

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XI

SAYI: 2

YIL: 2016

ARALIK – 2016
KAYSERİ

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR

Fatma İLHAN

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZİ - KAYSERİ	<u>E-MAİL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com
	<u>ISSN</u> : 1306-3839
	<u>Basım Tarihi</u> : HAZİRAN 2017

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

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

Dizgi ve Mizanpaj:

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

Baskı:

Erciyes Üniversitesi Matbaası, MELİKGAZİ - KAYSERİ

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden “düzeltmesi kaydıyla yayımlanabilir” şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri evrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Doç. Dr. Cengiz GÜL
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU
Yrd. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN
Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU
Arş. Gör. Mustafa UYANIK

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Murat DOĞAN Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU
Yrd. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN

EDİTÖR YARDIMCILARI

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU Arş. Gör. Mustafa UYANIK

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Doç. Dr. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Şükran AKGÜN, Yrd. Doç. Dr. Gündüz Alp ASLAN, Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN, Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Yrd. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN, Yrd. Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN, Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL, Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Dr. Aslı NANECİ ARICI, Arş. Gör. Dr. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Dr. Selman ÖZDAN, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Büşra BEYDÜZ, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT DURAN, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ, Arş. Gör. Beyza KATIRCIGİL, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Yavuz ÖZKAN, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Hilal ŞENOL, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Arş. Gör. Dr. Aslı NANEÇİ ARICI

Türk Hukukunda Kanuni Greve Katılma Serbestisi ve Kanuni Grevde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri.....1

Av. Cahid DOĞAN

Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri.....49

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Fatma TAŞDEMİR

Devlet Merkezli Uluslararası Hukuk Sistemi ve Devlet Dışı Silahlı Aktörler.....85

Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT DURAN

İptal Davalarında Sulh.....121

CONTENTS

PRIVATE LAW

Res. Asst. Aslı NANEÇİ ARICI

Freedom Of Legal Strike Participation and Rights and Obligations Of Parties In Turkish Law..... 1

Lawyer Cahid DOĞAN

The Responsibilities of Patient in Legal Aspect.....49

PUBLIC LAW

Ass. Prof. Dr. Fatma TAŞDEMİR

State-Centric International Law System And Armed Non-State Actors.....85

Res. Asst. Allı YEŞİLYURT DURAN

Compromise At The Action For Nullity.....121

Özel Hukuk/ Private Law

TÜRK HUKUKUNDA KANUNİ GREVE KATILMA SERBESTİSİ VE KANUNİ GREVDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

*Arş. Gör. Dr. Aslı NANEÇİ ARICI**

ÖZET

Toplu iş uyuşmazlıklarının barışçı çözüm yolları ile çözümlenememesi durumunda iş mücadelesine yönelik çözüm yollarına başvurulur. Bu doğrultuda grev, işçilerin işveren üzerinde baskı meydana getirmek üzere iş uyuşmazlıklarının çözümünün sağlanması amacıyla başvuru olan mücadele aracıdır. İşçiler işyerinde uygulanmakta olan greve katılıp katılmamakta serbesttirler. Greve katılmaya zorlanamazlar. Bununla birlikte grev halinde greve katılan ya da katılmayan işçiler, işveren ve sendika açısından birtakım hak ve yükümlülükler doğmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, kanuni grev halinde işçilerin greve katılma serbestilerinin açıklanması kanuni grevde tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespit edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Grev, İşçi, İşveren, İşçi sendikası.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD.

ABSTRACT

In the event that collective labor disputes can not be resolved through peaceful means of solving, it is sought a solution to the business challenge. In this sense, the strike is a means of struggle for the resolution of labor disputes in order to bring pressure on the employers. Workers are free to participate in the strike being applied at the workplace. They can not be forced to participate. However, some rights and obligations arise in terms of workers, employers and trade unions who have or do not participate in the strike. The aim of this study is to determine the rights and obligations of the statutory striking parties to disclose the freedom of workers to join the strike in the case of a statutory strike.

Key words: Strike, Worker, Employer, Workers' Union.

Giriş

Kanuni grev halinde tarafların hak ve yükümlülüklerini işçiler, işveren ve sendika açısından ayrı ayrı incelemekte fayda vardır. İşçiler açısından greve katılan işçiler, greve katılmayan işçiler ve greve katılmayan işçiler için ayrı ayrı hak ve yükümlülükler doğmaktadır. Bir işyerinde grevin uygulanmaya başlanması ile birlikte işçiler işyerinden ayrılmak zorundadırlar. Kanun koyucu bu hüküm ile greve katılan işçiler ile işyerinin ilişkisinin kesilmesi ve işçilerin işyerine zarar verme ihtimallerinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. İşveren, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbesttir. Greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçiler ancak kendi işlerinde çalışabilir. Bu işçilere greve katılan işçilerin işleri yaptırılmaz. Grev sırasında işyerinde zorunlu olarak çalışanlar dışında çalışmış olanlar toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar. Greve karar vermiş sendikanın grev uygulanan işyerine grev gözcüsü koyma yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca sendikanın grevi sona erdirme kararı alma yetkisi bulunmaktadır.

A. Greve Katılma Serbestisi

Grevin başlamasıyla birlikte işçiler greve katılabilirler. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, işçilere greve katılıp katılmama serbestisi tanımıştır¹. İşçiler isterlerse greve katılırlar, greve katılmak istemezlerse işyerinde çalışmaya devam edebilirler.

İşçiler çalıştıkları işyerinde uygulanan greve katılmak zorunda değildir. İşçinin greve katılma hakkı vardır fakat bunu kullanıp kullanmaması kendi arzusuna kalmıştır. Bu kural, grev kararını alan işçi sendikasının üyesi olan işçiler açısından da geçerlidir. Sendikanın işçileri greve zorlama hakkı bulun-

1 Ünal **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. B., İzmir 2013, s. 711; A. Can **Tuncay/Burcu Savaş Kutsal**, Toplu İş Hukuku, 4. B., İstanbul 2015, s. 385.

mamaktadır². Çünkü demokrasilerde grev bir özgürlüktür. İşçiler işverenlerle olan ekonomik ve sosyal ilişkilerini düzeltmek amacıyla grev yaparlar. Fakat işçiler greve katılmaya zorlanamazlar. Buna olumsuz grev özgürlüğü denilmektedir. Olumsuz grev özgürlüğü, hukukumuzda Anayasa'nın 54. maddesinde "greve katılmayanların işyerinde çalışmaları greve katılanlar tarafından hiçbir şekilde engellenemez" hükmüyle ve 6356 sayılı Kanun'un 64. maddesindeki "greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçenlerin işyerinde çalışmaları hiçbir şekilde engellenemez" hükmüyle ifade edilmiştir.

Kanun'da bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte greve sadece grev kararı alan sendikanın üyeleri değil, sendika üyesi olmayan işçiler de katılabilirler. Bu durum, Kanun'a aykırı sayılmaz. Kanun'da greve katılacaklara yönelik olarak sendika üyeleri yerine işçilerden söz edilmiş olmasından bunu anlamaktayız³. Yargıtay da işçinin işyerinde başlatılan greve katılması için sendika üyesi olmasının gerekmediğini ifade etmiştir⁴.

STİSK' da bu konuda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, öğretideki baskın görüşe göre, işçi, greve grev başladığı andan itibaren katılabileceği gibi önce greve katılıp sonra vazgeçerek işyerinde çalışmak isteyebilir. Fakat grev kararının uygulamaya koyulduğu zaman greve katılmayan bir işçi daha sonra vazgeçerek greve katılamaz. İşçi, grevin başladığı tarihte kararını verip greve katılmalıdır⁵. Aynı görüşe göre, STİSK'nun 64. maddedeki greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçenlerin çalışmalarının engellenmeyeceğini ifade eden hükümden önceden greve katılanların daha sonra grevden vazgeçerek çalışmaya başlamalarının kabul edilebileceği fakat bunun tersinin yani işçinin başlangıçta greve katılmayıp sonradan istediği bir zaman greve katılması gibi

2 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 711-712; M. Çağlar **Özdemir**, "İş Mücadelesine Katılmayan İşçilerin Hukuki Durumları", Kamu-İş, C. 7, S. 2, 2003, s. 15.

3 Nuri **Çelik**/Nurşen **Caniklioğlu**/Talat **Canbolat**, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. B., İstanbul 2015, s. 672.

4 **Y9HD**; 2006/1570, 2006/4778, 27.02.2006, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

5 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 671.

bir durumun kabul edilmeyeceği anlaşılmalıdır⁶. Diğer bir görüşe göre ise, Kanun'da açık bir hüküm bulunmamasına karşılık, işçinin greve sonradan katılma hakkının bulunmaması, grev hakkının sınırlandırılmasına neden olmaktadır⁷. Bir diğer görüşe göre ise, konuya ilişkin bir kanun boşluğu bulunduğuna göre, sorun anayasa ile korunan grev hakkı ve iş mücadelesi araçlarında eşitlik ilkele-ri uyarınca çözümlenmelidir⁸.

Yargıtay ise konuyla ilgili olarak şu şekilde karar vermiştir. “Dairemiz uygulamasına göre, işçinin işyerinde başlatılan greve katılması için sendika üyesi olması gerekmezse de grev uygulamasının başladığı tarihte greve katılmayan veya greve katılıp sonradan vazgeçerek işyerinde çalışan işçi sonradan greve katılamaz. Aksi halde işverence iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir. Somut olayda da davacı işçi, 11.02.2005 tarihi itibarıyla başlanmış olan greve sonradan katılarak 24.02.2005 tarihinden grev kararının kaldırıldığı 14.03.2005 tarihine kadar çalışmamış olup iş sözleşmesinin davalı işverence devamsızlık nedeniyle feshi haklı nedene dayanmaktadır. Bu durumda davacının işe iade isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır”⁹.

Yargıtay'ın başka bir kararına göre de grevin işyerinde uygulanmasına başladığı tarihte greve katılmayan veya greve katılmaktan vazgeçerek işyerinde çalışan bir işçi daha sonra greve katılamaz¹⁰. Yargıtay'ın ilk görüşü benimsediğini söyleyebiliriz.

6 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 713; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 385; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 671.

7 Zeynep **Özkul**, Türk Anayasal Düzeninde ve Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde Grev Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 157.

8 Mustafa **Alp**, “Grev Sonradan Katılmanın Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, Haziran 2007, s. 146.

9 **Y9HD**; 2006/1570, 2006/4778, 27.02.2006, **Alp**, “Grev Sonradan Katılma”, s. 143.

10 **Y9HD**; 1993/1714, 1993/13599, 23.09.1993, Cevdet İlhan **Günay**, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s. 822.

Olumsuz grev özgürlüğüne dayanarak greve katılmayan ilgili işçi sendikasının üyesi olan işçiye sendika, tüzüğünde yer alan yaptırımları uygulayabilir. İlgili işçi sendikasının üyesi olmayan ve greve katılmayan işçiye söz konusu yaptırımlar da uygulanmaz¹¹.

İşveren, grev esnasında greve katılmayıp çalışmak isteyen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbesttir. Bu hüküm eski Kanun'da açık olarak vurgulanmamaktaydı. İşçiler açısından grev kararı verilmesinde değişiklik yaratabilecek bir hükümdür¹². İşveren, bu yetkisini greve katılmayan bütün işçiler için kullanmalıdır. Greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştıran işveren, bu işçileri ancak kendi işlerinde çalıştırabilir ve bunlara greve katılan işçilerin işlerini yaptırılmaz (STİSK. m. 68/II).

Uygulamada bazı işverenlerin greve katılmayan işçilere ödül olarak grev primi verdiklerine rastlanmaktadır. Mevzuatımızda bu uygulamanın hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat işveren tarafından bu ödeme grev esnasında yapılmayıp grev sona erdikten sonra yerine getirilmek istenirse, diğer işçiler de işverenin eşit davranma borcu gereği söz konusu ödemelerin kendilerine de yapılmasını işverenden talep edebilirler¹³.

Grevin usulünce başlatılacağı bildirilen tarihte, hiçbir işyeri işçisinin greve katılmaması halinde grevin başladığından söz edilemeyeceği için bu tarihten sonraki günlerde işlerini bırakan işçilerin greve katılan işçi sayılmaları mümkün değildir¹⁴.

6356 sayılı Kanun'un 66/I. maddesine göre, grev hakkından vazgeçmeye ya da bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin olarak iş sözleşmelerine konula-

11 A. Murat **Demircioğlu**/Tankut **Centel**, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. B., İstanbul 2015, s. 355; **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 713.

12 Kadir **Arıcı**, "Toplu İş Uyuşmazlıkları, Grev, Lokavt ve Yüksek Hakem Kurulu", 2. Didim Toplantısı, Birinci Yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve Uluslararası Sendikal Örgütler Sempozyumu, Ekim 2013, Ankara, s. 106.

13 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 365.

14 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 716.

cağ hükümler geçersizdir. İş sözleşmelerine, işçilerin grev hakkından vazgeçebilmeleri şeklinde hüküm konulması batıl olduğundan, greve katılmaktan dolayı da işçiler cezalandırılmazlar. Toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdikten sonra yapılan bir iş sözleşmesinde grev hakkından vazgeçildiğine ilişkin olarak bir hükme yer verilemez. Bu şekilde bir hükme yer verilse bile söz konusu hüküm geçersiz olacağından, tarafları bağlamaz¹⁵.

B. Kanuni Greve Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Grevin uygulanması taraflara haklar tanıdığı gibi birtakım yükümlülükler de yüklemektedir. Bu hak ve yükümlülükleri işçiler, işveren ve sendika açısından ayrı ayrı incelemekte fayda vardır.

1. Kanuni Greve Katılan İşçilerin Hak ve Yükümlülükleri

Kanuni greve katılan işçilerin işi bırakıp işyerinden ayrılmaları gerekmektedir. Bu işçiler, grev esnasında başka bir işverenin yanında çalışamazlar. Greve katılan işçiler grev sona erince işlerinin başına dönerler.

a. Greve Katılan İşçinin İşini Bırakma Zorunluluğu

İşçilerin greve katılıp katılmama hususunda serbestlerinin bulunmasına rağmen greve katılmışlarsa işlerini bırakmaları gerekmektedir. Bu konuda serbesti bulunmamaktadır. İşçiler, greve katılmak istiyorlarsa grev tarihinde işlerini bırakmak zorundadırlar. Usulüne göre bildirilen uygulama ya da başlama tarihinde işlerini bırakan işçiler, grev haklarını kullanmış olurlar, onların bu davranışları kanunen korunur. Bu tarihten sonra işlerini bırakan işçilerin davranışları ise grev olarak kabul edilemez. Fakat bu kuralın uygulanabilmesi için işçinin grevin uygulanacağı tarihte çalışacak durumda olması gerekmektedir. Örnek olarak, grevin uygulanacağı günde hasta ve bu sebeple de izinli olan

15 Cevdet İlhan **Günay**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 4. B., Ankara 2013, s. 425.

işçinin greve katılıp katılmama yolundaki tercihini çalışmayı engelleyen durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren yapması gerekecektir¹⁶.

Grevin başlayacağı tarihten sonra greve katılmış olan işçilerin, grevden vazgeçip çalışmaya koyulmaları mümkündür fakat mazereti olanlar dışında, başlangıçta greve katılmayan işçilerin çalışmaktan vazgeçerek sonradan greve katılmaları mümkün değildir¹⁷.

Yargıtay, “Davacı, 20.03.1987-04.05.1987 tarihleri arasında raporlu kalmıştır. İşyerinde 30.03.1987 tarihinden itibaren yasal grev uygulamasına başlanmış ve bu grev uygulaması 17.06.1987 tarihine kadar sürmüştür. Davacı raporlu kaldığı süre için işverenden işçilik haklarını istemektedir. Ancak davacının grev uygulaması içinde kalan raporlu süre için işçilik haklarını isteyebilmesi için grev uygulamasına geçildiği sırada greve iştirak etmeyeceğini işverene bildirmesi ve raporun bitiminde de işverenin talebini kabul ederek raporun bitiminden sonra kendisini çalıştırmış olması gerekmektedir. Dosya içeriğinden davacının böyle bir istekte bulunduğu gerçekleşmediği gibi rapor bitiminden sonra çalıştırılmış olması da varit değildir. Bu durumda davanın reddine karar vermek gerekir”¹⁸ şeklinde karar vererek işçinin grev uygulamasına geçildiği sırada greve iştirak etmeyeceğini işverene bildirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay, 1998 yılında verdiği başka bir kararında da aynı ifadeyi kullanmıştır¹⁹.

b. İşyerinden Ayrılma

Kanun koyucu, greve katılan işçilerin işyeri ile temasını kesip ilerde ağır zararların ve istenmeyen durumların meydana gelmesini engellemek amacıyla, greve katılan işçilerin grevin başlaması ile birlikte işyerinden ayrılmaları gerektiğini düzenlemiştir. İşyerinin terk edilmesi, güvenlik açısından zorunlu-

16 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 713; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 384.

17 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 713.

18 **Y9HD**; 2255/4890, 29.05.1989, Ali Haydar **Karahacıoğlu**/Mustafa **Kılıçoğlu**, Kolektif İş Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 2822 sayılı TİS Grev ve Lokavt Kanunu Açıklamalı-İctihatlı, Ankara 1990, **Y9HD**; 2255/4890, 29.05.1989, s. 74.

19 **Y9HD**; 13975, 16401, 17.11.1998, **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 713.

dur. Aynı şekilde greve katılan işçilerin işyerine giriş ve çıkışı engellemeleri yasaktır (STİSK. m. 64/II). Eski düzenlemede grev sırasında işçilerin işyeri önünde topluluk oluşturmaları yasaklanmıştı. Bu yasağa 6356 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir²⁰.

İşyerinden ayrılma borcunun doğması için grev kararının alınmış bulunması yeterli değildir, grevin uygulamaya başlamış olması da gerekmektedir. Bu düzenlemenin amacı işyerindeki malların, makinelerin zarara uğramalarını engellemektir²¹.

İşçiler, grev esnasında işyerinin önünde giriş ve çıkış kapılarında birikmemelidirler²². Ayrıca STİSK. m. 64/I'e göre, greve katılmayan ya da katılmaktan vazgeçenlerin işyerinde çalışmaları hiçbir şekilde engellenemez. 64. maddenin üçüncü fıkrasında da, grev başlamadan önce üretilen ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına engel olunamayacağı ifade edilmiştir. Yine dördüncü fıkrada da greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına, işyeri için gerekli maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunamayacağı ifade edilmektedir²³. Bu

20 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 386.

21 Kenan **Tunçomağ/Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 6. B., İstanbul 2013, s. 466; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 385; Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku, 20. B., Konya 2015, s. 270; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 671; Cumhuriyet Sinan **Özdemir**, Yargı Kararları Doğrultusunda Sendikalar Kanunu Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, 2007, s. 492; Mustafa **Kılıçoğlu**, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999, s. 479; Ercan **Güven/Ufuk Aydın**, İş Hukuku, Eskişehir 1998, s. 303; **Günay**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 810; Bülent **Küpeli/Metin Ürtiş**, Türk İş Hukukunda Grev, TÜRK-İş, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 1996, s. 109; **Demircioğlu/Centel**, s. 354; A. Nizamettin **Aktay**, Toplu İş Hukuku, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun İle 22.10.2014 tarihli Anayasa Mahkemesi iptal kararları işlenmiştir, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ekli, 1. B., Ankara 2015, s. 356.

22 **Demircioğlu/Centel**, s. 354; **Sümer**, s. 271; M. Kemal **Oğuzman**, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 1964, s. 113; **Kılıçoğlu**, Sendikalar Hukuku, s. 479.

23 **Sümer**, s. 271; **Küpeli/Ürtiş**, s. 106.

hükümlerle greve katılmayıp işyerinde çalışmasını sürdüren işçilerin çalışma hürriyetleri korunmak istenmektedir²⁴.

İşyerinden ayrılma zorunluluğuna rağmen, işyerini terk etmemekte direnen işçiler, mahallin en yüksek mülki amirinin emri ve güvenlik güçlerinin yardımı ile işyerinden çıkarılırlar. (STİSK. m. 74) Ayrıca söz konusu kişiler, STİSK. m. 78/1-h'ye göre idari para cezasına çarptırılırlar. Fakat grev sırasında işçilerin işyerini terk etmemeleri grevi kanun dışı greve dönüştürmez²⁵.

Kanun, mahallin en büyük mülki amirlerine halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak, işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirleri alma yetkisi tanımıştır. Fakat bunların grev uygulanan işyerlerinde kamu düzeninin sağlanması için alacağı önlemler, kanuni grevin uygulanmasına engel olucu nitelikte olamaz.

c. Çalışma Serbestîsi

İşçi sendikasının grev kararı alması ve bu grev kararını uygulamaya koyması halinde işyerinde çalışan bütün işçiler, greve katılmak zorunda değildir. 6356 sayılı Kanun, grev esnasında çalışma serbestîsini saklı tutmuştur. Sadece grev kararına uyarak işlerini bırakanlar greve katılan sayılırlar²⁶. Grev katılmayanlar da çalışmaya devam edebilirler.

Yargıtay da bir kararında, işyerinde grev uygulaması yapılan işverenin greve katılmayan bir kısım işçileri çalıştırıp çalıştırmama konusunda serbest olduğunu ifade etmiştir²⁷.

ILO Uzmanlar Komisyonu da greve katılmayan işçilerin işyerinde çalışabileceklerini fakat bunların grevci işçilere engellemede bulunamayacaklarını ifade etmiştir²⁸.

24 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 679.

25 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 385; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 672.

26 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 386.

27 Y9HD, 1966/12273, 1966/11611, 15.12.1966, Can Şafak, Grev Kılavuzu, http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=5537, erişim tarihi 03.10.2011.

d. Greve Katılan İşçilerin Başka Bir İşte Çalışma Yasağı

Hukukumuzda, greve katılan işçilerin grev süresince başka bir işe girmeleri yasaktır. Kanuni grev sebebiyle iş sözleşmeleri askıda kalan işçiler, STİSK. m. 68/III c. 1-2'ye göre, grev süresince başka bir işverenin yanında çalışamazlar. Aksi takdirde, işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilir. Bu durumda işveren, STİSK. m. 68/I c.2'ye göre sözleşmesi feshedilen işçinin yerine yeni işçi alabilir. Buna karşılık, STİSK. m. 68/III c.3'e göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, yasal haftalık çalışma süresini aşmamak suretiyle bu sırada başka bir işverenin işinde çalışabilirler. İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin²⁹ 6. maddesine göre, “işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır”. Buna göre haftalık çalışma süresinin 45 saat olarak belirlendiği bir işyerinde çalışan işçinin 30 saat ve daha az süre ile çalışması durumunda haftalık çalışma süresini tamamlayacak süreyi aşmamak kaydıyla başka bir işverenin yanında çalışması mümkündür³⁰. STİSK. m. 68/II ile getirilen bu hüküm, işçilerin part time çalışmalarını kolaylaştırma amacı taşımaktadır³¹.

Greve katılan işçilerin, grev süresince başka bir işverenin yanında çalışmak yerine bağımsız olarak para kazanmalarının mümkün olup olmadığı

28 Bernard **Germgon**/Alberto **Odero**/Horacia **Guido**, ILO Principles Concerning The Right To Strike, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087987.pdf, erişim tarihi 31.10.2014, s. 30.

29 **RG.**, 06.04.2004, S. 25425.

30 **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 364; Murat **Şen**, “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Grev ve Lokavt Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen 30. Yılında Yeni Toplu İş Hukuku Düzeni Konferansı, Tebliğler ve Görüşler, İstanbul 2013, s. 123.

31 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 398; A. Can **Tuncay**, “Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda 6356 sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler”, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara Başkent Öğretmenevi, 20-21 Şubat 2013, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, s. 95; Nurşen **Caniklioğlu**/Efe **Yamakoglu**, “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Kısmi Süreli Çalışma”, Çimento İşveren, C. 27, S. 4, Temmuz 2013, s. 19; Melda **Sur**, “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/IV-39, s. 358.

2822 sayılı Kanun döneminde tartışmalı olmakla birlikte öğretilerdeki çoğunluk fikrine göre bu mümkün kabul ediliyordu³². Çoğunluk fikrine göre, söz konusu hükümde açık olarak işçilerin grev esnasında başka bir işverenin işinde çalışması yasaklanmış fakat bağımsız olarak gelir getirici bir iş yapmalarına engel getirilmemiştir³³. 2822 sayılı Kanun m. 43’de işçilerin başka iş tutamayacaklarından söz edilirken, 6356 sayılı Kanun’da başka bir işverenin yanında çalışmalarını engellenmiş, işçilerin grev esnasında bağımsız olarak çalışmalarını ise mümkün kılınmıştır.

Fakat öğretilerdeki görüşe göre, greve katılan işçinin bağımsız çalışmasına imkân verilmesi grev hakkının özü ile çelişmektedir. Bundan dolayı, Kanun’daki bu değişiklik isabetli olmamıştır³⁴. Bu görüşe katılmamaktayız. Kanımızca grev esnasında greve katılan işçilerin başka işverenin yanında çalışmalarını kabul edilemez fakat kendilerinin bağımsız bir işte çalışmalarının ya da yakınlarının işlerine yardım etmelerinin engellenmemesi gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme yerindedir.

e. Greve Katılan İşçilerin Grev Sonunda İşe Başlama Borcu

Greve katılan işçilerin grev süresince, iş sözleşmeleri devam ettiği için greve katılan işçiler grev sonunda işe başlamak zorundadırlar. İş sözleşmesindeki askı hali, grev sonunda ortadan kalkar. İş sözleşmesi, belirli süreli bir iş sözleşmesi ise sözleşme grevin bitiminden sonra kalan süre için devam eder.

Grev sonunda işveren, işçiyi işe başlatmak işçi de çalışmak zorundadır. Grev nedeniyle işveren işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapamaz. İşveren greve katılan işçiyi daha önce kazandığı haklarını yitirmeden grev sonunda ça-

32 **Tunçomağ/Centel**, s. 467.

33 **Sümer**, s. 271; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 399; **Caniklioğlu/Yamakoğlu**, s. 20; **Sur**, “Uluslararası Normlar”, s. 358; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 356; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 363; **Şen**, s. 123.

34 **Gülsevil Alpagut**, “6356 sayılı Yasa’nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi –Uluslararası Normlara Uyum”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 9, Y. 2012, S. 35, s. 53.

lıştırmazsa ya da borçlarına uygun olarak davranmazsa temerrüde düşmüş sayılır³⁵.

İşçi grev sonunda işyerinde çalışmaya devam etmek istemiyorsa, iş sözleşmesini feshetmelidir. Fakat grev sona erdiği halde, işçiler iş sözleşmelerini feshetmeksizin aralarında anlaşarak ya da sendikanın aldığı karara uyarak işe başlamazlarsa bu durum, kanun dışı grev olarak kabul edilebilir. Böyle bir durum söz konusu değilse, işçilerin toplu olarak işlerine dönmemelerine işçilerin işlerine devamsızlığına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir³⁶.

2. Kanuni Greve Katılmayan İşçilerin Hak ve Yükümlülükleri

Daha önce de açıkladığımız üzere, işçiler greve katılıp katılmamakta serbesttir. İşçi, greve katılmayıp bu esnada işyerinde çalışabilir. Greve katılmayan işçilerin sendika üyesi ya da sendikasız olmalarının bir önemi yoktur. Fakat taraf sendika üyesi olan ve greve katılmayan işçilere, sendikanın disiplin yaptırımını uygulama yetkisi olabilir.

İşçi, kararını grevin başladığı tarihte vermiş olmalıdır. STİSK. m. 64/I'e göre işveren, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbesttir. Fakat işveren, greve katılmayan işçilerin bir kısmını çalıştırıp bir kısmını çalıştırmama yoluna gidemez. İşçilere karşı eşit hareket etmek zorundadır. Aynı şekilde kanuni greve katılmayan ya da katılmaktan vazgeçtikleri halde grev nedeniyle işveren tarafından çalıştırılmayan işçilerin iş sözleşmeleri grev süresi içinde askıda kalır (STİSK. m. 67/I).

Ayrıca STİSK. m. 68/II'ye göre greve katılmayan ya da katılmaktan vazgeçen işçiler işverence ancak kendi işlerinde çalıştırılabilirler. Bu işçilere greve katılan işçilerin işleri yaptırılamaz.

35 **Tunçomağ/Centel**, s. 467.

36 **Tunçomağ/Centel**, s. 469; **Algun Çifter**, "Türk Hukukunda Hizmet Akdinin Yasal Grev Süresince Askıda Olmasının Sonuçları", AÜEHFD, C.VI, S. 1-4, 2002, s. 241.

Yargıtay bir kararında, grev sırasında işyerinde çalışan işçilerin daha önce yaptıkları işler araştırılarak greve çıkan işçilerin işini yapıp yapmadıklarının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁷.

İşverenin kanuni yetkisini kullanarak greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri grev süresi içerisinde çalıştırmaması lokavt teşkil etmez³⁸.

STİSK. m. 39/VIII'de işyerinde uygulanmakta olan kanuni greve katılmamanın yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre işyerinde grev esnasında zorunlu olarak çalışanların dışında, çalışmış olanlar grev sonrasında yapılan toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar. Fakat toplu iş sözleşmelerine bu hükmün aksine hüküm konulabilecektir³⁹.

Greve katılmayan ve taraf sendika üyesi olmayan işçilerin ise, dayanışma aidatı ödemek suretiyle bile toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri mümkün değildir⁴⁰.

Greve katılmayan işçi, ilgili sendikaya üye olsun olmasın fark etmez, grev sonucunda imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır (STİSK. m. 39/8).

İşyerinde grev oylaması yapılmış olması halinde greve evet sonucunun çıkması durumunda grev oylamasını talep eden işçiler, eğer greve katılırlarsa grev sonucu imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar. Bu işçiler, greve hayır oyu kullanmış olsalar bile, sonuç değişmez, önemli olan greve katılıp katılmamadır.

37 **Y9HD**; 1996/1838, 1996/1713, 08.02.1996, **Günay**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 854.

38 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 707; **Sümer**, s. 272.

39 **İlhan Doğan**, "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 19, Eylül 2010, s. 102; **İbrahim Subaşı**, "Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 14, Haziran 2009, s. 183; **Talat Canbolat**, "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler", Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, C. 6, S. 4, 2002, s. 189.

40 **Sümer**, s. 272.

Greve katılmayan işçilerin, toplu iş sözleşmesinden yararlanamamalarının nedeni grev esnasında işyerinde çalışıp, hiçbir zorluk çekmeyen işçilerin, greve katılarak birtakım zorluklarla karşılaşan işçilerle, eşit işleme tabi tutulmamaları gerektiğidir⁴¹.

Burada önemli bir nokta da şudur ki, 6356 sayılı Kanun m. 69/VIII hükmü, greve katılmamayı değil grev esnasında işyerinde çalışmış olmayı toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya engel saymaktadır.

6356 sayılı Kanun'un 39. maddesinin sekizinci fıkrasından, toplu iş sözleşmelerinin greve katılmamış işçilerin de söz konusu sözleşmeden yararlanabilecekleri şeklinde bir hüküm taşıyabileceği anlaşılmaktadır. Bu şekilde bir hüküm varsa, işçi, toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir. Bu durumda işçi, taraf işçi sendikasının üyesi ise üyelik aidatı ödemeye devam eder. İlgili işçi sendikasının üyesi değilse, toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için 6356 sayılı Kanun'un 39/IV. maddesine göre, dayanışma aidatı ödemesi gerekmektedir. Aynı şekilde greve katılmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinin teşmili yoluyla da sözleşmeden yararlanmaları mümkündür⁴².

Yargıtay'a göre de greve katılmayarak çalışanlar ayırık kural olmadıkça toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar. Toplu iş sözleşmesinde ayırık kural varsa sözleşmeden yararlanabilirler⁴³.

3. Kanuni Greve Katılmayan İşçilerin Hak ve Yükümlülükleri

Grev, geçici bir iş mücadelesi aracı olduğundan, grev sonunda işyerinin işçilerin çalışmalarını devam ettirebilecekleri şekilde olması gerekmektedir⁴⁴. İşyerlerinde bazı işlerin durması, grev sona erdikten sonra da işyerini çalışamaz

41 **Günay**, İş ve Sosyal Güvenlik, s. 425; **Doğan**, s. 102; **Subaşı**, s. 183; **Canbolat**, s. 189. **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 386; **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 708; **Günay**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 819.

42 **Günay**, İş ve Sosyal Güvenlik, s. 425.

43 **Y9HD**; 1990/4193, 1990/7051, 11.06.1990, **Günay** Toplu İş Sözleşmesi, s. 828.

44 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 709; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 359.

duruma getirebilmektedir. Söz konusu işlerin yapılmaması nedeniyle işyerinin güvenliği zarar görebilir⁴⁵. Böylelikle grev sonrasında işçiler, işverenler ve ülke ekonomisinin mümkün olduğunca az zarar görmesi düşünülmüştür. Bu sebeple, grev sonrasında işyerinin faaliyetini devam ettirmesini sağlamak amacıyla bir kısım işçilerin greve katılamayacağı öngörülmüştür⁴⁶.

Grev sırasında, bazı işçiler işyerinde çalışmak zorunda kalabilirler. 2822 sayılı Kanun'da iki maddede düzenlenen hüküm, 6356 sayılı Kanun'da tek maddede düzenlenmiştir. 6356 sayılı Kanun'un 65. maddesine göre, hiçbir surette üretim ve satışa yönelik olmamak kaydı ile, niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını; işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyanın, gereçlerin, ham madde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını; hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi kanuni grev sırasında çalışmaya işveren de bunları çalıştırmaya mecburdur. Grev dışında kalacak işçilerin yedekler dahil niteliği ve sayısı işveren veya işveren vekili tarafından toplu görüşmenin başlamasından itibaren altı iş günü içerisinde işyerinde yazı ile ilan edilir ve bu ilanın bir örneği toplu görüşmede taraf olan işçi sendikasına tebliğ edilir. Bu tebliğden itibaren altı iş günü içinde⁴⁷ işçi sendikası iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye itirazda bulunmazsa ilan hükümleri kesinleşir. İtiraz halinde mahkeme altı iş günü içinde karar verir bu karar kesindir (STİSK. m. 65/II). Yargıtay da grev ve

45 A. Nizamettin **Aktay**/Kadir **Arıcı**/Emine Tuncay **Kaplan Senyen**, İş Hukuku, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Yenilenmiş 6. B., Ankara 2013, s. 605; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 359.

46 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 709; Mustafa **Kılıçoğlu**, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Yargıtay Uygulaması En Son İçtihatlar, 1. B., Ankara 2013, s. 359; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 672; A. Nizamettin **Aktay**, Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Şeker İş Yayınları, No:65, Ankara 1990, s. 100; **Demircioğlu/Centel**, s. 360; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 359.

47 Yargıtay da "Toplu sözleşme görüşmelerinin başlamasını izleyen altı işgünü içinde işveren tarafından açıklanması gereken grev-lokavta katılamayacak işçiler listesine, işçi sendikası, altı işgünü içinde İş Mahkemesi nezdinde itiraz edebilir. Mahkeme dosyasına ne zaman girdiği belli olmayan tarihsiz dilekçe bu nedenle dikkate alınmaz", şeklinde karar vererek altı iş günü içinde itiraz edilmesi gerektiğini belirtmiştir. **Y9HD**, 1992/11220, 1992/9228, 07.09.1992, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

lokavta katılamayacak işçilerin tespitine ilişkin mahkeme kararının kesin olduğunu ifade etmiştir⁴⁸.

STİSK m. 65 hükmü ile bir yandan grev esnasında işyerinin düzenini ve güvenliğini korumak diğer yandan da grevden kaynaklanacak birtakım zararları önlemek amaçlanmıştır⁴⁹.

Kanun koyucu, ayrıca greve katılamayacak işçilerin nasıl belirleneceklerini de göstermiştir. İşverenin, burada greve katılamayacak işçi kadrosunu geniş tutarak grevin etkisini hafifletme amacı güdebileceği söylenebilir. Fakat bir görüşe göre, hükümde açık olarak ifade edilen üretim ve satışa yönelik olmama kaydı ifadesi ve greve katılamayacak işçi kadrosunun geniş tutulması halinde işverenin grev esnasında söz konusu işçilere ücret ödemeye devam edecek olması işveren üzerinde caydırıcı etki yapacaktır⁵⁰.

Greve katılamayacak işçiler her ne sebeple olursa olsun kanuni süre içinde tespit edilmemişse, işveren veya işçi sendikası, çalışacak işçi sayısının tespitini süre geçtikten sonra da görevli makamdan talep edebilir. Görevli makam, bu tespiti en kısa zamanda yaparak taraflara tebliğ eder. Gerekli hallerde görevli makam, bu tespiti resen yapabilir. Bu tespite karşı taraflardan her biri iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye itiraz edebilir. Mahkeme kararı kesinidir. Grevin uygulanacağı dönemde hangi işçilerin işyerinde çalışmaya devam edecekleri görevli makam tarafından grevin Müdürlüğe bildirilmesinden itibaren üç iş günü içinde resen tespit edilerek ilgili işçilere ve işverene yazı ile bildirilir. O işyerinde çalışan ve toplu görüşmeye taraf olan işçi sendikasının ve şubesinin yöneticileri işçiler bu hükme tabi tutulamazlar. İşveren, greve katılamayacak işçilerden herhangi bir nedenle çalışmayanların yerine görevli makamın yazılı izni ile yeni işçi alabilir (STİSK. m. 65/IV). İşletme toplu iş sözleş-

48 **Y9HD**; 6255/17741, 16.10.1997, **Narmanhoğlu**, *Toplu İlişkiler*, s. 709.

49 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 387; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 672.

50 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 387; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 673; **Demircioğlu/Centel**, s. 360.

melerine ilişkin uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkeme işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün bulunduğu, grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün bağlı bulunduğu iş mahkemesi, eğer işyerleri farklı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün yetki alanına giriyorsa Bakanlığın bulunduğu yerdeki yani Ankara İş Mahkemesi'dir (STİSK. m. 2/I-c, 79).

Grev esnasında çalışmak zorunda olan işçiler güvenlik görevlisi, elektrikçi, ocakçı, sekreter, veznedar gibi işyerinde her an hazır bulunmaları gereken işçilerdir⁵¹.

Grev esnasında işyerinde çalışmak zorunda olan işçileri, işveren çalıştırmama yoluna gidemez. İşveren, grev sırasında kanunen çalıştırması zorunlu işçileri çalıştırmazsa üç aydan bir yıla kadar hapis ve on beş bin liradan az olmamak üzere ağır para cezasına mahkûm edileceği gibi, onların ücretlerini ödemek borcundan da kurtulamaz. İşverenin bu şekilde davranışı da işçilere iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı verir⁵². Aynı şekilde grev esnasında çalışmak zorunda olan işçilerin çalışmadan kaçınmaları halinde, iş sözleşmeleri işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilir ve bu şekilde işçiler, iş sözleşmelerinin sona ermesine bağlı işçilik haklarını kaybederler.

Grev esnasında işyerinde zorunlu olarak çalışan bu işçilerin iş sözleşmeleri, aynı şekilde devam eder. Grev sonucunda toplu iş sözleşmesi imzalanırsa, bu işçiler de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. STİSK'nun 39. maddesinin 8. fıkrası, greve katılmayıp işyerinde çalışan işçileri kapsamına aldığından greve kanun gereği katılmayan işçiler, toplu iş sözleşmesinden aynen yararlanmaya devam ederler. Söz konusu işçiler, sendikaya üye değillerse bu durumda dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler⁵³.

51 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 388.

52 Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 710; Demircioğlu/Centel, s. 360; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 386.

53 Demircioğlu/Centel, s. 361; Sümer, s. 273; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 386.

Ayrıca grev esnasında esas itibariyle geçici işçi çalıştırma yasağı olmasına rağmen, İş Kanunumuz STİSK. m. 65’de ifade edilen işlerde geçici işçi çalıştırılabilmesine imkan sağlamıştır⁵⁴.

Greve katılma yasağına ilişkin bir düzenleme de 10.06.2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 17. maddesinde yer almıştır. Buna göre, özel güvenlik görevlilerinin greve katılamayacakları ifade edilmiştir⁵⁵. Bu kişiler, görevleri dışında başka işte de çalıştırılmazlar (m. 16). Ayrıca bu kişiler, grev başladığında kamu güvenliğinin sağlanması yönünden 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu uyarınca mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emrine girer ve verilecek görevleri yerine getirirler (m. 6).

İşverenin, greve katılamayacak işçiler belirlendikten ve bu işlem kesinleştikten ve hatta grev başladıktan sonra bu işçilerin sayılarının artırılmasını talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay’a göre, greve katılamayacak işçiler belirlendikten ve kesinleştikten sonra ek tespit işlemi yapılması yasaya aykırıdır⁵⁶. Öğretideki katıldığımız görüşe göre, greve katılamayacak işçilerin belirlenmesi kötüye kullanılmaya açık ve grevin etkisini zayıflatacak bir işlemdir. Ayrıca yine aynı görüşe göre, 65. madde hükmünde kullanılan ifade de emredicidir. İşveren bu tespiti yaparken de baştan hesabını doğru yapmalıdır. İşveren iradesini fesada uğratan bir hal olmadıkça, daha sonra bu tespiti değiştirememelidir⁵⁷.

6356 sayılı Kanun, greve katılamayacak işçileri tespit yetkisini işverene vermiştir. 2822 sayılı Kanun’da yetki Bölge Müdürlüğü’ndeydi. Yetkinin işverene verilmesi, yerinde bir düzenleme olmuştur⁵⁸.

54 **Sümer**, s. 273.

55 **Sümer**, s. 273.

56 **Y9HD**; 1246/1880, 22.02.2008, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 389.

57 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 389.

58 **Arıcı**, s. 106.

Yargıtay bir kararında, grev ve lokavta katılamayacak işçilerin tespitine ilişkin mahkeme kararının kesin olduğunu ifade etmiştir⁵⁹.

ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi de kararlarında, grev esnasında makinelerin, ekipmanların ve insanların güvenliğinin emniyetinin sağlanması, kazaların önlenmesi için bir grup işçinin belirlenebileceğini ve bunların grev sırasında çalıştırılabileceklerini ifade etmektedir⁶⁰.

4. Kanuni Grev Kararını Alan Sendikanın Hak ve Yükümlülükleri

Grevin kanuna uygun olarak yönetilmemesinin sorumluluğu sendikanın üzerindedir. Bu çerçevede sendikanın bazı hakları ve yükümlülükleri bulunmaktadır.

a. Grev Gözcüsü Koyma

6356 sayılı Kanun'un 73. maddesine göre, grev ilan eden işçi sendikasının, cebir ve şiddet kullanmamak şartıyla kendi üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını denetlemek amacıyla, işyerinin giriş ve çıkış yerlerine kendi üyeleri arasından, en çok dörder grev gözcüsü koyma hakkı bulunmaktadır. Grev gözcüleri, işyerine giriş çıkışlara engel olamazlar ve giren ve çıkanları kontrol amacıyla bile durduramazlar.

Grev gözcülerinin, grev kararını veren sendika tarafından görevlendirilmeleri gerekmektedir. Ayrıca grev gözcülüğünün yasal olabilmesi için yapılan grevin de yasal olması gerekmektedir. Kanun dışı bir grev nedeniyle seçilen kişilerin grev gözcülüğü yapmaları, kanuni olmaz. Grev gözcülerinin, grev kararını veren sendikanın üyeleri arasından seçilmeleri gerekmektedir⁶¹.

59 Y9HD; 1997/16255, 1997/17741, 16.10.1997, Günay, Toplu İş Sözleşmesi, s. 836.

60 Gernigon/Odero/Guido, s. 30.

61 Demircioğlu/Centel, s. 358; Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 700; Kılıçoğlu, 6356 sayılı Sendikalar Kanunu, s. 384; Sümer, s. 273; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 680; Oğuzman, s. 123; Aktay, Toplu İş Sözleşmeleri, s. 102; Güven/Aydın, s. 310; Küpeli/Ürtiş, s. 99; Demircioğlu/Centel, s. 358; Nitekim Yargıtay, "grev gözcülerinin kolluğa veya savcılığa haber vermek için ve greve aykırı davranan işçileri de yine ilgili yerlere haber vermek için

Önceki Kanun döneminde grev gözcülerinin zorunlu ihtiyaçlarının nasıl karşılanacağına ilişkin hükümler, Grev Gözcülerinin Zorunlu İhtiyaçlarının Karşılanması Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmişti. Fakat Grev Gözcülerinin Zorunlu İhtiyaçlarının Karşılanması Hakkında Yönetmelik, 12.09.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

İşyerlerinde yapılan grevleri belirtmek için, grev yapılan işyerlerine “Bu işyerinde grev vardır” ibaresinin asılması doğaldır. Fakat bu konuda 6356 sayılı Kanun’da bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 2822 sayılı Kanun döneminde grev yapılan işyerlerine ve bunların çevrelerine afiş, pankart gibi ilan vasıtalarını asmak ya da yazılar yazmak yasaklanmıştı. Grev gözcüsü olarak belirtilen sayıdan fazla gözcü koyanların, sendikanın mensubu olmadığı halde, grev gözcülüğü yapanların, işyerine giriş ve çıkışlara engel olan, giren ve çıkanları durduran grev gözcülerinin hapis cezası ile cezalandırılması yaptırım öngörülmüştü ve işyeri ve çevresinde grevciler ya da grev gözcüleri için işçiler ya da işçi sendikası kulübe, baraka ve çadır gibi barınma yerlerinin kurulamayacağı hükme bağlanmıştı. Grev gözcülerinin zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması için alınacak tedbirler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan bir yönetmelikte belirtilmişti. Söz konusu hükümlerde yer alan yasaklara aykırı hareketlerde bulunanların hapis ve ağır para cezasına mahkûm edilecekleri öngörülmüştü⁶². Bu Yönetmelik 12.09.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. ILO Uzmanlar Komisyonu 2010 yılı raporlarında, grev sırasında grevci işçilerin veya grev gözcülerinin işyeri önüne baraka, çadır kurma eylemlerinin yasaklanmasının grev hakkına aşırı müdahale olarak değerlendirmiştir⁶³. 6356 sayılı Kanun’da bu eylemler yasak kapsamında değildir. Grev hakkının özgür bir ortamda kullanılmasını sağlamak için bu eylemler yasak kapsamından çıkarılmış-

konulduğuna”, **Y9HD**; 337/31, 20.10.1967, işaret etmiştir, **Narmanlıoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 701.

62 **Günay**, İş ve Sosyal Güvenlik, s. 398.

63 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 403.

tır⁶⁴. Dolayısıyla başka kanunların hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, işçiler işyeri çevresine greve ilişkin yazılar asabilecekler ve çadır gibi barınma vasıtaları kurabileceklerdir⁶⁵. Fakat 6356 sayılı Kanun'da, söz konusu konular düzenlenmese de öğretilerdeki görüşe göre, grev hakkı kullanılırken Kanun'un amacına uygun tedbirlerin alınması gerekmektedir⁶⁶. Gerçekten de, 6356 sayılı Kanun'un 74. maddesinin ilk fıkrasında "mahallin en büyük mülki amirleri halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak, işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirleri alır" hükmü yer almaktadır. İkinci fıkrada ise "grev ve lokavtın uygulanması sırasında mahallin en büyük mülki amirinin kamu düzenine ilişkin alacağı tedbirler kanuni bir grev ve lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamaz" hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca STİSK madde 78/I'e göre, işçi sendikasının üyesi olmayan grev gözcüleri ve STİSK madde 73'e aykırı hareket eden grev gözcüleri idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

1963-1980 yıllarında uygulanan grevlerde, işyerlerine giriş ve çıkışlarda kötüye kullanımlar söz konusu olmuş ve ekonomik bir baskı aracı olması gere-

64 **Alpagut**, "6356 sayılı Yasa Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s. 54; **Agah Kafkas**, "2821 sayılı Sendikalar ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu", TİSK İşveren Dergisi, Haziran 2008, s. 3; **Melda Sur**, "Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Hakkında Değişiklik Çalışmaları ve Değerlendirilmesi", III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı, 3-4 Nisan 2010, AÜ ATAUM Salonu Ankara, s. 439; **Nüvit Gerek**, "6356 sayılı Kanunun Grev ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler", TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 6, C. 25, S. 1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013, s. 11; **Melda Sur**, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2013/IV-39, s. 357; **Melda Sur**, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Hakkı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 28, Aralık 2012, s. 169; **Faruk Çelik**, "Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu", Y. 18, S. 70, Nisan 2013, s. 17; **Mahmut Arslan**, "6356 sayılı Kanunla Yeni Bir Sürece Giren Endüstriyel İlişkiler Sistemimizin Gelişimi İçin Daha Fazla Çabaya İhtiyaç Var", Mercek, Y. 18, S. 70, Nisan 2013, s. 58; **A. Cengiz Gül**, "6356 sayılı Kanun İle Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz Yeni Bir Sürece Girmiştir", Mercek, Y. 18, S. 69, Ocak 2013, s. 76; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 680; **Ünal Narmanlıoğlu**, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yeni Hükümleri", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Seminer 22 Aralık 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 108; **Şen**, s. 124.

65 **Şen**, s. 127.

66 **Günay**, İş ve Sosyal Güvenlik, s. 398.

ken grevler, politik ya da ideolojik eylemelere dönüşmüştür. Grev gözcüleri de genellikle bu olaylara karışmışlardır. 2822 sayılı Kanun döneminde bu faaliyetleri engellemek için çeşitli düzenlemeler yapılmıştı. 6356 sayılı Kanun'da da 2822 sayılı Kanundakine benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat bu düzenlemeler uygulamada fazla da başarılı olamamaktadır⁶⁷.

ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi de kararlarında grev esnasında, grev gözcülerinin görevlendirilmesinin mümkün olabileceğini fakat grev gözcülerinin greve katılmayan işçilerin işyerinde çalışmalarına engel olamayacaklarını ifade etmektedir⁶⁸.

b. Grevi Yürütme

Grev kararı alan işçi sendikasının grevi yönetme görevi söz konusudur. STİSK. m. 70/II'ye göre grevin yönetiminde kanuni sınırların dışına çıkılması halinde bundan işçi sendikası sorumludur. Yargıtay tarafından da belirtildiği gibi "sendika uygulama emrini verdiği grevin ayrıntılarıyla uygulanışı biçiminden sorumludur"⁶⁹.

c. Grevci İşçileri Mali Olarak Destekleme

Greve katılan işçi, grev süresince ücretinden yoksun kalmaktadır. Bu sürede işçinin kendisinin ve ailesinin geçimini sağlaması için yardıma ihtiyacı vardır. İşte işçi sendikaları, grevci işçilere bu dönemde grev yardımı ya da grev tazminatı adları altında yardımlar yapabilirler. Bu yardımları genel olarak işçi sendikaları ya da grev komiteleri, sendika grev fonlarından sağlarlar⁷⁰.

d. Grevi Sona Erdirme Kararı Alma

Grevi sona erdirme kararı alma yetkisi de grev kararını alan işçi sendikasına aittir (STİSK. m. 75/I). İşçi sendikasının bu kararıyla grev sona erer.

67 Demircioğlu/Centel, s. 358.

68 Gernigon/Odero/Guido, s. 56.

69 Y4HD., 145/2060, 27.02.1976, Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 699.

70 Tunçomağ/Centel, s. 470.

e. Grev Nedeniyle Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluk

Anayasa'nın 54. maddesinde ve 2822 sayılı TİSGLK'nun 47. maddesinin son fıkrasında grev esnasında, greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendikanın sorumlu olduğu öngörülmektedir⁷¹. Fakat bu hükümler eleştirilmekteydi⁷². Anayasamızın 54/III'de yer alan hüküm, 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Bu doğrultuda 6356 sayılı Kanun'un 64. maddesi getirilmiştir. Buna göre, grev esnasında greve karar veren sendikanın kusurlu hareketi sonucu grev uygulanan işyerinde neden olunan maddi zarardan sendika sorumludur. Yetkili işçi sendikasının kararı olmadan işçi ya da yöneticilerin bireysel eylemlerinden kaynaklanan zararlardan kusuru olan yönetici ya da işçi sorumludur⁷³. Anayasa'nın 54. maddesinde yapılan değişikliklerle uyumlu olarak sendikanın sorumluluğu sadece kendi kusurlu hareketi ile verdiği zararları sınırlandırılmıştır⁷⁴. Kasıtlı, kusurlu kişisel davranışlardan sendika tüzel kişiliğinin sorumlu tutulması, ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi ile uyuşmadığı gerekçeyle kaldırılmıştır⁷⁵.

71 **Küpelî/Ürtiş**, s. 101; **Metin Kutal**, "Toplu Pazarlık Sistemi Açısından Anayasa'da 5982 sayılı Yasa İle Yapılan Son Değişiklikler", *Mercek*, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 22; **Demircioğlu/Centel**, s. 363; **Narmanhoğlu**, "Toplu İş Uyuşmazlıkları", s. 109; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 404.

72 **Narmanhoğlu**, *Toplu İlişkiler*, s. 704; **Narmanhoğlu**, "Toplu İş Uyuşmazlıkları", s. 109.

73 **Alpagut**, "6356 sayılı Yasa Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s. 54; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 404; **Nihat Yüksel**, "Çalışma İlişkileri Açısından Anayasa Değişiklikleri", *TİSK İşveren Dergisi*, Mayıs 2010, s. 2; **Murat Yalçıntaş**, "Toplu İş Hukukuna İlişkin Yapılan Değişikliklerin Çalışma Barışını Zedeleyici Etkileri Olabileceği İhtimal Dahilindedir", *TİSK İşveren Dergisi*, Mayıs 2010, s. 1; **Erten Cilga**, "Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu İle İlgili Son Tasarı Taslağının Getirdikleri", *MESSE İşveren Gazetesi*, Eylül 2011, s. 3; **Sur**, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu", s. 170; **Ali Kemal Sayın**, "Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 26, Haziran 2012, s. 76; **Demircioğlu/Centel**, s. 363; **Narmanhoğlu**, "Toplu İş Uyuşmazlıkları", s. 109; **Şen**, s. 118.

74 **Şen**, s. 119.

75 **Tanıl Küçük**, "Anayasa Değişikliklerine Konu Olan Mevcut Hükümler Toplu İş İlişkileri Sistemimizin Taşıyıcı Direkleridir", *TİSK İşveren Dergisi*, Mayıs 2010, s. 2; **Cilga**, s. 3; **Sayın**, s. 76; **Faruk Çelik**, "Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu", Y. 18, S. 70, Nisan 2013, s. 17; **Solmaz Coşkun**, "Türkiye'de Endüstriyel İlişkiler Nereye Gidiyor?", *Mercek*, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 60; **Fevzi Demir**, "Anayasa Değişikliklerinin Toplu İş

Görüldüğü üzere, yeni düzenleme ile yöneticilerin bireysel kusurlarından kaynaklanan zararlardan bile yöneticilerin kendilerinin sorumlu olduğu düzenlenmiş, sendika sorumlu tutulmamıştır⁷⁶. Ayrıca burada şunu da ifade etmekte fayda bulunmaktadır ki buradaki zarardan kastedilen işçilerin kusurlu davranışlarıyla işyerine verdikleri zarardır, yoksa grev sonucunda işyerinin çalışmamasından kaynaklanan zarar değildir⁷⁷. Tabii ki grevle amaçlanan karşı tarafa bir ölçüde zarar vermektir. İşçilerin ifade ettiğimiz çerçevede dışarıda verdikleri zarardan dolayı, sendikaların sorumlu tutulması doğru değildir⁷⁸. Fakat grev uygulanan işyerinde meydana gelen zararın mutlaka sendika üyesi işçiler tarafından yapılması şart değildir. Taraf sendika üyesi olmayan ya da başka bir sendika üyesi olan işçilerin grev sırasında verdiği zararlar da bu kapsama dâhildir⁷⁹.

Kanımızca, 6356 sayılı Kanun'daki değişiklik yerindedir. Önceki düzenleme ceza hukukunun temel prensiplerine aykırıydı. Suçların şahsiliği prensibine uygun değildi⁸⁰. Yeni düzenlemeye göre, grev kararını sendika tüzel kişiliği alırsa, doğan zarardan sendika sorumlu olacak, sendika tüzel kişiliğinin

Sözleşmesi Düzeni ve Sendikaların Geleceği Açısından Değerlendirilmesi”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 71; A. Nizamettin **Aktay**, “TBMM’nin Kabul Ettiği Anayasa Değişikliklerinin Çalışma Hayatına Muhtemel Etkileri (2010)”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 95; Salim **Uslu**, “Yeni Anayasa Demokrasi ve Hukuk Açısından Bir İlerlemedir”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 102; Bülent **Pirler**, “Kalkınma, İstikrarsız Bir Çalışma Hayatı Üzerine Bina Edilemez”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 116; Alpay **Hekimler**, “Anayasa Değişikliği Paketinin Türk Sendikacılığı Üzerine Muhtemel Etkileri”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 131; Bekir **Uzun**, “Anayasa Değişiklik Kanunu”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 137; İsmail **Bayar**, “2010 Sonbaharına Doğru Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Sendikal Örgütlenme ve Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Manzara-i Umumiye”, Mercek, Y. 15, S. 59, s. 151; Anayasa’nın Toplu İş Hukukuna İlişkin Maddelerinde Yapılacak Değişikliklere İlişkin TİSK Görüş ve Önerileri, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 156; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 338.

76 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 404; **Arıcı**, s. 106; **Sayın**, s. 76; **Narmanlıoğlu**, “Toplu İş Uyuşmazlıkları”, s. 109.

77 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 404; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 682; **Demir**, “Anayasa Değişiklikleri”, s. 71.

78 **Hekimler**, s. 131.

79 **Demir**, s. 71.

80 **Arıcı**, s. 106; **Sayın**, s. 76; Toker **Dereli**, “Yeni Anayasa Değişiklikleri ve Uluslararası Sendika Özgürlüğü Normları”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010, s. 29.

kararı olmadan bir zarar doğarsa bu zararı, zarara neden olanlar karşılayacaktır⁸¹.

Ayrıca bir sorumluluk hali de TCK'da düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK⁸²'ya göre, grev hallerinde işverenlerin, işçilerin, sendika veya konfederasyonların maliki oldukları bina, tesis veya eşyaya zarar veren kişiler hakkında bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörmüştür (m. 152/e). Failin grevci işçi veya sendikalı olup olmamasının cezai sorumluluk açısından hiçbir önemi yoktur.

5. Kanuni Grevin Uygulamasında İşverenin Hak ve Yükümlülükleri

Grev nedeniyle işveren açısından da birtakım hak ve yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Bunları şu şekilde inceleyebiliriz.

a. Ücret Ödeme Açısından

Grev süresince iş sözleşmesi askıda kaldığından, bunun doğal sonucu olarak bu sürede işçiye ücret ödenmez. Bu durum STİSK .m. 67/I ve III'de şu şekilde ifade edilmiştir “Kanuni greve katılan, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip de grev nedeniyle çalıştırılmayan ve kanuni lokavta maruz kalan işçilerin iş sözleşmeleri grev ve lokavt süresince askıda kalır. Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz”.

İş sözleşmesi karşılıklı bir sözleşme olduğundan, iş sözleşmesinin askıda kalması sırasında işçi iş görmediği için işverenin de ücret ödeme borcu söz

81 Arıcı, s. 106; Sayın, s. 76; Narmanlıoğlu, “Toplu İş Uyuşmazlıkları”, s. 109.

82 RG., 12.10.2004, S. 25611.

konusu değildir⁸³. Fakat STİSK. m. 67/II'ye göre, işveren grev ve lokavt nedeniyle iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin grev veya lokavtın başlamasından önce işleyen ücretlerini ve eklerini olağan ödeme gününde ödemek zorundadır. Ödemeyi yapacak personel de bunun için çalışmakla yükümlüdür. Aksi halde 65 inci maddenin beşinci fıkrası hükmü uygulanır. STİSK m. 65/V'e göre de işveren grev ve lokavta katılmayacak işçilerden herhangi bir nedenle çalışmayanların yerine görevli makamın yazılı izni ile yeni işçi alabilir. İşveren, 67. maddede öngörülen borcunu yerine getirmekten kaçınırsa Borçlar Kanunu'na göre temerrüde düşer. Bu durumda eğer işçinin ücreti peşin olarak ödeniyorsa, işçi aldığı ücretin çalışmadığı süreyi karşılayan kısmını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre işverene iade etmek zorundadır (TBK. m. 77).

İşçilere yıl içinde birkaç defa ödenen prim, ikramiye gibi ödemelerin ödeme tarihi askı süresine denk gelirse bunlardan taahhuk etmiş olanların normal ödeme zamanında ödenmesi gerekmektedir. Fakat söz konusu ödemeler, yılda birkaç defa yapılıyor ve belirli çalışma süresine bağlı tutuluyor ise grev döneminde işçiler çalışmamış olacaklarından bu ödemelerden çalışılmamış günler için indirim yapılması gerekmektedir⁸⁴.

Greve katılan işçilere, grev süresince ücret ödeneceğine ilişkin olarak iş sözleşmelerine ya da toplu iş sözleşmelerine hüküm konulursa söz konusu hüküm geçersiz sayılır. İşveren hukuken sorumlu olmamakla birlikte ödemede bulunmuşsa bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir⁸⁵.

Grev süresince işçiye asıl ücreti ödenmez fakat ücret eklerinin ödenip ödenmeyeceği noktasında bir ayrıma gitmemiz gerekmektedir. İşçinin iş görmesine zorunlu olarak bağlı olan ücret ekleri, grev esnasında ödenmez. Yollukları

83 **Tunçomağ/Centel**, s. 471; **Narmanhoğlu**, *Toplu İlişkiler*, s. 718; Şükran **Ertürk**, *İş Mücadelesinde Denge İlkesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 95, İzmir 1999, s. 222; **Kılıçoğlu**, *Sendikalar Hukuku*, s. 484; **Demircioğlu/Centel**, s. 361; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 393.

84 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 394; **Sümer**, s. 269.

85 **Tunçomağ/Centel**, s. 471; **Narmanhoğlu**, *Toplu İlişkiler*, s. 719.

ve yemek yardımlarını bunlara örnek olarak gösterebiliriz. Fakat işin görülmesine bağlı olmayan edimlerden işçiler aksi kararlaştırılmamışsa, grev esnasında da yararlanmaya devam edebilirler. Örneğin, bir sabun fabrikası, çalıştırdığı işçilere altı ayda bir ürettiği sabunlardan vermeyi taahhüt etmişse, bunları verme zamanı greve rastlasa bile, grev sonunda bu sabun yardımlarının işçilere verilmesi gerekmektedir⁸⁶.

Ödememesi gerektiği halde işveren, grevci işçilere grevde geçen sürenin ücretini ve sosyal yardımlarını öderse, bu durumda ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 78. maddesinde ifade edilen borçlanılmamış edimin ifası kuralları gereği, ödemeyi hataen yaptığını ispat ederek geri alabilir⁸⁷.

Ayrıca işverenin grev süresi içerisinde ücret ödeme yükümü bulunmadığından bu süre içinde ücretten sendika üyelik aidatı kesme yükümü de bulunmamaktadır⁸⁸. Aynı şekilde grev esnasında ücret ödemesi yapılmadığından, işçinin ücretinden dayanışma aidatı kesintisi yapılması da mümkün değildir⁸⁹.

İşçiye kanuni grev süresi içerisinde hafta tatili ücreti de ödenmez. Çünkü işçinin hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için hafta tatilinden önce İ. K. m. 63'de belirlenen iş günlerinde çalışmış olması gerekmektedir. Aynı şekilde işçiye kanuni grev dönemine rastlayan ulusal bayram ve genel tatil günleri için de ödeme yapılmaz⁹⁰.

Grev hali, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu⁹¹ anlamında işsizlik tanımına girmemektedir. Grev esnasında iş sözleşmesi sona ermediği, grev sebebiyle çalışmama da işsizlik anlamına gelmediğinden, greve katılan işçiler, işsiz-

86 **Tunçomağ/Centel**, s. 472.

87 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 394.

88 **Tunçomağ/Centel**, s. 472-473; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 675; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 395.

89 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 675; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 395.

90 **Sümer**, s. 269; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 395; **Narmanlıoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 718; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 675; **Demircioğlu/Centel**, s. 361.

91 **RG.**, 08.09.1999, S. 23810.

lik ödeneğinden yararlanamazlar. Greve katılmak istemese de grev sebebiyle çalışamayan ya da çalıştırılmayan işçiler de işsizlik ödeneği alamazlar⁹².

Grev yapan işçinin askı süresi içerisinde ulusal bayram ve genel tatil ücretine hak kazanması da mümkün değildir⁹³.

Greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin çalışma isteklerinin işveren tarafından kabul edilerek işyerinde çalışmalarına devam etmeleri halinde söz konusu işçilerin iş sözleşmeleri askıya alınmayacağından bunlar için yapılan ödeme ve kesintiler devam eder⁹⁴.

Greve katılan işçiler grev süresince ücret isteme haklarını yitirirler. Fakat greve katılan işçi, sendikaya üyeyse üyesi bulunduğu sendika, ücretinin tümünü ya da bir kısmını öder. Sendikasız işçiler açısından böyle bir olanak bulunmamaktadır⁹⁵.

b. Yıllık Ücretli İzin Açısından

Yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için öngörülen sürenin belirlenmesinde çalışılmış gibi sayılan süreleri düzenleyen İ. K. m. 55'de grevde geçen süreler yer verilmemiştir. Dolayısıyla kanuni grevde geçen süre, yıllık ücretli izin hakkının kazanılması için geçmesi gereken bir yıllık bekleme süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır⁹⁶.

Yargıtay bir kararında, yasal grev halinde hizmet akdinin askıda olduğunu ve yıllık izin hesabında bu sürenin dikkate alınmayacağını ifade etmiştir⁹⁷.

İşçinin doğmuş olan yıllık ücretli izin hakkını grev esnasında kullanabilip kullanamayacağı, Kanun'da düzenlenmemiştir. İşçinin yıllık ücretli iznini

92 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 396.

93 **Narmanhoğlu**, *Toplu İlişkiler*, s. 719; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 675; **Demircioğlu/Centel**, s. 361.

94 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 675.

95 **Tunçomağ/Centel**, s. 446.

96 **Sümer**, s. 270; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 675; **Ertürk**, s. 229; **Demircioğlu/Centel**, s. 361.

97 **Y9HD**; 1996/6578, 1996/8035, 30.09.1996, **Günay**, *Toplu İş Sözleşmesi*, s. 849.

kullanırken, grev başlamışsa, işçi izne devam edebilir ya da izni bırakıp greve de katılabilir. Kararı işçi verecek ve bu kararı da işverene bildirecektir. Bildirmezse, bu sürede izinli olarak kabul edilir, izin ücreti kendisine ödenir. Fakat bu anlatılanlar tabî ki kanuni grev durumu için geçerlidir⁹⁸.

c. Kıdem Tazminatı Açısından

STİSK. m. 67/III'de kanuni grevde geçen sürenin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Bu Kanun hükmü, mutlak emredici niteliktedir bundan dolayı, toplu iş sözleşmelerine ya da iş sözleşmelerine bu hükme aykırı hüküm konulamayacaktır⁹⁹.

Yargıtay bir kararında, bu durumu şu şöyle ifade etmiştir, “2822 sayılı Yasa'nın 42/5. maddesi uyarınca grev süresince hizmet akdi askıda kaldığından, bu süre kıdem tazminatı hesabında, dikkate alınmaz. Buna rağmen mahkemenin 12.03.1991-01.08.1991 tarihleri arasındaki grevde geçen süreyi kıdem tazminatı hesabında dikkate almış olması yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir”¹⁰⁰

Yargıtay bir kararında da yine aynı şekilde greve katılan işçilerin hizmet akitlerinin askıya alındığından grevde geçen sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağını ifade etmiştir¹⁰¹.

Öğretide, Narmanlıoğlu bu hükmü eleştirmektedir. Grevde geçen sürenin, işçinin kıdem süresinden sayılmayacağına ilişkin kanun hükmünün, uygun olmadığını belirtmektedir. Yazar, grev esnasında iş sözleşmesinin sona ermediğini, askıda kaldığını bu sürenin de kıdemden sayılmamasının işçinin dayanağını Anayasa'da bulan bir hakkının kullanmasını engelleyeceğini, ileride alacağı kıdem tazminatından yoksun kalacağı düşüncesiyle işçinin grev hakkını kul-

98 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 393; Sümer, s. 270; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 675.

99 Sümer, s. 270; Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s. 719; Ertürk, s. 228; Demircioğlu/Centel, s. 361.

100 Y9HD, 1994/08252, 1994/09106, 14.06.1994, Özdemir, Yargı Kararları, s. 503.

101 Y9HD; 1995/21657, 1995/32821, 24.10.1995, Günay, Toplu İş Sözleşmesi, s. 849.

lanmak istemeyeceğini, ifade etmektedir¹⁰². Kanımızca söz konusu görüş isabetlidir. Grev esnasında, iş sözleşmesi sona ermediği, devam ettiği için bu sürenin işçinin kıdeminden sayılması doğru olur. Fakat Kanun hükmü mutlak emredici nitelikte olduğundan, aksini söylememiz mümkün değildir.

d. Sosyal Sigorta Hakları Açısından

STİSK. m. 66/II'e göre, grev süresi içinde işçiler sosyal sigorta yardımlarından 5510 sayılı Kanun¹⁰³ hükümlerine göre yararlanmaya devam ederler. Bu da yeni bir düzenlemedir¹⁰⁴. Grev, işçinin sigortalılık süresinin kesilmesine ya da durmasına neden olmaz¹⁰⁵. Greve katılan işçiler, grev devam ettiği süre içerisinde de sigortalı olmaya devam ederler. Fakat söz konusu işçilerin 5510 sayılı Kanun'da ifade edilen prim ödemeye bağlı olan haklardan yararlanmaları daha önce ödemiş oldukları primlere bağlıdır. Grev sırasında işçilere ücret ödemesi yapılmadığından, bu süre içerisinde prim ödemesi de yapılmaz. Grev esnasında sigorta primi ödenmeyen günler, asgari bir prim ödenmesine bağlı olan, örneğin hastalık yardımlarından yararlanılması, yaşlılık malüllük aylığı bağlanması gibi haklardan yararlanmayı geciktirici bir etki yapar¹⁰⁶.

Ayrıca 5510 sayılı Kanun m. 41/g'de grevde geçen süreleri borçlanabilme imkânı tanınmıştır. Bu şekilde borçlanılan süreler de uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalılık süresinden sayılmaktadır¹⁰⁷. Aynı Kanun'un 67. maddesinde grev ve lokavt halinde genel sağlık sigortalılarının söz konusu maddede belirtilen şartlar aranmaksızın ve belirtilen sürelerin hesabında grev ve lokavt süreleri dikkate alınmaksızın sağlık yardımından yararlanmaları esas düzenlenmiştir.

102 Ünal **Narmanhoğlu**, "Kanuni Grevede Geçen Sürenin İşçinin Kıdeminden Sayılmayacağına İlişkin Hükümün Uygunsuzluğu", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 288.

103 **RG.**, 16.06.2006, S. 26200.

104 **Narmanhoğlu**, "Toplu İş Uyuşmazlıkları", s. 110; **Sümer**, s. 270.

105 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 396; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 675.

106 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 396.

107 **Sümer**, s. 270.

e. Konut Hakları Açısından

STİSK. m . 69'a göre işveren, kanuni grev süresi içerisinde greve katılan işçilerin oturdukları ve işveren tarafından sağlanan konutlardan çıkmalarını isteyemez. İşçiler, grev süresince konutlarıyla ilgili onarım, su, gaz, aydınlatma ve ısıtma masrafları ile rayiç kirayı işverene ödemek zorundadırlar. Ayrıca işveren konutların su, gaz, aydınlatma ve ısıtma işlerini bu süre içerisinde kısıtlayamaz. Fakat bu işlerin kanuni grev nedeniyle kısıntıya uğramış olanların devamı, işçiler tarafından istenmez¹⁰⁸.

Grev esnasında, 69. madde hükmüne aykırı hareket eden işveren için önceki Kanunumuzda ceza öngörülmüştü. Fakat 6356 sayılı Kanun'da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca önceki Kanunumuz, greve katılan işçilerin, grev esnasında konutlarda oturma haklarını doksan günle sınırlandırmıştı. İşçiler o dönemde kirayı ödeyerek doksan gün konutlarda oturabilmekteydiler. Öğretide bu durum eleştirilmiştir¹⁰⁹. 6356 sayılı Kanun, doksan günlük süre sınırlamasını ortadan kaldırmıştır¹¹⁰. 6356 sayılı Kanun'a göre, konutlarda oturan işçiler konutlarıyla ilgili onarım, su, gaz, aydınlatma ve ısıtma giderleri ile rayiç kirayı işverene ödeyerek grev esnasında konutlarda oturmaya devam edebilirler¹¹¹.

108 **Sümer**, s. 270; **Kılıçoğlu**, 6356 sayılı Sendikalar Kanunu, s. 371; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 678; **Aktay**, s. Toplu İş Sözleşmeleri, s. 102; **Özdemir**, Yargı Kararları, s. 505; **Kılıçoğlu**, Sendikalar Hukuku, s. 488; **Güven/Aydın**, s. 309; **Gerek**, s. 10; **Demircioğlu/Centel**, s. 362; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 364; **Narmanhoğlu**, "Toplu İş Uyuşmazlıkları", s. 108.

109 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 402.

110 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 402; **Kılıçoğlu**, 6356 sayılı Sendikalar Kanunu, s. 371; **Sümer**, s. 270; **Alpagut**, "6356 sayılı Yasa Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s. 54; **Gerek**, s. 10; **Sur**, "Uluslararası Normlar", s. 358; **Sur**, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu", s. 169; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 364. **Narmanhoğlu**, "Toplu İş Uyuşmazlıkları", s. 108; **Şen**, s. 124.

111 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 402; **Kılıçoğlu**, 6356 sayılı Sendikalar Kanunu, s. 371; **Sümer**, s. 270; **Alpagut**, "6356 sayılı Yasa Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s. 54; **Gerek**, s. 10; **Sur**, "Uluslararası Normlar", s. 358; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 678; **Demircioğlu/Centel**, s. 362; **Aktay**, Toplu İş Hukuku, s. 364; **Narmanhoğlu**, "Toplu İş Uyuşmazlıkları", s. 108.

f. Greve Katılan İşçiler Yerine Başka İşçi Alma Yasağına Uygun Davranma

STİSK. m. 68/I'e göre işveren, kanuni bir grev süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin yerine sürekli ya da geçici olarak başka işçi alamaz ve başkalarını çalıştıramaz. Ancak greve katılmayacak işçilerden ölen, kendi isteği ile ayrılan veya iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilenlerin yerine yeni işçi alınabilir. İşverenin bu yasağa aykırı hareketi, taraf sendikanın yazılı başvurusu halinde görevli makamca denetlenir. Ayrıca işçiyi geçici olarak devralan işveren, grev aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı ise işçi grev uygulaması sırasında çalıştırılmaz. İşveren işçisini grev süresi içerisinde kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır (İ. K. m. 7/V).

Kanun hükmüne göre, işveren grev sırasında dışarıdan geçici ya da sürekli işçi alamayacağı gibi greve katılanların yerine greve katılmayanları, greve katılmaktan sonradan vazgeçenleri ya da eş, çocuk gibi aile bireylerini, arkadaşlarını da çalıştıramaz. Fakat bu hükmün uygulanabilmesi için işyerinde işçilerin işlerinin belirli olması gerekmektedir. İşçilerin yaptıkları iş belirli değilse karışıklık ortaya çıkabilir.

Greve katılmayacak işçilerden iş sözleşmeleri haklı sebeple feshedilenlerin yerine işverenin yeni işçi alabilmesi Kanun'da saklı tutulmuştur.

İş sözleşmesinin askıda bulunduğu sürede işverenin işçi alamama, başkalarını çalıştırmama yükümlülüğü greve katılmayan ya da katılmaktan vazgeçen işçileri de kapsamaktadır. İşveren bu işçileri de ancak kendi işlerinde çalıştırabilir. Bunlara greve katılan işçilerin işlerini yaptırılmaz¹¹².

Yargıtay 275 sayılı Kanun döneminde meydana gelen bir olayda, Manisa Belediyesi temizlik işçilerinin greve gitmeleri nedeniyle davalı mahalle hal-

112 **Narmanlıoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 724; Nurşen **Canıklioğlu/Efe Yamakoğlu**, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Kısmi Süreli Çalışma", Çimento İşveren, C. 27, S. 4, Temmuz 2013, s. 19; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 398; **Küpelî/Ürtiş**, s. 105.

kının, kendi imkanları ile ve başka kimseleri çalıştırmak suretiyle mahallelerinin temizliğini yapmış olmalarının, 15.7.1963 gün ve 275 sayılı Kanununun 27 nci maddesinin 2 nci bendinin uygulanmasını gerektirmeyeceğini, zira anılan bendeki yasağın, mahalle halkının değil, işveren Belediyenin kanuni grev süresi içinde, birinci bent gereğince hizmet akitlerinden doğan hak ve borçları askıda kalmış olan işçilerin yerine hiç bir suretle daimi veya geçici olarak başka işçi alamaması veya başkalarını çalıştıramaması ile ilgili olduğunu, grev süresinde işçi alma yasağının ihlalinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir¹¹³.

İşveren, yasağa rağmen, grev süresince yeni işçi alırsa bu işçilerle yapılan iş sözleşmeleri de geçerlidir. Fakat bu durum, grevin bitiminde greve katılan işçilere iş vermeme sonucunu doğurursa işveren bunun sonuçlarından sorumlu olur¹¹⁴. İşverenin greve katılan işçiler yerine işçi almış olması, greve katılan işçilerin grev bitiminde çalıştırılmamalarını haklı kılmaz.

Bu hükümler grevin bir baskı aracı olmasının sonucudur. Grev sırasında, işverenin greve katılan işçiler yerine başka işçi çalıştırmasına izin verilirse grevin işveren üzerinde baskı oluşturma imkânı ortadan kalkar. Aynı şekilde, grev yapan işçilere başka işte çalışmaları imkânı tanınırsa işçilerin ücret kaybına uğramaları ve baskı altında kalmaları da söz konusu olmaz¹¹⁵.

İşverenin greve katılan işçilerin yerine yeni işçi alması ya da onlar yerine başkalarını çalıştırması halinde işveren veya işveren vekili aldığı her bir işçiyle ilgili olarak beş yüz bin lira idari para cezasıyla cezalandırılır (STİSK. m. 78/1, i).

Hukukumuzda olduğu gibi, Belçika hukukuna göre de işveren grev yapan işçilerin yerine yeni işçi alamamakta ve grevci işçiler bu şekilde korunmak-

113 **HGK**; 1968/132, 1968/228, 03.04.1968, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

114 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 725; **Caniklioğlu/Yamakoğlu**, s. 19.

115 **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 721.

tadır¹¹⁶. Güney Afrika'da da işveren grevci işçiler yerine yeni işçi alamamakta ve grevci işçileri grev yaptıkları sebebiyle işten çıkaramamaktadır¹¹⁷.

ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi de kararlarında grevci işçiler yerine yeni işçi alınmasının grev hakkının amacına uygun kullanımını engelleyeceğini belirtmiştir¹¹⁸.

g. Grev Sırasında İşyerini Kapatma

Grev sırasında işyerinin işveren tarafından kapatılmasının hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıdır. Grev, işçilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğu gibi aynı şekilde işyerini kapatma da işverene Anayasa ile tanınmış bir haktır. Fakat burada hangi amaçla yapıldığının tespit edilmesi gerekmektedir. İşveren, işyerinde faaliyeti sona erdirmek amacıyla mı işyerini kapatmış yoksa grevin etkisini sona erdirmek amacıyla mı işyerini kapatmış bunun tespit edilmesi gerekmektedir. Buna göre, işverenin grev sırasında işyerini kapatması bazı durumlarda ekonomik ya da haklı sebeplerle yapılabilir. Fakat bazen de işverenin bu davranışı, kanun dışı bir lokavt ya da lokavt hakkının kötüye kullanılması teşkil edebilir. İşverenin işyerini kapatma amacı, haklı sebeple yapılan bir iş tasfiyesi değil de uyuşmazlığı lehine çözmek için başvurulmuş bir baskı yöntemi niteliğini taşıyorsa, bu durumda bir kanun dışı lokavt hali vardır. Öğreti ve yargı kararları da bu görüşe yer vermektedir¹¹⁹.

Yargıtay kararında, toplu görüşmelerin anlaşmazlıkla sonuçlanmasından sonra arabulucu tutanağının tebliği sırasında işyerini kapatma eyleminin,

116 Arabella **Stewart/Mark Bell**, The Right to Strike: a Comparative Perspective, A study of national law in six EU states, Institute Briefing, The Institute Of Employment Rights, s. 11.

117 Kola O. **Odeku**, "An Overview of the Right to Strike Phenomenon in South Africa", Mediterranean Journal of Social Sciences MCSER Publishing, Rome, Italy, Vol 5, No 3, March 2014, s. 699.

118 **Gernigon/Odero/Guido**, s. 47.

119 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 395.

ilgili mercilere bildirilmiş olsa dahi, yasa dışı lokavtı oluşturduğunu ifade etmiştir¹²⁰.

Yine Yargıtay, işverenin işyerindeki işçilerin tamamının sözleşmelerini feshederek işyerini kapattığı bir olayda, bu davranışın kanun dışı lokavt olarak mahkeme tarafından tespit edilmiş olması halinde, lokavt süresine isabet eden haklarının işçilere iş karşılığı olmaksızın ödeneceğini şu şekilde ifade etmiştir, “Davalı işveren çalıştırmakta olduğu tüm işçilerin iş akitlerini feshetmek suretiyle işyerini kapatmıştır. İşverenin bu davranışının kanunsuz lokavt olduğu mahkeme kararı ile saptanmıştır. Bu durumda hukuki hiçbir geçerliliği olmayan işyerini kapatma eyleminin dayanağı olan iş akitlerini feshetmenin de hukuki geçerliliğinden söz edilemez. Aksini düşünmek kötü niyetli işverene prim vermek olur. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 45. maddesinin son fıkrasında yasa dışı lokavtın yaptırımını olarak işçilerin lokavt süresine ait hizmet akdinden doğan bütün haklarını bir iş karşılığı olmaksızın ödeme zorunluluğu getirilmiştir”¹²¹.

Yargıtay konuyla ilgili olarak bir olayda da grev kapsamındaki işyerinin kapatılıp aynı işlerin başka bir adreste başka bir kişiye ait işyerine nakledilmesi suretiyle grevin engellenmek istenmesinin kanuna karşı hile durumunu oluşturacağı için grevin yasa dışı olduğunun tespitine ilişkin talebin reddi gerektiğine hükmetmiştir¹²².

h. Satışa ve Ham Madde Girişine Engel Olmama

STİSK. m. 64’e göre, “Grev başlamadan önce üretilen ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına engel olunamaz. Greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına, işyeri için gerekli maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunamaz. Bu

120 **Y9HD**; 1991/9017, 1991/9388, 07.06.1991, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

121 **Y9HD**; 1996/33962, 1996/8378, 16.04.1996, Tekstil İşveren Dergisi, S. 202, Ağustos 1996, s. 15.

122 **Y9HD**; 4478, 22150, 06.10.2004, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 395.

fıkraya göre işlerin görülmesinde 68 inci madde hükümleri uygulanır²³. Hüküm 2822 sayılı Kanun'un 38/III. hükmüne benzemektedir ve bu Kanun döneminde tartışmalara neden olmuştur.

Yargıtay, bu dönemde verdiği bir kararında, grevden önce üretilmiş olan, stoklar da dâhil olmak üzere, bütün mamul maddelerin greve katılmayan ve işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler tarafından dışarı çıkarılabileceği sonucuna varmıştır¹²³. Fakat daha sonra ise başka yönde bir karar vermiştir. Buna göre, 1988 yılında yapılan bir değişiklik ile her türlü stokların sözcükleri fıkra metninden çıkarılmak suretiyle kapsam daraltılmıştır. Bu yeni düzenleme göz önünde tutularak grevin uygulanmasından önce üretilmiş olan mallar açısından ayırım yapmak zorunluluğu vardır. Buna göre, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçiler tarafından üretilmiş olan malların, işyeri dışına çıkarılması mümkündür. Buna karşılık, greve katılan işçiler tarafından üretilmiş malların ise, dışarı çıkarılması olanağı yoktur. Grev sırasında çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılması, dışarıya sevki yasada açıkça kabul edildiğine göre yine aynı işçiler tarafından önce üretilmiş mallar bakımından bu olanağın tanınması zorunludur. Yasa koyucunun amacı, greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği malların ayırık tutulmasıdır. Bu malların grevden önce veya sonra üretilmiş olmalarının hiçbir önemi yoktur¹²⁴. Karar, öğretilerde bazı yazarlar tarafından desteklenmiş, fakat çoğu yazar da bu görüşe karşı çıkmıştır.

Yargıtay kararına karşı çıkan görüşe göre, grev esnasında dışarıya çıkarılacak stoklar açısından greve katılan ve katılmayan işçiler tarafından üretilmelerine göre bir ayırma gidilmesi doğru değildir. İşveren, grev esnasında gerek işyerinde çalışan işçilerin ürettikleri ürünleri, gerekse stokları 43. maddedeki şartlara uygun olarak işyeri dışına çıkarabilir. Fakat ürünlerin işyeri dışına çıkarılmasını sağlayan işlerde çalışan işçilerin, greve katılması durumunda işveren bu işçilerin yerine yeni işçi alamayacağı gibi bu işlerde başkalarını da çalıştıra-

123 **Y9HD**; 10134/9127, 05.10.1988, **Tuncay/Savaş Kutsal**, 398.

124 **Y9HD**; 9380/9273, 07.09.1992, **Tuncay/Savaş Kutsal**, 400.

mayacağı için işler duracak ya da aksayacaktır. Fakat işyerinde, bu işler örneğin yükleme, boşaltma işleri müteahhitler ya da dışardan getirilen hamallar tarafından yapılıyorsa grev esnasında bu kimseler söz konusu işleri yürütebilirler¹²⁵.

Öğretideki görüşler üzerine, Yargıtay da 1994 yılında görüşünü değiştirmiş ve öğretilerdeki çoğunluk görüşüne katılmıştır¹²⁶. Fakat 2006 yılında tekrar görüşünden dönmüş ve TİSGLK'nun bazı eşya ve yarı mamul maddelerin korunabilmesi için, işveren tarafından dışarı çıkarılması veya satılması gibi bir tedbire izin vermediği, işverenin grevi etkisiz bırakacak şekilde işyerinde bulunan ham maddeleri dışarı çıkarmak gibi bir eyleme başvurmasının yasaya aykırı olduğu yönünde karar vermiştir¹²⁷.

6356 sayılı Kanunla ise grev başlamadan önce üretilen ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına engel olunamaz şeklinde hüküm getirilmiştir. Bu hükümlerle, 2822 sayılı Kanun dönemindeki tartışmalara son verilmiş olmakla birlikte, tartışmalar önemli ölçüde hafifletilmeye çalışılmıştır. 6356 sayılı Kanun'a göre, greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin işyeri dışına çıkarılmasına ve satılmasına engel olunamayacak fakat bu işler, işyerinde çalışmayı tercih edenlere de dışarıdan alınacak yeni işçilere de yaptırılamayacaktır¹²⁸.

1. Grev Sırasında İşverenin İşi Başka Yerde Yaptırması

Burada önemli bir nokta da grev sırasında işverenin işi kendi işyerinde değil de başka bir yerde yaptırmasının mümkün olup olmadığıdır. Yargıtay; Resmi Gazetenin kanuni grevin uygulandığı Başbakanlık basımevi dışında özel bir matbaada bastırılması üzerine çıkan uyuşmazlık ile ilgili olarak davalı işve-

125 Münir **Ekonomi**, "Grev Uygulanması Sırasında Stokların İşyeri Dışına Çıkarılması", İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1993, s. 530; A. Can **Tuncay**, "Grev Uygulanması Sırasında Stokların İşyerinden Çıkarılması", TİSK, Y. 1994, s. 33.

126 **Y9HD**; 18347/18558, 26.12.1994, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 401.

127 **Y9HD**; 24785/ 25725, 03.10.2006, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 401; Ömer **Ekmekçi**, "Yasal Grev Sırasında İşyeri Dışına Malzeme Çıkarılması", Legal YKİ Dergisi, Mayıs 2007, s. 10.

128 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 401; **Şen**, s. 118.

renin greve katılmak ve bunun sonuçlarına uygun davranmak yükümü altında bulunduğu, işverenin grev uygulanan işyerindeki faaliyeti doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde başkalarının olanakları ile yürütemeyeceği, işverenin böyle bir hareketinin grevin kırılması anlamına geleceği sonucuna varan Ankara 9. İş Mahkemesinin kararını onamıştır¹²⁹. Fakat Yargıtay'ın kararı öğretide grev esnasında işverenin işi başka bir işyerinde yaptırmasının sözleşme özgürlüğü kapsamına giren bir işlem olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹³⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, grev sırasında bazı eşya ve yarı mamul maddelerin korunmak amacıyla işyeri dışına çıkarılmak istenmesine ilişkin bir olayda, Kanun'un bunların korunabilmesi için işveren tarafından dışarıya çıkarılması ve satılması gibi bir tedbire izin vermediği bu maddelerin bozulmasını önlemek için grev sırasında işçiye çalışma ve işverene de bunları çalıştırma zorunluluğu getirdiği yönünde karar vermiştir¹³¹.

Kanımızca grev sırasında işverenin işi başka bir işyerinde yaptırması mümkün olmamalıdır. Aksi halde işveren grev nedeniyle zarar görmez ve işçilerin grev yapmalarının bir anlamı kalmaz, grevin baskı amacı büyük ölçüde zayıflamış olur. Bu nedenle Kanun'a hüküm konularak işverenin grev sırasında işi başka bir işyerinde yaptırmasının engellenmesi doğru olur.

Sonuç

İşçiler greve katılıp katılmamakta serbesttir. İşçi greve katılmayıp işyerinde çalışmaya devam edebilir. Greve katılmayan işçilerin taraf sendika üyesi veya sendikasız işçi olmalarının bir önemi yoktur. Ancak taraf sendika üyesi olup greve katılmayan işçilere sendikanın disiplin yaptırımını uygulama hakkı vardır. Grev başladığı tarihte greve katılmayan işçinin daha sonra greve katılması mümkün değildir.

129 **Y9HD**; 1992/8607, 1993/10241, 15.06.1993, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 401; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 680.

130 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 402.

131 **Y9HD**; 24785/25725, 03.10.2006, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 402.

Kanuni grev halinde tarafların birtakım hak ve yükümlülükleri doğmaktadır. Grev süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere işveren tarafından ücret ve sosyal yardımlar ödenmez. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunun aksine hüküm konulamaz. İşveren, grev sebebiyle iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin grevin başlamasından önce işleyen ücretlerini olağan ödeme gününde ödemek zorundadır. Yıllık ücretli izne hak kazanılması için öngörülen sürenin belirlenmesinde çalışılmış gibi sayılan süreleri düzenleyen İş K. m. 55’de grev süresine yer verilmediğinden kanuni grevde geçen süre ücretli izin hakkının kazanılması için geçmesi gereken bir yıllık sürenin hesabında dikkate alınmaz. Ayrıca kanuni grevde geçen sürenin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacağı STİSK. m. 67/III’de açık olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm mutlak emredici nitelikte olduğundan toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunun aksine hüküm konulamaz. Grev süresi içinde işçiler, sigorta yardımlarından 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre yararlanırlar. Grevci işçiler grev süresince de sigortalıdırlar. Fakat işçinin Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda belirtilen prim ödenmesine bağlı haklardan yararlanmaları daha önce ödemiş oldukları primlerine bağlıdır. Kanuni grev süresince, iş sözleşmesinden kaynaklanan hakların askıda kalmasının işçilerin işveren tarafından sağlanan konut haklarını nasıl etkileyeceği STİSK. m. 69’da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre işveren kanuni grev süresince greve katılan işçilerin oturdukları ve işveren tarafından sağlanmış konutlardan çıkmalarını isteyemez. Bir işyerinde grevin uygulanmaya başlaması ile birlikte işçiler işyerinden ayrılmak zorundadırlar. Bu hüküm ile greve katılan işçiler ile işyerinin ilişkisinin kesilmesi ve işçilerin işyerine zarar verme ihtimallerinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Kanuni bir sebebiyle iş sözleşmeleri askıda kalan işçiler grev süresince başka bir işverenin yanında çalışamaz. Aksi halde işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilir. Ancak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler kanuni haftalık çalışma sürelerini tamamlayacak süreyi aşmamak

suretiyle başka bir işverenin işyerinde çalışabilirler. STİSK. m. 68/III'de açıkça işçinin başka bir işveren yanında çalışması yasaklanmış, işçinin grev süresi içerisinde bağımsız olarak gelir getirici bir iş yapmasına engel getirilmemiştir. Kanuni grev sırasında greve katılmayıp çalışan işçiler dışında, bazı işçiler de kanuni zorunluluk gereği greve katılamamaktadır. STİSK. m. 65/I'e göre, hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, ham madde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev sırasında çalışmak işveren de bunları çalıştırmak zorundadır. Ayrıca kanuni grev halinde grev kararı alan sendikanın da birtakım hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. İşyerinde grev ilan etmiş olan işçi sendikası, kanuni bir grev kararına uyulmasını sağlamak için güç kullanmaksızın ve tehditte bulunmaksızın kendi üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını denetlemek amacıyla işyerinin giriş ve çıkış yerlerine gözcüler koyabilir. Ayrıca sendikanın kanuni grev kararını sona erdirmeye yetkisi bulunmaktadır. Son olarak da sendikanın sorumluluğu söz konusudur. Grev esnasında greve karar veren sendikanın kusurlu hareketi sonucu grev uygulanan işyerinde neden olunan maddi zarardan sendika sorumludur. Yetkili işçi sendikasının kararı olmadan işçi ya da yöneticilerin bireysel eylemlerinden kaynaklanan zararlardan kusuru olan yönetici ya da işçi sorumludur.

KAYNAKÇA

Aktay, A. Nizamettin : Toplu İş Hukuku, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun İle 22.10.2014 tarihli Anayasa Mahkemesi iptal kararları işlenmiştir, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ekli, 1. B., Ankara 2015. (Toplu İş Hukuku)

Aktay, A. Nizamettin : Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Şeker İş Yayınları, No:65, Ankara 1990. (Toplu İş Sözleşmeleri)

Aktay, A. Nizamettin : “TBMM’nin Kabul Ettiği Anayasa Değişikliklerinin Çalışma Hayatına Muhtemel Etkileri (2010)”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan Senyen, Emine Tuncay : İş Hukuku, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Yenilenmiş 6. B., Ankara 2013.

Alp, Mustafa : “Greve Sonradan Katılmanın Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, Haziran 2007. (Greve Sonradan Katılma)

Alpagut, Gülsevil : “6356 sayılı Yasa’nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi –Uluslararası Normlara Uyum”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, Y. 2012, S. 35. (6356 sayılı Yasa Hükümlerinin Değerlendirilmesi)

Arıcı, Kadir : “Toplu İş Uyuşmazlıkları, Grev, Lokavt ve Yüksek Hakem Kurulu”, 2. Didim Toplantısı, Birinci Yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve Uluslararası Sendikal Örgütler Sempozyumu, Ekim 2013, Ankara.

Arslan, Mahmut : “6356 sayılı Kanunla Yeni Bir Sürece Giren Endüstriyel İlişkiler Sistemimizin Gelişimi İçin Daha Fazla Çabaya İhtiyaç Var”, Mercek, Y. 18, S. 70, Nisan 2013.

Bayer, İsmail : “2010 Sonbaharına Doğru Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Sendikal Örgütlenme ve Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Manzara-i Umumiye”, Mercek, Y. 15, S. 59, s. 151; Anayasa’nın Toplu İş Hukukuna İlişkin Maddelerinde Yapılacak Değişikliklere İlişkin TİSK Görüş ve Önerileri, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Canbolat, Talat : “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler”, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C. 6, S. 4, 2002.

Caniklioğlu, Nurşen/Yamakoğlu, Efe : “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Kısmi Süreli Çalışma”, Çimento İşveren, C. 27, S. 4, Temmuz 2013, s. 19.

Cılga, Erten : “Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu İle İlgili Son Tasası Taslağının Getirdikleri”, MESS İşveren Gazetesi, Eylül 2011.

Coşkun, Solmaz : “Türkiye’de Endüstriyel İlişkiler Nereye Gidiyor?”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Çelik, Faruk : “Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”, Y. 18, S. 70, Nisan 2013.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat : İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. B., İstanbul 2015.

Çifter, Algun : “Türk Hukukunda Hizmet Akdinin Yasal Grev Süresince Askıda Olmasının Sonuçları”, AÜEHFD, C.VI, S. 1-4, 2002.

Demir, Fevzi : “Anayasa Değişikliklerinin Toplu İş Sözleşmesi Düzeni ve Sendikaların Geleceği Açısından Değerlendirilmesi”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Demircioğlu, A. Murat/Centel , Tankut : İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. B., İstanbul 2015.

Dereli, Toker : “Yeni Anayasa Değişiklikleri ve Uluslararası Sendika Özgürlüğü Normları”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Doğan, İlhan : “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 19, Eylül 2010.

Ekmekçi, Ömer : “Yasal Grev Sırasında İşyeri Dışına Malzeme Çıkarılması”, Legal YKİ Dergisi, Mayıs 2007.

Ekonomi, Münir : “Grev Uygulanması Sırasında Stokların İşyeri Dışına Çıkarılması”, İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1993.

Ertürk, Şükran : İş Mücadelesinde Denge İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 95, İzmir 1999.

Gerek, Nüvit : “6356 sayılı Kanunun Grev ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler”, TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 6, C. 25, S. 1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013.

Gernigon, Bernard/Odero, Alberto/Guido, Horacia : ILO Principles Concerning The Right To Strike,

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087987.pdf, erişim tarihi 31.10.2014.

Gül, A. Cengiz : “6356 sayılı Kanun İle Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz Yeni Bir Sürece Girmiştir”, Mercek, Y. 18, S. 69, Ocak 2013.

Günay, Cevdet İlhan : Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999. (Toplu İş Sözleşmesi)

Günay, Cevdet İlhan : İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 4. B., Ankara 2013. (İş ve Sosyal Güvenlik)

Güven, Ercan/Aydın, Ufuk : İş Hukuku, Eskişehir 1998.

Hekimler, Alpay : “Anayasa Değişikliği Paketinin Türk Sendikacılığı Üzerine Muhtemel Etkileri”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Kafkas, Agah : “2821 sayılı Sendikalar ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu”, TİSK İşveren Dergisi, Haziran 2008.

Karahacıoğlu, Ali Haydar/Kılıçoğlu , Mustafa : Kolektif İş Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 2822 sayılı TİS Grev ve Lokavt Kanunu Açıklamalı-İctihatlı, Ankara 1990.

Kılıçoğlu, Mustafa : 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Yargıtay Uygulaması En Son İctihatlar, 1. B., Ankara 2013. (6356 sayılı Sendikalar Kanunu)

Kılıçoğlu, Mustafa : Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999. (Sendikalar Hukuku)

Kutal, Metin : “Toplu Pazarlık Sistemi Açısından Anayasa’da 5982 sayılı Yasa İle Yapılan Son Değişiklikler”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Küçük, Tanıl: “Anayasa Değişikliklerine Konu Olan Mevcut Hükümler Toplu İş İlişkileri Sistemimizin Taşıyıcı Direkleridir”, TİSK İşveren Dergisi, Mayıs 2010.

Küpeli, Bülent/Ürtiş, Metin: Türk İş Hukukunda Grev, TÜRK-İş, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 1996.

Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. B, İzmir 2013. (Toplu İlişkiler)

Narmanlıoğlu, Ünal : “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yeni Hükümleri”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değer-

lendirilmesi”, Seminer 22 Aralık 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013. (Toplu İş Uyuşmazlıkları)

Narmanlıoğlu, Ünal: ”Kanuni Grevde Geçen Sürenin İşçinin Kıdeminden Sayılamayacağına İlişkin Hükümün Uygunsuzluğu”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.

Odeku, Kola O.: “An Overview of the Right to Strike Phenomenon in South Africa”, Mediterranean Journal of Social Sciences MCSER Publishing, Rome, Italy, Vol 5, No 3, March 2014.

Oğuzman, M. Kemal: Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 1964.

Özdemir, Cumhur Sinan: Yargı Kararları Doğrultusunda Sendikalar Kanunu Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, 2007. (Yargı Kararları)

Özdemir, M. Çağlar : “İş Mücadelesine Katılmayan İşçilerin Hukuki Durumları”, Kamu-İş, C. 7, S. 2, 2003.

Özkul, Zeynep : Türk Anayasal Düzeninde ve Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde Grev Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

Pirler, Bülent : “Kalkınma, İstikrarsız Bir Çalışma Hayatı Üzerine Bina Edilemez”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Sayın, Ali Kemal : “Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012.

Stewart, Arabella/Bell, Mark: The Right to Strike: a Comparative Perspective, A study of national law in six EU states, Institute Briefing, The Institute Of Employment Rights.

Subaşı, İbrahim : “Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 14, Haziran 2009.

Sur, Melda : “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/IV-39. (Uluslararası Normlar)

Sur, Melda : “Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Hakkında Değişiklik Çalışmaları ve Değerlendirilmesi”, III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı, 3-4 Nisan 2010, AÜ ATAUM Salonu Ankara.

Sur, Melda : “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda Grev Hakkı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 28, Aralık 2012. (6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu)

Sümer, Haluk Hadi : İş Hukuku, 20. B., Konya 2015.

Şafak, Can : Grev Kılavuzu,

http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=5537, erişim tarihi 03.10.2011.

Şen, Murat : “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Grev ve Lokavt Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen 30. Yılında Yeni Toplu İş Hukuku Düzeni Konferansı, Tebliğler ve Görüşler, İstanbul 2013.

Tuncay, A. Can : “Grev Uygulaması Sırasında Stokların İşyerinden Çıkarılması”, TİSK, Y. 1994.

Tuncay, A. Can : “Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda 6356 sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler”, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri,

Ankara Başkent Öğretmenevi, 20-21 Şubat 2013, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası.

Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal Burcu : Toplu İş Hukuku, 4. B., İstanbul 2015.

Tunçomağ, Kenan/Centel , Tankut : İş Hukukunun Esasları, 6. B., İstanbul 2013.

Uslu, Salim : “Yeni Anayasa Demokrasi ve Hukuk Açısından Bir İlerlemedir”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Uzun, Bekir : “Anayasa Değişiklik Kanunu”, Mercek, Y. 15, S. 59, Temmuz 2010.

Yalçıntaş, Murat : “Toplu İş Hukukuna İlişkin Yapılan Değişikliklerin Çalışma Barışını Zedeleyici Etkileri Olabileceği İhtimal Dahilindedir”, TİSK İşveren Dergisi, Mayıs 2010.

Yüksel, Nihat : “Çalışma İlişkileri Açısından Anayasa Değişiklikleri”, TİSK İşveren Dergisi, Mayıs 2010.

HUKUKSAL AÇIDAN HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

*Av. Cahid DOĞAN**

ÖZ

Hasta, sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı olan kişidir. Hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi yani vekâlet sözleşmesi ilişkisi bulunur(TBK. Md. 502). Tedaviye yönelik olmayan estetik gayelerle yapılmış tıbbî müdahaleler istisna sözleşmesi kapsamında değerlendirilir(TBK. Md. 470).Hasta hekim arasındaki sözleşmenin niteliğinden karşılıklı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır.

Hastanın yükümlülüklerinin en önemlisi, hekimin tedavi talimatlarına uymasıdır.

Anahtar Kelimeler: Hasta, hekim, hekimlik sözleşmesi, ücret, sağlık işletmesi

SUMMARY

Patient is a person in need of using medical service. There is contract of medical care which is a contract of mandate between patient and physician. (TCOO. Art. 502) Medical interventions which are not directed to treatment but which are made aesthetic are considered within the scope of the contract of

* Kamu Yönetimi Bilim Uzmanı, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sağlık Yönetimi Bölümü Sağlık Hukuku Dersi Öğretim Görevlisi, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi.

work. (TCOO. Art. 470) There are reciprocal rights and obligations from the character of the contract between the patient and the physician.

The most important of the patient's obligations is the patient's compliance with the treatment instructions.

Key words: Patient, physician, medical contract, wage, health management

1. HASTA KİMDİR?

17 Ağustos 1992 târihli Finlandiya Hasta Hakları ve Statüsü Hakkında Kanun'un Kısım 2 Tanımlar başlıklı bölümde; "Hasta ifadesi; sağlık hizmetlerini kullanan ve başka bir şekilde sağlık hizmet alıcısı olan kişi anlamına gelir".

2 Temmuz 1999 tarihli Norveç Hasta Hakları Kanunu Kısım 1-3 Tanımlar başlıklı bölümde; "a) Hasta: Sağlık bakımı talep ederek, sağlık hizmet sunucuları ile temasa geçen veya kendilerine sağlık hizmeti sunulan kişidir".

Hasta Hakları Yönetmeliği' nde¹ "Hasta: Sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseye denir." (HHY. Md.4-c) Mezkûr Yönetmelik gereği, sağlık hizmetinden faydalanmak için müracaat eden herkes hasta olarak kabul edilmekte ve hasta haklarından yararlanmaktadır. Bu durumda tedavi amacı olmayan bazı tıbbî girişimler için müracaat edenler hasta pozisyonuna sahip olup, hasta haklarından istifade edebilmektedir. Meselâ, üreme sağlığı hizmetlerinden yararlanmak isteyenler yani doğum kontrol yöntemine başvuranda hasta olarak kabul edilip, hasta haklarından yararlanmaktadır. Tıbbî gereklilik olmasına rağmen kürtaj yaptıran da hasta olmadığıhâlde hasta pozisyonunu almaktadır². Sosyal ya da dinî endikasyon gereği sünnet olmak isteyen çocukta hasta olup, hasta haklarından yararlanmaktadır. SERT'e göre, "Yönetmelikte yer alan ve hastayı tanımlayan bu ifade kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmasında eşitliğe uygun ve isabetlidir."³

Genel anlamda hastalık (rahatsızlık); insan organizmasında(zihinde ve bedende) çeşitli nedenlerle işlev bozukluğu oluşarak anormal durumu ifade

¹ Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998 Resmi Gazete Sayısı: 23420

² SERT, Gürkan: Hasta Hakları Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, İstanbul-2004, s.109.

³ SERT, Gürkan: Hasta Hakları Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, İstanbul-2004, s.109.

eder⁴. Hastalığı oluşturan sebepler; mikroplar, dengesiz beslenme, ruhsal sorunlar, vb.

Bedensel bir belirtiden dolayı rahatsızlık duyan kişi ya kendi kendini bazı usullerle tedavi etmeye çalışır ya da rahatsızlıkla beraber derhal hekime başvurur. Hasta hekime başvurmakla, bedeniyle ilgili sorumluluğu tıbbı devretmektedir. Bu sorumluluk devri, yalnızca hukukî manada bir sorumluluk devri olmayıp, psikolojik olarak ta yerine getirilemeyen sorumluluğun bir başkasına yüklenmesi ve bu şekilde zihinde ortaya çıkan gerilimin azaltılması anlamına gelmektedir⁵.

Türk Dil Kurumu'nun tanımına göre, "Hastalık; Organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık, çor, dert, sayrılık, illet, maraz, maraza, esenlik karşıtı"dır⁶.

Hasta rolü, hasta olan insanların hastalıklarına uygun örüntülerdir. TalcottParsons'a göre hasta rolü, işe gitmek ya da derse gitmek gibi insanların normal yükümlülüklerinden vazgeçmesidir. Hasta rolüne geçildikten sonra mutlaka iyileşme istenmeli ve sağlığının iyi olması için sağlık uzmanları ile işbirliğine geçerek her türlü tedaviye ulaşmaya çalışılmalıdır⁷.

Hasta, tedavi olabilmek için geldiği hekim ve hastaneden, sağlığına modern tıbbi müdahalelerle en kısa ve seri olarak kavuşmayı ister. Sağlığına kavuşması mümkün değilse, kaliteli bakım alarak onurlu ölmeyi yani ıstırap içerisinde yaşamadan ölmeyi ister.

⁴ DEMİR, Mehmet: Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara-2010, s.31.

⁵ BEYAZYÜZ, Murat/GÖKA, Erol: "Psikoloji ve Tıp Açısından Beden", Beden Sosyolojisi, Editör: Kadir CANATAN, İstanbul-2011, s.386-387.

⁶ <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozara.htm>

⁷ PARSONS, Talcott: The Social System, New York: Free Press. 1951. Nakleden: MACİONİS, John J.: Sosyoloji, Çeviri Editörü: Prof. Dr. Vildan AKAN, 13. Basımdan Çeviri, Nobel Yayınları, Ankara-Eylül 2012, s.557.

Foucault'a göre, "Hastalıklı olan, hayatın yoğunluğu azaltılmış biçimindedir; var oluşun, hem ölümün boşluğunda güçsüzleşip tükenmesi anlamında, hem de orada, benzerliklere, alışkanlıklara ve zorunluluklara indirgenemez olan şaşırtıcı hacmini bulması anlamında: Mutlak seyrekliğinin tanımladığı tekil bir hacim. Veremli hastanın imtiyazı: Eskiden cüzzama yakalanmak büyük kolektif ceza olarak anlaşılmıştır. XIX. Yüzyıl insanı, olayları hızlandıran ve çarpıtan bu ateş içerisinde anlatılmaz gizini tamamlayarak akciğerle ilgilenmeye başlar"⁸.

Hastaların hekim tavsiyelerine uymaması istisnadan ziyade normdur. Hastaları eğitmeden ya da değişimin önündeki engellerle uğraşmadan önce davranış değiştirmek ve tedavinin kabul ettirilmesi için motivasyon geliştirmelerine yardımcı olmak gerekir. Değişime hazır olmayan birini eğitmek, motivasyonu azaltarak hastanın değişime karşı çıkmasına neden olabilir⁹.

2. HEKİMLİK (TEŞHİS VE TEDAVİ) SÖZLEŞMESİ VE SONUÇLARI

Hekim hasta arasında teşhis ve tedavi sürecindeki iletişimde 4 temel hedef bulunur. Bunlar ise; Hastanın teşhisi, uygun tedavi için hastaya danışmanlık yapma, hastanın tedaviyi kabul etmesi için işbirliği sağlanması ve hastanın hastalığı hususunda eğitilmesidir. Bu dört gayenin hepsi birden gerçekleşmez ise, hastaya tek yönlü yaklaşılır¹⁰.

⁸ FOUCAULT, Michel: Kliniğin Doğuşu, Fransızcadan Çeviren: Şule ÜNALDI, Üçüncü Basım, Ankara-2016, s.218.

⁹ SAMMUT, MarioR."Aile Hekimliğinde Birinci Basamakta Sağlığın Teşviki", Kronik Hastalıklar Risk Faktörleri Sağlığın Teşviki ve Geliştirilmesi Sempozyumu (Davetli Uluslararası Konuşmacılar İle) 13-14 Kasım 2008, T.C. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara-2008, s.66.

¹⁰ TRENHOLM T.,Jensen A., İnterpersonal Communacation Vadsworth Publishing Company, 1996, p.361. Nakleden: YILMAZ, Bilge: "Sağlık Felsefesinde Bir Problem: Hasta- Hekim İlişkisinde Yaşlı Hastaların Durumu", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2009, s.43.

Sağlık hizmeti sağlayıcısı/ hasta ilişkisi genellikle sağlık hizmeti sağlayıcısının hastayı tedavi ettiği yerlerde var olur ve böylelikle mesleki ilişki doğar. Sağlık hizmeti sağlayıcısı hasta ilişkisi aynı zamanda hastanın sağlık hizmeti sağlayıcısının sunduğu sağlık hizmeti için ödeme yaptığı ya da ödemeyi kabul ettiği sözleşme nazariyesini(teorisini) de temel alabilir¹¹.

Hekim/Sağlık hizmeti sağlayıcısı ile hasta arasında güven ilişkisine dayalı olarak taraflar istediği zaman sözleşme yapma, değiştirme ve ortadan kaldırma hakkına sahip olup, hakkın sınırı ise, hukuka, ahlâka ve kamu düzenine aykırılığın bulunmamasını içeren sözleşmedir. Hekim –hasta arasında sözleşmeye aykırılık bir borç doğurur; fakat bunun temel nedeni taraflar arasında kurulmuş geçerli sözleşmedir. Sözleşmeye aykırılıkta mutlaka geçerli bir sözleşmenin varlığı gerekir. Geçerli bir sözleşme yoksa borç doğmaz. Sözleşmeye aykırılıkta sözleşmeye aykırı davranış bulunmaktadır.

Vekâlet sözleşmesi, bir şemsiye veya torba (Sammelbecken) işgörme sözleşmesidir. Zira vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri şekilde Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olan (isimsiz) işgörme sözleşmelerine uygulanırlar(TBK.Md.502/II).Meselâ, mimarlık, hekimlik, meslek mensuplarının yaptığı sözleşmeler¹². Böylelikle hekimlik sözleşmesi, normatif açıdan vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabiidir. Tıp meslek etik (ahlâk felsefesi) kuralları da, deontolojik hukuk kuralı haline gelerek Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi¹³olarak düzenlenmiştir.

Hekimlik sözleşmesinde hak ve yükümlülükler ayrıntılı olarak düzenlenemez. Bu sebeple sözleşmenin hukukî niteliğini belirlemek, boşluk halinde Türk Borçlar Kanunu'nun hangi hükümlerinin uygulanacağını tespit açısından

¹¹ JASPER, Margeret C.:HospitalLiabilityLaw, Second Edition New York-2008, p.58.

¹² EREN, Fikret: Borçlar Hukuku -Özel Hükümler 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2015, s.706.

¹³ Yürürlüğe Koyan Bakanlar Kurulu Kararnamesi: No.4/12578 - 13 Ocak 1960 (Resmi Gazete ile neşir ve ilânı: 19 Şubat 1960 - Sayı: 10436) 3.t. Düstur, c.41 - s.164.

önem taşımaktadır. Bu niteliği belirlemede hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi ve hastanın hekimi seçme hakkı da dikkate alınır. Tedavi sözleşmesi şekle bağlı değildir; ancak ilerde doğacak ihtilafların tespiti açısından yazılı yapılması önerilir. Sözleşmede hasta ve hekimin alenî ve zımni(örtülü) irade beyanları geçerlidir. Maddi bir edimi(borç konusu) içerir. Hekimlik sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi'dir. Vekâlet sözleşmesi; vekil(agent), müvekkil (asil, principal) menfaatine uygun işlem yaptığı bir sözleşmedir. "Sözleşmenin kesin veya zımni sonucuna göre, doktorun genel özen gösterme görevinden kaynaklanan çeşitli yükümlülükleri vardır: hastayı bilgilendirmek ve onun bilgili rızasını alma yükümlülüğü, belgelendirme yükümlülüğü ve hesap verme yükümlülüğü, vekâletin sahasını değerlendirme yükümlülüğü, bir teşhis verme yükümlülüğü, uygun bir tedavi yolu seçmek yükümlülüğü, bir uzmana danışmak yükümlülüğü veya tedaviyi reddetmek yükümlülüğü. Eğer doktorun başarılı olacak bir tedaviyi sağlamak için gerekli eğitimi veya malzemesi yok ise, ayrıca seçilmiş bir tedaviyi uygulamak yükümlülüğü, sürekli eğitim yükümlülüğü, ağzı sıkı olma ve sır saklama yükümlülüğü"¹⁴.

Yargıtay'ın bir kararında¹⁵, "Uyuşmazlık, ameliyatı gerçekleştiren davalı doktorların ve hastanenin ameliyat sırasında ve sonrasında herhangi bir kusurlarının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre davanın temelini vekâlet sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorların vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (TBK. Md. 386, 390 md) Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK. Md. 390/11) vekil,

¹⁴ ABİK, Yıldız: "Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 3, Ankara-2005, s.256.

¹⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Esas: 2011 / 7697 Karar: 2011 / 10489 Karar Tarihi: 30.06.2011. <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/1885/hastane-kusuru-kalpte-unutulan-sargi-bezi/>(Erişim Târihi:05/09/2015, Saat:20:50).

işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (TBK. Md.321/1)” demektedir.

Hekimlik (Teşhis ve tedavi, Vekâlet) sözleşmesi, ücretli ya da ücretsiz olabilir. Hekimlik sözleşmesi, sonuç garanti eden sözleşme olmayıp, tıbbî müdahale tıbbî standartlara uygun ve özenle yerine getirilmelidir. Bu durumda vekil (hekim) arzu edilen sonucun ortaya çıkmamasından değil, sadece tıbbî standartlara uygun davranılmadığından, özensizliğinden ve komplikasyon sürecinin iyi yönetilmemesinden sorumludur. Hekimlik sözleşmesinde; azil, istifa uygun zamanda yapılırsa mümkün olmaktadır. Hekim bazen hastayla arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadan hastaya tıbbî müdahalede bulunabilir. Bunlar; acil durumlar ya da ameliyatın genişletilmesidir.

Vekâlet sözleşmesi, hasta ve hekim arasında gerçekleşir; ancak asıl edim olan tıbbî müdahale bizzat hekim tarafından gerçekleştirilmelidir.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin; işin sadakat ve itina (özen) ile bizzat ifa etme, hesap verme, vekâlet verenin iradesine uygun davranma, sır saklama mükellefiyeti bulunmaktadır. Diş hekimine, hastasının (vekil verenin) verdiği yetki sözleşmede açıkça belirlenmemişse, işin mahiyeti göz önüne alınarak tıbbî müdahalenin niteliği yorumlanır. Hastanın tıbbî müdahalenin başından itibaren aydınlatılmış rızasını alma, mahremiyetine saygı duyulma, dikkat ve özen gösterilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Hekim tıbbî standartlara uygun tıbbî müdahaleye rağmen hasta iyileşmez ise, vekâlet sözleşmesi gereği ücretini alır¹⁶.

“Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.

¹⁶ DOĞAN, Cahid: “Diş Hekimliğinde Sorumlu Hekimin Konsültasyon Eyleminden Doğan Yetkileri ve Yükümlülükleri” Ankara Diş Hekimleri Odası I. DIŞ HEKİMLİĞİ HUKUKU SEMPOZYUMU, Editörler: Dt. Serkan ER/Av. Cahid DOĞAN, Ankara-2014, s.340

Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.

Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.”(TBK. Md. 502).

Tedavi amaçlı olmayıp, estetik gayelerle hasta hekim arasında yapılan sözleşme ise, eser (istisna) sözleşmeleri Türk Borçlar Kanununun 470 vd maddelerinde düzenlenmiştir. Meselâ, diş protez yapımı, burun estetiği, yüzgerdime ameliyatları gibi.

“Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”(TBK. Md. 470).

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Yüklenicinin borçlandığı eser ile iş sahibi ödemek zorunda olduğu bedeldir. Eğer iş sahibi eser meydana getirmez ise, iş sahibi de bedel ödemez. Bu unsur eser sözleşmesinin zorunlu unsuru olmaktadır. Yüklenici eseri yapıp iş sahibine teslim etmek zorundadır¹⁷. Eser sözleşmesi sonuç garanti eden sözleşme olup, tıbbi müdahale tedavi ile sonuçlanmaz ise ücrette ödenmez.

Cinsiyet değişimi, kürtaj, sterilizasyon, estetik operasyonlar gibi tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi söz konusudur; fakat bu tedavi sözleşmesinin özüne yani edim sonucunun değil, edim fiilinin borçlanılması esasına aykırıdır. Hekim tarafından hastaya gözlük yazılması eser sözleşmesi değildir. Burada tedavi sözleşmesi, ağırlıklı olarak eser sözleşmesi unsurları içerse de bu ilişki bir tedavi sözleşmesi ilişkisidir. Bunun yanında, laboratuvar neticesi veya teknik konulu edimlerin üretimi ve sağlanması (protezler) eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilir¹⁸. Kanaatimizce tıbbi

¹⁷ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku -Özel Hükümler 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2015, s.585-586.

¹⁸ ZEYTİN, Zafer: “Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi”, Tıp Hukuku Dergisi, Özel Sayı Tıp Huku-

müdahaleler canlı hücre üzerinde gerçekleştirildiğinden sonuç garanti etmek mümkün değildir. Bu nedenle bütün tıbbi müdahalelerin vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Yargıtayın bu konudaki görüşlerine katılmıyorum.

3. HASTA YÜKÜMLÜLÜK ÇEŞİTLERİ

“Hasta adını verdiğimiz bireyin acısını ve hastalığını tedavi etmek ve ortadan kaldırmak amacına yönelik olarak, hekim adı verilen diğer bir birey ya da grupla kurulan ilişkiye hekim-hasta ilişkisi (Physician-patientrelationship) denir”¹⁹.

“Szasz ve Hollender (1956, akt. Cockerham, 2004) hekim- hasta etkileşimmodellerine göre:

• **Aktiflik-pasiflik modeli:** Hastanın çok acil durumlar ve bilinç kapalılığıdahil olmak üzere amacın hastanın durumunu stabilize etmek olduğumodeldir.

• **Rehber-işbirliği modeli:** Hastanın akut ya da bir enfeksiyona bağlı birhastalığı olan durumlarda uygulanan bir modeldir. Hasta ne olup ne bittiğinininfarkındadır, ancak kararı hekim verir.

• **Karşılıklı katılım modeli:** Özellikle kronik hastalıklar gibi hastalığınkontrolünde hastanın da hekimle birlikte çalıştığı bir modeldir. Hasta yaşamkoşullarını, hastalığa göre belirler ve hekimle düzenli olarak görüşür.”²⁰

kunun Güncel Sorunları Sempozyumu 24-25.04.2014, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmalar Birimi Yayını, Cilt:3, sayı:6, İstanbul-2014, s.110.

¹⁹ OĞUZ, Yasemin Neyyire/ TEPE, Harun/ BÜKEN, Nüket Örnek/ KUCUR, Deniz Kırımsoy: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara-2005, s.132.

²⁰ ERTONG, Günnur:“Sağlık Sisteminde Hekim Hasta İlişkisi ve Güven Unsuru”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2011, s.40.

Hak, hukuk düzenince şahıslara tanınan yetkidir. Yükümlülük (mükellefiyet, ödev) ise, “umumî olarak bir şahsa ya da şeye yükletilen bir külfet, bir eda, bir vazife, bir şart veya içtinaptır”²¹. Yükümlülük doğurmayan hiçbir “hak” yoktur²². Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca; hakların kullanımında olduğu kadar borçların ve yükümlülüklerine getirilmesinde de “iyiniyetli olmak” ve “dürüst davranmak” asıldır²³. Hekim hasta ilişkisinde karşılıklı haklar ve yükümlülükler bulunmaktadır. Hasta hakları; sır saklama, aydınlatılmış rızasını alma, v.s. hekim hakları, ücret talep etme gibi.

Hekim-Hasta ilişkisinde, bir taraf için hak olan diğer taraf için yükümlülük yükleyebilir.

Hasta sağlık hizmeti alırken başvurduğu sağlık kurum ve kuruluşunun kural ve uygulamalarına uygun davranır ve katılımcı bir yaklaşımla teşhis ve tedavi ekibinin bir parçası olduğu bilinciyle hareket eder (HHY. Md.42/A-a)

Hastanın vücut bütünlüğünü koruma yükümlülüğü vardır. “Etik açıdan bireyin beden bütünlüğü, korunması gereken bir değerdir. Bu genel kabul olmak ile beraber, insan bedeninin kişiye ait bir mülkiyet mi yoksa kişiliği gibi korunması gereken bir değer mi olduğuna dair görüş birlikteliği sağlanamamıştır. Buna bağlı olarak etik açıdan insan bedenine yönelik iki farklı yaklaşımın olduğu söylenilebilir. Birincisi, kişi merkezli yaklaşım. İkincisi ise beden merkezli yaklaşım. Kişi merkezli yaklaşımda beden, kişinin mülkiyetinde olan bir değerdir. Bu nedenle kişi, kendi bedenine yönelik tasarruflarında özgürdür. Bu yaklaşım, kişinin bedeni ile ilgili tercihlerde özerkliğine saygıyı temel almasını getirmiştir. Bugün için bu yaklaşım, tıbbi uygulamalarda öncelikli olarak uygulanmaktadır. Ayrıca bu yaklaşımın, ‘bedenim benimdir, kullanım hakkı da bana

²¹ Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara-1998, s.254.

²² TÜRKMEN, Ali: Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara-2013, s.77.

²³ AKSÜT, Meliha: Hasta Hakları, T.C. Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi Gaziantep Eylül 2015, s. 97.

aittir' şeklinde bir anlayışa dönüşerek, hukuki kararlara etki ettiği görülmektedir. Örneğin Almanya'da bir yerel mahkeme sünnet işlemini, çocuğun kendi beden bütünlüğünü kendisinin belirleme hakkına müdahale olarak değerlendirerek, karşı çıkmıştır²⁴. "İkincisi, beden merkezli yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre kişi, kendi bedenine karşı ahlaki görevleri olduğu için, bedeni üzerinde her istediğini yapma özgürlüğü yoktur. Beden merkezli yaklaşımda, birincisi biyolojik yapının bütünlüğünü ve fonksiyonlarının korunması önceliklidir. İkincisi, kişi ile bedeni arasında öznel bir bağlantı kurulmaktadır. Üçüncüsü, kişinin bedeni arasındaki bu öznel bağlantıdan dolayı, insanın bedensel bütünlüğüne saldırı, kişinin ahlâkî yapısına saldırı olarak kabul edilmektedir. Beden bütünlüğüne dair bu üç yaklaşım birleştirilecek olursa, bireyin biyolojik bütünlüğü ve kişiliği arasındaki bağlantı korunduğu müddetçe ahlâkî yapısı da korunmuş olacaktır"²⁵. Bu yaklaşım ise, kişinin bedeninin sahip olduğu ahlaki değeri koruma sorumluluğunu öne çıkarttığı söylenebilir²⁶.

Hastaların yükümlülükleri şunlardır;

a) Hastanın Tedaviye Katılma ve Yardım (Sağlık Personeli ya da Sağlık İşleticisi ile İşbirliği) Yükümlülüğü

Hekim hasta arasında teşhis ya da tedavi yapılması işbirliği hastanın müracaatı ile başlar. Hasta ile kanunî temsilcisi özel sağlık kurum ve kuruluşla-

²⁴ ŞAHİN, Nurten Zeliha: İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk Ve Özerklik Ekseninde Biyoetik Tartışmalar) T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Isparta – 2013, S.91-92.

²⁵ WimDekkers, "Viewing a Person Through the Body: The Relevance of Philosophical Anthropology to Medical Education", Korean Journal of Medical Education, 2009, Vol.21, No.4, s. 335-346; Ghiath Alahmad, Wim Dekkers, "Bodily Integrity and Male Circumcision: an Islamic Perspective", Journal of the Islamic Medical Association of North America, 2012, Vol 44, 1 – 9 Nakleden: ŞAHİN, Nurten Zeliha: İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk Ve Özerklik Ekseninde Biyoetik Tartışmalar) T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Isparta – 2013, S. 92.

²⁶ ŞAHİN, Nurten Zeliha: İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk Ve Özerklik Ekseninde Biyoetik Tartışmalar) T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Isparta – 2013, S. 92.

rina müracaat ettiğinde, sağlık kurumun işleticisi ya da hekim tarafından sorulan sorulara, hastalığı/hastalıklarına ilişkin konulan teşhisleri, daha önce bir sağlık kuruluşuna yatıp yatmadığını, tedavi usûllerini, eğer varsa halen kullandığı ilaçları, şikâyetlerini ve sağlığıyla ilgili bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru olarak verir (HHY. Md. 42/A-b). Hasta eksik ya da hiç sorulan sorulara cevap vermez ise, sonucuna katlanmak zorundadır. Hasta gördüğü ve bildiği hususları da re'sen açıklamak zorundadır. Hastanın kendisi açıklama da bulunamıyorsa kanunî yakınları açıklama da bulunmalıdır²⁷. Dolayısıyla hekim, hastanın anamnezini (hastalık geçmişini) istemekle, hasta da hastalık geçmişine ait her türlü bilgi ve belgeyi hekim istesin veya istemesin vermekle yükümlüdür.

“Anamnez alma ve hasta ile görüşme sırasında, hekim ve hasta salt sözcüklerle değil, fakat davranış, yüz ifadesi ve bakışlarla anlaşılır. Hastanın bu yüz ifadelerini okuma, hastanın içinde rahat edeceği bir hava oluşturarak tüm gereksinimlerini ve hekimden belediklerini söylemesini sağlamak yine hekimin görevidir. ‘Sen konuşurken gözlere, sana konuşulurken ağıza bak!’ kuralının hasta-hekim görüşmelerinde çok yararlı olduğu unutulmamalıdır”²⁸. Hasta hikâyesinin düzgün alınıp alınmadığında dava aşamasında en önemli belge, anamnez sırasında hekimin tuttuğu tıbbi kayıttır. Bu kayıttaki bilgilerle, tıbbi müdahalede bulunan hekimin hukuka uygun hareketinin tespiti ile vekâlet sözleşmesine aykırı davranıp, davranmadığını gösterecektir. Hasta yönünden ise belirtmediği husus, geçirdiği hastalık, kullandığı ilaçlar, sorumluluğun paylaşılmasını gerçekleştirecektir²⁹. Yüksek Sağlık Şûr’asının bir kararında; hastanın hikayesinde, bir haftadan beri gelip geçen veya sürekli bir şekilde prekordial ve

²⁷ ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin yayınları, Ankara-2004, s. 144.

²⁸ KALKAY, Nuri: Çağdaş Hekimliğin Sorunları, İstanbul-1981, s.61.

²⁹ GÜNDAY, Rezzan: Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara-2012, s.52.

retrosternal şiddetli bir ağrı bulunmamasına rağmen kalp teşhisi koymaması ihmal teşkil eder (YSS 22/11/1967 tarih ve 6177 sayılı kararı)³⁰.

Hastanın işbirliğinden kasıt, düzenli konsültasyon, ilaçların düzenli alınması, diyetle uyulması v.s. dir. Burada söz konusu bulunan hastanın kendi faydasına bulunan gerekliliktir³¹. Hasta tedavi sürecinde hekimlik çatışkısı yüzünden ortaya çıkan yan etkileri belirli bir süre söylemeyebilir. Diğer taraftan, birden fazla hastalığı taşıyan hastalar da ilaçların yan etkilerini kısa zamanda söylemez; ancak dayanılmaz olduğunda bildirebilir. Hekim yazdığı ilaçların yan etkilerinin doğacağını açıkça hastaya bildirdikten sonra, bunların oluşması halinde kendisine müracaat edilmesini mutlaka bildirmelidir.

Hekimle işbirliği yapmayan hasta, hekimin görevini yapmasını engellemiş olursa TBK Md 52. hükmü gereği (müterafik kusur) meydana gelen zarardan sorumludur. Hekimin hastanın işbirliği yapmamasından dolayı da meydana gelen zararlar sebebiyle ceza hukuku anlamında mesuliyeti yoktur.

Hasta teşhis ya da tedavi sürecinde hekim ya da hastane işleticisi ile irtibatlı olması gerekir. Hastanın irtibatı tedavi için elinden gelen her türlü çabayla hekim ya da hastane işleticisi ile iletişim kurarak gerçekleştirmesidir. “Hekim tarafından belirlenen sürelerde kontrole gelmeli ve tedavisinin gidişatı hakkında geri bildirimlerde bulunur.”(HHY. Md. 42/A-c). Hekimin teşhis ve tedavi sırasında öğrenmek istediği bilgileri doğru olarak cevap vermek zorundasınız. Hastalığınızı en ayrıntılı şekilde hiçbir tesir altında kalmadan açıklamak gerekir. Tedavi hususunda karar veremeyecek durumda iseniz yanınızda yakınınızı (refakatçı) götürerek hekimin teşhisini ve tedavi alternatiflerini anlamanıza yardımcı olabilir.

³⁰ ÖZTÜRK, Atilla: “Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu” İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2002, s.68.

³¹ DEUTSCH/SPICKHOFF, kn.97. Nakleden; HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2013. s.508.

Hasta küçük, bilinci kapalı, temyiz kudretinden mahrum ise, kanunî temsilcilerinden muvafakat alınması ve onlarla işbirliğine girilmesi gerekir.

Hasta, müdavi hekimin uygun görmediği tedavi yöntemi veya ilaç konusunda talepte bulunarak baskı yapmamalıdır.

Hekim hastasının tıbbî kayıtlarını tutmak zorundadır. Danıştay içtihatlarında, tıbbî kayıtların tutulmamasını ağır hizmet kusuru kabul etmektedir³². Hekim hastasının devam eden tedavisinde ya da daha sonraki müracaatlarında tıbbî kayıtlarını korumak ve bakmak zorundadır. Hekim farklı yerlerden tıbbî hizmet almış hastasından, anamnezini istememiş, hasta da buna ilişkin bilgi ya da belgeyi vermeyi unutmış ise, hekim sorumluluktan kurtulamaz.

Hasta, randevu tarih ve saatine uyar ve değişiklikleri ilgili yere bildirir. (HHY. Md.42/A-ç).“Belçika'da diş hekiminden aldığı randevuya gitmeyen bir kişiye, mahkemece 720 Euro tazminat cezası verildi.

Anvers Mahkemesi, diş hekiminden aldığı randevulara üst üste iki kez gitmeyen hastayı para cezası ödemeye mahkûm etti. Her biri toplam 4 saat sürmesi gereken iki seansa haber vermeden gelmeyen hasta, saat başına 90 Euro tazminata ödeyecek.

³² DOĞAN, Cahid:“Tıbbî Kayıtların Tutulmasından Cezaî Sorumluluk“, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı7- 8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2011, s.691. Danıştay yeni târihliKarârında, hastaya ait dosyanın gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek muhafaza edilmemesinin ağır hizmet kusuru oluşturduğuna karar vermiştir. " Dava konusu uyuşmazlıkta, davacıda olduğu ileri sürülen zararın komplikasyon dışında her hangi bir nedenle ortaya çıktığına ilişkin belge bulunmadığından, olayda, bu yönüyle sağlık hizmetinin idarece kusurlu işletildiğinden bahsetme olanağı bulunmamaktadır. Ancak Mahkeme kararında da belirtildiği üzere, hastaya ait dosyanın gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek muhafaza edilmemesi ağır hizmet kusuru oluşturmakta, bu sebeple uğranılan manev'i zararın tazminine karar verilmesinde hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır. Sonuç olarak, temyizen incelenen karar, usûl ve hukuka uygun olup, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz istemlerinin reddi ile İzmir 4. İdare Mahkemesinin 26.9.2007 târih ve E:2006/1624, K:2007/1296 sayılı kararının ONANMASINA, 31.3.2010 târihinde oybirliğiyle karar verildi. "Danıştay 10. Dairesi'nin 31/03/2010târih ve E.2008/1038-K. 2010/2530 Sayılı Karârı.

Randevulara saygı gösterilmesini isteyen hekimlere göre bu dava, emsal teşkil edebilecek nitelikte. Gazetelerin internet sayfalarındaki anketlere katılan Belçikalıların yüzde 75'i hekimi haklı buldu³³.

b) Hekimin ve Sağlık İşletmesinin Tavsiyelerini Yerine Getirme Yükümlülüğü

Hasta ya da hasta yakınları, tıbbî müdahalenin başarıya ulaşmasına yardımcı olmak için hekimin tedavi ve bakım planlarına uymalıdır. Eğer yerine getirmediği için tedavide başarısızlık olursa bundan hastanın kendisi sorumludur. Meselâ, hastaya cerrahi müdahale öncesinde, anestezi verileceğindenbelirli bir süre aç kalması gerekli ise bunu uygulamak zorundadır³⁴.

Eğer hasta kendisini tedavi eden hekimin tıbbî tavsiyesine rağmen hastaneden taburcu olmayı isterse, hastanın gereğinden erken taburcu olmanın riskleri hususunda ayrıntılı aydınlatılması gerekir. Bu durum genel olarak tedavinin “aydınlatılmış reddi” olarak bilinir. Bu karar neticesinde hasta zarar görürse, bu durum hastanın tıbbî çizelgesinde dikkatlice belgelenmelidir. İlave olarak da, tıbbî tavsiyenin aksine taburcu olmanın sebep olabileceği yaralanmalardan hastane personelinin sorumlu olmadığını belirten bir taburcu formunun hastanın imzalaması gerekir³⁵.

Hekim hastasına tavsiye edeceği tedavi vasıtalarının hastanın maddî durumuna uygun olmasına dikkat etmelidir³⁶.

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'ne göre, “Mali vaziyetleri müsait olmayan hastalara, mutlak zaruret olmadıkça, pahalı teselli ilâçları verilmesi caiz

³³ <http://www.saglikaktuel.com/haber/randevusuna-gitmeyene-ceza-7213.htm> (Erişim Tarihi: 13.03.2016).

³⁴ YAĞOGLU, Melike: Hastaneye Kabul Sözleşmesi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri-2011, s.65.

³⁵ JASPER, Margeret C.: Hospital Liability Law, Second Edition New York-2008, p.20.

³⁶ ÜNVER, A. Süheyl: Tıbbî Deontoloji Derslerinden Kısa Bahisler, İstanbul Üniversitesi Tıp Tarihi Enstitüsü Sayı:31, Kader Basımevi, İstanbul-1945, s.6.

değildir.

Tabip ve diştabibi, hastaya lüzumsuz veya fuzulî masraflar yaptırmıyacağı gibi faydası olmayacağına ve hastanın malî kudretinin kâfi gelmiyeceğini bildiği bir tedaviyi tavsiye edemez”(TDN Md.20/II,III). Demektedir. Bu durumda, hasta bütçesine uygun tedavi tavsiyelerini yerine getirebilir.

Hasta, bulaşıcı hastalık şüphesiyle getirilmiş ya da bulaşıcı hastalığa yakalanmışsa, yetkili hekimin izni olmaksızın taburcu olamaz. Diğer taraftan, hekimin uygun görmediği tedavinin uygulanmasını talep edemez.

Hastaya hekimin tedavi önerilerine ve sağlık kuruluşu kurallarına uymamasında sağlık kuruluşundan çıkarılacağı (nakledileceği) hastaneye yatmadan önce bildirilmelidir. Bu bildirim yazılı olup, nakledileceği hastanenin kurallarına uyacağına dair hastadan imza alınmalıdır.

Hekimlerin uyguladığı tedavinin daha iyi sonuç vermesi için hastanın hekimin talimatlarına riayet etmesi ve hekimle işbirliği yapması gerekir. Hekime riayet etmemenin tahmini oranı %8 den %95 ‘e kadar çıkmaktadır³⁷.

c) Hastanın Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Ücret ödeme borcu, hastanın hekime ya da hastaneye akit gereği borçlanmış olduğu edimi yerine getirme (ifa etme) yükümlülüğüdür. Bu hastanın asıl borcu olup, ifa etmediği zaman hekim ya da hastane icrâ dairelerinde tahsil talebinde bulunur.

Hekimler, hastaları müşteri olarak veya para olarak görmemelidir. Böyle gördükleri andan itibaren iş tıptan ve insanları sağlığına kavuşturmaktan çıkıp ticarete döner. Parayı ön plana alıp hastayı ve hastalığı ikinci planda tutan hekimler, hem insanlıktan uzaklaşmış hem de tıp etiği ve meslek etiği ilkelerine aykırı hareket etmiş olurlar. Parasızlığı yüzünden tedavi olamayan pek çok has-

³⁷ GORDON, Thomas/EDWARDS W. Sterling. Hasta ve Doktor İletişimi, Çeviri: Okşan Aytolu, Profil Yayıncılık, İstanbul-2014, s.29.

taıyla karşılaşmaktayız. Bu hastalar ikinci planda tutulup tedavileri ya düzgün yapılmaz ya da yarıda bırakılır ve hastalar ölüme terk edilir. Bu davranışlar hiç etik değildir, adaletli olma ilkesine de aykırıdır. En ideal hekim, hastalarından onların sağlığına kavuşmalarının dışında hiçbir karşılık beklemeksizin en iyi tedaviyi uygulayan hekimdir. Celsus, bu ifadelerde, kazancını artırmaya yönelik olarak çok sayıda hasta muayene eden ve hastalarına karşı layık oldukları ilgi, alaka ve özeni göstermeyen hekimi eleştirmiştir. Bu eleştirileri ve tavsiyeleri adeta günümüz hekimlerine de söylemiş gibidir. Celsus'un, hekimin görevinin gözlem yapmak ve uygun tedavi yöntemini belirlemek olduğunu söylemesi gerek tıp etiği gerekse hekimlik meslek etiği açısından son derece önemlidir. Öyleyse Celsus'un ideal hekiminin, hastayı gözlemlediğini, para kazanma hırsına sahip olmadığını, hastalara karşı adaletli davrandığını, hastalığın durumuna göre en uygun tedavi yöntemini uyguladığını ve en önemlisi hastalara zarar vermeyip aksine yararlı olduğunu söyleyebiliriz³⁸. Hekimler, standart tedavi ücretini hastanın iktisadî durumunu göz önünde bulundurarak talep etmelidir.

Serbest çalışan hekim hastasından ücret talep etme hakkı vardır. Hastada hekime tıbbî müdahale karşılığı ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekim kamu ya da özel sektör sağlık kurumunda çalışıyor ise, ücretini bu kurumlardan alır. Hasta ise, serbest çalışan hekime özel sağlık kuruma doğrudan ücret öder.

Özel hasta ile hastane arasındaki münasebet karma kombine bir sözleşme olması sebebiyle ve genellikle vekâlet sözleşmesinin uygulanması ve ücret konusunda da vekâlet sözleşmesinin uygulanması gerektiğini göstermektedir. Hastanın ücret ödeme yükümlülüğünün temel olması vekâlet sözleşmesini ivazlı

³⁸ BASALAK, Mehmet: "Aulus Cornelius Celsus ve De Medicinâ Eserinde İdeal Hekimin Nitelikleri", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Eski Çağ Dilleri ve Kültürleri Anabilim Dalı Latin Dili ve Edebiyatı Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s.91. (Celsus, M.Ö. 25-M.Ö.50 yılları arasında yaşamıştır).

hale getirir³⁹. Vekâlet sözleşmesinin unsurları arasında, ücret zorunlu bir unsur değildir; ancak sözleşme veya teamül olması halinde vekil ücrete hak kazanır (TBK. Md. 502/III).

Hekim (vekil) ücret alacağı için borcunu ifa etmelidir. Bu sebeple yanlış tedavi ile hastasını öldüren hekim, müvekkilinden ve hastadan hiçbir ücret talebinde bulunamaz⁴⁰.

Hasta, yatarak tedavi almış ise, tedavi giderine; ilâç, muayene ücreti, serum, röntgen v.s tedavi masrafları ve yemek ve diğer bakım masrafları da dâhildir (TBK Md. 510/I).

Ücret ödeme sözleşme yapılan kişi tarafından ifa edilir. Türk Medenî Kanununa göre,

“Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.” (TMK Md. 186/III). Bu durumda sağlık giderleri de birliğin gideri olup, eşin ya da çocukların tedavi masraflarından diğer eş müteselsilen emek ve malvarlığı ile sorumludur.

Ücret, yapılan hizmet karşılığı ödenen bedeldir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi ile, hekime ücret ödeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, “Başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahî ameliyeler ile diğer tedavilerde, operatör, müdavi tabip ve diş tabibi, beraber çalışacağı elamanları seçmekte serbesttir.

Götürü ücret şartı müstesna olmak üzere, yardımcı tıbbi personelin ücretleri hasta tarafından ödenir.

Hasta tarafından çağrılmamış olan müdavi tabip veya diş tabibi, ameliyatta hazır bulunmaktan dolayı ayrıca ücret isteyemez. Umumi, mülhak ve hususi bütçeli daireler ile belediyelere, iktisadî Devlet

³⁹ HATIRNAZ EROL, Gültezer: Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2009, s.115-116.

⁴⁰ ŞENOCAK, Zariye: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları No:529, Ankara-1998, s.70.

teşekküllerine veya bunlara bağlı müesseselere ait sağlık tesislerinde olan usûl ve esaslar mahfuzdur.” (TDN. Md.21).

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’na göre, “Hasta ücret konusunda önceden hekimden bilgi alabilir. Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz. Hekimin, meslektaşları ile meslektaşlarının eşleri ve bakmakla yükümlü olduklarından muayene ve tedavi için –masraflar dışında- ücret almaması uygundur.”(HMEK Md.29).

Hasta, sağlık kurumunda, sağlık giderlerinin hangi kurum tarafından nekadarı karşılanacağını bilmelidir. Hasta tedavi aldığı özel hekim ya da sağlık kuruluşuna anlaştıkları süre içerisinde ücret ödemesi yapmak zorundadır. Kamu ve özel hastanelerinde acil hallerde hasta ücret ödememesinden dolayı tedavisiz bırakılamaz. Genellikle cüz’i bir ücret ödemesi yapılabilir.

Belli bir sürede tedavi vaadi ile parasını peşin alan hekimler ve diğer sağlık görevlileri bulunmaktadır. Belli bir sürede tedavinin herhangi bir sebeple kesintiye uğrayacağı ya da başarısız olacağı ihtimali hesaba katılmadan ücretin peşin alınması hasta hekim arasında güven bunalımı oluşturur⁴¹. Tedavi garantisinin verilerek ücretin peşin alınması etik değildir.

Kamu ya da özel sağlık kuruluşu personeli olan hekim, kurum alacağından hariç ücret talep etse de, hastasının ücret ödeme yükümlülüğe yoktur. Ücretli hekim hastayı tedavi ederken o’na bir lütufta bulunmamakta olup, vazifesini yerine getirmektedir⁴². Günümüzde bazı kamu sağlık personelinin tıbbîmüdahalelerde bıçak parası olarak adlandırılan para talep ettiği görülmektedir; bu ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250’nci maddesinin ihlalidir.

⁴¹ SARI, Nil: “Hekim-Hasta İlişkisinde Güven Bunalımı ve İhmal Edilen Erdemler Ahlakın/Etiğinin Önemi”, Uluslararası 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı Cilt:1, Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları, Bursa-2003, s.10.

⁴² ATABEK, Emine/DEĞER, Mebrure: Tıbbî Deontoloji Konuları, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları No: 231, İstanbul-2000, s.48.

Diş hekimi, hastanın kanal tedavisine karar verir ve hastada rıza gösterir ve ameliyat günü gelmez ise, kendisinden ameliyat ücreti talep edilir.

Hasta hiçbir zaman ödeme acizliğinden dolayı tedavisinde ayrımcılığa maruz kalmamalıdır. Devlet ve özel hastaneler fonlar oluşturarak hastanın tedavisini gerçekleştirmelidir.

Ücret talep hakkı Tabâbet ve Şuabâtı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun⁴³,un 71. maddesinde, “Tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler hastalar arasında ücreti müdavattan dolayı vakı olacak ihtilafatın mercii bu ihtilafa mevzu teşkil eden meblağ miktarı ne olursa olsun sulh mahkemeleridir. Yalnız iki sene mürurunda bu hak zail olur.” demekle 2 yıllık zamanaşımı süresi öngörmüştür(TŞTİDK. Md.71). Türk Borçlar Kanunu⁴⁴ 147. maddesi gereği ise, 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Bu durumda sonraki tarihli kanun olan TBK 147. maddesi uygulanarak 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edilmelidir.

d) Diğer Hastalara ve Yakınlarının Haklarına Saygılı Olma Yükümlülüğü

Hasta, hastane de bulunan hastalara ve refakatçilerine ve sağlık personeline karşı saygılı olmalı, rahatsızlık verici davranışlardan kaçınmalıdır. Hasta, gelen ziyaretçi sayılarına, süresine, gürültülü konuşmalara uyarıda bulunmalı ve idarenin koyduğu kurallara uymalıdır. Ziyaretçilerinin sağlık kurallarını hiçe sayarak sıvı ve katı gıda getirmelerine müsaade etmemeli ve hastane yönetimi ile işbirliğine girmelidir.

Ziyaretçiler hasta yataklarına oturmamalı ve hastanenin hastaya verdiği yemeği yememelidir. Hastanın ya da diğer hastaların eşyaları ziyaretçiler tarafından kullanılmamalı, hasta da bu konuda uyarmalıdır.

⁴³ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 1219, Kanun Kabul Tarihi: 11/04/1928, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 14/04/1928, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 863

⁴⁴ Türk Borçlar Kanunu, Kanun No. 6098, Kabul Tarihi: 11/1/2011, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 4 Şubat 2011, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı:27836.

e) Sorumluluğa Ortak Olma ve Maliyeti Azaltma Yükümlülüğü

Hasta, hastalık sigortası yaptırdığı kuruma (Krankenkasse) karşı, zararı (maliyeti) azaltmayükümlülüğü vardır. Yani zararın (maliyetin) azaltılması ya da hiç olmaması konusunda elinden geleni yapmakla yükümlüdür⁴⁵. Hasta yükümlülüklerini yerine getirmemesinden zarar olmuş, hekim ya da hastane işleticisinin de herhangi bir kusur yok ise, bu zararın sonuçlarına katlanmalıdır.

Hastanın hekimin önerdiği; fakat deneme aşamasında olan ve henüz yan etkileribilinmeyen bir ilacı kullanması beklenemez⁴⁶. Hasta deneme aşamasında ilacı kullanmadan önce ayrıntılı aydınlatılırsa hekimin doğacak zararlardan sorumluluğu yoktur. Hasta deneme aşamasında olan ilacı kullanırken, yan etkileri ortaya çıkarsa derhal hekimine gitmelidir.

Pratikte bu alanda diş hekimliği ile ilgili onarım (tamir) sorunları söz konusudur. Diş protezleri genellikle üzerinde yeniden çalışma olmaksızın ağıza oturmaz, eğer hasta provaya izin vermezse, hazırlık çalışmaları yürütülemeyeceğinden, istenilen sonuca ulaşılmamasından hastanın da müşterek kusuru söz konusu olur. Diş hekimince buprotezlerle prova yapılarak mevcut hatalar düzeltilebilir, hastanın da zararının azaltılmasına bu şekilde katkıda bulunması gerekir, bu katkı; bu makul sınırlar dâhilinde ağızda yeniden çalışılmasına izin vermek şeklinde olacaktır⁴⁷.

⁴⁵ http://www.migesplus.ch/fileadmin/Publikationen/Patientenrecht_tur.pdf (Erişim Tarihi: 02/09/2014, Saat:22:40).

⁴⁶ ACHTARİ, Annick. (2008). Le devoir d'ulésé de minimiser son dommage. Zurich: SchulthessVerlag. N 675.nakleden: KURT, L. Müjde: "Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti (TheDuty of theMitigation of Damages of the Injured Person)" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı: 3, Ankara- 2015, s. 758.

⁴⁷ OLG Köln, 23.3.2005 5-U 144/04, VersR 2205, 1589. Nakleden: YERDELEN, Erdal: Hastanın Kusurunun Hekimin Sorumluluğuna Etkisi (Mağdurun Kusuru-Müterafik Kusur), I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), Bodrum, 3-4 Eylül 2015, Editörler: Prof. Dr. hc. Dr. Hakan Hakeri/ Av. Cahid DOĞAN, Legal Yayıncılık, İstanbul-2016, s. 106.

TBK Md. 510/II'ye göre, "Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklenildiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.

Vekil, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekâlet verenden isteyebilir. Ancak vekâlet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir."

Hasta hekimin zararını tazminle yükümlüdür. Bunun için; a) Hekimin zararı olmalıdır. Bu zararlar, malvarlığında iradesine rağmen bir azalma meydana gelmelidir. Zarar ise, şahsa ya eşyaya verilebilir. b) Hekimin uğradığı zararlar vekâletin ifası arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. c) Hekim, kusurunun bulunmadığını ispat edememelidir.

Hekim hastayı ücretli ya da ücretsiz tedavi etmesi özen derecesini etkilemez. Eğer ücretsiz bakım gerçekleştirmiş ise, tazminatın belirlenmesinde (TBK Md. 114/I) gözönünde tutulması gerekir⁴⁸.

f) Hastanın Hastane İşletmesine Verdiği Zararları Tazmin Yükümlülüğü

Hasta, sağlık hizmeti aldığı sağlık kuruluşlarındaki tıbbî ya da diğer malzemeleri itina ile kullanmalı ve zarar vermekten kaçınmalıdır. Malzemelerin kendisine faydalı olduğu gibi, kendinden sonra gelecek hastalara fayda sağlayacağını düşünerek zarar vermemeye özen göstermeli, eğer zarar verirse, zarar verdiği malzemelerin zararını karşılamak zorunluluğu vardır⁴⁹. Meselâ, tuvalet muslukları, asansör, merdiven tırabzanları, mutfak malzemelerini, tıbbi cihazları özenle kullanılmalıdır. Yine tedavisi ve ilaçlarla ilgili tavsiyeleri dikkate almalı

⁴⁸ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara -2014, s.422.

⁴⁹ KILIÇ, Melek: "Sağlık Kurumlarında İletişim: Hasta-Sağlık Personeli İletişimi" T.C. Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı Hastane Ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2014, s.93-94.

ve tedavi ile ilgili verilen tavsiyelerde anlamadığı durumların söz konusu olması halinde sorup öğrenmelidir.

g) Hekimin Özen Borcunu Yerine Getirmediğini İspat Yükümlülüğü

İhtimam (bakım, özen, itina) sözleşmeleri özel hukuktan kaynaklandıkları ve özel hukuka tabi olarak kuruldukları durumlarda, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidirler. Meselâ, hekimlik sözleşmeleri, dış hekimliği sözleşmeleri ve veterinerlik sözleşmeleri sayılabilir⁵⁰.

Vekâlet veren, özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükündedir. Burada sırf başarılı sonucun gerçekleşmediğini ispatlamak yeterli olmamakta, vekilin benzer alanda iş üstlenen basiretli vekilin davranışından uzaklaştığını ve bu uzaklaşmanın işlerin normal akışına göre sonucun meydana gelmemesinde etkili olduğunu ispatla yükümlüdür. Buna karşılık vekilin ise, kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁵¹. TBK 506/3'e göre, "Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır."

Alman Hasta Hakları Kanunu Art. 630 h'de; tedaviyi gerçekleştiren tarafça tamamen kontrol edilebilen ve hastanın vücuduna, sağlığına, yaşamına yönelik zarar meydana getiren bir tedavi tehlikesinin gerçekleşmesi durumunda, bir tedavi hatasının varsayılabileceği belirtilmektedir. Hasta lehine varsayılan bu karinenin uygulanabilmesi için, öncelikle hasta, zararın karşı tarafın tamamen kontrol edebileceği nitelikteki risklerden kaynaklandığını ispat etmelidir⁵².

⁵⁰ YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-2014, s. 1184-1185.

⁵¹ TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku -Özel Borç İlişkileri, c.1/2 Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basımdan, İstanbul-2018, s. 432.

⁵² GRAF, Ute: Die beweislust bei Behandlungsfehlern im Arzhaftungsprozess, München, 2002, s.31. Nakleden: KILIÇ, Elif Irmak: "Alman Hasta Hakları Kanununun Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Açılan Davalarda İspat İle İlgili Hükümlerinin İncelenmesi", Tıp Hukuku

h) Sağlık Çalışanlarının Haklarına Saygılı Olma Yükümlülüğü

Sağlık çalışanın tek amacı hastasını tedavi etmek ve sağlığına kavuşmasını gerçekleştirmektir. Hasta ve yakınları tedavi hizmeti alırken kendi haklarının farkında oldukları gibi, sağlık çalışanlarının da hakları olduğu ve ihlal edilmemesini görmeleri gerekir.

İşletmeleşen hastanelerin varlığı sağlıksızlığa dayanmakta olup, hastalık ve sağlıksızlık çok da yok edilmek istenen bir şey değildir; çünkü tüm bunlar müşteri varlığı için önemlidir. Burada müşteri diye bahsedilen hastalarken, bu yaklaşımla insanî olarak neleri yitirdiğimiz düşünülmelidir⁵³. “Teknik olarak yapılacak ne varsa temel değerlerle birleştirilerek hastaya uygulanmalıdır. Müşteri kimliğiyle her konuda sürekli almak, kullanmak ve en iyisine sahip olmak isteyen insan, ahlâken kabul görmeyecek davranış şekilleri oluşturmaktadır. Hasta konumundayken de bu gözlemlendiğinde, hekime karşı tutumu da değişmektedir. ‘Bu tedaviyi yapacaksın’, ‘sen zaten yapmak zorundasın’ gibi uyarılar hekimleri de olumsuz etkilemektedir. Hasta, hekimi bir bilirkişi olarak değil, kendi iyiliği için bir araç olarak görmekte, ekonomik gücüyle ilginin daha fazlasını satın almak istemektedir”⁵⁴. Bu ise, sağlık hizmetlerinin olumsuz işlemesine neden olur.

Son zamanlarda hasta ya da hasta yakınları tarafından kamu ve özel sektör sağlık kuruluşlarında sağlık personeline yönelik sözel ve fiziki şiddetin artması hizmetin güvenliği yürümesini önlemektedir.

Dergisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmalar Birimi Yayını, Cilt:4, Sayı:7, İstanbul-2015, s.75.

⁵³ BAKIRCI, Merve: “İşletmeleşen Hastanelerde Hasta-Hekim İlişkisinin Etik Açıdan Değerlendirilmesi” Türkiye Biyoetik Dergisi, Cilt: 3, No. 1, Ankara-2016, s. 46. http://www.journalagent.com/tjob/pdfs/TJOB-40427-VOICE_OF_STUDENTS-BAKIRCI.pdf

⁵⁴ BAKIRCI, Merve: “İşletmeleşen Hastanelerde Hasta-Hekim İlişkisinin Etik Açıdan Değerlendirilmesi” Türkiye Biyoetik Dergisi, Cilt: 3, No. 1, Ankara-2016, s. 46. http://www.journalagent.com/tjob/pdfs/TJOB-40427-VOICE_OF_STUDENTS-BAKIRCI.pdf

Hasta, sağlık meslek mensuplarına ya da diğer çalışanlara sözlü ve fizikî saldırıya yönelik davranışlarda bulunmaz(HHY. Md. 42/A-e).

663 sayılı KHK'nin 54 üncü maddesi dayanağında hazırlanarak 28.04.2012 tarihli ve 28277 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan Sağlık Bakanlığı Personeline Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Yapılacak Hukuki Yardımın Usûl ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesinde, "(1) Bu Yönetmelik, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarında kadrolu veya sözleşmeli görev yapan personel ile 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 52 nci maddesi çerçevesinde Bakanlık ve bağlı kuruluşlarında gönüllü ve ücretsiz sağlık hizmeti verenler ve 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu kapsamında görev yapanlara karşı sağlık hizmeti sunumu sırasında veya bu görevlerinden dolayı işlenen suçlar sebebiyle ceza hukuku kapsamında yürütülmekte olan işlemleri ve davaları kapsar." Hükmü düzenlenmiştir.

"Çalışan Güvenliğinin Sağlanması" konulu 2012/23 sayılı Genelge ile, sağlık çalışanlarının güvenli ortamlarda ve yüksek motivasyonla çalışmasının sağlanması amacıyla sağlık çalışanlarının güvenliğine yönelik olarak alınması gereken tedbirler bildirilmiştir. "Hukukî yardım ve Beyaz Kod uygulaması" konulu 2013/3 sayılı Genelgede ise, "Beyaz Kod" bildirim ve hukukî yardım konusunda yaşanan tereddütleri giderilerek, uygulamaya açıklık kazandırmak suretiyle, çalışanlarımızın bu hizmete erişimini kolaylaştırma amacıyla dikkat edilmesi gereken hususlar açıklanmıştır.

SONUÇ

Hasta ile hekim ilişkileri, hastanın iyileşme isteği ile hekimin tedavi etme yükümlülüğüdür. Hekim sonuç garantisi vermeksizin hastanın tedavisi için tıbbî standartlara uygun tıbbî müdahalelerde bulunur.

Hasta ise, hekimin tedavisi için önerdiği, ilacını önerilen dozda ve sürelerle uygun olarak kullanmalı, perhiz önerilerini yerine getirmeli, kontrole çağ-

rıldığında zamanında sağlık kurumuna gelmeli, talimatları uygulamalıdır. Tedavi operasyonu bir organizasyon içerisinde gerçekleştiğinden, sağlık hizmet yerindeki diğer hastaların ve sağlık meslek mensuplarının haklarına saygı duymalı ve hastane kurallarına uymalıdır. Hasta tedavisi karşılığı ücreti de ödemek zordur.

Hasta yakınları da hastanın yükümlülüklerini yerine getirme de hastaya ve hekime yardımcı olmalıdır.

Hasta yükümlülüğünü yerine getirmez ise, özel hastane veya özel muayenehane ise, hekim hastayı uyarır; fakat hasta talimatlara uymaz ise acil haller hariç hekim hastanın tedavisini başka bir hekime yönlendirme yaparak bırakabilir. Kamu hekimi ise tedaviyi bırakamaz, fakat hasta talimatlara uymaz ise, durumu başhekimine bildirerek hastaya başka hekimin bakmasını isteyebilir.

Hasta tedavi ücretini ödemelidir. Hekim (vekil) ise, ücret alacağı için borcunu ifa etmelidir. Eğer hasta ücretin tamamını ya da bir kısmını ödemez ise, tedavi de devam ediyor ise, hastaya zarar vermemeli hastayı tehlike içerisinde bırakmamalıdır. Bu sebeple ücretini tamamen ya da kısmen tahsil edemediği düşüncesiyle hastaya zarar verilmesinden sorumlu olur.

Tedavi olduğu sağlık hizmet alanına zarar vermeme, hastanın ve hasta yakınlarının yükümlülüğüdür. Meselâ, gerek tıbbî malzemelerin kullanımı gerekse de diğer alanların kullanımında dikkat etmeli ve zarar vermemelidir. Klima açık iken balkon kapısını kapatmalı, lavabo ya da banyoları kullanırken temiz ve suyu idareli kullanılmalıdır.

KAYNAKLAR

ABİK, Yıldız: “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 3, Ankara-2005.

ACHTARİ, Annick. (2008). Le devoir d'ulésé de minimiser son dommage. Zurich: Schulthess Verlag. N 675. nakleden: KURT, L. Müjde: “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti (The Duty of the Mitigation of Damages of the Injured Person)”Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı: 3, Ankara- 2015.

AKSÜT, Meliha: Hasta Hakları, T.C. Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi Gaziantep Eylül 2015.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara -2014.

ATABEK, Emine/DEĞER, Mebrure: Tıbbî Deontoloji Konuları, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları No: 231, İstanbul-2000.

BAKIRCI, Merve: “İşletmeleşen Hastanelerde Hasta-Hekim İlişkisinin Etik Açısından Değerlendirilmesi” Türkiye Biyoetik Dergisi, Cilt: 3, No. 1, Ankara-2016, s. 46. http://www.journalagent.com/tjob/pdfs/TJOB-40427-VOICE_OF_STUDENTS-BAKIRCI.pdf

BASALAK, Mehmet: “Aulus Cornelius Celsus ve De Medicına Eserinde İdeal Hekimin Nitelikleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Eski Çağ Dilleri ve Kültürleri Anabilim Dalı Latin Dili ve Edebiyatı Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.

BEYAZYÜZ, Murat/GÖKA, Erol: “Psikoloji ve Tıp Açısından Beden”,
Beden Sosyolojisi, Editör: Kadir CANATAN, İstanbul-2011.

DEUTSCH/SPICKHOFF, kn.97. Nakleden; HAKERİ, Hakan: Tıp Hu-
kuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2013.

DEMİR, Mehmet: Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin
Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara-2010.

DOĞAN, Cahid: “Tıbbî Kayıtların Tutulmasından Cezaî Sorumluluk“,
Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7- 8 Mayıs 2010, Ankara Barosu
Yayınları, Ankara-2011.

DOĞAN, Cahid: “Diş Hekimliğinde Sorumlu Hekimin Konsültasyon
Eyleminden Doğan Yetkileri ve Yükümlülükleri” Ankara Diş Hekimleri Odası I.
DİŞHEKİMLİĞİ HUKUKU SEMPOZYUMU, Editörler: Dt. Serkan ER/Av.
Cahid DOĞAN, Ankara-2014.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku -Özel Hükümler 2. Baskı, Yetkin Ya-
yınları, Ankara-2015.

ERTONG, Günnur: “Sağlık Sisteminde Hekim Hasta İlişkisi ve Güven
Unsuru”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim
Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2011.

FOUCAULT, Michel: Kliniğin Doğuşu, Fransızcadan Çeviren: Şule
ÜNALDI, Üçüncü Basım, Ankara-2016.

GHİATH ALAHMAD, Wim Dekkers, “Bodily Integrity and Male
Circumcision: an Islamic Perspective”, Journal of the Islamic Medical
Association of North America, 2012, Vol 44, 1 – 9 Nakleden: ŞAHİN, Nurten
Zeliha: İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk ve Özerklik Ekseninde Biyoetik

Tartışmalar) T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Isparta – 2013.

GORDON, Thomas/EDWARDS W. Sterling. Hasta ve Doktor İletişimi, Çeviri: Okşan Aytolu, Profil Yayıncılık, İstanbul-2014.

GRAF, Ute: Die beweislust bei Behandlungsfehlern im Arzhaftungsprozess, Münschen, 2002, s.31. Nakleden: KILIÇ, Elif Irmak: “Alman Hasta hakları Kanununun Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Açılan Davalarda İspat İle İlgili Hükümlerinin İncelenmesi”, Tıp Hukuku Dergisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmalar Birimi Yayını, Cilt:4, Sayı:7, İstanbul-2015.

GÜNDAY, Rezzan: Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara-2012

HATIRNAZ EROL, Gültezer: Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2009.

JASPER, Margeret C.:Hospital Liability Law, Second Edition New York-2008.

KALKAY, Nuri: Çağdaş Hekimliğin Sorunları, İstanbul-1981.

KILIÇ, Melek: “Sağlık Kurumlarında İletişim: Hasta-Sağlık Personeli İletişimi” T.C. Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı Hastane Ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2014.

OĞUZ, Yasemin Neyyire/ TEPE, Harun/ BÜKEN, Nüket Örnek/ KUCUR, Deniz Kırimsoy: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara–2005.

OLG Köln, 23.3.2005 5-U 144/04, VersR 2205, 1589. Nakleden: YERDELEN, Erdal: Hastanın Kusurunun Hekimin Sorumluluğuna Etkisi (Mağdurun Kusuru-Müterafik Kusur), I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), Bodrum, 3-4 Eylül 2015, Editörler: Prof. Dr. hc. Dr. Hakan Hakeri/ Av. Cahid DOĞAN, Legal Yayıncılık, İstanbul-2016.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin yayınları, Ankara-2004.

ÖZTÜRK, Atilla: “Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu” İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2002.

PARSONS, Talcott: The Social System, New York: Free Press. 1951. Nakleden: MACİONİS, John J.: Sosyoloji, Çeviri Editörü: Prof. Dr. Vildan AKAN, 13. Basımdan Çeviri, Nobel Yayınları, Ankara-Eylül 2012.

SAMMUT, MarioR.:”Aile Hekimliğinde Birinci Basamakta Sağlığın Teşviki”, Kronik Hastalıklar Risk Faktörleri Sağlığın Teşviki ve Geliştirilmesi Sempozyumu (Davetli Uluslararası Konuşmacılar İle) 13-14 Kasım 2008, T.C. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara-2008.

SARI, Nil: “Hekim-Hasta İlişkisinde Güven Bunalımı ve İhmal Edilen Erdemler Ahlakın/Etiğinin Önemi”, Uluslararası 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı Cilt:1, Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları, Bursa-2003.

SERT, Gürkan: Hasta Hakları Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, İstanbul-2004.

ŞAHİN, Nurten Zeliha: İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk ve Özerklik Ekseninde Biyoetik Tartışmalar) T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Isparta – 2013.

ŞENOCAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları No:529, Ankara-1998.

TRENHOLM T., Jensen A., İnterpersonel Communacation Vadswoth Publishing Company, 1996, p.361. Nakleden: YILMAZ, Bilge: “Sağlık Felsefesinde Bir Problem: Hasta- Hekim İlişkisinde Yaşlı Hastaların Durumu”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2009.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku -Özel Borç İlişkileri, c.1/2 Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basımdan, İstanbul-2018.

TÜRKMEN, Ali: Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara-2013.

Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara-1998.

ÜNVER, A. Süheyl: Tıbbî Deontoloji Derslerinden Kısa Bahisler, İstanbul Üniversitesi Tıp Tarihi Enstitüsü Sayı:31, Kader Basımevi, İstanbul-1945.

WIM DEKKERS, “Viewing a Person Through the Body: The Relevance of Philosophical Anthropology to Medical Education”, Korean Journal of Medical Education, 2009, Vol.21, No.4. Nakleden: ŞAHİN, Nurten Zeliha: İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk ve Özerklik Ekseninde Biyoetik Tartışmalar) T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Isparta – 2013.

YAĞOĞLU, Melike: Hastaneye Kabul Sözleşmesi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri-2011.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-2014.

ZEYTİN, Zafer: “Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi”, Tıp Hukuku Dergisi, Özel Sayı Tıp Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 24-25.04.2014, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmalar Birimi Yayını, Cilt:3, Sayı:6, İstanbul-2014.

Kısaltmalar Cetveli

F.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HMEK	: Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
HHY.	: Hasta Hakları Yönetmeliği
Md.	: Madde
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDN	: Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi
TŞTİDK	: Tabâbet ve Şuabâtı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun
s.	: Sayfa
Yrg.	: Yargıtay
YSŞ	: Yüksek Sağlık Şûrası

**Kamu Hukuku/
Public Law**

DEVLET MERKEZLİ ULUSLARARASI HUKUK SİSTEMİ ve DEVLET DIŞI SİLAHLI AKTÖRLER

*Doç. Dr. Fatma TAŞDEMİR**

ÖZET

Günümüzde devletler hala uluslararası hukuk sisteminin asli kişisidir. Ancak uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda yaşanan artışın bir sonucu olarak artık devlet dışı silahlı aktörler de artan şekilde sistemde rol oynamaktadırlar ve uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku en ağır şekilde ihlal etmektedirler. Sivillerin korunmasını sağlamak için devlet dışı silahlı aktörlerin de uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukuna bağlı olması ve saygı göstermesi gereklidir. Ancak insan hakları ve insancıl hukuk normlarına taraf olmadıkları halde, bu normların neden devlet dışı silahlı aktörleri bağlaması gerektiği ve bunun hukuksal dayanağının ne olduğu konusu uluslararası hukukta oldukça tartışmalı bir konudur.

Devlet dışı silahlı aktörler uluslararası insancıl hukuk alanında en önemli aktörlerden bir tanesi olmasına karşın, bunların uluslararası insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla sorumluluğu konusu uluslararası hukukta yeterince düzenlenmemiştir. Bu konuda mevcut dolaylı sorumluluk modellerinden birisi olan bireysel cezai sorumluluk mekanizması yetersizdir. Diğer dolaylı sorumluluk mekanizmasını oluşturan devlet dışı silahlı aktörlerin gerçekleştirdiği insan

* Doç. Dr. Fatma Taşdemir, Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F. Uluslararası İlişkiler Bölümü, tfatma@gazi.edu.tr

hakları ve insancıl hukuk ihlallerinden dolayı devletleri hesap verir kılma mekanizması da etkin değildir. Zira devletler; etkin denetim, bütünsel denetim veya onaylama doktrinlerinin ardına saklanarak sorumluluktan kaçabilmektedirler. Devletlerin, devleti sorumlu tutmada izafe koşullarını kolaylaştıran yeni bir “hesap verirlilik” modelini kabul etmesi de pek mümkün görünmemektedir.

Devlet dışı silahlı aktörlerin günümüzde geçirdiği evrim nedeniyle bunların doğrudan sorumluluğu önem kazanmıştır. Ancak önerilen bu doğrudan sorumluluk modeli de siyasal ve hukuksal açıdan bir dizi ikilemler içermektedir. Bu nedenle doğrudan sorumluluk modeli uluslararası hukukun gri bölgelerinden bir tanesi olmaya devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Devlet Merkezli Sistem, Devlet Dışı Silahlı Aktörler, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Uluslararası Sorumluluk.

ABSTRACT

Nowadays, states are still the fundamental entities of the international law system. However, armed non-state actors have had an increasing role within the system as a result of the boom of non-international armed conflicts and they have been violating international humanitarian law and international human rights law seriously. So as to provide protection for civilians, armed non-state actors should also subject and respect to international humanitarian law and international human rights law. Having said that, despite not being a party to human rights and humanitarian law treaties, the issues of “why these norms should be binding for armed non-state actors” and the legal basis for it are highly disputed in international law.

Regardless of the fact that armed non-state actors are one of the most important subjects within the sphere of international humanitarian law, the subject matter of violations by these actors of international humanitarian law

and thus the issue of “responsibility” is not regulated enough within international law. Of the present indirect responsibility models, the mechanism of the individual criminal responsibility is insufficient. The mechanism of the making states “accountable” from the violations of human rights and humanitarian law by armed non-state actors, which constitutes other indirect responsibility model, is also insufficient because states may evade responsibility by way of hiding behind the doctrines of effective control, overall control and approval. States’ accepting of a new “accountability” model which facilitates attribution conditions in state responsibility does not seem possible.

Direct responsibility of armed non-state actors has gained importance because of the evolution of those actors. However, this recommended model of direct responsibility has a series of dilemmas in terms of political and legal aspects of the subject. Hence, direct responsibility model continues to stay as one of the grey areas of international law.

Keywords: State-centric System, Armed Non-State Actors, Non-international Armed Conflicts, International Human Rights Law, International Responsibility.

Giriş

Günümüzde silahlı çatışmalar ve şiddet sarmalı dünyanın büyük bir bölümünü etkisi altına almıştır. 2014'de dünya genelinde 27 farklı bölgede devam eden tam 40 silahlı çatışma tespit edilmiştir.¹ Bu silahlı çatışmalardan sadece bir tanesi (Hindistan-Pakistan) devletlerarası nitelikte olup geri kalan 39 tanesi devlet içi niteliktedir. Devlet ile devlet dışı silahlı aktörler (DDSA) (armed non-state actors) arasındagerçekleşen bu asimetrik silahlı çatışmalarda²veya devlet dışı silahlı aktörlerin kendi aralarında gerçekleşen silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku sıklıkla hem devletler hem de DDSA'lar tarafından en ağır şekilde ihlal edilmektedir. Sürekli parçalanarak çoğalan ve kendilerini bu normlarla bağlı saymayan DDSA'lar, insani yardımları engelleyerek, mayın döşeyerek, çocuk asker kullanarak; insan, silah kaçakçılığı ve uyuşturucu ticareti yaparak ve terörist yöntemler kullanarak sivil-ler açısından büyük riskler ortaya çıkarmaktadır.³ Oysa silahlı çatışma sırasında sivillerin korunmasını sağlamak için DDSA'ların da uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukuna uyması şarttır.

Günümüzde DDSA'ların uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuk normlarıyla bağlı olup olmadıkları; bağlı iseler nasıl ve hangi ölçüde bağlı oldukları; uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuk ihlallerinden dolayı sorumlu olup olmadıkları; sorumlu iseler bunun doğrudan sorumluluğu kapsayıp kapsamadığı yanıt arayan oldukça önemli sorular-

¹ 2014 verilerine göre bölgesel bazda Avrupa'da 6; Ortadoğu'da 6; Asya'da 14; Afrika'da 12; Amerika'da 2 tane silahlı çatışma devam etmektedir. Bkz., Therese Pettersson ve Peter Wallensteen. (2015). "Armed Conflicts, 1946-2014", *Journal of Peace Research*, 52 (4), 536-537.

² Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların tamamı asimetrik değildir. Bir devlet ile devlet dışı silahlı aktör arasındaki asimetrik çatışma ise şöyle tanımlanabilir: "Devlet dışı silahlı aktör tarafından, orantısız etki yaratmak ve devletin stratejik hedeflerine ulaşma isteğini yok etmek amacıyla, devletin zafiyetlerine karşı geleneksel olmayan strateji, taktik, silah ve personel kullanılarak gerçekleştirilen silahlı çatışmalardır". Bkz., Ajey Lele. (2014). "Asymmetric Warfare: A State vs. Non-State Conflict", *OASIS*, No 20, 103.

³ 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, Report. (2015). *ICRC*, Geneva, 5-7.

dır. Bu çalışmanın amacı akademik çalışmalarda henüz derinlemesine ele alınmayan bu önemli sorulara yanıt aramak ve literatüre bu alanda katkı yapmaktır.

Bu kapsamda çalışmada ilk olarak DDSA'nın tanımı yapılacak; türleri ve karakteristik özellikleri üzerinde durulacaktır. İkinci olarak uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma bağlamında silahlı gruplar meselesi ele alınacaktır. Üçüncü olarak uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukun DDSA'lar üzerindeki bağlayıcılığı ve hukuksal dayanağı sorunu incelenecektir. Dördüncü olarak DDSA'ların insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla hesap verirliliği ve sorumluluğu konusu değerlendirilecektir. Bu çerçevede DDSA'ların dolaylı ve doğrudan sorumluluk mekanizmaları üzerinde durulacak ve mevcut modellerin yeterli olup olmadığı sorgulanacaktır. Sonuç bölümünde ise yukarıda belirtilen sorunsallara ilişkin tespit ve değerlendirmeler yapılacaktır.

Devlet Dışı Silahlı Aktör Kavramı ve Karakteristik Özellikleri

1648 Vestfalya Barış Anlaşmalarıyla ortaya çıkan ulus devlet anlayışının yansıması olarak devletler, uluslararası hukukun asli kişisidir. Ancak günümüz uluslararası hukuk sistemi sadece devletlerin oluşturduğu bir yapı olmaktan çıkmıştır. Fonksiyonel kişiliğe sahip uluslararası örgütler yanında, uluslararası hükümet-dışı örgütler (*international non-governmental organizations* (NGOs)), çok-uluslu şirketler, ulusal kurtuluş hareketleri ve özel askeri şirketler gibi devlet dışı aktörler de sistemin işleyişinde önemli işlevler görmeye başlamıştır.⁴ Başarısız devletlerin çoğalması, küreselleşmenin hız kazanması ve yeni teknolojik gelişmelerin etkisiyle bu süreçte devlet dışı silahlı gruplarda güçlenmiş ve devlet dışı aktörlerin olumsuz bir yönünü oluşturmuştur.⁵ Günümüzde DDSA'lar devlet merkezli kalmaya devam eden hukuk sistemine meydan okumakta ve incelenmesi gereken bir "anormallik" teşkil etmektedir.

⁴ Kemal Başlar. (2005). *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar*, Ankara: Usak Yayınları, 173.

⁵ Kemal Başlar, a.g.e., 198.

DDSA kavramının evrensel düzeyde kabul görmüş bir tanımı yoktur. Bununla birlikte DDSA denildiğinde; i) amaçlarını gerçekleştirmek için şiddet kullanma istek ve kapasitesine sahip; ii) düzenli ordu, başkanlık muhafızları, polis ya da özel kuvvetler gibi resmi devlet kurumlarına entegre olmamış; iii) politika, askeri operasyonlar, kaynaklar ve altyapı bakımından belli bir derecede otonomiye sahip yapılar anlaşılmaktadır.⁶ DDSA'ların en önemlileri arasında isyancılar (rebels), asi-ayaklananlar (insurgents), milis güçler, kabile reisleri, savaş ağaları, terör örgütleri, mafya, paralı askerler, özel askeri şirketler ve çapulcular yer almaktadır.⁷ Bazı benzerliklerine rağmen DDSA'lar büyük ölçüde "heterojenliği" temsil etmektedirler. Bazısı açık "siyasal" gayelere sahipken diğer durumlarda bu daha az biçimlidir. Bazısı toprak kontrol ederken ve devlet benzeri bir idare kurmuşken diğerlerinin daha gevşek bir komuta yapısı vardır. Bazısı kırsal bölgelerde gerilla savaşı gerçekleştirirken diğerleri şehir savaşı yapmaktadır. Bazısı askeri hedeflere saldırı stratejisini benimserken; diğerleri sivillere saldırmayı tercih etmektedir.⁸

DDSA'ların karakteristik özelliklerine baktığımızda dört temel özellik göze çarpmaktadır. İlk özellik değişim konusundadır. Teröristler, isyancılar, ayaklanmacılar, gerilla savaşçıları gibi bazı DDSA'lar statükoda radikal değişim isterken; kabile reisleri, savaş ağaları ve mafya gibi diğer yapılar ise statükoyu sürdürmeyi amaçlar. İkinci özellik toprak denetimi konusundadır. Gerilla hareketleri, ayaklanmacı yapılar; kabile reisleri ve savaş ağaları ilke olarak devamlı toprak denetimini amaçlarken; mafya ve terör örgütleri ilke olarak toprak denetimi yapmazlar. Üçüncü özellik şiddet konusundadır. İsyancılar ve gerilla hareketleri amaçlarını fiziksel şiddet kullanarak gerçekleştirirken; terör örgütleri psikolojik etki için şiddette başvurur. Dördüncü özellik hevesler konusundadır.

⁶ Ulrich Schneckener, "Armed Non-State Actors and the Monopoly of Force", file:///Users/imac/Downloads/2_Schneckener.pdf, (erişim: 16.05.2016), 10.

⁷ Ulrich Schneckener, a.g.m.,12.

⁸ Armed Non-State Actors: Current Trends &Future Challenges, (2015). *DCAF Horizon*, Working Paper, 5, 8.

Gerilla hareketleri, milis gruplar, kabile reisleri ve terör örgütleri “sosyo-politik” amaçlar için ekonomik kaynaklara ihtiyaç duyarken; savaş ağaları, paralı askerler, çapulcular ve mafya ise şahsi çıkarları için ekonomik kazanç peşinde koşarlar.⁹ Belirtmemiz gerekir ki bu sınıflandırma ideal türlere dayanmakta olup realitede “gri bölgeler” her zaman mevcuttur. Zira gruplar bir çatışma sürecinde her zaman birbirlerine dönüşebilmektedirler.¹⁰

Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar ve Silahlı Grup Kavramı

Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada çatışmanın tarafı olan devlet dışı aktörlerin hukuki açıdan nitelendirilmesi bu silahlı çatışmaya uygulanacak uluslararası hukuk kurallarını da belirleyecektir.¹¹ Bu nedenle uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada çatışmanın tarafı olan devlet dışı aktörlerin kimler olduğunun berraklaştırılması gereklidir.

Geleneksel uluslararası hukukta iç silahlı çatışmaların gelişiminde çatışmanın ölçüsüne ve yoğunluğuna bağlı olarak üç farklı aşama söz konusudur. Bu aşamalar sırasıyla başkaldırı (*rebellion*), ayaklanma (*insurgency*) ve savaşan taraflıktır (*belligerency*). Bu evrelerin birinden diğerine geçilebilmesi için karşılanması gereken belli kriterler vardır. Bu bağlamda ilk evre olan başkaldırı etki ve ölçü itibarıyla en düşük düzeydeki şiddettir. Başkaldıranlar bu evrede uluslararası hukuk altında hak ve yükümlülükler sahip değilken; devletler uluslararası hukuk tarafından yükümlülüklerle sınırlandırılır.¹² İç çatışmanın bu evresinde ülke devleti, başkaldırıcıyı bastırmak için gerekli tedbirleri dilediği gibi seçebilir ve başkaldıranları iç hukuk mevzuatı çerçevesinde cezalandırabilir.¹³

⁹ Ulrich Schneckener, a.g.m., 13.

¹⁰ A.g.m., 14.

¹¹ Ali İbrahim Akkutay. (2016). “Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması”, *Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(1), 18.

¹² Andrew Clapham. (2006). “Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations”, *IRRC*, 88(863), 492.

¹³ Fatma Taşdemir. (2009). *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 86-87.

Uluslararası örf ve adet hukukuna göre asilik-ayaklanan statüsü, organize bir grup tarafından hükümete ya da otoriteye karşı gerçekleştirilen etki ve ölçü itibariyle başkaldırıdan daha yoğun, daha kapsamlı ve daha uzun süreli bir silahlı şiddet olarak tanımlanmaktadır. Bir başka tanıma göre ise ayaklanma, kurulu bir hükümetin meşruiyetini ortadan kaldırmak veya yerine geçmek için veya bir ülkenin kaynaklarını kısmen ya da tamamen kontrol etmek için düzensiz askeri güçler ve illegal siyasi örgütler kullanılarak sürdürülen “uzamış” siyasi-askeri bir faaliyettir.¹⁴ Kapsamı “ayaklanan” statüsünü tanıyan devletlerce belirlenmekle birlikte, bu statünün tanınması ile özellikle iki hukuksal etkinin tanındığı kabul edilmektedir. Bu hukuksal etkiden ilki ayaklananlara savaş tutsağı muamelesi yapılmasıdır. İkincisi ise, ayaklananların eylemleri nedeniyle meşru hükümetin uluslararası sorumluluğunun bulunmamasıdır. Ancak tanınan hak ve yetkilerin kapsamı hiçbir zaman ayaklananlara “açık denizde” gemileri ziyaret hakkı ile denizde el koyma (müsadere) ve limanları ablukaya alma hakkını tanımaya varmamaktadır.¹⁵

Savaşan taraflık (*belligerency*) statüsünün tanınması devlet uygulamalarıyla 19.yüzyılda şekillenmiştir. Savaşan taraflıkta etki ve ölçü bakımından uluslararası nitelikte bir silahlı çatışmaya benzer bir durum vardır. Doktrin, iç çatışma durumlarında insancıl hukuk normlarının uygulanmasını gerektiren tek kurumdur. Savaşan taraf statüsünün tanınması için belli koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Lautherpact, savaşan taraf statüsünün tanınması için dört kriter saymıştır: İlk olarak bir devlet içinde genel nitelikte bir silahlı çatışma olmalıdır. İkinci olarak asi-ayaklanan kuvvetlerin ülke topraklarının önemli bir kısmını işgal etmesi ve yönetmesidir. Üçüncü olarak asi-ayaklanan kuvvetlerin çatışmaları sorumlu bir komutanın yönetimi altında ve savaş hukuku kurallarına uygun olarak gerçekleştirmesidir. Dördüncü olarak çatışmaların, üçüncü devlet-

¹⁴ Seth G. Jones ve Patrick B. Johnston. (2013). “The Future of Insurgency”, *Studies in Conflict & Terrorism*, 36,1.

¹⁵ Fatma Taşdemir, a.g.e., 88; Ali İbrahim Akkutay, a.g.m., 19.

lerin çatışan taraflara yönelik davranışlarını diplomatik ya da ekonomik bakımdan savaşılan taraf statüsüne göre tanımlamalarını gerektirecek bir yoğunluğa ulaşmasıdır.¹⁶

Savaşılan taraf statüsünün tanınması geçici ve sınırlı bazı hukuksal sonuçlar doğurmaktadır. Savaşılan taraf statüsünün ülke devleti tarafından tanınması halinde, ülke devleti bunlara uluslararası insancıl hukuk kurallarını (*jus in bello*) uygulamak durumunda kalacaktır. Savaşılan taraf statüsünün üçüncü devletler tarafından tanınması halinde, tanıyan devlet, yasal hükümet ve savaşılan taraf statüsü tanıdığı kuvvetler arasında uluslararası örfî tarafsızlık hukukunu uygulamayı kabul edecektir.¹⁷ Savaşılan taraflık doktrini günümüzde uluslararası ilişkiler açısından yüksek uygulama eşiğine sahip olması, tanıma koşullarındaki belirsizlikler ve asilik-ayaklanmadan ayırt edilmesindeki zorluklar nedeniyle önemini yitirmiştir.¹⁸ Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramı önem kazanmıştır.

Uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışmanın varlığı için devletler arasında silahlı güce başvurulmuş olması yeterli olup spesifik bir şiddet düzeyine ulaşılması gerekli değildir.¹⁹ Oysa uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın olabilmesi için taraflar arasında belli yoğunlukta, uzamış (*protracted armed violence*) bir silahlı şiddetin olması ve DDSA'ların belli düzeyde örgütlenmiş bir yapıya ulaşmış olması gereklidir.²⁰

¹⁶ Hersch Lauterpact. (1947). *Recognition in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 175-176, Fatma Taşdemir, a.g.e., 90-91'den iktibas edilmiştir.

¹⁷ Fatma Taşdemir, a.g.e., 95-98.

¹⁸ Sally Alexandra Longworth. (2008). *Obligations of Non-State Armed Actors in Internal Armed Conflicts*, Faculty of Law Lund University, (Master Thesis), Spring, 17.

¹⁹ Zakaria Dabone. (2011). International Law: Armed Groups in a State-Centric System", *IRRC*, 93(882), 409.

²⁰ Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) bir silahlı grubun "örgütlü" sayılabilmesi için aşağıdaki özelliklere sahip olması gerektiğini belirtmiştir: Grup içinde bir komuta yapısının, disiplin kurallarının ve mekanizmalarının olması; grubun bir merkezinin olması; grubun belli bir toprağı kontrol etmesi; grubun silah, diğer askeri teçhizat, asker ve askeri eğitim elde etme yeteneğinde olması; grubun birlik hareketi ve lojistik dahil askeri operasyonları planlama, koordine etme ve gerçekleştirme yeteneğinde olması; grubun birleşik askeri strateji tanımlama yeteneğinde olması ve askeri taktikler kullanması; grubun tek

Modern uluslararası hukukta uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar dört ana kaynaktan düzenlenmiştir: i) Martens hükmü; ii) 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 (Mini Sözleşme); iii) 1977 tarihli II Numaralı Ek Protokol; iv) 1998 Roma Statüsü madde 8 (2) (c-f).

1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3’de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu durum maddenin uygulama kapsamının geniş yorumlanmasına neden olmuştur.²¹1977 tarihli II Numaralı Ek Protokol’ün 1. maddesi uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmayı negatif bir şekilde şöyle tanımlamaktadır: “*Bir yüksek akit tarafın ülkesinde bu tarafın silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komutanın yönetiminde ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri hareket yürütmeye izin verecek ve bu Protokol’ü uygulayacak düzeyde denetim sağlayan ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasında geçen silahlı çatışmalardır.*” Ek Protokol’ün 1. madde 2. paragrafı ise “*Bu Protokol, silahlı çatışma olarak değerlendirilmeyen, sokak hareketleri, ayrı ayrı ve öngörülmemeyen bir biçimde şiddet eylemleri ve benzeri öteki eylemler gibi iç gerginlikler ve iç karışıklıklar durumlarında uygulanmayacaktır*” şeklindedir. Bu tanım göreceli olarak “yüksek yoğunluktaki” silahlı çatışmaları kapsamaktadır. Protokol, yalnızca bir Yüksek Akit tarafın silahlı kuvvetleri ile ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasındaki silahlı çatışmalara uygulanmaktadır. 17 Temmuz 1998 tarihli Roma Statüsü madde 8 (2) (f)’de ise silahlı çatışma “*Paragraf 2 (e)...Bir devletin topraklarında, hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli*

ses olarak konuşabilmesi ve grubun ateşkes ya da barış görüşmeleri gibi anlaşmalar yapabilmesi. Bkz., ICTY, *The Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, Case No. ICTY-IT-04-82-T, Judgment (Trial Chamber), 10 June 2008, paras. 194-205, http://www.icty.org/x/cases/boskoski_tarculovski/tjug/en/080710.pdf, (erişim: 28.12.2016); *Decision on the Defence Motion Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Appeals Chamber, IT-94-1, 2 October 1995, para. 70, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>, (erişim: 28.12.2016).

²¹ Arne Willy Dahl ve Magnus Sandbu. (2006). “The Threshold of Armed Conflict”, *Mil.L.&L. War Rev.*, 45, 370-371.

silahlı çatışmalara uygulanır” şeklinde tanımlanmıştır. Daha düşük bir yoğunluk eşiğini benimseyen bu tanım iç silahlı çatışmanın yalnızca hükümet kurumları ile örgütlü gruplar arasında değil; aynı zamanda bu grupların kendi aralarında da gerçekleşebileceği kabul etmektedir.²²

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Devlet Dışı Silahlı Aktörler (DDSA’lar) Üzerindeki Bağlayıcılığı Sorunu

DDSA’lar uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında çok yaygın ve sistematik insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini gerçekleştirmektedirler. Bu durum “asgari” düzeyde bile olsa uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda DDSA’ları bağlayan insan hakları ve insancıl hukuk kurallarının olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarmaktadır.

Uluslararası insancıl hukukun belli bir düzeyde “örgütlenme” kapasitesine sahip; toprak üzerinde etkin denetim icra eden; insancıl hukuka saygı gösterme kapasitesinde olan ve silahlı çatışmada bir “tarafa” dönüşebilen DDSA’lar üzerinde bağlayıcı olduğu tartışmasızdır.²³ Bu bağlamda asgari düzeyde koruma veren 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi “*çatışmanın her bir tarafına*” yükümlülükler getirirken; 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli II Nolu Protokol, yalnızca Protokol’deki koşulları yerine getiren kuvvetler bakımından uluslararası yükümlülükler getirmektedir.²⁴ Yine 1954 tarihli Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi (madde 19/1) ile İkinci Protokolü (madde 22) ve 21 Aralık 2001 tarihinde gözden geçirilen “Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayırım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Belirli Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması veya Sınırlandırılması Sözleşmesinin Tadil Edilmiş II Nolu Protokolü”(madde 1/3) DDSA’lar üzerin-

²² Arne Willy Dahl ve Magnus Sandbu, a.g.m., s.372.

²³ Marco Sassöli. (2010). “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance With International Humanitarian Law”, *JIHLS*, 1(5), 14.

²⁴ Andrew Clapham, a.g.m., 498.

de bağlayıcıdır.²⁵ Ayrıca DDSA'lar uluslararası insancıl teamül hukuku normlarıyla da bağlıdır. Nitekim Darfur bağlamında, BM Uluslararası Soruşturma Komisyonu DDSA'ları bağlayan teamül hukuku kurallarının bir listesini düzenlemiştir.²⁶

Uluslararası insan hakları hukukunun DDSA'lara uygulanabilirliği ise oldukça tartışmalı bir meseledir. Zira günümüzde önem taşıyan insan hakları sözleşmeleri DDSA'lar için yükümlülükler getirmemektedir.²⁷ Ancak uluslararası düzeydeki uygulamalar ve kınamalar toprak üzerinde “etkin denetim” yapan DDSA'ların örfi insan hakları hukuku ile bağlı olduğunu göstermektedir. Nitekim Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi DDSA'ların silahlı çatışma sırasında insan hakları yükümlülüklerinin ihlalleri dolayısıyla sorumlu olduğuna dair bir uygulamayı desteklemektedir.²⁸ Dolayısıyla uluslararası insan hakları hukuku, “etkin toprak denetimi” yapan tüm silahlı grupları bağlamaktadır. Söz konusu insan hakları ihlallerinin büyük çoğunluğunun aynı zamanda “*lex specialis*” olarak insancıl hukuk ihlalleri olduğu da belirtilmelidir.²⁹ Öte yandan son dönemlerde *jus cogens* nitelikteki insan hakları

²⁵ Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck. (2005) *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt I: Kurallar*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: Beta Basım, 555; Annyssa Bellal ve Stuart Casey-Maslen. (2001). “Enhancing Compliance with International Law Armed Non-State Actors”, *Goetting Journal of International Law*, 3(1), 181-183.

²⁶ BM Darfur Konusunda Uluslararası Soruşturma Komisyonu Raporunda uygulanması gereken başlıca örfi hukuk normları arasında “sivilere savaşılar arasında ayrım ilkesini; sivilere kasıtlı saldırı yasağını; sivilleri terörize etmeyi amaçlayan saldırıların yasaklanmasını; işkence, gayri-insani ya da kötü muamele yasağını; sivillerin zorla göç ettirilmesi yasağını; rehin alma yasağını; yağma yasağını; sivillere ayırım gözetmeyen saldırı yasağını; düşman savaşıllara kötü muamele yasağını; çatışma dışı kalmış kişilere (*hors de combat*) insani muamele yükümlülüğünü; kültürel bina ve nesnelere saldırı yasağı vb. saymıştır. Bkz., *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General- Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, Geneva, 25 January 2005, para. 166, http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf. (erişim: 28.12.2016).

²⁷ Emily Chertoff, Lara Dominguez, Zak Manfredi ve Peter Tzeng. (2015). *State Responsibility for Non-State Actors That Detain in the Course of a NIAC*, A Report of Center for Global Legal Challenges, 15.

²⁸ Tilman Rodenhauer. (2015). “International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria”, *International Review of Law*, 2, 4.

²⁹ Tilman Rodenhauer, a.g.m., 4.

hukuk normlarının bir silahlı çatışmaya taraf olmasına da belli bir ülkede *de facto* otorite olarak hareket etmese de tüm DDSA'ları bağlayacağı ileri sürülmektedir.³⁰

Sonuç olarak uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada DDSA'ların insan hakları ve insancıl hukuka saygı göstermesi gerektiği konusu tartışmalı değildir.³¹ DDSA'lar tüm bu düzenlemelerle bağlıdır ancak bu durum DDSA'ları uluslararası insancıl hukukun bir süjesi yapmaz.³² Silahlı gruplar uluslararası hukukta göreceli olarak düşük bir statüye sahiptir ve üstün gücü elinde tutan devletlerin düşmandırlar.³³ O halde insan hakları ve insancıl hukuk normlarının DDSA'lara uygulanabilirliğinin hukuksal esası nedir?

Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası İnsancıl Hukuka Bağlı Olmasının Esasları

DDSA'ların insancıl hukuk normlarına bağlı olmasının hukuksal esasını açıklamaya çalışan beş ana yaklaşım ileri sürülmektedir. Bu yaklaşımlar 1) Teamül Hukuku Yaklaşımı; 2) Genel Hukuk İlkeleri Yaklaşımı; 3) Rıza Yaklaşımı; 4) Devlet Ardıllığı Yaklaşımı ve 5) Yasama Yetkisi Yaklaşımıdır.³⁴

Teamül Hukuku Yaklaşımı

Teamül hukuku yaklaşımına göre uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kuralları DDSA'ları bağlar. DDSA'ların uluslararası nitelikte olmayan

³⁰ A.g.m., 5.

³¹ Veronika Bilkova. (2015). "Establishing Direct Responsibility of Armed Opposition Groups for Violations of International Humanitarian Law?", içinde (Eds.), Noemi Gal-Or, Cedric Ryngaert ve Math Noortmann, *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, 263, Leiden, Boston: Brill Nijhoff.

³² Ezequiel Heffes. (2013). "The Responsibility of Armed Opposition Groups For Violations of International Humanitarian Law: Challenging The State-Centric System of International Law", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 4, 87.

³³ Zakaria Dabone, a.g.m., 397.

³⁴ Sandesh Sivakumaran. (2006). 'Binding Armed Opposition Groups', *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 370; Daragh Murray.(2015). "How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups", *Journal of Conflict & Security Law*, 20(1), 103.

silahlı çatışmaları düzenleyen enstrümanlara bizzat taraf olması gerekli değildir.³⁵

Bu yaklaşım aslında iki temel önermeye dayanmaktadır. İlk önerme uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen kuralların uluslararası teamül hukuku statüsünde olduğudur. İkinci önerme ise DDSA'ların "uluslararası hukuk kişiliğine" sahip olduğudur. İlk önermeyi ele aldığımızda 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3'ün teamül hukuku statüsünde olduğu artık tartışmalı değildir.³⁶ Ancak aynı şey 1977 tarihli II Nolu Ek Protokol hükümleri ve 1954 tarihli Kültürel Varlıklara ilişkin Lahey Sözleşmesinin hükümleri açısından geçerli değildir.³⁷ Dolayısıyla söz konusu yaklaşım sözleşme esaslı insancıl hukukunun DDSA'lar üzerindeki bağlayıcılığını açıklamada dayanak sağlamamaktadır.³⁸ İkinci önermeyi değerlendirdiğimizde ise, uluslararası örfi hukukun uygulanmasında devlet olup olmama değil uluslararası kişilik önem taşımaktadır.³⁹ Ne var ki örgütlü silahlı muhalif grupların, sınırlı bile olsa hukuk kişiliğine sahip olması bunlara meşruluk bahşedecektir.⁴⁰ Üstelik uluslararası hukuk kişiliğini yorumlama "örgütlü silahlı muhalif bir grup uluslararası hukuk çerçevesinde hak ve yükümlülükler sahipse uluslararası hukuk kişisidir; uluslararası hukuk kişisi ise uluslararası hukuk çerçevesinde hak ve yükümlülükler

³⁵ Uygulamada bu yaklaşım Özel Sierra Leone Mahkemesi tarafından, Devrimci Birleşik Cephe'yi (Revolutionary United Front (RUF)); Darfur Uluslararası Soruşturma Komisyonu tarafından Sudan Bağımsızlık Hareketi/Ordusunu (Sudan Liberation Movement/Army (SLM/A)); Adalet ve Eşitlik Hareketini (Justice and Equality Movement (JEM)) ve Uluslararası Adalet Divanı (UAD) tarafından Kontraları bağlı saymak için ileri sürülmüştür. Bkz., Jann K. Kleffner. (2011). "The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups", *International Review of the Red Cross*, 93(882),454; Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 372.

³⁶ Bkz., *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, Merits*, ICJ Reports (1986) para. 218, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, (erişim: 28.12.2016); *Prosecutor v. Tadić...*, para. 98.

³⁷ Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 372.

³⁸ Jann K. Kleffner, a.g.m., 455.

³⁹ Daragh Murray, a.g.m., 106-107.

⁴⁰ Jann K. Kleffner, a.g.m., 455; Daragh Murray, a.g.m., 108.

sahiptir (*Certum est quia impossibile est!*)” şeklinde bir kısır döngüye de yol açacaktır.⁴¹

Uluslararası Genel Hukuk İlkeleri Yaklaşımı

Uluslararası hukukun asli kaynaklarından olan uluslararası genel hukuk ilkeleri, birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmasına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan devletlerin ortak hukuk değerini içeren kurallardır.⁴² Uluslararası insancıl hukuk yükümlülüklerinin DDSA’lara uygulanması konusunda ileri sürülen bu yaklaşım aslında uluslararası teamül hukuku yaklaşımının bir varyasyonudur. Yaklaşım uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen kuralların, uluslararası genel hukuk ilkeleristatüsünde olmaları sebebiyle DDSA’ları bağlayacağını savunmaktadır. Burada temel mesele hangi kuralların genel hukuk ilkelerini yansıtmakta olduğunun açık olmamasıdır. Bu sorunun varlığı uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen tüm kuralların genel hukuk ilkeleri olarak DDSA üzerinde bağlayıcı olmayacağına işaret eder. Bu nedenle söz konusu yaklaşım sınırlı bir kullanım alanına sahiptir.⁴³

Rıza Yaklaşımı

Rıza yaklaşımı uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen anlaşmaların taraf olmamalarına karşın DDSA’lar üzerindeki bağlayıcı gücünü, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 34. maddesinde yer alan *Pacta Tertius* prensibine dayandırmaktadır.⁴⁴ Bu yaklaşıma göre DDSA’lariki koşulun yerine gelmesi halinde sözleşmelerle bağlı olacaktır. İlk koşul devletlerin, antlaşma hükümlerinin DDSA’ları bağlayacağına rıza vermiş

⁴¹ Jann K. Kleffner, a.g.m., 456.

⁴² Hüseyin Pazarıcı. (2006). *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, 114.

⁴³ Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 377.

⁴⁴ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 34’de yer alan “*Pacta tertius nec nocent nec prosun* ilkesine göre “*bir anlaşma, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır.*”http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, (erişim: 29.12.2016); Daragh Murray, a.g.m., 116-117.

olmasıdır. İkinci koşulsu, DDSA'ların da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen anlaşma hükümleriyle bağlı olmaya "rıza" göstermiş olmasıdır.

Bu yaklaşım da eleştirilere açıktır. Öncelikle DDSA'lardan alınan rızanın uluslararası hukuktaki konumu çok açık değildir. Kimi yazarlar, silahlı muhalif grupların uluslararası yükümlülüklerine "rıza" göstermesini, uluslararası hukuka uymayı arttıracak bir faktör olarak değerlendirilmektedir.⁴⁵ Bu alanda çarpıcı bir gelişme DDSA'ların bizzat kendileri tarafından silahlı çatışmayı düzenleyen hukuk kurallarının bir kısmına uyacaklarını belirten tek yanlı taahhütlerin, deklarasyonların, davranış yasalarının ve mutabakat muhtıralarının kabul edilmesidir.⁴⁶ Ulusal kurtuluş hareketleri başta olmak üzere DDSA'ların uluslararası insancıl hukuk ilkelerine saygı gösterme beyanlarının ardında kendilerini ve amaçlarını uluslararası alanda meşrulaştırmak ve ayaklanmacı ya da terörist statüsünden çıkarak uluslararası toplum tarafından desteklenme arzusu vardır.⁴⁷ 2000 yılında faaliyete geçen Cenevre Çağrısı (Geneva Call) gibi NGO'lar DDSA'lar tarafından anti-personel kara mayınlarının kullanılmaması, silahlı çatışmalarda çocukların korunması, silahlı çatışmalarda cinsel şiddetin yasaklanması gibi konularda verilen taahhütleri gözlemlemektedir.⁴⁸

Bu yaklaşım "rıza" vermeyen DDSA'ların durumunu açıklamakta eksik kalmaktadır. Zira DDSA'larrıza vermedikleri hak ve yükümlülüklerle bağlı olmayacak demektir. Normların uygulanmasını DDSA'ların rızasına dayandırmak bunları devlet ile aynı statüye koyma anlamına gelir ki bu durum uluslara-

⁴⁵ Noelle Higgins. (2009). "The Regulation of Armed Non-State Actors: Promoting the Application of the Laws of War to Conflicts Involving National Liberation Movements", *Human Rights Brief*, 17(1), 13; Daragh Murray, a.g.m., 109-110.

⁴⁶ Noelle Higgins, a.g.m., 13; Andrew Clapham, a.g.m., 511.

⁴⁷ Noelle Higgins, a.g.m., 13.

⁴⁸ Pascal Bongard ve Jonathan Somer. (2011). "Monitoring Armed Non-State Actor Compliance With Humanitarian Norms: A Look at International Mechanisms and The Geneva Call Deed of Commitment", *IRRC*, 93(883), 685-687.

rası örgütler ve devletler tarafından kabul edilebilir bir sonuç değildir.⁴⁹ Üstelik bu yaklaşım çatışmadan çatışmaya, silahlı muhalif gruptan gruba ve sözleşmeden sözleşmeye geçebilecek *ad hoc* bir yaklaşımdır.⁵⁰

Ardıllık Yoluyla Sözleşmelerin Bağlayıcı Yapısı Yaklaşımı

Ardıllıkuzun süre önceki devletin hak ve yükümlülüklerinin sonraki devleti bağlaması biçiminde anlaşılmıştır. Ancak bugün ardıl olma ile bir ülke üzerinde yetkilerin devletler arasında ele değiştirilmesi olayı kastedilmektedir.⁵¹ İnsancıl hukukun DDSA'lar üzerindeki bağlayıcılığını açıklayamaya çalışan bu yaklaşım, fiilen hükümet haline gelen DDSA'lar ile bu statüye henüz ulaşamayan ancak ülkenin bir kısmında etkin toprak kontrolü yapan silahlı muhalif grupların insancıl hukuk normlarıyla bağlı olduklarını iddia etmektedir.⁵²

Ancak bu yaklaşım da eleştirilere açıktır. İlk olarak fiilen hükümet haline gelen bir silahlı muhalif gruplabu statüyü elde edemeyen silahlı muhalif grup arasında ayırım yapmak gereklidir. Hükümet haline gelen silahlı muhalif gruba “ardıllık” ilkesi uygulanabilir veuluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen kurallar muhalif grubu bağlar. Fakat burada dikkat edilmesi gereken nokta insancıl normların DDSA'ları silahlı muhalif bir grup olarak değil yenice kurulan bir hükümet olarak bağlayacak olmasıdır.⁵³ Öte yandan bu yaklaşım yalnızca mevcut hükümetin değişmesi için mücadele verenDDSA'lara uygulanamaz.⁵⁴ Zira bir silahlı çatışmaya taraf olan DDSA'ların çatışmayı sona erdirmemede ve yeni bir hükümet olmamada da çıkarları olabilir. Bunlar bölgeyi istikrarsızlaştırarak ekonomik kaynaklara ulaşmayı tercih edebilirler. Böyle bir

⁴⁹ Liesbeth Zegveld. (2002). *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 18.

⁵⁰ Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 379.

⁵¹ Hüseyin Pazarıcı, a.g.e., 350.

⁵² Liesbeth Zegveld, a.g.e., 15; Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 379-380.

⁵³ Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 380.

⁵⁴ A.g.m., 380.

olasılıkta söz konusu yaklaşım ikna ediciliğini yitirmektedir. Bu yaklaşım tüm örgütlü silahlı grupların insancıl hukukla bağli olmasını öngörememektedir.⁵⁵

Yasama Yetkisi Yaklaşımı

Yasama yetkisi yaklaşımı uluslararası insancıl hukukun DDSA'lar üzerinde neden ve nasıl bağlayıcı olduğunu açıklamada yazarların çoğunluğu tarafından desteklenen en güçlü yaklaşımdır.⁵⁶ Yasama yetkisi ilkesi yaklaşımı devletin tüm vatandaşları için yasa yapma yetkisi olarak tanımlanabilir.⁵⁷ Yasama yetkisi yaklaşımında DDSA'ların insancıl hukukla bağlanması, üzerinde yaşadıkları devletin sözleşmeleri onaylamış olması yoluyla sağlanmış olur.⁵⁸ Nasıl devletler çeşitli yasalar çıkartıp kendi ülkesinde yaşayan insanlara haklar ve yükümlülükler getiriyorsa aynı şekilde uluslararası anlaşmaları onaylayarak da benzer işlevi yerine getirebilirler. Böylece DDSA'lar da eylemlerini gerçekleştirdikleri devletin uluslararası yükümlülüklerinden etkilenecekler ve insancıl hukukla bağlanabileceklerdir. Buradaki bağlanma devletlerin yükümlülükleri üzerinden "dolaylı" bir bağlanmadır.⁵⁹ Nitekim 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 ve 1977 tarihli II Nolu Ek Protokol'ün tüm taraflara eşit olarak uygulanması amaçlanmış; bu eşit uygulama "egemen ilke" olarak görülmüştür.⁶⁰ Ortak madde 3 "*çatışmanın her bir tarafına*" işaret etmektedir ve tanım itibari ile devletlerin yanında DDSA'ları da zihinde bulundurmaktadır. Ortak madde 3'te, maddenin uygulanmasının tarafların hukuki statüsü üzerinde etkisi olmayacağı da belirtilmiştir. Böylece maddenin farklı yorumlanmasının önü kapatılmış ve devletlerin kaygıları giderilmiştir.⁶¹

⁵⁵ Jann K. Kleffner, a.g.m., 453-454.

⁵⁶ Teoriyi destekleyenler için bkz., Lindsay Moir. (2002). *The Law of Internal Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press, 53-54; Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 381-393; Jann K. Kleffner, a.g.m., 445.

⁵⁷ Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 381.

⁵⁸ Liesbeth Zegveld, a.g.e., 15.

⁵⁹ Daragh Murray, a.g.m., 130.

⁶⁰ A.g.m., 125.

⁶¹ Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 383.

Doktrininde çok geniş bir destek bulmasına rağmen yasama yargı yetkisi ilkesi yaklaşımı da sorunsuz değildir. Bu yaklaşıma yöneltilen eleştirilerden bir tanesi andlaşmaların doğrudan etkisi konusunda uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyle alakalı olarak devlet uygulamalarındaki farkı ihmal etmesidir. Monist sistemi benimseyen ülkelerde uluslararası andlaşmalar onaylandığında “doğrudan” uygulanabilirken; düalist sistemi benimseyen diğer ülkelerde ise andlaşmaların onaylanması aynı etkiyi doğurmamaktadır. Transformasyon ile andlaşmanın iç hukukun bir parçası haline getirilmesi gereklidir. Dolayısıyla düalist hukuk sistemlerinde bir andlaşmayı onaylayarak devlet vatandaşlarını doğrudan bağlayamaz.⁶²

Yaklaşıma yönelik eleştirilerden bir başkası ise DDSA’lar cephesinde rızanın olmaması ve bundan kaynaklı pratik sonuçlardır. DDSA’ların rıza vermedikleri kurallarla bağlı olmayı reddedeceklerine inanılmakta ve bu hususta Kolombiya ve Vietnam örnekleri gösterilmektedir. Zira Vietnam Savaşı sırasında Güney Vietnam Ulusal bağımsızlık Cephesi hükümetin taraf olduğu sözleşmelerle bağlı olmayacağını ilan etmişti. Benzer şekilde Kolombiya’da FARC, teoride insani standartları desteklediğini ancak doğrudan kendileriyle müzakere edilmediği için 1977 tarihli II Nolu Ek Protokolü kabul etmediklerini bildirmişti.⁶³

Yaklaşıma yönelik bir başka eleştiri yaklaşımın “aktif kişilik” yetkisine dayanması konusundadır. Bu yaklaşım DDSA’ların ilgili sözleşmeleri onaylamayan devletlerin vatandaşlarından oluştuğu bir durumda insancıl hukuk sözleşmelerinin neden bağlayıcı olduğunu ortak madde 3 için olmasa da II Nolu Ek Protokol, 1980 Sözleşmesine ek Anti-Mayın Protokolü ve 1954 Lahey Sözleşmesi bakımından açıklayamamaktadır.⁶⁴ Tüm bu eleştirilere rağmen yasama

⁶² Jann K. Kleffner, a.g.m., 447; Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 384-385.

⁶³ Daragh Murray, a.g.m., 130.

⁶⁴ Jann K. Kleffner, a.g.m., 448.

yetkisi ilkesi yaklaşımı uluslararası insancıl hukukun DDSA'lar üzerinde neden ve nasıl bağlayıcı olduğunu açıklamada en makul yaklaşımdır.

Yukarıdaki yaklaşımların ortaya koyduğu gibi hem devletler hem de DDSA'lar uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada hukuk kurallarına saygı gösterme yükümlülüğü altındadır.⁶⁵

Devlet-Dışı Silahlı Aktörlerin İnsancıl Hukuk İhlalleri Dolayısıyla Sorumluluğu

İnsancıl hukuk normlarının DDSA'lar tarafından ihlal edilmesi halinde uluslararası hukuk DDSA'ların sorumluluğunu düzenlemekte midir?

DDSA'lar uluslararası insancıl hukuk alanında en önemli aktörlerden bir tanesi olmasına karşın DDSA'ların sorumluluğu meselesi uluslararası hukukta ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Bu durum uluslararası hukukta bir “hesap verilebilirlik” boşluğu ortaya çıkarmaktadır.⁶⁶ Yazarların bir kısmı bu boşluğun devletlerin sorumluluğuna ilişkin geleneksel hukuk kurallarının DDSA'lara uygulanarak doldurulabileceğini savunmaktadır. Bir başka grup yazar ise sorunun bireysel cezai sorumluluk rejiminin işletilmesi ile aşılabileceğini ileri sürmektedir. Bir başka grup yazarsa, sorunun bu dolaylı yollardan başka bir yolla yani DDSA'ların insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla “doğrudan” sorumluluk mekanizmasının kurulması ile çözülebileceğini ileri sürmektedir.

Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Dolayısıyla “Dolaylı” Sorumluluğu

DDSA'lar tarafından işlenen insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla sorumlu iki aktör vardır: Bu aktörlerden ilki DDSA'ların liderleri, üyeleri ve destekleyicileri olan “bireylerdir”. İkincisi ise DDSA'lara talimat veren, yöneten ve kontroleden “devletlerdir”.⁶⁷

⁶⁵ Sandesh Sivakumaran, a.g.m., 369-394.

⁶⁶ Liesbeth Zegveld, a.g.e., 97.

⁶⁷ Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, a.g.e., 554; Veronika Bilkova, a.g.e., 266.

Devlet dışı silahlı aktörlerin bireysel cezai sorumluluğu.

Devletler gibi DDSA'larda bireylerden oluşan "kolektif" ve "yapay" varlıklardır. DDSA'lara isnat edilen insancıl hukuk ihlalleri bireyler tarafından işlenir.⁶⁸ Dolayısıyla bu suçlar nedeniyle bireylerin cezai sorumluluğu doğar. İnsancıl hukuk ihlallerinin bireysel cezai sorumluluk doğurduğu ilk defa Nuremberg Mahkeme Statüsünde düzenlenmiştir. Ancak 1990'lara kadar uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenen ihlaller nedeniyle "bireysel" cezai sorumluluğun doğduğu kabul görmemiştir.⁶⁹ Bu konuda dönüm noktası Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) 2 Ekim 1995 tarihli Dusko Tadic kararı olmuştur. EYUCM Tadic Davasında Uluslararası İnsancıl Hukukun "ciddi ihlallerinin", uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda işlenmesi halinde tıpkı "savaş suçları" gibi cezalandırılabilmesine karar vermiştir.⁷⁰ Ardından 1994 yılında kurulan Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde (RUCM) "soykırım" ve "insanlığa karşı suçlar" yanında 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 ve 1977 tarihli II Numaralı Ek Protokol hükümlerinin ihlalleri dolayısıyla da bireysel cezai sorumluluğun doğduğu kabul edilmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesini (UCM) kuran 1999 tarihli Roma Statüsünün 8. maddesinde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenen "savaş suçları" konusunda UCM'ye yargı yetkisi vermiştir.⁷¹ Uluslararası hukukta yaşanan bu son gelişmeler neticesinde artık "ciddi insancıl hukuk ihlalleri" gerçekleştiren DDSA'lar adaletin önünden, geçmişe kıyasla, daha az kaçabilecektir.⁷² Bununla birlikte UCM'nin DDSA'lar ve şirketler gibi kolektif varlıklar üzerinde yargı yetkisinin olmaması, uluslararası düzeyde ceza davalarının çok uzun sürmesi ve bu davalarda sadece

⁶⁸ A.g.e., 272.

⁶⁹ William A. Schabas. (2003). "Punishment of Non-State Actors in Non-International Armed Conflict", *Fordham International Law Journal*, 26(4), 918.

⁷⁰ *Prosecutor v. Tadić...*, paras. 86-95.

⁷¹ Md. 8 (2) (c) ve Md. 8 (2) (e) için bkz., Fatma Taşdemir, a.g.e., 235-238.

⁷² William A. Schabas, a.g.m., 922.

düşük profildeki devletlerin vatandaşlarının yargılanabilmesi nedeniyle bireysel cezai sorumluluk mekanizmasının yetersiz kaldığı görülmektedir.⁷³

Devlet dışı silahlı aktörlerin insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla devletlerin dolaylı sorumluluğu.

Mevcut uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğunu düzenleyen “ikincil kurallar”ıyi tesis edilmiştir.⁷⁴ Örfi yapıdaki bu kurallar Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan “Uluslararası Haksız Fiiller Nedeniyle Devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin 2001 tarihli Sözleşme”de düzenlenmiştir.⁷⁵ Sözleşmenin 1. maddesine göre, bir devletin her uluslararası haksız fiili o devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacaktır. 2. maddesine göre aktif ya da pasif bir davranıştan doğan sorumluluk bu devlete izafe edilecektir. 4. maddesine göre devletlerilke olarak yalnızca *de jure* organ ve kurumlarının (agency) eylemleri dolayısıyla sorumlu olacaktır. Görüldüğü gibi devletler siyasal soyut varlıklar olması ve kişiler aracılığıyla hareket etmesi nedeniyle devletin sorumluluk hukuku da “kurum (agency)” kavramına dayandırılmıştır.⁷⁶ Dolayısıyla ilke olarak hem bireyler hem de birimler olmak üzere özel aktörlerin eylemleri devlete izafe edilemez. Devletler, devlet dışı aktörlerin eylemleri nedeniyle “istisnai” olarak sorumlu tutulabilir. Sözleşmede bu istisnai durumlar beşe ayrılarak düzenlenmiştir.

İlk olarak, 5. madde çerçevesinde devlet organı olmayan fakat bu devletin hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş

⁷³ Annysa Bellal. (2015). “Establishing Direct Responsibility of Non-State Armed Groups for Violations of International Norms: Issues of Attribution”, içinde (Eds.), Noemi Gal-Or, Cedric Ryngaert ve Math Noortmann, *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, 305, Leiden, Boston: Brill Nijhoff.

⁷⁴ Birincil nitelikteki kurallar, hukuki yükümlülüklerin içeriğini ayrıntılı olarak düzenlerken; ikincil nitelikteki kurallar birincil nitelikteki kuralların ihlallerinin sonuçlarını düzenlemektedir. Bkz., Zakaria Dabone, a.g.m.,412.

⁷⁵ *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001*, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, (erişim: 25.12.2016).

⁷⁶ Rene Vark. (2008). “State Responsibility for Private Armed Groups, in the Context of Terrorism”, *Juridical International*, XI, 185.

devlet dışı aktörlerin eylemleri devletin fiili sayılacak ve bunlardan dolayı devlet sorumlu olacaktır.

İkinci olarak, 8. madde çerçevesinde devlet dışı aktör eylemlerini devletin “talimatı”, “yönlendirmesi” ya da “kontrolü” altında gerçekleştiriyorsa bu eylemler devletin fiili sayılacaktır. Bu maddede, devlet dışı aktörlerin insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini devlete izafe etmede UAD tarafından Nikaragua davasında tesis edilen “etkin denetim” testine benzer yüksek bir eşik tesis edilmiştir. Nikaragua davasında UAD ABD’nin belli insan hakları ihlallerinin işlemek için asilere emir verdiğini doğrulayamadığı için Kontraların eylemlerinin ABD’ye izafe edilemeyeceğine hükmetmişti.⁷⁷

Üçüncü olarak, 9. madde çerçevesinde devlet dışı aktör, resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halinde kamu gücü yetkilerini kullanıyorsa ve koşullar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, bu eylemler devletin fiili olarak kabul edilecektir. Belirtmemiz gerekir ki bu madde iç savaş yaşayan başarısız devletlerde, devrim zamanında veya yabancı işgali gibi istisnai durumlarda uygulama alanı bulabilecektir.

Dördüncü olarak, 11. madde çerçevesinde devlete isnat edilmeyen eylem, devlet tarafından kendi eylemi olarak tanınır ve benimsenirse uluslararası hukuka göre bu devletin fiili olarak kabul edilecektir. Burada devlet dışı aktörne *de facto* ne de *de jure* devlet organı olarak hareket etmektedir. Devletlerin devlet dışı aktörlerin eylemlerini kendi eylemleri olarak sözle ya da davranışla açıkça uygun bulması gereklidir.⁷⁸ Uygulamada çok nadir rastlanılan bu ilkenin varlığını somutlaştıran en önemli olay 1979 Tahran rehine krizidir.⁷⁹

⁷⁷ Graham Cronogue. (2013). “Rebels, Negligent Support, and State Accountability: Holding States Accountable for the Human Rights Violations of Non-State Actors”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 23(365), 371.

⁷⁸ Rene Vark, a.g.m., 190.

⁷⁹ Bkz., ICJ, *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, United States of America v. Iran*, Judgement, 24 May 1980, ICJ Reports 1980, para. 115. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=334&p1=3&p2=3&case=64&p3=5>, (erişim: 28.12.2016).

Beşinci olarak, 10. madde çerçevesinde devletin yeni hükümeti haline gelen ya da daha evvelden mevcut bir devletin ülkesinin bir kısmında ya da bunun idaresi altında olan bir toprakta yeni bir devlet kurmayı başaran devlet dışı aktörün eylemi, devletin fiili sayılacak ve sorumluluğuna yol açacaktır.⁸⁰

Görüldüğü gibi 2001 Tarihli Sözleşmenin 5, 8, 9, 10 ve 11. Maddeleri çerçevesinde devletler, silahlı muhalif gruplar dahil diğer devlet dışı aktörlerin eylemleri dolayısıyla dolaylı olarak sorumludur. Söz konusu maddelerdeki dolaylı sorumluluk modeli, devletin gerekli özeni (due diligence) göstermemesinden kaynaklı sorumluluk modelinden oldukça farklıdır.⁸¹ Devletler, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 1. maddesi çerçevesinde insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü altındadır. Devletler DDSA'lar tarafından insancıl hukuk ihlallerini önlemek için gerekli bütün "makul" tedbirleri almakla mükelleftir. Aksi halde devletler gerekli özeni (due diligence) göstermemekten dolayı da sorumluluk taşıyacaktır.⁸²

2011 Libya ve hali hazırda Suriye'de yaşanan iç savaşın ortaya koyduğu gibi DDSA'ların gerçekleştirdiği insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinden dolayı devletleri hesapverir kılmak etkin denetim, bütünsel denetim veya onaylama ilkesi ve yukarıdaki maddeler çerçevesinde çok zordur.

Devletleri, DDSA'ların insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri gerçekleştirebileceğini öngörmesi halinde de sorumlu tutan yeni bir hesap verirlik modelinin tesis edilmesi, devletlerin DDSA'ları desteklemesini daha az cazip hale getirecektir. Ancak böyle bir yeni hesap verirlik modelinin devletlerce kabul edilmesi pek mümkün görünmemektedir.⁸³ Bu nedenle en yüksek düzey-

⁸⁰ Veronika Bilkova, a.g.e., 269-271.

⁸¹ Sten I. Verhoeven. (2015). "International Responsibility of Armed Opposition Groups", içinde (Eds.), Noemi Gal-Or, Cedric Ryngaert ve Math Noortmann, *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, 286-287, Leiden, Boston: Brill Nijhoff.

⁸² Veronika Bilkova, a.g.e., 272.

⁸³ Graham Cronogue, a.g.m., 384.

de devlet hesap veriliğini elde etmede en iyi yol hala politika ve diplomasının kullanılması olarak görülmektedir.⁸⁴

Devlet Dışı Silahlı Aktörler ve Doğrudan Sorumluluk

DDSA'ların insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla doğrudan sorumluluğu tesis edilemez mi?

Uygulamada insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla DDSA'ların “doğrudan” sorumluluğu meselesi uzun bir süre önemsenmemiştir.⁸⁵ Zira bunlar ya çatışmayı kazanıp yeni bir hükümet olmuşlar ya da yenilip ortadan kalkmışlardır. Ancak son dönemde yaşanan gelişmeler uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın yıllarca sürebileceğini ve tüm DDSA'ların varlığının her zaman kısa ömürlü olmadığını göstermiştir. Bu durum DDSA'ların insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla doğrudan sorumluluğu meselesini önemli kılmıştır.

DDSA'ların doğrudan sorumluluğunun 2001 Tarihli Sözleşmenin 10.maddesinde düzenlendiği ileri sürülmektedir. 10. maddeye biraz yakından baktığımızda madde sadece yeni hükümet olan “ayaklanmacı veya diğer hareketlerin” davranışlarının uluslararası hukuk altında o devletin fiili olarak değerlendirileceğini belirtmektedir.⁸⁶ “Ayaklanmacı veya diğer hareketlerden” ne kastedildiğine baktığımızda ise Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Yorumunda⁸⁷, 1977 tarihli II Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinde kapsanan silahlı çatış-

⁸⁴ A.g.m., 388.

⁸⁵ Veronika Bilkova, a.g.e., 275.

⁸⁶ 10. madde şu şekildedir:

Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı

1. Devletin yeni hükümeti haline gelen bir isyan hareketinin davranışı, uluslararası hukuka göre bu Devletin fiili olarak kabul edilir.

2. Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı, daha evvelden mevcut bir Devletin ülkesinin bir kısmında ya da bunun idaresi altında olan bir toprakta yeni bir Devlet kurmaya ulaşmışsa, milletlerarası hukuka göre bu yeni Devletin fiili olarak kabul edilir.

3. Bu madde, 4. maddeden 9. maddeye kadar olan maddeler uyarınca, Devletin fiili olarak kabul edilmesi gereken bütün davranışların, bunlar herhangi bir biçimde isyan hareketinin davranışlarına bağlı olmuş olsa da, Devlete isnat edilmesine engel olmaz. Bkz., *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001.

⁸⁷ *ILC Commentary to the Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*, 2001, A/56/10, 53rd session 2001, *Commentary to Article 10*, para. 9, 51,

malardaki uygulama eşiğinin bir rehber olarak alınabileceği ileri sürülmektedir.⁸⁸ 1. Maddedeki koşullar sağlanmıyorsa bir grup “bir bütünlük” olarak değerlendirilmeyecektir.⁸⁹ Sözleşmenin 10. maddesi hareket yeni hükümet haline gelmeyi başarır veya yeni bir devlet oluşturursa, ayaklanmacı hareketin eylemi devlete izafe edilmektedir. Böylece ayaklanmacı hareket ile yeni hükümet ya da yeni devlet arasında “devamlılık” olması gerekmektedir. Nevarki devlet uygulamaları 10. maddenin özellikle ayaklanmacı hareketin yeni bir devlet kurmasıyla alakalı olarak, çok ender bir durum olduğunu teyit etmektedir.⁹⁰ Üstelik 10. madde kapsam ve uygulama bakımından tam olarak berrak değildir ve DDSA’ların doğrudan sorumluluğunu düzenlememektedir.⁹¹

DDSA’ların insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla doğrudan sorumlu tutulabileceği Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı (UKHT) ve birçok akademisyen⁹² tarafından da savunulmaktadır. Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı 2005 tarihli Uluslararası İnsancıl Teamül isimli çalışmasının 149. Kuralında şöyle demektedir: “*Muhalif silahlı gruplar uluslararası insancıl hukuka riayet etmeli (kural 139) ve “sorumlu komuta” altında faaliyet göstermelidir. Bu tür bir grubu oluşturan kişilerin işledikleri fiillerden dolayı sorumluluğa tabi oldukları tartışılabilir birlikte, bu tür bir sorumluluğun sonuçları net değildir*”.⁹³

BM tarafından muhalif silahlı gruplara sorumluluk atfedildiği bazı örnek olaylar da mevcuttur. Örneğin Sudan’daki insan hakları durumuna ilişkin bir raporda BM İnsan Hakları Komisyonu’nun Özel Raportörü, Sudan Halkının Kurtuluş Ordusu’nun “kendi saflarındaki yerel komutanlar” tarafından işlenen sivilleri öldürme, kaçırma, yağmalama ve yardım görevlilerini rehin alma fiille-

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (erişim: 19.12.2016).

⁸⁸ Marco Sassòli. (2002). “State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law,” *International Review of the Red Cross*, 84 (846), 410.

⁸⁹ Ezequiel Heffes, a.g.m., 95.

⁹⁰ Sten I. Verhoeven, a.g.e., 287.

⁹¹ A.g.e., 288.

⁹² Liesbeth Zegveld, a.g.e., 133; Marco Sassòli. (2002), a.g.m., 411. □

⁹³ Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, a.g.e., 554.

rinden dolayı sorumlu olduğunu belirtmiştir.⁹⁴ Yine 27 Aralık 2008-18 Ocak 2009 tarihleri arasında Gazze’de gerçekleşen silahlı çatışma bağlamında İnsan Hakları Konseyi tarafından kurulan BM Gözlemci Misyonu Goldstone Raporunda, bir toprak üzerinde hükümet benzeri işlevler gerçekleştiren DDSA’ların insan haklarına saygı gösterme görevi olduğunu ve bir silahlı çatışmanın tüm taraflarının insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğünde olduğunu vurgulamıştır.⁹⁵ Gerekli özeni gösterme (due diligence) kuralı tipik olarak devlet dışı aktörün eylemleri bakımından devletlere uygulanan bir kuraldır. Goldstone Raporunda ilginç bir biçimde gerekli özeni gösterme (due diligence) kuralının diğer devlet dışı silahlı aktörlerin eylemleriyle alakalı olarak *de facto* yetki icra eden bir devlet dışı aktöre de uygulanabileceği önerilmiştir.⁹⁶

2011 tarihli ve 1973 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararına dayalı NATO’nun Libya müdahalesi sırasında Fransa bir NATO ve BM üyesi olarak Libya Geçici Ulusal Konseyi’ne ciddi hava desteği vermiş; silah ve lojistik yardım yapmıştır. Ancak bu yardımlar etkin denetim veya bütünsel denetim testi altında Fransa’nın sorumluluğuna yol açmamıştır.⁹⁷ Ancak 2011 Libya Konusundaki Uluslararası Soruşturma Komisyonu, Libya Geçici Ulusal Konseyi’nin denetimindeki bölgede işlenen insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu olduğunu değerlendirmiş ve bir an önce insan hakları ve insancıl hukuku uygulanabilir kılması çağrısında bulunmuştur.⁹⁸

Suriye Konusundaki Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu da Ağustos 2012 tarihli üçüncü raporunda insan hakları hukukunun DDSA’lar

⁹⁴ Veronika Bilkova, a.g.e., 597-598.

⁹⁵ *Human Rights In Palestine And Other Occupied Arab Territories Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, G.A. A/ HRC/ 12 /49, 25 September 2009, para. 305, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf>. (erişim: 19.12.2016).

⁹⁶ Annyssa Bellal, a.g.e., 314.

⁹⁷ Graham Cronogue, a.g.m., 381,382.

⁹⁸ Bkz., *Report of the International Commission on Libya*, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A.HRC.19.68.pdf>. (erişim 29.12.2016).

üzerinde de bağlayıcı olduğunu; DDSA'ların *de facto* kontrol icra ettiği topraklarda örfi insan haklarına saygı göstermeleri gerektiğini belirtmiştir.⁹⁹ Rapor Sudan, Gazze ve Libya'dan farklı olarak gevşek bir yapıda olan silahlı grupların bireysel cezai sorumluluğu üzerine odaklanmıştır.¹⁰⁰

DDSA'ların "kolektif" varlıklar olarak doğrudan sorumluluğunu savunanlar bunu "etik" açıdan meşrulaştırmaktadır. Örgütlü grupların, mensuplarının suç işlemesine göz yumabileceği hatta bunları teşvik dahi edebileceği halde, kolektif sorumluluk anlayışının bu durumu engelleyeceği ileri sürülmektedir. Bu yaklaşımı benimseyenlere göre, grubu kolektif olarak hesap verir kılma uluslararası hukukun daha iyi uygulanmasına imkan verecek, ihlalleri önleme ve cezalandırmada eğitim ve yapısal gelişimi teşvik edilebilecektir. Üstelik grubun kolektif sorumluluğu kabul edilirse mal varlıklarına da el konulabilecektir.¹⁰¹

DDSA'ların "kolektif" varlıklar olarak doğrudan sorumluluk mekanizmasına karşı gelenlerin üzerinde durduğu temel argüman ise DDSA'ların uluslararası insancıl hukukun "birincil kaynakları" ile doğrudan bağlı olacak olmalarıdır. Böyle bir adım devletlere uygulanan hukuksal rejimin bir benzerinin de bunlara uygulanmasını sağlayarak DDSA'ların meşruluğunu arttırabilecektir.¹⁰² DDSA'ların hukuksal statülerini güçlendirecek olan bu durum devletler tarafından kabul edilemez.

Siyasi zorlukların ötesinde doğrudan sorumluluk mekanizmasının bir dizi hukuksal ikilemleri de vardır. Bu ikilemler rejimin karakterine, içeriğine, haksız fiillerin DDSA'ya izafe kriterlerine; diğer sorumluluk türleriyle ilişkisine;

⁹⁹ *Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic*, A/HRC/ 21/50, 16 August 2012, Annex II, parag. 10, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-50_en.pdf, (erişim: 19.12. 2016).

¹⁰⁰ Annyssa Bellal, a.g.e., 319.

¹⁰¹ Annyssa Bellal, a.g.e., 306; Marco Sassòli. (2010). "Taking Armed Groups...", a.g.m., 10.

¹⁰² Gökhan Albayrak. (2016). "Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin İnsancıl Hukuk Sorumluluğu ve Suriye Krizi", içinde (Ed.) Fatma Taşdemir, *Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk*, 326, Ankara: Nobelkitap.

DDSA'ların sorumluluğu konusunda başvurulabilecek mahkeme vemerici konularına ilişkindir. Tüm bu ikilemler gerçekten çok karmaşık süreçlerdir.¹⁰³ Sonuç olarak DDSA'ların insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla doğrudan sorumluluğu sorunsalı uluslararası hukukun gri bölgelerinden bir tanesidir.¹⁰⁴

Halihazırda tartışılmaya devam eden bir başka yeni sorumluluk modeli de zararlı sonucun sorumluluğunun devlet, uluslararası örgüt ve devlet dışı aktör arasında paylaşılmasını öngören paylaşımlı sorumluluk (shared responsibility) modelidir.¹⁰⁵ Öyle görünmekteki DDSA'ların sorumluluğu konusundaki tartışmalar daha da alevlenecektir.

Sonuç

Post-modern dönemde artan silahlı çatışmaların bir sonucu olarak Clausewitz'in savaşın devletler arasında gerçekleşen bir olgu olduğu teorisi artık önemini yitirmiştir. DDSA'lar geleneksel olmayan taktik ve araçlarla hergeçen gün daha fazladevlet merkezli uluslararası hukuk sistemine meydan okumaktadır. Rasyonel uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukuk çerçevesinin DDSA'ları kapsamaması gerekmektedir. Ancak devlet merkezli uluslararası hukuk paradigması altında DDSA'ların tanzim edilmesi çok zor görünmektedir.

Silahlı çatışma ortamında sivillerin korunmasını sağlamak için *Geneva Call* gibi NGO'ların, DDSA'ları insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk ilkelerine uymaya teşvik etmesi ve onları bu konuda denetlemesi olumlu bir gelişmedir. DDSA'ların insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk ilkelerine uymalarının ardında ihlallerden kaçınmanın kendilerine pozitif bir imaj yükleyecek olması yatmaktadır. İyi bir ulusal ya da uluslararası imaj DDSA'lar ba-

¹⁰³ Veronika Bilkova', a.g.e., 277-278.

¹⁰⁴ Veronika Bilkova', a.g.e., s.284.

¹⁰⁵ Gökhan Albayrak, a.g.m., s.327.

kımından zaferi garantilemeyecektir, fakat pek çok stratejik seçeneğe kapı açabilecektir.¹⁰⁶

Uluslararası insancıl hukukun ve emredici insan hakları normlarının belli bir düzeyde “örgütlenme” kapasitesine sahip, toprak üzerinde etkin denetim icra eden, insancıl hukuka saygı gösterme kapasitesinde olan ve silahlı çatışmada bir “tarafa” dönüşebilen DDSA’lar üzerinde bağlayıcı olduğu artık tartışmasızdır. Tartışmalı olan husus isemevcut uluslararası insancıl hukuk enstrümanlarının devletler tarafından hazırlandığı ve bunlara yalnızca devletlerin onaylayarak taraf olabildiği hesaba katıldığında, bunların devlet dışı silahlı aktörleri nedenbağlaması gerektiğidir. Bu konuda ileri sürülen yaklaşımlar arasında en açıklayıcı olan teori yasama yetkisi ilkesi yaklaşımıdır.

Devletlerin ana aktör olduğu uluslararası sistemde DDSA’lar uluslararası hukukun bir süjesi değildir. Bu nedenle “hesapverirlik” ve “cezalandırma” modeli de büyük ölçüde devlet düzeyinde ve bireysel cezai sorumluluk düzeyinde kurgulanmıştır.

Bireysel cezai sorumluluk modeli II. Dünya Savaşı’ndan beri *ad hoc* mahkemeler aracılığıyla gelişmiştir. 2002’de göreve başlayan daimi nitelikteki UCM ile artık uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenen savaş suçları dolayısıyla da bireysel cezai sorumluluk doğmaktadır. Dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk modeli şuan en etkin modeldir. Mahkemenin yargılamalarına bağlı olarak UCM Statüsünde ortaya çıkan eksiklikler giderilerek model daha da güçlendirilmelidir.

DDSA’ların gerçekleştirdiği insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla devletlerin dolaylı sorumluluğu modelinde öngörülen gerek etkin denetim, bütünsel denetim gibi ölçütler gerekse 2001 Tarihli Sözleşmenin 5, 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde öngörülen istisnai durumlar sorumluluğun doğması konusunda çok yüksek kriterler öngörmekte ve devlet uygulamalarında çok zor karşılaşılabilecektir.

¹⁰⁶ Olivier Bangerter. (2011). “Reasons Why Armed Groups Choose To Respect International Humanitarian Law or Not”, *IRRC*, 93 (882), 360.

çok uç durumları düzenlemektedir. Ancak devletleri, DDSA'lara desteklerinin öngörülebilir zararlar üretmesi halinde de hesap verir kılan ve böylece devletleri sorumlu tutmada izafe koşullarını düşüren yeni bir modelin devletlerce kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

Devletler, uluslararası örgütler, NGO'lar ve akademisyenler DDSA'ları meşrulaştırmaksızın insancıl hukuka saygı göstermeye teşvik eden ve ihlalleri dolayısıyla etkin şekilde cezalandıran yeni modeller üzerinde tartışmaya ve çalışmaya devam etmelidir.

KAYNAKÇA

- Albayrak, Gökhan. (2016). “Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin İnsancıl Hukuk Sorumluluğu ve Suriye Krizi”, içinde (Ed.) Fatma Taşdemir, *Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk*, Ankara: Nobelkitap.
- Akkutay, Ali İbrahim. (2016). “Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması”, *Ankara Üni. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(1), 1-61.
- Bangerter, Olivier. (2011). “Reasons Why Armed Groups Choose To Respect International Humanitarian Law Or Not”, *IRRC*, 93(882), 353-384.
- Başlar, Kemal. (2005). *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar*, Ankara: Usak Yayınları.
- Bellal, Annyssa ve Stuart Casey-Maslen. (2001), “Enhancing Compliance with International Law Armed Non-State Actors”, *Goetting Journal of International Law*, 3(1), 175-197.
- Bellal, Annyssa. (2015). “Establishing Direct Responsibility of Non-State Armed Groups for Violations of International Norms: Issues of Attribution”, içinde (Eds.), Noemi Gal-Or, Cedric Ryngaert ve Math Noort-

- mann, *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, s.305. Leiden, Boston: Brill Nijhoff.
- Bilkova, Veronika. (2015). “Establishing Direct Responsibility of Armed Opposition Groups for Violations of International Humanitarian Law?”, içinde (Eds.), Noemi Gal-Or, Cedric Ryngaert ve Math Noortmann, *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, Leiden, Boston: Brill Nijhoff.
- Bongard, Pascal ve Jonathan Somer. (2011). “Monitoring Armed Non-State Actor Compliance with Humanitarian Norms: A Look at International Mechanisms and The Geneva Call Deed of Commitment”, *IRRC*, 93(883).
- Chertoff, Emily, Lara Dominguez, Zak Manfredi ve Peter Tzeng. (2015). *State Responsibility for Non-State Actors That Detain in the Course of a NIAC*, A Report of Center for Global Legal Challenges, Center for Global Legal Challenges.
- Clapham, Andrew. (2006). “Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations”, *IRRC*, 88(863), 491 – 523.
- Cronogue. Graham. (2013). “Rebels, Negligent Support, and State Accountability: Holding States Accountable for the Human Rights Violations of Non-State Actors”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 23(365), 365-388.
- Dabone, Zakaria. (2011). “International Law: Armed Groups in a State-centric System”, 93(882), 395-424.
- Dahl, Arne Willy ve Magnus Sandbu. (2006), “The Threshold of Armed Conflict”, *Mil.L. & L. War Rev.*, 45, 369-379.
- Heffes. Ezequiel. (2013). “The Responsibility of Armed Opposition Groups For Violations of International Humanitarian Law: Challenging The State-

- Centric System of International Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 4, 81-107.
- Henckaerts, Jean-Marie ve Louise Doswald- Beck. (2005). *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt I: Kurallar*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: Beta Basım.
- Higgins, Noelle. (2009). "The Regulation of Armed Non-State Actors: Promoting the Application of the Laws of War to Conflicts Involving National Liberation Movements", *Human Rights Brief*, 17(1), 12-18.
- Jones, Seth G. ve Patrick B. Johnston, (2013). “ The Future of Insurgency”, *Studies in Conflict & Terrorism*, 36, 1-25.
- Kleffner, Jann K. (2011). “The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups”, *International Review of the Red Cross*, 93(882), 443-461.
- Longworth, Sally Alexandra, (2008), *Obligations of Non-State Armed Actors in Internal Armed Conflicts*, Faculty of Law Lund University, (Master Thesis), Spring.
- Lele, Ajey. (2014). “Asymmetric Warfare: A State vs Non-State Conflict”, *OASIS*, No 20, 97-111.
- Moir, Lindsay. (2002). *The Law of Internal Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press.
- Murray, Daragh. (2015). “How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups”, *Journal of Conflict & Security Law*, 20(1), 101-131.
- Pazarcı. Hüseyin. (2006). *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Pettersson, Therese ve Peter Wallensteen. (2015). “Armed Conflicts, 1946-2014”, *Journal of Peace Research*, 52 (4), 536-550.
- Rodenhauser, Tilman (2015). “International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria”, *International Review of Law*, 2, 1-16.

- Sivakumaran, Sandesh. (2006). ‘Binding Armed Opposition-Groups’, *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 369–394.
- Sassòli, Marco. (2002). “State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, 84 (846), 401-434.
- Sassòli, Marco. (2010). “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law”, *JIHLS*, 1(5).
- Schabas, William A. (2003). “Punishment of Non-State Actors in Non-International Armed Conflict”, *Fordham International Law Journal*, 26(4), 907-933.
- Schneckener, Ulrich. “Armed Non-State Actors and the Monopoly of Force”, file:///Users/imac/Downloads/2_Schneckener.pdf, (erişim: 16.05.2016).
- Taşdemir, Fatma. (2009). *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Vark, Rene. (2008). “State Responsibility for Private Armed Groups, in the Context of Terrorism”, *Juridical International*, XI, 184-193.
- Verhoeven, Sten I. (2015). “International Responsibility of Armed Opposition Groups”, içinde (Eds.), Noemi Gal-Or, Cedric Ryngaert ve Math Noortmann, *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, 286-287, Leiden, Boston: Brill Nijhoff.
- Zegveld, Liesbeth. (2002). *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Armed Non-State Actors: Current Trends & Future Challenges. (2015). *DCAF Horizon*, Working Paper.
- Decision on the Defence Motion Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Appeals Chamber, IT-94-1, 2 October 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>, (erişim: 28.12.2016).

Human Rights In Palestine And Other Occupied Arab Territories Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, G.A. A/HRC/12/49, 25 September 2009, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf>(erişim:19.12.2016).

ICJ, Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, United States of America v. Iran, Judgement, 24 May 1980, ICJ Reports 1980, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=334&p1=3&p2=3&case=64&p3=5>, (erişim: 28.12. 2016).

ICTY, The Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski, Case No. ICTY-IT-04-82-T, Judgment (Trial Chamber), 10 June 2008, http://www.icty.org/x/cases/boskoski_tarculovski/tjug/en/080710.pdf (erişim 28.12.2016).

ILC Commentary to the Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts 2001, A/56/10, 53rd session 2001, Commentary to Article 10, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (erişim: 19.12.2016)

Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, Merits, ICJ Reports (1986) para 218, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, (erişim 28.12.2016).

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General- Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 January 2005, http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf,(erişim: 28.12.2016).

Report of the International Commission on Libya, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A.HRC.19.68.pdf>, (erişim: 29.12.2016).

Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/ 21/50, 16 August 2012, Annex II, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-50_en.pdf, (erişim: 19.12. 2016).

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, (erişim: 25.12.2016).

32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary armed Conflicts, Report. (2015). ICRC, Geneva.

İPTAL DAVALARINDA SULH

*Arş. Gör. Altı YEŞİLYURT DURAN**

ÖZET

İptal davaları idari işlemlerin hukuka aykırılıkları gerekçesiyle açılan davalardır. Uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurularak çözüme kavuşturulması kural olmakla birlikte yargı dışı çözüm yollarına başvurarak uyuşmazlığı çözmek de mümkündür. Sulh, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla uyuşmazlığı sona erdiren yargı dışı çözüm yollarından (alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından) biridir. Bu çalışmada, iptal davası açılabilir durumlarda sulh yoluyla uyuşmazlığı sona erdirmenin mümkün olup olmadığı ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler: iptal davaları, menfaat ihlali, bireysel-düzenleyici idari işlem, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sulh.

ABSTRACT

The action for nullity, the unlawfulness of administrative act are filed on the grounds. Although the rules of the disputes to be resolved with reference to the judicial, non-judicial possible to resolve the dispute by contacting the solution. Compromise, the non-judicial terminate the dispute by mutual agreement of the parties is one of the solutions. In this study, an amicable

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD.

settlement can be opened in case of action formality will be discussed whether it is possible to end the dispute.

Keywords: action formality, violation of advantage, individual-regulatory administrative act, alternative dispute resolution, compromise.

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilebilmesi için idarenin eylem ve işlemleri üzerinde etkin bir denetim sisteminin kurulması gereklidir¹. İdarenin denetlenmesinde yargı organlarına başvuru en güvenli ve birincil yol olarak görülmektedir. Ancak idarenin yargı yolu ile denetlenmesinde, davaların masraflı olması, makul sürede çözülememesi ve bu nedenle bireylerin haklarına istenilen düzeyde ve sürede ulaşamamalarından dolayı yargılamaya alternatif çözüm yolları son yıllarda ön plana çıkmıştır².

Kişilerin, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla yargı organlarına başvurmaları yalnızca bir alternatiftir³. Çünkü uyuşmazlıkların yargı organlarına başvurmadan çözümünü sağlayan bir takım yollar vardır. Bu yollar, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak adlandırılan ve kişilerin istemleri halinde başvurulmuş dava dışı usullerdir. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından da, bu uyuşmazlıkların mahiyetine uygun düştüğü oranda idari itiraz, tahkim, kamu denetçisine başvurma, uzlaşma-uzlaştırma yolu gibi bir takım yollar, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesine katkı sağlamaktadır⁴.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların yargı dışı yollardan giderilebilmelerine imkan tanıyan düzenlemelerden biri olan sulh; taraflar arasındaki uyuşmazlığın, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla giderilmesidir⁵. 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün

¹ Nusret İlker **Çolak**, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, http://www.ilkercolak.com.tr/idari-uyusmazliklarda-alternatif-cozum-yollari/#_ftn5, E.T. 27.09.2016.

² Arif T. **Payaslıoğlu**, “Yönetimde Davaları Azaltma Yolları”, Amme İdaresi Dergisi, C.2,S.3,Y.1969, s.4-5; Aynur **Cideciğiller**, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.23-24.

³ Robert **Mnookin**, “Alternative Dispute Resolution”, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 232, 1998, p.9.

⁴ Zehra **Odyakmaz/Serkan Çınarlı**, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Orion Kitabevi, 2013 Ankara, s.29-42.

⁵ K. Fikret **Arık**, “Mahkeme Önünde Sulh”, AÜSBFD, C.9, S.1, Y.1954/1, S.142; İlhan **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İÜHFY, Yayın No:443, İstanbul 1975, s.484.

Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesine imkan tanımaktaydı. 659 sayılı KHK'nın çıkarılmasıyla 4353 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve sulh müessesesi 659 sayılı KHK hükümlerine tabi kılınmıştır.

659 sayılı KHK uyarınca idarenin adli ve idari uyuşmazlıklarını sulh yolunu işleterek gidermesi mümkündür. Ancak idari işlemler sebebiyle menfaat ihlalinin söz konusu olduğu bir başka ifadeyle idari işleme karşı iptal davası açılacak durumlarda kişilerin 659 sayılı KHK kapsamında sulh yoluna başvurusu öngörülmemiştir. Çalışmamızda, iptal davası açılacak durumlarda sulh yoluna başvurunun mümkün olup olmayacağı tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. İPTAL DAVASI

A. TANIM

İdari yargılama usulünde idare aleyhine açılacak davalar idari dava olarak adlandırılmaktadır. İdari davalar; idarenin idari faaliyetlerinden, kamu hizmetlerinden kaynaklanan davalardır⁶. İptal davası idari dava türlerinden birini teşkil etmektedir⁷.

İptal davası 2547 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.2'de tanımlanmıştır. Buna göre iptal davası, idarenin tesis ettiği bir idari işlemde şahsi,

⁶ Ragıp Sarıca, İdari Kaza, Cilt I, Kenan Matbaası, İstanbul 1949, s.7; Sabri Coşkun/Müjgan Karyagdı, İdari Yargılama Usulü, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.88

⁷ Sarıca, s.7; Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.247.

meşru ve güncel bir menfaati muhtel olan bir şahsın idari yargıya müracaat ederek bu kararın hukuka aykırılığından dolayı bozulmasını istemesidir⁸.

İptal davası, idarenin hukuka aykırı olduğu iddia edilen işleminin hukukilik denetiminin yapıp⁹, yargılama sonucunda eğer hukuka aykırı ise iptaline ve bu yolla idarenin hukuka bağlı kalmasını sağlamaya yönelik idare hukukuna özgü bir davadır¹⁰.

B. KONUSU

İptal davasının konusunu kural olarak idari işlemler oluşturmaktadır¹¹. İdari işlemler, tek yanlı idari işlemler ve iki yanlı idari işlemler olmak üzere temelde ikiye ayrılmaktadır¹². Tek yanlı idari işlemler, ilgilinin rıza ve muvafakatine bağlı olmadan, idarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesi ile yapılan işlemlerdir¹³ ve bireysel idari işlemler ve düzenleyici idari işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁴. Bireysel idari işlemler, kişisel ve özel durumlara ilişkin olan idari işlemlerdir¹⁵. Düzenleyici işlemler ise genel ve kişilik dışı olan idari işlemlerdir¹⁶. İki yanlı idari işlemler, idare ile ilgili kişinin aynı hukuki sonucu doğurmak amacıyla karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerin uyuşumu sonucu

⁸ Sarıca, s.10; Gözübüyük/ Tan, s.248; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.381; Cafer Ergen, İdari Yargı Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.124;

⁹ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2016, s.181; Kayar, s.232.

¹⁰ Gözübüyük/ Tan, s.265; Nihat Kayar, İdari Yargı Kuruluş ve İşleyiş, Ekin Yayınevi, Bursa 2013, s.232; Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.141; Coşkun/Karyağdı, s.89; Ramazan Cengiz Derdiman, İdari Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, Bursa 2014, s.89; Çağlayan, s.386.

¹¹ Gözübüyük/Tan, s.267.

¹² Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s.664; Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.303.

¹³ Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s.124; Turan Yıldırım/ Melikşah Yasin/ Nur Kaman/ H.Eyüp Özdemir/ Gül Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, XII Levha, İstanbul 2015, s.405.

¹⁴ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.448; Gözler, Cilt I, s.664.

¹⁵ Gözler, Cilt I, s.666; Atay, s.451.

¹⁶ Gözler, Cilt I, s.666; Atay, s.449.

ortayaçıkan işlemlerdir¹⁷. Bazı hallerde, idari sözleşmeler de iptal davasına konu olabilmektedir. Bu bakımdan idari işlemler ve idari sözleşmeleri ayrı ayrı ele almak gerekmektedir¹⁸.

1. İdari İşlemler

İdari işlem, idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan veya belli bir süreç içinde, rızaları olsun veya olmasın kişi veya onlara ait nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamalarıdır¹⁹.

İdari işlemler, hukuka aykırı nitelik taşıdıkları durumlarda iptal edilebilirler. Buna göre idari işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarının biri veya birkaçının sakat olması durumunda iptali gerekmektedir(İYUK m.2/1-a).

2. İdari sözleşmeler

İdare, işlemlerini genel olarak kamu gücü kullanarak, tek yanlı irade açıklamasıyla yapar²⁰. İdarenin tek yanlı irade açıklaması ile işlem yapması kural olmakla birlikte, bazı durumlarda işlemin yöneldiği muhatapların iradeleri de işlem yapılmasında etkili olur. Bu gibi durumlarda idarenin iki taraflı işlemlerinden, başka deyişle idarenin sözleşmelerinden söz edilir²¹. İdarenin sözleşmeleri kavramı üst başlık olup bu sözleşmelerden bir kısmına idarenin özel

¹⁷ Gözler, Cilt I, s.666.

¹⁸ Çağlayan, s.388.

¹⁹ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.379; Hasan Nuri Yaşar, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2014, s.254.

²⁰ Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.35; Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.117.

²¹ Atay, s.546.

hukuk sözleşmeleri denilirken; bir kısmına ise, idarenin idari sözleşmeleri denilir²².

İdari sözleşmeler kural olarak iptal davasına konu olmaz ancak kanunda idari sözleşmelere karşı iptal davası açılabilirliğinin öngörüldüğü hallerde²³ ve idari hizmet sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine karşı iptal davası açılabilir²⁴. Bunun yanında idari sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idari işlemlere karşı iptal davası açılabilir²⁵. Buna göre, sözleşmenin akdedilmesi ile alakalı işlemler, ihale kararı, ihale ilanlarının usulüne uygun yapılmaması, şartları taşıyan katılımcının haksız yere ihale dışında bırakılması gibi işlemler, sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemlerdir ve iptal davasına konu olabilir²⁶. Bunun yanı sıra sözleşme yapıldıktan sonraki onay ve tescil işlemlerinin de tek başlarına dava konusu edilebileceği kabul edilmektedir²⁷.

II. SULH

A. GENEL OLARAK YARGI DIŞI ÇÖZÜM YOLLARI VE SULH

İdarenin yapmış olduğu faaliyetlerin hukuka aykırı olduğunu ya da faaliyet hukuka uygun olsa bile bu faaliyet sebebi ile bir zarara uğradığını iddia eden bireyler, yargı organlarına başvurarak bu hukuka aykırılığın giderilmesini veya doğan zararın telafisini isteyebileceklerdir²⁸. Uyuşmazlıkları çözüme ka-

²² **Günday**, s.183; **Atay**, s.545.

²³ Fransa'da 2 Mart 1982 tarihli yerel yönetimlerle ilgili bir kanunda, yerel yönetimler tarafından imzalanan bazı sözleşmelere karşı valinin iptal başvurusunda bulunabileceğini yönünde yer alan düzenleme sözleşmeye karşı iptal davası açılabilen tek durum şeklinde değerlendirilmektedir. **Sezginer**, s.113-114.

²⁴ Lütfi **Duran**, "Yap-İşlet-Devret", **AÜSBFD (Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan)**, C.XLVI, S.1-2, Y.1991, s.169; **Çağlayan**, s.407.

²⁵ **Sezginer**, s. 146; **Gözübüyük/Tan**, Cilt II, s.279.

²⁶ **Günday**, s.218; **Sezginer**, s.149; **Çağlayan**, s.408.

²⁷ **Günday**, s.218.

²⁸ **Cidecigiller**, s.23.

vuşturma işlevi, esasında devletin görevi olup devlet bu görevi, yargı erkini kullanmak suretiyle yerine getirir²⁹.

İdari yargının etkinliğinin sağlanmasına yönelik olarak, uyuşmazlıkların adil bir şekilde ve gecikmeksizin çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Ancak son yıllarda uyuşmazlık sayısının giderek artması sonucu yargılama faaliyeti gereği gibi yerine getirilemez olmuştur³⁰. Bu durum idarenin denetlenmesi konusunda, yargısal denetim yollarıyla birlikte, uyuşmazlıkların adil şekilde çözümünü sağlayacak ve mahkemelerin verimsizliğinin sebep olduğu gecikmeyi bertaraf edecek diğer bir ifadeyle soruna etkin çözümler getirecek bir sistem ihtiyacını beraberinde getirmiş ve neticede alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ortaya çıkmıştır³¹. Uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolların yanı sıra, ilgililerin istemleri halinde işlerlik kazanan, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünü alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak ifade edilir³². Başka bir ifadeyle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla başvuru dışı usuller olup³³, “ADR” (alternative dispute resolution) şeklinde kısaltılmaktadır³⁴.

ADR yolları, devlet mahkemelerindeki yargılamaya alternatif teşkil eden uyuşmazlık çözüm yöntemleridir³⁵. Ancak burada alternatif uyuşmazlık

²⁹ Süha **Tanrıver**, “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*”, TBB Dergisi, S. 64, Y. 2006, s. 152; İbrahim **Özbay**, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*”, EÜHFD, C.X, S.3-4, Y.2006, s.459.

³⁰ Aynur **Hasoğlu**, “*İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*”, AÜHFD, S.65(4), Y.2016, s.1983; Gülgün **İldır**, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü*”, TBB 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, s.385.

³¹ Harry T. **Edwards**, “*Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*”, Harvard Law Review, Vol. 99, No. 3 (Jan., 1986), p.668; **Hasoğlu**, s.1983; **Çolak**, E.T. 30.09.2016.

³² **Tanrıver**, s.152.

³³ **Mnookin**, p.2; Mustafa **Özbek**, “*İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)*”, TBB Dergisi, S. 56, Y. 2005, s.91; Zehra **Odyakmaz**, “*İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları*”, Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 3-5 Nisan 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s.65.

³⁴ Mustafa **Özbek**, “*Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*”, TBB Dergisi, S.68, Y.2007, s.265.

³⁵ **Özbay**, s.460.

çözüm yollarının, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan yahut onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olduğu kastedilmemektedir³⁶. Anlatılmak istenen, “alternatif” kelimesinin kural olarak mahkemelerde uygulanacak olan yargılama kurallarının alternatifi olduğu³⁷ ve ADR yollarının yargılama sonucu verilecek karara alternatif nitelik teşkil eden yöntemler olduğudur. Zaten geniş bir yelpazede anlaşmazlık çözüm yollarını ifade eden ADR yollarının temel karakteristiği, bir mahkeme-deki davanın çözüm mekanizmasından farklı teknikleri paylaşmalarıdır³⁸.

Bu usuller, uyuşmazlığı genellikle mahkeme önüne götürülmeden önce; uyuşmazlık mahkeme önüne götürülse dahi hüküm verilmeden önce çözüldüğü için zamandan tasarruf sağlar, mahkemelerin iş yükünü azaltır ve davacıyı yargılama masraflarından kurtararak maddi açıdan da tasarruf sağlar³⁹.

Özel hukuk uyuşmazlıklarının mahiyeti gereği alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile giderilebilmeleri her zaman mümkün bulunmakla beraber, kamu hukuku uyuşmazlıklarının da alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile giderilebilmesine imkân tanıyan durumlar bulunmaktadır⁴⁰. İdare hukukunda yargı yolu dışında uyuşmazlık çözüm yolu olarak; idari itiraz, müzakere, üçüncü kişinin tarafları uzlaştırması, arabuluculuk, müzakereye dayalı anlaşma, tahkim ve Kamu Denetçiliği Kurumu’na başvuru yolu gösterilebilir⁴¹.

Uyuşmazlıkların yargı dışı çözümü her ne kadar farklı şekilde adlandırılrsa da bu yollar tarafların uyuşmazlıklarını anlaşıp çözmeleri esasına dayanan

³⁶ **Tanrıver**, s.152.

³⁷ **Gülgün İldir**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.21.

³⁸ Katherine V.W. **Stone**, *Alternative Dispute Resolution*, Encyclopedia Of Legal History, StanKatz, ed., Oxford UniversityPress, p.1.

³⁹ Brian **Preston**, “*The Use Of Alternative Dispute Resolution In Administrative Disputes*”, Symposium On “Guarantee Of The Right To Access To The Administrative Jurisdiction” On The Occasion Of The 10th Anniversary Of The Supreme Administrative Court Of Thailand, 9 March 2011, p.2.

⁴⁰ **Hasoğlu**, s.1983.

⁴¹ **Odyakmaz/Çınarlı**, s.29-42.

ve sulh olarak adlandırılan çözüm yollarında yer alan değişik uygulama yollarıdır⁴².

Sulh, iki tarafın karşılıklı istekleriyle, aralarında var olan çekişmeyi ortadan kaldırmaları veya çekişmenin ortaya çıkmasına engel olmalarıdır⁴³.

B. İDARE HUKUKUNDA SULH

İdari yargıya alternatif olabilecek çözüm yolları çağdaş hukuk sistemlerinde uzunca bir süredir yer almaktadır⁴⁴. Bu sürecin ortaya çıkmasının temel nedeni, idari yargının iş yükünün sürekli artması yüzünden yargılama sürecinin giderek daha yavaş işlemesi, pahalı olması ve yargı denetiminin sınırlı olmasıdır⁴⁵. Bu nedenle özel hukuka ilişkin düzenlemelerde yer alan sulh kavramına, kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerde de yer verilmiştir⁴⁶.

Kamu hukukunda sulh, idare ile idarenin faaliyetinden etkilenen ilgilinin karşılıklı fedakarlıkta bulunmak sureti ile aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmeleridir⁴⁷. Kamu hukukunda, uyuşmazlıkların yargı yolundan bağımsız olarak, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile çözmelerine ilişkin birçok düzenleme bulunmaktadır⁴⁸. 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname⁴⁹, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryollarının Ölüm veya Yaralanmalarla Neticelenen Kazalarda Hak Sahiplerine Sulh Yolu İle Verilebilecek

⁴² Ender **Dedeoğlu**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2011, s.289.

⁴³ Ejder **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2004, s.632.

⁴⁴ Ali Ülkü **Azrak**, “İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl, 11 Mayıs 2009, Danıştay Yayınları, Yayın No.79, Ankara 2010, s.71.

⁴⁵ **Azrak**, s.71.

⁴⁶ **Cidecigiller**, s.127.

⁴⁷ İlhan **Ulusan**, “Maddi Hukuk Ve Usul Hukuku Bakımından Sulh”, İÜMHAD, C.5, S.7, Y.1971, s.149.

⁴⁸ **Cidecigiller**, s.165

⁴⁹ RG, T.2.11.2011, S. 28103.

Maddi ve Manevi Tazminat Esaslarının Düzenlenmesine Ait Yönetmelik⁵⁰ ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun⁵¹ hükümleri, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesine imkan tanıyan düzenleme örnekleridir⁵².

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda sulh iki şekilde gerçekleşebilir. Birincisi, idarenin taraf olduğu uyuşmazlık sulh yolu ile dava açıldıktan veya icra takibine başlandıktan sonra mahkeme huzurunda gerçekleştirilebilir. Bu şekilde gerçekleştirilen sulh, 6100 sayılı HMK'da düzenlenmiş bulunan mahkeme huzurunda yapılan sulh anlaşması hükmünde olup, 6100 sayılı HMK'nın ilgili hükümlerine tabi olacaktır⁵³. Bunun yanı sıra dava derdest iken idare zararı ödemeyi kabul ederse veya hukuka aykırı işlemini geri alırsa dava konusuz kalacaktır.

Mahkeme; taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir(HMK m. 315).

Yargılamaya hakim olan ilkelerden tasarruf ilkesine göre mahkeme tarafların yaptığı sulh sözleşmesi ile bağlıdır⁵⁴. Taraflar yaptıkları sulhte yargılama giderleri hakkında da anlaşmışlarsa mahkeme buna göre karar verir. Taraflar bu konuda anlaşmamışlarsa mahkeme sulh anlaşmasını esas alarak giderleri paylaşır(Harçlar Kanunu m.22). Dava, delillerin toplanmasına ilişkin ara kararın gereğinin yerine getirilmesinden önce sulhle sonuçlanırsa tarifedeki vekalet ücretinin yarısı, daha sonra sulhle sonuçlanırsa tarifedeki vekalet ücretinin

⁵⁰ TCDD Yönetim Kurulunun 20.05.1976 tarih ve 22/267 sayılı kararı ile kabul edilmiş ve hukuk müşavirliğinin 03.05.1976 tarih ve 10012 sayılı yazıları ile 01.06.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵¹ 5233 sayılı, 17.7.2004 tarihli Kanun, RG, T.27.7.2004, S.25535.

⁵² **Cidecigiller**, s.166.

⁵³ **Cidecigiller**, s.128.

⁵⁴ Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.357.

tamamı ödenmelidir. Ödenecek olan vekalet ücreti, sulh anlaşmasındaki orana göre taraflar arasında paylaşılır(Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m.6).

İkincisi, idare ile karşı taraf arasında dava açmadan veya icra takibine başlanmadan önce imzalanan sulh tutanağı mahkeme dışında yapılan sulh olarak kabul edilip, kararname kapsamındaki idareler açısından 659 sayılı KHK hükümleri uygulanacaktır⁵⁵.

C. 659 SAYILI KHK KAPSAMINDA UYUŞMAZLIKLARIN SULH YOLUYLA ÇÖZÜLMESİ

659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin amacı genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay dâhil) ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesidir. (659 sayılı KHK m.1).

Bu kararname kapsamında idareye uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözme yetkisi verilmiştir. Düzenleme yapılırken ikili ayrıma gidilmiş olup, adli uyuşmazlıklarda sulh müessesesi ile idari uyuşmazlıklarda sulh müessesesi farklı maddelerde düzenlenmiştir.

1. Adli Uyuşmazlıklarda Sulh

Bireylerin birbirleri ile veya devletle olan ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları bazen açıkça çığnenebilir, bazen de sehven kurallara aykırı hareket

⁵⁵ Cidecigiller, s.128.

edilmek suretiyle kurallar çiğnenebilir. Bu aykırı durumlar bir uyuşmazlığa yol açabilir⁵⁶.

659 sayılı KHK hükümleri uyarınca idareler⁵⁷ arası ortaya çıkan uyuşmazlıklar, idare ile özel hukuk kişileri arasında sözleşme değişikliklerinden dolayı ortaya çıkan her türlü uyuşmazlık ve bunlar yanında idarelerin, herhangi bir sözleşmeye dayanıp dayanmadığına, yargıya intikal edip etmediğine bakılmaksızın gerçek veya tüzel kişilerle aralarında çıkan her türlü hukuki uyuşmazlık sulh yoluyla halledilebilecektir(659 sayılı KHKm.11).

İdarelerin adli yargıda dava açmadan veya icra takibine başlamadan önce karşı tarafı sulhe davetmesi esastır. İdarenin taraf olduğu adli uyuşmazlıkların sulh yolu giderilmesi aşamasında idari uyuşmazlıklardan farklı olarak sulh davetinin idare tarafından yapılabilmesi mümkün olduğu gibi uyuşmazlığın diğer tarafı olan gerçek veya tüzel kişiler tarafından da sulh davetinin yapılabilmesi mümkündür⁵⁸(659 sayılı KHKm. 9). İdarelerin kendi aralarında çıkan uyuşmazlıklar ile sözleşme değişikliklerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesinde; idari birimlerde öncelikle hukuk birimlerinin görüşü üzerine, buna dair onay ve anlaşmaları imzalamaya bakanlıklarda bakan, diğer idarelerde üst yönetici yetkilidir(659 sayılı KHK m. 11). Burada bakan kavramı, idarelerin bağlı, ilgili veya ilişkili olduğu bakanı, Yükseköğretim Kurulu ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı, üniversiteler ve yüksek teknoloji enstitüleri için Milli Eğitim Bakanını ifade etmektedir (659 sayılı KHK m. 2). İdarelerin kendi aralarında çıkan uyuşmazlıklar ile sözleşme değişikliklerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar dışında kalan her türlü hukuki uyuş-

⁵⁶ Vahap **Darendeli**, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.118.

⁵⁷ İdare kavramı, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay dâhil) ve özel bütçeli idareleri ifade etmektedir.

⁵⁸ **Cidecigiller**, s.241.

mazlığın sulh yoluyla hallinde maddi ve hukuki sebeplerle kamu menfaati görülmesi halinde;

- Tutara ilişkin olmayanlar ile 1.000.000 Türk Lirasına kadar olanlarda (1.000.000 Türk Lirası dahil) hukuk biriminin görüşü alınarak, ilgili harcama yetkilisinin teklifi üzerine üst yönetici,
- 1.000.000 Türk Lirasından fazla olanlardan 10.000.000 Türk Lirasına kadar olanlarda (10.000.000 Türk Lirası dahil), hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonunun görüşü alınarak, üst yöneticinin teklifi üzerine ilgili bakan, Milli Savunma Bakanlığında Müsteşarın teklifi üzerine Bakan,
- 10.000.000 Türk Lirasından fazla olanlarda, ilgili bakanlık hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonunun ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak, ilgili bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Adli uyumsuzluklar bağlamında sulh anlaşmasının amacı, idareler arasında veya idare ile bir özel hukuk kişisi arasında ortaya çıkan; anlaşma tutanağında belirtilen tutar kadar bir hakkın tanınması, menfaatin terki, bir şeyin verilmesi, yapılması ya da yapılmaması konusunda anlaşmalar veya sözleşme değişiklikleridir(m.10). İdarenin taraf olduğu adli uyumsuzluklarda sulh yöntemi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen esaslar dairesinde gerçekleşecektir⁵⁹.

659 sayılı KHK çerçevesinde yapılan sulh anlaşmalarına ilişkin tutanak ilam hükmünde olup, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca açıklanamaz(m.10).

⁵⁹ Cidecigiller, s.237-238.

2. İdari Uyuşmazlıklarda Sulh

Bir idari işlem sebebiyle zarara uğrayan kişi, idari işlem ister hukuka uygun olsun ister hukuka aykırı olsun tam yargı davası açmak suretiyle zararının tazminini isteyebilecektir. Dava açmak yanında idari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler dava açma süresi içinde idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini de isteyebilirler(659 sayılı KHK m.12/1).

İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenler, idari dava açmadan önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrası uyarınca zorunlu idari başvuru yoluna gitmelidir. İdari eylem sebebiyle zarara uğrayan kişilerin zararın tazmini amacıyla idareye yaptığı başvurular sulh başvurusu olarak kabul edilmektedir(659 sayılı KHK m.12/1).

Yukarıdaki hükümler değerlendirildiğinde, sulh yoluna idari işlem veya eylemden hakkı ihlal edilen kişilerin başvurabileceği anlaşılmaktadır⁶⁰. 659 sayılı KHK'nın 11. maddesinde, adli uyuşmazlık niteliğinde olan idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Ancak 659 sayılı KHK, idari sözleşmelerden kaynaklanan hak ihlallerinde sulh yolunu öngörmemiştir. Kararnamenin bu tutumunu haklı kılacak bir durum olmamasına rağmen idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesine imkan tanınmamıştır⁶¹. Ayrıca sulh yoluna, hakkı ihlal edilen kişilerin başvurabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, idarenin söz konusu idari uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenmesini öneremeyeceği anlaşılmaktadır⁶². Yine madde hükmünde idari işlem

⁶⁰ Çağlayan, s.153.

⁶¹ Cidecigiller, s.254.

⁶² Çağlayan, s.153; Cidecigiller, s.242.

sebebiyle zarara uğrayan kişinin zararın sulh yoluyla giderilmesini “isteyebileceği” düzenlendiği için sulh talebi zorunlu değil, ihtiyaridir⁶³.

Sulh istemine ilişkin başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Başvuru sonuçlanmadan dava açılmaz(m.12/2).

Sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılır(m.12/3).

Sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilir. Belli bir konu ve somut talebi içermesi şu anlama gelmektedir; zarara yol açan işlem ya da eylemin hangisi olduğu, ne şekilde meydana geldiği ve ne zaman meydana geldiği belirtilmelidir. Uğranıldığı iddia edilen zararın miktarı belirtilmeli ve uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülmesi talep edilmelidir⁶⁴.

Kurallara uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna gönderilir. Hak ihlali ne neden olan birden fazla idarenin varlığı halinde, ortak hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu oluşturulabilir(m.12/4). Sulh başvurularının incelenmesinde, başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemde doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir. Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu tarafından, bilirkişi incelemesi dahil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapılır, olayla ilgili bilgisi bulunan kişiler dinlenebilir(m.12/5).

⁶³ Çağlayan, s.153.

⁶⁴ Çağlayan, s.154.

Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun inceleme sonunda hazırlayacağı rapor 11. madde uyarınca karar vermeye yetkili mercilere sunulur. Bu mercilerin sulh başvurusunu kabul etmesi halinde başvuru sahibine, hazırlanan sulh tutanağının imzalanması için en az on beş günlük süre verilir. Davet yazısında, belirtilen tarihte gelmesi veya yetkili temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulh tutanağını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının bulunduğu belirtilir(m.12/6).

Tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde idare ve istemde bulunanın sulh olmaları halinde buna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Bu tutanak ilam hükmündedir. Sulh olunan miktar idare bütçesinden ödenir(m.12/7).Sulh tutanağının ilam hükmünde olması, kamu görevlilerinin Sayıştay denetimi karşısında korunmalarını sağlayacaktır⁶⁵.

III. İPTAL DAVALARI BAKIMINDAN SULH

Adli ve idari uyuşmazlıklar açısından sulh müessesesini düzenleyen 659 sayılı KHK, idari uyuşmazlıklar bakımından yalnızca hak ihlali olduğu durumlarda sulh yoluna başvurma prensibini benimsemiştir.

Hak ihlali, kişinin uğradığı maddi veya manevi zararıdır⁶⁶.Örneğin malvarlığındaki bir azalma, malvarlığının artması gerekirken artmaması, yoksun kalının kar, çalışma gücünün azalması, ölmesi gibi durumlar hak ihlali niteliğindedir⁶⁷. Hukuk yargılamasında hak ihlali şartına “taraf sıfatı” denilmektedir. Hak ihlali, tam yargı davalarında davacıya taraf sıfatı niteliği kazandıran kav-

⁶⁵ Çolak, E.T. 10.03.2017.

⁶⁶ Emel Dal/ Uğur Y. Demir, “Tam Yargı Davaları”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2006-4, s.70; Şerif Erayman, “Tam Yargı Davası ve Belediyelerin Tazminat Sorumlulukları”, Sayıştay Dergisi, S.23, Y.1996(Ekim-Aralık), s.48; Çağlayan, s.548.

⁶⁷ Çağlayan, s.548.

ramdır⁶⁸. Buna göre bir kimsenin hakkı ihlal edilmişse tam yargı davası açmak suretiyle zararının tazminini talep edecektir.

659 sayılı KHK'nın ilgili düzenlemesine göre kişilerin hakkını ihlal eden idari işlem ve eylemlere karşı dava açmadan önce sulh yoluna başvurmak mümkündür⁶⁹.

659 sayılı KHK'nın idari işlem ve eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında sulh yolunu öngördüğü sabit olmakla birlikte, iptal davalarının dadeğerlendirilmesi gerekecektir. İptal davaları, idare tarafından menfaatleri ihlal edilen kişiler tarafından açılan davalardır⁷⁰. İdare hukuku açısından menfaat, "bir idari işlemin yargı yeri önüne götürülebilmesi için onunla davacı arasında var olduğu anlaşılan ve yeterli sayıldığı kabul edilen salt bir ilişki"⁷¹dir. 659 sayılı KHK'nın düzenlemesine göre; hak ihlali olduğu durumlarda zararın sulh yoluna başvurularak giderilmesi kabul edildiği için; menfaat ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda başka bir ifade ile iptal davalarında, sulh yoluna başvurmak mümkün değildir. Her ne kadar 659 sayılı KHK, iptal davalarını sulh kapsamı dışında tutmuş olsa, Danıştay'ın bu konuda verilmiş kararı olmasada, konuyu değişik açılardan ele alarak iptal davalarında sulhun mümkün olup olamayacağını ele alacağız.

A. İDARİ BAŞVURU YOLUNUN SULH AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari başvuru; "*kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvurularının tümü ile; kamu*

⁶⁸ Çağlayan, s.548.

⁶⁹ İdari sözleşmelerin de hak ihlaline sebep olabileceği mümkün olmakla birlikte(Dal/ Demir, s.70.) 659 sayılı KHK yukarıda değindiğimiz gibi idari sözleşmelerden kaynaklanan hak ihlallerinde sulh yolunu öngörmemiştir.

⁷⁰ E. Yasemin Özdek, "İptal Davasında Menfaat Koşulu", Amme İdaresi Dergisi, C.24, S.I, Y.1991(MART), s.101.

⁷¹ İl Han Özyay, Günışığında Yönetim II, XII Levha, İstanbul 2010, s. 152.

yararını korumak amacıyla, yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin, diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları idare hukukuna ilişkin başvurulardır”⁷².

İdari başvuruda bulunan kişinin, kamu görevlisinin veya organın, yaptığı başvuruda bir menfaati ya da çıkarı bulunması gereklidir⁷³. Menfaat unsuru bir yandan yersiz ve gereksiz başvuruları önleyerek ciddiyet ve dürüstlüğü sağlamak, diğer taraftan ileride açılacak olası davaya hukuki zemin hazırlamak açısından zorunludur⁷⁴.

İdari başvurular, kural olarak organik açıdan devletin yürütme organı ve onun doğal uzantısı olan idare cihazı içinde yer alan kamusal makamlara yapılır. Devletin diğer organları içinde yer alan makamlara bir idari başvuru yapılsa, başvuru makamının mutlaka idari fonksiyona sahip olması gerekir⁷⁵.

Başvurular, itiraz edilen işlemin kaldırılmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yöneliktir. Herhangi bir şekle tabi değildir. İşlemi yapan makama başvuru yapılıyorsa istinaf başvurusu, üst makama başvuru yapılıyorsa hiyerarşik başvuru söz konusudur. İdari başvurular, davaların artmasını ve mahkemelerdeki yığılmaları engellemektedir. Bu nedenle, bazı durumlarda öncelikle idari başvuru yapılması zorunluluğunu öngören düzenlemeler kabul edilmiştir⁷⁶.

⁷² Ramazan Yıldırım, İdari Başvurular, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s.30.

⁷³ Yıldırım, s. 31.

⁷⁴ Lütfi Duran, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.12, S.1, Y.1946, s. 136.

⁷⁵ Yıldırım, s. 33.

⁷⁶ Marie-Thérèse Viel, “İdari Başvuru ve İdari Yargı Birleşimi”, çeviren: Lale Burcu Önüt, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 14, S. 1, Y. 2012, s. 70; Zorunlu idari başvuru ile ilgili bazı örnek düzenlemeler: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.56/6, 195 Sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanununun 38. maddesi, 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu 2. maddesinde yer alan hükümler, 4081 Sayılı Çitçi Malları Koruma Kanunu 8/3, 10. maddele-

İdari yargılama usulünde, idari başvuru kurumu, İYUK'un 10., 11. ve 13. maddelerinde düzenlenmiştir.M.10/1 hükmüne göre “*ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler*”.M.11 hükmüne göre;“*ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir*”. M.13/1 hükmüne göre “*idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir*”.

Söz konusu düzenlemelere göre, ilgililer idari işlemlere karşı dava açmadan önce ilgili idareye başvurabilirler. İlgili kişi idari işlem aleyhine idareye başvurabileceği gibi doğrudan dava da açabilir. İdari eylemden kaynaklı bir zarar söz konusu olduğunda ise ilgililer dava açmadan önce idareye başvurmak zorundadırlar. Buna göre idari eylemden kaynaklı zararlarda tüketilmesi gereken zorunlu idari başvuru yolu öngörülmüştür.

İlgililer idari başvuru yoluyla, idarenin işlemlerine karşı yargı yerine başvurmadan önce, idareye başvurarak, işlemin geri alınmasını, kaldırılmasını,

ri, 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 7, 8, 20, 64, 70,74, 142, 153, 157. maddeleri, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu 124. maddesi, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu 242,243. maddeleri, 5590 Sayılı Kanunun 17/j, 43/1, 56. maddelerinde yer alan hükümler, 2762 Sayılı Vakıflar Kanununun 33. maddesi, 6961 Sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu 5 ve 10/d maddeleri, 4109 Sayılı Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanunun 7. maddesi, Ayrıca Danıştay yerleşik içtihatlarına göre 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu 54/e maddesi hükümleri zorunlu idari başvuru gerektiren durumlardan bazılarıdır. Bu durumlarda idari davanın açılma süresi, bu zorunlu başvuru yolunun tüketilmesi şartına bağlı kalmış olmaktadır. Bkz. **Derdiman**, s. 133, 134.

değiştirilmesini veya yeni bir işlem yapılmasını isteyebilecekleri⁷⁷ gibi idari işlem veya eylemler sebebiyle uğradıkları zararın tazminini de isteyebilirler. İdari uyuşmazlıklarda ADR için uygun bir araç ve uyuşmazlıkları mahkeme dışında çözümenin bir yolu olarak görülen idari başvurular⁷⁸; sulh yöntemi ile ulaşılmak istenen nihai sonuca benzer şekilde, idare ile idarenin faaliyetinin muhatabı olan bireyin, karşılıklı anlaşmaları ile aralarındaki uyuşmazlığı çözmelerine hizmet eden bir kurumdur⁷⁹. Bu açıdan bakıldığında idari başvurular, sulh başvurusuna hem şekil hem sonuç itibarıyla benzerdir. 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinde, İYUK m.13 gereği idari eylemler sebebiyle yapılan idari başvurunun sulh başvurusu olarak değerlendirilmesi⁸⁰ bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Madde hükmüne göre “*idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir*”.

İYUK m.11'de yer alan düzenleme, idari işlemlerle ilgili olarak idari makamların çözüm üretmelerine yönelik bir başvuru yolu tanımlamaktadır⁸¹. Bu açıdan bakılacak olursa, karşılıklı fedakarlıkta bulunulabilecek idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması amacıyla yapılan idari başvurular da sulh başvurusu niteliğinde olup, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Çünkü idari eylemler sebebiyle yapılan idari başvuru ile idari işlemler sebebiyle yapılan idari başvurunun zorunlu/ihtiyari olması dışında böyle bir ayrıma gitmeyi gerektirecek farkı yoktur.

⁷⁷ Gözübüyük/Tan, s.870.

⁷⁸ Dacian C. Dragos/Bogdana Neamtu, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014, p. v.

⁷⁹ Cidecigiller, s.249.

⁸⁰ Çağlayan, s.555; Derdiman, s.116.

⁸¹ Çolak, E.T. 18.10.2016.

B. İPTAL DAVASININ KONUSU AÇISINDAN SULH

İptal davalarının konusunu, idari sözleşmeler ile idari işlemler oluşturur. İdari sözleşmelerin hem akdi hükümlerine, hem düzenleyici hükümlerine hem de sözleşme yapmadan önce idarenin yapması gereken hazırlık işlemlerine karşı iptal davası açılabilir⁸². İdari işlemler bakımından ise; belli bir kişi veya duruma ilişkin olan; yeni bir hak ya da hukuki durum yaratan veya mevcut hak ya da hukuki durumlarda değişiklik yapan veya son veren bireysel idari işlemler iptal davasına konu olabilir⁸³. Bireysel işlemler gibi düzenleyici işlemler de iptal davasına konu olabilirler⁸⁴. Düzenleyici idari işlem, belli kişi ve konulara ilişkin olmayıp, genel ve soyut, kişilik dışı hukuki durumlar yaratan işlemlerdir⁸⁵. Düzenleyici işlemin tamamının veya bir bölümünün iptali istenebilir. Doğrudan düzenleyici işlemin iptali için dava açılabileceği gibi, düzenleyici işleme dayatılarak yapılan idari işlemin iptali ile birlikte, düzenleyici işlemin de iptali istenebilir⁸⁶.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının işlerlik kazanacağı alanlar, kamu düzeninden sayılmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır⁸⁷. Buna göre sulh de, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular hakkında yapılabilir⁸⁸.

Bireysel idari işlemler ve sözleşmeler kişisel durumlara ilişkin sonuç doğuran işlemler iken, düzenleyici işlemler genel etkili işlemlerdir. Bu niteliğinden dolayı düzenleyici işlemlerin, kişilerin menfaatini ihlal etmiş olsa bile

⁸² D10D, E.1991/1, K.1993/1752, DD, s.88, s.463-465; Ramazan **Yıldırım**, Türk İdari Rejimi Dersleri, Cilt II, Mimoza Yayınevi, Konya 2014, s.128.

⁸³ Halil **Kalabalık**, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sayram Yayınları, 5. Baskı, Konya 2014, s.322.

⁸⁴ **Gözübüyük/Tan**, s.277.

⁸⁵ **Kalabalık**, s.404.

⁸⁶ **Gözübüyük/Tan**, s.277.

⁸⁷ **Tanrıver**, s.152.

⁸⁸ S. Şakir **Ansay**, “Sulh”, AÜHFD, C.1, S.2, Y.1943, S.202; Süha **Tanrıver**, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, AÜSBFD, C.49, S.1, Y.1994, s.334.

sulhun konusu olamayacağı görüşündeyiz. Çünkü düzenleyici işlemler genel, soyut ve kişilik dışı işlemler olduğu için bir kişinin iradesi ile idare karşısında temsil edilip, bireysel çözümler üretilemeyecek niteliktedir. Bu sebeple düzenleyici işlemler aleyhine ancak yargı yoluna başvurulup, herkesi etkileyen kararlar alınabilir.

Bireysel işlemlere ve idari sözleşmelere karşı ise yargı yoluna başvurmadan önce sulh yoluna başvurmak mümkün olmalıdır. Ancak burada bütün bireysel işlemler ve sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların sulh yoluyla giderilebileceğini söylemek doğru olmaz. Çünkü bazı bireysel işlemler ve idari sözleşmeler tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunabileceği nitelikte değildir. Örneğin verilen bir disiplin cezasının kaldırılması amacıyla yapılan başvuruda karşılıklı fedakarlıkta bulunmak ve uyuşmazlığı sulhen çözmek mümkün değildir. Çünkü işlem hukuka aykırı ise idare tarafından geri alınacak; işlem hukuka uygun ise ilgilinin başvurusu reddedilecektir. Ancak belli bir meblağ para cezası içeren işlemin geri alınması için yapılacak başvuruda idare söz konusu meblağı değiştirebilir ve ilgili de bu tutarı ödeyebilir. Bunun gibitarafaların karşılıklı fedakarlıkta bulunabileceği bireysel idari işlemlerde ve sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda sulh yoluna başvurmak mümkün olmalıdır. Zaten sözleşmeler açısından özel hukuk sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünü öngören 659 sayılı KHK'nın idari sözleşmeler bağlamında böyle bir düzenleme yapmamasını haklı gösterecek bir neden bulunmaktadır.

C. SULHUN ETKİSİ AÇISINDAN İPTAL DAVALARINDAKİ DURUM

Tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları sonlandırmalarının birtakım sonuçları vardır⁸⁹. İptal davalarında davacı taraf idari işlemin değiştirilmesi veya

⁸⁹ Cideciğiller, s.296.

kaldırılmasını talep edecektir. Söz konusu idari işlem yetki, şekil, sebep, konu veya maksat yönlerinden hukuka aykırı ise mahkeme tarafından iptal edilecektir⁹⁰. İptal kararı üzerine bazı durumlarda ilgili hakkında tesis edilen işlemin iptali ile hukuki durum eski haline kendiliğinden gelirken, bazı durumlarda iptal kararı üzerine idarenin bir harekette bulunarak davaya konu edilen red işlemine konu işlemi gerçekleştirmesi gerekecektir⁹¹. Tam yargı davalarında ise davanın konusu genel olarak bir miktar paranın verilmesidir⁹².

Uyuşmazlığın sulh yolu ile giderilmesi halinde, tarafların sulh olması üzerine doğan ilk ve en önemli sonuç taraflar arasında var olan uyuşmazlık halinin ortadan kaldırılmasıdır⁹³. Bunun sonucu olarak da uyuşmazlığın mahkemeye taşınmasına gerek kalmayacağı gibi sulh olunması dava açılmasına da engel teşkil edecektir⁹⁴. Hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesi bakımından idari faaliyetlerin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasında asıl işlev idari yargı yerlerine verilmiştir⁹⁵. Ancak idari yargı düzeninin kendisinden beklenen bu görevin yerine getirilmesinde iş yükünün altında ezilmemesi, yeterli mesai ve etkin bir şekilde emek harcayabilmesi gerekir⁹⁶. Bu noktada, uyuşmazlıkların sulh yoluyla giderilmesi idari yargının iş yükünün azaltılmasına katkı sağlayacaktır.

Uyuşmazlık halinde yargı yeri, yalnız idari işlemlerin hukuka uygunluğunu inceledikleri halde, idare, hem hukuka uygunluk hem yerindelik açısından inceler. Bu nedenle idarenin işlemlerini kendi yararına bulmayan kişi idareye

⁹⁰ Yaşar **Güçlü**, Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s.34.

⁹¹ **Güçlü**, s.36-37.

⁹² **Gözübüyük**, s.271-272; **Güçlü**, s.37.

⁹³ Ergun **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, AÜHFY Yayın No.442, Ankara 1972, s.279.

⁹⁴ **Cidecigiller**, s.297.

⁹⁵ **Çolak**, <http://www.ilkercolak.com.tr/idari-uyusmazliklarda-alternatif-cozum-yollari/>, E.T. 18.10.2016.

⁹⁶ **Çolak**, <http://www.ilkercolak.com.tr/idari-uyusmazliklarda-alternatif-cozum-yollari/>, E.T. 18.10.2016.

başvurarak, durumun, kendi yararına düzeltilmesini sağlamak isteyecektir⁹⁷. Ayrıca yargılamada basitlik, çabukluk, ucuzluk ilkesi olarak bilinen “usul ekonomisi” uygulanıp süreç kısaltılarak, çözüme hızlı bir şekilde ulaşılır⁹⁸.

Sulh yoluyla uyuşmazlığın çözümü süreci, daha dostane bir ortamda gerçekleşir ve “iyi idare” ilkesi gereğince, idare edilenler haklarını alabilmek için mutlaka yargı organına başvurmak zorunda bırakılmamış olur⁹⁹.

Vergi hukukunda uzlaşma kurumu getirilerek, tarhiyat ya da ceza kesme şeklinde tesis edilen ya da edilecek olan idari işlem nedeniyle idare ile yükümlü ya da ceza muhatabı arasında varlık kazanması muhtemel olan ya da somut olarak ortaya çıkan anlaşmazlıkların karşılıklı olarak görüşülüp anlaşılabilir olarak daha başlangıç aşamasında ortadan kaldırılmasını esas alınmıştır¹⁰⁰. Bunun gibi idare hukukunda da idari işlemlerden kaynaklanan veya kaynaklanabilecek uyuşmazlıklarda sulh müessesesi kabul edilerek, uyuşmazlıkların başlangıç aşamasında ortadan kaldırılması hedeflenmiştir. Ancak söz konusu düzenlemeler yapılırken, özel hukuk sözleşmeleri ile kişiler açısından hak kaybına sebebiyet veren idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözüleceği hükme bağlanmış olup; idari sözleşmeler ile kişiler açısından menfaat ihlali ne sebep olan idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar sulh kapsamı dışında tutulmuştur. Yukarıda açıkladığımız gibi her idari işlemde kaynaklanan uyuşmazlıklar için sulh yoluna başvurmak mümkün değildir. Öncelikle, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bireysel işlemler ve sözleşmeler sulh konusu olabilir. Buna göre düzenleyici işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar sulhe konu olamazlar. Bireysel işlem ve sözleşmelerden de tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunulabileceği nitelikte olanların sulh yoluyla çözümü

⁹⁷ Gözübüyük/Tan, s.870.

⁹⁸ Odyakmaz/Çınarlı, s.42-43.

⁹⁹ Odyakmaz/Çınarlı, s.42-43.

¹⁰⁰ Tahir Erdem, Vergi Hukukunda Uyuşmazlıkların İdari Aşamada Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s.387.

mümkün olmalıdır. Bunun yanı sıra 659 sayılı KHK'nin 12. maddesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesi gereği idari eylemlerden doğan zararlara karşı yapılan zorunlu idari başvuruyu sulh başvurusu olarak nitelendirmiştir. Karşılıklı fedakarlıkta bulunulabilecek nitelikte olan idari işlemlerin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması amacıyla yapılan idari başvurular da sulh başvurusu niteliğinde olup, sulh başvurusu olarak kabul edilmelidir. İdari işlem veya sözleşmenin düzeltilmesi veya tümü ile ortadan kaldırılması amacıyla ilgililer tarafından yapılan başvurular sonucunda, uyuşmazlığın mahkemeye taşınmasına gerek kalmadan, söz konusu uyuşmazlık kısa bir sürede, hızlı bir şekilde çözüme kavuşacaktır.

SONUÇ

Sulh, tarafların aralarında anlaşarak var olan uyuşmazlığı ortadan kaldırmalarıdır. Esasen özel hukuk kavramı ve kurumu olan sulh idari yargılama hukukunda da kendine yer bulmuştur. Sulhun idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bağlamında gerçekleşmesi iki şekilde olabilir. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlık sulh yolu ile dava açılmasından sonra mahkeme huzurunda gerçekleştirilecekse bu durumda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun uygulanması gerekir. Buna karşılık dava açmadan veya icra takibine başlanmadan önce idare ile karşı taraf arasında imzalanan sulh tutanağı mahkeme dışında yapılan sulh olarak kabul edilip, kararname kapsamındaki idareler açısından 659 sayılı KHK hükümleri uygulanacaktır.

659 sayılı KHK'da adli ve idari uyuşmazlıklar açısından sulh müessesesi düzenlenmiştir. Ancak iptal davası açılabilecek durumlar başka bir deyişle menfaat ihlalinin bulunduğu durumlarda kararname kapsamında sulh yoluna başvurulması mümkün değildir. Her ne kadar İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi gereği, ilgililer haklarında tesis edilen idari işlemin kaldırılmasını, geri alınmasını, değiştirilmesini veya yeni bir işlem yapılmasını idari

başvuru yoluyla talep edebilecek olsa da; idari başvuru yolunun kendisinden beklenen yararı sağladığını söylemek mümkün değildir. Bu noktada uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözülmesi bu sorunları giderebilecek niteliktedir.

659 sayılı KHK'nin 12. maddesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesi gereği idari eylemlerden doğan zararlara karşı yapılan zorunlu idari başvuruyu sulh başvurusu olarak nitelendirmiştir. Bu durum göz önüne alındığında idari işlemlere karşı yapılabilecek ihtiyari idari başvuru da sulh başvurusu niteliği taşımakla birlikte, 659 sayılı KHK kapsamında sulh başvurusu olarak değerlendirilmemiştir. Karşılıklı fedakarlıkta bulunulabilecek idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması amacıyla yapılan idari başvurular da sulh başvurusu niteliğinde olup, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak bu müessesenin kendinden beklenen faydaları sağlayabilmesi adına hukuki mahiyetinin "idari başvuru" değil, 659 sayılı KHK'nin 12. maddesi kapsamına alınarak "sulh başvurusu" olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

İptal davalarında sulhun mümkün olup olmayacağı meselesi sulhun etkileri açısından da ele alınmalıdır. Uyuşmazlığın sulh yolu ile giderilmesi halinde taraflar arasında var olan uyuşmazlık hali ortadan kalkacaktır. İlgilinin başvurusu üzerine idare, tesis ettiği işlemi değiştirecek veya tamamen ortadan kaldıracaktır. Bunun sonucu olarak da uyuşmazlığın mahkemeye taşınmasına gerek kalmayacağı gibi sulh olunması dava açılmasına da engel teşkil edecektir. Uyuşmazlığın yargıya başvurmadan çözülmesi, usul ekonomisi ilkesini hayata geçirecek, kısa sürede sonuca ulaşmayı sağlayacak ve idari yargının iş yükünün azalmasına katkıda bulunacaktır.

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında iptal davalarında da sulh yoluna başvurarak uyuşmazlığın yargı öncesi çözümü mümkün olmalıdır. Ancak iptal davalarının konusunu bireysel idari işlemler ve sözleşmeler teşkil edebileceği

gibi düzenleyici işlemler de teşkil edebilir. Bireysel idari işlemler ve sözleşmeler kişisel durumlara ilişkin sonuç doğuran işlemler iken, düzenleyici işlemler genel etkili işlemlerdir. Bu niteliğinden dolayı düzenleyici işlemlerin, kişilerin menfaatini ihlal etmiş olsa bile sulhun konusu olamayacağı görüşündeyiz. Çünkü düzenleyici işlemler genel, soyut ve kişilik dışı işlemler olduğu için bir kişinin iradesi ile idare karşısında temsil edilip, bireysel çözümler üretilemeyecek niteliktedir. Bu sebeple düzenleyici işlemler aleyhine ancak yargı yoluna başvurulup, herkesi etkileyen kararlar alınabilir. Bireysel işlemlere ve idari sözleşmelere karşı ise yargı yoluna başvurmadan önce sulh yoluna başvurmak mümkün olmalıdır. Ancak burada bütün bireysel işlemler ve idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların sulh yoluyla giderilebileceğini söylemek doğru olmaz. Çünkü bazı bireysel işlemler ve idari sözleşmeler tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunabileceği bir nitelik taşımazlar. Tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunabileceği bireysel idari işlemlerde ve idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda sulh yoluna başvurmak mümkün olmalıdır. Zaten sözleşmeler açısından özel hukuk sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünü öngören 659 sayılı KHK'nın idari sözleşmeler bağlamında böyle bir düzenleme yapmamasını haklı gösterecek bir neden bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Akyılmaz Bahtiyar/ **Sezginer** Murat/**Kaya** Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Ansay, S. Şakir, “*Sulh*”, AÜHFD, C.1, S.2, Y.1943, S.200-209.

Arık, K. Fikret, “Mahkeme Önünde Sulh”, AÜSBFD, C.9, S.1, Y.1954/1, S.141-157.

Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Azrak, Ali Ülkü, “*İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri*”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl, 11 Mayıs 2009, Danıştay Yayınları, Yayın No.79, Ankara 2010, s.71-85.

Coşkun, Sabri/**Karyağdı**, Müjgan, İdari Yargılama Usulü, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

Cidecigiller, Aynur, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Çolak, Nusret İlker, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, http://www.ilkercolak.com.tr/idari-uyusmazliklarda-alternatif-cozum-yollari/#_ftn5, E.T. 30.09.2016.

Dal, Emel/ **Demir**, Uğur Y., “*Tam Yargı Davaları*”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2006-4, s.69-73.

- Darendeli**, Vahap, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Dedeğaç**, Ender, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2011.
- Derdiman**, Ramazan Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, Bursa 2014.
- Dragos**, Dacian C. /**Neamtu**, Bogdana, Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014.
- Duran**, Lütfi, “*İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.12, S.1, Y.1946, s.130-199.
- Duran**, Lütfi, “*Yap-İşlet-Devret*”, AÜSBFD (Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan), C.XLVI, S.1-2, Y.1991, s.147-170.
- Edwards**, Harry T., “*Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*”, Harvard Law Review, Vol. 99, No. 3 (Jan., 1986), pp. 668-684.
- Erayman**, Şerif, “*Tam Yargı Davası ve Belediyelerin Tazminat Sorumlulukları*”, Sayıştay Dergisi, S.23, Y.1996(Ekim-Aralık), s.46-53.
- Erdem**, Tahir, Vergi Hukukunda Uyuşmazlıkların İdari Aşamada Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- Ergen**, Cafer, İdari Yargı Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- Erkut**, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.

Gözübüyük, Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Gözübüyük, Şeref/ **Tan**, Turgut, İdare Hukuku, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Güçlü, Yaşar, Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.

Hasoğlu, Aynur, “*İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*”, AÜHFD, S.65(4), Y.2016, s.1981-1996.

Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

Ildır, Gülgün, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü*”, TBB 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, s.385-401.

Kalabalık, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sayram Yayınları, 5. Baskı, Konya 2014.

Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2016

Kayar, Nihat, İdari Yargı Kuruluş ve İşleyiş, Ekin Yayınevi, Bursa 2013.

Mnookin, Robert, “*Alternative Dispute Resolution*”, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 232, 1998.

- Odyakmaz, Zehra/Çınarlı, Serkan**, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Orion Kitabevi, 2013 Ankara.
- Odyakmaz, Zehra**, “*İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları*”, Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 3-5 Nisan 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s.63-83.
- Önen, Ergun**, Medeni Yargılama Hukuku, AÜHFY Yayın No.442, Ankara 1972.
- Özay, İl Han**, Günışığında Yönetim II, XII Levha, İstanbul 2010.
- Özbay, İbrahim**, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*”, EÜHFD, C.X, S.3-4, Y.2006, s.459-475.
- Özbek, Mustafa**, “*Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*”, TBB Dergisi, S.68, Y.2007, s.265-320.
- Özbek, Mustafa**, “*İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)*”, TBB Dergisi, S. 56, Y. 2005, s.90-132.
- Özdek, E. Yasemin**, “*İptal Davasında Menfaat Koşulu*”, Amme İdaresi Dergisi, C.24, S.I, Y.1991(Mart), s.99-115.
- Payashoğlu Arif T.**, “*Yönetimde Davaları Azaltma Yolları*”, Amme İdaresi Dergisi, C.2,S.3,Y.1969, s.3-13
- Pekcanitez, Hakan /Atalay, Oğuz /Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Postacıoğlu, İlhan**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İÜHFY, Yayın No:443, İstanbul 1975.

Preston, Brian, “*The Use Of Alternative Dispute Resolution In Administrative Disputes*”, Symposium On “Guarantee Of The Right To Access To The Administrative Jurisdiction” On The Occasion Of The 10th Anniversary Of The Supreme Administrative Court Of Thailand, 9 March 2011, p.2-20.

Sarıca, Ragıp, İdari Kaza, Cilt I, Kenan Matbaası, İstanbul 1949.

Sezginer, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Stone, Katherine V.W., Alternative Dispute Resolution, Encyclopedia Of Legal History, StanKatz, ed., Oxford UniversityPress, p.1-7.

Tanrıver, Süha, “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*”, TBB Dergisi, S. 64, Y. 2006, s.151-177.

Tanrıver, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, AÜSBFD, C.49, S.1, Y.1994, s.333-348.

Ulusan, İlhan, “*Maddi Hukuk Ve Usul Hukuku Bakımından Sulh*”, İÜMHAD, C.5, S.7, Y.1971, s.149-203.

Viel, Marie-Thérèse“*İdari Başvuru ve İdari Yargı Birleşimi*”, çeviren: Lale Burcu Önüt, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 14, S. 1, Y. 2012, s.67- 78.

Yaşar, Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2014.

Yıldırım, Turan/ **Yasin**,Melikşah/ **Kaman**, Nur/ **Özdemir**,H.Eyüp/ **Üstün**, Gül /**Tekinsoy**, Okay, İdare Hukuku, XII Levha, İstanbul 2015.

Yıldırım, Ramazan, İdari Başvurular, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2006.

Yıldırım, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, Cilt II, Mimoza Yayınevi, Konya 2014.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2004.

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