

Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015
Vol: 20, No: 33, Year: 2015
ISSN: 1300-2929

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hakemli Bir Dergidir

34. yıl
Diyarbakır 2016

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Derginin Sahibi : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dekan)
Sorumlu Müdür : Ahmet TUNA (Fakülte Sekreteri)
Sekreteryaya : Arş. Gör. Dr. M. Burak BULUTTEKİN
Yönetim Yeri : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü : Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN : 1300-2929

Yayın Komisyonu:

Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ
Doç. Dr. Ali AYLI
Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN
Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARAARSLAN
Arş. Gör. Dr. M. Burak BULUTTEKİN

Editörler:

Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
Arş. Gör. Dr. M. Burak BULUTTEKİN

Yazışma Adresi: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır

Tel : +90 412 2488357
Fax : +90 412 2488358
Url : <http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi>
E-Mail : diclehukuk@dicle.edu.tr
diclehukukdergisi@gmail.com

Tasarım ve Mizanpaj: Ahmet TUNA

Basım Yeri : Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır

Basım Yılı : 2016

- Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.
- Derginin amacı hukuk ve hukuk ile yakından bağlantılı konularda bilime katkı sunabilecek akademik çalışmalara yer vermektir.
- Derginin kapsamına hukuk veya hukuk ile yakından ilgili konularda Türkçe veya diğer dillerde yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir.
- Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.
- Dergimizin önceki sayıları 1303-9105 ISSN numarası ile yayımlanmıştır.

HAKEM KURULU*

- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fevzi DEMİR (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU (Marmara Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mithat SANCAR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŞEN (Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ (İstanbul Medeniyet Üniv. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Hasan Kalyoncu Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdullah DEMİR (Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Mithat GÜNEŞ (Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cevat Gökhan ERBAŞ (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Unvanlara ve isimlere göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

Doç. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Vahap COŞKUN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Abdullah ERDOĞAN (Gaziantep Üniv. Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Abdullah İSLAMOĞLU (İstanbul Üniv. Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Filiz YAVUZ İPEKYÜZ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Hüseyin Murat IŞIK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. M. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARAARSLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Murat TÜMAY (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Mustafa KOÇAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Necat AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Ömer ERGÜN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Sadullah ÖZEL (Batman Üniversitesi İİBF)
Yrd. Doç. Dr. Songül ATAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Yayımlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
3. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması ve kural olarak 30 sayfası geçmemesi gerekir. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekir.
5. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir özete yer vermelidir. Ayrıca yazının ilgili yabancı dildeki tercümesine ve özetlerden hemen sonra gelmek üzere en az beş anahtar kelimeye de yer verilmelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe özetine yer verilmesi zorunludur.
6. Yazının sistematigi aşağıdaki şekilde olmalıdır.
 - I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)
 - II. ...
 - A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)
 - B. ...
 1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)
 2. ...
 - a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)
 - b. ...
 - III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)
 - IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA

(Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

7. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli. İki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1 - 33. **(Makale örneği)**

8. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir.
9. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakeme gönderilmektedir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor doğrultusunda düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilebilir. Yazar bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Komisyonu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Komisyonu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanmasını reddedebilir.
11. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
12. Yayıma kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti ödenmez.

İÇİNDEKİLER

Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ ÜBER DIE RECHTSSTAATLICHKEIT	1
Yrd. Doç. Dr. Filiz YAVUZ İPEKYÜZ HEKİMİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU	19
Yrd. Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE İDARİ VESAYET.....	63
Yrd. Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE / Yrd. Doç Dr. F. Ebru GÜNDÜZ ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ KANUNU VE İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NA GÖRE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI	91
Dr. Yılmaz YÖRDEM KULLANMAMA NEDENİYLE TESCİL EDİLMİŞ MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE İLİŞKİN UYGULAMADAKİ SORUNLAR	123

CONTENTS

Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ HUKUK DEVLETİ ÜZERİNE.....	2
Yrd. Doç. Dr. Filiz YAVUZ İPEKYÜZ THE COMPENSATION LIABILITY OF PHYSICIAN.....	20
Yrd. Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ ADMINISTRATIVE TUTELAGE IN ACCORDANCE WITH THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT	64
Yrd. Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE / Yrd. Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ THE STAY OF EXECUTION ACCORDING TO THE SUPREME MILITARY ADMINISTRATIVE COURT ACT AND THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT.....	92
Dr. Yılmaz YÖRDEM DUE TO USE RELATED TO HAVE BEEN REGISTERED TRADEMARK NULLITY IMPLEMENTATION ISSUES	124

ÜBER DIE RECHTSSTAATLICHKEIT

Ahmet M. GÜNEŞ*

ZUSAMMENFASSUNG

Der Hauptzweck des vorliegenden Beitrags ist es, die Rechtsstaatlichkeit, welche heutzutage eines der wichtigsten Begriffe des öffentlichen Rechts ist, aus verschiedenen Perspektiven zu untersuchen. So lässt sich der Beitrag in fünf Teile gliedern. Im ersten und zweiten Teil wird auf den Sinn, den Inhalt und die Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit eingegangen. Der dritte Teil befasst sich mit den historischen Entwicklungen. Im Anschluss daran wird das Rechtsstaatsprinzip bezüglich des türkischen Rechts untersucht. In diesem Zusammenhang soll einige aktuelle Entwicklungen im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip bewertet werden. Im letzten Teil werden die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst.

Schlüsselwörter: Rechtsstaatlichkeit, Rechtsstaatsprinzip, Vorrang des Rechts, Staat und Recht, Türkisches Staatsrecht.

ON THE RULE OF LAW

ABSTRACT

This study basically aims to examine different dimensions of the rule of law, which is one of the fundamental concepts of contemporary public law. First

* Associate Professor, LL.M. (Münster), Juristische Fakultät der Universität Yalova, E-mail: guneslaw@hotmail.com.
Makalenin Gönderim Tarihi : 16.10.2015.
Makalenin Kabul Tarihi : 21.11.2015.

two chapters of the study is devoted to some explanations in the context of the meaning, content and exigence of the rule of law. The third chapter will focus on the historical development of the rule of law. In the following chapter, the rule of law will be examined from the perspective of Turkish law and some consideration is carried out in the light of current affairs. Finally, the results attained in this study will be summarized.

Keywords: Rule of law, principle of the rule of law, preeminence of law, state and law, Turkish public law.

HUKUK DEVLETİ ÜZERİNE

ÖZ

Çalışmamızın temel amacı, günümüzde kamu hukukunun en önemli kavramlarından biri olan hukuk devletini farklı boyutlarıyla incelemektir. Beş bölümden oluşan çalışmamızın ilk iki kısmında, hukuk devletinin anlam, içerik ve gerekleri bağlamında birtakım açıklamalara yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ise, hukuk devletinin tarihsel gelişimi konusu ele alınmıştır. Bunların akabinde, hukuk devleti ilkesi Türk hukuku açısından incelenmiş ve güncel gelişmeler ışığında bazı değerlendirmelere yer verilmiştir. Son kısımda, çalışmamız sonucunda erişilen neticeler özetlenmiştir.

Anahtar kelimeler: Hukuk devleti, hukuk devleti ilkesi, hukukun üstünlüğü, devlet ve hukuk, Türk kamu hukuku.

I. EINLEITUNG

Der Rechtsstaat stellt seit Langem einen der wichtigsten und umstrittensten Begriffe des öffentlichen Rechts dar.¹ Ein Rechtsstaat zu sein, ist der Hauptanspruch und eine der wichtigsten Merkmale der demokratischen Staaten unserer Zeit. In diesem Zusammenhang ist auffällig, dass alle zivilisierten Länder das Prinzip des Rechtsstaates in ihren Verfassungen verankert haben.² So wurde auch in der türkischen Verfassung von 1982 (Art. 2) ganz klar dargelegt, dass die Republik Türkei ein Rechtsstaat ist. Wir stoßen ebenso auf ähnliche Bestimmungen

¹ Siehe dazu *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986, S. 3 ff.

² Vgl. *Nadrai*, Rechtsstaatlichkeit als internationales Gerechtigkeitsprinzip, Baden-Baden 2001, S. 161 f.

in den Verfassungen vieler Länder wie z. B. Deutschland (*GG Art. Art. 20 Abs. 2 und 3, Art. 28 Abs. 1*) oder der Schweiz (*BV Art. 5*). In Verfassungstexten der Europäischen Union (z.B. *EUV-Art. 2, Charta der Grundrechte der Europäischen Union- Präambel*), ist auch vorgesehen, dass die Rechtsstaatlichkeit eine der Werte ist, auf den sich die Union gründet. Zu beachten ist weiterhin, dass der Begriff Rechtsstaat eigentlich über einen rechtlichen und politischen Inhalt verfügt.³ Der Rechtsstaat stellt sowohl einen Grundsatz als auch ein Ideal dar. Das Erreichen des Ideals der Rechtsstaatlichkeit ist sozusagen gemeinsames Ziel der gesamten Bereiche des öffentlichen Rechts. Diesbezüglich kommt dem Rechtsstaatsprinzip in vielen Rechtsbereichen wie Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Strafrecht sowie Strafprozessordnungsrecht eine wichtige Rolle zu. Nicht zu berücksichtigen ist aber, dass das Rechtsstaatsprinzip auch im Privatrecht gewisse Wirkungen hat.

II. INHALT DES RECHTSSTAATES

Rechtsstaat ist ein Begriff mit allumfassendem Inhalt. Denn der Rechtsstaat hat viele Dimensionen und unterschiedliche Erfordernisse. Trotz der Weite des Umfangs, können wir den Rechtsstaat kurz als „*Staat, der sich bei seinem Handeln an den Regelungen des Rechts orientiert*“ bezeichnen.⁴ Deswegen können Staaten, die in ihren drei Basisgewalten (*Legislative, Exekutive und Judikative*) rechtlich gebunden sind, als Rechtsstaat bezeichnet werden.⁵ Gleichwohl ist aber nicht zu vergessen, dass diese Kurzbeschreibung des Rechtsstaates einen weit umfassenderen Inhalt besitzt. Denn neben der Begrenzung der Staatsgewalt durch das Recht sind auch einige andere Erfordernisse einzuhalten. So gehören die Gewährleistung der Grundrechte und -freiheiten, die Gewaltenteilung, die richterliche Überprüfbarkeit von sämtlichen Verwaltungsakten und -handlungen, der Vorrang und die Verbindlichkeit der Verfassung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte, die Gewährleistung der Richtergarantie, die Rechtssicherheit, der Vertrauensschutz, das Rückwirkungsverbot, die Gleichheit vor dem Gesetz, die

³ Hierzu *Hatemi*, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989, S. 7 ff.

⁴ Vgl. auch *Gözler / Kaplan*, İdare Hukuku Dersleri, 12. Auflage, Bursa 2012, S. 59; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen 1997, S. 21 ff.; *Hatemi*, S. 18 ff.

⁵ *Badura*, Staatsrecht, 2. Auflage, München 1996, S. 265.

Unschuldsvermutung, die körperliche Unversehrtheit, die Untastbarkeit der Menschenwürde, die Gesetzlichkeit der Strafen und Straftaten, die Haftung der Verwaltung und die parlamentarische Immunität, heutzutage zu den unabdingbaren Bestandteilen des Rechtsstaats.⁶ Alle hier aufgezählten Eigenschaften können unter der Überschrift der allgemeinen und besonderen Erfordernisse des Rechtsstaatsprinzips subsumiert werden.⁷ Der Rechtsstaat wird in diesem Zusammenhang somit als ein Staat definiert, der sich zum Prinzip gemacht hat, bei Ausführung all seiner Akte und Handlungen entsprechend dem Recht zu handeln, der auf die Verwirklichung einer gerechten Rechtsordnung abzielt, der die Vorherrschaft des Rechts über sämtliche staatliche Organe stellt, der die Grundrechte und -freiheiten schützt und stärkt, der neben der Verfassung auch allgemeine Rechtsgrundsätze einhält und der all seine Akte und Handlungen unter einer unabhängigen und unparteilichen gerichtlichen Kontrolle unterzieht.

Ferner wird insbesondere in der deutschen Lehre von zwei Dimensionen der Rechtsstaatlichkeit gesprochen.⁸ Die formelle Rechtsstaatlichkeit erfordert die Gesetzmäßigkeit aller staatlichen Akte und Handlungen. Dabei handelt es sich um die bloße Bindung der Staatsgewalt an das Gesetz. Da die bloß formale Bindung der Staatsgewalt an das Gesetz offensichtlich nicht ausreicht, muss das formale Prinzip des Gesetzesstaates durch das materielle Rechtsstaatsprinzip ergänzt werden. So erfordert die materielle Rechtsstaatlichkeit die Bindung der Staatsgewalt an eine höherrangige Wertordnung, wie etwa Naturrecht, Gerechtigkeit oder universelles Recht. Während der Begriff im Türkischen und Französischen mit „*hukuk devleti*“ und „*Etat de Droit*“ genau die Bedeutung „*Rechtsstaat*“ widerspiegelt, wird im angelsächsischen Rechtskreis insbesondere in den USA und England der Begriff „*Rule of Law*“ verwendet, der die

⁶ Dazu *Sobota*, s. 27 ff.; *Morlok / Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2015, S. 157 ff.; *Degenhart*, Staatsrecht-I, Staatsorganisationsrecht, 30. Auflage, Heidelberg 2014, S. 112 ff.; *Gözler / Kaplan*, S. 63 ff.; *Badura*, S. 266 ff.; *Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, 15. Auflage, Bremen 2015, S. 60 ff.; *Hatemi*, S. 109 ff.; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 16. Auflage, München 2010, S. 234 ff.; *Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaats, Berlin 2006, S. 94 ff.

⁷ *Gözler / Kaplan*, S. 62.

⁸ Siehe *Badura*, S. 265 f.; *Schmidt*, S. 73 ff.; *Nadrai*, S. 105 ff.; *Schachtschneider*, S. 20 ff.

Bedeutung „*Herrschaft des Rechts*“ trägt. Geht man davon aus, dass das Rechtsstaatsprinzip mehr noch als ein Staatsmodell, eine politische und gesellschaftliche Ordnung beschreibt, in der die Herrschaft des Rechts im Vordergrund steht, ist darauf hinzuweisen, dass der Unterschied zwischen den verwendeten Begriffen hier nicht besonders bedenklich ist.⁹

Im Lichte obiger Erläuterungen ist der Rechtsstaat ein Staat, der mit all seinen Handlungen das Recht achtet, in dem die Rechtssicherheit herrscht und dessen Gewalt durch das Recht begrenzt ist. So soll in einem Rechtsstaat nicht nur Bürger sondern auch die staatliche Gewalt das Recht einhalten. Abgesehen davon legitimiert das Rechtsstaatsprinzip die Ausübung der politischen Macht.¹⁰ So wird heutzutage die Legitimation gemeinhin in zwei Dimensionen unterteilt. Nach dem Ergebnis der Wahlen, die sich auf die Grundsätze der freien, geheimen, gleichen und unmittelbaren Wahl stützen, kann man vom Bestehen der formellen Legitimation sprechen. Die materielle Legitimation erfordert hingegen die rechtsentsprechende Nutzung der politischen Macht seitens der Partei, die gewählt wurde. Infolgedessen kann nur von materieller Legitimation gesprochen werden, wenn die politische Macht die Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit erfüllt. Aus diesem Grund ist es unmöglich bei einem Staat, der gegen die Ideale des Rechts, der Gerechtigkeit und der Freiheit verstößt, von einem Rechtsstaat zu sprechen. Demzufolge ist die Wahl hinsichtlich politischer Legitimation unerlässlich, aber alleine nicht ausreichend. Die politische Legitimation erfordert ebenso die gesetzmäßige erhaltene Staatsmacht entsprechend der Gerechtigkeit auszuüben.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass Rechtsstaat und Gesetzesstaat zwei unterschiedliche Kategorien darstellen.¹¹ Im Gesetzesstaat verhält sich der Staat entsprechend den Gesetzen. D.h. im Gesetzesstaat sind die Gesetze einziger Maßstab für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit. Es besteht jedoch keinerlei Besorgnis ob die geltenden Gesetze den allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder dem Naturrecht entsprechen oder nicht. Mit anderen Worten ist es im Gesetzesstaat unwichtig, ob die geltenden Gesetze gerecht oder ungerecht sind. Das

⁹ Vgl. auch *Sezer / Kırt / Boyar*, Hukuk Devleti, İstanbul 2003, S. 62 f.

¹⁰ Vgl. dazu *Özenç*, S. 173 ff.

¹¹ Hierzu siehe *Starck*, Der demokratische Verfassungsstaat, Tübingen 1995, S. 252 ff.; *Kormann*, Rechtsstaat und Gesetzesstaat, in: FS Fröhler, Berlin 1980, S. 23 ff.

Dritte Reich ist eines der wichtigsten Beispiele für den Gesetzesstaat. Demgegenüber besteht in einem Rechtsstaat die Notwendigkeit der Übereinstimmung der Gesetze mit dem universellen Recht. Anders formuliert, das geltende Recht muss gerecht sein. So soll das positive Recht dem Naturrecht, welches auch als universelles Recht bezeichnet wird, entsprechen. Das Naturrecht kann in diesem Zusammenhang als „*überpositives Recht*“ bezeichnet werden. Das Naturrecht ist das Recht, das von Natur aus gegeben ist. Deswegen ist das Naturrecht unveränderlich, also zu allen Zeiten gleich und gilt für jeden, unabhängig von Geschlecht, Alter, Aufenthaltsort oder Abstammung. Deshalb kommen den Begriffen „*Vorherrschaft des Rechts*“ und „*Vorherrschaft der Gesetze*“ unterschiedliche Bedeutungen zu.

III. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES RECHTSSTAATES

Der Begriff Rechtsstaat trat erstmals im 18. und 19. Jahrhundert in Europa auf. Jedoch kann man die ersten Spuren dieses Begriffs im Altertum finden. So sind in den Werken der Sophisten, Platons und Aristos manche Abhandlungen über die Beziehungen zwischen Staat und Recht zu finden.¹² Dabei ist zu beachten, dass beim Auftreten des Rechtsstaatsprinzips in der Neuzeit insbesondere die Auffassung, dass die Gewährleistung der Grundrechte und -freiheiten nur mit Begrenzung der Staatsgewalt möglich ist, eine Rolle spielte. Der Rechtsstaat war in diesem Zusammenhang durch Einschränkungen der Staatsgewalt als effektiver Mechanismus zum Schutz des Einzelnen gegenüber der Staatsmacht gedacht. Andererseits legt der konstitutionalistischen Bewegung, die im Europa des 18. Jahrhunderts auftrat, der Gedanke zugrunde, dass nur mit Einschränkung der Staatsgewalt durch Recht die Einzelnen gegenüber dem Staat geschützt werden können. Der Gedanke der Bindung des Staats an das Recht zum Schutz des Einzelnen vor Willkür bildet ebenso die Grundlage des Rechtsstaates.¹³ Die Absicht der Vorbeugung der Willkür kann deswegen als Hauptfaktor für die Vorbereitungen der Realisierung des Rechtsstaates bezeichnet werden.

¹² Im einzelnen dazu *Özenç*, Hukuk Devleti, İstanbul 2014, S. 22 ff.

¹³ *Kunig*, S. 302; *Sobota*, S. 167.

Der Begriff Rechtsstaat entstand als Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung.¹⁴ Jedoch ist bekannt, dass das Heimatland dieses Begriffs Deutschland ist. Dieser Begriff wurde zum ersten Mal im Titel eines Werks von *Robert von Mohl* aus dem Jahr 1832 (*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*) verwendet. *Von Mohl* gilt als derjenige, der die weite Verbreitung des Begriffs Rechtsstaat unter der breiten Öffentlichkeit auslöste. Nach dem Erscheinen dieses Werks, in dem der Rechtsstaat als Gegenteil des Polizeistaates bezeichnet wurde, verbreiteten sich die Diskussionen über den Rechtsstaat zusehends. Betrachtet man die geschichtlichen Entwicklungsabläufe, so wird ersichtlich, dass vor dem Rechtsstaat die Auffassung des Patrimonialstaats herrschte. Danach hatten sich die Staatsmodelle der Polizeistaat und der Fiskustheorie durchgesetzt.¹⁵ So ist der Rechtsstaat die letzte Stufe der Evolution des Staats.

Im Mittelalter, in dem der Patrimonialstaat verbreitet war, wurde der Staat als privates Vermögen des Herrschers betrachtet. Die Befugnisse des Herrschers entsprachen Rechten und Befugnissen, die sich aus Eigentum ergeben. Deshalb bestanden im Patrimonialstaat, außer dem nur begrenzt anwendbaren Naturrecht, keinerlei Regeln, die die Befugnisse des Herrschers begrenzten. Deswegen kann man sagen, dass sich die Willkür im Patrimonialstaat auf dem Gipfel den Möglichen befand. Im Polizeistaat, der den Gegensatz zum Rechtsstaat bildet, waren die Staatsorgane gegenüber dem Volk an keinerlei gesetzliche Regelungen gebunden. Der Herrscher war bei Ausübung seiner Befugnisse nur gegenüber Gott und seinem Gewissen verantwortlich. Die Amtspersonen, die die Befehle des Herrschers ausführten waren gegenüber dem Volk an keinerlei gesetzliche Regelungen gebunden. Im Polizeistaat zählt jeder Befehl des Herrschers als gesetzliche Regelung und das Volk muss diese ohne Wenn und Aber befolgen. Im Polizeistaat ist es wie im Patrimonialstaat nicht möglich von Vorherrschaft des Rechts zu sprechen. Mitte des 18. Jahrhunderts, in dem die Auffassung des Polizeistaates vorherrschte, wurde in Deutschland die Fiskustheorie entwickelt. Dabei handelt es sich um eine Staatsform, die an gesetzliche Regelungen nicht gebunden ist. Der Staat unterliegt nur den Regelungen

¹⁴ Dazu siehe *Sobota*, S. 267 ff.

¹⁵ Zu historischen Entwicklungen siehe *Sezer / Kırt / Boyar*, S. 11 ff.; *Gözler / Kaplan*, S. 59 ff.; *Forsthoff*, Lehrbuch Verwaltungsrecht, 10. Auflage, München 1973, S. 41 ff.; *Günday*, İdare Hukuku, 10. Auflage, Ankara 2011, S. 37 ff.

des Privatrechts. Es ist nur möglich eine Klage gegen den Fiskus als Privatrechtssubjekt zu erheben. Deswegen sieht die Fiskustheorie eine Trennung zwischen Staat und Fiskus vor. So ist es zwar nicht möglich vorzubringen, dass Staatshandeln rechtswidrig ist, aber Personen die durch staatliche Akte und Handlungen in ihren Rechten verletzt werden, können im Umfang der besonderen gesetzlichen Regelungen auf Schadensersatz klagen.

Der Rechtsstaat, der eine Reaktion auf den Polizeistaat war, kam mit der Entwicklung des Gedanken, dass der Staat und der Fiskus einzigartige juristische Persönlichkeiten sind, also mit Abschwenken von der Fiskustheorie, zum Vorschein. Das Rechtsstaatsprinzip verfolgt in diesem Zusammenhang das Ziel, den Staat, also die öffentliche Gewalt zu begrenzen, das Einhalten des Rechts sicherzustellen und anstatt Willkür, das Recht vorherrschen zu lassen. Im Rechtsstaat ist die Einhaltung des Rechts eine Pflicht sowohl für Bürger als auch für öffentliche Ämter. So soll hinsichtlich der Einhaltung des Rechts kein Unterschied zwischen Bürgern und Staat gemacht werden. Die Bindung der Staatsorgane an das Recht bildet deswegen der Kern des Rechtsstaats. Die Legislative und die Exekutive sollen alle ihre Befugnisse innerhalb der Grenzen des Rechts ausüben. Um dies sicherzustellen braucht man zwangsläufig die rechtliche Kontrolle. Diese rechtliche Kontrolle durch Judikative ist dabei der effektivste Weg zur Gewährleistung der Einhaltung des Rechts.¹⁶ Im Rechtsstaat soll auch die Rechtssicherheit gewährleistet werden. Dafür sind aber die Grundrechte und -freiheiten des Einzelnen sicherzustellen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit soll in diesem Zusammenhang so funktionieren, dass die Verbindlichkeit und der Vorrang der Verfassung nicht in Frage gestellt werden. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Unabhängigkeit der Legislative sind ebenso unerlässliche Komponenten des Rechtsstaats. Die Bindung der Staatsmacht an das Recht und die Ausübung der Staatsgewalt im Rahmen des Rechts sind somit zwei tragende Säulen des Rechtsstaats.

Anfang des 20. Jahrhunderts fand das Rechtsstaatsprinzip seinen Platz insbesondere im Recht der europäischen Länder und der Länder wie den USA. Vor dem zweiten Weltkrieg, in dem in europäischen Ländern wie Deutschland, Italien und Spanien der Faschismus herrschte, konnte vom Bestehen des Rechtsstaatsprinzips nicht gesprochen werden. Aber es ist auffallend, dass nach dem zweiten Weltkrieg in vielen Ländern,

¹⁶ Hierzu *Schachtschneider*, S. 118 ff.

vorrangig in Westeuropa, das Prinzip des Rechtsstaates erneut in den Vordergrund getreten ist. Das Rechtsstaatsprinzip tauchte insbesondere in den fünfziger Jahren in liberal-demokratischen Ländern als unerlässliche Komponente auf. In den neunziger Jahren, mit Zerfall des Ostblocks ist darauf hinzuweisen, dass die Anzahl der Länder die das Rechtsstaatsprinzip sich zu eigen machten ernsthaft angestiegen ist. Außer einigen theokratischen, autoritären oder totalitären Staaten, akzeptieren heute alle demokratischen und modernen Länder das Rechtsstaatsprinzip als Basis und Grundwert für sich. Anfang der Jahre 2000 mit der Globalisierungsphase, die die ganze Welt beeinflusste, musste sich der Rechtsstaat neuen Herausforderungen stellen.¹⁷ Diesbezüglich ist zu betonen, dass der Rechtsstaat als ein dynamischer Begriff es unerlässlich macht, gegenüber den neu auftretenden Bedingungen einiger neuer Dimensionen anzustreben.

IV. ENTWICKLUNGEN IN DER TÜRKEI

Das Rechtsstaatsprinzip fand mit der Verfassung von 1961 seinen Einzug in der Türkei. Gleichwohl gilt, dass für den Übergang vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat die ersten Schritte in der Ära des Osmanischen Reichs erfolgten. Aus diesem Grund ist es nützlich die Verfassungsentwicklungen vom Osmanischen Reich bis heute zu betrachten.¹⁸ Bezüglich der Entwicklung des Rechtsstaates in der Türkei soll zuerst darauf hingewiesen werden, dass vor dem kaiserlichen Edikt zu Gülhane (*Tanzimat Fermanı*) das Osmanische Reich eine absolute Monarchie darstellte. Denn Staatsgewalten wie Judikative, Exekutive und Legislative waren in der Person des Sultans vereint und ein Organ das die Befugnisse des Sultans begrenzen konnte war nicht vorhanden. Deshalb stoßen wir vor der Ära des Kaiserlichen Edikts zu Gülhane im Osmanischen Reich auf keinerlei Spuren des Prinzips des Rechtsstaates.

Der Bündnisvertrag von 1808 (*Sened-i İttifak*), in dem der Sultan gegenüber den Landherren (*Ayan*) auf seine Verfügungsgewalt über

¹⁷ Dazu Özenç, S. 213 ff.

¹⁸ Zur türkischen Verfassungsgechichte Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 13. Auflage, Bursa 2012, S. 9 ff.; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 10. Auflage, Ankara 2009, S. 25 ff.; Rumpf, Das Rechtsstaatsprinzip in der türkischen Rechtsordnung, Bonn 1992, S. 36 ff.; Sezer / Kırıt / Boyar, S. 68 ff.

deren Leben sowie ihr Eigentum verzichtete und ihnen auf ihren Ländereien autonome Verfügungsrechte verlieh, bildete einen ersten Schritt auf dem Weg zum Rechtsstaat. Denn mit dieser Urkunde, wenn auch nur einseitig, wurde begonnen, die absolute Regierungsgewalt des Sultans gegenüber den Landherren zu begrenzen. Das kaiserliche Edikt zu Gülhane von 1839 (*Gülhane Hatt-ı Hümayûnu*) kann als ein zweiter Schritt auf dem Weg zur Rechtsstaatlichkeit betrachtet werden. Mit diesem Edikt wurden den Untertanen erstmals bestimmte Bürgerrechte eingeräumt. So beinhaltet diese Urkunde das Gleichheitsprinzip, das Recht auf Leben, das Prinzip des Vorranges des Gesetzes, das Recht auf ein faires Verfahren und das Beschlagnahmeverbot. Die klassischen Freiheitsrechte wie Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit fehlten jedoch in dieser Urkunde. Im Reformedikt von 1856 (*Islahat Fermanı*) hingegen liegt der Augenmerk auf der Gewährung mancher allgemeiner Rechte und Freiheiten an Nichtmuslime. Aus dieser Sicht ist dieses Edikt ein wichtiger Schritt in Richtung Rechtsstaatlichkeit. Zusätzlich ist zu betonen, dass der Kanun-î Esasi von 1876 die erste echte Verfassung im Sinne des europäischen Konstitutionalismus war. Diese Verfassung räumte den Bürgern viele Grundrechte und -freiheiten ein. Der Kanun-î Esasi enthält ferner einige wichtige Regelungen über Unabhängigkeit der Gerichte und Absetzbarkeit der Richter. Obwohl im Kanun-î Esasi der Vorrang der Verfassung offenbar dargelegt wurde, konnte durch die weiten Befugnisse des Sultans der Vorrang der Verfassung in der Praxis nicht umgesetzt werden.

Die türkische Verfassung von 1921 (*Teşkilât-ı Esasîye Kanunu oder 1921 Anayasası*), die während des Unabhängigkeitskrieges von der noch jungen Großen Nationalversammlung als Gesetz Nr. 85 verabschiedet wurde, sah die Gewalteneinheit und das System der Parlamentsregierung vor. In dieser Verfassung wurde aber das Rechtsstaatsprinzip nicht verankert. Ebenso wurden in dieser Verfassung Grundrechte und -freiheiten nicht geregelt. Das erklärt sich damit, dass diese Verfassung in einer Ausnahmeperiode verabschiedet wurde. So ist sie als eine Rahmenverfassung zu betrachten. Dagegen wurde in der türkischen Verfassung von 1924 (*1924 Anayasası*) das Prinzip des Vorrangs der Verfassung offen geregelt. Es gab aber noch keinen entsprechenden Mechanismus zur rechtlichen Kontrolle der Einhaltung Gesetze. Denn die Verfassung von 1924 beinhaltet keine Regelung über die Verfassungsgerichtsbarkeit. Abgesehen davon waren die Grundrechte und -freiheiten, die in der Verfassung von 1924 festgelegt waren, meist

Abwehrrechte (*Status negativus*). Von den wirtschaftlichen und kulturellen Rechten war keine Rede. Ebenso kann vom Bestehen eines effektiven Mechanismus, der die in der Verfassung festgelegte Rechte schützen kann, nicht gesprochen werden. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass viele in der Geltungsperiode dieser Verfassung und insbesondere in der Zeit des Einparteiensystems verabschiedete Gesetze (z.B. *Takrir-i Sükûn Kanunu*, *İskân Kanunu*, *Varlık Vergisi Kanunu*) und Verwaltungspraktiken dem Rechtsstaatsprinzip widersprachen.

Das Rechtsstaatsprinzip tauchte in der Türkei erstmals in der Verfassung von 1961 (*1961 Anayasası*) auf.¹⁹ So sah Artikel 2 der Verfassung vor, dass die Republik Türkei ein Rechtsstaat ist. In dieser Verfassung sind ebenso die Verbindlichkeit und der Vorrang der Verfassung aufgeführt. Die Aufgabe der Gewährleistung der rechtlichen Kontrolle der Gesetze im Lichte der Verfassung kommt dabei dem Verfassungsgericht zu. Weiterhin sind im zweiten Teil der Verfassung Grundrechte und -freiheiten umfangreich geregelt. In diesem Zusammenhang wurden soziale Rechte erstmals in der Verfassung aufgeführt. Verankert sind auch das Prinzip der Gewaltenteilung sowie die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit der Gerichte. In der Verfassung sind ebenso, wie oben aufgezeigt, viele allgemeine und besondere Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit aufgeführt. Zu beachten ist dabei, dass zwischen 1971 und 1973 in der Verfassung einige Änderungen vorgenommen wurden, die aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips Rückschritte darstellen. So wurden neue Einschränkungsgünde für die Grundrechte und -freiheiten festgelegt und die Koalitionsfreiheit der Beamten wurde aufgehoben. Der Regierung wurde die Befugnis verliehen Verordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen. Die Zuständigkeiten der Militärgerichte wurden erweitert. Staatssicherheitsgerichte (*DGM*) wurden errichtet und die Autonomie der Universitäten und des türkischen Rundfunks (*TRT*) wurde geschwächt.

Auch in Artikel 2 der Verfassung von 1982 (*1982 Anayasası*) ist vorgesehen, dass die Republik Türkei ein Rechtsstaat ist. Dabei ist zu beachten, dass die Verfassung von 1982 in seiner ersten verabschiedeten Form hinsichtlich der Internalisierung des Rechtsstaatsprinzips weit hinter der Verfassung von 1961 zurücklag. Die 1995, 2001, 2004 und 2010 durchgeführten Änderungen der Verfassung von 1982 bedeuteten wichtige Fortschritte in Richtung auf die Verwirklichung des

¹⁹ Dazu Gözler, S. 35 ff.; Özbudun, S. 39 ff.

Rechtsstaatsprinzips. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass insbesondere die Änderungen der Verfassung im Jahr 2001 von großer Bedeutung waren. Diese Änderungen verfolgten die Umsetzung der Kopenhagen-Kriterien, welche die Mindestbedingungen der politischen und gesetzlichen Voraussetzungen für Beitrittskandidaten der EU darstellen.

In der heutigen Fassung der Verfassung von 1982 sind viele Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit aufgeführt.²⁰ Dabei ist zu beachten, dass Artikel 2, in dem festgelegt ist, dass die Staatsform der Republik Türkei ein Rechtsstaat ist, eine nicht veränderbare Regelung beinhaltet. Das heißt Artikel 2 ist auf ewig einer Verfassungsänderung entzogen. Eine mögliche Änderung dieser Regelung ist deswegen als unzulässig einzustufen. So genießt die Rechtsstaatlichkeit im Vergleich zu den anderen Verfassungsbestimmungen einen stabileren Schutz. Darüber hinaus wurde in Artikel 6 ff. das Prinzip der Gewaltenteilung geregelt. Zudem wurde in Artikel 10 die Gleichheit vor dem Gesetz und in Artikel 11 die Verbindlichkeit der Verfassung aufgegriffen. Außerdem wurden in den Artikeln 12-74 die Grundrechte und -freiheiten detailliert geregelt. Hier sind viele Rechte und Freiheiten für unterschiedliche Generationen und Kategorien umfangreich festgelegt. In Artikel 13 hingegen ist die Einschränkung von Grundrechten und -freiheiten erfasst. Weiterhin sind die Erfordernisse des Straf- und Strafprozessrechts, die im Rechtsstaat notwendig sind, in Artikel 38 im Einzelnen behandelt. In Artikel 123 ist die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geregelt. Im Anschluss daran ist in Artikel 124 festgelegt, dass gegen jede Art von Verwaltungshandeln und Verwaltungsakten der Rechtsweg offen steht. Weiterhin sind in den Artikeln 138 ff. die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit der Gerichte sowie Bestimmungen zur Absetzbarkeit von Richtern aufgeführt. Als letztes ist in Artikel 148 der offene Rechtsweg beschrieben, der bei Verstoß gegen Grundrechte und -freiheiten über eine Verfassungsbeschwerde begangen werden kann.

Das Verfassungsgericht hat seit Beginn der sechziger Jahre in vielen seiner Urteile das Rechtsstaatsprinzip erwähnt.²¹ In diesem

²⁰ Ausführlich dazu *Sezer / Kırt / Boyar*, S. 77 ff.; *Gözler*, S. 82 ff.; *Özbudun*, S. 122 ff.; *Tanör / Yüzbaşıoğlu*, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Auflage, İstanbul 2006, S. 92 ff.

²¹ Als Beispiel zu nennen sind: AMK, 4.11.1963, E. 1962/208, K. 1963/1; AMK, 28.1.1964, E. 1963/128, K. 1964/8; AMK, 25.5.1976, E. 1976/1, K.

Zusammenhang ist auffällig, dass das Verfassungsgericht bei der Prüfung der Gesetze oftmals vom Rechtsstaatsprinzip Gebrauch gemacht hat. Hierzu muss angegeben werden, dass das Rechtsstaatsprinzip vom Verfassungsgericht als eine Referenznorm aufgegriffen wird. Ausgehend von Beschlüssen, die in unterschiedlichen Perioden getroffen wurden, ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtes bezüglich des Rechtsstaates wie folgt zusammenzufassen: 1) Der Rechtsstaat soll die Menschenrechte wahren. 2) Sämtliche Handlungen und Akte der Verwaltung müssen rechtmäßig sein und einer rechtlichen Prüfung unterzogen werden können. 3) Die Verwaltung muss bei all seinen Handlungen die Gerechtigkeit als Grundlage annehmen und weiterentwickeln. 4) Der Rechtsstaat muss vermeiden neben Verfassung und Gesetzen ebenso gegen allgemeine Rechtsgrundsätze zu verstoßen. 5) Im Rechtsstaat ist den Bürgern gegen die staatliche Willkür die Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dazu ist zu berücksichtigen, dass das Verfassungsgericht in seinen Beschlüssen außerdem die allgemeinen und besonderen Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit aufgreift.

Trotz Verfassungsbestimmungen und Urteile des Verfassungsgerichtes ist darauf hinzuweisen, dass es in der türkischen Rechtsordnung viele Regelungen gibt, die offenbar gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen.²² Zunächst ist zu betonen, dass die Unabhängigkeit der Gerichte in der Türkei seit jeher ein gewichtiges Problem darstellt. Die institutionelle Struktur des Hohen Richter- und Staatsanwälterats (*HSYK*) und dessen Führung durch den Justizminister, bringt den *HSYK* hinsichtlich seiner Unabhängigkeit und des Prinzips der Gewaltenteilung in eine Zwangslage. Es ist auch bekannt, dass der *HSYK* besonders in der jüngeren Vergangenheit bei manchen seiner Beschlüsse ernsthaft unter dem Einfluss der Exekutive stand. Auf gleiche Weise, insbesondere in der letzten Zeit ist auffällig, dass manche Staatsorgane den Vorrang und die Verbindlichkeit der Verfassung ignorieren. Die Nichtanwendung der Gerichtsbeschlüsse seitens der Exekutive ist eine weiterer Aspekt, das bezüglich des Rechtsstaatsprinzips Probleme mit

1976/28; AMK, 273.1986, E. 1985/31, K. 1986/11; AMK, 2.5.1989, E. 1988/36, K. 1989/24; AMK, 12.12.1989, E. 1989/11, K. 1989/48; AMK, 27.5.1999, E. 1998/58, K. 1999/15; AMK, 216.1991, E. 1990/20, K. 1991/17; AMK, 27.5.1999, E. 1998/58, K. 1999/15; AMK, 1.6.1998, E. 1996/74, K. 1998/45; AMK, 12.11.1991, E. 1991/7, K. 1991/43; AMK, 2.5.2013, E. 2013/44, K. 2013/59.

²² Hierzu vgl. *Sezer / Kırt / Boyar*, S. 68 ff.

sich bringt. Außerdem bergen der Ausschluss mancher Beschlüsse aus der rechtlichen Kontrolle durch den Staatspräsidenten, den HSYK, den obersten Militärrates (*YAS*) und der Kommandantur für Ausnahmezustand, ebenso Bedenken gegenüber dem Rechtsstaatsprinzip. Es wird heutzutage in der Türkei oft gegen die Grundregel verstoßen, dass ein Rückgriff auf die Verordnungen mit Gesetzeskraft und Omnibusgesetze (*Torba yasa*) nur ausnahmsweise zulässig ist. Dies bringt auch Probleme aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips mit sich. Zudem ist allgemein bekannt, dass in der letzte Zeit vorrangig Grundrechte und -freiheiten, wie die Versammlungsfreiheit und die Meinungsäußerungsfreiheit, von öffentlichen Stellen maßlos eingeschränkt wurden. Daneben muss angegeben werden, dass in der Türkei zahlreiche gesetzliche Regelungen vorhanden sind, die mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht im Einklang stehen. Unter diesen Regelungen befinden sich insbesondere die Änderungen des HSYK-Gesetzes von 2014²³, das Gesetz bezüglich der Strafrichter (*Sulh Ceza Hakimliği Yasası*²⁴) und das Gesetz der inneren Sicherheit (*İç Güvenlik Paketi*),²⁵ die offensichtlich aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips Probleme darstellen.

Ausgehend von obigen Erklärungen ist anzugeben, dass im türkischen Recht die allgemeinen und besonderen Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit in wichtigem Umfang verankert sind. Jedoch ist offensichtlich, dass die Verankerung dieser Erfordernisse in der Verfassung oder in den anderen Regelungen für die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips alleine nicht ausreicht. Die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips ist an die dem Recht entsprechende Handlung aller öffentlichen Amtsgewalten gebunden. Mit anderen Worten, die Anwendung des Rechtsstaatsprinzips ist an die Achtung des Rechts aller Personen und Organe gebunden, die die Staatsmacht ausüben. Deswegen ist in Ländern, die keine Achtung gegenüber dem Recht ausüben, nicht zu erwarten, dass das Prinzip des Rechtsstaates sich etabliert. Die Etablierung des Rechtsstaatsprinzips ist zweifellos an das Dasein von Bürgern gebunden, die sich über die Bedeutung des Prinzips des Rechtsstaates bewusst sind. Denn in einem Land, in dem der Staat dem Recht die nötige Achtung nicht entgegenbringt, ist es naiv zu erwarten,

²³ Gesetz Nummer: 6524 vom 15.02.2014.

²⁴ Gesetz Nummer: 6545 vom 18.06.2014.

²⁵ Gesetz Nummer: 6638 vom 27.03.2015.

dass dessen Bürger das Recht achten. Darüber hinaus darf nicht vergessen werden, dass das Rechtsstaatsprinzip, sei es aus der Sicht des Staats oder der der Bürger, einen wichtigen Garant darstellt. Denn das Recht wird auch jenen, die dagegen verstoßen, notwendig sein.

V. ERGEBNIS

Zur Verwirklichung der Gerechtigkeit stellt der Rechtsstaat einen Höhepunkt in der geschichtlichen Evolution des Staates dar. Der Begriff Rechtsstaat beschreibt Staaten, in denen es die Vorherrschaft des Rechts verwirklicht wurde, anstatt Willkür die Rechtssicherheit herrscht, Grundrechte und -freiheiten gewährleistet sind und neben dem Grundgesetz und Gesetzen auch universelles Recht als Grundlage akzeptiert wird.²⁶ Zu betonen ist hierbei, dass der Begriff Rechtsstaat in seiner dynamischen Eigenschaft viele Dimensionen und Erfordernisse beherbergt. Der Rechtsstaat, der im Gegensatz zu dem als Tyrannei bezeichneten Polizeistaat steht, beachtet in allen seinen Handlungen die rechtlichen Regelungen und nimmt sich mit der Grundlage der Gerechtigkeit universelles Recht als Leitfaden für all seine Handeln. Das Rechtsstaatsprinzip befindet sich in der türkischen Verfassung unter den unveränderbaren Bestimmungen. Im türkischen Recht besitzt das Rechtsstaatsprinzip die Funktion eines wichtigen Instrumentes zur Prüfung der Gesetzen und anderer staatlicher Akte. Obwohl in der Türkei seit langem mit Änderungen der Verfassung für die Realisierung des Rechtsstaates wichtige Schritte unternommen wurden, ist es doch nicht zu übersehen, dass insbesondere mit manchen Gesetzen und Verwaltungspraktiken in der letzten Zeit eine Rückentwicklung bezüglich der Rechtsstaatlichkeit stattgefunden hat.

²⁶ Dazu siehe auch *Kunig*, S. 117 ff.; *Schachtschneider*, S. 329 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

- BADURA, Peter: Staatsrecht, 2. Auflage, München 1996.
- DEGENHART, Christoph: Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 30. Auflage, Heidelberg 2014.
- FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch Verwaltungsrecht, 10. Auflage, München 1973.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 13. Auflage, Bursa 2012.
- GÖZLER, Kemal / Kaplan, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 12. Auflage, Bursa 2012.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Auflage, Ankara 2011.
- HATEMİ, Hüseyin: Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989.
- KORMANN, Hermut: Rechtsstaat und Gesetzesstaat, in: Festschrift Fröhler, Berlin 1980.
- KUNIG, Philip: Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986.
- MORLOK, Martin / MICHAEL, Lothar: Staatsorganisationsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2015.
- NADRAI, Valerie Marie-Gabrielle: Rechtsstaatlichkeit als internationales Gerechtigkeitsprinzip, Baden-Baden 2001.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 10. Auflage, Ankara 2009.
- ÖZENÇ, Berke: Hukuk Devleti, İstanbul 2014.
- RUMPF, Christian: Das Rechtsstaatsprinzip in der türkischen Rechtsordnung, Bonn 1992.
- SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht: Prinzipien des Rechtsstaats, Berlin 2006.
- SCHMIDT, Rolf: Staatsorganisationsrecht, 15. Auflage, Bremen 2015.
- SOBOTA, Katharina: Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen 1997.
- SEZER, Abdullah / KIRIT, Emrah / BOYAR, Oya: Hukuk Devleti, İstanbul 2003.
- STARCK, Christian: Der demokratische Verfassungsstaat, Tübingen 1995.

Ahmet M. GÜNEŞ

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: Türk Anayasa Hukuku, 8. Auflage, İstanbul 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold: Allgemeine Staatslehre, 16. Auflage, München 2010.

HEKİMİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Filiz YAVUZ İPEKYÜZ*

ÖZ

Kişinin hayat, sağlık ve beden bütünlüğü üzerindeki hakkı, kişilik hakkına dahil olduğu için, mutlak haktır. Kural olarak kişinin rızası olmadan bunlara yapılan herhangi bir müdahale onun yararına da olsa hukuka aykırıdır ve kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabildiği için ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Hekim tarafından yapılan müdahalenin hukuka uygunluk koşulu; tedaviye rıza gösterilmesi, müdahalenin tedavi amacıyla yapılması ve tıp bilimi kurallarına uygun olarak icra edilmesidir.

Hekimin hastaya tıbbi müdahalesi hastanın iyileştirilmesi olmakla birlikte bazen tam aksi sonuçlar doğurabilir. Örneğin hastalık ağırlaşabilir, başka uzuvlar zarar görebilir, yanlış tedavi sonucunda hasta ölebilir. Bu durumda hasta veya onun ölümü halinde geride kalanlar, uğradıkları zararın tazmini için kime/kimlere karşı ve hangi hukuki esaslara dayalı olarak hangi talepleri ileri sürebileceklerdir?

Mevzuatımızda, hekimlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen özel bir hüküm yoktur. Ancak bu, hekimlerin hukuki sorumlulukları bulunmadığı anlamına gelmez. Türk Ceza Kanunu ve Borçlar Kanunu gibi genel kanunlarda yer alan bazı hükümlerin yanı sıra sağlık hizmetlerini düzenleyen özel

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: fipekyuz@gmail.com.
Makalenin Gönderim Tarihi : 15.06.2015.
Makalenin Kabul Tarihi : 25.06.2015.

düzenlemelerde de hekimin sorumluluğuna yönelik pek çok düzenleme bulunmaktadır.

Hekimler, hata, ihmal ve kusurlarıyla hastaya verdikleri zararlardan Ceza Hukuku hükümlerince şahsen sorumlu oldukları gibi, aynı zamanda Borçlar Kanunu hükümlerine göre mal varlıklarından tazmin etmekle de yükümlü tutulabilirler.

Anahtar Kelimeler: Hukuki sorumluluk, Hekimin hukuki sorumluluğu, Hekimin tazminat sorumluluğu, Tazminat davası.

THE COMPENSATION LIABILITY OF PHYSICIAN

ABSTRACT

A person's rights to life, health and physical integrity, because it is included in the personal rights, are absolute rights. As a rule, without the person's consent, any interference with them is unlawful even though it is an useful and it is defined attack on personal rights. In order to eliminate illegality, the consent must not be contrary to morals, manners and public order. The eligibility conditions for legal intervention by the physician are consented to treatment, interfered in treatment, and performed in accordance with the rules of medical science.

As well as the medical intervention of physician to patient is improved the patient, it can sometimes produce opposite results. For example, the disease may worsen, other organs can be damaged, patient can die on the wrong treatment. In this case the patient or living heirs will able to assert which claims, against whom and based on what legal procedure for the compensate for this damage?

Our legislation has no specific provision governing the legal liability of physician. But this situation does not mean that the physician has no legal responsibility. As well as some provisions of the general legislation like Turkish Penal Code and the Code of Obligations, there are many regulations regarding the responsibility of the physician in the special legislation governing health care.

As physicians are personally responsible the Criminal Law provisions for the damage of medical mistake, negligence and fault to the patient, also they may be liable to compensate with their assets according to the Code of Obligations.

Keywords: Legal liability, The legal liability of physician, The compensation liability of physician, Suit for damages.

I. GİRİŞ

İnsanın sahip olduğu olanakları geliştirebilmesinin en temel koşulu onun bedensel ve ruhsal sağlığıdır¹. İnsanın bedensel ve ruhsal sağlığını korumak, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları² iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumak hekim³'in öncelikli görevidir⁴.

Hekimin hastanın bedensel ve ruhsal sağlığına kavuşması veya sağlığını koruması amacıyla yaptığı müdahaleyi tıbbi müdahale olarak kabul etmekteyiz⁵. Hekimin hastanın beden bütünlüğüne yönelik yaptığı tıbbi müdahale kişilik hakları kapsamında kişinin beden bütünlüğü üzerindeki kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkı olan kişilik hakkına yönelik bir müdahaledir.

Kişinin, hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde sahip olduğu hak kişilik hakkının kapsamındadır⁶. Anayasa'nın 17 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”. Anayasa'nın 17 inci maddesi, yaşama (hayat) hakkını, temel haklar arasında saymış ve bu hakka herkesin sahip olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda kişilik hakkı kapsamında olduğu için Türk Medeni Kanunu 24 üncü maddesi ve özellikle Türk Borçlar

¹ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, 1.2.1999, giriş.

² Hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimsedir (Hasta Hakları Yönetmeliği, m.4/I) Ayrıca diğer tanımlar için bkz. Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İst.2006, s. 20 ve dpn.72; Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, güncellenmiş ve yenilenmiş 4. bası, seçkin, Ankara-2012, s. 32-37.

³ Genel anlamda hekim kavramı, modern toplum hayatında, hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış kişileri ifade eder. Mehmet Ayan, Tıbbi müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı, Ankara-1991, s. 5; İpekyüz, s. 16. Hekimlik sıfatının şartları için bkz. İpekyüz, s. 17 vd.

⁴ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları mad. 5.

⁵ Tıbbi müdahale ve sınıflandırma için bkz. Aydın Zevkliler, “Tedavi amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, DÜHFD, YIL: 1983, S. 1, Diyarbakır, s. 23-37; Ayan, s. 10-46; Yavuz İpekyüz, s. 30-46.

⁶ Mustafa Dural / Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, İst. 2006, s. 98; İpekyüz, s. 7.

Kanunu 56 ıncı maddesi (EBK mad.47) hayat, sağlık ve beden bütünlüğüne yapılan saldırılara karşı yaptırımları düzenlemiştir.

Kişinin hayat, sağlık ve beden bütünlüğü üzerindeki hakkı, kişilik hakkına dahil olduğu için, mutlak haktır⁷. Kural olarak kişinin rızası olmadan bunlara yapılan herhangi bir müdahale onun yararına da olsa hukuka aykırıdır ve kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabildiği için ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir⁸. Hekim tarafından yapılan müdahalenin hukuka uygunluk koşulu; tedaviye rıza gösterilmesi, müdahalenin tedavi amacıyla yapılması ve tıp bilimi kurallarına uygun olarak icra edilmesidir.

Hekimin hastaya tıbbi müdahalesi hastanın iyileştirilmesi olmakla birlikte bazen tam aksi sonuçlar doğabilir. Örneğin hastalık ağırlaşabilir, başka uzuvlar zarar görebilir, yanlış tedavi sonucunda hasta ölebilir. Bu durumda hasta veya onun ölümü halinde geride kalanlar, uğradıkları zararın tazmini için kime/kimlere karşı ve hangi hukuki esaslara dayalı olarak hangi talepleri ileri sürebileceklerdir?

Mevzuatımızda, hekimlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen özel bir hüküm yoktur. Ancak bu, hekimlerin hukuki sorumlulukları bulunmadığı anlamına gelmez. Türk Ceza Kanunu ve Borçlar Kanunu gibi genel kanunlarda yer alan bazı hükümlerin yanı sıra sağlık hizmetlerini düzenleyen özel düzenlemelerde de hekimin sorumluluğuna yönelik pek çok düzenleme bulunmaktadır⁹.

⁷ İpekyüz, s. 7; Dural / Öğüz, s. 98.

⁸ Kişinin hayatı üzerinde tasarruf edilmesine rıza gösterme yetkisi kesin olarak yoktur. Hukukumuzda ötenazi ya da düello hukuka aykırıdır.

⁹ “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” 5013 sayılı R.G. 09.12.2003-25311; 1988 tarihli Lizbon hasta hakları Bildirgesi; “Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun” 1219 sayılı, R.G.14/4/1928 Sayı: 863; 24/4/1930 tarih ve 1593 sayılı “Umumi Hıfzıssıha Kanunu”; “Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Bu Kanun” 2238 sayılı, R. G. 3/6/1979 Sayı: 16655; “Hususi Hastaneler Kanunu” 2219 sayılı, R. G. 5/6/1933 Sayı: 2419; “Türk Tabipleri Birliği Kanunu” 6023 sayılı, R.G. Tarih: 31/1/1953 Sayı: 8323; “Nüfus Planlaması Hakkında Kanun” 2827 R.G. 27/5/1983 Sayı: 18059; 1960 tarihli “Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi”; 1983 tarihli “Rahim Tahliyesini ve Sterilizasyonu Hizmetleri nin Yürütülmesi ve

Hekimler, hata, ihmal ve kusurlarıyla hastaya verdikleri zararlardan Ceza Hukuku hükümlerince şahsen sorumlu oldukları gibi, aynı zamanda Borçlar Kanunu hükümlerine göre mal varlıklarından tazmin etmekle de yükümlü tutulabilirler.

Hekimlik mesleğine ilişkin olarak açılan tazminat davalarında, davalı hekimin özel sektöre veya devlet ile diğer kamu tüzel kişilerine ait sağlık kurumlarında (kamu hastanelerinde) faaliyet gösteriyor olması davaya uygulanacak yargılama usulü yönünden farklılık yaratsa da¹⁰, genellikle Türk Borçlar Kanunu 49 uncu (EBK 41.) maddesine göre

Denetlenmesine ilişkin Tüzük”, ”Hasta Hakları Yönetmeliği” R. G. 01 . 08. 1998 ; Sayı: 23420; “Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği” 10.9.1982, No: 8/5319; “Özel Hastaneler Yönetmeliği” 27.03.2002 R. G.: 24708; “Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği” R.G. 01.06.2000, Sayı: 24066. Ve diğer ulusal ve uluslar arası mevzuat.

¹⁰ “...Doktorun kişisel kusuru ileri sürülmüşse, incelenme yeri adli yargıdır. Davacıların desteğine üniversite hastanesinde uygulanan tedaviden sonuç alınamayarak ölmüş olmasında, doktor kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat istenmiştir. Mahkemece, hem görevli idare ve hem de gerçek kişi doktor yönünden idari yargının görevli olduğuna karar verilmiş ve bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi, tedavide doktor kusuru bulunduğu iddiası ile üniversite idaresi ve gerçek kişi olan doktor birlikte dava edilmişlerdir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idare mahkemelerinde ancak ilgili idare kurumu dava edilebilir. Bu yasal düzenlemeye göre gerçek kişilere karşı idare mahkemelerinde dava açılmaz. Bu durumda gerçek kişi doktora karşı açılmış olan dava için de görevsizlik kararı verilmiş olması doğru değildir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde her iki davalı için de görevsizlik kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davalı doktor hakkında dava dilekçesindeki açıklamalar değerlendirildiğinde, kişisel kusuruna dayanıldığığının anlaşılmasına, bu yöndeki savı inceleme görevinin adli yargıya ait bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. 15.11.2000, 4-1650 /1690.

haksız fiil sorumluluğu, 66 ıncı (EBK 55.) maddesine göre adam çalıştırmanın sorumluluğu, 69 uncu (EBK 58.) maddesine göre alet-edevat dolayısıyla sorumluluklar ve 112 inci (EBK 96.) maddesine göre akdi sorumluluklarla, 502 inci (EBK 386.) maddesinde düzenlenen vekalet akdi genel ve özel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisi mevcut değilse, hekim Türk Borçlar Kanunu madde 49 hükmüne göre sorumlu olacaktır. Bu hükme göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Hekimin özel hastanede hizmet sözleşmesi ile çalıştığı durumlarda hekimin sorumluluğu, kural olarak, haksız fiil sorumluluğudur.¹¹ Zira, belirtilen durumlarda, hekimle hasta arasında önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığı gibi, hekim hastadan ücret almamakta, hasta da hekimi seçmemektedir¹².

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kurumlarında devlet memuru olarak çalışan hekimin, ilgili kamu kuruluşunda kamu hizmeti gördüğü; hekimle hasta arasında bir ilişkinin kurulmadığı kabul

¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 29.03.2006, 4-86/111 `Kamu görevlisi olan hekim aleyhine açılan dava kişisel kusur iddiasıyla açılmışsa, hukuk mahkemesi davaya bakmalı ve öncelikle bu iddia doğrultusunda inceleme yapmalıdır.`

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2002/13-1011 K. 2002/1047 T. 11.12.2002 Davası; davacılar E.K. ile davalı B. A.Ş.'ne ait sağlık kuruluşu arasındaki "tedavi amacına yönelik olan vekalet sözleşmesinden" kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Bu sözleşme, hukuksal niteliğine göre BK.nun 386 vd. hükümlerine uyan bir vekalet sözleşmesidir. Davalı doktorlar C. ve E. ise B. A.Ş.'nin istihdam ettiği çalışanlardır (müstahdemleridir). Davacı E. ile anılan doktorlar arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Bu nedenle davalı şirket, istihdam ettiği doktorların davacıya verdikleri zarar nedeniyle (yükümlülüğünü istihdam ettiği doktorlar eliyle gerçekleştirirken) BK.nun 100. maddesine göre sorumlu olacaktır. Zarara neden olan doktorlar ile zarar gören anne Emine arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığına göre (BK.nun 55. maddesi uygulanamayacağı için); davalı doktorların sorumluluğu, sözleşmeye dayandırılmayacağından, ihmali ve özensiz davranışları nedeniyle haksız fiil (BK.nun 41) hükmüne dayanmaktadır...".

edilmektedir¹³. Özel hastanede hizmet sözleşmesi ile çalışan hekimlerin kusurlu hareketlerinden hastane sorumlu tutulmaktadır.

Devlete veya diğer kamu tüzel kişilerine ait sağlık kurumlarında, hekimin hastalara vermiş olduğu zarardan asıl sorumlu devlettir. Bu durum 1982 Anayasası'nda düzenlenmiştir. Anayasa madde 40/3 hükmüne göre, kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar devletçe tazmin edilir.¹⁴ Benzer düzenleme Anayasa'nın 129/5 maddesinde ve Devlet Memurları Kanunu 13 üni madde hükmünde de mevcuttur¹⁵.

Devlete ait sağlık kurumlarında çalışan hekim, serbest çalışan hekimler gibi, hastayı tedavi etmek ve tıbben gerekli olanı yerine getirmekle yükümlüdür. Hekim, teşhis ve tedavide gerekli dikkat ve özeni göstermek zorundadır.

Hasta, uğradığı zarara karşı, maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Hastanın ölümü halinde tazminat davasını, hastanın mirasçıları, yakınları ve destekten yoksun kalanlar da açabilir¹⁶.

¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/4-592 K. 2012/25 T. 1.2.2012 “...Davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir. Mahkemece, davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi hukuka uygundur.”

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 31.10.2007, 4-800/797 kişisel kusur varsa, dava idare aleyhine değil, hekim aleyhine açılır.

¹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu -29.03.2006, 4-86/111 “...Anayasa'nın 129/5. Maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine açılması gerekir. Ancak idare aleyhine dava açılabilmesi eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlıdır. Dava dilekçesindeki açıklamalara göre davacılar, davalı gerçek kişilerin kişisel kusuruna dayanmışlardır. Şu durumda mahkemece, öncelikle bu iddia doğrultusunda inceleme yapılmalı, bu bağlamda tarafların tüm delilleri toplanıp değerlendirilmeli, idarenin hizmet kusuru dışında, davalı gerçek kişilerin hizmetten ayrılabilen kişisel kusur oluşturabilecek davranışları bulunup bulunmadığı araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmelidir...”

¹⁶ Bkz. Aşağıda, tazminat davasının tarafları / davacı.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kurumlarında çalışan hekim hastasına zarar verirse, dava devlet veya ilgili idare aleyhine açılır¹⁷. Ancak, devlet veya ilgili idare ödediği tazminat için, hekimin

¹⁷ Yanlış tedaviden kaynaklanan tazminat talebinde hekimin ihmal ve dikkatsizliğine dayalı destekten yoksun kalma tazminatı – eylemin görev sırasında hizmet kusurundan kaynaklandığı / davanın doktora değil idareye karşı açılması gereği “...gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu’nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için “hizmet kusuru” ve “kişisel kusur” ayrımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa’nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten islediği eylemin bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın “kusur” ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğu ile kabul edilmiştir....Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibarıyla de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır...Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/4-592 K. 2012/25 T. 1.2.2012.

kusurunu, ihmali ve tedbirsizliğini tespit ederse, hekime rücu davası açabilir¹⁸.

Tıbbi müdahale sonucunda doğan zarardan, sadece hekim değil, gerek hekimin müdahale sırasında kullandığı malzemeler, makinalar veya müdahale yerindeki eksiklikler nedeniyle diğer 3. kişilerin de sorumluluğunu gündeme getirebilir. Aynı bilimsel çalışmalara konu olabilecek bu hususlar bu çalışmada ele alınmayıp; çalışma, başlığından da anlaşılacağı üzere; sadece hekimin tıbbi müdahaleyi yaparken verdiği zararlardan dolayı söz konusu olabilecek tazminat sorumluluğuna yönelik hazırlanmıştır.

II. HEKİMİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU'NUN KOŞULLARI

Tazminat sorumluluğu özel hukuk yaptırımını olarak düzenlenmiştir.

Hekimin tıbbi müdahaleden doğan özel hukuk sorumluluğu ve buna bağlı olarak tazminat sorumluluğu Türk Hukuk sisteminde genel nitelikte kanunlar içinde değerlendirilmektedir.

Hekimin sorumluluğunun kaynağı; haksız fiil, sözleşmeye aykırılık¹⁹ ve vekaletsiz iş görme'dir²⁰.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 02.03.2005, 4-101/133; "...Davanın kurum aleyhine açılmış olması ve sağlık personeli hakkında verilen ret kararının temyiz edilmemiş olması, sağlık personeli hakkında kazanılmış hak sonucu doğurmaz. Verilen karar rücu davasında dikkate alınabilir..."

¹⁹ "... Dava; davacılarından E.K. ile davalı B. A.Ş.'ne ait sağlık kuruluşu arasındaki "tedavi amacına yönelik olan vekâlet sözleşmesinden" kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Bu sözleşme, hukuksal niteliğine göre BK'nın 386 vd. hükümlerine uyan bir vekâlet sözleşmesidir. Davalı doktorlar C. ve E. ise B. A.Ş.'nin istihdam ettiği çalışanlarıdır (müstahdemleridir). Davacı E. ile anılan doktorlar arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Bu nedenle davalı şirket, istihdam ettiği doktorların davacıya verdikleri zarar nedeniyle (yükümlülüğünü istihdam ettiği doktorlar eliyle gerçekleştirirken) BK'nın 100. maddesine göre sorumlu olacaktır. Zarara neden olan doktorlar ile zarar gören anne Emine arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığına göre (BK'nın 55. maddesi uygulanamayacağı için); davalı doktorların sorumluluğu, sözleşmeye dayandırılmayacağından, ihmali ve özensiz davranışları nedeniyle haksız

Hekimin tazminat sorumluluğu hekimin hukuka aykırı tıbbi müdahalesi sonucunda hastanın zarar görmesi halinde söz konusu olur. Genel olarak tazminatın amacı kişinin iradesi dışında ekonomik yönden malvarlığında veya kişilik haklarında meydana gelen zararın giderilmesidir²¹.

Tazminat hukukunun başlıca dört unsuru vardır. Bunlar; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağıdır. TBK mad.49 (EBK mad.41).

A. Hukuka Aykırılık

Hekimin hukuka aykırı davranışı, sözleşmenin ihlali şeklinde olabileceği gibi, haksız fiil ya da vekaletsiz iş görme şeklinde de olabilir. Hukuka aykırılık, sorumluluğun objektif şartıdır. Bir kimse, hukuk düzeninin, kişileri zarardan korumak amacıyla koyduğu herkese hitap eden emirleri veya yasakları çiğnerse hukuka aykırı hareket etmiş olur.²² Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka aykırılığını gideren haller kanunda belirtilmiştir. (TMK mad.24/II, TBK mad. 63).

Hukuka uygunluk sebepleri; zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır.

Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde sahip olduğu hak, kişilik hakkına dahil olan mutlak bir haktır. Mutlak hak karakteri herkese karşı ileri sürülme etkisini doğurur. Kişinin rızası olmadan bunlara yapılan herhangi bir müdahale, onun yararına da olsa hukuka aykırıdır ve dolayısıyla kişilik hakkına yapılan saldırı niteliğini taşır. Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde sahip olduğu hak, diğer mutlak haklar yanında farklı bir özellik taşımaktadır. Şöyle ki; kişinin rızası her türlü müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkaramayacaktır. Bu değerler üzerindeki hak, kişinin beden ve ruh bütünlüğünü koruyabilmesi, sürdürebilmesi ve varlığını devam ettirebilmesine imkan tanıdığı için kamu düzenini yakından ilgilendirir. Bu açıdan bu değerlere yapılan müdahalede rızanın hukuka aykırılığı

fiil (BK 41) hükmüne dayanmaktadır...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 11.12.2002, 13-1011/1047.

²⁰ Bu konuda bkz. Ayan, s. 49 vd.; İpekyüz, s. 119 vd.

²¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2015, 18. bası, Yetkin-İstanbul s. 466.

²² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar Hukuku, 1988 6. bası, s. 643.

ortadan kaldırabilmesi için, ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı bir rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamakla birlikte Türk Borçlar Kanunu 52 inci maddesine (EBK mad.44) göre tazminatta indirim sebebi olabilir²³.

Hekimin müdahalesi hastanın beden ve ruh bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaledir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için hastanın aydınlatılmış rızasının²⁴ olması gereklidir²⁵.

Hekimin, hastanın veya yakınlarının aydınlatılmış rızasını alma imkanı yok ise²⁶; Örneğin hasta ayırtım gücüne sahip değilse veya

²³ Dural / Ögüz, s. 98; Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyan Davalar, İstanbul-2001, s. 51 ve 52; Mustafa Tiftik, “Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanunla Değişik M. 24 F. II Hükmü Karşısında Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası”, DÜHFD 1993, S. 6, s. 387; İpekyüz, s. 7, 8.

²⁴ Aydınlatılmış rıza, tüm ayrıntılar gözden geçirilip, meydana gelebilecek sonuçlar değerlendirildikten sonra, bilinçli ve özgür iradesiyle karar verebilecek duruma getirilmiş hasta kararıdır. Hastanın kendi yararına olarak vücut bütünlüğü üzerinde karar verebilmesi ancak uygulanacak tedaviyi, hastalığın sebeplerini, yapılacak müdahaleyi, sınırlarını ve kapsamını bilmesiyle mümkün hale gelir. Helvacı, s. 107; İpekyüz, s. 90; ayrıca bkz. Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara-2007, s. 103 vd. M. Erdal Güzeldemir “Hasta Bilgilendirmenin Önemi” Aydınlatılmış Onam, Editör: Faik Çelik, Konya-karaman tabip odası yayını, Konya 2006, s. 22. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2013/30822 K. 2014/10772 9.4.2014 tarihli kararı “...Sağlıkla ilgili her türlü girişimin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesi halinde yani özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabileceği, salt ameliyata rıza göstermenin yeterli olmadığı ayrıca, komplikasyonlar da izah edilerek önceden müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi suretiyle aydınlatılmış rızanın sağlanması gerektiği ve bu hususta ispat külfetinin de hekim ya da hastanede olduğu gözetilmelidir...” Kazancı.com.

²⁵ Ayan, s. 71; Helvacı, s. 107; Abdulkadir Arpacı, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul-1993, s. 107; M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay, Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 7. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul-2002, s. 119; Hakeri, s. 103; İpekyüz, s. 90.

²⁶ Hastanın rızasını açıklayamayacak durumda olması veya onun adına rıza açıklaması yapacak kimsenin bulunmaması halinde, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması “mefruz rıza” ile açıklanır. Bu konuda bkz. Dural / Ögüz, s. 99; Arpacı, s. 110; Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul-1972, s. 141; Resioğlu, Hekim, s. 7.

geçirdiği kaza neticesinde şuru kapalı ve yakınlarına da ulaşamıyorsa bu durumda müdahale için beklemek daha büyük zararların meydana gelmesine neden olabilecekte hastanın hayatını ve daha büyük zararların doğmasını önlemek **daha üstün nitelikte bir özel yararın** varlığından söz edebiliriz²⁷.

Kişinin beden bütünlüğüne rızası dışında **daha üstün bir kamusal yarar** amacıyla örneğin bulaşıcı hastalıkların önlenmesi amacıyla aşı yapılması halinde tıbbi müdahale hukuka uygundur²⁸.

B. Kusur

1. Kusur kavramı

Sorumluluk hukuku yönünden kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış şeklidir.²⁹Hekim yönünden kusur, ister sözleşmeden ister haksız fiilden kaynaklansın kurucu unsurdur³⁰. Kusur, hekimin gerek hekimlik sözleşmesinin gerek hukuk düzeninin kendisine yüklediği yükümlülükleri, kasten veya ihmal ile ihlal etmiş olmasıdır. Başka bir anlatımla kusur, olması gereken davranışta gösterilen irade eksikliğidir.

2. Kusurun çeşitleri

Sorumluluk hukukunda kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır³¹. Zararın kasten veya ihmalen verilmesi, yani kusurun ağırlığı, belirlenecek tazminatın miktarı yönünden önem taşır³².

²⁷ Oğuzman / Öz, s. 512; Arpacı, s. 105 ve 107; Dural / Ögüz, s. 101; İpekyüz, s. 29.

²⁸ Dural / Ögüz, s. 99; Ayan, s. 117.

²⁹ Eren, s. 551; Deschanaux / Tercier, Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara-1983, s. 79; Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara-1961, s. 45; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, C. I-II, s. 439; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 492; ; M.Kemal Oğuzman / Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler III, 8. bası Vedat Kitapçılık İstanbul-2010, s. 527; Ayan, s. 100; İpekyüz, s. 130.

³⁰ Ayan, s. 100 ve 117;

³¹ Eren, s. 576; Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. bası, Ankara-1984, s. 265 vd.; Necmettin Fevzi Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul-C. 1, 2. Bası 1976, C. II, 1977, C I, s,478; Safa

Kast, hukuka aykırı sonucun, bizzat istenerek meydana getirilmesidir³³. Örneğin, hekimin, yüksek tedavi ücreti almak için, tedavi süresini bilerek uzatması, gereksiz ameliyat etmesi kasıtlı davranışlardır³⁴. İhmal, borçlunun hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için, şartların gerektirdiği özeni göstermemesidir³⁵. Örneğin, davacının kalbinde sargı bezi unutulması ihmali bir davranıştır³⁶.

İhmalin belirlenmesinde kıstas, hekimin mensup olduğu kategori içinde yer alan, ortalama bir kişinin aynı hâl ve şartlar altında göstereceği davranıştır. Örneğin, pratisyen hekimin davranışı, ortalama seviyede, makul bir pratisyen hekimin davranışıyla; uzman hekimin davranışı, orta seviyede uzman hekimin davranışı ile kıyaslanır³⁷.

3. Meslek kusuru

Hekimin hukuki sorumluluğu incelenirken üzerinde durulan önemli hususlardan biri de “meslek kusuru”dur. Hukukumuzda meslek kusurunun tanımı yapılmamakla birlikte, Avrupa Konseyi³⁸ bünyesinde

Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 22. bası, İstanbul-2011, s. 170; Ayan, s. 101.

³² Eren, s. 573; Feyzioğlu, s. 482; Ayan, s. 101.

³³ Eren, s. 576; Reisoğlu, s. 170; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 453, Oğuzman / Öz, s. 528; İnan, s. 266; Ayan, s. 101.

³⁴ Ayan, s. 10; İpekyüz, s. 132.

³⁵ Eren, s. 579; Reisoğlu, s. 170; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 453; Oğuzman / Öz, s. 529; İnan, s. 266; Ayan, s. 102.

³⁶ Yargıtay 13. HD, 7697/10489 T. 30.6.2011 tarihli kararı “Davacı, 13.11.2000 tarihinde davalı Y... İ... Hastanesi’nde by pass ameliyatı olduğunu, ağrılarının devam etmesi üzerine ameliyatı gerçekleştiren davalı doktorlara başvurduğunda, operasyondan sonra doğal bir süreç olan kan pıhtılaşması oluştuğunu bildirdiklerini, başka bir doktora gittiğinde ise, ameliyat sırasında kalbinde sargı bezi unutulduğunun tespit edildiğini, Doktor S.E. Hastanesi’nde yapılan ameliyatla sargı bezinin çıkarıldığını, beş firmanın başkanlığını ve yöneticiliğini yapmakta olduğundan tedavi süresince maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere şimdilik 50.000-TL maddi, 50.000-TL manevi tazminatın davalılardan müteselsilen ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

³⁷ Eren, s. 579; Ayan, s. 102; İpekyüz, s. 133.

³⁸ Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma’nın “Halk Sağlığı” başlığını taşıyan 168. maddesi uyarınca “Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan

yirmi yıl süren çalışmalar neticesinde ortaya çıkan ve biyoloji ve tıp alanındaki hızlı gelişmelerin tehdit ettiği insan hakları ve onurunun korunmasına ilişkin ilk uluslararası hukuk belgesi niteliğindeki Avrupa Biyotıp Sözleşmesi³⁹ nin 4. maddesinde, “Meslek Kurallarına Uyuma” başlığı altında; “Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” denilmektedir. Bu konuda genellikle kabul edilen tanımlamaya göre meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu ihlalidir. Yani, hekimin tıp ilmi ve uygulamasında bilinip kabul edilmiş kuralları gerekli dikkat ve özenin eksikliği nedeniyle nazara almamasıdır⁴⁰.

yasama usulü uyarınca hareket ederek ve Ekonomik ve Sosyal Komite ile Bölgeler Komitesi’ne danıştıktan sonra, üye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerinin uyumlaştırılması hariç olmak üzere, insan sağlığının korunmasını ve daha iyi duruma getirilmesini ve özellikle sınır ötesi büyük sağlık felaketleriyle mücadeleye ilişkin teşvik tedbirlerini, sağlık konusunda ciddi sınır ötesi tehditlerin izlenmesi, bu tehditler konusunda erken uyarıda bulunulması ve bu tehditlerle mücadele edilmesine ilişkin tedbirleri ve halkın sağlığını tütün ve aşırı alkol kullanımından korumayı doğrudan amaçlayan tedbirleri de alabilir. Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine, bu maddede belirtilen amaçları gerçekleştirmek için tavsiyeler kabul edebilir. Avrupa Konseyi’nin işleyişine ilişkin olarak bkz. Necat Azarkan, “Arbeitnehmer Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 9, No: 1, Ankara 2010, s. 4 vd.

³⁹ “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış, TBMM, 3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile Sözleşme’nin onaylanmasını uygun bulmuştur. Bu kanun uyarınca Sözleşme 16 Mart 2004 tarihinde onaylanmıştır.” Tuğrul KATOĞLU “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi” AÜHF D 2006 <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-01/AUHF-2006-55-01-Katoglu.pdf> ‘den aynen alınmıştır.

⁴⁰ Ayan, s. 107; İpekyüz, s. 135. Yargıtay 13. HD, E. 2013/23012 K. 2014/22561 T. 2.7.2014 “...Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve istihdam ettiği doktorunun teşhis ve tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesi isteğine ilişkindir. Borçlar Kanunu’nun vekâlet akdini düzenleyen 386 ve devamı maddeleri uyarınca “Davanın

Meslek kusuru tanımına göre bu kavramın “tıp ilminin genel olarak tanınmış kuralları” ve “tıp ilminin genel olarak tanınmış kurallarına aykırılık” olmak üzere iki unsuru vardır⁴¹.

temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurunda bile sorumludur. (BK.nun 321/1 md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. Önemli bir diğer düzenleme de AVRUPA BİYOTIP SÖZLEŞMESİDİR. Bu sözleşme 9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin “Amaç” başlıklı 1. maddesinde; “Bu sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler.” Sözleşmenin 4. maddesinde ise, “Meslek Kurallarına Uyuma” başlığı altında; “Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” denilmektedir. Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir.”

⁴¹ Ayan, s. 105-109.

Tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallarının tespiti, mahiyeti gereği oldukça zordur. Tıp bilimince genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığı için, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı ve benzer olaylarda sürekli uygulanıyor olması gerekir.

Tıp bilimi tarafından bilinen, fakat henüz yeterince yaygın bir uygulamaya kavuşmamış yöntemleri de hekim uygulayabilir. Ancak, söz konusu yöntemin uygulanması için, tıp biliminde genel olarak tanınmış bir yöntemle oranla daha fazla iyileştirme şansı vermelidir.

Meslek kusuru kavramı, sadece, meslek kurallarına aykırılıktan ibaret değildir. Yani, hekim, sadece meslek kurallarına uymakla sorumluluktan kurtulamaz. Hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi, hem meslek kurallarına uymasına, hem de gerekli dikkat ve özeni göstermesine bağlıdır⁴².

Meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Hekim, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmedir⁴³.

Meslek kusuru, kusurun çeşitlerinden ihmal kavramı içinde değerlendirilebilir⁴⁴.

⁴² Yargıtay 13. HD, E. 10.10.2006,10068/13288 “ Vekil konumunda olan doktor, hafif dahi olsa, bütün kusurlarından sorumludur. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorundadır.” Kazanci.com.

⁴³ Yargıtay 13. HD, 19.10.2006 T. 10057/13842 Kazanci.com.

⁴⁴ Ayan, s. 109.

C. Zarar

Zarar, hekimin sorumluluğunun en önemli şartını teşkil eder. Zira, zararın bulunmadığı yerde tazmin yükümlülüğü söz konusu değildir⁴⁵.

Zarar, dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarar olarak iki farklı şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar ile zarar gören kişinin malvarlığındaki eksilme ifade edilmektedir⁴⁶. Geniş anlamda zarar kavramıyla ise, kişinin malvarlığına ilişkin zarar olan “maddi zarar” ile kişinin şahıs varlığına ilişkin zarar olan “manevi zarar” ifade edilmektedir.⁴⁷

Hekimin sorumluluğunda zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde ve malvarlığında oluşan istenmeyen değişiklikler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mal varlığında eksilme maddi; kişisel değerler üzerindeki eksilme ve bozulma ise manevi zararı oluşturur.

1. Maddi zarar

Tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybı, eşinin veya yakınının sağlığının bozulması ya da ölmesi nedeniyle destekten yoksun kalma, ölüm nedeniyle meydana gelen giderler, cenaze masrafları mal varlığında eksilmeye neden olur ve buna maddi zarar adı verilir.

Tıbbi müdahale nedeniyle sağlığı zarar gören kişi tamamen veya kısmen çalışmamaktan ve ileride ekonomik olarak uğrayacağı yoksulluktan doğacak zararlarını ve bu nedenle yaptığı tüm giderleri isteyebilir⁴⁸.

⁴⁵ Eren, s. 520; Reisoğlu, s. 168; Ayan, s. 109.

⁴⁶ Eren, s. 520.

⁴⁷ W.E. Ott, Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich-1978, s. 82; Eren, s. 472 ve 473; Tandoğan, s. 63; Oğuzman / Öz, manevi zararı “geniş anlamda zarar kavramı” içine alacak şekilde değil; ayrı özelliklere sahip ayrı bir kurum olarak ele almakta ve değerlendirmektedir. s. 512.

⁴⁸ Yargıtay 13. HD. 14.3.1983 T., E. 1982/7237, K. 1983/1783, “...Davacının maddi tazminat istemi iki bölümde toplanmaktadır. 15.000 lira tedavi giderler ve diğer zararlar.”

2. Manevi Zarar

Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde şahıs varlığında (kişilik haklarında, manevi değerlerinde) iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Bir kişinin, kişiliğini, yani hukuki değerlerinin ihlali dolayısıyla uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir.

Manevi zararlar genellikle “ruhsal zedelenmeye” yol açar. Dolayısıyla hekimin tedavi hatası sonucunda hastanın yaşama istek ve sevincinde (hasta açısından) duyarlı sayılabilecek bir rahatsızlık meydana gelmişse, bu zedelenmenin en azından belli bir dereceye kadar giderilebilmesi manevi tazminat vasıtasıyla söz konusu olabilir. Söz konusu manevi tazminatın hukuki dayanağını, Türk Borçlar Kanunu 56 ve 58 inci (EBK m.47, 49) maddeler oluşturmaktadır. Bu her iki madde de Türk Medeni Kanunu 24 üncü maddesinde düzenlenmiş olan kişilik haklarının korunmasına uygulama teşkil etmektedir.

Manevi tazminata ilişkin genel mahiyetteki bilgiler, hekimin hangi hallerde ve şartlar altında manevi tazminat ödemekle yükümlü olacağını açıklamak için kafi değildir. Bu hal ve şartlar; ihlalin türü ve yoğunluğu, hastalığın devamı, devam eden ağrılar, geride kalan fiziksel bozukluklar vs. zedelenmelerin Türk Borçlar Kanunu 56 ıncı maddesinin (EBK m. 47) kapsamına girip girmediğinin tespiti ile belirlenebilir.

Hekimin sözleşmeye aykırı davranışı aynı zamanda hastanın kişilik hakkının ihlali sonucunu da doğuracağı için, hastanın, manevi tazminat talebini Türk Medeni Kanunu 24 üncü ve 25 inci maddesine dayandırması da mümkündür.

Bununla beraber, hangi durumlarda manevi tazminat sorumluluğunun doğacağı ve miktarının ne olacağı konusunda doğal olarak kesin kurallar konulmamıştır. Bu nedenle hakim, TBK 56 ıncı maddesindeki (EBK m. 47’deki) genel kuraldan hareketle somut olayda beliren özel hal ve şartları Türk Medeni Kanunu 4 üncü maddesi uyarınca değerlendiren hak ve nesafete, adalete uygun takdir etmekle yükümlüdür⁴⁹.

⁴⁹ Yargıtay 13. HD. 17.06.1996, 3880/6163 “Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır”. Hakeri, s. 581.

D. İlliyet bağı

Hekimin tazminat sorumluluğu için gerekli olan son şart, sözleşmenin ihlali veya haksız fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir deyişle, zarar, ya hekimin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle veya haksız fiili nedeniyle meydana gelmiş olmalıdır⁵⁰. Ancak, hekimin tıbbi müdahalesi (sözleşmeye aykırı davranış veya haksız fiili) normal hayat tecrübesine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, hekim sorumlu tutulamaz. Böyle bir durumda uygun olmayan illiyet bağından söz edilir. Örneğin, hekimin telefonla yaptığı görüşmede muayene saati verdiği hastanın yolda otomobille gelirken geçirdiği bir trafik kazası neticesinde ölümü ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağı yoktur. Aynı şekilde, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru veya hastanın kendi kusuru nedeniyle illiyet bağı kesilmişse, artık hekimin sorumluluğuna gidilemez.

Hekimin tıbbi yardım sırasındaki kusuru, doğal gelişmeyi etkilemiş ve zararlı sonucun gerçekleşmesini önemli ölçüde artırmış ise illiyet bağının varlığı kabul edilmektedir. Mesela, hekim, idrar yolu enfeksiyonu ve böbrek taşı tedavisi olan bir hastaya 10 günlük kombine bir ilaç tedavisi başlamış. Verdiği ilaçların içinde mide hassasiyeti olan kişilerin koruyucu bir ilacı da kullanmasını gerektiren “Exen Forte tablet” adlı ilaç da bulunmakta. Tedavinin 9.uncu gününde hasta mide kanaması geçirip ameliyata alınmış⁵¹. Hastanın uğradığı zarar hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda önemli ölçüde artmıştır.

Sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı hastaya aittir. Hastadan kesin bir ispat yerine emarelere dayalı bir ihtimali ispatlaması istenir.

⁵⁰ Ayan, s. 118; Safa Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu” Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 9.

⁵¹ Yargıtay 13. HD, T. 19.10.2006, 10057/13842.

III. TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI

A. Davacı

1. Hasta

Hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda doğrudan maddi veya manevi zarara uğramış kişi veya kişiler tazminat davasında davacı tarafı oluşturur. Hekimin tıbbi müdahalesine maruz kalan kişi hastadır. Bu müdahale, hekimlik sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi haksız fiilden veya vekaletsiz iş görmeden de kaynaklanabilir. Hastanın bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması onu tazminat davasının davacısı yapar.

Zarar gören hasta tam ehliyetli değilse, küçük veya kısıtlı ise, ayırtım gücüne sahip olsa dahi, maddi tazminat davasını onun adına yasal temsilcisi (veli veya vasisi) açar.

Manevi tazminat isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, yasal temsilci kural olarak, temsil ettiği kişi adına manevi tazminat davası açamaz. Kişilik hakları saldırıya uğrayan kimse ayırt etme gücüne sahipse, küçük veya kısıtlı olsa bile manevi tazminat davasını kendisi açabilir⁵². (TMK m.16) Buna karşılık, ayırtım gücünden yoksun tam ehliyetsiz kişi adına yasal temsilcinin tazminat davası açabileceğini kabul etmek gerekir⁵³.

2. Mirasçılar

Maddi tazminat isteme hakkı devredilebileceği gibi, hak sahibinin ölmesi durumunda da miras yoluyla mirasçılara intikal eder⁵⁴. Hastanın, uğradığı zarar tazmin edilmeden ölmesi halinde, maddi tazminat isteme hakkı mirasçılara geçer. Hastanın ölmesi halinde davaya mirasçıları devam edebilirler.

⁵² Eren, burada bir alacak hakkı söz konusu olduğundan, davanın açılabilmesi için ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının kanuni temsilcisinin izninin gerekli olduğunu belirtmektedir. Eren, s. 789.

⁵³ Eren, s. 789; Reisoğlu, s. 259; Ferit Hakkı Saymen / H. Kemal Elbir, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul-1958, CI/I, s. 521; Feyzioğlu, s. 700-701; Selahattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku, İstanbul, 5. bası, C. I-II, 1985, s. 923; İnan, s. 349.

⁵⁴ Oğuzman / Öz, II, 69; Ayan, s. 302.

Kusurlu tıbbi müdahale sonucunda hastanın beden bütünlüğünün zarar görmesi halinde hekim, kural olarak hastanın kendisine manevi tazminat ödemek zorundadır.

Borçlar Kanunu, manevi tazminat talebinin devri veya mirasçılara intikali hususunda herhangi bir düzenleme öngörmüş değildir. Manevi tazminat isteme hakkının devredilip devredilemeyeceği ve hak sahibi ölürse mirasçılara geçip geçmeyeceği tartışmalıdır⁵⁵. Ancak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25 inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca⁵⁶, “*manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez, mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.*” Dolayısıyla tıbbi müdahale sonucunda zarar gören hasta, dava açtıktan sonra ölürse, mirasçılar söz konusu davayı sürdürebilirler. Buna karşılık, söz konusu müdahale ölüm ile sonuçlanmışsa artık hastanın yakınlarına manevi tazminat ödenmesi gerekir. TBK m. 56 (EBK m. 47).

3. Yakınları

Hastanın ölmesi⁵⁷ veya beden bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde⁵⁸ zarar görenin yani hastanın yakınları da tazminat davasında davacı olarak maddi veya manevi tazminat talep edebilirler.

⁵⁵ Tartışmalar için bkz. Eren, s. 787-789.

⁵⁶ EMK m.24/a maddesi 3444 sayılı Kanunla konulmuş yeni bir hükümdür. Maddenin üçüncü fıkrası “Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez, ancak miras yoluyla intikal eder.”şeklindedir. Madde bu şekliyle manevi tazminat talebinin hak sahibi tarafından ileri sürülmemesine rağmen ölümü halinde mirasçılara intikal etmesini kabul etmiştir. Böyle bir çözüm tarzının manevi tazminat istemlerinin niteliğiyle bağdaştırılması mümkün görülmemektedir. Zira manevi tazminat istemleri ileri sürülmediği sürece kişilik hakkına yönelik saldırıdan elde edilen kazancın istem hakkının başkasına intikali düşünülemez. Böyle bir istem ileri sürüldükten sonra, malvarlığı niteliği kazanabilir ve miras yoluyla intikal edebilir. Yavuz, TMK. 23/1, s. 100. Aynı görüşte Eren, 788-789.

⁵⁷ Eski Borçlar Kanunu 47. Maddesinde ölüm halinde , “ölünün ailesi” yararına olmak üzere manevi tazminata karar verilebileceği öngörüldüğü halde, Tasarıda “ölenin yakınları” yararına olmak üzere manevi tazminata karar verilebileceği belirtilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Cevdet Yavuz, Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı, Beta, İstanbul-2014 TBK. 56/BK. 47 s. 1296.

Hastanın ölmesi halinde davayı Türk Borçlar Kanunu 56 ıncı maddesine göre ölenin desteğinden yoksun kalanlar açar. Davacılar, bu hakka, miras yoluyla değil, aslen, doğrudan sahiptirler. Bu nedenle mirasçılar dışında kalan hastanın (desteğin) yakınları da bu davayı açabilirler. Dolayısıyla bu dava; manevi desteğini kaybeden ana, baba, çocuk, kardeş, sağ kalan eş tarafından açılabileceği gibi; nişanlı, dost ve yakın arkadaşlar tarafından da açılabilir⁵⁹. Hakim, tazminata hükmederken destek (hasta) ile davacılar arasındaki yakınlık ve kişisel ilişkilerin özelliğini değerlendirir.⁶⁰

Tıbbi müdahale sonucunda hastanın ölmesi halinde, bazı kişiler onun desteğinden, mali yardım ve bakımından yoksun kalabilirler. Ölenin desteğinden ve yardımından yoksun kalanların uğradıkları zarara, destek kaybından doğan zarar denir⁶¹. Türk Borçlar Kanunu 53 üncü maddesinin birinci fıkrası üçüncü bendine göre, destekten yoksun kalanlar, zarar verene karşı maddi tazminat kalemi olarak destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler.

Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğan ve asli, bağımsız bir talep hakkıdır. Yoksun kalan bu hakkı ölenin mirasçısı olarak değil, doğrudan asli olarak kazanmaktadır.⁶² Zira, destekten yoksun kalanların çevresi, mirasçılarının çevresi olmayıp, daha geniştir⁶³. Yoksun kalan, desteğin mirasçısı olmasına rağmen mirası reddetmiş bile olsa, şartları gerçekleşmişse, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir.⁶⁴

B. Davalı

Tıbbi müdahaleyi yapan hekimdir. Tıbbi müdahaleyi yapanlar veya sorumlular birden fazla ise zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

⁵⁸ Eski Borçlar Kanunu mad. 47, beden bütünlüğünün ihlal edilen kimsenin yakınlarına manevi tazminat davası açma hakkı tanımamakta idi.

⁵⁹ Eren, s. 798.

⁶⁰ Eren, s. 798.

⁶¹ Eren, s. 753; bkz. Selahattin Sulhi Tekinay; *Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, İstanbul, 1963.

⁶² Eren, s. 753.

⁶³ Gerçek destek ve farazi destek için bkz. Eren, s. 755-758.

⁶⁴ Eren, s. 754.

Hekim, serbest çalışıyorsa davalı hekim sözleşmeye aykırılık nedeniyle davalıdır. Hekim, kamu hastanesinde veya üniversite hastanesinde çalışıyorsa hastane idaresi ve hekimdir. Hekimin bu yerlerdeki faaliyeti hasta ile arasında hekimlik sözleşmesi olmadığı için tıbbi müdahale haksız fiil niteliğindedir. Yani davacılar, haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararın varlığı halinde hekimden tazminat talep edebilirler. İdarenin sorumluluğu ise kusursuz sorumluluktur.

Türk Borçlar Kanunu 61 inci maddesine göre, “*birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır*”. Bu hükme göre zarar gören dilediğini dava edebilir. Hatta isterse aynı anda hepsine karşı dava açabilir.

Sorumluların birden fazla olması halinde, bunların arasındaki rücu ilişkisinin nasıl gerçekleşeceği de Türk Borçlar Kanunu 62 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur*”. (f.1) “*Tazminatın kendi payına düşenden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur*”. (f.2)

Zarardan sorumlu tutulması gereken kişi ölürse dava mirasçıları aleyhine açılır. Ölüm dava devam ederken gerçekleşirse, külli halefiyet esasının bir gereği olarak (MK m.599) davaya mirasçılar aleyhine devam olunur⁶⁵. Ancak bunun için mirasçıların süresi içinde mirası reddetmemiş olmaları gereklidir. Bu durumda, hekimin ölmesi halinde davalı hekimin mirasçısıdır. Mirasçılar müteselsilen sorumlu olurlar⁶⁶.

⁶⁵ Reisoğlu, s. 260; Eren, s. 800; Ayan, s. 309

⁶⁶ Yargıtay 4. HD, 24.02.2004, 2004/2091 “*kişisel hakların zedelenmesi nedeniyle mirasçılar aleyhine açılacak tazminat davalarında mirasçılar müteselsilen sorumludurlar. Bu nedenle tazminat davası mirasçılarından birine, birkaçına veya tamamına karşı açılabilir. (YKD, 2004, s. 859-860). Müteselsil sorumluluk ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 801-826.*

IV. DAVANIN KONUSU

Tıbbi müdahale sonucunda oluşan maddi ve veya manevi zararın giderimi talep edilir.

Maddi tazminatın kapsamı ölüm halinde veya bedensel zararın gerçekleşmesi halinde farklı kalemleri oluşturmaktadır.

1. Bedensel Zarar

Bedensel zarar gerçekleşmiş ise Türk Borçlar Kanunu 54 üncü maddesi (EBK mad. 46) uyarınca; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır.

a. Tedavi Giderleri

Tedavi giderleri, tıbbi müdahale sonucunda hastanın sağlık durumunun düzelmesi ve iyileşmesi için gerekli olan işlemlere yönelik giderlerdir. Bunları da muayene, tahlil, teşhis, ambulans veya diğer taşıma giderleri, ameliyat, hastane, ilaç, tekerlekli sandalye, bakım, fizik tedavi, kaplıca, korse vs. giderler; ayrıca, zarar görenin evinde tedavi gördüğü süre içinde hastabakıcı veya hemşire tutması halinde, bunlara ödediği paralar da tedavi giderlerini oluşturur. Hasta, herhangi bir organını kaybetmiş ise, bunun yerine takma bir organ veya protez takılmış veya verilmişse bunlar için ödenen paralar da tedavi giderleri içinde yer alır.⁶⁷

b. Kazanç Kaybı, Çalışma Gücünün Azalmasından Ya Da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar

Çalışma gücü, zarar görenin iş gücünün, yani beden ve fikir gücünün, kazanç getirici şekilde kullanılması demektir.⁶⁸ “Burada asıl olan kazanç azalması veya yitilmesi değil, çalışma (kazanma) gücünün azalması ya da yitilmesidir. Bu azalma veya yitilmeden doğan olumsuz ekonomik sonuçlar, yani kayıplar zararı oluşturur. Bu nedenle, ihlalden önce zarar görenin (hastanın) kazanç elde eden bir kimse olması mümkün olduğu gibi, hiçbir kazanç elde etmeyen kişinin, örneğin bir

⁶⁷ Eren s. 745-746.

⁶⁸ Eren, s. 746; Tandoğan, s. 385.

işsiz ya da çalışmayan küçük bir çocuğun, ileride iş bulması, meslek edinmesi, dolayısıyla kazanç sağlaması da mümkündür.”⁶⁹

Hastanın (zarar görenin) tamamen iyileşmiş, çalışma gücündeki azalma sona ermişse, hakimın verdiği karar sırasında; zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybından ibarettir ve niteliği itibariyle fiilen yoksun kalınan kar olup, geçici nitelikte ve geçmişe etkilidir.⁷⁰ Hastanın (zarar görenin) çalışma gücü sürekli olarak azalmış veya yitirilmişse, zarar geleceğe ilişkin farazi olarak hesaplanır. Burada da kazanç kaybı, dolayısıyla yoksun kalınan kar söz konusudur. Çalışma gücünün sürekli kaybı, azalma şeklinde kısmen olabileceği gibi yitirilme şeklinde tam da olabilir.

c. Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Ekonomik geleceğin sarsılması, beden bütünlüğünün ihlali, bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmasa da, zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar, maddi kayıplar doğurabilir⁷¹. Bedensel bütünlüğü zedelenen kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile, iş piyasasında, ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya işini korumakta zorlanabilir ya da çalışsa bile, eskisine oranla daha çok güç sarfetmek zorunda kalabilir, hatta işinden çıkartılarak işsiz kalabilir. Özellikle bedensel bütünlüğü hastanın (zarar görenin) fiziki şeklinin anormal derecede değişmesi, kötürüm kalması, tik kazanması, sinir, akıl veya hafıza zayıflığı gibi haller buna örnek gösterilebilir⁷². Bu durum özellikle mesleği icabı toplumla sürekli ilişki içinde olan film ve tiyatro sanatçıları, dansöz ve şantözler, mankenler, otel ve lokanta gibi yerlerde çalışanlar için büyük önem taşır. Örneğin bir dansöz veya mankenin vücudunun herhangi bir yerinde özellikle bacak veya yüzünde meydana gelen bir yara veya iz, onun çalışma gücünü azaltmasa bile, mesleki açıdan durumunun sarsacağı için ekonomik geleceği tehlikeye düşmüş olabilir.⁷³

⁶⁹ Eren, s. 746.

⁷⁰ Eren, s. 747.

⁷¹ Eren, s. 750; Tandoğan, s. 292.

⁷² Eren, s. 750-751; Tandoğan, s. 293. Yargıtay 10. HD. 20.5.1976 T., E. 1975/8355, K. 1976/3924 (YKD, 1977, S. 1, s. 69 vd.).

⁷³ Eren, s. 751; Tandoğan, s. 293; Oğuzman / Öz, s. 538; Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle kazanç imkanının azalması, bağımsız bir zarar kaynağı olup ayrı hesaplanmalıdır. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 612. Aynı görüşte Eren, s. 751.

2. Ölüm

Ölüm gerçekleşmiş ise Türk Borçlar Kanunu 53 üncü maddesi uyarınca; cenaze giderleri, Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar maddi tazminat olarak istenebilecektir.

Cenaze giderleri; tıbbi müdahale sonucunda hasta ölmüşse, ölüm dolayısıyla yapılan masrafları bu arada özellikle cenaze giderleri de talep edilebilir. Cenaze giderleri, yani gömme masrafları, cesedi yıkama, kefenleme, taşıma, tabut, otopsi, yemek, davetiye ve ilan giderleri ile gömme, mezarlık ve mezar taşı vb. gibi diğer giderleri kapsar. Bu giderler, ölüm dolayısıyla doğrudan ilgili giderler olmalı ve ölenin sosyal, ekonomik durumuna, dini inanışına uygun düşmelidir⁷⁴.

Ölüm derhal meydana gelmemişse ödenecek tazminat, ölümün gerçekleşeceği ana kadar yapılan tedavi giderleri ile ölüncüye kadar çalışmamaktan doğan kazanç kayıplarını kapsar. Yoksun kalınan kazanç ve tedavi giderleri, niteliği itibarıyla ölenin ölümünden önce malvarlığına dahil olan bir tazminat alacağıdır. Ölüm gerçekleştikten sonra da zarar veren (hekim) cenaze giderleri ile destek kaybından doğan zararlardan sorumludur⁷⁵.

Türk Borçlar Kanunu 53 üncü ve 54 üncü maddelerinde sayılan zarar kalemleriyle sınırlı tutulmamıştır. Sayılan haller özellikle zarar kalemlerini oluşturmaktadır. Bunların dışında da zarar meydana gelmişse tazmini, ispat⁷⁶ edilmek koşuluyla mümkündür.

Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Bedensel zarar halinde, zarara uğrayan hastaya, manevi tazminat olarak bir miktar paraya hükmedilir. Türk Borçlar Kanunu 56 ıncı

⁷⁴ Eren, s. 752; Tunçomağ, s. 473. Yargıtay 15. HD. 21.7.1975 T. ve 2313/3566 esas sayılı kararı (İstanbul Barosu Dergisi, 1976, S. 78, s. 6465) Bu karar, Eren, s. 752, dpn.105 den naklen alınmıştır.

⁷⁵ Eren, s. 753.

⁷⁶ İspat için bkz. Zarife Şenocak, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun özel sorunları: Tıbbi Standartlar ve ispat, Sağlık kurultayı Ankara-2007, s. 241-255.

maddesinin birinci fıkrası (EBK mad.47) uyarınca “*Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*”

Ağır bedensel zarar halinde zarar görene veya yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir. (TBK mad.56/II)

Ölüm halinde, ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir. (TBK mad.56/II)

Manevi tazminat, para şeklinde nakden hükmedildiği takdirde, hakim, durumun özelliklerine ve şartlarına göre, bunun sermaye şeklinde toptan veya irat şeklinde ödenmesini emredebilir. Tazminatın sermaye şeklinde toptan ödenmesi, manevi tazminatın amacına daha uygun düşer⁷⁷

D. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ ve İNDİRİM SEBEPLERİ

Sorumluluk şartları gerçekleştiğinde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermek zorundadır. Maddi tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır⁷⁸. Manevi tazminatın amacı ise, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin, manevi zararın giderilmesidir⁷⁹.

Tazminat, meydana gelen zararı karşılamalıdır⁸⁰. Tazminat, zararın azami miktarıyla sınırlı olmalı, bu miktarı aşmamalıdır. Zira,

⁷⁷ Eren, s. 797; Reisoğlu, s. 210 ve 222.

⁷⁸ Eren, s. 762; Mustafa Tiftik, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara-1994, s. 612 vd.

⁷⁹ Kişilik değerlerinin İhlalinden hem maddi hem de manevi zarar doğabileceği gibi, bazen yalnız manevi zarar da doğabilir. Beden bütünlüğünün ihlalinde bu duruma rastlamak mümkündür. Zarar verici olay maddi zarar doğmasa yalnız manevi zarar doğsa bile, zarar gören manevi tazminat talebinde bulunabilir. Zira, manevi tazminat talebi maddi tazminattan bağımsız bir taleptir. Eren, s. 780.

⁸⁰ “Tam tazmin” ilkesinde; zararla tazminat arasında sıkı bir bağlantı vardır. Bu bakımdan maddi tazminat, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı, zararın tamamını gidermelidir.

tazminatın amacı, zarar vereni cezalandırmak veya zarar göreni zenginleştirmek değil, gerçekleşen zararı gidermektir⁸¹.

Tam tazmin ilkesinin katı bir şekilde uygulanması bazı haksız ve sert sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle somut olayda gerçekleşen özel sebepler, tazminattan indirim yapılmasını ve bu şekilde tazminat miktarının zarar miktarından daha az olmasını haklı kılabilir. Özellikle zararlı sonucun doğmasına zarar veren yanında zarar görenin kusuru veya bazı durum ve davranışlar ya da beklenmedik olaylar da katkıda bulunmuşsa, tazminattan belirli bir indirim yapılması hakkaniyete daha uygun düşebilir. Bu düşünceyle yasa koyucu, Türk Borçlar Kanunu 51 inci ve 52 inci maddelerinde bazı sebepleri, tazminattan indirim sebepleri olarak kabul etmiş ve somut olayda bunların bulunması halinde, hakime tazminattan indirim yapma ve hatta gerektiğinde tazminatı tamamen reddetme yetkisini tanımıştır⁸².

Tazminat miktarı belirlenirken, zarar verenin kusuru yanında, “zarar görenin rızası”, “Zarar görenin ortak kusuru” ve “failin sıkıntıya düşme ihtimali” de göz önünde tutulur (TBK m.52).

Hakim, tazminat miktarını belirlerken öncelikle (zarar görenin) hastanın, (zararı doğuran fiile) tıbbi müdahaleye rızasının olup olmadığını göz önünde tutmalıdır. Ancak burada söz konusu olan rıza hukuka aykırı nitelik taşıyan rıza beyanlarıdır. Zira hukuka uygun bir rıza fiilin hukuka aykırılığını gidereceği için hekimin sorumlu tutulmasını tümüyle engelleyebilir.

Zarar görenin ortak kusuru, daha ziyade zararın artmasını engellemek için gerekli ve somut olayın özelliklerine göre alınabilecek tedbirlerin alınmaması şeklinde ortaya çıkar⁸³. Zararın doğmasında ya da

⁸¹ Eren, s. 763.

⁸² Eren, s. 763.

⁸³ “Bkz. Yargıtay,4.HD. 23.3.2010, E. 2009/6763 K. 2010/3248, “...Kusur oranının belirlenmesine ilişkin bilirkişi raporlarında, desteğinin kendi can güvenliği yönünden önlemsiz davranması nedeni ile %25 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. ...” (YKD., C. 36, S. 9, 2010, s. 1594-1596)” Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 9. baskı, Mimoza, Konya 2015, s. 312, dpn. (294) den naklen alınmıştır. Ameliyat veya gerekli özel tedavi giderlerinin önceden sorumlu kişi tarafından ödenmesi gerekir. Aksi takdirde, ameliyattan veya tedaviden kaçınma iddiasına dayalı bir birlikte kusurdan söz edilemez. Ameliyat ve tedavi umulan sonucu vermez, zarar görenin durumu daha da kötüleşirse, illiyet bağı kesilmemek kaydıyla

artmasında bu hallerden herhangi biri bulunduğu takdirde, hakim tazminat miktarını indirebileceği gibi, zarar görenin ortak kusuru, illiyet bağıni kesecek yoğunlukta ise, zarar veren sorumluluktan kurtulur, hakim hiç tazminat ödenmemesine⁸⁴ de karar verebilir⁸⁵.

Zararın tümüyle tazmin ettirilmesinin hafif kusurlu faili aşırı sıkıntıya sokması da bir başka indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu 52 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir”⁸⁶.

Beklenmedik hal, zararı doğuran veya arttıran kısmi, ortak sebeplerden birini oluşturmaktadır. Kusur sorumluluğunda umulmayan olay kısmi sebep olarak ya zararlı sonucun doğmasına veya artmasına neden olabilir. Beklenmedik olay, zarar verenin kusuru yanında zararın doğmasına kısmi bir sebep olarak katkıda bulunmuşsa, Türk Borçlar Kanunu 541 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, kusur- zarar ilişkisi göz önünde bulundurulmalı ve zarar, daha çok umulmayan olaya dayanıyorsa, failin kusuru da hafif bir kusur olarak görülüyorsa, hakim, tazminattan uygun bir indirim yapmalıdır⁸⁷. Zararın artmasına neden olan umulmayan olaylarda uygun illiyet bağı esas alınır. Örneğin, aniden gelen kalp krizi gibi beklenmeyen bir hal, şeker hastalığı gibi zarar görenin bünyesinden kaynaklanan ve zararı arttırıcı nitelik taşıyan özellikler ile

sorumlu kişi bu kötüleşmeden doğan zararı da ayrıca tazmin etmekle yükümlüdür. Bk. Yargıtay 4. HD. 18.9.1979, 5430/9818 (YKD., 1979, s. 1573) Reisoglu, s. 213, dpn.(10) dan naklen alınmıştır.

⁸⁴ Tazminatın tamamen kaldırılması, kusur sorumluluğunda zarar görenin kusurunun çok ağır olması halinde söz konusu olur. Ancak bu durumda ağır kusur illiyet bağıni keseceğinden,” tazminatı kaldırmaktan” ziyade “sorumluluktan kurtulmak”, “sorumlu olmamaktan” tan söz etmek daha uygun olurdu. Eren, s. 767.

⁸⁵ Eren s. 766 vd.; Ayan Borçlar s. 312.

⁸⁶ “YİBK., 31.3.1954, 17/10 (R.G. N.8755) SSK'nun açtığı rücu davasında sigortalının müterafik kusuru varsa, tazminattan indirim yapılır. YİBK., 24.12.1973, 4/6 (RG. N.14800), BK. m.44'ün niteliği gereği geniş bir uygulama alanı vardır. Nitekim haksız eylemlerde, sözleşmeye aykırı eylemlerde uygulanan bu hükmün yasadan doğan sorumluluklara da uygulanması gerekir.” Yavuz, TBK.52/BK.44, s. 1291-1292 den aynen alınmıştır.

⁸⁷ Decshenau / Tercier, s. 248; Eren, s. 771.

zararın fail mağdura yardım ederken gerçekleşmesi, sel baskını gibi haller de indirim sebebi olarak dikkate alınması gereken hususlardır⁸⁸.

Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez zarar veya tazminattan indirilemez veya azaltılamaz⁸⁹. Türk Borçlar Kanununun 55 inci maddesi, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin tazminat miktarı belirlenirken göz önünde tutularak tazminattan indirilemeyeceğini düzenlemiştir. Adı geçen düzenlemeye göre, “destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılamaz veya azaltılamaz.”(f.1) “Bu kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”(f2).

V. ZAMANAŞIMI

Türk Borçlar Kanunu 72 nci maddesi maddi ve manevi tazminat taleplerinin bağlı olduğu zamanaşımı sürelerini özel olarak düzenlemiştir. Tazminat ilişkisinden doğan talepler de, hukuki nitelikleri itibarıyla bir alacak hakkı olmasına rağmen yasakoyucu bunların tabi olduğu zamanaşımı süresini, alacak haklarına ilişkin zamanaşımını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu 146 ve devamı maddelerinden ayırmıştır. Ancak bu

⁸⁸ Ayan Borçlar, 313; Reisoğlu, s. 212-213.

⁸⁹ 818 sayılı Eski Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, mağdurun haksız fiil yüzünden alma imkanı bulunduğu sigorta tazminatı gibi elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği gelirler ile yapmaktan kurtulduğu giderler de tazminattan indirilirdi. Bu konuda bkz. Teoman Akünel, haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul-1977, s. 61 vd. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. HD.28.3.2007, E. 2006/4819, K. 2007/4068 (YKD, C. 34, S.!, 2008, s. 28-29); 7. HD. 13.10.2009, 4318/4323 (YKD, C.36, S. 9, 2010, s. 1609-1610); Destekten Yoksun Kalma tazminatı için bkz. HGK, 30.11.2005, 4-648/691 (YKD, C. 32, S. 5, 2006, s. 701-706).

ayırma, süreler ve bunların başlama anı yönünden olup, zamanaşımının durması, kesilmesi gibi konularda yine genel hükümler uygulanır⁹⁰.

Türk Borçlar Kanunu 72 inci maddesine göre; “*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”

Maddede üç türlü zamanaşımı süresi öngörülmüştür⁹¹.

a. İki Yıllık Nispi Süre

İki yıllık nispi süre; maddi ve manevi tazminat istemi, zarar görenin zararı⁹² ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Beden bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar ve miktarı, tıbbi bakım ve tedavi sonunda düzenlenen hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşur⁹³. Hekim veya diğer bilirkişi raporları, bu durumlarda iki yıllık sürenin başlaması için yeterlidir. Zarar görenin sağlık durumu kötüleşirse, bu durum da yeni bir zarar

⁹⁰ Eren, s. 831.

⁹¹ Eski Borçlar Kanununun 60 ncı maddesinde, on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” şeklindeki ibarenin, haksız fiilin “zarar” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare Tasarının 71 inci maddesinde, “her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak” şeklinde değiştirilmiş ve bu değişiklik gözönünde tutularak 818 sayılı Borçlar Kanunundaki on yıllık uzun zamanaşımı süresi de, yirmi yıla çıkarılmıştır. Haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medenî Kanununun (BGB) 852 nci maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür.

⁹² Öncelikle zararın doğmuş olması gerekir. Bkz. Yargıtay 4. HD, 15.2.2005, E. 2004/7718, K. 2005/1296, (YKD., C. 31, S. 9, 2005, s. 1360-1361) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 11.12.2002 T. 13-1011/1047. Kazancı.com.

⁹³ Eren, s. 831.

oluşturursa, ilk zarardan bağımsız olarak ele alınır ve bu yeni zarar için iki yıllık yeni bir süre başlar⁹⁴.

“Bedensel zarar, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar gibi çeşitli kalemlerden oluşur. Zarar görenin böyle bir davayı açabilmesi, bu kalemlerden oluşan genel zararın öğrenilmesine bağlı olduğu için iki yıllık süre her bir kalemdeki zarar miktarına değil, en son zarar kaleminin gerçekleşip, genel toplam zararın öğrenildiği anda işlemeye başlar⁹⁵.”

Zarar gören, tazminat yükümlüsünü de öğrenmelidir. Sorumlunun kişilik ve kimliği hakkında kesin bilgi gerekli olup, bu konuda şüphe yeterli değildir⁹⁶.

b. On Yıllık Mutlak Süre

On yıllık mutlak süre; Türk Borçlar Kanunu 72 maddesinin birinci fıkrasında on yıllık mutlak bir süre de tanınmıştır. Buna göre, zarar gören, zararı ve zarar vereni daha geç öğrenmiş olsa bile, zarara sebep olan haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren on yılın geçmesi ile dava hakkı zamanaşımına uğrar.⁹⁷

Zarar verici fiilin işlenmesi ile zararın gerçekleşmesi arasında on yıldan fazla bir süre geçtiği takdirde, bu durum zarar gören aleyhine sonuçlar doğurabilir. Sayın Eren’in de belirttiği üzere “*sorumluluğu*

⁹⁴ Eren, s. 832.

⁹⁵ Eren, s. 832.

⁹⁶ Eren, s. 832.

⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, deprem de (17.8.1999) çöken, fakat depremden on yıl önce yapılmış bulunan bir binanın sebep olduğu zarar nedeniyle verdiği 22.10.2003 tarihli kararında ve son olarak verdiği aynı nitelikteki 10.3.2010 tarihli kararında, bir ve on yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihine ilişkin görüşünü belirtmiştir. Yargıtayın sözü geçen kararlarına göre, hukuka aykırı olan bir eylemde zamanaşımının işlemesi için, hukuka aykırı eylemden kaynaklanan zarar somut olarak ortaya çıkmış bulunmalıdır. Geçmiş bir zamanda, kurallarına uyulmadan, hukuka aykırı olarak yapılmış bir binanın deprem nedeniyle çökmesinden doğan zarara ilişkin Bkm.60 daki bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin deprem tarihinden itibaren işletilmesi gerekir. Sonradan ortaya çıkan zararlar için yeni bir zamanaşımı süresi söz konusu olur. Bkz. Reisoğlu, s. 262-263, dn. (15) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 22.10.2003, K. 2003/594 (İstanbul Barosu Dergisi, 2004/4, s. 1642/1 vd.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 10.03.2010, K. 2010/137, (Yargı Dünyası, Kasım 2010, s. 80 vd.).

kuran (zarar verici) fiil veya olay, uzun bir süre devam eden bir fiil veya olay niteliğindeyse, on yıllık süre, bu fiil veya olayın sona erdiği anda işlemeye başlamalıdır.... Zarar verici fiilin zararlı etki ve sonuçlarını bu fiil nihayete ermesinden itibaren 10 yıldan daha uzun bir süre sonunda meydana getirdiği hallerde 10 yıllık sürenin mutlak olarak uygulanması, zarar gören yönünden tatmin edici değildir. Ancak, zarar verici fiil veya olay sürekli nitelikte olmakla birlikte bazı kesintilerle bağımsız zararlar doğurmuşsa; bunlar için 10 yıllık süre, bu zararlar sebebiyet veren her bir fiil ve olayın gerçekleşmesi tarihinden işlemeye başlar.”⁹⁸

c. Olağanüstü Nitelikteki Ceza Zamanaşımı Süresi

Olağanüstü nitelikteki Ceza zamanaşımı süresi, Türk Borçlar Kanunu 72 inci maddesi birinci fıkrasına göre, “Tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı süresi uygulanır.”

Bazen aynı fiil, hem hukuki sorumluluğa sebebiyet veren, hem de ceza kanunlarına göre suç teşkil eden bir fiil olabilir. Bu fiile ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı süresi öngördüğü hallerde, tazminat davası daha önce zamanaşımına uğraması tutarlı bir çözüm olmayabilir; zira cezalandırma, tazminattan daha ağır bir yaptırımdır⁹⁹. Bu nedenle ceza davası devam ettiği sürece tazminat davasının da devam etmesi düzenlenmiştir. Yani, bu hükme göre, süre geçmiş olsa bile ceza zamanaşımı dolmadığı sürece dava açılabilir¹⁰⁰.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, zarar verici fiilin aynı zamanda cezayı gerektiren, suç teşkil eden bir fiil olması ve bu fiil için ceza kanunlarında öngörülen zamanaşımı süresinin daha uzun olması gereklidir. Bu iki şart gerçekleşmezse bu hüküm de uygulama alanı bulamayabilir.

Hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesine dayalı olarak hekimin sorumluluğu söz konusu olduğunda zamanaşımı süresi Türk

⁹⁸ Eren, s. 833-834; Aynı kanaatte, Deschenaux / Tercier, s. 203; Reisoğlu, s. 262-263.

⁹⁹ Eren, s. 834.

¹⁰⁰ Yargıtay 4. HD. 22.10.2002, K.8851/11854 (YKD, C. 29, S. 2, 2003, s. 188-190); Yargıtay 4. HD, 7.12.2011, K. 11890/13090, (YKD, C. 38, S. 2, 2012, s. 224-227).

Borçlar Kanunu 147 inci maddesine göre beş yıldır¹⁰¹. Bu süre zararın varlığının öğrenildiği andan itibaren başlar. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterlidir. Ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmamaktadır¹⁰².

¹⁰¹ Hekimlik sözleşmesi bir işgörme sözleşmesi olarak kabul edildiği ve Türk Borçlar Kanunu 502 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince “Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır” hükmü ve Türk Borçlar Kanunu 146 ıncı maddesinin “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir” hükmü gereğince tıbbi müdahaleden doğan zararın hasta ve / veya yakınları için bir alacak olarak Kabul edilmesi ve Türk Borçlar Kanunu 147 inci maddesinin birinci fıkrası beşinci bendindeki hükmü gereğince “Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır.(f.1) Vekalet ... sözleşmesinden doğan alacaklar (b.5)” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.12.2002 T.13-1011/1047 “... B.K.nun 386/2. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır...” Aynı yönde Yargıtay 13. HD, 4.3.1994 gün ve 1994/8557-2138 sayılı kararı.

¹⁰² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.12.2002 T.13-1011/1047 “... Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunması nedeniyle, zarar verenin belli olmadığı hallerde ilişkin ilk sorun, somut olayda gündeme gelmemektedir. Zira, eğer ortada bir zarar varsa, bunun kim tarafından meydana getirildiği somut olayda açıkça bellidir. Dolayısıyla, somut olay bakımından önem taşıyan sorun, vereni belli olan zararın, zarar görenlerce ne zaman öğrenildiğinin nasıl belirleneceğidir. Bu sorunun doğru olarak çözülmesi son derecede önemlidir. Bu noktada, yukarıdaki açıklamaya uygun şekilde ikili bir ayırım yapılmalıdır: Zarar verici işlem veya eylemin niteliğine ve doğan zararın yapısına göre eğer, işlem veya eylem sonucunda doğan zarar, üzerinden geçen zaman içerisinde ilk doğduğu şekliyle (sonradan herhangi bir şekilde değişmeksizin) varlığını sürdürüyorsa, zarar görenin salt bu zararın varlığını öğrenmiş olması, ona dayalı tazminat isteme hakkının doğması ve dolayısıyla bu hakkına ilişkin talebi yönünden zamanaşımı süresinin de başlaması için yeterli olacaktır. Yargıtay’ın istikrar kazanmış kararlarında, böyle durumlarda, zarar görenin salt zararın varlığını öğrenmesi yeterli kabul edilmekte; ayrıca zararın kapsam ve miktarının da öğrenilmiş olması, zamanaşımı süresinin başlaması yönünden bir koşul olarak aranmamaktadır:

Zararın ilk oluştuğu şekliyle kalmayıp, geçen zaman içinde artarak, dolayısıyla nitelik, kapsam ve miktar itibarıyla değişerek devam ettiği durumlarda, zarar görenin bunun varlığını hangi tarihte öğrenmiş sayılacağına tespiti önemlidir. Yargıtay'a göre "ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bir durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olmayacağı için, zamanaşımı süresi, bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığına öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. Önemle belirtilmelidir ki, burada sözü edilen "gelişen durum" kavramı, uygulamada çoğu kez yanlış anlaşıldığı şekilde, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir nedenle geciktiği (Örneğin, buna ilişkin bilirkişi raporunun geç alındığı) durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Eş söyleyişle, gelişen durum kavramı, salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder. Gelişme göstermeyen bir zararın varlığının geç öğrenilmesi; açıktır ki, örneğin, zamanaşımı süresinin başlamasını zararı ve failini öğrenme koşuluna bağlayan B.K.nun 60. maddesi anlamında; ya da somut olayda olduğu gibi,

Bu kararlara göre, zararı öğrenme, zararın kapsamını öğrenme ile eş anlamda olmayıp, yalnızca, genel olarak ona neden olan işlem veya eylemin zararlı sonuçlarını öğrenme demektir. Herhangi bir eylemden doğan zararın tümü bir birlik teşkil eder, birbiriyle ilgisi olmayan bağımsız zararların bir toplamı olarak görünmez; dolayısıyla, zararın kapsam ve tutarının belli olmaması, zamanaşımının başlamasına engel oluşturmaz. Başka bir ifadeyle, zararın öğrenilmesi, onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamındadır; zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir (Örneğin Yargıtay 4. HD, 25.9.1978 gün ve 1978/11493-10367 sayılı; 4.12.1986 gün ve 1986/6073-8183 sayılı kararları)." Bu yoldaki Yargıtay kararlarına örnek olarak 4. HD, 13.5.1980 gün ve 1980/3493-6206 sayılı; 26.1.1987 gün, 1986/7532 esas, 1987/485 karar sayılı kararları.

sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir tarafın sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle doğan bir zararı diğer tarafın gecikmeyle öğrenmesi nedeniyle zarar görenin tazminat isteme hakkının başlayacağı tarih yönünden sonucu etkileyecek; ancak, hiçbir koşulda geç öğrenilen o zararın bir gelişen zarar olduğunu göstermeyecektir. Böyle durumlarda ortada, hiçbir değişme ve gelişme göstermeyen; sabit kalan, ancak, zarar gören tarafından öğrenilmesi herhangi bir nedenle geciken bir zarar bulunmaktadır...¹⁰³.

VI. SEBEPLERİN YARIŞMASI

Türk Borçlar Kanunu 60 ıncı maddesinde, “Sorumluluk sebeplerinin çokluğu” başlığı altında, sorumluluk sebeplerinin yarışması konusunda yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre, “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hakim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.”

Bu düzenleme ile, öğretisi ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler gözönünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukukî sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir.

Sebeplerin yarışması ilkesine göre, zarar gören, tazminat alacağını isterse haksız fiil, isterse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilir. Ancak, zarar görenin sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerini tercih etmesi kendi yararına olabilir¹⁰⁴. Zira, sözleşme sorumluluğuna göre davacı, zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda olmadığı gibi, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda da kurtuluş beyyinesinden yararlanma imkanı da yoktur. Davacı haksız fiile dayanarak dava açarsa, zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda olduğu gibi, zarar verenin yardımcı şahsın fiilinden dolayı

¹⁰³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.12.2002 T.13-1011/1047. Kazancı.com.

¹⁰⁴ Eren, s. 1139; Tandoğan, s. 532 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Alttop, s. 982.

sorumluluğunda da kurtuluş beyyinesinden yararlanması da mümkündür¹⁰⁵.

Tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zararın tazmini sorumluluğu, hekimin kamu görevlisi olup olmamasına veya özel bir hastanede hizmet sözleşmesi ile çalışmasına veya serbest çalışan hekim olmasına göre farklılık arz edebilir.

Kamu hastanesinde kamu görevlisi olarak çalışan hekimin sorumluluğu, Anayasa'nın 40/3, 125 /son, 129/5 maddeleri¹⁰⁶ ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiş; “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak rücu edilmek şartı ile idare aleyhine açılacağı” açıkça ifade edilmiştir.

Anayasa'nın bu hükümleri ile amaçlanan, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı

¹⁰⁵ Eren, s. 1139; Tandoğan, s. 534 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 982.

¹⁰⁶ Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarda yer almaktadır. 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40. maddesinde: Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./16. md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır. İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen “Yargı Yolu” başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”; son fıkrasında da “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür”. Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129. maddesinin; birinci fıkrasında; “Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.” Beşinci fıkrasında; “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” hükümleri yer almaktadır.

zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır¹⁰⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.9.1983 gün 1980/4-1714 E. - 1983/803 K. sayılı kararında da Anayasa'nın 129/5. maddesinin konuluş amacı tartışılmış; "T.C. Anayasasının zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla, buna bağlı hukuki sorumluluğu hiçbir zaman ortadan kaldırmadığı, aksine zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken devletin sorumluluğu ilkesini getirdiği..." ifade edilmiştir¹⁰⁸.

Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden sorumluluk devlete veya ilgili diğer kurum ve kuruluşuna aittir. Bu nedenle tazminat davası idareye karşı açılacak idare de hekime rücu edecektir. Bütün bunlar hekimin şahsi sorumluluğunu ortadan kaldıracak nitelikte değildir¹⁰⁹. Zarar gören açısından sebeplerin yarışması ilkesini

¹⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/4-592 K. 2012/25 T. 1.2.2012.

¹⁰⁸ Anayasanın 129/5. maddesinin uygulama yasası olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin meclis gerekçesinde; Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemektedir...Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir; Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde özellikle büyük zararlar bakımından davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir. İkinci teminat; memur, daha doğrusu Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerini yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşmayacaktır. Ancak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu madde ile memur mütemediyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir..." ifadeleri yer almaktadır.

¹⁰⁹ Hakan Hakeri, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu" Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 162.

bu durumda da uygulayabiliriz. Zarar gören açısından davacı isterse haksız fiil nedeniyle adli yargıda tazminat davası açar ya da isterse idare aleyhine idari yargıda¹¹⁰ tam yargı davası açarak zararının tazminini isteyebilir.

VII. SONUÇ

Hekimin tazminat sorumluluğu hekimin hukuka aykırı tıbbi müdahalesi sonucunda hastanın zarar görmesi halinde söz konusu olur. Genel olarak tazminatın amacı kişinin malvarlığında veya kişilik haklarında meydana gelen zararın giderilmesidir.

Hekimler hata, ihmal veya kusurlarıyla hastaya verdikleri zararlar dolayısıyla ceza hukuku hükümlerine göre şahsen sorumlu oldukları gibi, uğranılan maddi ve manevi zararı Borçlar Kanunu hükümlerine göre şahsi mal varlıklarından tazmin etmekle de yükümlü tutulabilirler.

Hekimlik mesleğine ilişkin olarak tazminat davası açılması ve davalı hekimin özel sektöre ait sağlık kurumlarında faaliyet göstermiş olması durumunda, davaya Türk Borçlar Kanunu'nun 49 uncu (EBK, m. 41) maddesine göre haksız fiil sorumluluğu, 66 ıncı (EBK, m. 55) maddesine göre adam çalıştıranın sorumluluğu, 69 uncu (EBK, m. 58) maddesine göre alet-edevat dolayısıyla sorumluluk ve 112 inci (EBK, m. 96) maddesine göre akdi sorumluluk ile 502 inci (EBK, m. 386) maddesinde düzenlenen vekalet akdinin genel ve özel hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisi mevcut değilse, hekim Türk Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesine göre sorumlu olacaktır. Bu hükme göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kurumlarında hekimin hastalara vermiş olduğu zarardan asıl sorumlu olan kişi devlet veya ilgili idaredir. Bu durum 1982 Anayasası'nda düzenlenmiştir. Anayasa madde 40/3 hükmüne göre, kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız

¹¹⁰ Bu konuda bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.12.2012 T., 4-523/1191.

işlemler sonucu uğradığı zarar devletçe tazmin edilir. Benzer bir düzenleme Anayasa'nın 129/5 maddesinde ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13 üncü maddesi hükmünde de mevcuttur.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kurumlarında çalışan hekim serbest çalışan hekimler gibi, hastayı tedavi etmek ve tıbben gerekli olanı yerine getirmekle yükümlüdür. Hekim teşhis ve tedavide gerekli dikkat ve özeni göstermek zorundadır.

Hasta, uğradığı zarar nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Hastanın ölümü halinde tazminat davasını hastanın mirasçıları, yakınları ve destekten yoksun kalanlar da açabilir.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kurumlarında çalışan hekim hastasına zarar verirse, dava idare aleyhine açılır. Ancak, devlet veya ilgili idare hekimin kusurunu, ihmali ve tedbirsizliğini göz önünde bulundurarak ödediği tazminatı ilgili hekime rücu edebilir.

KAYNAKÇA

- AKÜNAL, Teoman: Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977.
- ARPACI, Abdulkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1993.
- AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 9.baskı, Mimoza, Konya 2015.
- AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı, Ankara 1991.
- AZARKAN, Necat: Arbeitnehmer Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 9, No: 1, Ankara 2010, s. 1-19.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- DESCHANAUX / TERCİER, Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, İst. 2006.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2015, 18.bası, Yetkin-İstanbul.
- FEYZİOĞLU, Necmettin Feyzi: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 2. Bası 1976, C. II, İstanbul 1977.
- GÜZELDEMİR, M. Erdal: “Hasta Bilgilendirmenin Önemi” Aydınlatılmış Onam, Editör: Faik Çelik, Konya-karaman tabip odası yayını, Konya 2006.
- HAKERİ, Hakeri: “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu” Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 161-170.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyan Davalar, İstanbul 2001.
- İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3.bası, Ankara 1984.

- KATOĞLU, Tuğrul: “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi” AÜHFD Yıl 2006 <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-01/AUHF-2006-55-01-Katoglu.pdf>.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler III, 8. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 7. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 22. bası, İstanbul 2011.
- REİSOĞLU, Safa: “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu” Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983.
- SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, H. Kemal: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1958, CI/I.
- TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Borçlar Hukuku, , 5. bası, C. I-II, İstanbul 1985.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, 1988 6. bası.
- TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- TİFTİK, Mustafa: “Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanunla Değişik M.24 F.II Hükümü Karşısında Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası”, DÜHFD 1993 S. 6.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1976.
- WERNER, E. Ott: Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978.
- YAVUZ, Cevdet: Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı, Beta, İstanbul 2014.

Filiz YAVUZ İPEKYÜZ

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi,
İstanbul 2006.

ZEVKLİLER, Aydın: Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına
Saldırının Sonuçları, DÜHFD, YIL:1983, S. 1, Diyarbakır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE İDARİ VESAYET

F. Ebru GÜNDÜZ*

ÖZ

Türk idari teşkilat yapısı Anayasanın 123'üncü maddesine uygun olarak merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanmaktadır. Anayasanın 127'nci maddesine göre idarenin bütünlüğünü sağlamak amacıyla merkezden yönetim, yerinden yönetim birimleri üzerinde bir takım denetim yetkilerine sahiptir. Bu yetkiler, idari vesayet yetkisi olarak adlandırılır ve idari vesayet yetkisi kendine has bir takım özelliklere sahiptir. Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında idari vesayet yetkisinin bu özelliklerinden bahsetmiştir. Bizde çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin kararlarında değindiği özellikler doğrultusunda idari vesayet yetkisinin özelliklerini inceledik.

Anahtar Kelimeler: İdari denetim, idari vesayet, Anayasa Mahkemesi, idarenin bütünlüğü, mahalli idareler, merkezi idare.

* Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: gunduzfebru@gmail.com.
Makalenin Gönderim Tarihi : 07.01.2016.
Makalenin Kabul Tarihi : 15.01.2016.

ADMINISTRATIVE TUTELAGE IN ACCORDANCE WITH THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

SUMMARY

Turkish administrative organizational structure in accordance with the Constitution's Article 123 is based on centralized management and decentralized management principles. In accordance with Constitution Article 127 the central administration has some supervisory powers over decentralization in order to ensure the integrity of the administration. These powers are called administrative tutelage authority and administrative tutelage have some unique features. In many decisions the Constitutional Court also was talking about these features of administrative tutelage authority. In line with that was talking in decision of the Constitutional Court we examined the characteristics of administrative tutelage authority in the present study.

Keywords: Administrative control, administrative tutelage, Constitutional Court, the integrity of the administration, decentralized management, centralized management.

I. GİRİŞ

Türk idari teşkilat yapısı Anayasanın 123'üncü maddesine uygun olarak merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanmaktadır. Tüm ülkede yürütülecek olan kamu hizmetlerinin sunulması merkezden yönetimin görevi olarak kabul edilirken; mahalli nitelikteki kamu hizmetleri ile teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren hizmetlerin sunulması görevi de yerinden yönetim birimlerine bırakılmıştır. Dolayısıyla idari teşkilatlanmada merkezi idarenin yanı sıra mahalli idareler ile hizmet yerinden yönetim kuruluşları bulunmaktadır.

Anayasa'nın 127'nci maddesinde mahalli idareler, "*il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere, kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri*" olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi, Anayasada mahalli idareler il, belediye ve köy olmak üzere üç adet olarak belirlenmiştir. Anayasa mahalli idareler için sınırlı sayı prensibini benimsemiştir. Ancak 127'nci maddede, kanunla büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimleri getirilebileceği öngörülmüş, bu hükme dayanılarak da büyükşehir belediyeleri kurulmuştur. Hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının ise bir kısmı Anayasada düzenlenmiş bir kısmı ise kanunla kurulmuştur.

Yerinen yönetimler, Devlet tüzelkişiliğinden ayrı bir tüzelkişiliğe sahiptir. Bunun doğal sonucu olarak da yerinden yönetimler kendilerine ait bir bütçeye, bir malvarlığına ve kendilerine ait bir personel varlığına sahiptir. Yine yerinden yönetimler ayrı kamu tüzelkişiliğine sahip oldukları için merkezi idarenin hiyerarşisine dâhil değildirler ve tüm bu özelliklerinin bir neticesi olarak da idari özerkliğe sahiptirler¹.

“Anayasa’da merkezî idare- mahallî idare ayrımının yapılması, mahallî idarelerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulatması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması gibi yetki ve ayrıcalıklar tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin somutlaşmış hâlidir.”²

Mahalli idareler sahip oldukları bu idari özerklik sebebiyle kanunla kendilerine verilmiş konularda karar alma ve bu kararları uygulama serbestisine sahiptirler. Ancak mahalli idarelerin sahip olduğu bu özerklik onların keyfi davranmaları anlamına gelmemektedir. Bu sebeple de mahalli idarelerin denetlenmesi kaçınılmazdır. Aynı zamanda ülke yönetiminde merkezden yönetimin yanı sıra mahalli idarelerin de kabul edilmiş olması bir takım sakıncaları beraberinde getirmektedir. İşte mahalli idareler üzerinde yapılan denetimler ile bu sakıncalar azaltılmaya veya giderilmeye çalışılmaktadır.

Mahalli idarelerin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olduğu tartışmasızdır. Bunun yanı sıra özellikle idarenin bütünlüğünü sağlamak ve korumak amacıyla merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde bir denetim yetkisine sahip olduğu Anayasada düzenlenmiştir. İşte merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu bu denetim yetkisi idari vesayet olarak adlandırılmaktadır. İdari vesayet yetkisi bir idari denetim türü olmakla beraber, kendine ait bir takım özelliklere sahiptir. Anayasa Mahkemesi de önüne gelen idari vesayet ile ilgili kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetlerken, idari vesayet yetkisinin bu özelliklerini vurgulamaktadır. Biz de çalışmamızda önce genel olarak idari vesayet yetkisine değindikten sonra Anayasa Mahkemesinin kararlarında yaptığı

¹ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-İstanbul-2014, s. 298.

² AYM, 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, KBB.

vurgulardan yola çıkarak idari vesayet yetkisinin temel özelliklerini inceleyeceğiz.

II. İDARİ VESAYET KAVRAMI

Anayasanın 127'nci maddesinin 5'inci fıkrasında idari vesayet yetkisi; merkezi idarenin, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla kullandığı yetki olarak tanımlanmıştır. İdari vesayet yetkisi, Anayasanın 123'üncü maddesinde ifadesini bulan idarenin bütünlüğünü gerçekleştirecek hiyerarşinin yanında ikinci bir hukuki araç olarak kabul edilirken³, aynı zamanda yerinden yönetimlerin merkezi idare tarafından idari olarak denetlenmelerine olanak tanıyan bir hukuki araç olarak kabul edilmektedir.

Mahalli idarelerin Devlet tüzelkişiliği dışında ayrı tüzelkişilikler olarak teşkilatlandırılarak, idari özerkliğe sahip kılınmışlardır. İdari özerklik ile vesayet ilişkisi birbirinin karşıtını oluşturmaktadır. Şöyle ki, merkezi idarenin vesayet yetkisinin arttırılması, mahalli idarenin özerkliğini kısıtlayacaktır; vesayet yetkisinin azaltılması mahalli idarenin özerkliğini arttıracaktır. Merkezi idarenin idari vesayet yetkisine sahip olması bu özerkliğin bir istisnası olarak kabul edilir⁴. Anayasa Mahkemesi de, merkezi idareye yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisi tanınmasının yerel yönetimlerin özerkliğinin mutlak ve sınırsız olmadığını kanıtladığını ifade etmiştir⁵.

³ Anayasa Mahkemesi idarenin bütünlüğünü sağlayan hukuki araçların üçüncüsünün yetki genişliği ilkesi olduğunu belirtmektedir: “İdarenin bütünlüğünün gerçekleşmesini sağlayan üçüncü hukuksal araç da merkezi idarenin taşra teşkilatının başındaki amirlerin, merkezden emir ve talimat beklemeksizin, kendi başlarına merkez adına karar alabilme yetkilerini ifade eden ve illerin yönetimini düzenleyen yetki genişliği ilkesidir.” (AYM, 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, KBB).

⁴ “Anayasa’da mahallî idarelere idari ve mali özerklik tanınmış olmasına karşın merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarını denetleme yetkisi verilmiş ve bu yetki idari vesayet olarak somutlaştırılmıştır.” (AYM, 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, KBB).

⁵ AYM, 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, KBB.

Anayasa Mahkemesi idari vesayeti incelediği bir başka kararında ise, idari vesayetin aslında Devletin genel menfaati için konulmuş olmasına rağmen, yerel halkın menfaatlerinin de bir güvencesi olduğu tespitinde bulunmuştur⁶. Yine Yüksek Mahkeme bir diğer kararında ise, Anayasada merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu ifade edildiği için, idari vesayet yetkisi Anayasa ile zorunlu kılınmıştır, yasa koyucunun takdirine bırakılmamış, kullanılması zorunlu bir yetkidir⁷. Hatta aynı kararında Anayasa Mahkemesi vesayet yetkisinin zayıflatılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur⁸.

III. İDARİ VESAYET YETKİSİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Anayasa Mahkemesi, iptal davası veya itiraz yolu ile önüne gelen kanunların ve kanun hükmünde kararnemelerin Anayasaya uygunluğunu incelerken idari vesayet yetkisine ilişkin olarak şu temel özelliklere vurgu yapmıştır:

A. İdari Vesayet Yetkisi Kanunla Verilen ve İstisnai Bir Yetkidir

İdari vesayet yetkisinin kanuni bir yetki olma özelliği, Anayasanın 127'nci maddesinde “kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde” sözleriyle açıkça ifade edilmiştir. Mahalli idareler için

⁶ “Anayasa'nın koyduğu ilke ve kurallara aykırı olmamak koşuluyla, yasada açıklık olan yerlerde ve yasanın gösterdiği derece ve genişlikte kullanılması gereken idari vesayet, aslında devletin genel yararları bakımından konmuş olmakla beraber, yerel halkın yararlarının da korunması açısından bir güvencedir.” (AYM, 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, KBB).

⁷ AYM, 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, KBB.

⁸ “Maddenin ikinci fıkrasında yer alan, “... yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşir.” biçimindeki kuralla, merkezi idarece Anayasa'nın 127. maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken vesayet yetkisinin zayıflatıldığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, 15. maddenin ikinci fıkrasının “... ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar ...” ibaresi ile üçüncü fıkrasının “Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir.” ibaresi, Anayasa'nın 123 ve 127 . maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” (AYM, 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, KBB).

özerklik, kuralı; idari vesayete tabi olmaları ise bu kuralın istisnasını oluşturur. İdari vesayet yetkisi genel ve olağan bir yetki olmayıp aksine istisnai bir yetkidir. Yani vesayet yetkisinin kanunla öngörülmedikçe kullanılması mümkün değildir⁹. Vesayet yetkisi tamamen kanuni düzenlemeye uygun olarak kullanılmalıdır. Kanunla bu yetki hangi makama veya hangi kamu görevlisine tanınmış ise ancak onun tarafından ve yine ancak kanunla çizilen sınırlar içerisinde kullanılacak bir yetkidir. Vesayet yetkisinin konusu ve kullanılış şeklinin kanunda açıkça belirtilmesi gereklidir¹⁰. İdari vesayet yetkisinin sıkı sıkıya kanuna bağlı olması yerinden yönetim birimlerinin özerkliklerinin bir sonucudur¹¹.

Anayasa Mahkemesi de idari vesayeti incelediği hemen hemen bütün kararlarında idari vesayet yetkisinin kanunilik ve istisnailik özelliklerine vurgu yapmıştır. Yüksek Mahkeme şu ifadeleri kullanmaktadır:

*“İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet yetkisi mutlak bir kullanım zorunluluğunu da içermez. Anayasa’da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir.”*¹².

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında da idari vesayet yetkisi için “yasallık” ilkesinin vazgeçilmez bir unsur olduğunu açıkça belirtmiştir. “yerel yönetimlerin kuruluş esasları, karar organlarının oluşumu, görev ve yetkilerinin belirlenmesi, merkezî yönetimle bağ ve ilgileri, bunlar üzerinde uygulanacak idarî vesayet yetkisi, yasal bir düzenlemeyi gerektirmekte, "yasallık" vazgeçilmez bir koşul olmaktadır.

⁹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 224; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C. I, Ekin Yayınları, Bursa-2009, s. 211.

¹⁰ ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul-2002, s. 173; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara-2011, s. 86.

¹¹ YILDIRIM, Ramazan: Türk İdari Rejimi Dersleri (Cilt 1), Mimoza Yayınları, Konya-2004, s. 35.

¹² AYM, 12.09.2013, E. 2013/19, K. 2013/100, KBB; AYM, 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, KBB; AYM, 29.11.2012, E. 2011/100, K. 2012/191, KBB; AYM, 03.11.2011, E. 2011/11, K. 2011/151, KBB.

Anayasa'nın 123. ve 127. maddeleri bu koşulu açık-seçik vurgulamaktadır."¹³

Vesayet yetkisi kanun ile düzenlenecektir. Ancak kanun koyucu vesayet yetkisini düzenlerken keyfi davranamaz. Çünkü Anayasa tarafından kanunla hangi amaçlarla vesayet yetkilerinin kullanılabilceği de belirlenmiştir. Buna göre vesayet yetkisi; idarenin bütünlüğünün sağlanması, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması, yerel gereksinimlerin gereği gibi karşılanması amacına yönelik olmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin idari vesayeti belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğunu vurguladığını görüyoruz. Bu sebeple Yüksek Mahkemeye göre, Anayasada temel ilkelere özellikle de mahalli idarelerin özerkliğine aykırı olmadığı sürece vesayet, kanun koyucu tarafından belirlenecektir. Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında aksi yönde ifadeler kullanmış olsa da¹⁴, pek çok kararında vesayetin bir yetki olduğunu, bu sebeple de kullanılmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir¹⁵.

*"Bu kapsamda Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla yerel yönetimlerin merkezî idare tarafından kanunların öngördüğü yetki ve kapsam içinde denetlenmesinde kullanılacak idarî vesayet yöntemini ve yoğunluğunu belirleme yetkisi yasama organının takdirindedir."*¹⁶

Anayasa Mahkemesi aynı zamanda 127'nci maddede mahalli idarelerin görev alanı için kullanılan "mahalli müşterek ihtiyaçlar" kavramını da belirleme konusunda da yasa koyucunun takdir yetkisinin var olduğunu, bu sebeple de gecekondü dönüşüm projesi uygulanacak alanlarla, toplu konut alanlarıyla sınırlı olarak çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde imar plânı yapma yetkisinin Toplu Konut İdaresine verilmesini Anayasa aykırı bulunmamıştır¹⁷. Benzer şekilde Yüksek Mahkeme, imar planlarının yapılması ile ilgili merkezi idareye yetki

¹³ AYM, 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, KBB.

¹⁴ Anayasa Mahkemesinin bunun aksi yönünde kararı da mevcuttur. Mahkeme bu kararında da vesayet yetkisinin kullanılması zorunlu bir yetki olduğunu ifade etmiştir. (AYM, 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, KBB).

¹⁵ AYM, 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, KBB.

¹⁶ AYM, 03.11.2011, E. 2011/11, K. 2011/151, KBB.

¹⁷ AYM, 09.06.2011, E. 2008/87, K. 2011/95, KBB.

verilmesini değerlendirdiği kararında, Anayasanın 127'nci maddesine göre, merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde vesayet yetkisine sahip olduğu, imar planlarına ilişkin yetkilerin de merkezi idare veya mahalli idareler tarafından kullanılacağına ilişkin Anayasada herhangi bir hüküm olmadığı için bu konuda yetkinin yasa koyucunun takdirinde olduğunu ifade etmiştir. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, “Anayasa’da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, bunun saptanması hususu kanun koyucuya bırakılmıştır. Bu durumda kanun koyucu, kamu yararını gözeterek, anayasal sınırları içinde merkezî yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. İdarenin bütünlüğü ilkesinden hareketle düzenlemenin yerel yönetimleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmaması, belirli alanlar bakımından belirli koşullara bağlı ve yerel yönetimlere bir yük ya da borç getirmeden kimi görev ve yetkilerin merkezî yönetim birimine bırakılması mümkündür”¹⁸ diyerek, imar planı yapılması konusunda merkezi idareye yetki tanınmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.

B. İdari Vesayet Mahalli İdarelere Tanınan ve Anayasal Güvence Altına Alınan Özerkliğin Bir İstisnasıdır

Mahalli idareler özerk tüzelkişiliklerdir. İdari vesayete tabi olmaları ise bu özerkliklerinin bir istisnasıdır¹⁹. Bu sebeple de hem kanun koyucu bu yetkinin sınırlarını belirlerken hem de merkezi idare birimi kendisine verilen yetkiyi kullanırken, mahalli idarelerin özerkliğine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de, Mahallî idarelerin özerkliklerinin Anayasa ile güvence altına alındığını²⁰ ve idarî vesayet yetkisinin de yerel yönetimlere tanınan ve güvence altına alınan özerkliğin istisnası olduğunu belirtmiştir²¹. Yine Anayasa Mahkemesi,

¹⁸ AYM, 29.11.2012, E. 2011/106, K. 2012/192, KBB.

¹⁹ GÜNDAY, s. 86.

²⁰ “Anayasa’da merkezî idare- mahallî idare ayrımının yapılması, mahallî idarelerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulaması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması gibi yetki ve ayrıcalıklar tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin somutlaşmış hâlidir.” (AYM, 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, KBB).

²¹ “Mahallî idareler, özerklikleri Anayasa ile güvence altına alınan kamu tüzel kişileridir. Anayasa’nın 127. maddesinde yer alan idarî vesayet yetkisi yerel yönetimlere tanınan ve güvence altına alınan özerkliğin istisnasıdır. Bu

idari vesayet yetkisinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisinin kanun koyucuya ait olduğunu, ancak kanun koyucunun bu yetkiyi kullanırken Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalması gerektiğini hüküm altına almıştır.²²

Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir; “*Bir kuruluşun özerk olarak nitelendirilebilmesi için, en az, kanunla belli sınırlar içinde kalmak şartıyla, kendi hareketlerine hâkim olarak kuralları da yine kendisinin düzenlemesine yetkili olması gerekir. Burada geçen (Kanunla belli sınırlar) deyiminden ereğin, Anayasa ilkelerine uygun kalmak şartıyla konulmuş bulunan hükümler olduğuna şüphe yoktur. Bu bakımdan bir özerk tüzel kişiliğin yönetiminde ve hizmetlerini görmesinde Hükümetin tümüne veya bir veya birkaç kanadına yetki tanınması, özerklik ile bağdaşamaz. Zira özerklik, aslında, yürütmenin etki alanından uzak tutulması öngörülen kamu hizmetleri için söz konusu olan bir yönetim biçimidir. Böyle bir alanda etki yapabilme kapılarının yürütme organına açılması, özerk yönetim biçimi ile bağdaşır bir durum sayılmaz.*”²³

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında da, Anayasanın 127'nci maddesindeki hüküm sayesinde yerel yönetimlerin özerkliği ile yönetimin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde idari vesayet yolu ile bir denge kurulmaya çalışıldığı belirtilmiştir.²⁴

C. Vesayet Yetkisi Yerinden Yönetim Kuruluşlarının Yerine Geçerek İcrai Karar Alma Yetkisi Vermez

Merkezden yönetim biriminin yerinden yönetimin yerine geçerek karar vermesine veya yerinden yönetimin kararını değiştirmesine “ikame” denilmektedir²⁵ ve idari vesayet yetkisinin ikame yetkisini içermediği

nedenle merkezî idarenin yerel yönetimlerin bütün eylem ve işlemleri üzerinde mutlaka bir denetim yetkisi kullanması gerektiği söylenemez. Yasakoyucu bu yetkiyi belirlerken hem Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen ilkeleri hem de mahallî idarelerin özerkliğini gözetmek ve dengelemek zorundadır.” (AYM, 03.11.2011, E. 2011/11, K. 2011/151, KBB).

²² AYM, 10.01.2013, E. 2011/141, K. 2013/10, KBB.

²³ AYM, 15.10.1968, E. 1967/37, K. 1968/46, KBB.

²⁴ AYM, 26.09.1991, E. 1990/38, K. 1991/32, KBB.

²⁵ WALİNE Jean, Droit Administratif, Dalloz, 2008, s. 42.

genel olarak kabul edilmektedir²⁶. İkame, idari vesayet yetkisinin en ağır kullanım şekli²⁷ olduğu için ancak kanunla buna istisna getirilebileceği de hem doktrinde²⁸ hem de Anayasa Mahkemesi kararları ile kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yerinden yönetim kuruluşunun kanunla kendisine verilen görevleri yapmaması veya kanunun öngördüğü şekilde yapmaması gibi kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda ve ancak kanunla öngörülmesi halinde merkezi idarenin ikame yetkisini kullanabileceğini kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı İmar Kanununun 9'uncu maddesine 3394 sayılı Yasa ile eklenen fıkra, imar plânı hususunda belediyelere verilen bütün yetkilerin, Başbakanın onayı ile geçici olarak Bayındırlık ve İskân Bakanına verilebileceği ile ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, merkezi idare ile yerinden yönetim kuruluşları arasında bir denetim ilişkisi kurulacaksa bunun idari vesayet yetkisi şeklinde olabileceğini, bu yetkinin de yerel yönetimlerin etkisini ortadan kaldıracak, etkisiz kılacak biçimde kullanılmayacağını belirttiikten sonra,

*“İdari vesayetin ayrıık bir türü olan, yasa ile yerel yönetime bırakılan işlemlerin yerine geçme yolu ile merkezi yönetimce yapılması, ancak kapsam ve sınırlarının yasada açıkça belirtilmesi, bu yetkinin yerel yönetimin yasalarla kendisine verilen görevi yerine getirmekten kaçınması, bunda çok gecikmesi gibi kamu yararı ya da haklı bir nedene dayalı olması ve anayasal ölçütler dışına çıkmamasına bağlıdır”*²⁹ demiştir.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da, *“Vesayet makamlarında bu yetki yerinden yönetim kuruluşunun işlemlerini iptal, onama, erteleme, izin verme, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme*

²⁶ GÖRELİ, İsmail Hakkı: İdari Vesayet, Türk Hukuk Kurumu, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara-1944, s. 5.

²⁷ KENT Bülent, “Almanya’da Belediyeler Üzerindeki İdari Vesayet Denetimi”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, 2006, s. 134.

²⁸ ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara-2009, s. 182-183; GÖZLER, s. 215; GÜNDAY, s. 91. Doktrinde aksi yönde görüşler de mevcuttur. ÖZAY, yetkili organ ve ajanların ihmal ve temerrüdü halinde yerlerine geçip işlem yapmanın özerklik ve bu konuda anayasaların öngörmüş oldukları demokratik yönetim ilke ve gerekleriyle bağdaştırılabilecek bir husus olmadığını belirtmiştir. (ÖZAY, s. 172).

²⁹ AYM, 26.09.1991, E. 1990/38, K. 1991/32, KBB.

şeklinde kullanılabilmesi gibi bunların organlarının kararlarına karşı idari yargı mercilerinde dava açma yetkisi şeklinde de kullanılabilir. Buna karşılık vesayet yetkisi kural olarak merkezî idareye, yerinden yönetim kuruluşları yerine geçerek icrai karar alma yetkisi vermez. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi yerinden yönetim kuruluşlarının kanunla kendilerine verilen görevleri hiç yapmaması veya kanunun öngördüğü şekilde yapmaması gibi kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kanunla öngörülmek kaydıyla, merkezî idareye yerinden yönetim kuruluşunun yerine geçerek karar alma yetkisi tanınabilir.”³⁰ diyerek, ikame yetkisinin kullanılabilmesinin bu şartların gerçekleşmesi halinde mümkün olabileceğini ifade etmiştir.

127’nci maddenin 4’üncü fıkrası İçişleri Bakanına geçici bir tedbir olarak mahalli idare organları ve bu organların üyelerini görevden uzaklaştırma yetkisi tanımıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın bu hükmüne dayanılarak yapılan bir görevden uzaklaştırma sonucu, Bakanın teklifi ve Başbakanın onayı ile geçici olarak yeni birinin atanmasına ilişkin kanun hükmünün Anayasa’ya uygunluğunu değerlendirdiği kararında, “Uzaklaştırma durumu, Anayasa’nın 127. maddesinin dördüncü fıkrasının tanıdığı yetkiye dayanmakla birlikte, uzaklaştırılanın yerine doğrudan görevlendirme, bu uzaklaştırmanın doğal sonucu olarak karşılanamaz. Uzaklaştırmaya yetkili olan makamla, görevlendirmeye yetkili olan makamı "aynı makam" saymak 127. maddenin amacı ve anlamı karşısında olanaksızdır.” dedikten sonra, görevden uzaklaştırma sonucu yerine geçici veya sürekli birini atama yapmanın vesayet yetkisini Anayasa’nın 127’nci maddesindeki sınırlarının dışına çıkarmak olacağını belirtmiştir. Yine aynı kararında Yüksek Mahkeme, özellikle bu atamanın merkezi idarenin siyasi kimlikli makamlarına yaptırmanın Anayasa’ya aykırı olduğuna ve atamanın geçici ya da sürekli olmasının sonucu etkilemediğine, çünkü soruşturma ve kovuşturma açtırmanın, bu nedenlerle görevden uzaklaştırma yetkisini kullanma olanağının her zaman bulunduğu ve geçici atamanın, sürekli atamaya dönüşebileceğine ve bu gerekçelerde de Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir³¹.

³⁰ AYM, 12.09.2013, E. 2013/19, K. 2013/100, KBB. Aynı yöndeki bir diğer karar için bkz: AYM, 29.11.2012, E. 2011/100, K. 2012/191, KBB.

³¹ AYM, 13.06.1988, E. 1987/22, K. 1988/19, KBB.

D. İdari Vesayet Hem Yerindelik Hem De Hukukilik Denetimi Şeklinde Düzenlenebilir

İdari vesayeti belirleme yetkisi kanun koyucuya ait olduğu için, kanunla öngörülmesi halinde yerindelik denetimi şeklinde de kullanılabilir³². Anayasanın 127'nci maddesinde sayılan idari vesayet yetkisinin amaçları da yerindelik denetimi yapılmasına müsaade etmektedir³³. Ancak merkezi idare tarafından yerinden yönetim biriminin işlemini yerindelik bakımından denetlenmesi yerinden yönetimin bağımsızlığını daha fazla sınırlayacağı için³⁴ mutlaka kanunla açıkça öngörülmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi de, 127'nci maddenin 5'nci fıkrasına atıfta bulunarak, *"Bu fıkrafta, merkezi yönetim yerel yönetimler üzerinde idari vesayet ' ... yetkisine sahiptir.' denilerek, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı yasa koyucunun takdirine bırakılmamıştır. Ayrıca fıkradaki idari vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini de içerdiği açıktır."*³⁵ dedikten sonra, yasa ile öngörülmesi halinde yerindelik denetimi şeklinde de vesayet yetkisi tanınabileceğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında da, idari vesayet yetkisinin yerindelik denetimini içermesinin veya içermemesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacağını, bunun yasa koyucunun takdirinde bulunduğunu ifade etmiştir³⁶.

E. Anayasada Belirtilmemesine Rağmen Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları Üzerinde De Vesayet Yetkisi Vardır

Anayasanın 127'nci maddesinde sadece mahalli idareler üzerindeki vesayet yetkisinden bahsedilmekle beraber, aksi yöndeki

³² AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 225.

³³ ÖZAY, s. 165; KAPLAN, Gürsel: "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Belediye Meclisi Kararları Üzerinde Vesayet Denetimi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/2, s. 67-90 (2005), <http://www.idare.gen.tr/kaplan-vesayet-belediye.htm>.

³⁴ ATAY, s. 174.

³⁵ AYM, 04.02.2010, E. 2008/28, K. 2010/30, KBB.

³⁶ AYM, 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, KBB.

görüşlere rağmen³⁷ doktrinde, hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de vesayet yetkisinin var olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁸. Anayasa Mahkemesi de; hizmet yönünden yerinden

³⁷ “1982 Anayasasının 6/3’deki “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” hükmü, idare hukukunun yetkiye ilişkin temel prensiplerden olan “idari makamların yetkisiz olması kural, yetkili olması ise istisnadır” ilkesi ve idari makamların yetkileri bakımından “dar yorum” ilkesi idari vesayet yetkisinin hizmet yerinden yönetim kuruluşları bakımından kullanılmayacağını kanıtlar niteliktedir.” (BAYINDIR, M. Savaş: İdari Denetim Olarak İdari Vesayet, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara 2007, s. 47). “...merkezi idare ile hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları ilişkisini ya da yerinden yönetim kuruluşları arasındaki denetimi, bir başka kavramla ifade etmek mümkündür. Ancak idari vesayet kavramı, kamu tüzelkişilerinin denetlenmesinde kullanılan yerleşmiş bir kavram olduğu için, yerinden yönetim idareleri arasında kurulan denetim ilişkisinin de idari vesayet olarak nitelendirilmesinde sakınca yoktur.” (YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY OKAY, Özge: İdare Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul-2013, s. 37).

³⁸ “...hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına nazaran daha özerk olan yerel yönetimler üzerinde merkezi idarenin (=devletin) sahip olduğu bu yetkinin, merkezi idareye (=devlete) daha bağımlı olan hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de evleviyetle geçerli olduğu sonucuna varılabilir.” (GÖZLER, s. 209); ATAY ise, “Anayasanın 127/5’deki düzenlemesinde mahalli idareler ibaresi yerine yerinden yönetim kuruluşları ifadesi konulduğu zaman idari vesayetin tanımına ulaşılabacaktır. Çünkü idarenin bütünlüğü ilkesi sadece mahalli idareler anlamında değil, genel anlamda hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarını da kapsayıcı bir özelliğe sahip anayasal bir ilkedir.” sözleri ile hizmet yerinden yönetim kuruluşları için de idari vesayet yetkisinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. (ATAY, s. 171). GÜNDAY da benzer şekilde, “Anayasada hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde merkezi idarenin sahip olduğu vesayet yetkisi açıkça belirtilmemekle beraber, bu kuruluşlara oranla çok daha özerk olan yerel yönetimler için kabul edilen bu yetkinin hizmet yerinden yönetim kuruluşları için öncelikle var olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ayrıca Anayasada ifadesini bulan “İdarenin bütünlüğü” ilkesinden de, merkezi idarenin hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki vesayet yetkisini çıkarmak mümkün olmaktadır.” sözleri ile hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de idari vesayet yetkisinin var olduğunu ifade etmiştir. (GÜNDAY, s. 85.) YILDIRIM ise, Anayasada vesayet denetimi ile ilgili olarak sadece mahalli idarelerden bahsedilmiş

yönetim kuruluşları üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisine sahip olduğu hususu Anayasada belirtilmemiş de olsa, mahalli idareler üzerinde var olan bu yetkinin hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarında da var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi buna gerekçe olarak da Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin bütünlüğü ilkesini göstermiştir³⁹. Buna göre idarenin bütünlüğü ilkesi sadece mahalli idareler için değil, hizmet yerinden yönetim kuruluşları için de geçerli bir ilkedir.

Anayasa Mahkemesi, organlarının göreve geliş biçimi, görev süreleri, görevlerinin niteliği, özerklik dereceleri vs. bakımından birbirinden farklı iki kategoriye oluşturan *mahalli idareler* ile *hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının* aynı kapsamda değerlendirilmesinin isabetli olmadığını belirttikten sonra, Tübitak Başkanının atanması sürecinde, Başbakanı tanıyan yetkilerin TÜBİTAK'ın özerk bir bilimsel araştırma kurumu olması ile bağdaşmadığı iddiasının yerinde olmadığına karar vermiştir⁴⁰.

olmasının hizmet yerinden yönetim kurumları üzerinde idari vesayet yetkisinin kullanılmayacağı anlamına gelmediğini, Anayasadaki bu hükmüm ile yerel yönetimlerin özerkliğinin Anayasa tarafından korunduğunun anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. (YILDIRIM, s. 35).

³⁹ “Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisine sahip olduğu hususu belirtilmemiş; ancak, mahalli idareler üzerinde bu yetki var ise hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarında da var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin bütünlüğü ilkesi de bu hususu destekler niteliktedir.” (AYM, 03.04.2013, E. 2011/142, K. 2013/52, KBB)

⁴⁰ “Anayasa'nın 127. maddesi münhasıran ‘mahalli idareler’le ilgilidir. TÜBİTAK ise bir mahalli idare birimi değil, bir hizmet yerinden yönetim kuruluşudur. Bu itibarla, organlarının göreve geliş biçimi, görev süreleri, görevlerinin niteliği, özerklik dereceleri vs. bakımından birbirinden farklı iki kategoriye oluşturan mahalli idareler ile hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının aynı kapsamda değerlendirilmesi isabetli değildir. Dava dilekçesinde, TÜBİTAK gibi kurumların, özerk yapıda olmaları nedeniyle kendi yöneticilerini bizzat kendilerinin seçme/belirleme yetkisine sahip olmaları gerektiği iddia edilmiştir. Ancak, Anayasada aksine bir hüküm bulunmadıkça özerk kurumların karar ya da yönetim organlarının kendileri tarafından seçilmesi zorunlu değildir. Bu itibarla, özerk bir kurumun karar organını oluşturan üyelerin tamamının veya bir bölümünün siyasal organlar tarafından seçilmesine bakılarak bunun özerklikle bağdaşmayacağı ileri sürülemez.” (AYM, 02.06.2011, E. 2008/88, K. 2011/85, KBB).

Anayasa Mahkemesi, kurumların özerkliğinin unsurlarını belirleyen, bu konuda kanun koyucuyu sınırlandıran bir Anayasal hüküm olmadığı için kanun koyucunun yetki sahibi olduğunu belirttikten sonra, TÜBA üyelerinin ve başkanının göreve getirilişinde merkezi idareye yetki tanıyan hükmün Anayasa ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁴¹.

Eski tarihli bir kararında ise Anayasa Mahkemesi, yerinden yönetimlerin hizmet âdemi merkezîyet ve mahalli idareler olarak iki grupta toplandıklarını belirtmiş ve bu iki grup yerinden yönetimlerin ortak özelliklerini ise idari vesayet denetimine tabi olmaları şeklinde ifade etmiştir⁴².

Anayasa Mahkemesi hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisini kabul etmesine rağmen, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile büyükşehir belediyesine ilçe ve alt kademe belediyeleri üzerinde tanınan yetkinin, idari vesayet yetkisi olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir⁴³. Anayasa Mahkemesi buna gerekçe olarak da, idari vesayet yetkisinin Anayasa ile merkezi idareye tanınan bir yetki olduğuna işaret etmiştir. Doktrinde ise Anayasa Mahkemesinin aksi yönünde görüşler bulunmaktadır. GÜNDAY, merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki bir denetim

⁴¹ “Kurumların özerkliğinin unsurlarının neler olduğu yönünde ne Anayasa’nın 123. maddesinde ne de diğer bir maddede kanun koyucuyu sınırlandıran Anayasal bir kural bulunmamaktadır. Bunun yanında, ilgili kanunlarda da her duruma uyan genel ve tek bir özerklik tanımlamasının olmadığı görülmektedir. Gerçekten de, anılan metinlerde, özerk bir kurumun organlarının nasıl oluşturulması gerektiği ve bu kurumun hangi yetkilere sahip olabileceği sorusuna cevap teşkil edecek şekilde genel, her kurum için uygulanabilecek nitelikte bir özerklik tanımlaması bulunmamaktadır. Özerk kamu kurumlarının statüsü kanunlarda gösterilmektedir. Dolayısıyla, kamu kurumlarının kuruluş ve işleyişlerinin düzenlenmesi ve gerektiğinde bu kurumların varlığına son verilmesi hususunda kanun koyucunun yetki sahibi olduğu açıktır. TÜBA’nın özerkliğinin hangi unsurları içereceği, TÜBA üyelerinin ve Başkanı’nun hangi yöntemle göreve getirileceği ve bu süreçlerde vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı hususlarında da kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu kabulü gerekir. Kanunla kurulmuş olan Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı olan Kurumun üyelerinin ve Başkanı’nun seçilmesi usulünün yine kanunla değiştirilmesi özerkliğe aykırılık teşkil etmez.” (AYM, 03.04.2013, E. 2011/142, K. 2013/52, KBB).

⁴² AYM, 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, KBB.

⁴³ AYM, 25.01.2007, E. 2004/79, K. 2007/6, KBB.

olarak ortaya çıkan vesayetin zamanla bir kamu tüzelkişisinin bir başka kamu tüzelkişisi üzerindeki denetimini de kapsayacak şekilde anlaşıldığını ve iki kamu tüzelkişisinden bir tanesinin merkez olarak kabul edildiğini⁴⁴; ÖZAY ise, merkez olarak kabul edilen kamu tüzelkişisine bir başka kamu tüzelkişisi üzerinde tanınan bu yetkinin idari vesayetin özel bir türü olduğunu ve dış idari denetim olarak adlandırılabilceğini belirtmiştir⁴⁵.

F. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları Da Vesayet Denetimine Tabidir

Anayasanın 135'inci maddesinde⁴⁶ kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetiminden bahsediliyor. Bu maddede belirtilen denetim, bir vesayet denetimi olarak kabul edilir⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi, Türk Tabipleri Birliği ve Türk Dış Hekimleri Birliğine ait olan sağlık hizmetlerinin ücret tarifesinin belirlenmesi veya tasdik edilmesi yetkisinin Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüne verilmesini öngören kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya uygunluğunu denetlediği bir kararında, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının özerk bir yapıya sahip olduğunu ancak bu özerkliğin meslek kuruluşlarının kararlarının idari vesayet yolu ile

⁴⁴ GÜNDAY, s. 85.

⁴⁵ ÖZAY, s. 174.

⁴⁶ Madde 135 - “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir. Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz. Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar. Bu meslek kuruluşları ve üst kuruluşları organlarının seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremezler. Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir.”

⁴⁷ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara-2014, s. 94.

denetlenmesine engel olmadığına işaret etmiştir. Ve inceleme konusu ile ilgili olarak, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına üye meslek mensuplarınca sunulan hizmetin bedeline ilişkin tarifelerin belirlenmesi, meslek kuruluşlarının özerkliğinin gereği olduğunu ancak sağlık hizmetinden faydalanan kişileri korumanın da Devletin görevleri arasında olduğunu belirterek, kanun hükmünde kararname ile merkezî idareyi ücret tarifelerinin belirlenmesi sürecine dâhil edilmesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında da, Anayasa'nın 135. maddesinin beşinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde devletin '*idari ve mali denetiminden*' söz ettiğini;

⁴⁸ “Anayasa’nın 135. maddesinde, meslek kuruluşlarının karar ve yönetim organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, devletin idari ve mali denetimine tabi olduklarının belirtilmesi ve sorumlu organlarının görevlerine ancak yargı kararıyla son verilebileceğinin kurala bağlanması, bu idarelerin özerkliğine işaret etmektedir. Meslek kuruluşlarının özerkliği, merkezi idareden bağımsız olarak karar ve yürütme organlarını seçebilme, ilgili mesleki faaliyetlerle sınırlı olmak üzere üyelerini ve örgütlerini bağlayıcı karar alma ve uygulama, meslek mensuplarının uyacağı ilke ve kuralları belirleme ve üyeleri hakkında disiplin tedbirleri uygulama hak ve yetkisini içermektedir. Ancak özerklik, meslek kuruluşlarının işlemlerinin idari vesayet yoluyla merkezî idarenin denetimine tabi kılınmasına engel değildir. Kanun koyucunun, idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca, merkezî idareye, bir idari vesayet yetkisi olarak meslek kuruluşu işlemlerini iptal etme, onama, yürürlüğünü erteleme, tekrar görüşülmesini isteme ve düzeltme yetkisi tanıması Anayasa’ya aykırı olmaz. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına üye meslek mensuplarınca sunulan hizmetin bedeline ilişkin tarifelerin belirlenmesi, meslek kuruluşlarının özerkliğinin gereğidir. Ancak bu durum, bu tarifelerin belirlenmesinin tamamen meslek kuruluşlarının inisiyatifine bırakılacağı ve merkezî idarenin hiçbir şekilde bu tarifelere müdahalede bulunamayacağı anlamına gelmez. Ücret tarifelerinin belirlenmesi, sadece meslek mensuplarının menfaatini ilgilendiren bir durum olmayıp, bunlardan hizmet satın alarak ücret ödeyen kişilerin de menfaatini etkilemektedir. Sağlık hizmeti satın alan bireylerin, meslek kuruluşlarının tek taraflı fiyatlandırma politikasıyla karşı karşıya bırakılması, Anayasa’nın 5. maddesiyle devlete yüklenen ödevle bağdaşmamaktadır. Kanun koyucunun, meslek mensuplarından hizmet satın alan bireylerin menfaatlerinin de gözetilmesi bakımından, merkezî idareyi de ücret tarifelerinin belirlenmesi sürecine dâhil etmesi Anayasa’ya aykırı görülemez.” (AYM, 14.02.2013, E. 2011/150, K. 2013/30, KBB).

dolayısıyla, merkezî idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki denetiminin idari ve mali denetimin ötesine geçmemesi gerektiğini vurgulamıştır ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki denetimin Anayasanın 127'nci maddesindeki vesayet denetiminden farklı olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu konuyu incelediği kararında, Turist Rehberliği Meslek Kanununun 12'nci maddesinde yer alan, Turist rehberliği niteliğindeki hizmet veya faaliyetler, meslekte uzmanlık ve ilgili sertifika programlarının düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar, turist rehberliği hizmetine yönelik sözleşmelerde bulunması gerekli asgari hususlar, disiplin, sicil, ruhsatname ve çalışma kartlarına ilişkin hususlar ile bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin diğer hususların meslek kuruluşlarının görüşü alınmak suretiyle Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin hükmün iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararının gerekçesinde, *“Bu durum, idari ve mali denetimin ötesinde, merkezî idarenin vesayet denetimi yetkisini aşacak biçimde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan turist rehberleri odaları birlikleri yerine geçerek faaliyet göstermesi anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle, Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikleri düzenleme yetkisinin idari ve mali denetim yetkisiyle bağdaşmayacağı”* hususunu ifade etmiştir.⁴⁹

Anayasa Mahkemesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının birer özerk kuruluşlar olduklarını belirttikten sonra özerkliğin, meslek kuruluşlarının işlemlerinin idari vesayet yoluyla merkezî idarenin denetimine tabi kılınmasına engel olmadığını belirtmiştir. Bu kararında Yüksek Mahkeme, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüne, meslek kuruluşlarınca hazırlanan ücret tarifelerini tasdik etme yetkisi tanınmasını, bireylerin meslek kuruluşlarının tek taraflı fiyatlandırma politikasıyla karşı karşıya bırakılmaması amacıyla alınan bir tedbir olduğu için meslek kuruluşlarının ücret tarifelerinin yürürlüğe girebilmesinin, bir idari vesayet yetkisi olarak merkezî idarenin tasdikine bağlı kılınmasında Anayasa'ya aykırılık olmadığına karar vermiştir⁵⁰.

⁴⁹ AYM, 10.01.2013, E. 2012/95, K. 2013/9, KBB.

⁵⁰ AYM, 29.01.2014, E. 2013/30, K. 2011/150, KBB.

G. Vesayet Yetkisi Devredilemez

İdari vesayet yetkisi kanunla hangi merkezi idare birimine veya makamına verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılması gerekir⁵¹. Yetki devri ile başka makamlara devredilmesi mümkün değildir⁵².

Anayasa Mahkemesi de öğretiyeye atıf yaptığı bir kararında, Bakanlığın bütün işlemlerinin Bakan tarafından bizzat yapılmasının mümkün olmadığını, bu sebeple yetkilerinin bir kısmını devredebileceğini belirttiğinden sonra, “*Bakanlar Kurulu'nun toplantılarına katılmak, kararnamelemleri imzalamak, başka bir bakanlığa vekalet etmek, yönetmelik çıkarmak, atama yapmak, disiplin cezası vermek, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmak, idarî vesayet gibi önemli yetkiler devredilemez*” diyerek, devredilemeyecek yetkiler arasında idari vesayet yetkisini de saymıştır⁵³.

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında da, il özel idare organlarının ve bu organların üyelerinin, görevlerinden uzaklaştırılmalarına ilişkin yetkinin Anayasa tarafından İçişleri Bakanı'na verildiği, bu sebeple bu yetkinin başka bir organ tarafından kullanılmanın mümkün olmadığına karar vermiştir⁵⁴.

H. İdari Vesayet Yetkisi, Yerinden Yönetim Birimlerinin Kararlarına Karşı İdari Dava Açma Şeklinde Kullanılabilir

Mülki amirin, kanunla öngörülmesi halinde mahalli idarenin kararına karşı idari yargı merciine başvurusunun bir vesayet yetkisi olup olmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Kanunla mülki amirin yargı merciine başvurabileceğine dair bir düzenleme olmasa da İYUK'un 2'nci maddesine göre, mülki amirin iptal davası açabileceği belirtilerek, bu yetkinin bir vesayet yetkisi olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁵. Bu görüşün

⁵¹ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1966, s. 625; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 225; YILDIRIM Turan, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, Alkım Yayınları, İstanbul-1999, s. 19.

⁵² ATAY, s. 173.

⁵³ AYM, 03.04.2013, E. 2011/142, K. 2013/52, KBB.

⁵⁴ AYM, 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, KBB.

⁵⁵ GÜNDAY, Metin: “Kamu Yönetimi Reformu”nun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü, Danıştay Yayınları, Ankara, 2005, s. 172.

aksine, idari yargı merciine başvurarak yargısal denetimin başlamasını sağladığı için idari yargı merciine başvurmanın bir vesayet yetkisi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁵⁶. Mahalli idarelerin kararlarına karşı merkezi idare tarafından, İYUK'daki menfaat ihlali şartı gerçekleşmeden yargısal denetim başlatılabildiğini İYUK'un 2'nci maddesine göre iptal davası açma hakkından farklı değerlendirilmesi ve dolayısıyla bir vesayet yetkisi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında idari vesayet yetkisinin mahalli idarelerin kararlarına karşı idari dava açma şeklinde kullanılabilmesini belirtmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi pek çok kararında şu ifadelere yer vermiştir: “*Vesayet makamlarınca bu yetki yerinden yönetim kuruluşunun işlemlerini iptal, onama, erteleme, izin verme, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme şeklinde kullanılabilmesi gibi bunların organlarının kararlarına karşı idari yargı mercilerinde dava açma yetkisi şeklinde de kullanılabilir*”⁵⁷.

5322 Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 22'nci maddesinde mahallî idare birliklerinin denetiminin İçişleri Bakanlığınca yapılacağı, vali ve kaymakamların da gerekli görmeleri halinde ülke düzeyinde kurulanlar dışında kalan birlikleri denetleyebilecekleri, ikinci fıkrasında da mahalli idare birliklerinin mali denetimi sonucunda kamu zararı çıkması halinde buna ilişkin kişi borcu tekliflerinin birlik meclislerince görüşülerek karara bağlanacağı, bu karara karşı ilgili vesayet makamı ile hakkında borç çıkarılanların idarî yargıya başvurabileceği ve işlemin yargı kararına göre sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümde yer alan, bahsi geçen birlik meclisi kararları aleyhine vesayet makamları ile hakkında kişi borcu çıkarılanların idarî yargı mercilerine başvuru yetkisinin Anayasaya aykırı olduğu iddiaları üzerine Anayasa Mahkemesi, “*İtiraz konusu kuralla mahallî idarelerin organlarınca alınan kararlara karşı kullanılacak idarî vesayet yetkisi, bu kararlar aleyhine idari dava açma şeklinde belirlenmiştir. Kaldı ki, Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen "idarenin bütünlüğü" ilkesini gerçekleştirme amacıyla, idarî yargıyı harekete geçirmek suretiyle kullanımı öngörülen*

⁵⁶ ARSLAN, Süleyman: Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını No: 109, Ankara 1978, s. 516.

⁵⁷ AYM, 29.11.2012, E. 2011/100, K. 2012/191, KBB; AYM, 03.11.2011, E. 2011/11, K. 2011/151, KBB.

düzenlemenin vesayeti içermediği de söylenemez”⁵⁸ diyerek, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiğimiz, idari yargı merciine başvurulması şeklinde idari vesayet yetkisinin kullanılabilmesini kabul ettiği kararlarına rağmen, bu kararlarından daha eski tarihli bazı kararlarında ise, mülki amire idari yargı merciine başvurma yetkisi tanıyan Kanun hükümlerinin iptaline karar vermiştir. Örneğin, 5216 sayılı Kanununun 14’üncü maddesinde yer alan belediye meclisi kararlarına karşı “*Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurulabilir*” hükmünün Anayasa madde 127’ye aykırı olduğu iddia edilirken; idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasına yönelik olarak merkezi idareye tanınan ve çerçevesi Anayasa’da çizilmiş bulunan vesayet yetkisinin, iptali istenilen kural ile yalnızca yargı mercileri aracılığıyla gerçekleştirilecek hukuka uygunluk denetimi ile sınırlandırılmasının vesayet yetkisini etkisizleştirdiği, dolayısıyla etkin bir biçimde kullanılmasını imkânsız hale getirdiği, gerekçeleri ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi de yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, idari yargı merciine başvurma yetkisinin Anayasanın 127’nci maddesinde yer alan ve idarenin bütünlüğü ilkesine göre kullanılması gereken bir vesayet yetkisi içermediği gerekçesi ile hükmün iptaline karar vermiştir⁵⁹.

Yine bu kararına yakın tarihli bir diğer kararında da aynı gerekçelerle 5393 sayılı Belediye Kanununun 23’üncü maddesinde belediye meclisi kararları için var olan idari yargı merciine başvurma imkânı tanıyan hükmü Yüksek Mahkeme, Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir⁶⁰.

⁵⁸ AYM, 03.11.2011, E. 2011/11, K. 2011/151, KBB.

⁵⁹ “...maddenin beşinci fıkrasında yer alan, ‘*Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine ‘ idari yargıya başvurulabilir.*’ biçimindeki kuralın, merkezi idarece Anayasa’nın 127. maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği bir vesayet yetkisini içermediği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, iptali istenilen beşinci fıkranın ‘*Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine ‘ idari yargıya başvurulabilir.*’ ibaresi Anayasa’nın 123 ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” (AYM, 04.02.2010, E. 2008/28, K. 2010/30, KBB).

⁶⁰ AYM, 04.02.2010, E. 2008/27, K. 2010/29, KBB.

KAPLAN tarafından da, kanun ile vesayet makamına idari yargı merciine başvurma yetkisi verilmesi, olması gereken hukuk açısından olumlu bir düzenleme olarak kabul edilmesine rağmen, Anayasaya uygunluk açısından tartışmalı olduğu ifade edilmiştir. KAPLAN, Anayasadaki ifadelerden vesayet yetkisinin yerindelik denetimini içerdiği konusunda kuşku bulunmadığını, vesayet denetiminin ise sadece yargı merciini hareket geçirmek olarak düzenlenip, asıl denetimin yargı mercii tarafından yapılmasının öngörülmesi halinde sadece hukukilik denetimi yapılabilmesinin Anayasa tarafından öngörülen denetim modelinden oldukça farklı olduğunu ifade etmiştir. Ancak Anayasadaki ifadelerden vesayet yetkisinin mutlaka yerindelik denetimini içermesi gerektiği sonucunu çıkarmamızın çok mümkün olmadığını düşünüyoruz. Kanun koyucu Anayasada belirtilen amaçları gerçekleştirmek için hukukilik denetimi yapılmasını da öngörebilir.

I. Yerinden Yönetimin İşlemi ve Merkezi İdarenin Onayı Ayır Birer İdari İşlemdir

Çeşitli kanunlarda mahalli idarelerin bazı kararlarının merkezi idarenin onayına tabi olduğuna dair hükümler mevcuttur. Mahalli idareler, kendi görev alanları ile ilgili olarak icrai karar alma yetkisine sahiptirler. Bu sebeple doktrinde mahalli idarenin işlemi ile merkezi idarenin onayının birbirinden bağımsız işlemler olduğu kabul edilmektedir⁶¹. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da bu hususların vurgulandığını görmekteyiz. *“Onay, yerel yönetimlerin kararlarının bir ögesi ya da tamamlayıcı parçası değildir. Bu kararlar, kamu tüzelkişiliğine sahip ve kendi adlarına irade izharına yeterli olan yerel yönetimlerin iradesinden doğmuş hukuksal bir tasarruftur. Son aşamada onay biçiminde beliren, dayanağını Anayasa ve yasalardan alan merkezden yönetimin idarî vesayet yetkisi ise, yerel iradenin dışında ve karşısında, onların eylem ve işlemlerini denetlemek, kararlarını*

⁶¹ ÖZAY, s. 168; GÜNDAY, s. 91; GÖRELİ, s. 5; ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara-1990, s. 125. Doktrinde aksi yönde görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre, mahalli idarelerin işlemi ile merkezi idarenin işlemi birbirinden ayrı değildir. Aksine mahalli idare işlemi merkezi idare tarafından onaylanmadığı için kesinlik kazanmadığından, mahalli idare ile merkezi idarenin iradelerinin birleşmesi ile birlikte tek bir işlem ortaya çıkmaktadır. (COŞKUN, Sabri: İdarenin İdari Denetiminde İdari (Yönetsel) Vesayet, Ankara 1976, s. 30-31).

onaylamak, değiştirmek onaylamak ya da bozmak biçiminde kendini gösteren ikinci bir güç ve iradedir. Şu halde, yerel yönetimlerin kararı ile merkezden yönetimin kararını ayrı birer tasarruf olarak kabul etmek gerekir."⁶²

Merkezi idare tarafından gerçekleştirilen onay işlemi yerinden yönetim tarafından yapılan işlemin yürürlüğe girmesi yani uygulanabilir hale gelmesi için gereklidir⁶³. Bir diğer ifade ile onama mahalli idarenin işlemine icrailik kazandırmaktadır⁶⁴. Aynı zamanda vesayet makamının onamasına tabi olan bir işlemin onanmasından dolayı merkezi idareye sorumluluk yöneltilemez. Bu işlemlerden, işlemi gerçekleştiren mahalli idare sorumlu kabul edilir⁶⁵. Çünkü onama ile söz konusu işlem merkezi idarenin işlemi haline gelmez.

J. Vesayet Yetkisi Danıştay Tarafından Da Kullanılabilir

Anayasanın 155'nci maddesinde Danıştay, hem yargısal hem de idari görevleri olan bir yüksek mahkeme olarak tanımlanmıştır. Danıştay'ın idari dairesi olan Birinci Dairesinin mahalli idareler ile ilgili olan kararlarının idari vesayet yetkisinin kullanımına ilişkin olduğu kabul edilir⁶⁶. Danıştay'ın bu kararları genellikle merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki idari vesayet yetkisinin sınırlanması şeklindedir⁶⁷. Anayasa Mahkemesinin görüşü de bu yöndedir ve şu şekilde bir kararında ifade etmiştir:

"Danıştay'ın yargısal olmayan görevleri, 2575 sayılı Danıştay Yasasında ve kimi özel yasalarda gösterilmiştir. 74. madde uyarınca belediye meclislerinin işlemleri üzerinde İl İdare Kurulu ya da

⁶² AYM, 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, KBB.

⁶³ WALİNE, s. 42; GÜNDAY, s. 91; ÖZAY, her iki işlemin de kesin birer işlem olduğunu, sonuç ve hükmün ancak bu iki işlemin birleşmesi ile ortaya çıkacağından iki işlemde oluşan karara bir bütün olarak "birleşme işlem" denilebileceğini ifade etmektedir. ÖZAY, s. 169.

⁶⁴ GÖZLER, s. 220.

⁶⁵ ONAR, s. 631.

⁶⁶ Örnek olarak 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanununun 25'inci maddesinin ikinci fıkrasını verebiliriz. Bu hükmeye göre; "Büyükşehir belediye meclisince ilçe belediye bütçelerinde yapılan değişikliklere karşı on gün içinde Danıştaya itiraz edilebilir. Danıştay, itirazı otuz gün içinde karara bağlar".

⁶⁷ DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1982, s. 108.

*Danıştay'ca yapılması öngörülen denetim, bir idari vesayettir. Danıştay burada Anayasa ve 2575 sayılı Yasa'yla kendisine verilen danışma ve inceleme işlevini yerine getirmekte, bir yönetim organı imişçesine yönetsel bir karar almaktadır. Çünkü, bu itiraz, yargısal bir başvuru ya da dava olmayıp, yönetsel bir başvurudur.*⁶⁸

IV. SONUÇ

Türk idari teşkilatında merkezi idarenin yanı sıra mahalli idareler ile hizmet yerinden yönetim kuruluşları bulunmaktadır. İdarenin bütünlüğünü ve kamu yararını sağlamak amacıyla merkezi idareye yerinden yönetim birimleri üzerinde idari vesayet yetkisi tanınmıştır. İdari vesayet yetkisi bir idari denetim türü olmakla beraber kendine has birtakım özelliklere sahiptir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında idari vesayet yetkisinin bu özelliklerini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, idari vesayet yetkisi kanuni ve istisnai bir yetkidir. Yani idari vesayet yetkisinin merkezi idareye tanınması ve bu yetkinin kullanılması kanuna bağlıdır. Bu yetki kanunla öngörülmüş ise ve ancak kanunun öngördüğü şekilde kullanılabilir. Yine idari vesayet yetkisi istisnai bir yetkidir. Çünkü yerinden yönetim birimleri için asıl olan özerklikleridir. İdari vesayet yetkisi bu özerkliğin bir istisnasıdır.

Anayasa Mahkemesine göre, kanunla düzenlenmesi halinde hem yerindelik hem de hukukilik açısından kullanılabilir ve yine kanunla öngörülmesi halinde kanundaki şartlara uygun olmak koşuluyla merkezi idare, yerinden yönetim biriminin kararları üzerinde ikame yetkisini de kullanabilecektir.

Anayasada açıkça belirtilmemiş olsa da Anayasa Mahkemesi, idarenin bütünlüğü ilkesine dayanarak hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de idari vesayet yetkisinin varlığını kabul etmektedir. Yine Anayasa Mahkemesi kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları için Anayasada ifade edilen idari ve mali denetimin de kendine has özellikleri olan bir idari vesayet yetkisi olarak kabul edilmesini gerektiğini ifade etmektedir.

⁶⁸ AYM, 21.12.1993, E. 1993/27, K. 1993/57, KBB.

Anayasa Mahkemesi idari vesayet yetkisinin kanunla hangi makama verilmiş ise onun tarafından kullanılması gerektiğini yani devredilemeyeceğini kabul etmektedir. Yine Yüksek Mahkeme tarafından, kanunla öngörülmesi halinde idari vesayet yetkisinin Danıştay tarafından da kullanılabilceğini kabul etmektedir. Vesayet makamına yerinden yönetim biriminin işlemini onama şeklinde bir yetki tanınmış ise Anayasa Mahkemesi bu onama işleminin yerinden yönetim biriminin işleminden ayrı bir idari işlem olduğunu belirtmektedir.

Merkezi idareye yerinden yönetim birimlerinin işlemlerine karşı idari yargı merciine başvurma şeklinde bir idari vesayet yetkisinin tanınip tanınmayacağı konusunda ise Anayasa Mahkemesi kararlarında farklılık bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında bu hükmü Anayasa aykırı bularak iptal etmiştir bazı kararlarında ise Anayasaya uygun bulmuştur.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, İstanbul 2014.
- ARSLAN, Süleyman: Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını No: 109, Ankara-1978.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- BAYINDIR, M. Savaş: İdari Denetim Olarak İdari Vesayet (Yayımlanmamış Doktora Tezi), GÜSBE, Ankara 2007.
- COŞKUN, Sabri: İdarenin İdari Denetiminde İdari (Yönetmel) Vesayet, Ankara 1976.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2014
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990.
- GÖRELİ, İsmail Hakkı: İdari Vesayet, Türk Hukuk Kurumu, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1944
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. I, Ekin Yayınları, Bursa 2009.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- GÜNDAY, Metin: “Kamu Yönetimi Reformu”nun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü, Danıştay Yayınları, Ankara, 2005.
- KAPLAN, Gürsel: “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Belediye Meclisi Kararları Üzerinde Vesayet Denetimi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/2, s. 67–90 (2005), <http://www.idare.gen.tr/kaplan-vesayet-belediye.htm>.
- KENT, Bülent: “Almanya’da Belediyeler Üzerindeki İdari Vesayet Denetimi”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, 2006.

F. Ebru GÜNDÜZ

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

WALİNE, Jean: Droit Administratif, Dalloz, 2008.

YILDIRIM, Ramazan: Türk İdari Rejimi Dersleri (Cilt 1), Mimoza Yayınları, Konya 2004.

YILDIRIM, Turan: Türkiye'nin İdari Teşkilatı, Alkım Yayınları, İstanbul 1999.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY OKAY, Özge: İdare Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013.

ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ KANUNU VE İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NA GÖRE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Adil BUCAKTEPE*

F. Ebru GÜNDÜZ**

ÖZ

Yürütmenin durdurulması kararları, iptal kararlarında olduğu gibi davayı sonuçlandırmamakla birlikte, idari işlemin yapılış tarihinden itibaren dava sona erinceye kadar işlem öncesi hukuki durumun muhafaza edilmesi amacı ile verilen kararlardır. Yürütmenin durdurulması, adli yargıdaki ihtiyati tedbirlerden farklı olup tamamıyla idari yargıya özgü bir denetim biçimidir. Bu çalışmada önce genel olarak yürütmenin durdurulması kavramına değinilmiş daha sonra ise yürütmenin durdurulması kurumunun İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'ndaki düzenleniş biçimleri karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İdari yargı, askeri idari yargı, yürütmenin durdurulması, idari işlem, iptal davası.

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi, E-mail: adilbucaktepe@hotmail.com.

** Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi, E-mail: gunduzfebru@gmail.com.

Makalenin Gönderim Tarihi : 07.01.2016.

Makalenin Kabul Tarihi : 15.01.2016.

THE STAY OF EXECUTION ACCORDING TO THE SUPREME MILITARY ADMINISTRATIVE COURT ACT AND THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT

ABSTRACT

The stay of execution decisions are judgements which as overruling decision although hasn't been concluded, in order to maintain the pre-processing legal status since the date of execution of the administrative process until the trial's ended. The stay of execution is a purely form of control of the administrative justice which is different from the precautionary measures in the judicial justice. In this article, we first argued the stay of execution concept and then compared the configuration of the stay of execution corporate with The Administrative Procedure Act and The Supreme Military Administrative Court Act.

Keywords: Administrative justice, military administrative justice, stay of execution, administrative act, action fot annulment.

I. GİRİŞ

İdareye, varoluşunun nedeni olarak, çeşitli görev, yetki ve sorumluluklar verilmiştir. Bu yükümlülüklerin layığıyla yerine getirebilmesi için genellikle idare kamu gücü kullanma yetkisi ile donatılmıştır. Kamu gücü, “kamu yararını üstün kılmak için idareye tanınmış olan ve asla keyfi olarak kullanılamayacak bir yetki” olarak tanımlanmıştır¹. Yine kamu gücünün idarenin, yönetilenlere karşı sahip oldukları bir üstünlük olduğu da ifade edilmiştir². Bu üstünlük idari işlemlerde bariz bir şekilde belirgindir.

İdari işlemlerin sahip olduğu icrailik özelliği dolayısıyla idari işlemler, yetkili makam tarafından tamamlandıktan sonra herhangi bir kişi veya makamın kararına, onayına veya iznine ihtiyaç duymadan hukuki âlemde bir takım hüküm ve sonuçlar doğurabilirler. Hukuka uygun idari işlemler gibi hukuka aykırı idari işlemler de idare tarafından

¹ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 30.

² KABOĞLU, İbrahim Özden: “Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1976, Sayı: 4, s. 642.

geri alınmaya veya yargı mercii tarafından iptal edilinceye kadar hukuki ve hatta maddi âlemde birtakım hüküm ve sonuçlar doğurabilecektir. Bu durum idari işlemler için kabul edilen hukuka uygunluk karinesinin bir sonucudur. Bu karineye göre, idari işlemler tesis edildikleri andan itibaren yargı mercii tarafından iptal edilene kadar veya işlem onu tesis eden makam tarafından geri alınmaya kadar hukuka uygun kabul edilir³. İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden faydalanması icrailik özelliğinin bir gereğidir⁴. İcraîlik ve hukuka uygunluk karinesinin bir sonucu olarak, hukuka aykırı idari işlemlerin hukuki veya maddi âlemde bir süre uygulanması sonucunda da ortaya anarılması imkânsız veya çok zor zararların çıkması kaçınılmaz olacaktır. Bu durum hem idari işlemin muhatabı açısından büyük bir hak kaybına sebep olabilecek, hem de idareyi daha büyük bir tazmin yükümlülüğüne maruz bırakabilecektir. İşte bu sakıncaların giderilmesi için de geçici bir tedbir olarak “yürütmenin durdurulması” kabul edilmiştir. Yürütmenin durdurulması adli yargıdaki ihtiyati tedbirden farklı bir kurumdur⁵.

Yürütmenin durdurulması öncelikle davacıyı koruyan bir müessesedir⁶. Yargı mercilerine yürütmeyi durdurma yetkisi tanınması ile

³ Hukuka uygunluk karinesi hakkında bkz: ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1456-1457; GİRİTLİ, İsmet / BILGEN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Der Yayınları, İstanbul 2008, s. 997; GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2013, s. 125-126; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 386; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 439-441; GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 17. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2015, s. 283-284; SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 366.

⁴ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 386.

⁵ Yürütmenin durdurulması ile ihtiyati tedbir arasındaki farklar hakkında bkz: AKURAL, Sami: “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler, Cilt: 1, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Ankara 1976, s. 123.

⁶ ÖZDEŞ, Orhan: “Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu”, İdari Yargı (Danıştay Yardımcıları Derneği Yayın Organı), Temmuz 1978, Sayı: 3, s. 11.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'na
Göre Yürütmenin Durdurulması
iptal davasına daha fazla etkinlik kazandırılmıştır⁷. Danıştay'a göre

⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 1073. “İptal kararları dava konusu işlemi hiç tesis edilmemiş kılan ve önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kararlardır. Eğer bireysel bir idari işlem iptal edilmiş ise idare, bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür; dava konusu işlem gibi düzenleyici bir işlem iptal edilmiş ise, ortada hukuken doldurulması zorunlu bir boşluk oluşmadıkça, verilen yargı kararı idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyar, başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki hukuki durum yürürlük kazanır. Örneğin herhangi bir tüzük veya yönetmeliğin belli bir maddesini kaldıran veya değiştiren bir tüzük veya yönetmelik için iptal kararı verilmiş ise değişiklik yapan hüküm uygulanmaz ve değiştirilen hüküm yürürlükte kalır.

İdari yargıda iptal kararları (ve buna bağlı olarak yürütmenin durdurulması kararları), dava konusu işlemin tesis edildiği andan itibaren hukuki sonuç doğurduklarından, bir düzenleyici işlemi kaldıran veya değiştiren yeni bir düzenleyici işlemin idari yargı yerince iptal edilmesi (veya yürütülmesinin durdurulması) halinde, eski düzenleyici işlem hiç değiştirilmemiş ve kaldırılmamışçasına uygulanma niteliğini sürdürür. Aksi bir yorumu, hukuk düzenine vaki ihlalleri ihlalin vukuu bulduğu tarihten itibaren ortadan kaldırmayı amaçlayan iptal davaları ve bu davaların hukuksal araçları olan iptal (ve yürütmenin durdurulması) kararları ile bağdaştırmak mümkün değildir.” D.5.D., Karar Tarihi: 24.05.1999, E. 1998/4622, K. 1999/1685, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 29.12.2015); “İdare hukuku ilkelerine göre, iptal kararları, iptali istenilen idari tasarrufu ve ona bağlı işlemleri tesis edildikleri tarihten ortadan kaldırarak tasarrufun tesisinden önceki hukuki durumu ortaya koyar. Diğer bir deyimle iptal edilmiş olan işlemi, hukuk alemine hiç doğmamış hale getirir.

Bir iptal davasında verilmiş bulunan yürütmenin durdurulması kararı da aynı niteliktedir. Yani, henüz ortada bir iptal kararı bulunmadığı halde, iptali istenen idari tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bu tasarruf ve işlemlerin tesisinden ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar.

Doktrinde genel olarak kabul edilmiş olan bu kural, yargısal içtihatlarla, uygulamada belirli bir biçimde yer almıştır. Aksi düşünüş tarzı, idari yargı kararlarının uygulanamaması gibi hukukun kabul edemeyeceği bir sonuç doğurur.” D.3. D., E. 1978/151, K. 1978/199, İdari Yargı (Danıştay Yardımcıları Derneği Yayın Organı), Temmuz 1978, Sayı: 3, s. 56.

yürütmenin durdurulması kararları “dava konusu idari işlemin uygulanmasını durduran, başka bir deyimle onun icrailik niteliğini askıya alan ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlardır”⁸. Yine Danıştay’a göre yürütmenin durdurulması kararları, iptali istenen bir idari işlemin yargı süzgecinden geçirilmesi sonucu bu işlemin hukuka aykırılığını tespit eden kararlar olup yürütmenin durdurulması müessesesinin amacı kamu düzeninin ve nihayet hukuk düzeninin korunmasıdır. Yürütmenin durdurulması kararları ile ileride telafi edilmesi zor veya imkânsız durumlarla karşılaşılması önlenerek yönetimde düzen ve istikrar sağlanmış olur. Bu anlamda, verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı ile hukuka aykırı olduğu tespit edilmiş bir idari işleme dayalı olarak yeni işlemler yapılmasının kabul edilmesi mümkün olmayıp böyle bir uygulamanın hukuk düzenine uygun olmayacağı ve yönetimdeki düzen ve istikrarı bozacağına kuşku yoktur⁹.

Doktrinde de yürütmenin durdurulması, “*hukuka aykırılık iddiası ile iptal davasına konu olmuş bir idari işlem hakkında yetkili yargı yerinin ‘kanunilik karinesi’ni geçici olarak askıya alması, ‘durdurması’*” olarak tarif edilmiştir¹⁰. Aynı şekilde yürütmenin durdurulmasının, “*iptali istenen bir idari işlemin uygulanmasını, iptal davasına bakan yargı merciinin kararı ile belli bir süre içinde en geç dava sonuçlanıncaya kadar erteleyen istisnai ve geçici bir tedbir*” olduğu ifade edilmiştir¹¹. Yürütmeyi durdurma müessesesi ile bireyin kamu gücü kullanabilen idareye karşı korunması sağlanmış olacaktır¹².

⁸ D.5.D., Karar Tarihi: 11.03.1997, E. 1996/2957, K. 2006/2095, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 29.12.2015).

⁹ D.5.D., Karar Tarihi: 17.04.2006, E. 2006/1462, K. 1999/1685, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 29.12.2015).

¹⁰ ÖZAY, İl Han: *Günlükte Yönetim Yargısal Korunma*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 214-215.

¹¹ KALABALIK, Halil, *İdari Yargılama Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul 2003, s. 322.

¹² “Kuşkusuz, idarenin, aldığı tüm kararlarda objektif davrandığı ve yaptığı hizmetlerde hep kamu yararına hareket ettiği söylenemez. Bu durumda, icrai kararın hukuka uygunluğu karinesinin dava sununa kadar korunması söz konusu olmamalıdır; aksi halde; hukuka aykırılığı bilinebilen bir durum, bir takım keyfi uygulamalara ve onarılması güç zararlara neden olabilir. Öyle ki, iptal davası bile gayesine ulaşamaz. Yürütmenin durdurulması ile her şeyden önce, davacı, yani kişi korunmuş olur. Fakat bunun yanında, kamu

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'na
Göre Yürütmenin Durdurulması

AYİM de bir kararında yürütmeyi durdurmanın önemini şu şekilde ifade etmiştir; “Hukuk Devletinin temel güvencesi olan iptal davalarını çoğu kez anlamlı kılan müessesenin yürütmenin durdurulması kararları karşısında, bu dava konusu bakımından yürütmenin durdurulması kararı büyük önem taşımaktadır”¹³.

Fransız hukukunda 22 Temmuz 1806 tarihli Kararnamenin 3'üncü maddesinde yer alan, Conseil d'Etat'da dava açılmış olması işlemin icrasını otomatik olarak durdurmaz hükmüne benzer şekilde bizim idari yargı sistemimizde bir idari işlem aleyhine dava açılmış olması işlemin yürütülmesini durdurmayacaktır¹⁴. Bu durum idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmalarının bir sonucudur.

Ülkemizde de 1925 yılında yürürlüğe giren 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'ndan bu yana mevzuatımızda yürütmenin durdurulması ile ilgili düzenlemelerin hep var olduğunu görüyoruz¹⁵. 1982 idari yargı reformu ile yürütmenin durdurulması müessesesi yeniden ele alınmış ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Yürütmenin durdurulması, Anayasanın 125'inci maddesinin 5'inci ve 6'ncı fıkrasında da hüküm altına alınmıştır¹⁶. Ayrıca daha ayrıntılı düzenlemelere 04.07.1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 62'inci maddesinde ve 06.01.1982 tarih ve

yararı, kamu düzeni ve hukuk düzeni de korunmuş olmaktadır.”
KABOĞLU, s. 640.

¹³ AYİM I. D., 26.04.1999, E. 1999/4, K. 1998/28, <http://www.msb.gov.tr/Karar/Listele/2/000001000038>.

¹⁴ CHAPUS, René: Droit du Contentieux Administratif, 13. édition, Editions Montchrestien, Paris 2008, s. 1386; PACTEAU, Bernard, Traité de Contentieux Administratif, Presses Universitaires de France, Paris 2008, s. 385.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: TEKİNSOY Ayhan, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 59-67.

¹⁶ Anayasa m. 125/5: “İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”

Anayasa m. 125/ 6: “Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.”

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinde yer verilmiştir.

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilk halinde var olan düzenlemenin 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 62'nci maddesinin hali hazırda yürürlükte olan haliyle birbirine çok benzer olduğunu görüyoruz. Ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun geçirmiş olduğu pek çok değişiklik neticesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'ndaki düzenlemeden oldukça farklı bir durum ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki yürütmenin durdurulması kurumuna ilişkin ortak yönler ile farklı yönler ele alınmaya çalışılacaktır.

II. ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ KANUNU VE İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NDAKİ ORTAK YÖNLER

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ile İdari Yargılama Usulü Kanunu arasında yürütmenin durdurulması müessesesine ilişkin olarak birtakım ortak yönler bulunmaktadır. Bu benzerlikler ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. İptal Davası Açılmasının Yürütmeyi Durdurmayacağı Kuralı

Gerek Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda gerekse İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, idari işlem hakkında dava açılmasının işlemin yürütülmesini durdurmayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁷. Bu konuya ilişkin olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

¹⁷ “İşlem hakkında yalnızca idari yargıda dava açılarak yürütmenin durdurulması istenmesi bu hususta bir karar verilmediği müddetçe kararın uygulanmasını durdurmaz.” D.İ.D.D.G.K., Karar Tarihi: 15.06.1984, E. 1984/71, K. 1984/67, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 25.12.2015); “Mahkemece, fon payına karşı tahakkuk aşamasında dava açıldığı, bu sebeple kesinleşmediği gerekçesiyle, düzenlenen ödeme emrinin iptaline karar verilmiş ise de: vergi, resim, harç ve benzeri bir kamu alacağı olmayıp, bunların dışında ek bir mali yüküm olarak tanımlanan fon paylarına karşı açılan davalara yukarıda belirtilen nedenlerle vergi mahkemelerince bakılıyor olması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü uyarınca tahsil

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'na
Göre Yürütmenin Durdurulması

Kanunu'nun 27'nci maddesinin birinci fıkrasında "Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz." hükmüne yer verilmiştir. Benzer hüküm 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun ise 62'nci maddesinde yer almaktadır. Anılan hükümde "Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde idari dava açılması ve kanun yollarına başvurulması itiraz olunan idari işlemlerin veya yargı kararlarının yürütülmesini durdurmaz."

işlemlerinin kendiliğinden durmasını gerektirmeyeceğinden gerek vergi, gerekse fon payına ilişkin tahakkuk işleminin dava konusu edilmiş olması, fon payının tahsili için ödeme emri düzenlenmesine engel değildir. Zira hukuk düzeninde asıl olan, idari işlemlerin icrailiğidir. 2577 sayılı Kanunun 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında istisnai bir durum söz konusudur. Fon tahakkuklarına karşı dava açılmakla yürürlüğün kendiliğinden durabilmesi, ancak, kanuni bir düzenlemeyle mümkündür. Fon payı tahakkukuna karşı açılan bir davada yürütmenin durdurulması yolunda, açıldığı mahkemece alınmış bir karar olmadığı sürece, tahsil işlemlerine devam olunmasında hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir." D.7.D., Karar Tarihi: 24.04.2000, E. 1999/3288, K. 2000/1203, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 29.12.2015); "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Yürütmenin Durdurulması" başlıklı 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında; vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılmasının, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durduracağı, ancak tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davaların tahsil işlemini durdurmayacağı, bunlar hakkında yürütmenin durdurulması isteminde bulunulabileceği; aynı Kanunun 52. maddesinin 1. fıkrasına 4001 sayılı Kanunla eklenen son cümlesinde de, davanın reddine ilişkin kararların temyizi halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin, 27'nci maddede öngörülen koşulun varlığına bağlı olduğu açıklanmış olup; bu düzenlemelere göre; vergi mahkemesinde tahsil işlemlerine karşı idari dava açılması, mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verilmedikçe, tahsilatı durdurmayacağı gibi; bu işlemleri konu edinen davaların reddi üzerine yapılan itiraz ve temyiz başvurularının da, üst idari yargı yerince aksine karar verilmediği sürece, dava konusu tahsil işlemlerinin yürütülmesine engel olması olanaklı değildir. Bu itibarla; teminatın paraya çevrilmesi işlemine karşı açılan davada yürütmenin durdurulması isteminin vergi mahkemesince reddedilmesinden sonra kamu alacağının teminatla karşılanamayan kısmı için düzenlenen ödeme emrini; maddi olayın ve hukuki durumun yanlış nitelendirilmesi ile iptal eden temyize konu kararda isabet görülmemiştir." D.7.D., Karar Tarihi: 24.04.200, E. 1997/1477, K. 1998/1058, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 31.12.2015).

denilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin dördüncü fıkrasında ise vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması ile tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen kısmın tahsil işlemlerini durduracağı düzenlenmiştir.

B. Dava Şartı

İdari yargı sistemimizde bağımsız bir yürütmenin durdurulması davası¹⁸ türü bulunmamaktadır¹⁹. Yürütmenin durdurulması kararı

¹⁸ İdari dava türlerinin neler olduğu 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda belirlenmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun "İdari davalar ve yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 21'nci maddesinin birinci fıkrasında "20 nci maddede belirtilen kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep, şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları, aynı idari işlem ve eylemlerin haklarını ihlal etmesi halinde açılacak tam yargı davaları, doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözümlenir ve karara bağlanır" hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere bu hükümde "iptal davası" ve "tam yargı davası" olmak üzere iki dava türü öngörülmektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2'nci maddesinin birinci fıkrasında ise şu hükme yer verilmiştir: "1. İdari dava türleri şunlardır:

a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar."

Ayrıca 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun'un idare mahkemelerinin görevleri düzenleyen 5'nci maddesinin birinci fıkrasında "İdare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştayda çözümlenecek olanlar dışındaki:

- a) İptal davalarını,
- b) Tam yargı davalarını,

verilebilmesi hatta yürütmenin durdurulması talebinde bulunulabilmesi için öncelikle açılmış bir iptal davasının var olması gerekmektedir²⁰. Bu şekilde ortada açılmış bir dava olmadığı takdirde idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasının istenmesi mümkün değildir. Nitekim bir Danıştay kararında da bu hususa yer verilmiştir. Anılan kararda idari işlemler hakkında iptalleri istemiyle usulüne göre açılmış dava olmadıkça, idari yargı makamından, idari işlemlerin yalnızca yürütülmesinin durdurulmasının istenemeyeceği, bu şekilde açılan davaların, incelenmeksizin reddi gerekeceği ifade edilmiştir²¹.

Ancak dava dilekçesi ile beraber yürütmeyi durdurma kararının talep edilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle iptal davası açılırken yürütmenin durdurulması isteminde de bulunulması mümkündür.

C. Talep Şartı

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için bu konuda bir talebin olması zorunludur. Davacının haklı olduğu mahkeme tarafından

c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları,

d) Diğer kanunlarla verilen işleri,

Çözümler.” hükmü yer almaktadır. Anılan hükümlerde üçüncü dava türü olarak “idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” sayılmakla birlikte doktrinde bu davaların ayrı bir dava türü değil “tam yargı davası” olduğu, idari yargı sisteminde dava türlerinin “iptal davası” ve “tam yargı davası”ndan ibaret olduğu ifade edilmektedir. GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 300; GÖZLER / KAPLAN, s. 827; DERDİMAN, Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, Ankara 2012, s. 76. Bu konuda farklı görüşler için bkz: ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 383-384; DEMİRKOL, Selami / BEREKET BAŞ, Zuhâl, İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların takip Usulü, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 282.

¹⁹ DEMİRKOL / BEREKET BAŞ, s. 282.

²⁰ TEKİNSOY, s. 163; ÇAĞLAYAN, s. 520.

²¹ D.7.D., Karar Tarihi: 26.02.2004, E. 2000/10215, K. 2004/500, (Nakleden: AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, İdari Yargı Mevzuatı, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015).

daha başlangıçta anlaşılabilirse bile re'sen yürütmenin durdurulması kararı verilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle mahkemenin, yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi için davacı tarafından idari işlemin yürütülmesinin durdurulması talep edilmiş olmalıdır²². Bu konuya ilişkin olarak gerek Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda gerekse İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat hem İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin beşinci fıkrasındaki “yürütmenin durdurulması istemli davalar” ve hem de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun dokuzuncu fıkrasındaki “yürütmenin durdurulması istenen davalar” ibarelerinden yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin davacı tarafından talep edilmesine bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

Yürütmenin durdurulmasını düzenleyen maddelerde yürütmenin durdurulması talebinin şekline ve zamanına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere dava açılırken dava dilekçesiyle işlemin yürütülmesinin durdurulması talep edilebilmesi mümkündür. Diğer taraftan yukarıda anılan ilgili maddelerde zaman bakımından bir sınırlama hükmüne yer verilmemesi nedeniyle dava açıldıktan sonra da her zaman yürütmenin durdurulması talebinde bulunulabilmesi imkân dâhilindedir. Fakat dava açılmadan önce yürütmenin durdurulması talebinde bulunulabilmesi ise mümkün değildir²³.

²² GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 1076; KABOĞLU, s. 642; “Davalılar Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü ve İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü yanında davaya katılan tarafından, İdare Mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması ve yürütülmesinin durdurulması istenilmiş ise de; davalılar tarafından, anılan kararın yürütülmesinin durdurulması isteminde bulunulmadığından, müdahilin İdare Mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin isteminin incelenmeksizin reddine ... karar verildi.” D.5.D., Karar Tarihi: 17.11.2015, E. 2015/6009, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016). Aynı yönde kararlar için bkz: D.5.D., Karar Tarihi: 17.11.2015, E. 2015/5863, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.5.D., Karar Tarihi: 15.10.2015, E. 2015/4988, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.5.D., Karar Tarihi: 15.10.2015, E. 2015/4915, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

²³ GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 1076; ÇAĞLAYAN, s. 520.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'na
Göre Yürütmenin Durdurulması

Yürütmenin durdurulması talebinin mahkeme tarafından reddedildiği durumlarda daha sonra tekrar yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması mümkündür. Zira mevzuatta bunun aksine bir düzenleme yer almamaktadır. Sadece, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin onuncu fıkrasına göre aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır²⁴.

Uygulamada, yürütmenin durdurulması talepli davalarda, genellikle, dilekçesinin sağ üst köşesine “yürütmenin durdurulması istemlidir” ibaresine yer verilmekte ve ayrıca “sonuç ve istem” kısmında da anılan talep tekrar edilmektedir.

D. Teminat Şartı

Hem Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda hem de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yürütmeyi durdurma kararının teminat karşılığında verileceği hüküm altına alınmıştır²⁵. Yine her iki Kanun'da

²⁴ “Davacının açtığı davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmeyle beraber; davalı idarece ibraz edilen belgelere göre davacıya lojman tahsisinin yapılmış olması ve davacının bunu teslim alması, bu durumda fiilen iki lojmanın da onun tasarrufunda bulunması karşısında, yeniden yürütmenin durdurulması isteminde haklılık unsuru görülmemiş ve istemin reddi yoluna gidilmiştir”. A.Y.İ.M. 1.D., Karar Tarihi: 04.12.2001, E. 2001/915, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 17, Kitap: 1, s. 398-399; “...birinci kez yürütmenin durdurulması istenildikten ve mahkemece bir karar verildikten yani istem reddedildikten sonra yeni bir gelişme olması ve telafisi güç ve imkansız zararlarla karşı karşıya gelinmesi durumunda (Örneğin, taşınmazın yıkımı için idarenin elemanlarının taşınmaz mahalline gelmesi, binanın tahliyesi için girişimde bulunulmaya başlanması gibi) harç ödenerek ikinci kez yürütmenin durdurulması istenebilmektedir.” DEMİRKOL / BERKET BAŞ, s. 285.

²⁵ “Yürütmenin durdurulması istemine ilişkin teminatın yatırılmaması durumunda dava konusu taşınmaza ihtiyati haciz uygulanır.” D.7.D., Karar Tarihi: 05.10.1993, E. 1990/5312, K. 1993/3938, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 29.12.2015); “Davacının ilgili formları elektronik ortamda vermediğinden bahisle adına 213 sayılı Kanun'un mükerrer 355 maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle dava açmıştır. İlgili maddenin iptali hakkında Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğundan uyuşmazlık konusu miktar kadar kanunen geçerli teminat karşılığında yürütmenin temyiz istemi

da durumun gereklerine göre teminat alınmayabileceği de ifade edildikten sonra idareden ve adli yardımdan faydalananlardan teminat alınmayacağı belirtilmiştir. Uygulamada genellikle kamu görevlisi ve öğrenci gibi bazı kişilerden teminat istenmediği fakat akçeli işlerde ise teminat istendiği ifade edilmektedir²⁶.

Anılan Kanunlarda, taraflar arasında teminat konusunda çıkması muhtemel uyuşmazlıkları karara bağlayacak yargı makamları da belirlenmiştir. Bu anlamda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'na göre davanın tarafları arasında teminata ilişkin konularda çıkabilecek anlaşmazlıklar, yürütmenin durdurulmasına karar veren daire veya kurul tarafından çözümlenecektir. Aynı şekilde İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre de yukarıda bahsedilen türde bir anlaşmazlığın yürütmenin durdurulması hakkında karar veren daire, mahkeme veya hâkim tarafından çözümleneceği hüküm altına alınmıştır.

Teminat şartı, işlemin dava sonucunda iptal edilmeme ihtimaline karşı idare için doğacak zararların karşılanması amacıyla getirilmiştir²⁷.

E. Açık Hukuka Aykırılık

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için iptali istenen idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması Anayasa'nın 125'nci

sonuçlanıncaya kadar durdurulmasına karar verilmelidir.” D.9.D., Karar Tarihi: 21.10.2009, E. 2009/6812, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 31.12.2015); “Yürütmenin durdurulması kararının uygulanması için yatırılan teminatın, kamu alacağını teminatlı alacak kapsamına almıştır.” D.4.D., Karar Tarihi: 17.05.2000, E. 1999/3531, K. 2000/2184, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 31.12.2015); “Mahkeme kararının teminat karşılığı yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesi üzerine gösterilen teminat yetersiz bulunması durumunda, 2577 sayılı Yasanın 27/5 inci maddesi uyarınca yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmadığı sürece düzenlenen ödeme emrinde isabet yoktur.” D.4.D., Karar Tarihi: 25.11.2002, E. 2001/4228, K. 2002/3660, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 31.12.2015).

²⁶ GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 969.

²⁷ ASLAN, ZEHREDDİN, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, Alfa Yayınları, İstanbul 2001, s. 51.

maddesinin²⁸ yanında hem Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda²⁹ hem de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda varlığı gerekli bir şart olarak belirtilmiştir³⁰. Açık hukuka aykırılık kavramından ne

²⁸ Anayasa m. 125/5: “İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”

²⁹ “Davacının kadrosu bulunmayan bir Komutanlık emrine atanması işlemi açıkça hukuka aykırılıkla sakatlandığından; yürütmenin durdurulması kararı verilmelidir.” A.Y.İ.M. 1.D., Karar Tarihi: 19.09.2000, E. 2000/785, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 15, s. 196-197; “Deprem hasarlı olduğu için oturduğu konuttan çıkartılan davacı astsubayın, TSK. Konut Yönergesinde kıstaslara göre puanlamaya tabi tutularak, kendisine yeni konut önerisinde bulunulması gerekirken; idarece belirlenen bazı farklı kıstaslara göre bu işlemin yapılması açıkça hukuka aykırı düştüğü gibi, davacı yönünden telafisi güç zararların doğumu muhtemel olduğundan yürütmenin durdurulmasına karar verilmelidir.” A.Y.İ.M. 1.D., Karar Tarihi: 06.11.2001, E. 2001/967, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 17, Kitap: 1, s. 396; “Kendi isteği ile emekliye ayrılabilir olan davacının, disiplinsizlik nedeniyle resen emekliye ayrılması işleminde açık biçimde hukuka aykırılık görüldüğünden, anılan işlemin yürütülmesinin durdurulması gerekir.” A.Y.İ.M. 1.D., Karar Tarihi: 11.06.2002, E. 2002/565, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 18, Kitap: 1, s. 171.

³⁰ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine göre, ancak idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.” D.İ.D.D.K., Karar Tarihi: 13.11.2008., E. 2008/939, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 31.12.2015); “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında, Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilecekleri, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesinin, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabileceği hükmüne bağlanmıştır.” D. 15. D., Karar Tarihi: 20.03.2009, E. 2015/665, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 31.12.2015); “Sonuç olarak adli kolluk görevlilerini, kolluk amirlerini, Cumhuriyet savcılarını, sıralı amirlerine ve Cumhuriyet Başsavcılığına adli

anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Açık hukuka aykırılığın idari işlemin iptali için gerekli olan hukuka aykırılık olmadığı, sağduyu sahibi bir insanın anlayabileceği nitelikteki bir hukuka aykırılık olarak anlaşılması gerektiğini kabul edenlerin³¹ yanı sıra; açık hukuka aykırılığın işlemin iptali için gerekli olan hukuka aykırılık olarak anlaşılması gerektiğini kabul edenler de bulunmaktadır³².

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan hukuka aykırılığın, işlemin iptali için gerekli olan hukuka aykırılık olarak anlaşılmaması gerektiği kanaatindeyiz. İşlemin iptali sonucunu doğuracak bir hukuka aykırılık, ancak dava sonunda tespit edilebilecektir. Eğer açık hukuk aykırılığı, idari işlemin iptali için gerekli olan hukuka aykırılık ile aynı kabul edecek olursak, yürütmenin durdurulması kararı verilmiş olan bir davada iptal isteminin reddedilmesi durumunda işlemin niçin iptal edildiğini açıklamak zor olacaktır. Bu sebeple CANDAN tarafından da ifade edildiği gibi, davaya bakan hâkimlerin mesleki bilgi ve tecrübelerine dayanarak, ilk bakışta fark edebilecekleri hukuka aykırılık, idari işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için yeterli olmalıdır³³.

olayları bildirmekle yükümlü tutan dava konusu yönetmelik hükümleri; kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı biçimde, ceza soruşturma sürecine ilişkin usul kuralları içermekte; adli makamların görev ve yetki alanlarına ilişkin düzenleme getirmektedir. Aynı zamanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157 nci maddesinde yer alan soruşturmanın gizliliği kuralını da zedeleyecek nitelikteki anılan hükümler, idari düzenleme yetkisinin aşılması nedeniyle yetki yönünden açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır.

Yetki yönünden açıkça hukuka aykırı bulunan dava konusu yönetmelik hükümlerinin; anılan düzenlemenin uygulanmasıyla adli makamların görev ve yetki alanının olumsuz etkileneceği, telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği sonucuna varılması nedeniyle 2577 sayılı Yasanın 27. maddesi uyarınca yürütülmesinin durdurulması gerekmektedir.” D. 10. D., Karar Tarihi: 27.12.2013, E. 2013/8108, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 31.12.2015).

³¹ ARSLAN, s. 46.

³² TEKİNSOY, s. 169.

³³ CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yaynevi, Ankara 2012, s. 693. Bu konuda ayrıca bkz. DİRDİMAN, s. 267.

AYİM de bir kararında açık hukuka aykırılık ifadesi yerine “dava dilekçesinde ileri sürülen hususların ciddi görülmesi” ifadesini kullanmıştır³⁴.

F. Telifisi Güç veya İmkânsız Zarar

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için varlığı gerekli bir diğer şart da, işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız bir zararın doğma ihtimalinin bulunmasıdır³⁵. Telifisi güç veya imkânsız

³⁴ “...seçilenlerle ilgili atama kararnamesinin çıkarılması işleminin yapılması ileride telifisi güç veya imkansız zararların doğumuna sebebiyet verebileceğinin muhtemel bulunması ve dava dilekçesinde ileri sürülen hususların ciddi görülmesi nedenleri ile teminat aranmaksızın, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 62 nci maddesi uyarınca YÜRÜTMENİN DURDURULMASINA” AYİMDK, 29.11.2000, E. 2000/59, K. 2000/1728, <http://www.msb.gov.tr/Karar/Listele/1/000001000038>.

³⁵ “Dava konusu sicillerin açıkça hukuka aykırı oluşu ve davacı yönünden idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkansız zararların doğumunun kuvvetle muhtemel bulunması koşulunun gerçekleşmesi karşısında, yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi, Hukuk Devleti ilkesinin tabi bir gereğidir.” A.Y.İ.M.İ.D., Karar Tarihi: 27.04.1999, E. 1999/94, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 14, s. 239-240; “...mahkememizce alınan ara karara cevaben gönderilen yazıdan Yargıtay 6. Ceza Dairesinin ... tarih ve ... sayılı ilamı ile davacı davacı (sanık) hakkındaki bu kararın davacı aleyhine bozulduğu ve suçun sübut bulduğu belirtildiği, bu karar sonrası davacının Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesince gıyaben tutuklandığı, halen de yakalanmadığı için bozma ilamına karşı diyeceğinin ve savunmasının saptanamadığının anlaşıldığı görülmekle; 1602 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin aradığı ‘açık hukuka aykırılık’ ve ‘telifisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali’nin birlikte gerçekleşmediği kanaatine varıldığından, davacının istemi yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davacının yasal unsurları taşımayan, ... yürütmenin durdurulması isteminin 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 62 nci maddesi uyarınca reddine...” A.Y.İ.M.İ.D., Karar Tarihi: 14.09.1999, E. 1998/812, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 14, s. 241; “Dava, yetkilendirilmiş gümrük müşavirliği ile ilgili Gümrük Genel Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in iki maddesinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır. Davalı idarece yetkilendirilmiş gümrük müşavirlerinin hangi kriter bakımından yetersiz bulunduğu açık bir şekilde ortaya konulamadığı gibi 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nda ve anılan yönetmelikte yetkilendirilmiş

zararın, eski hale getirmenin zor veya imkânsız olması hali olarak anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmaktadır³⁶.

İdare hukukunda yürütmenin durdurulması kararları iptal kararları ile aynı niteliktedir. Bir idari işlemin mahkeme tarafından iptal edilmesi halinde o idari işlemin tesis edilmesinden önce var olan hukuki durum geri gelir. Yürütmenin durdurulması kurumu da henüz ortada bir iptal kararı bulunmadığı halde, iptali istenen idari tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bu tasarruf ve işlemlerin yapılmasında ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar. Görüldüğü üzere gerek iptal davasıyla gerekse yürütmenin durdurulmasıyla amaçlanan, iptali istenen işlemin yapılmasından önceki hukuki durumun

gümrük müşavirliğine ilişkin düzenlemeler varlığını devam ettirirken, idare tarafından haklı bir gerekçe ortaya konulmaksızın dava konusu düzenleme ile yetkilendirilmiş gümrük müşavirlerinin faaliyetlerinin sona erdirildiği görülmüştür. Öte yandan, davalı idare tarafından yetkilendirilmiş gümrük müşavirlerinin sorumlu oldukları antrepolarla ilgili yapılan denetimler sonucunda pek çok hukuka aykırılıkların tespit edildiği gerekçe gösterilerek dava konusu düzenlemeye gidildiği belirtilmiş ise de Gümrük Yönetmeliği'nin 'Yetkilendirilmiş Gümrük Müşavirlerine Uygulanacak Cezalar ve Yetki Belgesi İptali' başlıklı 578. maddesinin birinci fıkrasında 'Yetkilendirilmiş gümrük müşavirlerince yapılan tespit işlemlerine ilişkin olarak mevzuata aykırı durumların belirlenmesi halinde yetkilendirilmiş gümrük müşavirleri hakkında, gümrük müşavirleri hakkında verilecek disiplin cezalarını düzenleyen Kanunun geçici 6 ncı maddesi hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemeye yer verildiği görüldüğünden, yetkilendirilmiş gümrük müşavirlerince yapılan hukuka aykırı işlemlerin dava konusu düzenlemeyi gerektiren haklı bir gerekçe olamayacağı sonucuna varılmıştır. Belirtilen gerekçelerle dava konusu Tebliğ maddelerinin hukuka aykırı olduğu açıktır. Buna göre, yetkilendirilmiş gümrük müşavirliği ile ilgili 2 Seri No'lu Gümrük Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğin dava konusu hükümlerinde hizmetin gereklerine, kamu yararına ve hukuka uyarlık görülmemiştir. Ayrıca, yetkilendirilmiş gümrük müşavirlerine gümrük mevzuatı uyarınca verilen bir kısım tespit işlemlerini yapma yetkisi dava konusu düzenlemeler ile sona erdirildiğinden anılan düzenlemelerin uygulanmasının telafisi güç ve imkansız zararlara yol açacağı açıktır. Bu nedenle, yürütmenin durdurulmasına karar vermek gerekmiştir." D.15.D., Karar Tarihi: 13.03.2015, E. 2014/9839, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2016).

³⁶ TEKİNSOY, s. 171; ÇAĞLAYAN, s. 524; ASLAN, s. 47.

tesis edilmesi ya da eski haline aynen iadesidir³⁷. Dolayısıyla “önceki hukuki durumun tesis edilmesi”ni engelleyecek durumlar telafisi güç veya imkânsız zarar olarak değerlendirilecektir³⁸.

Yasal mevzuatlara göre, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için açıkça hukuka aykırılık ve telafisi güç veya imkânsız zarar şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir³⁹. Biraz önce

³⁷ “Yürütmenin durdurulması kararının uygulanması, hem ilgilinin eski görevine iadesini hem de bu görevin gerektirdiği özlük haklarının işlem tarihinden itibaren ödenmesini zorunlu kılar. Daha sonra davanın reddedilmiş olması, yapılan bu ödemelerin ilgili yönünden haksız zenginleşme olarak düşünülmesine neden oluşturamaz. Zira, yürütmenin durdurulması kararı gereği olarak memur, dava konusu işlem tarihinden yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına ya da davanın red edilmesine kadar eski görevinin bütün hak ve yetkilerine sahip bulunmaktadır. O halde yapılan ödemenin yasal dayanağı vardır ve bu dayanak yürütmenin durdurulması kararıdır.” D.1.D., Karar Tarihi: 18.06.1983, E. 1983/124, K. 1983/153, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 02.01.2016).

³⁸ ÇAĞLAYAN, s. 524.

³⁹ “Dava, Okul Kantinlerindeki Gıda Satışı konulu genelgenin; davalı bakanlığın bu konuda yetki ve görevinin bulunmadığı öne sürülerek, iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 27. maddesinin 2. fıkrasında, idari işlemin uygulanması halinde giderilmesi güç veya olanaksız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği kuralı yer almıştır. Davada bu koşulların birlikte gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerekmiştir.” D.8.D., Karar Tarihi: 07.05.2012, E. 2012/3300, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2016); “Dava, Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin “Öğrenci Andı” başlıklı 12. maddesini yürürlükten kaldıran Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1. maddesinin iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasında, idari işlemin uygulanması halinde giderilmesi güç veya olanaksız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği kuralı yer almıştır. Davada bu koşulların birlikte gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmiştir.” D. 8. D., Karar Tarihi: 05.03.2014, E. 2013/10501, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi:

ifade ettiğimiz açık hukuka aykırılık şartını ilk bakışta tespit etmekteki güçlük dolayısıyla, yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için telafisi güç veya imkânsız zarar şartına öncelik tanınması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁰. Yürütmenin durdurulması müessesinin temel amacı, telafisi güç veya imkânsız zararlarının doğmasını engellemek, böylece hem bireylerin telafi edilemeyecek zararlar görmesini önlemek hem de idarenin tazmin yükümlülüğünün artmasına mani olmaktır. Bu sebeple telafisi güç veya imkânsız zarar şartı, yürütmenin durdurulması müessesinin kabul edilmiş sebebinin en doğal sonucudur. Uygulamada da biraz önce ifade ettiğimiz görüşe benzer şekilde özellikle telafisi güç veya imkânsız zararın doğabileceğinin kabul edildiği konularda bu şarta öncelik tanındığı gözlemlenmektedir⁴¹. Davanın başında işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit etmek çok mümkün olmadığı için işlem hakkında hâkim tarafından açıkça hukuka uygun olduğu yolunda bir kanaat oluşmadığı durumlarda, yani işlemin hukuka aykırı olabileceğine dair bir ön değerlendirmenin var olması koşulu ile telafisi güç veya imkânsız bir zararın doğması ihtimalinin kuvvetli olması halinde yürütmenin durdurulması kararı verilebilecektir.

G. Gerekeçe

Anayasanın 141'inci maddesindeki “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” hükmünün bir yansıması olarak, hem Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda hem İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yürütmeyi durdurma kararlarının gerekçe gösterilerek verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴². Yürütmeyi durdurma kararlarının gerekçeli olması beraberinde bir takım sıkıntıları getirmektedir.

01.01.2016). Ayrıca bkz: D. 8. D., Karar Tarihi: 01.10.2007, E. 2007/4287, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2016).

⁴⁰ ARSLAN, s. 48; APALAK, Şevki, “İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması”, Sayıştay Dergisi, Ekim-Aralık 1998, Sayı: 31, s. 16.

⁴¹ APALAK, s. 15-16.

⁴² “İtiraz konusu maddeler ile ilgili ayrı ayrı hukuki değerlendirmeler yapılarak ve iptali istenilen maddeler yönünden 2577 sayılı Kanunun 27/2. maddesinde yer alan şartların gerçekleştiğine yönelik hususlara gerekçede yer verilmek suretiyle yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanması gerekirken, genel değerlendirmeye dayanılarak oluşturulan gerekçe ile verilen dava konusu maddelerin yürütülmesinin durdurulmasına yönelik kararda hukuki isabet görülmemiştir.” D.İ.D.D.G.K., Karar Tarihi:

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'na
Göre Yürütmenin Durdurulması

Yukarıda ifade edildiği üzere gerek Anayasa'da, gerekse Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, aynı ifadelerle, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi öngörülmüştür. İfade edilmelidir ki anılan iki koşulun bir arada olması gerekliliğinin öngörülmüş olması, kararlarını gerekçeli olarak yazmak durumunda olan mahkemeler açısından yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştırmaktadır. Ayrıca yürütmenin durdurulması müessesesinin amacı da göz önünde bulundurulduğunda anılan koşullardan birinin var olmasının yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için yeterli sayılması gerektiği ifade edilmelidir. Zira mahkeme, ilk bakışta idari işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit etmişse, başka bir şarta ihtiyaç duymaksızın, yürütmenin durdurulması kararı verebilmelidir. Aksi takdirde böyle bir işlemin uygulanmasına cevaz verilmiş olacaktır. Yine aynı şekilde idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali varsa işlemin hukuka aykırı olup olmadığına bakılmaksızın yürütmenin durdurulması kararı verebilmelidir.

Uygulamada yargı organları bazen herhangi bir gerekçe göstermeden yürütmenin durdurulması kararı verebilmektedirler. Mesela devlet hastanesinde devlete hizmet yükümlüsü uzman doktor olarak görev yapan davacının, sözleşmeli personel statüsüne geçmek istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali yolunda İdare Mahkemesince verilen kararın temyizden incelenerek bozulması ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada Danıştay şu kararı vermiştir: “Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, ... İdare Mahkemesince verilen ... günlü, ... sayılı kararın; yürütülmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, yürütmenin durdurulması isteminin reddine, 1/12/2015 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.”⁴³ Görüldüğü üzere bu kararda Danıştay sadece, dilekçede

01.11.2007, E. 2007/625, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2016).

⁴³ D.5.D., Karar Tarihi: 01.12.2015, E. 2015/6200, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

belirtilen hususların yürütmenin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden bahisle istemi reddetmiştir⁴⁴.

Bazen de yargı organları sadece kanunlardaki ifadeleri tekrarlayarak yürütmenin durdurulması kararı verebilmektedirler. Mesela daire başkanı olarak görev yapan davacı tarafından, strateji geliştirme başkanlığı emrine uzman olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal hakların yasal faiziyle ödenmesi talebiyle açılan davanın reddi yönünde İdare Mahkemesince verilen kararın temyizden incelenerek bozulması ve yürütmenin durdurulması istenilen davada Danıştay şu şekilde hüküm kurmuştur: “Uyuşmazlığın niteliğine ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenlere göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27/2. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleşmemiş bulunduğundan, aynı Yasa'nın 52. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yürütmenin durdurulması isteminin reddine, 26/11/2015 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.”⁴⁵ Görüldüğü üzere bu kararda

⁴⁴ “Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, İdare Mahkemesince verilen kararın yürütülmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, yürütmenin durdurulması isteminin reddine 25/11/2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” D.15.D., Karar Tarihi: 25.11.2015, E. 2015/4880, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016). Aynı yönde bkz: D.13.D., Karar Tarihi: 17.11.2015, E. 2015/4205, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.5.D., Karar Tarihi: 17.11.2015, E. 2015/5956, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.5.D., Karar Tarihi: 17.11.2015, E. 2015/5994, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.15.D., Karar Tarihi: 04.11.2015, E. 2015/8080, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.5.D., Karar Tarihi: 09.11.2015, E. 2015/3880, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.13.D., Karar Tarihi: 30.09.2015, E. 2015/4345, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.5.D., Karar Tarihi: 17.09.2015, E. 2015/4163, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.2.D., Karar Tarihi: 08.09.2015, E. 2015/5547, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

⁴⁵ D.5.D., Karar Tarihi: 26.11.2015, E. 2015/6128, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016). Aynı yönde kararlar için bkz: D.15.D., Karar Tarihi: 03.11.2015, E. 2015/8672, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016); D.10.D., Karar Tarihi: 26.10.2015, E. 2015/3956,

sadece ilgili maddede aranan koşulların gerçekleşmemiş olduğundan söz edilerek yürütmenin durdurulması talebi reddedilmiştir.

Yargı organları bazen de kanunda öngörülen şartlardan birinin gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verebilmektedirler. Mesela daire başkanı olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesi hükmü ve tarihsiz istifa dilekçesi gereğince bu görevinden alınarak strateji geliştirme başkanlığı emrine mühendis olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada Danıştay işlemin hukuka aykırı olduğunu ortaya koyduktan sonra, telafi güç veya imkânsız zarardan söz etmeksizin, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması nedeniyle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁴⁶.

(<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016);
D.10.D., Karar Tarihi: 30.09.2015, E. 2015/1649,
(<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016);
D.10.D., Karar Tarihi: 30.09.2015, E. 2015/404,
(<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

⁴⁶ “Uyuşmazlık konusu olayda, davalı idarece 17/07/2014 tarihinde kayıtlarına giren dilekçe ile davacının ailevi nedenlerle daire başkanlığı görevinden ayrılma iradesini ortaya koyduğu, davacının isteği doğrultusunda ve 657 sayılı Kanunun 76. maddesinin verdiği takdir yetkisi uyarınca atama işleminin tesis edildiği ileri sürülmekte ise de; davacının, işleme dayanak oluşturan istifa dilekçesini daire başkanlığı görevine atanmadan önce isteği dışında, idarenin isteği üzerine verdiğini ve isteği dışında idarenin işleme koyduğunu belirttiği, dilekçede davacı tarafından atılmış bir tarihin bulunmadığı, ayrıca istifa iradesine dayandığı belirtilen dava konusu atama işlemine karşı dava açtığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; söz konusu dilekçenin davacının gerçek iradesini yansıtmadığı ve bu haliyle dava konusu atama işlemine dayanak oluşturmayacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Bu durumda, söz konusu istifa dilekçesi dışında davacının görevinden alınmasını gerektirecek, görevinde yetersiz ve verimsiz olduğuna ilişkin hukuken geçerli somut bilgi ve belgenin davalı idarece sunulmaması karşısında, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak davacının daire başkanlığı görevinden alınarak mühendis olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Uyuşmazlığın niteliğine ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenlere göre olayda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 6352 sayılı Yasa ile değiştirilen 2. fıkrasında öngörülen koşulların gerçekleşmiş

Görüldüğü üzere yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sıkı koşullara bağlanmış olması yargı organlarının farklı uygulamalara gitmesine sebebiyet vermektedir. Kamu gücünü kullanma yetkisine sahip idare karşısında idare edilenlerin haklarının daha iyi korunması adına, yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi şartını aramaktan vazgeçilmesi daha yerinde bir uygulama olacaktır⁴⁷.

III. ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ KANUNU VE İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NDAKİ FARKLI YÖNLER

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ile İdari Yargılama Usulü Kanunu arasında yürütmenin durdurulması müessesesine ilişkin olarak birtakım farklı yönler bulunmaktadır. Bu farklılıklar ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. Yürütmeyi Durdurma Kararının Süresi

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda bazı hallerde yürütmenin durdurulması kararlarının kendiliğinden ortadan kalkacağı hüküm altına alınmıştır. Bu husus anılan Kanun'un 62'nci maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre ilk olarak tarafların isteği üzerine doksan günün sonunda yürütmenin durdurulmasına yeniden karar verilmediği takdirde, yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. İkinci olarak, yürütmenin durdurulmasına karar verilen dava dosyaları tekemmül etmelerinden itibaren otuz gün içinde karara bağlanmadığı hallerde de yine yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalacaktır.

olması nedeniyle, anılan Yasa'nın 52. maddesinin birinci fıkrasına 4001 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle eklenen cümle uyarınca dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına, 29/09/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." D. 2. D., Karar Tarihi: 29.09.2015, E. 2015/5801, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016). Aynı yönde bkz: D. 2. D., Karar Tarihi: 08.09.2015, E. 2015/5542, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

⁴⁷ ÇAĞLAYAN, s. 528.

Yukarıdaki düzenlemenin benzeri İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilk halinde de bulunmaktaydı. Anılan Kanun'un 27'nci maddesinin dördüncü fıkrasında şu hükme yer verilmişti: "Yürütmenin durdurulmasına doksan gün içinde karar verilebilir. Tarafların istemi üzerine gerekçeli olarak yeniden yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi mümkündür. Yürütmenin durdurulmasına karar verilen davalar, tekemmül etmelerinden itibaren altmış gün içinde esastan karara bağlanır. Aksi halde yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır." Bu düzenlemenin gerekçesinde ise "...verilen yürütmeyi durdurma kararlarının her 90 günde bir yeniden incelenmesi esası kabul edilmiştir. Böylece hem vatandaşın müessir bir idari yargı denetiminden yararlanması hem de idarenin kendisine düşen sorumluluğunun gereğini yerine getirebilmesi ve ülke yönetimindeki özel durumların gerektirdiği etkinliği gösterebilmesi imkânları getirilmiştir." ifadelerine yer verilmişti.

Yukarıda ele alınan iki düzenleme arasında sadece bir fark bulunmaktadır. Bu fark da, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin (eski) dördüncü fıkrasına göre, yürütmenin durdurulmasına karar verilen dava dosyalarının tekemmül etmelerinden itibaren, yürütmenin durdurulması kararının kendiliğinden hükümsüz kalmaması için, 60 gün içerisinde karara bağlanması gerekiyordu. Mevcut Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 62'nci maddesinin yedinci fıkrasında ise bu süre 30 gün olarak varlığını korumaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun mevcut halinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'ndan farklı olarak, yürütmenin durdurulması açısından bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Süre sınırlanmasına ilişkin düzenlemenin İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndan çıkarılmış olması yerinde bir uygulama olmuştur. Bu şekilde yürütmenin durdurulması amacına uygun hareket edilmiş olduğu gibi yargının iş yükünün hafiflemesine de vesile olduğu ifade edilebilir.

B. Yürütmeyi Durdurma Kararı Verilemeyecek Haller

Anayasa'nın 125'inci maddesinin altıncı fıkrasındaki "Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir." hükmü doğrultusunda; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 62'nci maddesinin üç, dört ve beşinci fıkralarında belirtilen hallerde yürütmenin durdurulması kararı

verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Anılan fıkralarda sayılan haller şunlardır:

1. Savaş halinde,
2. Sıkıyönetim halinde, sıkıyönetim ilan edilen bölgelerden alınan veya bu bölgelere naklen atanmaları yapılan personele ilişkin olarak açılan iptal davalarında,
3. Olağanüstü haller sebebiyle alınan tedbirlerin uygulanmasında görevlendirilen kamu personelinin naklen atanmalarına ilişkin iptal davalarında

yürütmenin durdurulması kararı verilemez.

Benzer düzenlemelere İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun da ilk halinde yer verilmişti. Anılan düzenlemelere göre, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun mevcut halinde olduğu gibi, savaş halinde, herhangi bir istisna olmaksızın, yürütmenin durdurulması karar verilemeyecekti. Ayrıca sıkıyönetim veya olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde görevli olan veya sonradan bu bölgelerde görevlendirilen kamu personeli hakkında yapılan idari işlemlere ilişkin davalarda da yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyecekti. Üçüncü olarak da olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde grev ve lokavt ile toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi, dernek ve kuruluşların kapatılması veya faaliyetten men edilmesi kararlarına ilişkin davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyecekti.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun mevcut halinde ise yukarıda sınırlamalar yer almamaktadır. Bir başka ifadeyle anılan Kanun'da yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek herhangi bir işlem türü belirtilmemektedir.

C. Yürütmeyi Durdurma Kararına İtiraz

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda yürütmeyi durdurma kararına karşı başvurulabilecek bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Dolayısıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararları kesindir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun da ilk halinde yürütmeyi durdurma kararlarına karşı gidilebilecek bir itiraz yoluna yer verilmemişti. Fakat anılan Kanun'un mevcut halinde yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itiraz yolu bulunmaktadır. Bu Kanun'un 27'nci maddesinin yedinci fıkrasında yürütmenin durdurulması istemleri

hakkında verilen kararlar; Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hâkim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine, çalışmaya ara verme süresi içinde ise idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara en yakın nöbetçi mahkemeye veya kararı veren hâkimin katılmadığı nöbetçi mahkemeye, kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebileceği, itiraz edilen mercilerin, dosyanın kendilerine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorunda oldukları ve itiraz üzerine verilen kararlar kesin olduğu hüküm altına alınmıştır.

D. İdarenin Savunmasının Alınması

İdari yargılama hukuku ilkelerine göre genel olarak yürütmenin durdurulması talepleri hakkında karar verilebilmesi için öncelikle kendisine dava açılan idarenin savunması alınması veya yasal savunma süresinin geçmesi lazım gelir. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bu ilkeye bir istisna getirilmiştir. Bu istisnaya göre “uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin yürütülmesi”nin⁴⁸ dava konusu edildiği hallerde idarenin savunması alınmaksızın da yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi hüküm altına alınmıştır. Bu gibi hallerde idarenin savunması alındıktan sonra yürütmenin durdurulması hakkında yeniden karar verilebilecektir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda ise yukarıda anlatılan türde bir istisnaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu Kanun'a göre, uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin yürütülmesine karşı dava açıldığı hallerde idarenin savunmasını almaksızın yürütmenin durdurulması kararı verilmesi söz konusu olmayacaktır.

⁴⁸ “‘Uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlem’, uygulanmakla tamamlanan, uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken işlemler olarak tanımlanabilir.

Bu tür işlemlerin uygulanmaları durumunda geri döndürülemez sonuçlara yol açıp açmadıkları tespit edilirken, fiilen böyle bir sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı değil, böyle bir olasılığın bulunup bulunmadığı önemli bulunmaktadır.” D. 15. D., Karar Tarihi: 20.03.2015, E. 2015/665, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 05.01.2016).

E. Anayasa Mahkemesine Başvuru

Yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki düzenlemelerin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda düzenlemelerden ayrıldığı bir diğer husus Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak iptal başvurusunun yürütmenin durdurulması kararı verilmesine gerekçe gösterilemeyeceğidir. Bu husus İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde hüküm altına alınmıştır. Anılan hükümle “sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı” verilmesinin önu kapatılmıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun yürütmenin durdurulmasını düzenleyen maddesinde ise böyle bir hükme yer verilmemiştir.

F. Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Tekemmülünde Süre

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, verilen yürütmenin durdurulması kararlarının belli bir sürede tamamlanması öngörülmüştür. Bu Kanun'un 27'nci maddesinin dokuzuncu fıkrasında yargı organlarının, yürütmenin durdurulmasına dair verdikleri kararları on beş gün içinde yazmaları ve imzalamaları gerektiği kabul edilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun yürütmenin durdurulmasını düzenleyen maddesinde ise böyle bir hüküm bulunmamaktadır.

G. Aynı Sebep İle İkinci Kez Yürütmenin Durdurulmasını İsteme

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin son fıkrasında aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun yürütmenin durdurulmasını düzenleyen maddesinde ise böyle bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla, teorik olarak, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde görülmekte olan bir davada yürütmenin durdurulması talebinin reddinden sonra aynı sebep gerekçe gösterilerek talebin yinelenmesi mümkündür. Böyle bir durumun ise davanın karara bağlanma sürecini uzatacağına kuşku yoktur.

IV. SONUÇ

İdarenin, tek yanlı işlem yapma, kararlarını re'sen icra edebilme, gereken hallerde cebir kullanma ayrıcalığına sahip olma ve hukuka uygunluk karinesinden faydalanma gibi idare edilenlere karşı sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıklarının kişilerin hak ve menfaatlerine zarar verme tehlikesi her zaman mevcuttur. Diğer taraftan yargı organlarının üzerindeki yoğun iş yükünden dolayı, açılmış olan davaların kısa sürede bitirilememesi ve dolayısıyla hukuka aykırı olan bir idari işlemin uzun süre uygulanması ihtimali de söz konusudur. İşte bu gibi durumlara karşı bir koruma mekanizması olarak öngörülmüş olan yürütmenin durdurulması, temel ilkelerine Anayasa'da yer verilmiş, idari yargılama hukukunun önemli bir kurumudur. Bu kurumun ayrıntıları İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda belirlenmiştir. Yürütmenin durdurulması, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun ise 62'nci maddesinde düzenlenmiştir. Görebildiğimiz kadarıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 62'nci maddesinde 25.12.1981 tarih ve 2568 sayılı Kanundan sonra bir değişiklik yapılmamıştır. 62'nci maddenin mevcut hali, 20.01.1982 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesindeki düzenlemenin ilk haliyle hemen hemen aynıdır. 27'nci maddede ilk halinden bu yana çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bazıları şunlardır: Savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerdeki yürütmenin durdurulması kısıtlamaları kaldırılmıştır. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesinin, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabileceği kabul edilmiştir. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği kabul edilmiştir. Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı itiraz yolu öngörülmüştür. Yürütmenin durdurulmasına dair verilen kararların on beş gün içinde yazılması ve imzalanması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması talebinde bulunulamayacağı kabul edilmiştir. Değişen koşullara ayak uydurması, zamanın gerisinde kalmaması için Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 62'nci maddesinde de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesindeki düzenlemeler doğrultusunda değişikliklere gidilmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

Ayrıca, başta Anayasa'nın 125'nci maddesinde ve yukarıda anılan kanunlarda gerekli değişiklikler yapılarak, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için "idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması" ya da "idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması" şartlarından birinin varlığı yeterli sayılması, güçlü idare karşısında, haklarını daha iyi koruma adına, idare edilenlerin lehine bir uygulama olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKURAL, Sami: “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler, Cilt: 1, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Ankara 1976, s. 116-134.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: İdari Yargı Mevzuatı, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- APALAK, Şevki: “İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması”, Sayıştay Dergisi, Ekim-Aralık 1998, Sayı: 31, s. 10-26.
- ASLAN, ZEHREDDİN: İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, Alfa Yayınları, İstanbul 2001.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- CHAPUS, René, Droit du Contentieux Administratif, 13. édition, Editions Montchrestien, Paris 2008.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- DEMİRKOL, Selami / BERKET BAŞ, Zuhâl: İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların takip Usulü, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- DERDİMAN, Cengiz: İdari Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, Ankara 2012.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Der Yayınları, İstanbul 2008.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 17. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2015.

- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2013.
- KABOĞLU, İbrahim Özden: “Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1976, Sayı: 4, s. 639-658.
- KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Hukuku, Değişim Yayınları, İstanbul 2003.
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- ÖZDEŞ, Orhan: “Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu”, İdari Yargı (Danıştay Yardımcıları Derneği Yayın Organı), Temmuz 1978, Sayı: 3, s. 3-35.
- PACTEAU, Bernard: Traité de Contentieux Administratif, Presses Universitaires de France, Paris 2008.
- SANCAKDAR, Oğuz: İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- TEKİNSOY, Ayhan: İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.

KULLANMAMA NEDENİYLE TESCİL EDİLMİŞ MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE İLİŞKİN UYGULAMADAKİ SORUNLAR

Yılmaz YÖRDEM*

ÖZ

Sahibine inhisarı haklar tanıyan ve bu çerçevede çok geniş yetkiler bahşeden tescilli marka, maddi olmayan sınai bir haktır. Tescil edilmek suretiyle kazanılan ve usulünce kullanarak hayat boyunca sürdürülebilecek olan bu haklar, sahibine tanıdığı nimetler nispetinde bazı yükümlülükler de yüklemektedir. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin 14. Maddesinde hükmünü bulan söz konusu yükümlülüklerden öncelikli olan “*markanın kullanılması zorunluluğu*”dur. Zira markanın, MarkKHK’da öngörülen tanımını koruyabilmesi, ticaret sahasında ciddi kullanımı gerektirmektedir. Aksi halde bu hakkın kaybına yol açabilecektir.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Türk Hukukunda markalarla ilgili esas düzenleme olarak Kabul edilir. MarkKHK 14. maddesi 1. fıkrasına 1’e göre, “*Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir*”. Buna göre, tescil tarihinden itibaren markanın beş yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması durumunda marka iptal edilecektir. Yetkili

* Dr. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,
E-mail: yilmazyordem@hotmail.com.

Makalenin Gönderim Tarihi : 22.01.2016.

Makalenin Kabul Tarihi : 12.02.2016.

Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar

makamlar tarafından alınan tedbirler sonucu üretimin yapılamamış olması ya da malın satışa sunulması için gerekli iznin verilmemiş olması gibi, marka sahibinin etki alanı dışında kalan durumlar bu anlamda haklı neden olarak kabul edilebilecektir. Markanın yurt içinde tescil edildiği mal veya hizmetlerde, tescil amacına yönelik olarak ciddi, süreklilik arz eden, aktif ve markaya has olarak, marka malikinin kullanma fiilleri, markanın kullanılması olgusunu belirleyecektir.

Anahtar Kelimeler: Marka, kullanılmama nedeniyle markanın hükümsüzlüğü, markanın geçersizliği, markayı kullanma zorunluluğu.

DUE TO USE RELATED TO HAVE BEEN REGISTERED TRADEMARK NULLITY IMPLEMENTATION ISSUES

ABSTRACT

Has the exclusive rights recognized and registered trademark confers wide powers in this context is an absolute right. Gained by using duly registered and that these rights can be maintained for life, familiar with the blessings imposes some obligations in proportion. Brand Decree No. 556 of Article 14 of Law on the Protection of the judgment finding that these obligations take precedence over "the use of the brand must" stop. Because the brand is able to maintain the definition set forth in markkhk' trade requires significant use in the field. Doing so could lead to loss of this right.

No. 556 of the Law on Protection Decree is adopted mainly in the Turkish legal regulations regarding brand. Markkhk by 1 Article 14 paragraph 1, "*Brand, from the registration within five years, without a justifiable reason for not using or case of continuous call for a five year period to the use of the brand will be canceled.*"

At home, the brand has been registered for goods or services, for registration purposes, which supply continuity, serious, active and brand-specific verb to use the trademark owner, determines the cases the use of the brand. Accordingly, markkhk. According to Paragraph 1 of Article 14, without a justified reason from the registration within five years of the brand's trademark will be canceled if not used. As not given permission to be submitted to the lack of production as a result of measures taken by the authorities or the sale of goods, the situation is outside the domain of brand owners are accepted as justifiable cause in this regard.

Keywords: Trademark, trademark because of the invalidity of use, the invalidity of the trademark, obligation use of the mark.

I. GİRİŞ

Tanınmış olma niteliğine sahip olan bir marka, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 7. Maddesinin a Fıkrası ve 8. Maddesinin b Fıkrası uyarınca marka siciline tescil edilmemiş olsa bile, aynı veya benzeri bir markanın sicile tescil edilmesine engel olacaktır¹. Söz konusu koruma, KHK'nin sadece tanınmış markaya sağladığı benzer olmayan mal ve hizmetler için öngörülmüştür².

Marka üzerindeki hakkın kazanılması için, markanın marka siciline tescil edilmesi yeterli ise de, söz konusu hakkın devam etmesi için, markayı, marka ile ilgili MarkKHK'nin öngördüğü biçimde kullanmaya devam etmek gerekmektedir³.

Burada yapılması istenen şudur; sahibi tarafından kullanılmayan ya da ilgili MarkKHK'de öngörülen şekil ve esaslara uygun biçimde kullanılmayan ve kullanılması için başkalarına izin verilmeyen bir markanın, gereksiz bir biçimde sahibi tarafından tekeline alınmasını önlemek ve kullanılmayan markanın tescil edilmesi nedeniyle, marka sicilini gereksiz yere işgal edilmesini engellemektir. Kullanılmayan bir markanın tescil edilmesi, gereksiz yere başkalarının o markadan yararlanmasını da engeller. Söz konusu kullanımdan ne anlaşılması gerektiği, kullanmanın niteliği ve ispat sorunu, uygulamada üzerinde en sık tartışılan konulardır. 556 Sayılı MarkKHK' de bu hususlarda, çok

1 Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname. 27.06.1995 tarih 22326 sayılı RG.; Nomer, Füsün N.; Tanınmış Marka, Nike, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 485-486; Kayıhan, Şaban; Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, Haziran 2003, s. 424.

2 Dirikkan Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 229; Adıgüzel, Burak, Tescil Edilmiş Tanınmış Markanın Kullanmama Nedeniyle Kısmen Hükümsüzlüğü Sorunu (Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 1019-1044.

3 Bilgili, Fatih: "Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'ya Göre Tescili Markanın Kullanılması Zorunluluğu", TBB Dergisi, Sayı: 74, 2008, s. 29.

Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin
Uygulamadaki Sorunlar

genel bir çerçeve çizilerek net tanımlar yapılmamış ve konu uygulamacılara bırakılmıştır⁴.

Sahibine inhisari bir yetki veren ve herkese karşı ileri sürülebilen marka hakkı, maddi olmayan sınai bir hak niteliğindedir. Marka hakkı ile ilgili koruma tescil ile kazanılmaktadır. Nitekim Markaların Korunması Hakkındaki 556 sayılı MarkKHK'nın 6. maddesinde “*Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir*”. MarkKHK'nın 9/3 maddesinde ise “*Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.*” demekle, haktan faydalanmanın tescil ile mümkün olacağını ortaya koymuştur (MarkKHK m.6, 9/3)⁵.

Marka siciline tescil ile doğan marka hakkı, usulü dairesinde yenilenmiş olması durumunda süre sınırına tabi olmayan bir hak niteliğinde olduğundan hem ulusal hem de uluslararası hukukta çokça tercih edildiği görülmektedir. Ne var ki, ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da markaya özgü tescilli hakların korunması ve elde tutulması, hakkaniyet ölçüsünde bir takım sorumluluklara tabi tutulmuştur. Bunlardan biri “*Markayı Gereğince Korumak*” ilkesidir. Diğeri ise, “*Markanın Usulünce Kullanılması Zorunluluğu*” ilkesidir⁶.

Markasının usulünce kullanmamasının yaptırımı, ilgililer tarafından markanın iptal edilebilirliğidir. Bu durum, MarkKHK 14. Maddesi 1. Fıkrasında “*Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş*

⁴ Arkan, Sabih: Markalar Hukuku, C. II., Ankara, 1992, s. 145.

⁵ Kahveci, Burcu: “Tescilli Markanın Kullanılma Yükümlülüğü”, Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 59.

⁶ Söz konusu ilkeleri irdeleyen bir Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı (Rs. C-236/08 -C-238/08) için bkz. Azarkan, Necat: Urteil des Europäischen Gerichtshofes zur Nutzung von Marken in Google-Adwords-Anzeigen Rs. C-236/08 –C-238/08 – vom 23. März 2010 – Revolution Des Online Werbemarktes Oder Freies Ticket Für Markenverletzungen?, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 10, No: 1, Ankara 2011, s. 29 vd.

yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir.” olarak belirtilmiştir. Genel olarak, markanın hükümsüz kılınması ile ilgili bazı sebepler, başlangıçtaki sakatlığa dayanırken, markanın usulünce kullanılmaması sonucunda iptali ise markanın tescilinden sonra doğan sebebe dayanır⁷.

Diğer yandan, MarkKHK. 14. Maddesi 1. Fıkrası hükmünden anlıyoruz ki, marka hakkının hukuki koruma göre bilmesi için, markanın MarkKHK’de geçtiği şekliyle kullanılması gerekmektedir (MarkKHK. m. 14)⁸. Bu konuda, markayı kullanma niyeti gibi “*sübjektif kriterler*” ve malın hangi işletmeyi tanıttığı belli olmayacak şekilde, markaya sadece fiyat listelerinde yer vermek, marka hakkının hukuki koruma görebilmesi için yeterli değildir⁹.

Bununla beraber, şu fiillerin yapılması, mevzuata uygun olarak markayı kullanma sayılacak, şunların yapılması, mevzuata uygun olarak markayı kullanma sayılmayacak, şeklinde, markayı kullanma babından önceden yapılan fiillerin şematüğünü yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla, her somut olaydaki fiillerin türüne, kapsamına, süresine ve uyumsuzluk konusu malın üretimini ve ticareti işiyle meşgul olan işletmelerdeki özel ilişkilere göre belirlenen kriterler araştırılmalı ve sonucuna göre değerlendirme yapılmalıdır¹⁰.

Nitekim yüksek mahkeme Yargıtay 11. HD. 19.10.2000 T., 2000/7005 E., 2000/7974 K., sayılı ilamında konu ile ilgili bir kararında “*Markanın kullanılmadığı iddiası ile ilgili olarak, marka sahibinin ticari defter ve faturaları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmalı; KHK m. 14’te belirtilen kullanma biçimlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmeli ve markanın hükümsüzlüğüne buna göre karar verilmelidir...*” şeklinde karar vermiştir.

⁷ Karahan, Sami: “Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Konya 2002, s. 130.

⁸ Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 388, İstanbul, 1999.

⁹ Dirikkan, Hanife, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, s. 235, İstanbul, 1998.

¹⁰ Dirikkan, Hanife, s. 235.

II. MARKA HAKKINDA GENEL BİLGİ

Tanınmış marka kavramını iyi olarak kavrayabilmek için öncelikle markanın ne olduğunu açıklamak gerekir. Dolayısıyla bu bölümde marka kavramı kısaca incelenecek, muhtelif tanımlar ve bazı önemli kavramlar üzerinde durulacaktır.

A. Marka Kavramı

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Türk Marka Hukuku'nda temel başvuru kaynağı olarak kabul edilmektedir. Markanın tanımı söz konusu kararnamede doğrudan düzenlenmemiş olmakla beraber kararnamenin 5. maddesinde hangi işaretlerin marka olarak kabul edileceği düzenlenmiş ve dolaylı olarak bir tanım yapılmıştır. KHK'nın söz konusu maddesine göre;

“Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir baksa teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.” Bu hüküm gözönünde bulundurularak marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir diğer teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayıran her türlü işarettir. Şeklinde tanımlanabilir¹¹. Tanımda söz edilen işaret kavramının çok geniş olarak algılanması gerekmektedir. Logolar, tasarımlar, grafikler, kişi adları, renkler, sayılar, sözcükler harfler, ambalajlar, malların biçimi, ve hatta melodilerin bile marka olarak tescil edilmesinde bir beis bulunmamaktadır¹². Marka olarak seçilebilecek söz konusu işaretlerin üçüncü şahıslara ait işaretlerden farklılık göstermesi gerekmektedir ki seçilen işaretin ayırt edicilik vasfı ortaya çıkabilsin ve marka olarak tescil edilmesi mümkün olabilsin¹³.

¹¹ Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2004, İstanbul, s. 339; Dirikkan, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, 2003, İstanbul, s. 5.

¹² Tekinalp, Ünal: s. 343

¹³ Tekinalp, Ünal: s. 343

B. Markanın İşlevleri

Kişileri marka seçmeye, tescil ettirmeye ve kullanmaya özendirilen bazı temel özellikler vardır ki bu özellikler, Hukuk düzeninin sağladığı üstün hukuki koruma dolayısıyla, marka seçmek, oluşturmak herkes için cazip hale gelmiştir. Aşağıda öz ve kısaca yazılı hususlar markanın işlevleri olarak sayılabilir.

1. Ayırt Etme İşlevi

Marka, muhatap tüketicilerin, işletmesinin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırması ve marka ile karşılaştığında söz konusu mal veya hizmeti yeniden tanınması ve bilmesi imkanını sağlar. Bu şekilde marka, benzer ürünler arasında kendini gösterir ve farklılaşır¹⁴.

2. Köken Belirtme İşlevi

Özellikle dünya ticaretinin küreselleşmesinin bir sonucu olarak uluslar, toplumlar ve yerel gruplar arasındaki karşılıklı ilişki ve etkileşimlerin hızlanması, gelişmesi, derinleşmesi ve dolayısıyla ürün portföyünün artmasıyla birlikte üretilen bir ürün veya sunulan hizmetin hangi işletme tarafından üretildiğinin ya da kim ya da kimler tarafından piyasaya sunulduğunun gösterilmesi önem kazanmıştır¹⁵. Bu bağlamda malın ya da hizmetin alıcısı olan kimse, marka ile teşebbüs arasında bağlantı kurabilecektir.

3. Kalite Belirtme İşlevi

Bir malın, ürünün ya da hizmetin kalitesi marka ile garanti edilmemektedir. Ne var ki markanın her zaman belli bir kalite seviyesini yakalaması o markanın ekonomik değeri bakımından büyük önem taşıdığı da kuşkusuzdur.

¹⁴ Dirikkan, Hanife: (Korunma), s. 11.

¹⁵ Küreselleşmenin dünya ticareti üzerindeki etkileri için bkz. Azarkan, Necat: Dünya Ticaretinin Küreselleşmesi Bağlamında Yabancı Şirketlerin Yerleşim Özgürlüğü, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, C. 3, S. 1, İstanbul 2013, s. 79 vd.

4. Reklam İşlevi

Marka aracılığıyla tüketicilerin malı ya da hizmeti tanınması ve satın alması reklam yoluyla mümkün olabilmektedir. Markanın tanınmışlık ve bilinmişlik seviyesinin yükselmesi, mal, ürün ya da hizmetin daha çok kimselerce bilinmesini temin edecek ve markaya sağlanan hukuki koruma da artacaktır.

III. TANINMIŞ MARKA KAVRAMI VE TANINMIŞ MARKA KORUMASININ KAPSAMI

A. Tanınmış Marka Kavramı

Tanınmış markaya ilişkin olarak, pek çok tanım yapılmış olmakla beraber, gerek 551 sayılı eski Markalar Kanununda gerekse 556 sayılı KHK'de bu konuda bir tanım yapılmış değildir¹⁶. Tanınmış marka ile ilgili 551 sayılı Kanunun 11. Maddesinin 1. fıkrasında, “*Memleketimizde tescil edilmiş olan dünya veya memleket çapında tanınmış yabancı veya yerli markaların ve benzerlerinin başka emtia için tescili, tanınmış marka sahibinin izni ile mümkündür*” hükmü düzenlenmişti. Görüleceği üzere kanun hükmünde, tanınmış markadan, dünya ve Türkiye çapında tanınmış olmak şeklinde söz edilmiştir. Burada bahsedilen tanınma, markanın geniş ya da çok geniş bir halk kitlesi tarafından bilinmesi ve genel bir değere ulaşmış olmasıdır¹⁷.

Uygulamada yüksek mahkeme Yargıtay, tanınmış markayı, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde aidiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı müşteri, akraba, dost, düşman ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağırışım olarak ortaya koymuştur¹⁸. Yüksek mahkeme bir başka kararında

¹⁶ Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı İstanbul 2012, s. 411; Yasaman Hamdi; Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 691; Adıgüzel, Burak, s. 1021.

¹⁷ YASAMAN, Hamdi, s. 693; ŞENOCAK, Kemal: Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK m.8/IV), Batıder, Haziran 2009, C.XXV, S. 2, s. 145.

¹⁸ Y.11.HD. 1303.1998 tarih 1997/5647 E. 1998/1704 K., 23.03.2000 tarih 1999/8859 E. 2000/2229 K. sayılı ilamları, Kaya Arslan; Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 120 ve dn.108.

ise, “Davacının tanınmış markası, davalı tarafından başka mallarda kullanılmak üzere tescil edilmiştir. Davalı markasının, davacının tanınmış markasının toplumda yarattığı isimden yararlanacağı, yani kendisine haksız avantaj sağlayacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK.nin 9/c maddesinde Öngörülen koruma halinin gerçekleştiğinin kabulü gerekir”¹⁹. Şeklinde karar vermiştir.

Doktrinde tanınmış marka, tanınmış mal ve hizmetlerle ilgisi olmayan kişilerce bilinen, toplum nezdinde tanınırlık seviyesi sebebiyle tescilli olduğu mal ve hizmetten bir ölçüde bağımsızlaşan, benzer veya farklı mal ve hizmette kullanılması durumunda da alıcılar nezdindeki bilinirliği ve oluşturduğu güven sebebiyle kullanana ekonomik fayda sağlayan marka şeklinde tanımlanmıştır²⁰. Diğer yandan, 556 sayılı KHK, marka tescilinde mutlak ret sebeplerini düzenleyen 7. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde ve Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. Maddesi hükmünde tanınmış markayla ilgili olarak düzenleme bulunmaktadır. Ancak Paris Sözleşmesinin söz edilen madde hükmünde, tanınmış marka tanımı verilmiş değildir²¹.

Markanın nispi ret nedenlerini düzenleyen 556 sayılı KHK’nın 8. Maddesinin 4. Fıkrasında yer alan tanınmış marka ile herkesçe bilinen markanın aynı olmadığı, Paris Sözleşmesinin ilgili hükmünde, bir kişiye ait olduğu herkesçe bilinen markanın, yalnız aynı veya benzeri ürünler için başkası adına tescilini yasaklamasına karşın, KHK 8. Maddesinin 4. Fıkrası anlamında tanınmış markanın farklı mal ve hizmetler için dahi tescili mümkün olmadığı gibi, tanınmış marka ile herkes tarafından bilinen markanın aynı olup olmadığı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür²². Kişiye ait olduğu bilinen markanın kullanıldığı o mal veya hizmetle ilgili çevrenin büyük bir kesimince bilinmesi yeterli olarak görülmektedir. Tanınmış markada ise reklam gücü yüksek, kalite

¹⁹ Y. 11. HD. 2000/5331 E. 2000/6265 K. 03.07.2000 T. Sayılı Karar.

²⁰ Kaya Arslan; s. 120.

²¹ Ayoğlu Tolga, Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, İstanbul 2009, s. 121; Adıgüzel, Burak, s. 1022.

²² Kaya, Arslan, 118; Adıgüzel, Burak, s. 1022; Arkan Sabih; Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, s. 92-93.

Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin
Uygulamadaki Sorunlar

sembölü haline gelmiş bir markanın, markayı taşıyan mal ve hizmetler dışında da bilinmesi gerektiği esas olarak kabul edilmiştir²³.

Paris Sözleşmesinin 1 mükerrer 6. maddesindeki herkes tarafından bilinen markanın, geniş halk kitleleri tarafından bilinen ve yüksek iktisadi değere sahip marka olması sebebiyle, 556 sayılı KHK'nin 8. Maddesinin 4. Fıkrasında yer alan markayı da karşıladığı doktrinde diğer bazı görüş sahipleri tarafından ileri sürülmüştür²⁴. Bu konuda üçüncü bir görüş sahipleri tarafından, tanınmış markanın üst bir kavram olduğu, diğer bir ifadeyle her iki durum içinde, tanınmış markadan söz edilmesi gerektiği, 556 sayılı KHK'nin 7. ve 8. Maddesinde düzenlenmiş tanınmış markada içeriğe bakılarak, koruma şartlarının tespit edilmesine yönelik bir sorun mevcut olduğunu, TRIPS sözleşmesinin 16. Maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca aradaki koruma farklılığının kaldırıldığı ileri sürülmüştür²⁵.

Uygulamada yüksek mahkeme Yargıtay "... *Tanınmış marka tanımında uygulama yeri bulunan bir diğer uluslararası anlaşma da Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması TRIPS'in 16/2 nci maddesi olup, tanınırlık olgusuna daha net ölçütler getirilmiş, markanın ilgili sektörde herkesçe bilinebilir olmasının tanınmış marka kabulünde etken olduğu...*" şeklinde karar vermiştir. Anılan anlaşmanın 16/3 ncü maddesi ile de Paris sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesinin uygulama alanı genişletilmiş, tanınmış markaların farklı mal ve hizmetler yönünden de korunması sağlanmıştır. Bu şekilde, bir markanın tanınmış marka varsayılabilmesi için, dünya çapında bir marka olması, hatta birlik ülkelerinde bilinmesinin icap etmediği, önemli olanın Türkiye'de bilinmesi olduğu biçiminde karar vermiştir²⁶. Görüleceği üzere bu kararda, bir markanın tanınmış sayılabilmesi için herhangi bir kişi değil, markanın Türkiye'de hitap ettiği müşteri çevresinin dikkate alınması ve tanınırlığın, önemli bir kesimde ve en azından genel hedef kitledeki orta düzeydeki müşterilerce bilinmesiyle ortaya çıkacağı savunulmuştur²⁷.

²³ Dirikkan, Hanife, s. 54-56.; Arkan, Sabih; C. I, s. 93, Ayoğlu, s. 120, Kaya, s. 118, 119; Adıgüzel, Burak, s. 1022.

²⁴ Tekinalp, Ünal, s. 413; Kayıhan, Şaban s. 426; Adıgüzel, Burak, s. 1024.

²⁵ Kaya, Arslan, s. 161-162.

²⁶ Y.11.HD. 03.04.2007 tarih 2005/14028 E. 2007/5223 K. (Kazancı İçtihat Bilgi-5.10.2015).

²⁷ Adıgüzel, Burak, s. 1024.

Doktrinde Adıgüzel²⁸ in de haklı olarak ifade ettiği gibi, tanınmış marka kavramı üst bir kavramdır. Söz konusu üst kavram kapsamında, herkes tarafından tanımlanan dünya markası, bilinen marka, maruf marka gibi kavramlar, marka sahibine tanınan korumanın içeriği açısından ve tanınma derecelerine göre ayrıştırılmaktadır. TRIPS 16. maddesi hükmü ile tanınmış marka açısından sağlanan koruma, bütün teorik sınıflandırma ve adlandırılan markaların koruma kapsamı birbirine yaklaştırılmış olmaktadır. Bütün bunlarla beraber, tanınmış markanın tanınmışlığının kabul edilmesi, durum, hal ve koşullara göre, her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak ve çıkan sonuca göre tespit edilecektir²⁹. Kanun koyucunun, bir markanın toplumda tanınmışlık düzeyine eriştiğinin tespitini resmi makamlara ve yargı kararlarına bırakmış olasıda bu kanaati güçlendirmektedir³⁰.

B. Tanınmış Marka Korumasının Kapsamı

Tanınmış marka için korumanın kapsamı, 556 sayılı KHK'nin 9. ve 7. Maddesinde düzenlenmiştir. KHK'nin 7/1. maddesinin (1) fıkrasında "*Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markalar*" bir markanın marka siciline tescili bakımından mutlak ret nedeni sayılmıştır. Bununla beraber, kararnamenin söz konusu hükmüne bağlı olarak 8/1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre de, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın aynı veya benzerinin tescilini talep etme hali ile tescil edilmiş veya tescili için başvuru talebinde bulunmuş bir markanın tüketici nezdinde iltibas ihtimalinin bulunması ve iltibas ihtimalinin söz konusu marka ile alakalı olması ihtimalini kapsaması durumları nispi ret nedeni olarak kabul edilmiştir. Değınilen hükümler çerçevesinde tanınmış markanın sahibi, markasından doğan haklarını, KHK ilgili maddede belirtilen hallere bağlı olarak ileri sürebilecektir³¹.

Tanınmış marka malikinin, yukarıda değınilen mutlak ve nispi ret sebepleri dolayısıyla 556 sayılı KHK 42. Maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca, bir şekilde markasının aynısı veya benzeri olarak bir başka markanın tescil edilmiş olması durumunda, bu markaya karşı hükümsüzlük davası açma hakkı bulunmaktadır. 556 sayılı KHK 8.

²⁸ Adıgüzel, Burak, s. 1024.

²⁹ Çolak, s. 68; Yasaman, Hamdi (Hizmet Markaları), s. 93.

³⁰ Şenocak, Kemal, s. 138; Adıgüzel, Burak, s. 1025.

³¹ Adıgüzel, Burak, s. 1025.

Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin
Uygulamadaki Sorunlar

maddesinin 4. fıkrasında ise, tanınmış markalarla ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, tanınmış tescilli marka malikinin, markasının aynı mal veya hizmetler veya benzer mal ve hizmetler için bir başka kişinin aynı veya benzer bir markayı tescil ettirmesine engel olabilecektir. Ancak, tanınmış marka malikinin farklı mal ve hizmetler için aynı veya benzer bir markanın tesciline engel olmayacaktır (m.8/4 c.1). Tanınmış marka malikinin uzun, zahmetli ve masraflı çalışması sonucu markasına kazandırdığı imajdan başka bir kişinin karşılıksız yararlanmasının engellenmesi amaç ve düşüncesiyle, tanınmış marka malikine tamamen farklı mal ve hizmetler için de kendi markasının aynı veya benzerinin tescil edilmesine engel olabilecek ve hükümsüzlük davası açabilecektir³².

Paris sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalar, sadece Türkiye’de değil, kaynak ülkede de tanınmış olması gerekecektir. Uysa 556 sayılı KHK 7. Maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendi ile 8 maddesi 4. fıkrasına göre tanınmış markanın sadece Türkiye’de tanınmış olması yeterli olacaktır³³. Herkes tarafından bilinen (*notorisch bekannte*) markanın, aynı zamanda 556 Sayılı KHK’ nin 8. Maddesinin 4. fıkrası ve 9. Maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi anlamında tanınmış marka olması durumunda, tanınmış markaya sağlanan başka mal ve hizmetler yönünden korunması söz konusu olacaktır. Diğer bir ifadeyle, tanınmış markanın Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi anlamında tanınması yetmeyecektir. KHK’ nin 8. Maddesinin 4. fıkrası ve 9. Maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi hükümlerinde aranan şartların da sağlanması gerekecektir³⁴. Ancak Türkiye’de fiilen kullanılmayan ve bilinmeyen markalar menşe ülkede tanınmış olmaları kaydıyla Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka kabul edilirken, KHK’ nin 8. Maddesinin 4. fıkrasında belirtilen tanınmış markalar, Türkiye sınırları içinde tanınmış markalardır. KHK’ nin 8. Maddesinin 4. fıkrasında belirtilen şartlarla da aynı veya benzer markaların aynı veya farklı sınıfta tescilinin talep edilmesi durumunda nispi ret nedeni oluştururlar³⁵. Uysa tanınmış marka, Paris Sözleşmesi anlamında Türkiye sınırları içinde tanınmakta ve kullanılmakta ise, aynı zamanda 556 Sayılı KHK’ nin 8.

³² Arkan, Sabih, C. I, s. 104; Adıgüzel, Burak, s. 1026.

³³ Dirikkan, Hanife, s. 82.

³⁴ Dirikkan, Hanife, s. 64.

³⁵ Ayoğlu, Tolga, s. 133-134.

Maddesinin 4. Fıkrası anlamında toplumda tanınmışlık düzeyine sahip marka haline gelmiş olduğu kabul edilir³⁶.

Tanınmış markanın aynısı veya benzerinin aynı mal ve hizmetler için tescilli durumunda, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde hükümsüzlük davası açılabilir. Tanınmış markanın tescilinde şayet kötü niyet varsa hükümsüzlük davasında beş yıllık süre söz konusu olmayacaktır. Farklı mal ve hizmetler için tanınmış markanın tescili söz konusu ise, haksız yarar sağlama unsuruna bağlı olarak hükümsüzlük davası açılabilir (556 sayılı KHK m.42/1 bent b). Şu kadar ki, tanınmış marka malikine söz konusu korumanın sağlanabilmesi için, 556 sayılı KHK'nin 8. Maddesinin 4. bendinde ifade edilen, marka itibarından haksız yarar elde etme, marka itibarına zarar verme ve markanın ayırt edici karakterini zedeleme şeklindeki ihlâl hallerinden birinin gerçekleşmiş olması zorunlu bir koşuldur³⁷.

IV. KULLANMAMA NEDENİYLE MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

556 sayılı KHK 14. Maddesinde “*Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmaksızın marka kullanılmazsa veya kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilirse marka iptal edilir. Belli bir süre zarfında markanın kullanılmamasına bağlanan markanın hükümsüz kılınması ile, marka hakkı malikine tanınan tekel niteliğindeki kullanma ve başkası tarafından kullanımı yasaklama imkânlarının sebepsiz yere tanınmasının engellenmesi ve markanın anlamsız ve yararsız bir şekilde topluma kapatılmasına engel olmak istenmiştir³⁸. İleri sürülen söz konusu görüşün yanında başka bir görüşe göre de, kullanılma sorumluluğuna uyulmaması sebebiyle markanın hükümsüz kılınmasındaki gaye kamu yararadır³⁹. Zira sicilden markanın silinmesiyle başka kişiler benzer mal ve hizmetler için bu markayı kendi adlarına tescil ettirmek imkânına sahip olacaklardır.

³⁶ Şenocak, Kemal s. 147.

³⁷ Şenocak, Kemal s. 135.

³⁸ Tekinalp, Ünal s. 459.

³⁹ KAYA, Arslan s. 200.

Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar

Ayrıca, kullanılmayan boş markalardan da marka sicili temizlenmiş olacaktır⁴⁰.

556 sayılı KHK 14. Maddesinde düzenlenmiş markanın kullanılmaması sebebiyle hükümsüzlüğü yönünde konulan hükmün amacı, kullanmama sebebiyle yararlanılmayan markanın mutlak hukuki korumasını sınırlamaktır. Zira marka hakkının tescili ile marka malikinin iktisap ettiği inhisari marka hakkı, marka hukukunun işlevine uygun olarak piyasadaki ekonomik görevini yerine getiren markalarca kullanmayı gerektirmektedir. Markanın kullanıldığı kabul edilebilmesi için ya markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde ciddi biçimde kullanılıyor olması ya 556 sayılı KHK 14. Maddesinin 2. Bendinde tahdidi olarak gösterilen durumlardan birinin var olması ya da marka hakkı malikinin beş yıllık kullanmama durumu olsa bile, kullanmamayı mazur gösterecek sebeplerin varlığını ispat ederek markanın hükümsüz kılınmasını önlemesi gerekmektedir⁴¹.

V. MARKAYI KULLANMAMANIN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Marka sahibinin markasını kullanmaması nedeniyle, KHK'nın kendisine sağladığı koruma olanağını yitirebilir. Zira aralıksız beş yıl markayı kullanmama sebebiyle, iptal edilebilir bir markadan doğan hiçbir hak kullanılmamalıdır. Artık markadan doğan haklardan da geçmişe ilişkin olarak söz edilmemelidir.

B. Markanın Mahkeme Kararı İle İptali

1. İptal davası

Beş yıl aralıksız olarak kullanılmayan markanın iptalinin marka sahibi veya üçüncü kişinin talebi olmadan resen terkin edilemez; biçimsel bir hak olarak marka sicilinde kalmaya devam eder. Markanın sicilden terkinini için iptal davası açılması ve iptale ilişkin karar alınması gerekir (KHK. m. 14).

⁴⁰ SERT, Selin; Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007, s. 87.

⁴¹ Dirikkan, Hanife, Külfet, s. 260; Adıgüzel, Burak, s. 1029.

Kural olarak dava, beş yıllık sürenin geçmesinden sonra açılmalıdır. Zira, unutmamak gerekir ki dava, açıldığı tarihteki duruma göre karara bağlanır⁴².

Tescili mümkün olmayan bir marka her nasılsa tescil edilmişse, bundan zarar görenler önce markanın terkinin için Bakanlığa başvurmaları, istemleri Bakanlıkça reddedildiği takdirde de idari yargı yoluna gitmek gerekir. Böyle bir markanın iptali için adli mahkemede dava açılmaz⁴³.

a. Davacı

Kullanmama nedeniyle markanın iptali davasını Cumhuriyet savcıları, zarar gören şahıslar ve ilgili resmi makamlar isteyebilir (KHK. m. 43). İleride dava konusu markayı kullanmayı planlayan, aynı markayı kendi adına tescil ettirmek üzere başvuruda bulunan veya markayı kullanan kişi yanında; iptal davası, marka hakkına tecavüzün bulunmadığı yolundaki dava ile birlikte açılabilirdiğinden (KHK. m. 74 / VI); özellikle markayı kullanmaya başlamış olan ve kullanılmayan markanın iptalinde yararı olan kişi, bu iki davayı aynı zamanda açabilir (KHK. m. 74 / 1).⁴⁴

b. Davalı

Dava, iptali istenen markanın sahibi olarak kayıtlı kişi ve ya onun haleflerine karşı açılabilir. Bir örnek verecek olursak, beş yıl süre geçmesine rağmen kullanılmamış bir markanın devri durumunda devralan ciddi kullanıma başlamadan ona karşı iptal davası açılabilir. Söz konusu devrin veya intikalın, davanın açılmasından önce veya sonra olmasının önemi yoktur. Marka birden fazla kişinin adına tescil edilmişse, davanın hepsine karşı açılması icap eder⁴⁵.

c. İspat ve Delil Gösterme Yükümlülüğü

Markayı kullanmama sebebiyle iptal davasında ispat yüküne ilişkin KHK'de özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, genel kural olan Medeni Kanun'un 6. maddesi gereği iki taraftan her biri, iddia ettiği hususu ispatlamalıdır. Buna göre üçüncü kişi, markanın en az beş yıldır kullanılmadığını veya ciddi kullanımın bulunmadığını ispatlamakla

⁴² DİRİKKAN, agm., s. 265.

⁴³ DÖNMEZ, İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, s. 99, İstanbul, 1992.

⁴⁴ Detaylı bilgi için bkz. DİRİKKAN, agm. s. 266 vd.

⁴⁵ DİRİKKAN, agm., s., 268.

Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar

yükümlüdür. Burada, olumsuz bir olayın ispatı durumu söz konusu olduğu için ispat zorluğu varsa bile, ispat yükünün genel kurala uygun olarak belirlenmesi gerekir⁴⁶.

Markanın kullanılmaması nedeniyle marka iptalinde ispat yükü kendisine düşen üçüncü kişi, markanın kullanılmadığına dair bazı belirtilere dayanması, özellikle hakimde kullanmama konusunda ciddi şüpheler uyandırması yeterli olabilir. Bu durumda, iddiasını ispatlama yükü karşı tarafa geçtiğinden, marka sahibinin markasını mevzuata göre ciddi bir şekilde kullandığını ispatlaması gerekmektedir⁴⁷.

Kullanmama sebebiyle iptal davası açan üçüncü kişi, örneğin markanın kullanmasının çok küçük bir bölge ile sınırlı kaldığını ispatlaması, kullanmanın ciddi olmaması açısından yeterli sayılabilir⁴⁸.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

a. Görevli mahkeme

KHK. m. 71' de “*Bu Kanun Hükümünde Kararnamede öngörülen davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hâkimli olarak görev yaparlar. Asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler...*”. denilmektedir. Buna göre KHK’da öngörülen tüm davalarda görevli mahkeme, Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleridir. Asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığı’nın teklifi üzerine HSYK belirler (KHK. m. 71 / II).

b. Yetkili mahkeme

KHK. 63. Madde “*Marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir. Davacının Türkiye’de ikamet*

⁴⁶ UMAR, Bilge / YILMAZ, Ejder: İspat Yükü, 2. Bası, s. 247, 248, İstanbul, 1980.

⁴⁷ UMAR / YILMAZ, age., s. 247 vd.

⁴⁸ Detaylı bilgi için bkz. DİRİKKAN, age., s. 269 vd.

etmemesi halinde, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, ikinci fıkra hükmü uygulanır. Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir...”

Buna göre marka sahibi veya marka başvurusunda bulunan kişilere karşı üçüncü kişilerin açacağı davalarda yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir. Tüzel kişilerde davacının ikametgâhı, tüzelkişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Davacının Türkiye'de ikametgâhı yoksa, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. onun vekilinin, vekili yoksa Enstitü merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir (KHK. m. 63).

Marka sahibinin üçüncü kişilere karşı açacağı hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgâhının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir (KHK. m. 63 / I).

Eğer birden fazla mahkeme yetkili durumunda ise dava, ilk açıldığı yer mahkemesinde görülür (KHK. m. 63 / IV).

V. SONUÇ

Tanınmış markanın kullanılmadığı veya beş yıllık süre için ara verilmiş olduğunu hükümsüzlük davasını açan taraf ispatlayacaktır. Bu iddia gazete ilanları, televizyon reklamları, fotoğraflar, kataloglar, fiyat listeleri, etiketler, ambalajlar ile ortaya konulabilecektir. Fakat her zaman olumsuz ispatlamak güç ve hatta bazen imkansız olduğundan, bu konuda esnek davranılmalı ve markanın kullanılmadığı hususunda hakimde ciddi kuşklar uyandırılması yeterli sayılmalıdır. Bu durumda delil gösterme sorumluluğu karşı tarafa geçeceğinden, marka sahibi markasını ciddi anlamda kullandığını gösteren delilleri mahkemeye ibraz etmesi gerekecektir.

Marka tescil tarihinden itibaren beş yıllık süre henüz dolmadan dava açılması durumunda, dava şartı yerine gelmediğinden bahisle dava

Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar

reddedilmelidir. Ne var ki, dava derdest iken beş yıllık süre dolmuşsa usul ekonomisi ilkesi açısından dava reddedilmemeli ve esastan karara bağlanmalıdır⁴⁹. Beş yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma durumu gerçekleşirse, önceki döneme ilişkin kullanmama artık hükümsüzlük nedeni sayılmamalıdır. Ciddi kullanmanın ne kadar devam etmesi gerektiği belli değildir ve kural olarak kısa veya uzun ciddi olmak şartıyla kullanımın varlığı durumunda önceki döneme ilişkin kullanmama durumu hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkmış sayılacaktır. Şöyle ki dava açılacağı düşünülerek marka kullanılması gerçekleşmiş ise, mahkeme, davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı mahkeme dikkate almayacaktır.

Ulusal ve uluslararası alanlarda tanınmış markalar, belli bir mal veya hizmet sınıfına tescil edilecek tanınmışlığa sahip olmayan markalardan farklı şekilde korunmaya alınmıştır. Söz konusu korumanın sebebi, tanınmış markanın tanınmışlığı sebebiyle, o markanın aynısını veya benzerini bir başka sınıfta tescilli veya tescilsiz olarak kullanarak haksız bir yarar sağlanması ve tanınmış markanın itibarına zarar vermesini veya markanın ayırt edici karakterini zedeleyici tavır ve davranışlar içinde olmasını engellemektir.

Türk hukukunda tanınmış markanın da kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğünün talep edilebileceğine dair görüşler, yüksek mahkeme Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu kararlar ile daha açık bir hal almıştır. Yüksek mahkeme Yargıtay; tanınmış markanın da kullanmama nedeniyle hükümsüz kılınması gerektiğine yönelik kararlar vermiştir. Uygulamada yargı kararları ve doktrin bu konuda farklı düşünmekle beraber, uluslararası hukukta son dönemlerde verilen kararlar ve uluslararası doktrinde baskın olarak ortaya çıkan görüşler, tanınmış markanın kullanmama sebebiyle hükümsüz kılınması ile tanınmış markaya sağlanan korumanın genişliği bir arada değerlendirildiğinde, koruma hükümlerine ağırlık verildiği söylenebilir.

⁴⁹ Karahan, Sami, s. 128.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak: Tescil Edilmiş Tanınmış Markanın Kullanmama Nedeniyle Kısmen Hükümsüzlüğü Sorunu (Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 1019-1044.

ARKAN, Sabih: Markalar Hukuku, C. II., Ankara, 1992.

ARSEVEN, Haydar: Alamenti Farıka Hakkı Mahiyeti ve İhlalleri, İstanbul 1952.

AYOĞLU, Tolga: Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, İstanbul 2009, s. 117-135.

AZARKAN, Necat: Dünya Ticaretinin Küreselleşmesi Bağlamında Yabancı Şirketlerin Yerleşim Özgürlüğü, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Cilt: 3, Sayı: 1, İstanbul 2013, s. 79-104.

AZARKAN, Necat: Urteil des Europäischen Gerichtshofes Zur Nutzung von Marken in Google-Awards-Anzeigen Rs. C-236/08 -C-238/08 – Vom 23.März 2010 – Revolution Des Online Werbemarktes Oder Freies Ticket Für Markenverletzungen?, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 10, No: 1, Ankara 2011, s. 19-32.

BİLGİLİ, Fatih: “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, TBB Dergisi, Sayı 74, 2008, s. 29.

CAMCI, Ömer: Marka Patent Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1998.

DİRİKKAN Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.

DİRİKKAN, Hanife: Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998,s. 219-280. (Külfet).

DÖNMEZ, İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992.

EREL, Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.

GÜRZUMAR, Osman Berat: “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Yeni Gelişmeler”, YD. 1994,

Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar

C. 20, S. 4., Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990.

KAHVECİ, Burcu: “Tescilli Markanın Kullanılma Yükümlülüğü”, Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

KARAHAN, Sami: “Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Mimoza Yayınları, Konya 2002.

KARAYALÇIN, Yaşar: “Markaların aynen ve aralıksız kullanılmasıyla ilgili Hükümler”, C. 33, S., 6, ABD, 1976.

KAYA, Arslan: “551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi”, İÜFM, C. LV, s. 335, İstanbul 1996.

KAYA, Arslan: Marka Hukuku, İstanbul 2006.

KAYIHAN, Şaban: Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, AÜEHFD, C.IV, S. 1-2, Haziran 2003, s. 423-448.

MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, C. 1, İşletme Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.

NOMER, Füsün N.: Tanınmış Marka, Nike, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 485-486.

OYTAÇ, Kutlu: Markalar Hukuku, İstanbul 2002.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal: Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s.333-345.

SERT, Selin: Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007.

ŞENOCAK, Kemal: Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK m.8/IV), Batider, Haziran 2009, C.XXV, S.2, s. 133-176.

TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2012.

YASAMAN, Hamdi: Hizmet Markaları, Batider, 1975, C. VIII, S. 1.

YASAMAN, Hamdi: Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978.

UMAR, Bilge / YILMAZ, Ejder: İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980.