil Halinde Bulunan Mallarda İfa Yeri

Sözleşmenin kurulduğu sırada gemi, tren vb taşıma araçlarında nakil halinde bulunan malların satımı halinde, taraflarca teslim yeri kararlaştırılmamışsa, bu mallar için teslim yerinin neresi olacağı tartışmalıdır. Mallar zaten taşıyıcıya teslim edilmiş olduğundan, bağımsız ilk taşıyıcıya teslim etmek suretiyle gönderme borcunu düzenleyen 31. maddenin (a) bendi burada uygulama alanı bulmayacaktır. Mallar satıcının işyerinde bulunmadığından (c) bendi uyarınca teslim yerini belirlemek uygun bir çözüm olmayacaktır. Aksi kararlaştırılmadığı sürece, satıcının malları alıcıya ulaştırma yükümlülüğü de olmadığından, varma yeri de ifa yeri olarak kabul edilemeyecektir.

Söz konusu tartışma ile ilgili olarak, nakil halindeki malların satımı halinde ifa yerinin 31. maddenin (b) bendi çerçevesinde tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶¹. Gerekçe olarak, satım konusu malların belirli mallar olduğu ve sözleşme anında nerede bulduklarının taraflarca bilindiği gösterilmektedir. Nitekim nakil halindeki malların satımında hasar, aksi kararlaştırılmadığı sürece m. 68 uyarınca sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçecektir.

Bu yaklaşım öğretide, sözleşmenin kurulduğu anda, malın bulunduğu yerin esas alınmasının, duruma göre okyanusun ortasındaki bir noktanın ifa yeri olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracağı gerekçe-

⁶⁰ Atamer, 147.

⁶¹ UN DOC. A/CONF. 97/5. 30. Aksi yönde, Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 357.

siyle eleştirilmektedir⁶². Buna göre, malların ne ilk taşıyıcıya verildiği yer, ne de varma yeri ifa yeri olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenle satım sözleşmesinde açıkça teslim yeri kararlaştırılmadığı sürece, borçlar hukuku anlamında teslim yerinin tespit edilemeyeceği savunulmaktadır⁶³.

Kanaatimizce, yetkili mahkemenin veya kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde yetkili hukukun tespiti gibi, ifa yerine bağlanmış olan bazı sorunların çözümü açısından, mallar nakil halinde bulunsa bile ifa yerinin tespit edilmiş olması gerekir⁶⁴. Bu nedenle, sözleşmenin kurulması sırasında taşınmakta olan malların bulunduğu yer farazi olarak teslim yeri kabul edilmeli, belirtilen problemlerle karşılaşılması halinde hakkaniyete göre, varsa, taşıyıcının işyeri (gemi ile taşınmakta olduğu halde geminin bağlı olduğu sicil yeri gibi) alternatif teslim yeri olarak değerlendirilmelidir.

E. İfa Yerinin Taraflarca Kararlaştırılması

Uluslararası satışlarda, malların teslim yerinin, dolayısıyla ifa yerinin kararlaştırılmış olma ihtimali yüksektir. Bu halde satıcı sözleşme ile kararlaştırılan yerde malları teslim etmek zorundadır. Sözleşme ile belirli bir teslim yeri kararlaştırıldığının ispatı iddia eden tarafa aittir⁶⁵. Konvansiyonda, malın teslim yeri ile ilgili olarak, aranılacak ve gönderilecek borçlar öngörüldüğünden; malların teslimi konusunda bir götürme borcunun varlığını kabul edebilmek için, taraflar arasındaki anlaşmanın, uygulamaların ya da ticari teamüllerin açıkça bu konuya işaret etmesi gerekir⁶⁶. Örneğin malların taşınmasının asli edim olarak satıcıya yüklendiği hallerde götürme borcunun varlığı kabul edilmektedir⁶⁷. Bunun dışında, sözleşmede yer alan “free delivered”, “franco” ifadeleri, aksi öngörülmediği sürece, ifa yerini etkilemeyen, sadece

62 Atamer, 151.

63 Atamer, 152.

64 Türk hukukunda bir görüş, nakil halindeki malların satımı halinde ifa yerini, nakliyeye ilişkin senedin teslimi gereken yer olarak kabul etmektedir, Kalpsüz, 66.

65 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 364.

66 Hukukumuzda da özellikle ticari satışlarda

67 Atamer, 150.

taşıma masraflarının paylaşılmasını amaçlayan klozlar olarak görülmektedir⁶⁸.

Taraflar, malların teslimi ile ilgili olarak, sözleşmede INCOTERM'lere atıfta bulunulmak suretiyle de teslim yerini belirlemiş olabilirler. INCOTERM'ler, uluslararası satımlarda, malların sevk ve teslimine ilişkin kuralların yorumuna dair, Uluslararası Ticaret Odası tarafından yayınlanan broşürde yer alan klozlardır⁶⁹. Uygulamada sözleşmelerde, INCOTERM'lere atıfta bulunulması çok sık karşılaşılan bir durumdur. Hatta, tarafların INCOTERM'lere atıfta bulunup bulunmadıkları konusunda şüphe varsa, uygulamada yaygın ve tarafların bundan haberdar olmalarının muhtemel olması gerekçeyle atıfta bulduklarının varsayılması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁰.

INCOTERM'ler sayesinde teslim yeri, bir şehir adının da ötesinde, liman, güverte, fabrika gibi daha spesifik olarak tespit edilebilmektedir. Taraflarca, sözleşmede, INCOTERM'lere atıfta bulunulmuş olması halinde, teslim yerinin tespiti, atıfta bulunulan INCOTERM'e göre farklılık arz etmektedir. INCOTERM'lerden, teslim yeri olarak satıcının işyerini öngören Ex Works klozu Konvansiyonun 31. maddesinin (b) ve (c) bentlerine karşılık olarak kabul edilmektedir⁷¹. F ve C grubu klozları, taşıma masraflarının alıcıda(C) veya satıcıda(F) olmasına göre konvansiyonun 31. maddesinin (a) bendi çerçevesinde değerlendirilmekte ve malın ilk taşıyıcıya teslim edildiği yer ifa yeri olarak kabul edilmektedir⁷². Götürme borçları düzenlenmemiş oldu-

68 Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 619; Ulrich Magnus, *Quo Vadis CISG?*, 223.

69 Şanlı/ Ekşi, 133. Uluslararası Ticaret Odası tarafından en son yayınlanan broşür, 2000 tarih ve 560 sayılı broşürdür. INCOTERM'ler 4 gruba ayrılmaktadır. Teslim şekillerinden her birinin İngilizce kısaltması kullanılarak oluşturulan bu gruplardan ilki satıcının malları kendi işyerinde hazır bulundurması anlamına gelen Ex Works'tir. İkinci olarak F grubu klozlarında satıcı, alıcının belirlediği taşıyıcıya malları teslim etmektedir. C grubunda satıcı, taşıma sözleşmesi yapmakla yükümlüdür, ancak yüklemenden sonraki hasarlardan sorumlu değildir. D grubu ise, teslim şekilleri içinde satıcının en fazla yükümlülük üstlendiği, malların varma yerine ulaştırılmasına kadar bütün masraf ve risklere katlandığı gruptur.

70 Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 338.

71 Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 365; Atamer, 149.

72 Huber/ Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 365; Atamer, 149; Ulrich Magnus, *Quo Vadis CISG?*, 223.

ğundan, D grubu klozlarına karşılık gelen bir düzenleme Konvansiyonda yer almamaktadır. Bu grupta taşıma eylemi, varma yerine kadar satıcı tarafından organize edildiği ve bu ana kadar gerçekleşecek riskler de satıcının üzerinde olduğu için varma yeri ifa yeridir⁷³.

III. MALLARIN TESLİMİ AÇISINDAN İFA ZAMANI

A. Genel Olarak

Satıcının malları teslim borcunun ifa zamanı, borcun muaccel olduğu, alacaklı ve borçlu temerrüdünün gerçekleştiği anı tespit edebilmek açısından önem arz eden bir kavramdır. Satıcının malları teslim zamanı Konvansiyonun 33. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte taraflar, teslimin ne zaman gerçekleştirileceği konusunda açık veya örtülü olarak anlaşmışlarsa, ifa zamanı öncelikle bu anlaşmaya göre tespit edilir⁷⁴. Konvansiyonun 33. maddesinde de ifa zamanı, taraf iradeleri göz önünde bulundurularak, teslim için herhangi bir tarihin kararlaştırılmış olup olmamasına göre üç bent halinde düzenlenmiştir.

Borçlar Kanununda ifa zamanı, 74 ve 82. maddeler arasında düzenlenmiştir. Borçlar Kanununda da esas olan, taraf iradeleridir. Malların teslim zamanına ilişkin olarak, taraflar arasında herhangi bir anlaşma yoksa bu takdirde Borçlar Kanununun ifa zamanına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur⁷⁵. Kanunumuzda da taraf iradelerinin yorumlanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Özellikle taraflar arasında ödeme için tarih kararlaştırıldığı hallerde, irade beyanlarının nasıl yorumlanması gerektiği konusunda Borçlar Kanununun 76. maddesinde ayrıntılı düzenleme getirilmiştir. Buna benzer bir düzenleme Konvansiyonda yer almamaktadır. Bu boşluğun ulusal hukuklardaki düzenlemeler göz önünde bulundurularak doldurulması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁶.

73 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 366; Atamer, 149.

74 Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 621; Gabriel, 114; Atamer, 161.

75 Feyzioglu, 233.

76 Erdem, 72.

B. Teslim Tarihinin Kararlaştırılmış Olması Halinde İfa Zamanı

1. Teslim İçin Belirli Bir Tarihin Saptanmış Olması (CISG m. 33/I-a)

Her konuda olduğu gibi ifa zamanı konusunda da taraf iradelerine öncelik tanıyan Konvansiyon, tarafların ifa zamanı konusunda düzenleme yapmış olmaları olasılığını öncelikli olarak düzenlemiştir. Konvansiyonun 33. maddesinin (a) bendine göre, *sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşme ile belirlenebilir bir tarih varsa, satıcı malları bu tarihte teslim etmek zorundadır*. Teslim yerine göre satıcı; belirlenen bu tarihte, malları, ilk taşıyıcıya teslim etmek ya da malların bulunduğu yerde veya işyerinde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak zorundadır⁷⁷. Konvansiyon, alıcının rızası olmaksızın, bu tarihten önce malların teslimine imkân vermemektedir (m. 52/ I). Bu tarihte teslimin yapılmamış olması ise, sözleşmenin ihlali anlamına gelir (m. 45/I)⁷⁸.

Taraflarca belirli bir tarihin (fix date) kararlaştırılması, takvimde belirli bir güne atıfta bulunmak suretiyle yapılabilir. Bununla birlikte, ne zaman gerçekleşeceği belirli olan bir olaya veya bu olaydan belirli bir süre sonrasına atıfta bulunmak suretiyle de tespit edilebilir, “yılbaşında” ya da “paskalyadan onbeş gün sonra” gibi. Atıf yapılan olayın ne zaman gerçekleşeceği objektif olarak tespit edilebilmelidir⁷⁹. “Mümkün olan en kısa süre içinde” veya “mümkün olan en hızlı şekilde” gibi ifadeler (a) bendi çerçevesinde belirli bir tarih olarak kabul edilmemekte, (c) bendi kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁰. Sözleşmede teslim için öngörülen tarihin bağlayıcı olmadığı kararlaştırılmış olması halinde ise, belirlenen bu tarihten itibaren yine (c) bendi kapsamında “makul bir süre içinde” teslim gerçekleştirilmelidir⁸¹.

Sözleşme kurulduğu sırada teslim tarihi belirlenmiş olmamakla birlikte, sonradan, alıcının bildirim üzerine teslimin gerçekleştirilece-

⁷⁷ UN DOC. A/CONF. 97/5, 32.

⁷⁸ Az miktarda malın bir gün gecikmeli olarak teslim edildiği bir olayda mahkeme, teslim tarihi olarak belirli bir tarihin kararlaştırılmış olmasına rağmen sözleşmenin esaslı bir ihlalinin olmadığına karar vermiştir, Landgericht, Oldenburg, Germany, 27.03.1996, Unilex, naklen, Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 624.

⁷⁹ Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 396.

⁸⁰ Huber/ Widmer, aynı yer.

⁸¹ Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 399.

ğinin kararlaştırıldığı bir olayda mahkeme, bu durumu, 33. maddenin (a) bendi kapsamında değerlendirmiştir⁸². Öğretide ise bildirim içeriğine göre ayırım yapılmaktadır. Alıcı bildirimde bulunurken belirli bir tarih öngörürse bu durumda (a) bendi uygulanmalıdır; ancak alıcı, bildirimde bulunduğu tarihten itibaren belirli bir süre içinde teslimin gerçekleşmesini isterse, bu durum (b) bendi kapsamında belirli bir zaman dilimidir⁸³.

Teslim tarihinin sözleşmeden belirlenebilir (determinable time) olması halinde veya gerçekleşecek bir olaya atıfta bulunulması halinde tarafların beyanları Konvansiyonun 8. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır⁸⁴.

Belirlenen tarihte satıcı, teslim borcunu, iş saatleri dâhilinde her an ifa edebilir⁸⁵. Bununla birlikte taraflar, tarihin yanı sıra teslim saatini de kararlaştırabilirler. Teslim tarihi olarak belirli bir tarihin kararlaştırıldığını ispat yükü alıcının üzerindedir⁸⁶. İspat edilemediği takdirde 33. maddenin (c) bendi çerçevesinde ifa zamanı tespit edilerek sonuca ulaşılır⁸⁷.

Hukukumuzda da tarafların belirli bir tarihi teslim tarihi olarak kararlaştırmaları mümkündür. Bu hallerde vade söz konusu olur. Vade tarafların açık veya zımni anlaşmalarına dayanabileceği gibi, işin mahiyetinden de anlaşılabilir⁸⁸. Hukuki sonuçlarına göre vade, olağan, belirli ve kesin vade olarak ayırma tabi tutulmaktadır⁸⁹. Gerçekleşmesi muhtemel ancak ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen olaya atıf yapmak suretiyle de vade kararlaştırılabilir. Ancak bu olayın gerçekleşmesinin şüpheli olmaması gerekir, aksi takdirde vade değil şart söz

82 CLOUT case No. 338 (Oberlandesgericht hamm, Germany, 23.06.1998), naklen A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/33, 2.

83 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 398.

84 UN DOC. A/CONF. 97/5, 32; Henry Gabriel, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 350.

85 Atamer, 161.

86 A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/33, 4.

87 Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 400.

88 Oğuzman/ Öz, 238; Eren, 909.

89 Kılıçoğlu, 397.

konusu olabilecektir⁹⁰. Kanununun 79. maddesinde, vadenin uzatılması halinde⁹¹ ifa zamanı tespit edilirken, yeni mehilin önceki mehilin sonra erdiği günü takip eden günden başladığı hüküm altına alınmıştır. Konvansiyonda ise, vadenin uzatılmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

2. Teslim İçin Belirli Bir Zaman Diliminin Saptanmış Olması (CISG m. 33/I-b)

Konvansiyonun 33. maddesinin (b) bendinde satıcının, malları, sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmadıkça, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda teslim etmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Kararlaştırılan zaman dilimi içerisinde, malları hangi anda teslim edeceğine karar verme yetkisi kural olarak satıcıya bırakılmıştır⁹². Sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasa bile, tarafların zımnî iradelerinden veya durumun özelliklerine göre, bu yetkinin alıcıda olduğunun kabul edilebileceği savunulmaktadır. Buna göre, taşımanın alıcı tarafından organize edildiği, INCOTERM'lerden F grubu gibi klozlara atıf yapılan hallerde, belirlenen zaman dilimi içinde malların ne zaman teslim edileceğine alıcı karar vermelidir⁹³.

Belirli bir zaman diliminin tespiti, “mayıs ayı içinde”, “aralığın sonuna kadar” gibi değişik şekillerde yapılabilecektir. Periyodun sonuna kadar satıcı, malı hangi anda teslim edeceği konusunda serbesttir. Bu noktada, belirlenen zaman dilimi içinde yer alan resmi tatil ve hafta sonu günlerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği çözülmesi gereken bir sorundur. Öğretide, Konvansiyonun m. 20/II hükmü kıyasen uygulanarak, sürenin hesabına tatil günlerinin dâhil edilmesi, ancak son günün bir tatil gününe rastlaması halinde ilk iş gününün süreye

⁹⁰ Oğuzman/ Öz. 239; Tunçomağ. 686.

⁹¹ Taraflar iradeleriyle, açık veya örtülü olarak vadeyi uzatabilirler, Eren 911; Oğuzman/ Öz. 238.

⁹² UN DOC. A/CONF. 97/5, 32; A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/33, 2; Honnold, 297; Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 396.

⁹³ UN DOC. A/CONF. 97/5, 32; Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 397; Atamer, 162.

dâhil edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁴. Teslim yerindeki tatil günleri esas alınmalıdır⁹⁵.

Teslim için belirli bir zaman diliminin tespit edilmiş olduğunu veya bu zaman dilimi içinde belirli bir tarihi teslim tarihi olarak seçme yetkisinin kendisine ait olduğunu ispat yükü alıcının üzerindedir⁹⁶.

Taraflarca, malların teslimi için, belirli bir zaman diliminin kararlaştırılmasını öngören bu düzenlemeye benzer bir düzenleme, Borçlar Kanununun 76. maddesinin III. fıkrasında öngörülmüştür. Burada, belirli bir zaman dilimi içinde ifa edilmesi gereken bir borcun, bu sürenin bitmesinden önce ifa edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Konvansiyon çerçevesinde de, ifanın belirlenen zaman dilimi sona ermeden ifa edilmesi gerektiği kabul edildiğinden; Kanunun söz konusu düzenlemesi, Konvansiyonla paraleldir. Buna karşılık Kanunda, belirlenen zaman dilimi içinde teslim anını saptama yetkisinin satıcı veya alıcıdan hangisine ait olacağı konusunda açıklık yoktur.

C. Teslim Tarihinin Kararlaştırılmamış Olması Halinde İfa Zamanı (CISG m. 33/I-c)

Malların ne zaman teslim edileceğinin taraflarca kararlaştırılmadığı ve durumun özelliklerinden de böyle bir zamanın tespit edilemediği diğer bütün hallerde *satıcı, malları, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre (reasonable time) içinde teslim etmek zorundadır* (CISG m. 33/I-c). Sözleşmenin kurulduğu an, Konvansiyonun 23. maddesine göre tespit edilir. Buna göre sözleşme, kabul beyanının, Konvansiyona uygun olarak hüküm doğurduğu anda kurulmuş sayılır. Malların teslimi için gereken makul süre de bu andan itibaren işleme-ye başlar⁹⁷.

Makul süreden ne anlaşılması gerektiği konusunda Konvansiyonda açıklık yoktur. Öğretide, içinde bulunulan durumun koşullarına göre, malların teslimi için yeterli olan süre olarak tanımlanan⁹⁸ bu sürenin, dürüstlük kuralları çerçevesinde, her olayın koşullarına göre

94 Atamer, 162.

95 Atamer, 162.

96 A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/ 33, 4; Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond. 624.

97 Atamer, 163.

98 A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/33, 3; Ulrich Magnus, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond. 623.

tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁹. Sürenin tespitinde koşullar değerlendirilirken, her iki tarafın çıkarlarının da gözetilmesi gerekir¹⁰⁰. Alıcı açısından, malların tesliminin gerektirdiği aciliyet; satıcı açısından ise teslim edilecek malın niteliği, miktarı, belirli bir stokta hazır bulunması ya da üretilecek olması gibi durumlar makul sürenin tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰¹. Makul sürenin aşıldığını iddia eden tarafın bunu ispatla yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹⁰².

Konvansiyonun bu düzenlemesine benzer bir düzenleme Kanununun 74. maddesinde yer almaktadır. Burada vade kararlaştırılmadığı veya işin mahiyetinden de anlaşılmadığı takdirde, borcun hemen ve derhal icrasının talep olunabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemede yer alan “derhal” ifadesi öğretide, borçlunun, edimi yerine getirebilmesi için dürüstlük kuralları çerçevesinde ihtiyaç duyduğu süre olarak kabul edilmektedir¹⁰³. Bu nedenle, Konvansiyonda yer alan “makul süre” ile Kanunda yer alan “derhal” ifadesine öğretide atfedilen anlam paraleldir.

IV. BELGELERİN TESLİMİ AÇISINDAN İFA YERİ VE ZAMANI

Konvansiyonun 34. maddesinde, *satıcının mallara ilişkin olarak vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerektiği öngörülmüştür*. Düzenlemede hangi belgelerin verilmesi gerektiği konusunda açıklık yoktur. Bu nedenle, verilmesi gereken belgeler, ulusal hukukların düzenlemeleri, tarafların aralarında kararlaştırdıkları teslim şekilleri veya teamülere göre tespit edilecektir. Alıcının, malların zilyetliğini kazanabilmesi, malları gümrükten çekip ithal edebilmesi ve taşıyıcı veya sigortacı-

⁹⁹ UN DOC. A/CONF. 97/5, 32; Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 400; Atamer, 163.

¹⁰⁰ Gabriel, 115.

¹⁰¹ Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 401; Henry Gabriel, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 350; Atamer, 163.

¹⁰² Alejandro M. Garro, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 373; Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 402.

¹⁰³ Eren, 907; Oğuzman/ Öz, 241.

ya karşı taleplerini yöneltebilmesi için gereken belgeler bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁰⁴.

Hükümde, belgelerin teslim yeri ve zamanı konusunda özel bir düzenleme öngörülmemiş sadece taraf iradelerine atıfta bulunulmuştur. Bu nedenle, belgelerin teslim yeri ve zamanını konusunda öncelikle taraflar arasında açıkça bir anlaşma olup olmadığına bakılmalıdır. Sözleşmede bu yönde bir düzenleme yoksa bu takdirde, Konvansiyonun 9. maddesi çerçevesinde, tarafların, uygulanmasını kabul ettikleri teamüllere ve aralarında yerleşmiş olan uygulamalara bakılarak, dürüstlük kuralları çerçevesinde belgelerin nerede ve ne zaman teslim edilmesi gerektiğine karar verilmelidir¹⁰⁵.

Uygulamada, taraflarca kararlaştırılan ödeme usulleri veya sözleşmede kullanılan standart terimler, genellikle, belgelerin teslim yeri ve zamanı konusunda belirleyici olmaktadır. Örneğin, ödemenin gerçekleştirilmesi için akreditif açılması halinde, belgelerin teslim yeri, alıcının bankasının, satıcının kendi ülkesindeki muhabir bankanın bulunduğu yer olacaktır.

Taraflar arasındaki sözleşme, uygulama veya teamüllerden hiçbiri ile sonucuna ulaşamadığı takdirde belgelerin nerede teslim edilmesi gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, malların teslim edilmesi gereken yer, aynı zamanda belgelerin de teslim edilmesi gereken yer olarak kabul edilmelidir¹⁰⁶. Başka bir görüşe göre ise, şüphe halinde; satıcının, belgeleri riski kendi üzerinde olmak üzere alıcının işyerine göndermesi gerekir¹⁰⁷. Sözleşmede FOB¹⁰⁸ klotuna atıf yapılan bir olayda mahkeme, satıcının, malların tür ve bedelini gösteren faturaları alıcıya ulaştırmakla yükümlü olduğuna karar vermiştir¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 625; Atamer, 166; Gabriel, 117; Huber/Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 339.

¹⁰⁵ Huber/Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 404; Atamer, 166.

¹⁰⁶ A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/34, 2; Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 626.

¹⁰⁷ Huber/Widmer, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 405.

¹⁰⁸ Free on Board (gemi bordasında teslim).

¹⁰⁹ *Commpromex, Arbitration, Mexico*, 29 Nisan 1996, Unilex, naklen Ulrich Magnus, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 625.

Belgelerin teslim zamanı konusunda taraflarca hiçbir şekilde belirleme yapılmadığı takdirde sonuca ulaşmak daha kolaydır. Nitekim satıcı, malları teslim yükümlülüğü çerçevesinde, alıcının malların zilyetliğini kazanabilmesini sağlaması gereken zamanda belgeleri de ulaştırmış olmak zorundadır¹¹⁰. Bu olasılıkta dahi belgelerin teslim zamanı konusunda sonuca ulaşamıyorsa, makul bir süre içinde belgelerin alıcıya teslim edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹¹.

Kanunda, malları temsil eden belgelerin teslim yeri ve zamanı konusunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, mala ilişkin belgelerin verilmesi, satıcının, malı teslim ve mülkiyeti devretme asli edim yükümlerine eşlik eden yan edim yükümüdür¹¹². Öğretide, yan edim yükümleri¹¹³ ile yan yükümlerin¹¹⁴ ifa yerinin, işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece, asli edimin ifa yeri olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵.

¹¹⁰ A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/34, 2.

¹¹¹ Huber/ Widmer, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 404; Atamer, 169.

¹¹² Serozan (Hatemi/Arpacı), 76.

¹¹³ Sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümleri asli edim yükümleridir. Yan edim yükümleri ise, sözleşmenin içeriğine bağlı olarak kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğan; asli olmayan, dolayısıyla sözleşmenin tipini belirlemeyen ancak asli edime tabi ve ikinci derecede nitelik ve amaç taşıyan edimlerdir. Yan edimler asli edime oranla tali nitelikte olmakla birlikte, asli edimden bağımsız bir amaca sahip olduklarından asli edim yükümünden bağımsız olarak talep ve dava edilebilir, Eren. C. I, 39.

¹¹⁴ Yan yükümler, sözleşmeden kaynaklanan asli ve yan edim yükümlerinin dışında kalan diğer bazı yükümleri ifade etmektedir. Genel olarak dürüstlük kuralı ve güven ilişkisinden kaynaklanan bu yükümlerin en önemli özellikleri, asli ve yan edim yükümlerine bağımlı bir nitelik taşımaları, bağımsız bir varlığa sahip olmadıklarından dolayı da, borçlunun yan yükümlere aykırı davranması halinde, alacaklı tarafından ayrıca talep ve dava edilememeleridir. Satım sözleşmesinde, satılan malın temin edilip hazır bulundurulması, alıcıya teslim edilinceye kadar iyi bir yerde ve özen içinde muhafaza edilmesi, malın niteliği hakkında alıcının aydınlatılması; satıcının malı teslim borcuna bağlı birer yan yükümdür, Eren, C. I, 43-45.

¹¹⁵ Eren, 900; Oğuzman/ Öz, 245. Asli edim yükümlerinin dışında kalan yükümler için kesin bir kural koymanın mümkün olmadığı, her olayın özelliğine göre genel hükümler çerçevesinde ifa yerinin tespit edilmesi gerektiği yönünde, Kalpsüz, 38.

SONUÇ

Sonuç olarak, Konvansiyonun satıcının edimleri açısından ifa yeri ve zamanına ilişkin düzenlemelerinin Borçlar Kanunumuzda yer alan düzenlemelerle büyük ölçüde örtüşmekte olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Öncelikle, hem Konvansiyonda hem de Borçlar Kanununda ifa yeri ve zamanının tespiti öncelikle taraf iradelerine bırakılmıştır. Ancak taraf iradelerinin yorumu konusunda, düzenlemelerin uygulama alanları farklı olduğundan daha dikkatli davranılması gerekmektedir. Her iki düzenleme arasında yer alan farklılıklar, Borçlar Kanununun genel ve ulusal bir kanun, Konvansiyonun ise, özellikle satım sözleşmesine özgü ve uluslararası bir düzenleme olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim bu nedenle, Konvansiyonda malın teslimi açısından gönderme borcu öncelikli olarak düzenlenmiştir. Hâlbuki Kanunumuzda, gönderme borcu yer almamaktadır. Bunun haricinde, malların teslim yeri olarak, malın bulunduğu yer ve son çare olarak satıcının işyerini esas alan hükümler her iki düzenlemede de paraleldir.

Malın teslim tarihi olarak, vadenin veya belirli bir zaman diliminin kararlaştırılması halinde veya teslim tarihi kararlaştırılmaması halinde satıcının makul süre içinde teslimatı gerçekleştirilmesi gerektiği ve makul süreden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin yaklaşımlar da her iki düzenlemede örtüşmektedir. Borçlar Kanununda yer verilmeyen, malları temsil eden belgelerin teslim yeri ve zamanının Konvansiyonda ayrıca düzenlenmiş olmasının nedeni ise, bu uygulamanın esas olarak uluslararası satımlarda söz konusu olmasıdır.

Satıcı açısından ifa yeri ve zamanına ilişkin hükümlerini, Türk Borçlar Kanunu ile karşılaştırmalı olarak incelediğimiz, uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla hazırlanan Konvansiyon'a Türkiye taraf değildir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanunlar ihtilafı kurallarının Konvansiyona taraf bir ülkenin hukukuna atıf yapması halinde Konvansiyon, ülkemizde de, atıf yapılan ülkenin iç hukukunun bir parçası olarak uygulama alanı bulacaktır. Amerika, Fransa, Rusya, Çin gibi dünyanın büyük ticaret ülkeleri başta olmak üzere, Türkiye'nin bağlantılı olduğu birçok ülke Konvansiyona taraftır. Bu nedenle, uluslararası satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün yeknesaklaştırılabilmesi için Türkiye'nin de Konvansiyon'a taraf olması gerekmektedir.

KISALTMALAR

b.	:Bent
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CISG	:United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CLOUT	:Case Law on UNCITRAL Texts
dn.	:Dipnotu
EFTA	:European Free Trade Association
f.	:Fıkra
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
INCOTERM	: International Commercial Terms
İTO	:İstanbul Ticaret Odası
İÜHFİM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	:Madde
No	:Numara
S.	:Sayı
T.C.	:Türkiye Cumhuriyeti
ULIS	:Uniform Law on the International Sale of Goods
U.N.	:United Nations
UNCITRAL	:United Nations Commission, on International Trade Law
vb.	:Ve benzeri
vd.	:Ve devamı
vs.	:Ve sair

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut: Borçlar Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.

Atamer, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.

- Bernstein, Herbert/ Lookofsky, Joseph:** Understanding the CISG in Europe, Second Edition, Kluwer Law International, New York 2003.
- Erdem, Ercüment:** "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), BATİDER, Y. 1992, C. 16, S. 3, 35 vd.
- Erdem, Ercüment:** "Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı", İzmir Barosu Dergisi, Y. 54, S. 1, Ocak 1989, 90 vd. (Uygulama Alanı).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, C. III, İstanbul 1994.
- Feyzioğlu, Feyzi N.:** Borçlar Hukuku, Akdin muhtelif Nevileri, C. I, 4. Bası, İstanbul 1980.
- Ferrari, Franco:** Quo Vadis CISG?, Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, European Law Publishers, Bruylant 2005.
- Ferrari, Franco/ Flechtner, Harry/ Brand, Ronald A.:** The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, European Law Publishers, London 2004.
- Gabriel, Henry Deeb:** Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law, Oceana Publications, New York 2004.
- Hatemi/ Serozan/Arpacı:** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Honnold, O. John:** Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston 1991.
- Kalpsüz, Turgut:** Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960.
- Kaplan, Yavuz:** "1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl 22, S. 2, 2002, 325 vd.
- Kılıçoğlu, Ahmet m.:** Borçlar Hukuku genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006.

- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Reisoğlu, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006.
- Schlechtriem, Peter/ Schwenger, Ingeborg:** Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), Second (English) Edition, Oxford University Pres, New York 2005.
- Şanlı, Cemal/ Ekşi, Nuray:** Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2003.
- Tiryakioğlu, Bilgin:** Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- Toker, Ali Gümrah:** 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Vi-yana Sözleşmesi) uygulama alanı, Ankara 2005.
- Tunçomağ, Kenan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976.
- Von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çeviren: Cevat Edge, Ankara 1985.
- Yavuz, Cevdet:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 3. Bası, İstanbul 2003.

Elektronik veri tabanlı kaynaklar

Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Prepared by the Secretariat, UN DOC. A/CONF. 97/5, <http://www.cisg-online.ch/cisg/materials-commentary.html>.

UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, A/ CN.9/ SER.C/ DIGEST/ CISG/, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html.