

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XIX SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2015

**KAMU HUKUKU** ♦DÖNER/SAYDAM, TCK'nın 79. Maddesinde Düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi ♦SOYTÜRK, Başkanlık Sistemleri Tartışmaları Eşiğinde John Locke ve Montesquie'a Göre Kuvvetler Ayrımı Prensibi ♦ARSLAN, Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı ♦ÜLKER, Disiplin Cezalarına Karşı İdari Başvuru (İtiraz) Yolu.

**ÖZEL HUKUK** ♦ÖZBAY, Dünyada Grup Davası Uygulamaları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği ♦ÖZDEMİR, Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü ve Rücu Davası.

ERZİNCAN – 2015







**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XIX SAYI: 1-2 YIL: 2015

**HAZİRAN – 2015  
ERZİNCAN**

IV

**SAHİBİ**

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof.Dr. Cem BAYGIN

**SORUMLU MÜDÜR**

Yılmaz ÖZKER

**DİZGİ VE MİZANPAJ**

Yrd. Doç. Dr. Ahmet NAR

<b><u>İLETİŞİM ADRESİ:</u></b> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<b><u>TLF</u></b> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <b><u>FAKS</u></b> : +90 446 225 17 45 <b><u>E-MAİL</u></b> : <a href="mailto:erchukuk@erzincan.edu.tr">erchukuk@erzincan.edu.tr</a> <b><u>WEB</u></b> : <a href="http://www.erzincan.edu.tr/hukuk">www.erzincan.edu.tr/hukuk</a>
--	--

**Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**  
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ  
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş  
hakemli bir dergidir.

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

**Basım Yeri:** ÖZSOY OFSET Merkez Çarşısı 5. Sokak No:82 / ERZİNCAN

**Basım Tarihi:** Aralık - 2016

## YAYIN İLKELERİ

---

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

**DANIŞMA KURULU**

---

**Prof.Dr. Nihat BULUT**

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Murat DOĞAN**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN**

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Celal GÖLE**

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ**

Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Rona SEROZAN**

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



## YAYIN KOMİSYONU

---

Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Doç. Dr. Ayhan DÖNER  
Doç. Dr. Şafak NARBAY  
Yrd. Doç. Dr. Ahmet NAR

## EDİTÖRLER

---

Prof. Dr. Cem BAYGIN  
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

## DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

---

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Alpaslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Mehmet Akif ETGÜ, Yrd.Doç.Dr. Ömer GEDİK, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. İsmail KÖKÜSARI, Yrd. Doç.Dr. Ahmet NAR, Yrd.Doç.Dr. Hatice Duygu ÖZER, Yrd.Doç.Dr. Mehmet SAYDAM, Yrd.Doç. Dr. Melih SÖNMEZ, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Arş.Gör. Dr. Fatih AYDEMİR, Arş.Gör.Dr. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör.Dr. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör.Dr. Eda ŞAHİN ŞENGÜL, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş. Gör. Feyza EROL, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş.Gör. Hasan İBA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Sevda KESKİN, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Serkan OĞUZ, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş. Gör. Damla Özden ÖKSÜZ, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş. Gör. Nuray SÜMER, Arş.Gör. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Muhammet Enes YILDIZ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

## TEŞEKKÜR

**Dergimizin C. XVIII, S. 3 – 4, Aralık – 2014 ve C. XIX, S. 1 – 2, Haziran – 2015 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz\* ...**

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ, Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN, Prof. Dr. İbrahim ERCAN, Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ, Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN, Doç. Dr. Ayhan DÖNER, Doç. Dr. Şafak NARBAY, Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç. Dr. M. Emin RUHİ, Doç. Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Yrd. Doç. Mehmet Akif ETGÜ, Yrd. Doç. Dr. Ömer GEDİK, Yrd. Doç. Mehmet SAYDAM, Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ.

---

\* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER

### KAMU HUKUKU

**Doç. Dr. Ayhan DÖNER/ Yrd. Doç. Dr. Mehmet SAYDAM**

TCK'nın 79. Maddesinde Düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi ..... 1-15

**Yrd. Doç. Dr. Mehmet SOYTÜRK**

Başkanlık Sistemleri Tartışmaları Eşiğinde John Locke ve Montesquie'a Göre Kuvvetler Ayrımı Prensibi ..... 17-34

**Arş. Gör. Kahan Onur ARSLAN**

Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı ..... 35-59

**Arş. Gör. İbrahim ÜLKER**

Disiplin Cezalarına Karşı İdari Başvuru (İtiraz) Yolu ..... 61-79

### ÖZEL HUKUK

**Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY**

Dünyada Grup Davası Uygulamaları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği .. 83-129

**Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü ve Rücu Davası ..... 131-179

## CONTENTS

### PUBLIC LAW

**Assoc. Prof. Dr. Ayhan DÖNER/ Asst. Prof. Dr. Mehmet SAYDAM**

The Evaluation of the Crime of the Migrants Smuggling which is formed in the Turkish Criminal Code (Law No.5237) within the Scope of the Provisions of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime..... 1–15

**Asst. Prof. Dr. Mehmet SOYTÜRK**

Presidential System Discussions and the Principle of Separation of Powers by John Locke and Baron de Montesquieu ..... 17–34

**Research Asst. Kahan Onur ARSLAN**

As a Fundamental Right of the Right to Health ..... 35–59

**Research Asst. İbrahim ÜLKER**

Administrative Remedies (Exception) Against Disciplinary Penalty ..... 61–79

### PRIVATE LAW

**Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY**

The Practices of "Class Action" in the World and Practicability in Turkey ..... 83–129

**Assoc. Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

The Legal Status of Family Physicians and The Recourse Cases ..... 131–179

**Kamu Hukuku**

---



**TCK’NIN 79. MADDESİNDE DÜZENLENEN  
GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN SINIRAŞAN  
ÖRGÜTLÜ SUÇLARA KARŞI BİRLEŞMİŞ  
MİLLETLER SÖZLEŞMESİ’NE EK KARA, DENİZ  
VE HAVA YOLUYLA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞINA  
KARŞI PROTOKOL HÜKÜMLERİ  
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>1</sup>**

*Doç. Dr. Ayhan DÖNER\**

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet SAYDAM\*\**

**I. GİRİŞ**

Yasadışı göç nedeniyle uluslararası toplum düzeni ve ülkelerin sosyal yapıları ile sınır güvenlikleri tehdit edilmektedir. Bu bağlamda farklı uluslararası sözleşme ve protokollerle bu problemin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Uluslararası yükümlülükler ve göçmen kaçakçılığının ülkemiz bakımından önlenmesi amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 79. maddesinde “Göçmen Kaçakçılığı Suçu” düzenlenmiştir. Kanunun “Özel Hükümler” başlıklı İkinci Kitabının, “Uluslararası Suçlar” başlıklı Birinci Kısımında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun madde gerekçesinde “Türkiye tarafından da onaylanan “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Bu makale, Dr. Mehmet SAYDAM’ın, “TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU (TCK m.79)” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>2</sup> Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, çalışmamızda “Protokol” olarak ifade edilecektir.

hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir.

## II. GENEL OLARAK

Göçmen kaçakçılığı suçu ilk olarak 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 201. maddesine 03/08/2002 tarihinde 4771 Sayılı Kanunla 201/a maddesi eklenerek düzenlenmiştir. Mevzuatımıza uluslararası yükümlülükler çerçevesinde girmiştir. Birleşmiş Milletler tarafından 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo'da düzenlenen konferansta kabul edilen "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol"<sup>3</sup>ü imzaladığı için bunun gereklerini yerine getirmek için ilk düzenleme 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda yapılmıştır. Mülga 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesine 4771 sayılı Kanunla 3.8.2002 tarihinde eklenen göçmen kaçakçılığı; *"Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.*

*Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suçta iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarılmalara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fül nedeniyle elde edilen maddi menfaatler müsadere edilir.*

<sup>3</sup> 30.1.2003 tarihinde 4800 ve 4803 sayılı onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin kanunlarla TBMM tarafından kabul edilmiştir. Onaylanması, Bakanlar Kurulunca 26/02/2003 tarihinde kararlaştırılmıştır. 2003/5329 Karar Sayısı ile Cumhurbaşkanı tarafından 18 Mart 2003 tarihli ve 25052 Sayılı Resmi Gazete, de yayımlanmıştır.: 30 gün sonra da yürürlüğe girmiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm>, E.T.28.02.2015.



*Yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunur.*

*Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur”, şeklinde düzenlenmiştir.*

Yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitap, “Uluslararası Suçlar” başlıklı birinci kısım, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlıklı ikinci bölümünde yer alan “Göçmen Kaçakçılığı” suçu, 79. maddede Türkiye tarafından da onaylanan “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere<sup>4</sup>;

*“1.Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;*

*a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,*

*b) Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,*

*Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/6 md.) Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*

*(2) (Ek fıkra: 22/7/2010 - 6008/6 md.) Suçun, mağdurların;*

*a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,*

*b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi,*

*hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.*

*(3) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır.*

<sup>4</sup> 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde de göçmen kaçakçılığı suçu düzenlenerek yine uluslararası yükümlülükler yerine getirilmeye çalışılmıştır. Nitekim, maddenin gerekçesinde “Türkiye tarafından da onaylanan “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir. TCK Madde Gerekçeleri, 79. madde gerekçesi.

(4) *Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*”, şeklinde düzenlenmiştir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun TCK'nın “uluslararası suçlar” kısmında düzenlenmiş olması öğretide, göçmen kaçakçılığı suçunun “*diğer uluslararası suçlar*” içinde yer aldığı, doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluk öngörülmediği ve uluslararası sözleşmelerle devletlere bu fiillerin cezalandırılabilirliğini sağlama yükümlülüğü getirildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>5</sup>. Ancak kanaatimizce göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu'nun, “uluslararası suçlar” kısmında düzenlenmiş olması, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine de örnek oluşturacak şekilde “*uluslararası hukuk suçu*” olarak kabul edilmesi bakımından önemli bir adımdır. Çünkü göçmen kaçakçılığı yalnızca bu suçlara muhatap olan kişilerin bireysel değerlerini (yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı gibi) değil, aynı zamanda tüm uluslararası toplumun değerlerini de ihlal etmektedir. Bu nedenle, TCK'nın, uluslararası toplumun ağır insan hakları ihlallerine neden olarak gördüğü göçmen kaçakçılığı suçunu “uluslararası suç” olarak nitelendirmesi yerindedir<sup>6</sup>.

5 “Uluslararası suçlar” kavramı ile uluslararası hukuka aykırı olan ve uluslararası sözleşmelerle kovuşturulması kabul edilen suçlar anlaşılmaktadır. Ancak uluslararası suçlar da kendi içinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategoriye “uluslararası hukuk suçları”, ikinci kategoriye ise “diğer uluslararası suçlar” oluşturmaktadır. “Uluslararası hukuk suçları” ya da “uluslararası hukuka karşı suçlar” kavramı ile doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluğu gerektiren fiiller kastedilmektedir. Literatürde uluslararası hukuk suçları olarak soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı savaşı (saldırganlık) suçu olarak dört grup suç kabul edilmektedir. Çekirdek suçlar olarak da adlandırılan bu suçlar, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren en ağır suçlardır.

“Diğer uluslararası suçlar” için ise doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluk öngörülmemekte, uluslararası sözleşmelerle devletlere bu fiillerin cezalandırılabilirliğini sağlama yükümlülüğü getirilmektedir. Uluslararası suçları işleyen fail, doğrudan uluslararası hukukun bir ceza normunu ihlal etmekte ve doğrudan uluslararası hukukun ceza normlarına dayanarak cezalandırılması mümkün olmaktadır. Buna karşın diğer uluslararası suçların kovuşturulması ve cezalandırılmasının temelini uluslararası hukuk değil, iç hukuka dahil edilen uluslararası sözleşmeler oluşturmaktadır. Diğer uluslararası suçlara örnek olarak hava ulaşımına karşı suçlar, deniz ulaşımına karşı suçlar, uyuşturucu madde suçlarının belli bazı şekilleri, terör suçları, paralarda sahtecilik, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, işkence, fuhuş amaçlı insan ticareti gibi suçlar gösterilebilir”. Faruk TURHAN, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar” s.1, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.d, E.T. 20.04.2015.

6 Mahmut KOCA, “Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Nisan 2010, s.6, (s.1-27).

Kanun maddesinin birinci fıkrasında göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketler tanımlanmaktadır. Buna göre, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak ya da Türk vatandaşı veya yabancının ülke dışına çıkmasına imkan sağlamak, suçu oluşturmaktadır<sup>7</sup>.

Göçmen kaçakçılığı suçu, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacaktır. Kanun koyucu 2010 yılında yaptığı değişiklik ve ekleme ile suçun teşebbüs halinin de tamamlanmış gibi cezalandırılacağını düzenlemiştir.

Suçun manevî unsur bakımından incelemesinde, fiilin “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî bir yarar elde etmek maksadıyla” işlenmesi gerektiği görülmektedir. Yani, genel kast suçun işlenmesi için yeterli değildir. Kastın yanında “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî bir yarar elde etmek” maksadı da bulunmalıdır<sup>8</sup>. Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir<sup>9</sup>; ancak menfaatin elde edilmiş olması zorunlu değildir. Bu unsur, suçu örneğin terör maksadıyla bazı kişileri ülkeye sokmak fiillerinden ayırmak olanağını vermektedir. Ayrıca bu husus herhangi bir menfaat elde etmeden mesela sadece acıma duygusundan dolayı ya da manevi bir tatmin maksadıyla onları ülkeye sokan kişiler bakımından da önemlidir. Çünkü, bu suçta asıl zarar görenler, çeşitli nedenlerle çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir hayat kurmak için umuda yolculuk yapan insanlardır<sup>10</sup>.

22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanununun 6. maddesi ile eklenen ikinci fıkrada, suçun konusu olan yabancılar mağdur olarak açıkça ifade edilerek, suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması veya onur

---

7 TCK 79. Madde gerekçesi.

8 Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara 2011, s.200; Mehmet Emin ARTUK/Ahmet/GÖKCEN/A. Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2012, 389-390.

9 Öğretide suç tipinde özel bir maksatla suçun işlenmesinin arandığı suçlar bakımından gerekli olan kastın “özel kast” olduğu kabul edilmektedir. Bakınız, Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2016, s.380. ancak eski kanunda yapılan bir ayırım olarak karşımıza çıkan özel kast yeni kanunda yer almamaktadır. Bakınız, Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2011, 196.

10 TCK 79. Madde gerekçesi.

kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılacağı düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada ise, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek cezaların yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir.

Dördüncü ve maddenin son fıkrasında, bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmiştir<sup>11</sup>.

### III. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU VE SINIRAŞAN ÖRGÜTLÜ SUÇLARA KARŞI BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMESİ'NE EK KARA, DENİZ VE HAVA YOLUYLA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞINA KARŞI PROTOKOL

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün amacı göçmen kaçakçılığının önlenmesi, bununla mücadele edilmesi ve göçmenlerin haklarının korunmasıdır<sup>12</sup>. Nitekim protokolün önsözünde kara, deniz ve hava yoluyla yapılan göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek için atılacak etkin adımların, işbirliği, bilgi alışverişi ve ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerdeki sosyo-ekonomik önlemleri de içeren diğer uygun önlemler dahil, kapsamlı bir uluslararası yaklaşım gerektiği beyan edilmiştir<sup>13</sup>.

Protokolün 3. maddesinde göçmen kaçakçılığının tanımı, “doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini” şeklinde yapılmıştır. 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde de doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla, yabancıların ülkeye sokulması veya ülkede barındırılması ve yabancı veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülkeden çıkarılması suç olarak düzenlenmiş ve

<sup>11</sup> TCK 79. Madde gerekçesi.

<sup>12</sup> Protokolün mültecilere sağladığı korumaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Claire BROLAN, An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective”, International Journal of Refugee Law Vol. 14, No. 4, Oxford University Press, 2003.

<sup>13</sup> Orijinal metin için bkz, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T. 01.03.2015.

protokolün göçmen kaçakçılığına ilişkin tanımı dikkate alınmıştır. 765 Sayılı Kanundaki bu düzenleme, daha sonra 5237 Sayılı TCK'da da yerini almıştır. Kanunun 79. maddesinin 1. fıkrasında göçmen kaçakçılığı, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkan sağlanması, ya da Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, Protokolde göçmen kaçakçılığı için yapılan tanımın aynısını protokole uygun olarak TCK'nın 79. maddesinde düzenlemiştir. Hatta protokolde yer almamasına rağmen vatandaşların da ülke dışına çıkarılma bakımından göçmen kaçakçılığına konu olabileceği kabul edilmiştir. Çünkü protokolde yabancılardan bahsediyorken, Türkiye, bu uluslararası sözleşmenin insan haklarını koruyan ve teminat altına alan niteliğini vatandaşları bakımından genişletmiştir<sup>14</sup>. Bu hükmün tesisi isabetli olmuştur. Yani göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi için düzenlenen seçimlik hareketlerin protokolün gereklerine uygun olduğu görülmektedir.

Protokolün 5. ve 6. maddesinde taraf devletlere göçmen kaçakçılığının önlenmesi amacıyla çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre :

a- Göçmenler, bu Protokol'ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır.

b- Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, göçmen kaçakçılığını, göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesi imalini ve bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulmasını suç haline getirmekle mükelleftir.

c- İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, yasadışı yollarla imkân sağlamanın suç haline getirilmesi gerekir.

d- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşebbüs etmeyi, suç ortağı olarak iştirak, ve göçmen kaçakçılığını işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmeyi suç haline getirmekle mesuldür.

---

<sup>14</sup> BİRTEK, Fatih, "Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler", Örgütlü suçlar ve Yeni Trendler, Polis Akademisi Yayınları, UTSAS 2010 Seçilmiş Bildiriler, s.224 (s.217-240).

e- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri almakla yükümlüdür<sup>15</sup>.

**Protokolün getirmiş olduğu bu yükümlülükler bakımından tek tek bakıldığında; “a- Göçmenler, bu Protokol’ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol’e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır”<sup>16</sup>.** 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu’nun 201/a maddesindeki düzenlemede suçun sosyal anlamda mağduru olarak kabul edilen göçmenlerin cezalandırılmasına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Yani, izinsiz olarak ülkeye giren ülkede kalan veya ülkeden çıkan yabancılar göçmen kaçakçılığı nedeniyle cezalandırılmamıştır. Aynı şekilde 5237 Sayılı TCK’nın 79. maddesinde de göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan yabancıların ve ülkeden çıkma bakımından Türk vatandaşlarının suçun seçimlik hareketlerini gerçekleştirme nedeniyle cezalandırılmalarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Suça konu yabancıların suçun mağduru olup olmadıkları kanunun ilk halinde tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay kararlarında göçmenlerin suçun konusu olduğu ve suçun mağduru olmadığı ve fakat uluslararası toplum ve sınırları ihlal edilen ülkelerin suçun mağduru olduğu kabul edilmektedir. Fakat, 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla TCK’nın 79. maddesinde düzenleme yapılarak yabancıların ve ülkeden çıkarma bakımından Türk vatandaşlarının da suçun mağduru olduğu düzenlenmiştir. Ancak biz göçmenlerin suçun mağduru olmadığını kanunun bu ifadelerinden amacın sosyal anlamda mağdurluk olduğunu, göçmen kaçakçılığı suçunda suçun mağdurunun uluslararası toplumu ve ulusal

---

<sup>15</sup> Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün 5 ve 6. maddeleri, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.htm>, E.T. 02.10.2015.

<sup>16</sup> Pablo Rodríguez OCOTRINILLO, “Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)”, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1>, s. 2, E.T. 09.07.2015.

toplumu oluşturan herkes olduğunu kabul etmekteyiz<sup>17</sup>. Bu nedenle göçmenler suçun mağduru olmasa da, suçtan zarar gören ve suçun konusu oldukları için Protokole uygun olarak cezalandırılmamaktadırlar. Ancak, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa” göre idari para cezasına tabi tutulabilmektedirler. Bu idari para cezasını vermenin Protokolün 5. maddesine aykırı olacağı düşünülebilir. Ancak protokolün getirdiği koruma sadece cezai kovuşturmayla ilişkindir. Yani ceza verilmemesi için koruma getirmektedir. Fakat idari para cezası verilmesine ilişkin bir koruma sağlamamaktadır. Kanaatimize böyle bir idari para cezasının dahi uygulanması, zaten suçtan zarar gören ve sosyal anlamda suçun mağduru olan, çoğu zaman hayatlarını tehlikeye atan ve büyük zorluklarla boğuşan yabancılar bakımından haksızlık teşkil edebilir<sup>18</sup>.

**“b- Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, göçmen kaçakçılığını, göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesi imalini ve bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması suç haline getirmekle yükümlüdür”.** Protokol bu yükümlülük ile göçmen kaçakçılığının suç olarak düzenlenmesi yanında göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken belgede sahtecilik yapılması durumlarında ülkelerin sahteciliği de ayrıca suç olarak düzenleyip ceza vermesini istemektedir. Bu yükümlülük bakımından, 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla göçmen kaçakçılığı ve göçmen kaçakçılığının gerçekleştirilmesi amacıyla sahte kimlik veya seyahat belgesi hazırlayanların veya temin edenlerin ayrıca belgede sahtecilik nedeniyle cezalandırılacağı

---

<sup>17</sup> “Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden...”, YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54, K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 10.11.20015; “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nun 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini...”, YARGITAY CEZA GENEL KURULU 13.4.2010 tarihli ve E.2010/8-72, K.2010/89 sayılı kararı, [http://www.kazanci.com](http://www.kazanci.com/), E.T. 25.10.2015.

<sup>18</sup> Protokolün önsözünde göçmenlere insanca muamele yapılması ve haklarının bütünüyle korunmasına ilişkin ihtiyaç vurgulandığı için, suçta konu yabancıların göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmamaları gerektiği ve suçun sosyal mağduru oldukları anlaşılmaktadır.

Protokole uygun olarak düzenlenmişti<sup>19</sup>. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinde ise, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi cezalandırılmışken, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında belgede sahtecilik yapılması halinde failin bu suçtan ayrıca cezalandırılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak TCK'nın 212. maddesinde sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenacağı düzenlemesi bulunduğu için, TCK'nın 79. maddesinde böyle bir düzenleme bulunmamasına rağmen Protokole uygun olarak göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında belgede sahtecilik yapılması veya sahte belge kullanılması halinde failin ayrıca belgede sahtecilikten cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yani Protokolün ön gördüğü bu yükümlülük yerine getirilmiştir.

**“c- İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, yasadışı yollarla imkân sağlamasının suç haline getirilmesi gerekir”.** Protokolün getirdiği bu yükümlülük 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde protokole uygun olarak yer almıştı. Buna göre, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerinin veya ülkede kalmalarının sağlaması suç olarak düzenlenmişti. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinde de doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıya ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkan sağlanması suç olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme de Protokolün getirmiş olduğu yükümlülüğün gereklerine uygun ve yerinde olmuştur. Yabancıya kanuna aykırı olarak ülkede kalmasına imkan sağlandığı hallerde doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla hareket edilmişse, fail göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılacaktır.

---

<sup>19</sup> “Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suçta iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir...”, 765 Sayılı Mülga TCK201/a.



***“d- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşebbüs etmeyi, suç ortağı olarak iştirak, ve göçmen kaçakçılığını işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmeyi suç haline getirmekle yükümlüdür”.*** Bu yükümlülük doğrultusunda 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs edilmesi halinde tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı<sup>20</sup> düzenlendiği için göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüse ilişkin Protokol yükümlülüğü yerine getirilmiş oluyordu<sup>21</sup>. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi kabul edilip cezalandırılması yer almamaktaydı. Bu nedenle öğretisi ve uygulamada suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı ve teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler ortaya konulmuştu. Yargıtay verdiği kararlarda suça teşebbüsün mümkün olduğunu ve teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmekteydi<sup>22</sup>. Teşebbüs hükümlerinin uygulandığı bir durumda TCK'nın teşebbüsü ihtiva eden genel hükümlerinden olan 35. madde gereğince göçmen kaçakçılığı suçu için hükmedilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirilmesi söz konusu olmaktaydı. Bu hükmün uygulanmasının Protokole uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Protokolün yükümlülüğü suçun teşebbüs halinde kalmasının da cezalandırılması yönündedir, yoksa göçmen kaçakçılığına teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılması gerektiğine ilişkin değildir. TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde teşebbüsün genel hükümler çerçevesinde cezalandırılması Protokolün getirdiği

<sup>20</sup> ARSLAN, Çetin, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, AÜHF Dergisi, Yıl 2003, C.52 S. 1, s.131, (s.113-145).

<sup>21</sup> “... bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir” 765 Sayılı Mülga TCK201/a-2.

<sup>22</sup> “Göçmen kaçakçılığı suçunda; uyuşmazlık; sanıkların üzerlerine atılı göçmen kaçakçılığı suçunun tamamlanıp tamamlanmadığının belirlenmesine ilişkindir. Sanıkların yasal olmayan yollardan ülkemize giren göçmenlerin maddi menfaat elde etmek amacıyla ülkede kalmalarına imkan sağladıkları ve bu şekilde eylemlerinin tamamlandığı kabul edilmiş ise de, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan göçmenleri, yurt dışına çıkarmak amacıyla belli bir süre barındıran sanıkların eylemlerinin, göçmen kaçakçılığı suçunun, suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan ve sanıkların lehine olduğunda tereddüt bulunmayan "göçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkan sağlanması" şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğu, göçmenlerin yurt dışına çıkartılmadan yakalanmış olmaları nedeniyle sanıkların fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/8-1085 K. 2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.02.10.2015.

yükümlülük bakımından yeterlidir. Çünkü Protokolün 6. maddesinde her taraf devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla düzenleme yapacağı ifade edilmiştir. Yani kanun maddesinin ilk halinde Protokole aykırılık bulunmamaktadır. Ancak verilecek cezalarda teşebbüs nedeniyle bu derecede indirim uygulanacak olması, suçla etkin mücadele ve suçun önlenmesi bakımından yetersiz kalındığı gerekçesiyle uluslararası platformlarda ülkemize eleştirilere neden olmuştur<sup>23</sup>. Bu nedenle 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla TCK'nın 79. maddesine, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükümlenacağı düzenlenmiştir. Artık kanunun mevcut halinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs hali de tamamlanmış gibi kabul edilerek ceza tatbik edilecek ve TCK'nın 35. maddesindeki teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Kanaatimizce de, göçmen kaçakçılığının önlenmesini amaçlayan Protokolün getirdiği yükümlülük ve suçla daha etkin mücadele bakımından 6008 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle göçmen kaçakçılığı suçunun 765 Sayılı Mülga TCK'da olduğu gibi "teşebbüs suçu (kalkışma suçu)" olarak düzenlenmesi daha isabetli olmuştur.

Protokolün 6. maddesine göre, göçmen kaçakçılığının örgütlü olarak işlendiği hallerde, bunun cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi yükümlülüğü getirilmiştir. 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde bu yükümlülüğe uygun olarak göçmen kaçakçılığı suçunun örgütlü olarak işlendiğinde hallerde failere verilecek cezada bir kat artırım yapılacağı hükmüne yer verilmişti. Bu yükümlülük 5237 Sayılı TCK'nın göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen 79. maddesinde de yer almıştır. Göçmen kaçakçılığının bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılabilecektir. Göçmen kaçakçılığı suçu çoğunlukla sınıraşan<sup>24</sup> suç olduğu ve suç örgütleri tarafından önemli bir gelir kaynağı olarak işlendiği için ve aslında suçun bir örgüt tarafından

<sup>23</sup> BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.226.

<sup>24</sup> Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, sınır aşan bir suçtan bahsedilebilmesi için şu özelliklerin bulunması gerekir;

*"a) Suç birden fazla devlette işlendiğinde,*

*(b) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde,*

*(c) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suça karıştığına, veya*

*(d) Suç tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda, sınıraşan niteliktedir",* [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafliisoz/bm/bm\\_45.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafliisoz/bm/bm_45.pdf), E.T. 10.04.2015.

işlenmesinin daha kolay olması nedeniyle bu suçla mücadele bağlamında “bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin” ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiş olması caydırıcılık bakımından önemlidir. Aynı zamanda, *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün* 6. maddesinde taraf devletlere getirilen yükümlülük de yerine getirilmiş olmaktadır. Ancak TCK'nın 220. maddesinde örgüt kurmak başlı başına bir suç olarak ayrıca düzenlenmiştir<sup>25</sup>. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçunun örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği durumlarda hem TCK. 79/3 de düzenlenen ağırlaştırıcı sebep ve hem de örgüt kurma suçundan<sup>26</sup> kişiye ceza verildiği için ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “non bis in idem” kuralına aykırılık teşkil edeceği ve bir fiilden iki defa ceza verileceği için eleştirilmiştir<sup>27</sup>. Kanaatimizce eleştiri haklı da olsa, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinin önlenmesindeki zorluk ve suçun konusu olan birçok kişinin ölümüne neden olduğu dikkate alındığında kanun koyucunun düzenlemesi gerekli ve yerindedir.

Protokolün 6. maddesi ile getirilen diğer bir yükümlülük olarak göçmen kaçakçılığı suçunun iştirak halinde işlenmesinin cezalandırılması gerekmektedir. Mülga 765 Sayılı Kanunun iştirak hükümleri ve 5237 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümleri kapsamında göçmen kaçakçılığı suçuna iştirak Protokole uygun olarak cezaya tabi tutulacaktır.

***“e- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye***

<sup>25</sup> TCK. m.220. “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir”.

<sup>26</sup> "Örgütlü suç grubu" doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri varolan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.2. göçmen kaçakçılığı bakımından bu nitelikli halin uygulanabilmesi için Sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen suç örgütünün unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir.

<sup>27</sup> ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011, s.66; ŞEN, Ersan/MALBELEĞİ, Erkam, Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s.107; DOĞAN, Koray, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2008, s.156.

**sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri almakla yükümlüdür**". Protokolün ön gördüğü bu yükümlülükler, 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde protokole uygun olarak yer almıştı. Bu maddede kaçak göçmenlerin yaşamlarının veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmaları hallerinde faillere verilecek cezaların yarısı oranında artırılacağı, ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükümlenmesi şeklinde düzenlenmişti. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde Protokolde öngörülen bu yükümlülükler bulunmamaktaydı. Yani, protokole aykırı olarak, göçmen kaçakçılığının işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarının tehlikeye sokulması veya onur kırıcı muameleyle tabi tutulmaları cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmemişti. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda bu hususu vurgulamıştır<sup>28</sup>,<sup>29</sup>. Cezayı ağırlaştırıcı sebeplere kanun hükmünde yer verilmediğinden, göçmenlerin hayatlarının tehlikeye sokulması veya insanlık onuru ile bağdaşmayan muameleler ancak cezanın kanunda yazılı olan alt ve üst sınırlar arasında 5237 Sayılı TCK'nın 61. maddesi çerçevesinde dikkate alınabilmekteydi<sup>30</sup>. Kanunkoyucu nihayet Protokolün getirdiği bu yükümlülüğe aykırılığın farkına varmış ve 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla, "suçun, mağdurların; a) Hayatı

28 "765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüsün olanaklı olmadığı, zira aynı maddenin 2. fıkrasında bu suçta teşebbüs halinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer aldığı, 3. fıkrada ise suçun insanlık dışı ve onur kırıcı muamele biçiminde gerçekleşmesi halinde verilen cezadan yarı oranında artırım yapılacağı hükmünün bulunduğu, 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK.nun 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu ve ayrıca 765 sayılı TCK.nun 201/a-3 madde ve fıkrasındaki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırım ile ilgili bir düzenlemenin de bulunmadığı anlaşılmasına göre...", Yargıtay 8. CD. 20.3.2006 tarihli ve E.2006/215, K.2006/2281 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.04.11.2015.

29 "5237 sayılı Yasa'nın 79. maddesinde 765 sayılı Yasa'nın 201/a-2 maddesindeki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle, göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olması ve 201/a-3 maddesindeki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırım ile ilgili bir düzenleme de bulunmaması karşısında; Türkiye'den başka ülkelere gitmek isteyen göçmenlerin yolda yakalandığı anlaşıldığına göre, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı gözlemlenmelidir". Yargıtay 8. CD. 6.12.2006 tarihli ve E.2006/4301, K.2006/8928 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.04.11.2015.

30 BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.230.

bakımından bir tehlike oluşturması, b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi, hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır” şeklinde TCK'nın 79. maddesinde düzenleme yapmıştır. Bu bağlamda artık göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi durumunda suçun konusu olan göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşmuşsa verilecek ceza arttırılacaktır. Aynı şekilde, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında suçun konusu olan göçmenlerin onur kırıcı bir muameleye maruz kalması halinde verilecek ceza arttırılacaktır.

6008 Sayılı Kanunla, Protokolün 6. maddesiyle taraf ülkelere getirilen önemli bir yükümlülük olan “göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi” hükmü yerine getirilmiştir. Kanaatimizce 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk halinde bu yükümlülüğe uyulmaması büyük ve açıklanamaz bir eksiklik olmakla birlikte, kanunun mevcut halinde bunun Protokole uygun bir şekilde düzenlenmiş olması yerinde ve isabetli olmuştur.

#### IV. SONUÇ

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün getirdiği yükümlülüklerin yürürlükte bulunan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçu bakımından değerlendirilmesi sonucunda; TCK'nın mevcut düzenlemesinin Protokolün yükümlülüklerine uygun bir şekilde düzenlendiği ve göçmen kaçakçılığı suçunun önlenmesi bakımından Türkiye Cumhuriyetinin bu uluslararası sözleşmeye uygun, gerekli ve yerinde bir kanuni düzenleme yaptığı görülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, uluslararası sözleşme bağlamında üstlendiği yükümlülükleri yürürlükteki mevzuatında harfiyen uygulayıp, yerine getirmiştir.

Bu düzenleme önemli bir uluslararası sorun olan ve ülkemiz için de son yıllarda çok büyük bir sorun haline gelen yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığı suçunun önlenmesi bakımından önemli ve bir adım atılmıştır.



# BAŞKANLIK SİSTEMLERİ TARTIŞMALARI EŞİĞİNDE JOHN LOCKE VE MONTESQUIE'A GÖRE KUVVETLER AYRIMI PRENSİBİ

*Yrd.Doç.Dr. Mehmet SOYTÜRK\**

## Özet

Kuvvetler ayrımı prensibi günümüz demokratik ve hukuk devletlerinde temel bir prensip olarak yer almaktadır. Hükümet sistemlerine dair tarihi seyrin gözlenmesi halinde bu fikrin ortaya çıkmasında ünlü İngiliz düşünür John Locke'un etkilerinin bulunduğu tanıklık edilebilir. Kuvvetler ayrımı prensibinin ilk model halini John Locke geliştirmesine rağmen, sonraki yıllarda kuvvetler ayrımı prensibi modeline ilaveler yapan ve yeni bir hal kazandıran Fransız düşünür Baron de Montesquieu olmuştur. İngiltere'yi ziyareti sırasında yapmış olduğu çalışmalarla ve buradaki sisteme esinlendiği fikirler ile Montesquieu, Fransa'da hüküm süren mutlak monarşiyi düzeltmek amacıyla kendi kuvvetler ayrımı prensibini geliştirmiştir. Kuvvetler ayrımı prensibi daha sonraki yıllarda ulus devletlerin oluşma safhalarında demokrasilerinin gelişmesinde önemli bir yer almıştır. Kuvvetler ayrımı prensibi günümüz itibariyle demokratik hukuk devletlerinin temel prensibi haline gelmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kuvvetler Ayrımı, John Locke, Baron de Montesquieu, Başkanlık Sistemi

## Abstract

Seperation of powers is one of the basic principles in state of law. When examining the history, John Locke's affects can be seen. Although John Locke discover the seperation of powers, the French philosopher Montesquieu developed it. Montesquieu is affected by the English System when he visited England and discovered seperation of powers to correct the monarcy system in France. Then seperation of powers takes an important point during the evolution of the nation states and democracies. Today

---

\* Karadeniz Teknik Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi.

separation of powers become the fundamental principle in democratic state of laws.

**Keywords:** Separation of Powers, John Locke, Baron de Montesquieu, Presidential System

### **I. Genel Olarak**

Dünyada önde gelen hükümet sistemleri olan Parlamenter ve Başkanlık sistemlerinin ortaya çıkmalarında odak noktanın, ülkelerin tarihi tecrübelerinin birikimi olduğunu gözlemleyebiliriz. Mevcut model hükümet sistemleri kendi tarihsel gelişmelerinin ve tecrübelerinin bir ürünü olduğu ve o ülkenin özelliklerine göre şekillendiği de aşikardır. Parlamenter hükümet sistemlerinin örnek ülkesi ve ilk şekillenmeye başladığı ülke kesinlikle İngilteredir. İngiltere’de bu sistem şekillenmeye başladığında örnek alabileceği başka bir ülke uygulaması mevcut değildi. İngiltere içinde bulunduğu siyasi gelişmelerle ve kendi birikimiyle kendi sistemini geliştirmiştir. Başkanlık sistemi denildiğinde akla ilk gelen ülke olan Amerika Birleşik Devletleri de farklı bir şekilde kendi tecrübelerinden yola çıkarak kendine has bir sistem ortaya çıkaracaktı. Fakat bu sistemi oluştururken kendi tecrübelerinden faydalandıkları gibi farklı bir şekilde tecrübe edinmiş olan Montesquieu’nun kaleme almış olduğu kuvvetler ayrımı modelinden esinleneceklerdi. Montesquieu’nun, İngiltere’nin sistemini, ülkesi Fransa için kıyas yöntemi ile örnek gösterdiğini ifade edebiliriz.

Amerika Birleşik Devletleri’nin Başkanlık Sistemi ve Büyük Britanya’nın Parlamenter Sistemi, hükümet sistemleri kıyasında büyük bir öneme sahiptirler. Adı geçen bu iki ülkede hem ekonomik hem de siyasi olarak dünya tarihinde önemli yere sahiptirler ve bu önemleri de halen devam etmektedir. Son yüzyılda Büyük Britanya dünya kolonilerini kaybetmiş olsa bile ve II. Dünya Savaşı’ndan sonra dünya siyasi arenasındaki yerini Amerika Birleşik Devletlerine kaptırmış olsa dahi, halen belli ölçüde önemini koruduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz. Büyük Britanya için ayrıca söyleyebileceğimiz şudur ki, Fransa ve Almanya ile beraber Avrupa Birliği’nin en güçlü devletlerinden birisi olma özelliğine sahip olduğudur.

Amerika Birleşik Devletleri ve kendisinin geliştirmiş olduğu başkanlık sistemi ile beraber Büyük Britanya’nın geliştirmiş olduğu parlamenter sistem her ne kadar başka ülkelerin hükümet sistemlerini örnek olarak ortaya çıkmamış olsalar da başka ülkelerin hükümet sistemlerinin şekillenmelerinde önemli derecede örnek teşkil etmişlerdir.



Özellikle Varşova Paktının dağılmasından sonra özgürlüklerine kavuşan Doğu Avrupa devletlerinin örnek almış oldukları başka bir sistem karşımıza çıkmaktadır. Farklı bir sistemle karşımıza çıkan bu ülke ise, hem parlamenter sistem hemde başkanlık sistemi özellikleri taşıyan Fransa'dır.

Fransa'nın geliştirerek uygulamaya başladığı bu sistem yarı-semi başkanlık sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yarı başkanlık fransız sistemi özellikle Varşova Paktı'nın dağılmasından sonra siyasal sistemleri tamamen değişen Doğu avrupa ülkelerinde uygulanmaya başlanmıştır. 1991 yılına Varşova Paktı ülkesi olan şimdi ise Avrupa Birliği'ne üye olan, köklü ve güçlü siyasi partilerin olmadığı bu ülkeler, Fransa ve uygulamış olduğu yarı başkanlık sistemini örnek alarak, kendi demokrasilerini bu sistemle şekillendirmeye çalışmaktadırlar.

Fransa'da 1789 devrimden günümüze kadar olan süreçte farklı siyasi idare şekilleri hayat bulmuştur. Bu ülkedeki siyasi sistem en son halini, yani günümüzde uygulanan yarı başkanlık sistemini İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uygulamaya konmuştur. Birçok siyasi sistem denemesi yaşamış olduklarından, Fransızlar bu dönemleri numaralandırmışlar ve şu anda V. Cumhuriyet dönemini yaşamaktadırlar. Fransa'dan önce yarı başkanlık sistemine benzer uygulamaların Weimar Cumhuriyeti<sup>1</sup> döneminde Almanya'da ve I. Dünya Savaşı'ndan 2000 yılındaki Anayasa reformuna kadar Finlandiya<sup>2</sup> gibi ülkelerde hayata geçirildiğini, bu ülkelerin siyasi tarihlerini incelediğimizde görebilmekteyiz. Finlandiya nisbeten daha küçük bir ülke olduğu için siyasi arenada uygulamış olduğu idari sistem, siyaset biliminde ve uluslararası siyasi arenada pek dikkat çekmemiştir. Weimar Almanya'sındaki uygulamada ise başkanın anayasal olarak çok güçlü durumda olmasıyla beraber demokratik sistemle pek alakası olmayan bir liderden dolayı bu deneme oldukça başarısız olmuştur. Bunun sonucu olarak da Almanya, Adolf Hitler liderliğinde insanlığa, insanoğlunun yaşayabileceği en vahşi süreçlerden birini, II. Dünya Savaşı tecrübesini yaşatmıştır. Zikredilen bu iki örneğe nazaran Fransa'daki sistem, parlamentonun çeşitli siyasi dağılımlarına rağmen kendisini ispat edebilmiştir. Adı geçen sistemlerin Fransa, İngiltere ve ABD'de uygulanmaya başlanmasında bu yana diğer ülkeler için örnek hükümet

---

1 Heinz-Wilhelm Meier, *Zitier- und Zutrittsrecht im parlamentarischen Regierungssystem*, Duncker & Humblot, Berlin 1982, s. 54-55.

2 Martin Sebaldt, *Die Macht der Parlamente*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2009, s. 72.

sistemleri olmuştur ve diğer ülkeler kendi sistemlerini bu sistemlere göre şekillendirmeye çalışmışlardır.

Parlamentolarda sürekliliği olmayan çoğunluk oluşumlarında, güçlü yetkilerle sahip bir Cumhurbaşkanının varlığı sayesinde, parlamenter hükümet sisteminde meydana gelen tikanlıklar önlenmektedir.

Yarı başkanlık sistemi her iki yöne doğru gelişim gösterebilme özelliğine sahip bir sistem olarak, hem cumhurbaşkanının yetkilerinin artması hem de parlamento tarafında desteklenen hükümetler sistemine doğru gelişme gösterebilme yeteneğine sahiptir.

Makaleyi yazmaktaki amacımız mevcut bu sistemleri formel olarak tekrarlamak değildir, amacımız şu anda dünyada çeşitli hükümet sistemleriyle- başkanlık, yarıbaşkanlık ve parlamenter system- ile gerçekleştirilmeye çalışılan kuvvetler ayrımı prensibinin nasıl ortaya çıktığını ve bu teoriyi şekillendiren iki önemli düşünürün ortaya attıkları teorileri kıyaslamaktır. Bu iki önemli düşünürün fikirlerini kıyaslarken de kanımızca, içinde buldukları zaman dilimi ve yaşanan siyasal gelişmeleri göz ardı etmeden ortaya koymak gerekmektedir ki nasıl ve hangi şartlar altında fikirlerin geliştiğini ve şekillendiğini görebilelim.

## **II. Siyaset Biliminde Kuvvetler Ayrılığı Teorisi**

### **1. John Locke ( 1632-1704)**

John Locke, doğal hukuk düşüncesinin önde gelen teorisyenlerinden ve temsilcilerinden biridir. Liberal düşünce akımının kurucusu olarak kabul edilen John Locke'un yaşadığı yıllar siyasi olarak çok çalkantıların olduğu bir döneme denk gelmektedir. Aydınlanma Çağı'nın başlamasına vesile olan ve o çağa damga vuran düşünürlerden biri olan Locke aynı zamanda da siyaset felsefesinin en önemli temsilcilerinden biridir.

Siyasal düşünce tarihinin en önemli düşünürlerinden birisi olmakla beraber, insanın özgürlüğüne son derece önem vermiştir. Devletsel şiddetin hukuk, kanun ve meşrulaştırma zorunluluğu ile evcilleştirilmesi gerektiğine inanmaktaydı.

John Locke'un siyaset felsefesi Amerika Birleşik Devletlerinin bağımsızlık mücadelesinde ve Anayasasının şekillenmesinde son derece etkili olmuştur. "Hükümet Üzerine İki İnceleme" adlı eserinde siyasi iradenin nasıl şekillenmesi gerektiğine dair fikirlerini ortaya atmıştır. Bir hükümet ancak seçmenlerin teveccühünü kazanmışsa ve aynı zamanda doğal haklar olan yaşama, özgürlük ve özel mülkiyeti de koruyorsa meşrudur. Bu şartlar

yerine getirilmiyorsa, tebaaya da itaat etmeme, direnme ve karşı koyma hakkı tanımaktadır.<sup>3</sup>

John Locke, oldukça varlıklı bir ailenin çocuğu olarak 1632 yılında Britol'da dünyaya geldi. Babası İngiltere iç savaşında Parlamento güçlerinde subay olarak görev yapmıştır. Dönemin en önemli eğitim kurumlarında eğitim görmüş, felsefe dersleri için önemli olan Latince ve Eski Yunancayı öğrenmiştir. Oxford Üniversitesindeki eğitiminden sonra yine aynı üniversitede akademisyen olarak yunanca, retorik ve etik dersleri vermeye başlamıştır.<sup>4</sup>

Amirizm'in kurucusu olarakta bilim tarihinde yer bulan John Locke, ne kadar önemli bir bilim adamı olduğunu bize ispatlamıştır. Amirizm'e göre insanlar bilgisiz olarak doğmaktadırlar, duyu organları sayesinde zamanla bilgi edinirler. Duyu organları tarafından ispatlanamayan şeyler, ampiriklere göre boş iddialardır. John Locke çok erken yaşlarda siyasi makaleler kaleme almıştır ki, bunlar modern demokrasilerin temel metinleri olarak da karşımıza çıkmaktadır.

John Locke 1672 yılından itibaren çeşitli memuriyetlerde bulunmuştur. Aristokrat dostu Shaftesbury'nin siyasi sebeplerden dolayı ülkeyi terk etmek zorunda kalmasıyla kendiside Fransa'ya göç etmiştir. 1675 yılında Fransa'ya göçen John Locke, burda sadece dört yıl kalmıştır ve akabinde tekrar İngiltere'ye dönmüştür. Fransa'da bulunduğu yıllarda rasyonalist akımın önde gelen filozoflarından Rene Descartes'in eserlerini inceleme fırsatı bulmuştur. Descartes'in eserlerinin John Locke için ilham kaynağı olduğunu ifade edebiliriz. Fransa'da geçen yıllarından sonra İngiltere'ye dönme kararını almıştır. Fakat İngiltere'de o dönemlerde monarşi tarafından uygulanmaya çalışılan katı katoliklik anlayışına karşı mücadele veren dostu Shaftesbury'nin Hollanda'ya göç etmesinin ardından John Locke'a da tekrar Kıta Avrupası yolları gözükmiştir. Bu sefer durağı 1683 ile 1688 yılları arasında Hollanda olacaktı. Muhteşem devrim olarak İngiltere tarihinde önemli bir yeri olan "glorious revolution"un gerçekleşmesinden sonra tekrar İngiltere'ye geri dönecekti.<sup>5</sup>

---

3 Walter Reese-Schafer, *Klassiker der Politischen Ideengeschichte*, Oldenbourg Verlag, München 2011, s. 92.

4 Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 124.

5 Susanne Held, *Eigentum und Herrschaft bei John Locke und Immanuel Kant*, LIT Verlag, Berlin 2006, s. 28-35.

İngiltere’de o yıllarda önemli siyasi hadiseler gerçekleşecekti;1688 yılında Wilhelm III. tahta çıkmış ve 1689 yılında *Declaration of Rights (Bill of Rights)*<sup>6</sup>, haklar yasası İngiliz parlamentosu tarafından yayınlanmıştır. John Locke ise 1689 yılından itibaren İngiliz ticaret bakanlığında çalışmaya başlamıştır ve bu yıllarda *Hükümet Üzerine İki İnceleme adlı*<sup>7</sup> eserlerini kaleme almıştır. Bu iki eser, John Locke’un siyaset felsefesindeki en önemli katkısı olmuştur. Devlet birey ilişkileri ve kuvvetler ayrımı ilkesini ilk olarak ifade eden ve ortaya atan düşünür olarak karşımıza çıkmaktadır.

### 1.1. John Locke’ta Doğal Hal

John Locke, yapmış olduğu ilk çalışmalarında teolojik temellere dayandırılarak meşrulaştırılmaya çalışılan mutlakiyetçi rejimleri reddetmiştir. Tanrıya dayandırılmaya çalışılan hukuk ve ona bağlandırılmaya çalışılan yönetim şekilleri böylelikle kendisince kabul görmemiştir ve onlara karşı başka bir siyasi gücün ve başka bir kaynağın oluşturulması yönünde çabalar sarf etmiştir. Siyasal otoriteyi tam anlamıyla kavrayabilmek için asıl olana yani, insanın doğal haline gidip oradan yola çıkılması gerektiğine inanmaktadır. O ortam tam anlamıyla bir kusursuz özgürlükler durumudur, insanlar doğal kanunun sınırları içerisinde eylemlerini yürütülürler. Hiç kimse bir diğerinden daha fazla mal sahibi olmadığı için bu hal içerisinde güç ve hukuk karşılıklıdır, yani doğal ve eşitlikler halidir.<sup>8</sup> Locke bunu kimsenin, bir diğerinden daha fazla elinde bulundurmama hali olarak açıklamaktadır.

İnsanlar doğal ortamda topraktan çıkacak olan ürünlerden geçinmektedirler. Hayatını idame ettirebilmek için toprağı işleyenler, toprağı artı değer katarlar ve böylece özel mülkiyet oluşturmuş olurlar. İşlenmesiyle mülkiyete dönüşmüş olan toprak, artık başka kişilerin kullanımına kapanmış, özel mülkiyet hali almıştır. Mülkiyetin ortaya çıkmasıyla beraber mülkiyeti olanlarla mülkiyeti olmayanlar ayrımı yapılmaya başlanmıştır. Mülkiyet sahipleri arasında ise, daha başarılı olanlar ve daha az başarılı olanlar diye de ayırım yapılması gerektiğine inanmaktadır, çünkü daha fazla uğraşan ve başarılı olan ona göre de daha fazla verim elde edecektir. Böylece zamanla para/değer sadece hayatta kalma arzusunun

---

<sup>6</sup> a.g.e., s. 193.

<sup>7</sup> Bu eserin Türkçe çevirisi: John Locke, *Hükümet Üzerine İki İnceleme*, (Çev. Fahri Bakırcı), Babil Yayınları 2004.

<sup>8</sup> Eberhard Braun, Felix Heine, Uwe Opolka, *Politische Philosophie*, Rowohlt Enzyklopadie, Hamburg 1994, s. 139.

yerini almış olacaktır. Hasadın paraya dönüştürülmesinin sonucu ise kıskançlık, kin, tamahsızlık ve suç ortaya çıkaracaktır. Mülkiyet edinme kuralları bazıları tarafından kabul edilmeyecektir, fakat bu durum insanların istediklerini yapabilecekleri anlamına da gelmemektedir ve hiç kimsenin bir diğerinden daha fazla haklara sahip olduğu anlamı da taşımamaktadır, zira herkes birbirine eşittir. Doğal hallerindeki bağımsızlık, yine insanların, başkalarının can, mal ve özgürlüğünü ortadan kaldırma hakkının olduğu anlamına gelmemektedir.

İşte tam bu durumda John Locke “devletin” kurulması aşamasına gelmektedir. John Locke’a göre devletin kuruluş amacı, vatandaşlarının hayat ve özgürlüklerini koruma altına almak olmalıdır. Devletin kuruluş amacı mülkiyet sahiplerinin menfaatlerinden arı değildir.<sup>9</sup>

John Locke, devlet teorisinde o dönem için oldukça ileri görüşlü ve şu an Batı demokrasilerinde uygulanan kuvvetler ayrımı, Montesquieu’nun kuvvetler ayrımı ilkesinden daha çok kendisine yakındır. Bunun sebebini ise özellikle 17. yüzyılın sonlarına doğru İngiltere’de uygulanan meşrutiyet rejiminde aramak gerekmektedir. Kendisinin öne sürdüğü kuvvetler ayrımı modeli özellikle bu dönemin İngilteresinde uygulanan ve daha sonraları yerini modern öncesi parlamenter sisteme bırakan meşrutiyet rejiminin etkisinde kalarak geliştirmiştir.

Devleti oluştururken özellikle üzerinde durduğu konu kesinlikle mülk sahibi bireylerdir<sup>10</sup>, devletin oluşmasında mülkiyet sahibi olanları örnek vererek hareket etmektedir. Devletin, bireylerin hayatlarına en ciddi müdahalesi olarak kanunları görmektedir. Özellikle ceza kanunları veya vergi kanunları bu müdahalenin başında gelmektedir. Bu müdahale mülkiyet veya gelir sahibi olan bireyler için gelir azaltıcı veya kaybettirici müdahaleler olarak hissedilmektedir. John Locke’a göre vergi ve devlet harcamaları, mülk sahiplerinin temsilcileri aracılığıyla alınacak olan kararlara dahil edilebilecekse, gerçekleşmelidir. Bu dahiliyetin yeri ve mekanı ise Parlamento, yasama (legislative)’dir. Yasama ise, belli zaman aralıklarında vatandaşlar tarafından seçilen temsilcilerden oluşmaktadır.<sup>11</sup> Böylece vergi verenler seçmiş oldukları temsilciler sayesinde, devlete

---

<sup>9</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitapevi, Ankara 2014, s. 186

<sup>10</sup> Susanne Held, *Eigentum und Herrschaft bei John Locke und Immanuel Kant*, LIT Verlag, Berlin 2006, s. 64.

<sup>11</sup> a.g.e., s. 265.

varlıklarının bir bölümünü devredip etmemek hakkında karar verebileceklerdir.

### 1.2. Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı John Locke için, öncelikle devlet fonksiyonları, ikincil olarak devlet kurumları ile ilgilidir. Yasama görevi, yasama organına yani temsilciler toplantısına ve onunla beraber Hükümdara aittir. John Locke ayrıca prerogative<sup>12</sup>'de hükümdara, parlamento tarafından kabul edilmiş kanunlar çerçevesinde siyasi kararlar verebilme yetkisinden bahsetmektedir. Özellikle belirtilmesi gereken bir husus ise hükümdarın bu yetkisi yürütmenin altında düzenlenmiş bir yetkidir.

Kuvvetler ayırımının diğer bir parçasını ise yürütme olarak tanımlayan John Locke, kanunların uygulanması olarak açıklamaktadır. Federatif kuvvet ise, diğer devletlerle uluslararası hukuk çerçevesinde anlaşmalar yapma yetkisi olarak hükümdara ait bir yetki olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>13</sup>Toparlayacak olursak John Locke'a göre federal, prerogative ve yürütme yetkileri hükümdarda toplanmaktadır. John Locke'un yapmış olduğu kuvvetler ayrımı, o dönemin İngilteresinin yaşamış olduğu siyasi gelişmelerin ve anayasal durumun bir göstergesidir. İngiltere'de 1688/89 yılında "Glorious Revolution" (Muhteşem Devrim) yaşamış ve mutlak istibdat dönemine anayasal nitelik taşıyan "Bill of Rights"<sup>14</sup> ile son verilip meşruti bir krallık ilan edilmiştir. Meşruti bir krallığın varlığı sözkonusu olmakla birlikte, vatandaşlar hakkında karar verebilecek yegane mekanizmanın, yine vatandaşlar tarafından seçilmiş olan temsilciler olduğu bir dönemdir.

Seçilmiş olan temsilciler John Locke'un sistemi için olmazsa olmaz şartların başında gelmekteydi ve seçilmiş olan hükümetin vatandaşların, özgürlüklerine, hayatlarına ve mülklerine müdahalesine karşı en büyük garantör olarak görmekteydi. Siyasal yetkileri tek başına elinde bulunduran hükümdar ve parlamento ayrı ayrı alanlarda faaliyet göstermektedirler. John Locke'un bahsetmiş olduğu bu sistem henüz günümüzde uygulanan parlamenter hükümet sistemi değildir.

---

<sup>12</sup> Hans Heinrich Rupp, *Grundfragen der Heutigen Verwaltungslehre*, J.C.B. Mohr Tübingen, Tübingen 1991, s. 26.

<sup>13</sup> Susanne Held, *Eigentum und Herrschaft bei John Locke und Immanuel Kant*, LIT Verlag, Berlin 2006, s. 99.

<sup>14</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal, İstanbul 2010, s. 233, 237, 238

Ortaya sürülmüş ve tanımlanmış olan kuvvetler ayrımı ile John Locke hukuk devletinin temel özelliklerini de tanımlamıştır. Yasama organının şekline göre de üç farklı idare şekline bahsetmektedir; bütün yetişkin ve mülk sahibi olan erkekler tarafından oluşturulan bir idare var ise o zaman demokrasiden, şayet belirli seçkin erkeklerden oluşuyorsa oligarşiden ve sadece bir şahısta bütün yetkiler toplanıyorsa o zamanda monarşiden bahsetmektedir.<sup>15</sup> Bu idari şekillerinin hangisinin daha iyi olduğu sorusunu ise John Locke, geniş tabana yayılmış ve geniş tabanın katılım sağlayabileceği, liderlik iddiasında ve hükümdarın hakimiyet altında bulunan bir burjuvazi ve aristokratlardan oluşan üst tabakanın bir arada olduğu geniş tabanlı bir modelden bahsetmektedir.<sup>16</sup> Yasamanın şekline göre hükümet şekilleneceği için, öncelik yasamada olmaktadır ve John Locke için bu durumda asıl olan da yasamadır.

Topluma dahil olmak isteyen insanların birincil amacı, kesinlikle barışçıl ve güvenli bir şekilde, özel mülklerinin hazzını almaktır. Bu amacı gerçekleştirmek için ise en büyük araç ve aletler bu toplumda toplumun temsilcileri tarafından çıkartılan kanunlardır. Devletlerin ilk ve temel pozitif kanunu, yasamanın oluşturulmasıdır. Nasıl ki ilk ve temel doğal hukuku oluşturan, yasamanın da üstünde konumlandırılması gereken, toplumun korunması ilkesi olduğu gibi.<sup>17</sup>

Böylece özel mülkiyetin, yasama (çoğunluk) tarafından olası bir kararına karşı korunmuş olacaktır. Çünkü, kişisel mülkiyetin korunması için diğerleriyle anlaşma yapanlar bu haklarından mahrum bırakılmamalıdır. Yasama, John Locke için sadece güç-erk anlamına gelmemektedir. Yasamanın karşısına dönemin İngilteresinde etkin olan yürütme gücünü/erkini, hükümdar ve memurlarını konumlandırmaktadır.

Yürütme gücününün yanına kendi sıralamasında üçüncü olan federatif gücü yerleştirmektedir. Federatif güç dış politikanın sorunları hakkında karar verme yetkisine sahiptir ve bununla beraber savaş ve barış hakkındaki soruları cevaplandırarak merci konumundadır. Federatif gücün sahip olduğu yetkilere benzer yetki de yukarda bahsettiğimiz gibi, prerogatif güç ile kral/hükümdara verilmektedir. Kraliyet yetkisi olarak da tercüme

---

<sup>15</sup> Eberhard Braun, Felix Heine, Uwe Opolka, *Politische Philosophie*, Rowohlt's Enzyklopadie, Hamburg 1994, s. 152.

<sup>16</sup> a.g.e. ,s. 152.

<sup>17</sup> John Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Almanca'ya Tercüme, W. Euchner (Ed.), Frankfurt/Main, 1977, s. 283.

edebileceğimiz bu yetkiyi (acil durumlar hakkı) acil ve çok önemli sorunların çözümünde, hükümdar kullanabilmektedir.

Diğer bir taraftan da John Locke yasama olmadan vergilerin arttırılamayacağı ve vergi toplama yetkisi olmadan da savaş mümkün olmamalıdır, fikrini savunmaktadır. Çünkü John Locke'a göre özel mülkiyetin korunması hakkı diğer bütün haklardan önce gelmektedir, hatta yaşama hakkından da daha önce.<sup>18</sup>

Siyasal şiddeti açıklarken John Locke yine özel mülkiyet hakkından yola çıkarak açıklamaya çalışmaktadır. *“Siyasal şiddenten ben....özel mülkiyetin düzenleme ve korunması, idam ve daha hafif cezaların da dahil olduğu kanunların oluşturulması, bu kanunların uygulanmasını sağlayabilmek ve devleti dışardan gelebilecek haksızlıklara karşı korunabilmesi, fakat sadece toplumun yararına olabilecek, hakkı olarak görmekteyim.”*<sup>19</sup>

Yukarıdaki metinde anlaşılacağı gibi John Locke toplumun kanunlara itaati gerektiğinde, canın feda edilmesini bile gerekli görmektedir.

John Locke'un siyasal kuvvetler ayrımı teorisi, özellikle anglo-sakson devletlerde kabul görmüştür. Kuzey Amerika'daki kolonilerin siyasal elitlerinde ve daha sonra bağımsızlığını kazanmış olan Amerika Birleşik Devletleri'nde oldukça fazla kabul görmüştür. Devlet, onun için sıkıcı fakat bir o kadar da gerekli olan bir durumdur. Kabul gördüğü sürece, çalışanların, başarılı olanların ve varlıklı olanların kolektif menfaatlerine uymak zorundadır. John Locke, kuvvetler ayrımı prensibi ve devlet teorisi ile kendisinden sonra gelecek olan Montesquieu'nun gölgesinde kalmıştır, fakat siyasi düşünceleri ise daha sonraları Amerika Birleşik Devletleri'nin kuruluşunda oldukça etkili olup, kabul görecektir.

Klasik siyasal teoriler tarihinin diğer önemli bir düşünürü Montesquieu'dur.

## 2. Charles Louis de Secondat Baron de Montesquie

Charles de Secondat, Baron de la Brede et de Montesquieu 1689 yılında soylu bir ailenin çocuğu olarak Bordeaux'da dünyaya gelmiştir. Temel eğitimini aldıktan sonra Bordeaux üniversitesinde hukuk bilimleri okumuş ve akabinde 1709 yılında Paris'e taşınmıştır. Paris'te bir süre avukatlık yaptıktan sonra babasının ölümü üzerine Bordeaux'a geri dönmüştür. Soylu bir aileden gelmesinden dolayı siyasi görevlerde bulunması oldukça kolay

<sup>18</sup> a.g.e., s. 201.

<sup>19</sup> a.g.e., s. 201.



olmuştur. Bir müddet Bordeaux belediye meclisinden görev yaptıktan sonra amcası Jean Baptiste de Secondat'ın ölümü üzerine daha önce amcasının başkanı olduğu Bordeaux parlamentosunun başkanı olmuştur. 1718 yılında Bordeaux akademisine direktör olarak atanmıştır ve 1726 yılında ise Bordeaux parlamentosundaki görevden istifa etmiştir. İki yıl sonra Paris'te Acedemie Française üye olmuş ve bu zamanlarda da Avrupa'nın bir çok şehirlerini ziyaret etmiştir. Ziyaret ettiği şehirler arasında en çok Londra'dan etkilenecek ve burdaki siyasi sistem, akademik düşüncelerine fazlasıyla yön verecektir. Bundan sonraki yıllarda zaman zaman Berlin, Paris ve Bordeaux gibi şehirlerde ikamet edecektir. Berlin'de aynı zamanda da Prusya Bilimler Akademisine üye olacaktır. Edindiği tecrübeleri 1751 yılında "L'Esprit des lois" (Kanunların Ruhu) adlı meşhur eserinde kalame alacaktır.<sup>20</sup>

Charles de Montesquieus'da, hükümdarların mutlak kudreti elinde bulundurmasını yasal düzenlemelerle engelleyen bir hükümet sisteminin varlığı, ana tema olarak karşımıza çıkmaktadır. Montesquieus idare edilenlerin (tebaanın) belli temel haklara sahip olduklarına ve aynı zamanda da bu hakların hükümdarlar keyfiyetçiliğine karşı korunması gerektiğine inanmaktadır.

Tecrübelerini aktardığı "Kanunların Ruhu" adlı eserinin iki farklı olayın etkisinde kaldığını anlayabiliriz. Bunlardan ilki dönemin entrikalarla dolu Fransız sarayı ve rüşvetçi devlet memurları ile Büyük Britanya'ya yapmış olduğu kültür gezisidir. Londra'da bulunduğu sırada İngiltere'nin siyasi sistemini analiz etme fırsatına sahip olmuştur. Despotluk Montesquieu'nun ana temasıdır ve kendisi despot idare şekli olarak dönemin fransasındaki Bourbon Hanedanını kastederken bu sisteme de kesinlikle karşı olduğunu ifade etmiştir.

Klasik yunan felsefesinde Aristo gibi, Montesquieu'da iyi ve kötü hükümet şekilleri olarak ikiye ayırmaktadır. Kötü olan hükümet şekilleri arasında her türlü şekilleriyle kesinlikle despotizmi görmektedir. Despotluğun tezahürü ve belirtisi olarak idarenin korku üzerine kurulu olduğunu belirtmektedir ve karşısına ise ılımlı rejimleri, yani demokrasi, aritokrasi ve monarşiyi yerleştirmektedir. Despotluğu ayakta tutan halka salınmış olan korkudur. Devlet şekilleri veya hükümdarların sayısı kendisi için çok büyük bir anlam ifade etmemektedir. Kendisi için önemli olan

---

<sup>20</sup> Mehmet Akad - Bihterin Vural Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 145.

iktidarın nasıl kullanıldığı ve hükümdarların mevcut erkler ile nasıl bir ilişki halinde olduğudur.<sup>21</sup>

Kanunların önemine Montesquieu özellikle işaret etmektedir. Kanunlar, itibarlarına bakmaksızın, insanların birlikte yaşamalarını düzenlemektedir. Despotizmde kanun yoktur, sadece hükümdarların keyfiliği söz konusudur. Despot hükümdar farklı farklı kararlar verebilmektedir, bugünkü kararı yarın farklı olabilmektedir. İdare edilenler (tebaa) için bu keyfiyet durumu, uyum sağlanması zor olan bir durumdur. Böyle olunca da devletin temsilcisinden korkacak duruma gelebilecektir. Hayatını dizayn ederken mümkün olduğu kadar devlet ve onun temsilcisi ile karşı karşıya gelmemeye dikkat edecektir.<sup>22</sup>

Olumlu veya daha iyi idare şekilleri Montesquieu için Cumhuriyet kavramı altında toplanabilecek olanlardır. Cumhuriyeti ise demokratik olanlar veya aristokrasi ile idare edilenler olarak ikiye ayırmaktadır. *Demokratik cumhuriyetlerde* bütün tebaa ülkenin yasamasına dahildirler, böylece yönetim yetkisi milletin elindedir. Montesquieu'sun ifadesiyle "*Demokrasilerde millet bazı bakımlardan hükümdar, bazı bakımlardan da tebaa durumundadır.*"<sup>23</sup> Millet iradesini kullandığında veya kullanabildiğinde hükümdar durumuna gelebilmektedir.

Yönetimin sadece milletin belli bir bölümünün elinde bulunduğu durumları ise *Aristokrasi* olarak tanımlamaktadır. Aristokrasi ile idare edilen sistemlerin genel özelliklerine uygun şekilde tebaa, hükmedenlere yine itaat eder. Montesquieu'ya göre Aristokrasi itidal prensibine göre hareket etmektedir. İdareci sınıf, kanunları koyar ve vatandaşların geri kalanlarına ölçülü bir şekilde uygulamaktadırlar. Monarşileri de yine itidal/ılımlılık prensibine göre organize olan sistemlerden saymaktadır. Bu sistemlerde de onurlu olmak önemli bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Onurlu olmayı ise başarılı olmak için gayret gösterme olarak açıklayabiliriz. Bunu yaparken de dikkate alınması gereken hususlar, kesinlikle adalet ve

---

21 Viktor Wember, *Verfassungsmischung und Verfassungsmitte*, Duncker&Humbold, Berlin 1977, s. 65.

22 Norbert Campagne, *Legitimität ohne Legalität?* Rüdiger Voigt (Editör), *Legitimität ohne Legalität?*, Springer Verlag, Wiesbaden 2015, s. 206.

23 Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink, İstanbul 2014, s. 49.

sorumlulukların bilincinde olarak hareket edilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>24</sup>

Monarşileri de, diğer olumlu olarak nitelendirdiği idare sistemlerinde olduğu gibi olumlu kanunlar koyabilmektedirler. İdarecilerin erdemlerini kaybettikleri durumlarda sistemin suistimali söz konusu olabilmektedir. Bu sistemin belirgin taşıyıcı prensibi olarak erdemi sayabiliriz.<sup>25</sup> Ayrıca belirtmemiz gereken ise, Montesquieu'ya göre olumlu olarak nitelendirdiği bütün hükümet sistemlerinin, suistimal edildiğinde olumsuz haller alabileceğidir.

### 2.1. Montesquieus'un kuvvetler ayrımı fikri

Bilindiği üzere Baron Montesquieus *Kanunların Ruhunu* adlı eseriyle günümüze kadar siyaset ve hukuk bilimleriyle beraber felsefe ilmine son derece önemli katkılarda bulunmuştur. Hem hukuk tarihi açısından hem de siyaset bilimi açısından son derece önemli eserinin on birinci bölümünde Montesquieu, kuvvetler ayrımı fikrini ortaya atmıştır. Bu fikrini ortaya atmadan önce İngiltere'deki ikametinin ve burda edinmiş olduğu tecrübelerin son derece önemli olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Eserinin bu bölümünde İngiltere Anayasasını ve kurumlarını anlatmaktadır ve kendisinin tasarladığı Fransız modeli için örnek olarak göstermektedir.

İngiliz Anayasası tipik ılımlı bir hükümet sistemi oluştururken, aynı zamanda da devletin kurumlarını dengede tutarak tebaanın özgürlüğünü garanti altına almaktadır. Bu durumda kanunların ne kadar önemli olduğunu işaret ederken, kanunların usul ile tanzim edilmeleriyle beraber içerikleri de özgürlük taraftarı bir idare sistemi için önem arz etmektedir.

Montesquieus'a göre dönemin İngiltere'sinde egemenin hakları üç farklı kuvvete ayrılmıştır. Bunlar;<sup>26</sup>

- Hükümdar - Yürütme
- Parlamento - Yasama
- Bağımsız hakimler - Yargı'dır.

---

<sup>24</sup> Susanne Held, *Eigentum und Herrschaft bei John Locke und Immanuel Kant*, LIT Verlag, Berlin 2006, s. 244.

<sup>25</sup> Manfred G. Schmidt, *Demokratiethorien*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, s. 71.

<sup>26</sup> Bernhard Frevel, *Demokratie Entwicklung-Gestaltung-Problematik*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, s. 31.

Hükümdar yönetme ayrıcalığına sahiptir ve aynı zamanda da parlamento - yasama tarafından konulan kanunları uygulamakla yükümlüdür. Kanun koyma fonksiyonuna sadece parlamentoyla beraber, hükümdar da kanunları veto edebilme yetkisiyle dahil olabilmektedir. Yargı ise hükümdarın yönetiminin kanunların ruhu doğrultusunda olup olmadığını kontrol etmektedir. Burdan da yargının, hükümdarın mevcut kanunlar doğrultusunda hareket edip etmediğini kontrol etme görevine sahip olduğunu anlayabilmekteyiz. Bu görevini yerine getirirken yargının mevcut kanunlarla uyuşmayan kanunları iptal etme yetkisine de sahip olduğunu özellikle belirtmemiz gerekmektedir.

Devlet yönetimindeki kuvvetler ayrımının hangi açıdan ve neden bu kadar önemli olduğunu *Kanunların Ruhu* eserinde detaylı bir şekilde inceleyebiliriz. Montesquieu açıklamış olduğu kuvvetler ayrımı prensibi ile yaşamış olduğu dönemin çok ilerisinde bir tablo çizmiştir. Böylece modern devletin oluşumunda, son derece fazla katkıda bulunan düşünürler arasında yer almayı başarmıştır. Bu eserini kaleme alırken daha önce gezmiş ve vakit geçirmiş olduğu ülkelerin kendi doğal ve siyasi tarihlerinden yola çıkarak açıklamaya çalışmıştır. Aynı zamanda da bu farklı ulusal kanunları ortak bir evrensel hukuka dönüştürmeye çalışmıştır.

Motesquieu'ya göre kuvvetler ayrımı modelinin üç kuralı vardır;

- Birinci kurala göre, iki veya daha fazla güç tek bir şahsın veya bir kurumun yetkisinde ise, özgürlükten bahsedilmiş olunmaz.
- İkinci kurala göre, üç kuvvetten bir tanesi sadece bir toplumsal kurumun veya devlet kurumunun yetkisinde ise yine özgürlükten bahsedilemez,
- Üçüncü kurala göre ise, toplumda söz sahibi olanlar gerekli şekilde üç kuvvete de dahil edilmedikçe, yine özgürlükten bahsedilmiş olunmaz.<sup>27</sup>

Şayet yukarıda açıklamaya çalıştığımız özellikler bir sistemde mevcut değilse, o zaman sistemin despotizme doğru kaydığını veya despotik özelliklere sahip olduğu sonucuna ulaşılabilir. Erklardan biri diğer bir erkin alanına müdahale etmeye başlar ve onun yetkileriyle kendisini donatmaya başlarsa dengelenmiş bir şekilde işleyen kuvvetler ayrımının dengesini bozar. Bu durumda kesinlikle özgür ve özgürlükleri garantileyen bir sistemden bahsedilemez. Siyasal hayatta dengesizlikler ortaya çıkmaya başlar ve bunların sonuçları da tebaayı olumsuz etkiler ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına kadar giden bir durumun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Fakat,

<sup>27</sup> Manfred G. Schmidt, *Demokratietheorien*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, s. 73.

erklerin en az iki tanesi bağımsızlıklarını koruyabiliyorsa, kuvvetler ayırımının dengesinin bozulduğundan bahsedilebilir fakat kısmen de olsa güçsüz kılınan erkin güçlü erk üzerinde hala bir kontrolü söz konusu olduğundan bahsedilebilir.

Montesquieu'nun kuvvetler ayırımı modeliyle yasama, yürütme ve yargı arasında kesin bir ayırımın olması düşüncesi anayasa ve bununla beraber siyasal sistemler tarihini son derece etkilemiştir. Montesquieu'nun ortaya çıkarmış olduğu sistemi, daha ziyade dönemin İngilteresinde gözlemlemiş olduğu siyasal sistemden türetmiş olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz. Kendi kuvvetler ayırımı modelini Fransa'daki mevcut sistemi düzeltmek için ortaya atmış olduğu yıllarda ise İngiltere, siyasal sisteminde yine bir ilerleme göstermiş ve Montesquieu'un gözlemlerinde bulunduğu yıllardan çok daha farklı bir parlamenter sistemi uygulamaya başlamıştır. Parlamenter sisteminde bir ilerleme kaydetmiştir.

Ortaya atılan bu kuvvetler ayırımı modelinde her ne kadar sistemin en başında bir monark duruyor olsa da, özellikleri itibariyle başkanlık sistemin ana hatlarını taşımaktaydı.

Aradan geçen yüzyıllardan sonra kısaca bir değerlendirme yapacak olursak Montesquieu'nun kuvvetler ayırımı modelinin dünya siyasi tarihini ne kadar etkilediğini görebileceğiz. Bunun ana sebebini ise ancak Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanan başkanlık sistemini mercek altına aldığımızda anlayabileceğiz. Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasasının oluşum sürecindeki düşünürler, John Locke'un ortaya atmış olduğu sistemi değil de Montesquieu'sun kuvvetler ayırımı modelinin yeni oluşturulacak olan devletin anayasası için daha uygun olduğu fikrini benimsemelerdir. Özellikle yasama yargı ve idarenin birbirinden kesin bir şekilde ayrılmış olması, devletin gücünün kontrol edilebilir durumda olmasını sağlayacaktır ve bunun sonucu olarak da özgürlük sağlanmış olabilecektir. Bu fikri benimsenilenlerin başında, *Federalist Papers*'lerin yazarları James Madison, John Jay ve Alexander Hamilton gelmektedir.<sup>28</sup>

### **Sonuç**

John Locke için eşitlik ve özgürlük son derece önemlidir ve insan doğasından kaynaklanmaktadır. İnsanlar için önemli bu iki özellik devlet idaresi tarafından sağlanması gerekmektedir. İnsanın doğa durumunun özellikleri olan eşitlik ve özgürlük kavramları, insanların temel hakları

---

<sup>28</sup> Richard Münch, *Kulturen Der Demokratie*, Richard Münch-Christian Lahusen (Ed.), Regulative Demokratie, Camus Verlag, Frankfurt/Main 2000, s. 380.

arasındadır. Siyasi mekanizmanın kesinlikle baskıcı, meşru olmayan ve zorbalığa dayanan bir sistem olmaması gerekmektedir. Bu temel hak ve çıkarların korunması aynı zamanda da devletin menfaatine olan bir durum olarak John Locke'ta karşımıza çıkmaktadır. Devletin aynı zamanda kendi çıkarlarına da öncelik vermek gerektiğini ifade eden John Locke, yönetimin mutlak gücünün liberal ve eşitlikçi bir çerçevede ele alınması gerektiğini de savunmaktadır. Liberal ve eşitlikçi bir yönetimin ise ancak kuvvetler ayrılığı ilkesiyle gerçekleştirilebileceğini de aynı şekilde ifade etmektedir. Bu ayrımı yaparken yasama ve yürütmenin kesinlikle ayrılması gerekliliğini ilk olarak ifade eden düşünür olarak yine karşımıza John Locke çıkmaktadır.

Yasamanın varlığının sebebi, devletin tebaasının ve üyelerinin nasıl idare edileceğine dair kurallar koymaktır. Yürütmenin görev alanı ise yasama organının koyduğu kurallar dahilinde hükümet işlerini yerine getirmektir. Yargı ise konulan kuralların yerine getirilmesini ve uyulmasını sağlarken oluşabilecek olan uyuşmazlıkları ortadan kaldırmakla mükelleftir. Bu ayrımı ilk kez ortaya atan bahsettiğimiz gibi John Locke'tur. John Locke'un ortaya atmış olduğu kuvvetler ayrımı modelini daha sonraları Montesquieu, daha da geliştirerek devletin gücünün üç organa ayrılmasından bahsetmiştir. Günümüzdeki gibi de olduğu gibi yasama yürütme ve yargı olarak üçe ayrılmasını öngören Montesquieu'dur.

Baron Montesquieu'nun Kanunların Ruhu adlı eseri siyasi düşünce tarihinin temel eserlerinden biri sayılmaktadır. Bu eseri kaleme alırken, Fransa'daki mutlak monarşiye karşı vermiş olduğu mücadeleyi temel alıp o sistemin karşısına daha özgürlükçü ve tebaanın haklarını koruyabilecek bir sistem oturtma amacıyla hareket etmiştir. Fikirlerinin merkezine insanı yerleştiren Montesquieu'ya göre, insan daha fazla güç perşindedir ve bu gücü arttırmak isterken elinde bulundurduğu gücü kötüye kullanabileceğinden bahsetmektedir. Bu suistimali önleyebilmek için bu erkin karşısına başka bir erkin konmasının gerekli olduğunu açıklar ve böylelikle kuvvetler ayrımı fikrinin temelini oluşturur. Akabinde John Locke gibi ingiliz düşünürlerden etkilenerek devlet görevlerinin üçe ayrılması gerektiğine inanır ve aynı zamanda da kanunların öncelikliliğinden bahseder. Kuvvetler ayrımında, yasama yürütme ve yargı arasında kesin bir ayrımın olması gerekliliğinden bahsederken, bu kuvvetlerin de birbirlerini karşılıklı olarak kontrol altında tutma görevleri olduğuna da inanır.

Baron de Montesquieu, John Locke'tan farklı olarak yargıya ayrı bir önem addetmiştir ve yargıyı yasama ve yürütmeden ayırarak yeni bir önem kazandırmıştır. John Locke'un modelinde ise yargı henüz ayrı bir yer teşkil etmemektedir.

Dönemin Fransa'sında mutlakiyetçi monarşinin yanlışlarını düzeltmek için ortaya atılmış olduğu kuvvetler ayrımı modelini geliştirirken, John Locke gibi düşünürler sayesinde Avrupa'nın diğer devletlerine nazaran daha ileri bir siyasi sisteme sahip olan İngiltere'nin sisteminden yararlanmıştı. Her ne kadar Fransa'daki mutlak monarşinin değişmesine çok fazla katkıda bulunamamış olsa da, daha sonraki yıllarda kuvvetler ayrımı modeliyle dünyadaki siyasal sistemlerin gelişmesi son derece önemli bir katkısı olmuştur.

Kuvvetler ayrılığı modeli mutlak monarşilere karşı geliştirilmiş bir model olmakla beraber kişilerin ve böylece de tebaanın hak ve hürriyetlerini güvence altına almak amacını gütmektedir. John Locke ile başlayan Montesquieu ile geliştirilen "kuvvetler ayrılığı" prensibi günümüzdeki demokratik hukuk devletlerinin temel koşulları arasında sayılmaktadır.

**KAYNAKÇA**

- Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitapevi, Ankara 2014.
- Bernhard Frevel, *Demokratie Entwicklung-Gestaltung-Problematisierung*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006.
- Eberhard Braun, Felix Heine, Uwe Opolka, *Politische Philosophie*, Rowohlt's Enzyklopadie, Hamburg, 1994.
- Heinz-Wilhelm Meier, *Zitier- und Zutrittsrecht im Parlamentarischen Regierungssystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.
- Hans Heinrich Rupp, *Grundfragen der Heutigen Verwaltungslehre*, J.C.B. Mohr Tübingen, Tübingen, 1991.
- İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayınları, İstanbul 2012.
- John Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Almanca'ya Tercüme, W. Euchner (Ed.), Frankfurt/Main, 1977.
- Manfred G. Schmidt, *Demokratiethorien*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008.
- Martin Sebaldt, *Die Macht der Parlamente*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2009.
- Mehmet Akad/Bihterin Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2009.
- Montesquieus, *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink, İstanbul, 2014.
- Norbert Campagne, *Legitimität ohne Legalität?* Rüdiger Voigt (Editör), *Legitimität ohne Legalität?*, Springer Verlag, Wiesbaden, 2015.
- Richard Münch, *Kulturen Der Demokratie*, Richard Münch-Christian Lahusen (Ed.), Regulative Demokratie, Camus Verlag, Frankfur/Main, 2000.
- Susanne Held, *Eigentum und Herrschaft bei John Locke und Immanuel Kant*, LIT Verlag, Berlin 2006.
- Viktor Wember, *Verfassungsmischung und Verfassungsmittle*, Duncker&Humboldt, Berlin, 1977.
- Walter Reese-Schafer, *Klassiker der Politischen Ideengeschichte*, Oldenbourg Verlag, München, 2011.



# BİR TEMEL HAK OLARAK SAĞLIK HAKKI

*Arş. Gör. Kahan Onur ARSLAN\**

## ÖZET

Çalışmamızda halen gelişmekte olduğunu düşündüğümüz sağlık hakkının öncelikle insan hakları içerisindeki yeri belirlenmeye ve sağlık hakkına ilişkin açıklayıcı bir tanım verilmeye çalışılmıştır. Hakkın kapsamının ve tarihsel gelişiminin ele alınmasının ardından, sağlık hakkının uluslararası belgelerde ve Türk Hukukunda nasıl yer aldığının tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

## ABSTRACT

In this study, first of all, it was trying to determine its place on human rights and give a descriptive definition of the right to health which we thought that it is still developing. After dealing with the right's scope and historical development, it was trying how to determine whether located this right in international document and Turkish law.

## I. GİRİŞ

İnsanın, diğer canlılardan farklı olarak, kendine özgü bir takım aklı ve ahlâkî yetilere sahip olduğu kabul edilir.<sup>1</sup> Bu yetiler insana kişilik değeri katan ve onu özgür kılan özelliklerdir. Bu manada insan onuru, insanın kişi olarak en yüksek aklı ve ahlâkî değerlerin sahibi olması ve dolayısıyla dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değerinin sahibi olduğu varsayımına dayanmaktadır.<sup>2</sup> Bu çerçevede insan onurunun, insan haklarının temeli ve

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Richard Heinzmann, “İnsan ve İnsan Onuru - Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak”, <http://www.konrad.org.tr/islam%20tr%202006/07heinzmanTR.pdf>, Erişim Tarihi: 26.11.2014.

<sup>2</sup> Nihat Bulut, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 2.

insanı insan yapan ve onu diğer canlılardan ayıran bir öz değer olduğu söylenebilir.<sup>3</sup>

Sanayi devrimi ile başlayan süreç doğrultusunda sosyal devlet anlayışının da gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan birçok yeni hak türünden biri olan sağlık hakkı da insan onurunun korunmasına hizmet eden temel bir hak olarak modern anlamda tüm anayasalarda yer alan bir hak türü şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Oldukça kapsamlı olan ve üzerine sayfalarca yazı yazılabilecek olan böylesi geniş bir konu hakkında yazılan bu kısa çalışmanın konuyla ilgili genel bilgilerin bir özeti gibi görülmesi gerektiğini ve büyük bir iddiasının olmadığını vurgulamamız gerekmektedir. Çalışmamız bu yönüyle konuyla ilgilenen araştırmacılara kaynak olabilirse yazarı tarafından başarılı kabul edilecektir.

## II. SAĞLIK HAKKI KAVRAMI

### A. ANA HATLARIYLA İNSAN HAKLARI, SINIFLANDIRILMASI VE SAĞLIK HAKKININ BU SINIFLANDIRMA İÇERİSİNDEKİ YERİ

Sağlık hakkını kavramsal olarak sistematik bir yaklaşımla tanımlayabilmek için öncelikle, bu kavramın bir üst basamağında yer alan “insan hakları” kavramını ve “hak” kavramını tanımlamakta yarar vardır. Öyle ki, bu kavramların ifade ettiği anlamları anlayamadan bir hak türünü açıklamaya çalışmak bazı önemli hususların eksik kalmasına ya da yanlış anlaşılmasına sebebiyet verebilir.

“Hak” kelimesi, felsefede, sosyolojide, siyasette, hukukta ve birçok diğer alanda yaygın olarak kullanılan çok yönlü bir kavramdır. Fakat hukuki bir terim olarak ele alındığında hak kavramı genel olarak, “hukuk düzeni tarafından bir kişiye tanınmış yetki”<sup>4</sup> ya da “hukuk düzenince tanınan menfaat”<sup>5</sup>, şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlar ışığında hukukî haklar

<sup>3</sup> Muhammet Fatih Kafadar, “Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: ‘İnsan Onuru’”, *Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu*, Antalya, 11-12 Ekim 2013, s. 2.

<sup>4</sup> Aydın Aybay, Rona Aybay, Ali Pehlivan, **Hukuka Giriş**, 9. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 161; Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, 29. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 210.

<sup>5</sup> Bilge, s. 211.

söz konusu olduğunda bunların kaynağının doğrudan ya da görünüşteki kaynağının “hukuk düzeni” olduğu söylenebilir.<sup>6</sup> Bir başka ifadeyle herhangi bir yetkinin ya da menfaatin hak olarak tanımlanabilmesi için bir hukuk düzeni tarafından<sup>7</sup> tanınması gerekmektedir. Hukuki anlamda hak, bu yönüyle felsefi, ahlaki, siyasi ve sosyal anlamlarından farklılaşmaktadır.

İnsan hakları ise “fikir ve kavram” olarak oldukça eski olmasına karşın “terim” olarak bir o kadar yenidir. İnsana saygı gösterilmesi gerektiği fikri dinlerin, felsefenin ve siyasi düşünceler alanının temel konularından biri olmakla birlikte hukuki bir terim olarak insan hakları, oldukça yeni kullanılmaya başlanmış bir terimdir.<sup>8</sup>

İnsan hakları kavramının temelinde insan olgusu yer almaktadır. Fakat kavramın temelinde yer alan insan kavramı sadece biyolojik anlamda anlaşılan insan değildir. İnsan hakları bakımından söz konusu olan toplum içinde yaşayan yani sosyolojik anlamda insandır. Akıl taşıyan, düşünen ve aynı zamanda psikolojik varlık olan insanın, yalnızca insan olması sebebiyle içinde yaşadığı toplum bakımından doğuştan sahip olduğu bir takım haklara sahip olduğu fikri, insan hakları düşüncesinin başlangıcı olmuştur.<sup>9</sup>

Bu açıklamalar doğrultusunda anlaşılmaktadır ki hukuki hakların kaynağı hukuk düzeni yani yetkili ve resmi bir otorite yani çoğu kez devlettir; insan haklarının kaynağı ise insandır. Hukuk kurallarını siyasi bir varlık olan devlet koyar. Siyasi bir varlık olması sebebiyle devlet hakları tanımlarken kendisine dayanak olan ideolojiye göre davranır. Kanunlarla kurup koruduğu düzeni yine kanunları kullanarak benimsediği ideoloji doğrultusunda dilediği gibi değiştirir. Hakları yani yetki veya menfaat doğuran hukuk kurallarını koyar, genişletir, daraltır ya da ortadan kaldırır. Oysa günümüzde, “değişmeyen”, “değiştirilemeyen”, “ortadan kaldırılamayan” ve adına “insan hakları” denilen bazı kavramların devlete hayat verdiği kabul edilmektedir.<sup>10</sup> Öyleyse, insan hakları günümüzde

<sup>6</sup> Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2007, s. 9.

<sup>7</sup> Bir başka ifadeyle yetkili ve resmi bir otorite tarafından...

<sup>8</sup> İnsan hakları terimi ilk kez Fransa’da 1789 Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirisi ile kullanılmaya başlanmıştır. Reyhan Sunay, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya, 2013, s. 14.

<sup>9</sup> Anıl Çeçen, **İnsan Hakları**, 3. Baskı, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 2000, s. 10.

<sup>10</sup> Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, **İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yayınları, Ankara, 2003, s. 24.

haklar hiyerarşisinin en üstünde yer alan haklardır. Çünkü hukuki hakların dayanağı olan hukuk düzeninin meşruiyeti insan haklarını temel aldığı ölçüde sağlanmaktadır.

Günümüz devletlerinde kişilere tanınan hak ve özgürlükler, tarihsel gelişim sürecine göre “birinci kuşak haklar”, ”ikinci kuşak haklar” ve üçüncü kuşak haklar olarak; devletin hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi konusundaki yaklaşımı bakımından ünlü Alman Hukukçu Jellinek’in klasikleşen sınıflandırması ile “negatif statü hakları”, “aktif statü hakları” ve “pozitif statü hakları” şeklinde sınıflandırılmaktadır.

Bu ayrımlardan başka insan hakları, korudukları ya da düzenledikleri konular temelinde, çeşitli yazarlar tarafından farklı ayrımlar yapılsa da,<sup>11</sup> “kişisel ve siyasal haklar” ve “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutulmaktadır. Bu ayrım yukarıdaki diğer ayrımlar gibi salt kuramsal düzeyde kalmayan ve pek çok ulusal<sup>12</sup> ve uluslararası<sup>13</sup> belgede de benimsenen bir ayrımdır.<sup>14</sup>

Kişisel haklar, tarihsel süreç esas alınarak yapılan sınıflandırmada birinci kuşak haklar içerisinde, Jellinek’in sınıflandırması çerçevesinde ise “negatif statü hakları” olarak nitelendirilen, bireyci doktrinin ürünü olarak ortaya çıkan ve bireyi özellikle devlete karşı koruyan haklar içerisinde yer almaktadır.<sup>15</sup> Negatif statü hakları, kişilere siyasi baskıdan korunmuş, dokunulmaz, güvenceli bir özel alan sağlamaktadırlar. Bu yönüyle negatif statü hakları bireyin hakları kullanmasına veya onlardan yararlanmasına devletin müdahale etmemesini gerektiren haklardır.<sup>16</sup>

---

11 Bu konudaki farklı ayrımlar için bkz. Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 44.

12 Örneğin 1982 Anayasası benzer bir yaklaşımla “kişinin hakları ve ödevleri” başlığı ile kişisel hakları, “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlığı ile sosyal ve ekonomik hakları, “siyasal haklar ve ödevler” başlığı ile de siyasal hakları düzenlemiştir.

13 Örneğin, Avrupa Konseyi’nin kişisel ve siyasal hakları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, sosyal hakları ise Avrupa Sosyal Şartı’nda düzenlemesi ve 1966 tarihli İkiz Sözleşmelerin adları ve bu iddiayı desteklemektedir. Nihat Bulut, **Sosyal Haklar**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 36.

14 Bulut, Sosyal Haklar, s. 36.

15 Bulut, Sosyal Haklar, s. 37.

16 Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 48.

Sosyal ve ekonomik haklar da tarihsel süreç esas alınarak yapılan sınıflandırmada ikinci kuşak haklara denk gelmekte ve genel olarak<sup>17</sup> Jellinek'in sınıflandırması çerçevesinde pozitif statü hakları içerisinde yer almaktadır. Sosyal ve ekonomik haklar genel itibarıyla toplumun korunmaya muhtaç kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir hayat sürebilmeleri için devletin önlemler alması veya doğrudan müdahale etmesiyle gerçekleşebilen haklardır.<sup>18</sup>

Siyasal haklar ise Jellinek'in sınıflandırmasında aktif statü haklarına karşılık gelmekte. Siyasal haklara katılma hakları da denmektedir. Çünkü bu hak ve özgürlükler, kişilerin devlet yönetimine katılma ve siyasal faaliyette bulunması ile ilgili haklardır.

Bu bağlamda sağlık hakkını da temel ve evrensel bir insan hakkı olarak kabul etmek gerekir.<sup>19</sup> Tarihsel gelişimi bakımından ikinci kuşak haklar içerisinde yer alan sağlık hakkı,<sup>20</sup> bir insanın insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için gerekli bir haktır.<sup>21</sup> Çünkü sağlık hizmeti günümüzde çağdaş sosyal devlet anlayışının en yaygın hizmetlerinden birisidir. Bu özelliğiyle sağlık hakkı, insan hakları sınıflandırması içerisinde sosyal ve ekonomik haklar başlığı altında yer almaktadır.

Fakat sağlık hakkının sosyal bir hak olmasının yanı sıra aynı zamanda bir özgürlük olduğunu da vurgulamak gerekmektedir. Öyle ki sağlık hakkı, hem bir takım hakları hem de bir takım özgürlükleri içeren kapsama sahiptir. Sağlık hakkının kapsadığı özgürlüklere örnek olarak, cinsel özgürlükler ve üreme özgürlüğü, kişinin kendi bedenini ve sağlığını kontrol etme özgürlüğü sayılabilir. Özgürlük yönüyle sağlık, elbette devletin müdahale etmemesi ile gerçekleşebilecek bir özelliğe sahiptir. Sosyal hak yönüyle sağlık ise, insanlara mümkün olduğunca yüksek seviyede sağlık imkânlarına ulaşmaları için eşit fırsatlar sunan bir sağlık koruma sistemine dâhil olma hakkını kapsamaktadır.<sup>22</sup>

---

17 Çünkü sosyal ve ekonomik haklardan bazıları negatif statü hakları bazıları ise aktif statü hakları içerisinde yer alabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bulut, s. 39.

18 Bulut, Sosyal Haklar, s. 38.

19 Sjef Gevers, "Right to Health Care", **European Journal Of Health Law**, Volume:11, 2004, s. 29.

20 İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, , Ankara, 2002, s. 25.

21 Bulut, Sosyal Haklar, s. 205.

22 Bulut, Sosyal Haklar, s. 206.

Bu bakımdan, sağlık hakkı en yüksek standartlarda sağlık imkânlarına ulaşmak bakımından, ırk, din, siyasi düşünce, ekonomik ve sosyal koşullar bakımından ayırım gözetilmeksizin var olduğu düşünülen temel bir insan hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>23</sup>

## B. SAĞLIK HAKKININ TANIMI

Sosyal bilimler içerisindeki birçok kavram gibi “sağlık hakkı”nın<sup>24</sup> da üzerinde görüş birliğine varılmış ve genel kabul görmüş bir tanımı bulunmadığını söylemek gerekir.<sup>25</sup> Böyle bir tanım yapmaya çalışmak yerine sağlık hakkının unsurları ve kapsamı bakımından bir tanım vermeye çalışmak daha doğru olacaktır.

Türkçe sözlükte sağlık: “vücudun hasta olmaması durumu, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet ve sağ, canlı, diri olma durumu” olarak tanımlanmıştır.<sup>26</sup> Bu noktada öncelikli olarak belirtmek gerekir ki sağlık, insanın sadece fiziksel ve biyolojik yapısı ile ilgili değil aynı zamanda psikolojik (ruhsal, tinsel) yapısı ile de ilgili bir konudur. Sağlık insanın bedensel ve ruhsal tüm sorunlarını kapsar.<sup>27</sup>

Dünya Sağlık Örgütü<sup>28</sup> ise sağlığı, “yalnızca hasta ya da sakat olmamak değil, bedensel, ruhsal ve toplumsal bakımdan iyi olma hali”<sup>29</sup> olarak

<sup>23</sup> Virginia A. Leary, “The Right to Health In International Human Rights Law”, **Health And Human Rights**, Volume:1, No:1, 1994, s. 32.

<sup>24</sup> Sağlık hakkı kavramı çeşitli disiplinlerin kesiştiği ortak bir alanda yer aldığından sağlık hakkı terimi üzerinde dahi birlik sağlandığı söylenemez. Örneğin sağlık yerine sağlık hizmeti kavramının kullanılması gerektiğini savunan ya da sağlık hakkı yerine sağlığın korunması hakkı ifadesinin kullanılması gerektiğini savunan görüşler de vardır. Bu tartışmalarla ilgili olarak bakınız: Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 35.

<sup>25</sup> Sağlık hakkı ile kastedilenin aslında sağlıklı bakım hakkı olduğuna ilişkin görüş hakkında bakınız: Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2008, s.14.

<sup>26</sup> Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55280adbcc9c93.17755556](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55280adbcc9c93.17755556), Erişim Tarihi: 10.04.2015.

<sup>27</sup> Er, s. 1.

<sup>28</sup> Dünya Sağlık Örgütü, “sağlık alanında faaliyet gösteren BM ihtisas kuruluşudur. Temel amacı, mümkün olan en fazla sayıda insanı fiziki, zihinsel ve sosyal anlamda olanaklar ölçüsünde sağlıklı kılmaktır. Temmuz 1946’da New York’ta düzenlenen Uluslararası Sağlık Konferansı’nda BM’ye üye 51 ülkenin temsilcisi ile FAO, ILO, UNESCO, OIHP (Merkezi Paris’te bulunan Uluslararası Halk Sağlığı Bürosu), Kızıllaç, Dünya İşçi Sendikaları Federasyonu ve Rockefeller Vakfı Temsilcileri, Dünya Sağlık Örgütü

tanımlamak suretiyle Türkçe sözlükteki tanıma toplumsal koşulları da eklemiş ve böylece kavramı daha geniş bir açıdan ele almış bulunmaktadır.<sup>30</sup>

Bu bağlamda sağlık hakkını “kişinin, toplumdan, devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkânlardan faydalanabilmesi” şeklinde tanımlamak mümkündür.<sup>31</sup>

### C. SAĞLIK HAKKININ KAPSAMI

1948 yılında yürürlüğe giren Dünya Sağlık Örgütü Anayasası’nda yer alan “vücudun hasta olmaması durumu, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet ve sağ, canlı, diri olma durumu” şeklindeki geniş tanım, aradan geçen süre zarfında anlamını korurken, yaşanan siyasi, ekonomik, sosyal, demografik ve teknolojik gelişmeler sağlık alanındaki çalışmaların kapsamını daha da genişletmiştir. Günümüzde sağlık dendiğinde, sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, hasta haklarından çevre sağlığına, sağlıklı yaşam tarzları ve sağlığın geliştirilmesinden sağlığın sosyal belirleyicilerine kadar uzanan geniş bir yelpaze karşımıza çıkmaktadır.<sup>32</sup>

Hem bir hak hem de bir özgürlük olan sağlık hakkının kapsamı konusunda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin (ESKHK) 14. Numaralı Genel Yorumu oldukça aydınlatıcıdır. ESKHK’ne göre, “sağlık hakkı, sağlıklı olma hakkı gibi anlaşılmamaktadır. Sağlık hakkı, hem hakları

---

Anayasası’nı hazırlamışlardır. Aynı tarihte Türkiye dahil 62 ülke Anayasayı imzalamıştır. Anayasa’nın yürürlüğe girme koşulu olan 26 üye ülkenin onayı 7 Nisan 1948’de gerçekleşmiş ve DSÖ bu tarihte resmen BM ihtisas kuruluşu haline gelmiştir. Halen 194’ü asil, ikisi gözlemci [Porto Riko ve Tokelau (Yeni Zelanda’ya bağlı özerk bir ada ülkesi) üyesi bulunmaktadır.” <http://cenevrefisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203417>, Erişim Tarihi, 10.04.2015.

29 Dünya Sağlık Örgütü Anayasası İngilizce tam metni için bkz. <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf#page=7>, Erişim Tarihi: 10.04.2015.

30 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun da 2. maddesinde “sağlık, yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir” demek suretiyle Dünya Sağlık Örgütü Anayasası ile aynı doğrultuda bir tanım benimsemiştir.

31 Er, s. 31-32.

32 Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ve Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bölge Ofisi Arasında İki Yıllık İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 462, s. 4.

*hem de özgürlükleri içermektedir. Buradaki özgürlükler, cinsel ve üremeye ilgili özgürlükler dâhil kişinin kendi sağlık ve bedenini kontrol etme hakkını ve müdahaleye maruz kalmama hakkını; örneğin, işkence görmeme hakkı, rıza olmadan tıbbi tedavi ve işleme tabi tutulmama hakkını içermektedir. Buna karşılık haklar, mümkün olan en yüksek seviyedeki sağlık durumuna ulaşabilmeleri için insanlara eşit imkânlar sunan bir sağlık koruma sistemine sahip olma hakkını içermektedir”<sup>33</sup>*

Ayrıca Komiteye göre sağlık hakkı, yalnızca zamanında sağlanan ve uygun sağlık bakımını değil, aynı zamanda güvenli ve içilebilir su kaynaklarına erişim ve yeterli sağlık koruma koşulları, güvenli yiyecek arzı, beslenme, konut, işle ilgili ve çevresel şartların sağlıklı olması, ve cinsel sağlık ile üreme sağlığı da dâhil olmak üzere sağlıkla ilgili eğitimlere erişim gibi sağlığı belirleyici etmenlerini içeren kapsayıcı bir haktır.<sup>34</sup>

Bunlardan başka, sağlık hakkı içerisinde hasta hakları, sağlık profesyonellerinin ödevleri ve sorumlulukları, sağlık riskleri ve bunların onarımı, sağlık bakanlıklarının sorumlulukları ile mağduriyetlerinin giderilmesi gibi konular da yer almaktadır.<sup>35</sup>

Örneğin, sosyal güvenlik hakkı, çalışanların mesleki hastalıkları ile iş kazalarına karşı koruma öngöreceğinden sağlık hakkı ile yakından bağlantılı bir haktır. Bu bakımdan sosyal güvenlik hakkının olmadığı ülkelerde sağlık hakkı ve dolayısıyla yaşam hakkı, özellikle yoksul kesimler bakımından kullanılamaz bir hale gelmektedir.<sup>36</sup>

Bu bilgiler ışığında sağlık hakkının kapsamının “sağlıklı yaşam koşullarının sağlanması” ve “yüksek kaliteli sağlık hizmetlerine erişim” olmak üzere iki temel konudan ibaret olduğu söylenebilir.

### III. SAĞLIK HAKKININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Sağlık hakkından söz edebilmek için öncelikle yaşam hakkının tanınmış ve güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Yaşam hakkının var olmadığı bir ortamda doğal olarak sağlık hakkının da bir anlamı kalmayacaktır. Elbette salt yaşam hakkının tanınmış olması, bu hakkının

<sup>33</sup> 14 No’lu Genel Yorum, paragraf 8. Tam metin için bkz. [www.ihop.org.tr/dosya/ESKHK/ESKHKGY14.doc](http://www.ihop.org.tr/dosya/ESKHK/ESKHKGY14.doc), Erişim Tarihi, 10.04.2015.

<sup>34</sup> Bkz. 14 No’lu Genel Yorum, paragraf 11.

<sup>35</sup> İbrahim Şahbaz, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 86, 2009, s. 409.

<sup>36</sup> Şahbaz, s. 410.



eksiksiz olarak kullanılabilceği ve tüm boyutlarıyla yaşama geçirilebileceği anlamına gelmemektedir.<sup>37</sup>

Bu bakımdan, yaşam hakkının bir temel hak olarak tanınması insan onurunun korunduğu bir yaşam bakımından önemli fakat tek başına yetersiz bir adımdır. Bu sebeple sağlık hakkı da yaşam hakkının doğal bir uzantısıdır.

Fakat elbette sağlık hakkı insanlık tarihinin her döneminde günümüzdeki şekliyle anlaşılmamıştır. Örneğin bazı dönemlerde kimi toplumlarda hastaların sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri için bu hizmetleri satın alabilecek güçte olmaları doğal sayılmış bu güce sahip olmayanların kaderlerine razı olmaları fikri ise yadırganmamıştır.<sup>38</sup> Fakat zamanla bugünkü kapsam ve içeriğiyle birebir örtüşmese de ilk medeniyetlerle birlikte (özellikle İyonya ve Mısır), kimi toplumlarda sağlık hizmetlerinin sunumunda toplumsal iradenin ön plana çıktığı görülmektedir.<sup>39</sup>

Sanayi devrimi öncesinde Avrupa’da ilk şehir devletinin ortaya çıkması ile birlikte kalabalıklaşan nüfus ve aynı tarihlere denk düşen veba salgını, sağlık hizmetlerinde mevcut geleneksel kurumlarla (aile, dinsel nitelikli hayır kurumları hasta evleri ve manastırlar) birlikte devleti de yoksul ve hasta insanlara sağlık hizmeti sunmaya yöneltmiştir. Kendi tarihimize baktığımızda da özellikle Selçuklu ve Osmanlı Devleti’nde sağlık hizmetlerinin daha çok özel girişimler kanalıyla dinsel motivasyonlar ve “yardım” ilkesi temelinde yürütüldüğünü ve bu doğrultuda bir Orta Asya geleneği olan “imece” türü yardımlaşmanın en üst düzey örgütlenmesi olan vakıfların ön plana çıktığını görüyoruz. Hastaların ücretsiz tedavi olanağı bulduğu darüşşifalar (bugünkü deyişimle hastaneler), yardımlaşma sandıkları, loncalar vs. sağlık hizmetlerinin sunumunda etkili kurumlar olmuşlardır.<sup>40</sup>

18. yüzyılın sonlarına doğru yeni bir toplumsal sınıf olarak iyice güçlenen burjuvazinin, mevcut egemen sınıfa yani aristokraziye karşı kendi sınıfsal çıkarlarını savunmak üzere giriştiği mücadelenin amacına ulaşmasıyla burjuva sınıfı daha çok birinci kuşak haklar olarak bilinen

---

37 Er, s. 13.

38 Nusret Fişek, “Sağlık Hizmetleri ve İşçi Sağlığı Ailelerinin Sağlık Sorunları”, **Modern Yönetim Semineri**, Türk-İş Yayınları, No:144, Ankara, 1982, [http://www.ttb.org.tr/n\\_fisek/kitap\\_1/33.html](http://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html), Erişim Tarihi 15.05.2016.

39 Mansur Nejdet Funda, **İnsan Hakları, Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları** (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012 s. 32.

40 Funda, s. 33.

yaşam hakkı, özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarını elde etmiş ve bu haklar çok kısa zaman içerisinde evrensel bir nitelik kazanmıştır.<sup>41</sup>

Bu dönemde insanların özgür olma, yaşama, mülkiyet edinme, düşüncesini açıklama gibi temel hakları vardı, ancak sosyal hayata katılmak için gerekli unsurlara sahip olmayanlar ve ekonomik yönden yetersiz olanlar için bu temel hakların elde edilmesi çok da bir anlam taşımıyordu.<sup>42</sup>

Gerçekten de çok geçmeden bu klasik bireyci yaklaşımın kişilere tanıdığı haklar ve özgürlükler tamamen teorik planda kalmaya ve pratik bir değer taşımamaya başlamıştır. Çünkü bu yaklaşım insanı içinde yaşadığı toplumdan sıyrarak soyut bir varlık olarak ele almaktadır. Günlük hayat şartları ile mücadele eden bu hayat şartlarının karşısına çıkardığı güçlükleri yenmeye, geçimini ve varlığını sağlamaya çalışan kişi yani sosyal varlık olarak insan hiç dikkate alınmamıştır.<sup>43</sup>

Ancak, değişen toplumsal koşullar klasik liberal yaklaşımın öngördüğü bu anlayışın yetersiz olduğu gerçeğini ortaya koymuştur. Nasıl ticaret devrimi burjuva sınıfını yaratmışsa, sanayi devrimi de işçi sınıfını yaratmıştır. 19. Yüzyılın ortalarına gelindiğinde, toplumsal sorunlar belirleyici bir öneme sahip olmaya başlamıştır.<sup>44</sup> Bu aşamada sosyal devlet ve buna bağlı olarak sosyal haklar anlayışının toplumsal kesimler arasında baş gösteren eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı hedefleyen bir yaklaşım olması sebebiyle ilgi görmeye başladığını söylenebilir.

Toplumsal yaşamın diğer alanlarında olduğu gibi sağlık alanında da egemen sınıf olan burjuvaziye ilk tepkiler işçi sınıfından gelmiştir. 19. Yüzyıl ortalarında Almanya’da meydana gelen “işçi hareketleri” sonucunda modern anlamıyla sağlık hakkının habercisi olan “sağlık sigortası” sistemi doğmuştur.<sup>45</sup> Almanya’yı öteki sanayi ülkeleri izlemiş, onlar da sağlık sigorta sistemini kabul etmişlerdir. Burjuva sınıfının sağlık hakkını onaylaması elbette kolay olmamıştır. Ancak, aristokrasiye karşı güçlenerek bu sınıfı tasfiye eden burjuvazi, kendilerine üretimde artı değeri kazandıran

---

41 Funda, s.35.

42 Funda, s.35.

43 Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 51.

44 Bulut, Sosyal Haklar, s. 44.

45 Enver Bozkurt, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı” **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, 1-3 Kasım 2007, s. 14.

işçilerin, daha verimli çalışacağı ve üretimi sürekli artırmalarına olanak sağlayacağı düşüncesiyle sağlık sigortasını kendi çıkarları doğrultusunda onaylamıştır.<sup>46</sup>

Sağlık hakkı temelde birey ve devlet, ilişkisi çerçevesinde devletin, vatandaşların sağlıklı bir yaşam için gereksinimlerini karşılama yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Bu durum kamusal ve toplumsal alanda yaşanan gelişme ve değişimler neticesinde ve özellikle sosyal devlet anlayışının ortaya çıkmasıyla birlikte daha da belirginleşmiş ve pekişmiştir.<sup>47</sup>

Sağlık hakkının normatif bir özellik kazanarak evrensel bir hak haline gelmesi ise 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin kabul edilmesiyle gerçekleşmiştir. Sağlık hakkı, toplumların insan hakları olarak kavramlaştırılan bu düşünsel akımla ve onun içeriğini oluşturan alt kavramlarla tanışıklıklarına, onları benimseme oranlarına bağlı olarak, Beyannamenin onayından sonra hukuksal açıdan devleti bağlayıcı bir ilke olmuştur. Böylelikle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni onaylayan ve uygulamaya koyan devletlerde sağlık hakkı, her bireyin talep edebileceği bir 'hak' olma özelliğini kazanmıştır.<sup>48</sup>

Sosyal haklara ilişkin Batı'da yaşanan bu gelişmelerin yansımaları Türkiye'de ilk defa 1961 Anayasasında görülmüştür. Bu anayasada devletin sosyal niteliği belirtilerek iktisadi ve sosyal haklarla ilgili zamanın popüler anlayışına uygun ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. 1982 Anayasası da her ne kadar bir önceki anayasanın özgürlükçü yönünü büyük ölçüde dışlamış olsa da iktisadi, sosyal ve kültürel haklara ve hatta çevre hakkı gibi bazı üçüncü kuşak haklara da yer vermiştir.<sup>49</sup>

#### **IV. ULUSLARARASI BELGELERDE SAĞLIK HAKKI**

##### **A. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nda Sağlık Hakkı**

Kronolojik olarak sağlık hakkının düzenlendiği ilk uluslararası belge Birleşmiş Milletlerin uzmanlık birimlerinden biri olan Dünya Sağlık

---

<sup>46</sup> Funda s. 36.

<sup>47</sup> Tacir, s. 34.

<sup>48</sup> Funda s. 38.

<sup>49</sup> Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010, s. 191.

Örgütü'nün 1946 tarihli Anayasası'dır. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın başlangıç bölümünün ilk iki paragrafı şu şekildedir:

“Sağlık bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumudur ve yalnızca hastalık ya da maluliyet yokluğu değildir. Ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından yararlanma, ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir.”<sup>50</sup>

Görüldüğü üzere sağlık, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden önceki dönemde Dünya Sağlık Örgütü tarafından bir temel hak olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan, Dünya Sağlık Örgütü Üyesi Devletler öngörülen sağlık hakkına uygun olarak hareket etmekte yükümlüdürler. Anayasa'ya göre her ülke, DSÖ'ne vatandaşlarının sağlık durumlarındaki gelişmeleri, sağlıkla ilgili yeni çıkan yasalar ile kararları ve diğer istatistiki bilgileri yıllık raporlar halinde sunmakla yükümlüdür.<sup>51</sup> Ancak, Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın icrai hükümlerinde sağlık hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın bir insan hakları sözleşmesi olmadığını da vurgulamamız gerekmektedir. Bu sebeple bu Anayasada icrai hükümlere yer verilmemiş olması doğal karşılanmalıdır.<sup>52</sup>

Bu belgenin asıl önemi sağlık hakkının uluslararası hukuk alanında bir hak olarak tanınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası ile “ulaşılabilir en yüksek standartlardan yararlanma” şeklinde ifade edilen sağlık hakkı kriteri gerek normatif gerekse içtihadî olarak kendisinden sonraki uluslararası belgelere kaynak teşkil etmiştir.<sup>53</sup>

---

50 Orijinal metin:

“Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.”

<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf#page=7>, Erişim Tarihi: 10.04.2015.

51 **Dünya Sağlık Örgütü ve Türkiye ile İlişkileri**, Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Ankara, 1997, s. 10.

52 İzzet Mert Ertan, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve Etkinleştirilmesi**, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 15.

53 Ertan, s. 12.

Her ne kadar II. Dünya Savaşı'nın ardından normatif anlamda sağlık hakkına ilk yer veren belge Dünya Sağlık Örgütü Anayasası olsa da, örgüt bu öncülüğünü, bu alanda yetkili olmaması sebebiyle, sağlık hakkının normatif içeriğinin geliştirilmesine imkân sağlayacak şekilde sürdürememiştir.<sup>54</sup>

### **B. Birleşmiş Milletler Düzleminde Üretilmiş Olan Temel İnsan Hakları Belgelerinde Sağlık Hakkı**

Birleşmiş Milletlerin insan haklarına ilişkin üç temel belgesi olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, her iki hak kuşağını bir arada ele almakta, “ikiz sözleşmeler” ise iki hak kuşağına özgülenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu üç belge içerisinde sağlık hakkının normatif kapsamını belirlemek amacıyla ele alınması gerekenler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'dir.<sup>55</sup>

Bütün insan haklarının ayrılmaz bir parçası olan sağlık hakkı elbette besin hakkı, barınma (konut) hakkı, çalışma hakkı, eğitim hakkı, insan onuru, yaşam hakkı, ayrımcılık yapmama, eşitlik, işkence yasağı, özel yaşamın gizliliği, bilgi edinme özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve seyahat özgürlüğü hakları ile yakından ilişkilidir.<sup>56</sup> Ancak biz bu bölümde tek tek ilgili tüm haklara değinmek yerine söz konusu uluslararası belgeler ışığında özellikle olarak sağlık hakkı üzerinde yoğunlaşmaya çalışacağız.

#### **1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>57</sup>**

1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından ortaya konulan Beyanname'nin 25. maddesinde,

“Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk,

---

<sup>54</sup> Ertan, s. 13.

<sup>55</sup> Ertan, s. 15.

<sup>56</sup> Adil Şahin, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 59, Cilt 4. 2010, s. 741.

<sup>57</sup> Beyanname Türkiye'de 1945/4801 sayılı kanunla onaylanmış, 28.08.1945 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir.

Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar.” denilmek suretiyle sağlık hakkı, temel bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere bu madde ile sağlık hakkı kapsamı tıbbi bakım ile sınırlandırılmamış, buna ek olarak yiyecek ve hatta giyim de sağlık hakkı kapsamına alınmış olmaktadır. Ayrıca sağlık hakkının gerçekleştirilmesi çerçevesinde konut ve sosyal güvenlik hakkının da söz konusu düzenleme kapsamında vurgulandığı görülmektedir.

Ayrıca beyannamenin yaşam hakkını düzenleyen 3. maddesi ve işkence yasağını düzenleyen 5. maddesi de sağlık hakkı ile ilişkilendirilebilecek diğer düzenlemelerdir.

Bu düzenlemeler göz önüne alındığında sağlık hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde oldukça geniş bir anlamda ele alındığını söylemek mümkündür. Çünkü sözü edilen maddeler insanlığın sadece bedensel ve ruhsal durumlarını değil, bu durumu yaratacak ortamı doğrudan ve dolaylı olarak etkileyebilecek yiyecek, giyecek, barınma gibi unsurları da kapsamaktadır.<sup>58</sup>

## 2. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi<sup>59</sup>

Birleşmiş Milletler tarafından 1966 yılında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi meydana getirilmiş ve bu sözleşmenin 12. maddesinde sağlık hakkı, “sağlık standardı hakkı” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır.

Bu sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gereken tedbirleri içerir:

- a) Var olan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması;
- b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileri götürme,

<sup>58</sup> Er, s. 20.

<sup>59</sup> Sözleşme Türkiye’de 2003/5923 sayılı kanunla onaylanmış, 11.08.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;

d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması.”

Görüldüğü üzere, ilk defa Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nda yer verilen “ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından yararlanma” ifadesi Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde de “mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma” şeklinde karşılık bulmuştur. Sözleşmede bahsedilen bu standardın bir tanımı yapılmamıştır fakat bu ifadenin kaynakların sınırlı olması nedeniyle, mutlak değil makul bir standarda işaret ettiği ileri sürülmektedir.<sup>60</sup>

Ayrıca Sözleşmenin ikinci maddesinin birinci fıkrası da bu standardın sağlanması konusunda devletlere yol gösterici olmuştur. İlgili hükme göre “sözleşmeye taraf her devlet, gerek kendi başına gerekse de uluslararası alanda özellikle ekonomik, teknik yardım ve işbirliği vasıtasıyla bu sözleşmede tanınan hakları **mevcut kaynakların azamisini** kullanarak aşamalı bir biçimde **tam olarak gerçekleştirmek için**, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dâhil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder.”

Bu ifadeden de anlaşıldığı üzere Sözleşme, devletlerin, hakların kullanımını tam olarak gerçekleştirmek için gerekli adımları atması ve bunları gerçekleştirirken mevcut kaynakların azamisini kullanmaları gerektiğini ortaya koymuştur. Mevcut kaynaklar, gerek söz konusu devletin kendi kaynaklarını, gerekse uluslararası işbirliği ve yardım ile uluslararası toplumdan edinilebilecek kaynakları ifade etmektedir.<sup>61</sup>

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, temel insan hakları belgeleri içinde sağlık hakkının en geniş ve en eksiksiz kavranışını öngörmektedir. Sözleşme, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nden farklı olarak sağlık hakkını “yaşama standardının hedefi” olmaktan çıkararak, başlı başına bir hak olarak tanımlamaktadır.<sup>62</sup>

Sözleşmeyle ilgili son olarak belirtmek gerekir ki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, 10 Aralık 2008 tarihinde bu Sözleşmede tanınan haklar

---

<sup>60</sup> Tacir, s. 43.

<sup>61</sup> Tacir, s. 46.

<sup>62</sup> Ertan, s. 18.

konusunda bireysel başvuruyu kabul etmiş olması bu hakların yaşama geçirilmesi bakımından önemli bir adım oluşturmuştur.<sup>63</sup>

### C. Bölgesel Düzlemde Üretilen Belgelerde Sağlık Hakkı

#### 1. Avrupa Konseyi Belgelerinde Sağlık Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan sağlık hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan uluslararası belgelerde sağlık hakkı denildiğinde akla gelen en önemli belge Avrupa Sosyal Şartı'dır.<sup>64</sup>

1965 yılında yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı'nda sağlık hakkı, 11. maddede "Sağlığın Korunması Hakkı" başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre, Şarta taraf devletler, sağlığın korunması hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde,

- sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak,

- sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak ve

- kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt etmiş

ve gerekli diğer önlemleri almakla yükümlenmişlerdir.

Şart'ın 3. maddesinde ise, "güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı" düzenlenmiştir. 3. maddeye göre, taraflar, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak şu aşağıdaki hususları taahhüt etmişlerdir:

- İş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamı hakkında tutarlı bir ulusal politika oluşturmak, uygulamak ve bunu belli aralıklarla gözden geçirmek. Bu politikanın temel hedefi, iş güvenliği ve iş sağlığını iyileştirmek ve özellikle çalışma ortamının doğasından kaynaklanan tehlike sebeplerini en

<sup>63</sup> Tacir, s. 46.

<sup>64</sup> Şart Türkiye'de 1963/244/3-5 sayılı kanunla onaylanmış, 14.10.1989 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Şartın bazı maddelerine çekince koyan Türkiye sosyal güvenlikle ilgili 12. ve 13. maddeleri çekince koymadan onaylamıştır.



aza indirmek yoluyla, çalışma sırasında ortaya çıkan ya da bununla bağlantılı olan hastalıkları ve kazaları önlemek olacaktır.

- Güvenlik ve sağlık alanlarında yönetmelikler hazırlamak.
- Denetim yoluyla bu yönetmeliklerin uygulanmasını sağlamak.
- Tüm çalışanlar için, aslen koruma ve danışmanlık işlevlerine sahip iş sağlığı hizmetlerinin geliştirilmesini desteklemek.

Şartın 12. maddesi ile de taraf devletler en azından Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 102 sayılı sözleşmesindeki normlara eşit bir sosyal güvenlik sistemini devam ettirmek ve aşamalı olarak sosyal güvenlik sistemlerini daha da üst düzeye çıkarmak çaba göstermek yükümlülüğü altındadırlar.<sup>65</sup>

## **2. Amerikan Devletleri Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı**

2 Mayıs 1948 tarihinde kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Bildirisi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden 5 ay önce kabul edilmiş olması bakımından kronolojik sıralamada öncelikle bir niteliğe sahiptir. Bu bakımdan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne ön gelen bir niteliğe de sahiptir.<sup>66</sup>

Amerikan İnsan Hakları Bildirisi'nin 11. maddesi "sağlığın ve refahın korunması" başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: "her kişi, kamunun ve toplumun kaynaklarının elverdiği ölçüde beslenme, giyim, barınma ve tıbbi bakıma ilişkin olarak sağlık ve sosyal alanlardaki önlemler yoluyla, sağlığın korunması hakkına sahiptir."<sup>67</sup>

Görüldüğü üzere Amerikan İnsan Hakları Bildirisi de sağlık hakkını beslenme, giyim ve barınmayı da kapsayacak şekilde geniş bir kapsamda ele almıştır. Ayrıca, hakkın kullanılmasında ve talep edilmesinde "kamunun ve toplumun kaynaklarının elverdiği ölçüde" şeklinde bir kapsam çizmek suretiyle hakkın sınırlarını da belirlemiş olmaktadır.

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ise sağlık hakkını bir ek protokol ile hak listesine eklemiş olmasına karşılık sağlık hakkını bireysel şikâyet başvurusu ile korunan haklar arasında saymamaktadır.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Ali Güzel, Ali Rıza Okur, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 41.

<sup>66</sup> Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 1259.

<sup>67</sup> Ertan, s. 30.

<sup>68</sup> Ertan, s. 34.

### 3. Afrika Birliği Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı

Afrika Birliği tarafından üretilen belgeler içerisinde en genel kapsamlı olanı "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı"dır. Şartın sağlık hakkını düzenleyen 16. maddesi şu şekildedir:

"1. Her birey, ulaşılabilir en yüksek düzeyde bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkına sahip olacaktır.

2. Bu Şarta Taraf Devletler, kendi halklarının sağlığını korumak ve hastalandıklarında tıbbi bakım görmelerini temin etmek için gerekli önlemleri alacaklardır."<sup>69</sup>

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, bölgesel düzlemdeki üç hükümetler-arası örgütün birinci kuşak hakları düzenleyen temel insan hakları sözleşmeleri içinde, sağlık hakkına yer veren tek belge olması bakımından önem arz etmektedir.

### V. TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK HAKKI

Türk Hukukunda sağlık hakkı anayasal düzlemde ilk defa 1961 Anayasası ile yer bulmuştur. 1961 Anayasası'nın Sosyal ve İktisadi Hak ve Ödevler bölümünde 49. maddede düzenlenen sağlık hakkı, "Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla ödevlidir. Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır." şeklinde bir içeriğe sahipti. Görüldüğü üzere maddede sağlık hakkı devlete bir yükümlülük yükler nitelikte tanımlanmış ve hakkın kapsamı sağlık şartlarına uygun bir konut ihtiyacını karşılayacak gerekli tedbirleri almak şeklinde geniş tutulmuştur.

Bundan başka söz konusu düzenleme, sağlık hakkının sağlıklı olmak, sağlıklı kalmak ve gerektiğinde tıbbi bakım ve hizmetlere ulaşabilmek olan iki yönünü de kapsar niteliktedir.<sup>70</sup>

1982 Anayasası'nda ise sağlık hakkı, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde "Sağlık, Çevre ve Konut" başlığı altında 56. maddede düzenlenmiştir. 56. madde metni şöyledir:

"Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek

---

<sup>69</sup> Ertan, s. 32.

<sup>70</sup> Tacir, s. 64.

Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elde planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

Görüldüğü üzere, 56. maddenin birinci fıkrası, kişilere doğrudan tanınmış sübjektif bir hakka işaret etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu sübjektif hak tanınırken Anayasa’da “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama”nın gereklerine yer verilmiş ve fakat hakkın içeriği tanımlanmamıştır. Dengeli ve sağlıklı bir çevre ifadesi, kişinin sağlıklı kalmasını veya sağlık hizmetlerine erişimin sağlanması gerekliliğini bir hak olarak ortaya koymaktan uzaktır. Bu ifade ile daha çok kişi nasıl bir çevrede yaşmalıdır sorusunun cevabı verilmektedir. Dolayısıyla burada kişilere tanınan sübjektif hak, sağlık hakkının doğrudan kendisine değil, dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına özgü olarak değerlendirilebilir.<sup>71</sup>

56. maddenin ikinci fıkrası ise, hem Devlete hem de vatandaşlara çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önleme ödevi yüklemektedir. İkinci fıkranın aslında sağlık hakkından ziyade çevre hakkı ile doğrudan ilintili olduğu söylenebilir. Ancak fıkroda geçen “çevre sağlığının korunması” ifadesi ile düzenlemenin dolaylı olarak da olsa sağlık hakkını da ilgilendirdiği göze çarpmaktadır. Mevcut haliyle bakıldığında söz konusu fıkradaki devlet ve vatandaşlara yüklenen bu ödevin aslında herkese yüklenen bir ödev olması gerektiği söylenebilir. Her ne kadar çevreyi geliştirme için söylenemese de çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önleme yükümlüğü ülkede yaşayan yabancılar için de söz konusudur.

56. maddenin üçüncü fıkrasında devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elde planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği; dördüncü fıkrasında ise devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği belirtilmektedir.

Buna göre devletin yükümlülüğü sadece sağlık kuruluşlarını planlayıp bu kuruluşların hizmet vermesini düzenlemek ve bunların denetimlerini yapmak

---

<sup>71</sup> Tacir, s. 66.

olarak tanımlanmaktadır. Bu planlama ve denetleme faaliyeti elbette sağlık hakkının hayata geçirilmesi bakımından oldukça önemlidir fakat bunun tek başına yeterli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

Yukarıda da değinildiği üzere sağlık hakkının esasen “sağlıklı olma ve sağlıklı kalma” ve “hastalandıktan sonra gerekli tıbbi bakım ve hizmete ulaşabilme” olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Bunlar, sağlık hakkının devletin sosyo-ekonomik koşulları hazırlama görevine işaret eden yönü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan sağlık hizmetlerine ulaşmada eşitliğin sağlanması da sağlık hakkının diğer önemli yönüdür. Nitekim sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı bir ekonomik ve sosyal hak olarak devlete bazı yükümlülükler yüklemektedir. Devletin bu ödevleri taraf olduğu Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin de bir gereği olarak yerine getirmesi gerekmektedir.<sup>72</sup>

Öyle ki, bu yükümlülüklerden bazıları, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi noktasında ancak kamu gücü ile üstlenilebilecek rolleri kapsamaktadır. Devletin bu rolleri üstlenmekten kaçınması durumunda sağlık hakkının gerçekleştirilmesi mümkün olamayacaktır. Önleyici, koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetlerini ve ilaç temini gibi tamamlayıcı hizmet alanlarını içeren kapsamlı bir sağlık politikasının uygulanması, gıda, su ve temel hijyen gibi insan sağlığı için zorunlu koşullara erişimin sağlanması ve bu gibi amaçları temin etmeye yönelik mevzuatın geliştirilmesi gibi ödevler bu kapsamdadır.<sup>73</sup> Fakat mevcut düzenlemeden sağlık hakkının bu bahsettiğimiz yönlerini koruyan bir anlam çıkarılması pek kolay görünmemektedir.<sup>74</sup>

Nitekim 56. maddenin ilk dört fıkrasında devlete ve vatandaşlara açıkça yükümlülükler yüklenmekte iken, beşinci fıkrada “Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” denilmek suretiyle genel sağlık sigortasının mutlak yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olmadığı vurgulanmaktadır.

Bilindiği üzere, Anayasa’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri düzenleyen üçüncü bölümünün sonunda yer alan 65. maddede devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı “mali kaynakların yeterliliği ölçüsü” ile

---

<sup>72</sup> Funda, s. 195.

<sup>73</sup> Özgür Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 69, Sayı: 1, 2014, s. 181.

<sup>74</sup> Aynı görüşte bkz. Tacir, s. 67.

belirlenmektedir. 65. maddede yer alan bu ifade, esasen pozitif edim gerektiren sosyal hakların neden yerine getirilmediğinin cevabını yine “anayasal olarak” vermek amacıyla kullanılmaktadır.

Bu noktada 65. maddede yer alan bu sınırlamanın sağlık hakkı bakımından devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin bir gerekçesi olup olamayacağı akla gelmektedir. Öyle ki pozitif statü hakkı olarak tanımladığımız sağlık hakkının gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda negatif statü hakkı kategorisinde yer alan yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının da gereği gibi sağlanamayacağı açıktır. Dolayısıyla sağlık hakkının yerine getirilmesi bakımından “devletin mali kaynaklarının yeterliliği” kistasına başvurulmaması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle devletin sağlık hakkının yerine getirilmesi konusundaki yükümlülüğünün tam olması gerekir. Kanaatimizce Anayasanın 65. maddesi sağlık hakkı bakımından uygulanabilir değildir.<sup>75</sup>

## VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Tarihsel gelişimi bakımından ikinci kuşak haklar içerisinde yer alan sağlık hakkı, her insanın insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için gerekli bir hak olması bakımından sosyal haklar içerisinde yer alan bir hak ve özgürlüktür.

Sağlık hakkı, hem bir takım hakları hem de bir takım özgürlükleri içeren geniş bir kapsama sahiptir. Özgürlük yönüyle sağlık, elbette devletin müdahale etmemesi ile gerçekleşebilecek bir özelliğe sahiptir. Sosyal hak yönüyle sağlık ise, insanlara mümkün olduğunca yüksek seviyede sağlık imkânlarına ulaşmaları için eşit fırsatlar sunan bir sağlık koruma sistemine dâhil olma hakkını kapsamaktadır.

Sağlıklı olma, yalnızca hasta ya da sakat olmamak değil; bedensel, ruhsal ve toplumsal bakımdan iyi olma hali olarak tanımlanmaktadır. Oldukça geniş bir kapsama sahip olan sağlık hakkı, uluslararası belgelerde, bölgesel ve ulusal düzlemde birçok düzenleyici işlemde kendisine yer bulmaya başlamış bir hak konumundadır. Bir başka ifadeyle sağlık hakkı günümüzde temel insan hakları içerisindeki konumunu sağlamlaştırmış bir hak olma durumundadır.

---

<sup>75</sup> Aynı görüşte bkz. Oya Boyar, “Sağlık Hakkı”, **Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler**, Roche, İstanbul, 2009, s. 284-285.

Türkiye’de de ilk defa 1961 Anayasası ile tanınmış olan sağlık hakkı, 1982 Anayasası ile de tanınarak temel hak ve özgürlükler sitemindeki yerini almış bulunmaktadır.

### KAYNAKÇA

- ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.
- AYBAY, Aydın, AYBAY, Rona, PEHLİVAN, Ali, **Hukuka Giriş**, 9. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.
- BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı**, 29. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- BOYAR, Oya, “Sağlık Hakkı”, **Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler**, Roche, İstanbul, 2009.
- BOZKURT, Enver, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı” **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, 1-3 Kasım 2007.
- BULUT, Nihat, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. XII, Sayı: 3-4, 2008, s. 2.
- BULUT, Nihat, **Sosyal Haklar**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları**, 3. Baskı, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 2000.
- ER, Ünal, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2008.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010.
- ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2007, s. 9.
- ERTAN, İzzet Mert, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve Etkinleştirilmesi**, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- FİŞEK, Nusret, “Sağlık Hizmetleri ve İşçi Sağlığı Ailelerinin Sağlık Sorunları”, **Modern Yönetim Semineri**, Türk-İş Yayınları, No:144, Ankara, 1982, [http://www.ttb.org.tr/n\\_fisek/kitap\\_1/33.html](http://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html), Erişim Tarihi: 15.05.2016.
- FUNDA, Mansur Nejdet, **İnsan Hakları, Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları** (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- GEMALMAZ, Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007.

GEVERS, Sjef, "Right to Health Care", **European Journal Of Health Law**, Volume:11, 2004.

GÜZEL, Ali, **Okur**, Ali Rıza, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

KAFADAR, Muhammet Fatih, "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: 'İnsan Onuru'" **3. Hukukun Gençleri Sempozyumu**, *Umut Vakfı Araştırma Merkezi* Antalya, 11-12 Ekim 2013.

KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

LEARY, Virginia A., "The Right to Health In International Human Rights Law", **Health And Human Rights**, Volume:1, No:1, 1994.

MUMCU, Ahmet, Küzeci Elif, **İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yayınları, Ankara, 2003.

SUNAY, Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya, 2013.

ŞAHBAZ, İbrahim, "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 86, 2009.

ŞAHİN, Adil, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 59, Cilt 4. 2010, s. 711-766.

TACİR, Hamide, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

TEMİZ, Özgür, "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 69, Sayı: 1, 2014, s. 165-188.

Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ve Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bölge Ofisi Arasında İki Yıllık İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı: 462.



### **İNTERNET KAYNAKLARI**

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası, <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf#page=7>, Erişim Tarihi: 10.04.2015.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 14 No'lu Genel Yorumu, [www.ihop.org.tr/dosya/ESKHK/ESKHKGY14.doc](http://www.ihop.org.tr/dosya/ESKHK/ESKHKGY14.doc), Erişim Tarihi, 10.04.2015.

<http://www.konrad.org.tr/Islam%20tr%202006/07heinzmanTR.pdf>, Erişim Tarihi: 12.04.2015.

Richard Heinzmann, “İnsan ve İnsan Onuru - Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak”,

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/>



# DİSİPLİN CEZALARINA KARŞI İDARİ BAŞVURU (İTİRAZ) YOLU

*Arş. Gör. İbrahim ÜLKER\**

## ÖZET

Disiplin cezası, belirli bir statü içinde bulunan kimselere, hizmet ve iç düzenle ilgili kurallara aykırı davranışları halinde uygulanan yaptırımlardır. Disiplin cezalarına karşı iki tür başvuru yolundan bahsedilebilir. Bunlardan birincisi idari başvuru(itiraz) yolu, ikincisi ise idari dava yoludur. Bu çalışmada idari başvuru yolu incelenmiştir. Türk hukukunda konuya ilişkin yasal düzenlemelere değinilmiştir. İtiraza konu cezalar, itirazın yapılabileceği merciler, itirazın şekli, süresi ve ilgili kişi veya kurum tarafından itirazın incelenmesi konuları başlıklar halinde incelenmiştir

**Anahtar Kelimeler:** Disiplin cezası, idari başvuru, savunma hakkı, amir, inceleme,

## ADMINISTRATIVE REMEDIES (EXCEPTION) AGAINST DISCIPLINARY PENALTY

Disciplinary penalty is a process for dealing with job-related behavior that does not meet expected and communicated performance standards. There are two reference path against to disciplinary penalty. The first of these administrative remedies (exception), the latter is the administrative litigation. Administrative remedies have been investigated in this study. The relevant laws and regulations have been mentioned in Turkish law. In this study, these issues were examined: objectionable punishment, objection authorities, the shape and duration of objection, examination of objection by the concerned person or organization.

**Keywords:** Disciplinary punishment, administrative application, right to defense, supervisor, review,

## GİRİŞ

Disiplin kelimesi, Fransızca “disciple” kelimesinden dilimize geçmiş bir terimdir. Günlük hayatta farklı anlamları olmakla birlikte, genel olarak “*kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü”<sup>1</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. *Disiplin* kelimesinin idare hukuku açısından karşılığı: Kamu kurum ve kuruluşlarında, hukuk tarafından çerçevesi çizilmiş düzene uyulmasını sağlamak için alınmış önlemler bütünüdür.<sup>2</sup> *Disiplin cezası* ise, belirli bir statü içinde bulunan kimselere hizmet ve iç düzenle ilgili kurallara aykırı davranmaları halinde uygulanan yaptırımlardır.<sup>3</sup>

Günümüzde disiplin kuralları başta devlet kurumları olmak üzere, üniversiteler, meslek kuruluşları gibi idari kurumların yanı sıra, özel okullar ve fabrikalar gibi, özel hukuk tüzel kişileri tarafından da uygulanmaktadır. Özetle söylemek gerekirse disiplin kuralları hiyerarşik yapının bulunduğu her yerde vardır.

Bu çalışmada konunun daha iyi ortaya konulabilmesi için öncelikle disiplin cezası verilmeye kadar geçen süreç kısaca incelenmiştir. Daha sonra konuya ilişkin yasal düzenlemeler ve bu yasalarda son zamanda yapılan değişiklikler ele alınmaya çalışılmıştır. Ana konumuz olan disiplin cezalarına karşı itiraz yolu beş alt başlıkta ele alınmıştır.

Uygulama alanının genişliği nedeniyle 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda yer alan disipline ilişkin düzenlemeler, çalışmamızda ilk önce dikkate alınan kurallar olmuştur. Her yönü ile konuyu işleyebilme gayreti ile diğer hukuk normları da incelenmiş ve yeri geldikçe de disiplin uygulamalarının düzenlendiği diğer kanun ve yönetmeliklerden bahsedilmiştir.

Konunun dikkate değer yönü, 2010 yılında Anayasa’da, 2011 yılında ise Devlet Memurları Kanunu’nda yapılan değişiklikler ile disiplin cezalarına karşı başvuru yollarında önemli değişikliklerin yapılması ve bu değişikliklerden sonra bu konunun araştırmacılar tarafından yeterince işlenmemiş olmasıdır.

1 Türk Dil Kurumu *Büyük Türkçe Sözlük*, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.574290d7f267d0.58883739](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.574290d7f267d0.58883739) E.T.22.05.2016.

2 TUTUM, Cahit, *Personel Yönetimi*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1979, s. 188.

3 KAYA, Nurullah - DOĞAN, Cevdet, *Soruşturma Rehberi*, Sevgi Kitapevi, Ankara, 2002, s. 7; KARAHANOGULLARI, Onur, *Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri*, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C: 8, S:3, Temmuz, 1997, s.56; APARI, Veysel, *Hukuk Sözlüğü*, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Disiplin%20cezalar%C4%B1> E.T. 22.05.2016.

## I. GENEL OLARAK

Belirli bir amacı gerçekleştirmek için bir plan, program, ve düzen dahilinde bir araya gelen insanların iş, verim ve kalitesini artırmak için gerekli olan şey disiplin kurallarıdır. Disiplinin kurulmadığı veya sağlıklı işletilemediği kurumlarda kural dışı hareketler, keyfi ve taşkın davranışlar görülmesi ve kurumun kendinden beklenen fonksiyonu ifa edememesi gibi durumlar baş gösterecektir. Hiyerarşik yapıların bulunduğu yerlerde düzenin sağlıklı işlemesi için disiplin sisteminin varlığı zorunludur.<sup>4</sup>

İdari kurumlarda uygulanan disiplin cezaları, ifa ettikleri fonksiyon nedeniyle disiplin kurallarına tabii olan diğer kişilerden farklılık göstermektedir. Çünkü devlet memuru kamu görevi ifa etmektedir. Görevinde disiplinsizlik göstermesi durumunda kamu hizmeti aksayacak, daha da önemlisi, temsil ettiği devletin onur, saygınlık ve güvenilirliği toplum nezdinde zayıflayacaktır.<sup>5</sup> Toplumumuzda devlet kurumlarının hantallığına, işlerin gerektiği gibi yürümediğine ilişkin şikâyetler sürekli gündeme gelmektedir. Aslında kurumları hantallaştıran, işlevsiz bırakanların o kurumlarda görev alan insanlar olmasına karşın; bir aksaklık ortaya çıktığında tek tek fertler suçlanmak yerine, toplum tarafından tüm sistem eleştirilir. Genel bir bakış açısı ile değerlendirme yapıldığında, kurumların bu duruma düşmesindeki ana etkenin “disiplin kurallarının gereği gibi işletilmiyor olması” tespiti yapılabilir.

Disiplin kurallarının varlığı, kurum içinde düzeni sağlamanın yanı sıra, bu kurallara muhatap olanlar açısından da avantajlı bir durum içermektedir. Hangi kurallara bağlı olduğu ve kuralları ihlal durumunda ne gibi yaptırımlara tabii olacağına muhatap tarafından önceden bilinmesi, tavır ve hareketlerini buna göre düzenlemenin yanı sıra, muhatapı keyfi uygulamalara karşı da koruyacaktır.<sup>6</sup>

### A. Disiplin Cezası Verilinceye Kadar Geçen Süreç

Disiplin uygulamasına tâbi bir bireyin, disiplin suçu teşkil eden eylem ve işlemleri şikâyet, ihbar, idare içinde yürütülen çeşitli teftiş ve denetlemeler, medyada haber yapılması veya doğrudan doğruya olaya tanık olarak

---

4 TAŞKIN, Ahmet, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 122.

5 DÖNMEZ, Mustafa, *Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu*, Mahalli İdareler Derneği, Ankara, 2000, s. 205.

6 DURMUŞ, A. Alper, *Memur Disiplin Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.21.

öğrenilmesi şeklinde tespit edilebilir.<sup>7</sup> Öğrenilen disiplin suçunun işlenip işlenmediği, işlenmiş ise cezaların uygulanabilmesi açısından önem arz eden diğer hususların tespiti için soruşturmanın başlatılması ve ilgilinin savunmasının alınması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda idarenin teknik anlamda bir soruşturma başlatılmadan önce belirlenen konulara ilişkin bir ön inceleme ve araştırma yaptırdığı gözlemlenmektedir. Bu araştırma sonuçlarına göre ilgili kurumun disiplin amiri tarafından soruşturma açılıp açılmayacağına karar verilmektedir.<sup>8</sup>

Disiplin amirinin disiplin kurallarına aykırı eylemi yukarıda belirtilen yollardan biri vasıtasıyla tespit etmesi ve soruşturma açılması gerektiğine karar vermesi ile disiplin soruşturması başlamış olacaktır. Disiplin uygulamalarını düzenleyen bazı yasal düzenlemelerde, disiplin soruşturması açılmasına karar verildikten sonra, konunun araştırılması için soruşturmacı atanmasından söz edilmektedir. Ancak soruşturmacının nasıl atanacağı, hangi nitelikleri taşıyacağı, soruşturmanın yürütülme biçimi gibi konular belirtilmemiştir. Bu faaliyetler zamanla oluşan yargı içtihatlarına ve idari teamüllere göre yürütülmektedir. Disiplin soruşturması bir soruşturmacı atanarak yapılabileceği gibi, disiplin cezası vermeye yetkili amir tarafından da yapılabilir. Olay hakkında yeterli bilgi ve belge varsa ilgilinin yalnızca savunmasının alınması disiplin cezası verilebilmesi için yeterli kabul edilebilir.<sup>9</sup> Danıştay'ın çoğunlukla kararlarında disiplin amirinin hem soruşturmacı, hem de ceza veren konumunda olmasının, verilen disiplin cezasını hukuka aykırı hale getirmeyeceği belirtilmektedir. Ancak disiplin cezası verilebilmesi için soruşturma açılarak bir soruşturmacı tayin edilmesini aksi halde verilen cezanın geçersiz olacağını belirten kararları da bulunmaktadır.<sup>10</sup>

Disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar disiplin cezasının düzenlendiği hukuk normunda gösterilmiştir. Örneğin: Devlet Memurları Kanunu'nun 126. maddesinde memurlara yönelik uygulamalarda disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar belirtilmiştir. Buna göre; uyarma,

---

<sup>7</sup> TAŞKIN, s. 268.

<sup>8</sup> SAĞLAM, Mehmet, *Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003 s.156.

<sup>9</sup> Danıştay 8. Dairesi, 30.03.1992 Tarih, 1991/1706Esas, 1992/549Karar; Danıştay 12. Dairesi, 21.10.2000 Tarih, 2000/3326Esas, 2000/4091Karar.

<sup>10</sup> Danıştay 12. Dairesi, 02.02.2016 Tarih, 2012/7837Esas, 2016/409Karar. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServletE.T.20.05.2016>

kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler, il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde valiler tarafından verilir. Yine 5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 88. maddesinde, oda ve borsa üyeleri hakkında disiplin soruşturmasının oda veya borsa disiplin kurulları tarafından yürütülüp karara bağlanacağı bildirilmiştir. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 62. maddesinde hakimler ve savcılar hakkındaki disiplin soruşturmalarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yürütüleceği düzenlenmiştir.

### **B. Yasal Düzenlemeler**

1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 2. 3. ve 4. fıkraları disiplin uygulamasına ilişkin hükümler içermektedir. 2. fıkrada savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceğini belirterek disiplin soruşturmalarında savunma hakkını anayasal güvence altına almıştır. 3. fıkra "...disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz." hükmünden oluşmaktadır. 4. fıkrada ise bu hükmeye istisna getirerek silahlı kuvvet mensupları ile hakim ve savcılara ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.<sup>11</sup>

1980 Askeri müdahalesinden sonra, gerek 1982 Anayasası ile, gerekse Milli Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan yasalarla idarenin birçok işlemi, hukuk devleti prensibine aykırı olacak şekilde yargı denetimi dışına çıkarılmıştır. Konseyin, idarenin işlemleri üzerinde yargısal denetimi kaldıran yasal düzenlemelerinden biri de 12.05.1982 tarih ve 2670 sayılı kanundur. Bu kanunun 39 ve 40. maddeleri ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135. ve 136. maddeleri değiştirilmiş, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapatılmıştır.<sup>12</sup> Kanunun gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemesine karşın bazı hukukçular bu düzeleme ile güdülen amacın "*yargıyı hafif disiplin işleri ile meşgul etmemek ve yargının daha hızlı işlemesini sağlamak*" olduğunu açıklamışlardır.<sup>13</sup> Bu dönemde

<sup>11</sup> KUZU, Burhan, *Türk Anayasa Metinleri ve Seçilmiş Mevzuat*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s.258.

<sup>12</sup> KAPLAN, Gürsel, *Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engellenen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi*, AÜEHFD C.VII, S.3-4 Aralık 2003, s.310.

<sup>13</sup> SANCAKTAR, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma Ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001,s.326; TANÖR, Bülent, *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, Tüsiad Yayını,1997,s.168.

uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatılabileceğini ima eden anayasal düzenleme ise 1982 Anayasasının 129. maddesi ile getirilmiş ve maddede “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.” denilmiştir.<sup>14</sup>

İlk bakışta uyarma ve kınama cezalarının, “disiplin cezaları arasında en hafifleri olduğu” ve diğer disiplin suçları ile kıyaslandığında “memuriyette yükselme ve terfi açısından herhangi bir engel teşkil etmediği” düşünülerek, yargı denetimi dışında tutulmaları bir nebze olsun mantıklı gelebilir.<sup>15</sup> Ancak Türkiye’de kamu personeli yönetiminde zaman zaman politik müdahaleler yaşandığı için; uygulamada istenmeyen sorunların yaşandığından bahsedilebilir. Örneğin uyarma ve kınama cezasına karşı yargı yolu kapalı olduğu dönemde bir disiplin amiri, keyfi olarak bir memurunu cezalandırmak isterse, hukuki olmayan bir nedene dayanarak o memura uyarma veya kınama cezası verebilmekteydi. Vermiş olduğu karar yargı denetimine tabii tutulmadığı için ceza alan memur hakkını gereği gibi savunamamaktaydı.<sup>16</sup> Dahası, bu cezalar Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesine göre tekerrüre esas alınıp bir üst cezanın verilmesine yol açabilmekte, ayrıca kişi üzerinde maddi ve manevi açıdan olumsuz sonuçlar doğurabilmekte ve iş yerinde bu ceza nedeniyle farklı uygulamalara muhatap olabilmekteydi. Bu nedenlerle cezaya muhatap olan kişinin yargı yoluna başvurabilmesinde maddi ve manevi menfaatinin varlığı inkar edilemez.<sup>17</sup> Ayrıca idari işlemlerin tümünün yargı denetimine tabii tutulması devlette hukuka aykırı işlemlerin, keyfi uygulamaların, yanlış yönetimin ortadan kaldırılmasına hizmet edeceğinden; bu tür davalara karşı hukuk yolunun açık bırakılmasında bireyin menfaatinin yanı sıra, kamu yararının varlığından da bahsedebiliriz.<sup>18</sup>

Gerek 2010 yılında Anayasanın 129. maddesinde 5982 sayılı kanunun 13. maddesi ile yapılan değişiklik ile; gerekse 2011 yılında 6111 sayılı yasa ile Devlet Memurları Kanununun disiplin uygulamasına ilişkin maddelerde

<sup>14</sup> DÖNER, Ayhan, *Anayasanın 90. Maddesi Karşısında Uyarma ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1–2, 2007, s.151.

<sup>15</sup> KAPLAN, s.311; DÖNER, s.152

<sup>16</sup> YILDIRIM, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, Mimoza Yayınları, 2012, Konya, s.240.

<sup>17</sup> KAPLAN, s.312

<sup>18</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, *Türk Hukukunda İdarenin Taktir Yetkisinin Hukuksal Denetimi*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, Aralık, 2003, s.171.



yapılan değişiklikler ile uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu yeniden açılmıştır. Anayasanın 129. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde amaçlananın insan onurunu korumak olduğunu ortaya koymuştur. “...uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi dışında tutulabilmekteydi. Cezanın hafifliğinin, insan onurunu zedeleme niteliği yönünden diğer cezalara göre daha az etki doğurmayacağı dikkate alınarak, maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, memurlar ve diğer kamu görevlilerine verilen uyarma ve kınama cezalarının da yargı denetimine açılması öngörülmektedir.”<sup>19</sup>

Gerekçede de belirtildiği üzere uyarma ve kınama cezalarının insan onurunu rencide edici boyutunun yanı sıra, bu cezaların yargı denetimi dışında tutulması, hukuk devleti ilkesinin ve birey hak ve özgürlüklerinin zedelenmesine de yol açmıştır.<sup>20</sup> Bu nedenle yapılan değişiklikler ile yeniden yargı denetimi kapsamına alınmış olması demokratikleşme ve hukuk devleti açısından olumlu bir adım olmuştur.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin genel düzenlemelere yer veren 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 4. fıkrası disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağını hüküm altına alırken bir sonraki fıkra ile de Türk Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümleri saklı tutmuştur. Gerçekten de yüksek rütbeli askerlerin disiplin işlerine bakan Yüksek Askerî Şura kararları Anayasa'nın 125. maddesinde yargı denetimi dışında tutulmuştur.<sup>21</sup> Ancak, 2010 yılında Anayasanın 125. maddesinin 2. fıkrasına 5982 sayılı kanun ile eklenen bir cümle ile Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç, her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. Değişiklikten sonraki hali ile fıkra bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Yüksek Askerî Şûranın ilişik kesme dışında vermiş olduğu diğer disiplin cezalarına karşı yargı yolu halen kapalıdır. Yapılan düzenlemenin disiplin cezalarından en ağırı olarak kabul edebileceğimiz

---

<sup>19</sup> <https://yeniayanayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982-16/16-sirasayisi.pdf>, E.T. 22.05.2016

<sup>20</sup> Ayrıca 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasanın 90. maddenin son fıkrasına eklenen cümle ile birlikte artık hukuk sistemimiz açısından, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan yasa hükümleri, BM Medeni ve Siyasi Haklara Sözleşmesi karşısında uygulanamaz olduğunu ileri süren bilimsel görüşlerde ortaya konulmuştur. DÖNER, s.152

<sup>21</sup> BİLİR, Faruk-HANDEMİR, Berkan, Anayasa Hukuku Ders Notları, Atlas Yay. Konya, 2012, s.176.

ilişik kesme cezasına karşı yargı yolunu açmış olması, hukuk devleti ilkesi açısından önemli bir adım olarak kabul edilebilir.

1982 Anayasası'nın 129. maddesinde memurlar hakkındaki disiplin cezalarını yargı denetimine tabi olduğunu vurgulayan hükme getirilen bir diğer istisna da hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlerdir. 1982 Anayasası'nın 159. maddesinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu düzenlenmiştir. Maddenin 8. fıkrasında kurulun görevleri arasında hakim ve savcılar hakkında disiplin cezası ve görevden uzaklaştırma kararı verme yetkisi de sayılmıştır. Maddenin 10. fıkrasında ise meslekten çıkarma cezasına ilişkin olan kararlar dışında kurulun kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Madde 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile tamamen yenilenmiş olup; maddenin değişiklikten önceki halinde kurul kararlarının tamamı yargı denetimi dışında iken getirilen yeni düzenleme ile kurulun sadece meslekten çıkarma kararına karşı yargı denetimi açılmıştır.<sup>22</sup>

Yüksek Askerî Şûra'nın ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun vermiş olduğu disiplin cezalarının idari işlem niteliğine sahip oldukları tartışmasızdır. Bu işlemlerin denetim dışında tutulmasının değerlendirilmesi yapıldığında Anayasal veya yasal bir düzenleme ile yargı denetimi dışında tutulmasının hukuk devleti ile bağdaştırılamayacağı izahtan varestedir. Bu işlemlerin bir an önce denetime açılmasının gerektiği açıktır.<sup>23</sup> Gerek Yüksek Askerî Şûra'nın gerekse Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ifa ettiği görevler açısından özel kurumlar olduğu kabul edilebilir. Ancak günümüz modern toplum yapısı ve insan haklarında ulaşılan seviye düşünüldüğünde, kişilik haklarını etkileyen hiçbir idari kurum ve karar sorgulanamaz ve yargılanamaz olmamalıdır.<sup>24</sup> Bu nedenle yapılan düzenlemeler olumlu olmasına karşılık yeterli değildir.

Disiplin uygulamasına ilişkin yasal düzenlemeler genel olarak o kurumun veya konunun düzenlendiği kanun metinlerinde yer almıştır. Örneğin memurların disiplin uygulamalarına ilişkin temel düzenleme 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının üyelerine uygulanacak disiplin kuralları 5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununda, üniversite

<sup>22</sup> BİLİR, Faruk, *Yeni Anayasa Yeni Mutabakat*, Adalet Yay., Ankara, 2012, s.316.

<sup>23</sup> HACIOĞLU, Halime, *Türk Hukukunda Yargı Denetimi Dışında Tutulan İdari İşlemler*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksel Lisans Tezi, Konya, 2008, s. 109.

<sup>24</sup> DÖNER, s.152.

öğrencilerine uygulanacak disiplin kuralları 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununda düzenlenmiştir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak çalışmamızda yeri geldikçe kanunlarda yapılan özel düzenlemelerden bahsedilecektir.

## II. İTİRAZ – İDARİ BAŞVURU YOLU

Disiplin cezalarının en önemli özelliklerinden biri idari bir işlem oluşlarıdır. Bu noktada disiplin cezalarına karşı iki tür başvuru yolundan bahsedebiliriz. Bunlardan birincisi idari başvuru yolu, ikincisi ise idari dava yoludur.<sup>25</sup> Konunun hacimli olması nedeniyle bu çalışmada sadece idari başvuru yolu incelenmiş olup idari dava yoluna değinilmemiştir.

İdare hukukunda farklı uygulamalar için itiraz kavramının ortaklaşa kullanıldığı görülmektedir. Örneğin 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 9. maddesine göre memur hakkında verilen soruşturma izni verilmesine veya soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayetçi, kanunda belirtilen idari yargı yerlerine itiraz yoluna gidebilir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 11. maddesinde, ilgilinin idari bir dava açmadan önce idareye başvurarak idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması yönünde talepte bulunabileceği, bu talebin reddi veya altmış günlük sürede yanıtız bırakılması ile reddedilmiş sayılması neticesinde dava yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra kimi idari işlemler için dava açmadan önce zorunlu bir idari başvuru yolu öngörülmüştür.<sup>26</sup>

Hakkında disiplin cezası düzenlenen kişinin idarenin bu işlemine karşı idari itiraz hakkı vardır. Kişi kendisine tanınan bu hakkı, görev yaptığı kurum için çıkarılan disiplin kuralları çerçevesinde kullanması gerekir. Disiplin cezalarına karşı yapılan idari başvurularda İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenen "...üst makam yoksa işlemi yapan makama başvurulabilir." hükmü uygulanmaz.<sup>27</sup> Disiplin cezasını veren kişi veya kurul, elindeki delilleri değerlendirmiş kişinin savunmasını alarak bir kanaate ulaşmış ve kişinin eylemine karşılık bir yaptırım uygulamıştır. Yani konu ile ilgili görüşünü ortaya koymuştur. Aynı kurumun itiraz mercii

<sup>25</sup> GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003, s. 682. GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 547.

<sup>26</sup> TAŞKIN, s.339.

<sup>27</sup> YILDIRIM, Ramazan, *İdari Başvurular*, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s.107.

olması durumunda vermiş olduğu kararı tekrar etmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu da gereksiz yere zaman kaybına yol açacaktır. Bu nedenle itiraz mercii olarak cezayı tesis eden kişi yada kuruldan başka bir mercii belirlenmesi gerekmektedir.

Disiplin hukuku açısından itiraz; disiplin cezaları ile cezalandırılmış olan kişinin, bu cezaların hukuka aykırı olduğu iddiasıyla, cezanın tebliğ edildiği tarihten geçerli olmak üzere kaldırılmasını veya hafifletilmesini, kanunda belirtilen ilgili kurumdan istemesidir.<sup>28</sup> Burada amaçlanan idarenin yine idare tarafından denetlenmesini sağlamak ve bazı durumlarda iş yargıya aksetmeden idare içinde olayı çözüme kavuşturmadır.<sup>29</sup> Böylece gerek idare, gerekse disiplin cezası alan kimse, uzun ve yorucu bir süreç olan dava sürecine gerek kalmaksızın idari işlemlerde bir hukuka aykırılık varsa giderilmesini sağlamış olacaklardır.

İtiraz konusu, kendine has bazı farklılıklarla birlikte disiplin cezalarının ortaya konulduğu kanun ve yönetmeliklerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Disiplin cezalarına karşı itiraz konusunun düzenlendiği belli başlı normatif düzenlemeler şunlardır: Devlet Memurları Kanunu 135. maddesi, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu 73. maddesi, 5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu 92. maddesi, 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 157. maddesi, 18.08.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 26. maddesidir.

#### A. İtiraza Konu Cezalar

İtiraz konusu, disiplin uygulamasına yer veren her hukuki metinde ayrı ayrı düzenlendiği gibi; itiraza konu cezalar da ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bazı düzenlemelerde her türlü disiplin cezasına karşılık itiraz yolu açık bırakılmışken bazı düzenlemelerde birtakım cezalar itiraz kapsamı dışında tutulmuştur.

18.08.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 26. maddesinde "*Disiplin amirleri ve kurullarınca verilen disiplin cezalarına karşı onbeş gün içinde üniversite yönetim kuruluna itiraz edilebilir.*"<sup>30</sup> hükmüne yer verilmiştir.

<sup>28</sup> KAYA, Cemil, *Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler*, Amme İdaresi Dergisi, C:38, S:2, Haziran, 2005, s.62.

<sup>29</sup> YIDIRIM, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, s.248.

<sup>30</sup> 18.08.2012 Tarih ve 28388 Sayılı Resmi Gazete.

Düzenlemede hiçbir ceza itiraz kapsamı dışında bırakılmamıştır. Buna göre aynı kanunda düzenlenen uyarma, kınama, yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma, yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma, yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma ve yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarına karşı itiraz edilebilir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 157. maddesine göre “*Disiplin Kurulu kararlarına karşı, Cumhuriyet Savcısı ve ilgililer, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edebilirler.*”<sup>31</sup> Düzenlemede hiçbir ceza itiraz kapsamı dışında bırakılmamıştır. Buna göre, aynı kanunda düzenlenen uyarma, kınama, para cezası, işten çıkarma ve meslekten çıkarma kararına karşı itiraz başvurusunda bulunulabilir.<sup>32</sup>

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu 73. maddesine göre “*Hakimler ve savcılar hakkında verilen disiplin cezalarına ilişkin kararın tebliğinden itibaren on gün içinde Adalet Bakanı veya ilgililer kararın bir defa daha incelenmesini isteyebilir... Kurulca yeniden incelenerek verilen karara karşı ilgililer tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde itirazda bulunabilirler.*”<sup>33</sup> Düzenlemede hiçbir ceza itiraz kapsamı dışında bırakılmamıştır. Buna göre aynı kanunda düzenlenen uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme, meslekten çıkarma, cezalarına karşı itiraz başvurusunda bulunulabilir.

5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nun 92. maddesine göre oda bünyesinde oluşturulan disiplin kurulunun vermiş olduğu disiplin cezalarına karşı 15 gün içinde yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. Buna göre aynı kanunda düzenlenen kınama, üyelikten geçici çıkarma, üyelikten uzun süreli çıkarma cezalarına karşı itiraz başvurusunda bulunulabilir. Maddede uyarma cezası itiraz kapsamı dışında tutulmuştur.

D.M.K.’nin 135. maddesinde hangi cezalara karşı itiraz yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Buna göre uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarına karşı itiraz yolu kullanılabilir.<sup>34</sup> Kanun koyucu hangi cezalara karşı disiplin yoluna gidilebileceğini tahdidi olarak saymıştır. Bu nedenle sayılan cezalardan daha

31 <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.1136.pdf> E.T. 22.05.2016

32 GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2010, s.412.

33 <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2802.pdf> E.T. 22.05.2016

34 TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Turan Kitabevi, Ankara, 2015, s.535.

ağır olan devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı itiraz yolu kapalıdır. Sadece iptal davası açılabilir.

Düzenlemede dikkati çeken önemli bir nokta 2011 yılında 6111 sayılı yasa ile D.M.K.'nın 135. maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, önceden uyarı ve kınama cezalarına karşı itiraz yolu kullanılabilen iken, değişiklik sonrası uyarı ve kınama cezalarına ilaveten aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarına karşı da itiraz yolunun açılmış olmasıdır.<sup>35</sup> Böylece idarenin kendi kararlarını itiraz yolu ile denetleyebileceği ceza sayısı artırılmıştır. Bu düzenleme ile yetkili kurulların incelemesi ile giderilebilecek hukuka aykırılıklar nedeniyle idare mahkemeleri yok yere meşgul edilmemiş olacaktır.

### **B. İtirazın Yapılabileceği Merciler**

Disiplin hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde, itirazın yapılacağı makamın diğer idari başvuru makamlarından farklı olduğu görülecektir. Bu farklılığın ortaya çıkmasındaki önemli sebeplerden biri, disiplin hukukunda idari denetim olarak öz denetimin kabul edilmemesi ve bunun doğal bir sonucu olarak, idari işlemi yapan makama yani disiplin cezasını veren makama başvurunun mümkün olmamasıdır. Disiplin hukukuna ilişkin itiraz başvurularında itiraz merci, cezayı veren makam dışında bir birim olmak zorundadır.<sup>36</sup>

Disiplin cezası vermeye yetkili kurum sıfatı ile itiraz makamı aynı kurumda birleşemez. Diğer bir deyişle bir kurul, hem disiplin cezası verirken kararının alınmasında etkili, hem de disiplin cezasına itiraz edildiğinde inceleme yapacak kurum olmamalıdır. Böyle bir durum adil yargılanma hakkına aykırıdır.<sup>37</sup> Bu noktadan hareketle kanun, disiplin cezalarının idari denetimi yapılırken denetleme yetkisini mutlaka işlemi yapan makamın dışında bir makama vermiştir. Bu durum disiplin cezalarının tıpkı yargısal cezalar gibi bireyin hak ve özgürlükleri üzerinde doğrudan etki yapması nedeniyle disiplin hukukunun, ceza hukukunun genel ilkelerinden etkilenmesinin bir sonucudur. Bundan dolayı disiplin cezalarının

---

<sup>35</sup> GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2015, s.665.

<sup>36</sup> YILDIRIM, Ramazan, *İdari Başvurular*, s. 107.

<sup>37</sup> TAŞKIN, s.344.

denetlenmesinin cezayı veren makam dışında bir makam tarafından yapılması hukuka ve insan haklarına daha uygundur.<sup>38</sup>

18.08.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 26. maddesine göre “*Disiplin cezalarına karşı üniversite yönetim kuruluna itiraz edilebilir.*”, 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 157. maddesine göre “*Disiplin Kurulu kararlarına karşı, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edebilirler.*”, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu 73. maddesine göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna, 5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nun 92. maddesine göre oda bünyesinde oluşturulan disiplin kurulunun vermiş olduğu disiplin cezalarına karşı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yüksek Disiplin Kuruluna itiraz edilebilir.

Devlet Memurları Kanunu’nun 135. maddesinde disiplin cezasına karşı itiraz yapılabilecek merciler açıkça belirlenmiştir. Buna göre uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. Burada ilk dikkati çeken nokta uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna başvurulacağı belirtilirken kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarına karşı yüksek disiplin kurulunun itiraz mercii olarak belirlenmiş olmasıdır. Burada cezalara itiraz için farklı mercilerin belirlenmiş olması 126. maddede cezaları vermeye yetkili amirlerin ve kurulların sayıldığı madde incelendiğinde anlam kazanmaktadır. Zira ilgili maddede uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından verilirken; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler tarafından verileceği belirtilmiştir. Burada kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilebilmesi için disiplin kurulu kararı gerekli görülmüştür. Kanun koyucu disiplin cezası verilirken kararı istenen kurulun aynı zamanda itirazı inceleme mercii olamayacağı düşüncesi ile uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına itiraz için disiplin kurulunu, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına itiraz için ise yüksek disiplin kurulunu itiraz kurumu olarak belirlemiştir.

D.M.K.’da yapılan düzenlemede dikkati çeken bir diğer nokta, kanunda 2011 yılında yapılan değişiklikten önceki halinde “*disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst*

---

<sup>38</sup> YILDIRIM, Ramazan, *Disiplin Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunma Yöntemleri*, Polis Dergisi, S:36, 2003, s. 205.

*disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir.*” hükmü yürürlükte idi. Bu düzenlemeye göre disiplin cezasına itirazı inceleme makamı bir üst disiplin amiri idi. Bu hüküm 2011 yılında yapılan değişiklik ile değiştirilerek bir üst disiplin amiri itiraz inceleme mercii olmaktan çıkarılmıştır. Böylece hem idarenin içerisindeki hiyerarşik yapıda bu tür itiraz incelemeleri nedeniyle ortaya çıkabilecek tartışmaların veya kırılganlıkların önüne geçilmiş, hem de bir kişinin yapacağı inceleme yerine, en az üç kişiden oluşacak disiplin kurulları bu görevi üstlenerek daha objektif ve hukuka uygun kararların verilmesinin önü açılmıştır.

Görüldüğü üzere yasa koyucu disiplin cezalarına karşı itiraz mercii olarak disiplin kurullarını ve hangi hallerde kimin bu kurullara başvurabileceklerini ayrıntılı olarak düzenlemiştir.<sup>39</sup>

24.10.1982 tarih ve 17848 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik’te disiplin kurullarının ve yüksek disiplin kurullarının nasıl oluşturulacağı açıklamıştır. İlgili yönetmeliğin 3. maddesine göre kurumların merkezlerinde bir yüksek disiplin kurulu, ayrıca illerde ve bölge esasına dayalı çalışan kurumlarda ise bölge müdürlüklerinde ve her kurumun merkezinde birer disiplin kurulu kurulacağını düzenlemiştir. Buna göre kurumların merkezlerinde iki adet disiplin kurulu oluşturulacak bunlardan biri merkezde çalışan memurlar için disiplin kurulu görevini yürütürken diğer kurul ise kurumun hem merkez, hem de taşra teşkilatından gelen başvuruları inceleyen yüksek disiplin kurumu görevini yürütecektir. Disiplin kurullarına ilişkin diğer detaylar bu yönetmelikte verilmektedir. Bu kurulların kuruluş ve işleyişine ilişkin detaylar başka bir çalışmanın konusu olabilecek kadar geniş mahiyette olduğu için burada bu kısa bilgi ile yetineceğiz.

### **C. Disiplin Cezasına İtiraz Şekli ve Süresi**

İtiraz, kanun veya yönetmelikle belirlenmiş, konuyu incelemeye yetkili merciiye verilecek dilekçe ile yapılır. Dilekçe, genel dilekçe yazım kurallarına uygun olmalıdır. Dilekçe itirazın yapıldığı makama hitaben yazılmış olmalıdır. Dilekçede şikâyetçinin adı, adresi ve imzası bulunmalı, itiraz sebepleri açıkça gösterilmeli ve varsa belgeler de eklenmelidir.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> YILDIRIM, Ramazan, *İdari Başvurular*, s.106.

<sup>40</sup> SAKÇA, Bülent, *Dilekçe Nasıl Yazılır*, <http://www.yenimakale.com/dilekce-nasil-yazilir.html> E.T. 12.05.2016



İtiraz süreleri kanun ve yönetmeliklerde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Aşağıda belirtilen süreler kararın ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesine göre itiraz süresi yedi gündür. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 157. maddesine göre, otuz günlük itiraz süresi bulunmaktadır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu 73. maddesine göre itiraz süresi on gündür. 5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 92. maddesine göre oda bünyesinde oluşturulan disiplin kurulunun vermiş olduğu disiplin cezalarına karşı on beş gün içinde itiraz edilebilir. 18.08.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 26. maddesine göre disiplin cezalarına karşı üniversite yönetim kuruluna on beş gün içinde itiraz edilebilir.

Belirlenen süre içinde yapılmayan itiraz geçerli değildir, hukuki sonuç doğurmaz. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları idare açısından kesinleşir. Kendisine başvuru yapılan disiplin kurulu başvuru süresine ilişkin koşula uyulup uyulmadığını re'sen araştırmak zorundadır. Çünkü bu süreler hak düşürücü sürelerdir.<sup>41</sup> Tebliğ edilen gün itiraz süresine dahil değildir. Eğer sürenin son günü tatile rastlarsa süre tatilin bittiği çalışma gününün bitimine kadar uzar.

#### **D. İtirazın İncelenmesi**

Disiplin cezalarına karşı itirazların incelenmesinde, öncelikle itirazın yetkili mercie yapıp yapılmadığının incelenmesi gerekmektedir. Yetkisiz merci, kendisine yapılan başvuruya karşı iki farklı tutum içinde olabilir. Bunlardan birincisi: 3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun'un 5. maddesi göz önüne alındığında, yetkisiz merci almış olduğu dilekçeyi yetkili makama göndermek ve ilgisine bilgi vermek zorundadır. Örneğin valilik makamına yapılması gereken bir başvuru Milli Eğitim Müdürlüğüne yapılmış ise, müdürlük dilekçeyi valiliğe gönderebilir. İdarenin ikinci tutumu ise yetkisiz başvuru karşısında hiçbir işlem yapmadan sessiz kalmasıdır. Ancak idare sessiz kalması durumunda 3071 Sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırı davranmış olacaktır. Kanunun 5. maddesi ile idareye verilen görevde idareye bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Bu durumda idarenin cevap vermemesinden bir zarar doğmuşsa, hizmetin hiç işlememesinden dolayı yetkisiz idare aleyhine tam yargı davası açılacaktır.<sup>42</sup>

41 YILDIRIM, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, s.248.

42 YILDIRIM, Ramazan, *İdari Başvurular*, s.132.

Yetkisiz makama yapılan başvuru, itiraza ilişkin yukarıda işlediğimiz süreleri de durdurmayacaktır. Aynı şekilde dava açılmasına ilişkin süreye de etki etmeyecektir. Eğer yetkisiz idare süresi içinde başvuruyu yetkili mercie gönderirse yetkili merci süresi içinde kendisine ulaşan başvuruyu incelemeye alacaktır.<sup>43</sup>

Yetkili merci öncelikle itirazın kesin ve işlemin itiraza kabil işlemlerden olup olmadığını ayrıca süresinde yapılıp yapılmadığını inceleyecektir. Esasa geçilmeden önce yapılması gereken bir incelemede dilekçenin biçim yönünden incelenmesidir. Bu incelemede itiraz dilekçesinin genel dilekçe kurallarına uygun olup olmadığı incelenecektir. Örneğin başvurucağının imzasının olup olmadığı esas incelemeye geçmeden bakılması gerekli bir husustur.<sup>44</sup>

İlk incelemenin tamamlanması ile esasa ilişkin incelemeye geçilecektir. İdari bir işlem olan disiplin cezası, itirazın yapıldığı kurul tarafından idare hukukunun genel kurallarına göre yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden incelenecektir. Bu başlıklar karar verici konumda olan yetkili kurullar tarafından, her olay açısından ayrı ayrı dikkate alınması gereken hususlardır.

#### **E. İtirazın Karara Bağlanması**

İtiraz üzerine yapılan incelemede, incelemeyi yapan kurul tarafından bir karar verilir. İnceleme mercii bu noktada kararı gözden geçirerek cezayı aynen kabul edebilir, cezayı hafifletebilir, yada tamamen kaldırabilir. Danıştay kararları incelendiğinde<sup>45</sup> Ceza Muhakemesi Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan aleyhe bozma yasağını disiplin cezalarının denetimi bağlamında, idare yargılaması hukukunda da kullandığı görülmektedir.<sup>46</sup>

Disiplin kurullarının itiraz üzerine verdikleri karar idari açıdan kesindir. Bu kararlar aleyhine bir başka idari makama, hukuki açıdan etkili bir idari başvuru yapılamaz. Bu nedenlerle disiplin kurullarının itiraz üzerine verdiği

---

<sup>43</sup> SEZER, Yasin - BİLGİN, Hüseyin, *Danıştay Kararlarında İdari Başvurular*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C:57,S:4, s.345.

<sup>44</sup> TAŞKIN, s.352.

<sup>45</sup> Danıştay 5. Dairesi 30.03.1971 Tarih ve 1969/518 Esas, 1969/1646 Karar sayılı kararında itiraz başvurusu üzerine ancak itiraz başvurusunda bulunan kişi lehine bozma kararı verilebileceği, bunu dışında itiraz sahibinin aleyhine bir karar verilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

<sup>46</sup> KARAHANOGULLARI, s.76.

kararın ilgisine tebliğinden itibaren, itiraz başvurusu ile durmuş olan dava süresi yeniden işlemeye başlar.<sup>47</sup>

### SONUÇ

Ülkemizde disiplin uygulamalarına ilişkin kurallar Anayasa'nın, kanun ve yönetmeliklerin ilgili maddelerinde düzenlenmiştir. 1981 yılında D.M.K.'nda yapılan değişiklik ile uyarma kınama cezaları yargı denetimi dışına çıkarılmıştır. Anayasada 2012 yılında yapılan değişiklikler ile bu cezalar yeniden yargı denetimi kapsamına alınmıştır. Bu değişiklik hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü açısından olumlu bir gelişmedir.

Disiplin cezalarına karşı iki başvuru yolu kabul edilmiştir. Bunlardan birincisi itiraz, yani idari yol, ikincisi ise idari dava yani yargı yoludur. 2011 yılında D.M.K.'nda yapılan değişiklik ile yapılacak itirazları incelemeye yetkili olarak kurullar gösterilmiştir. Tek kişinin karar alması yerine itirazları inceleme görevinin bir kurula verilmiş olması hukuk devleti ilkesine daha da uygundur.

Çalışmada belirttiğimiz gibi 2011 değişikliklerinden sonra bugün itibariyle disiplin cezalarından Yüksek Askerî Şûra'nın ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun vermiş olduğu disiplin cezalarından meslekten çıkarma kararları yargı denetimi kapsamına alınmıştır. Son yıllarda hukuk ve demokrasi adına köklü değişikliklere imza atan ülkemizde bu iki kurumun vereceği ihraç kararlarının yargı denetimine açılmış olması hukuk devleti adına sevindirici bir gelişmedir. Ancak bu iki kurumun meslekten ihraç kararları dışındaki disiplin cezalarına karşı idari yargı yolu kapalıdır. Yapılan tüm olumlu değişikliklere rağmen bazı idari kararların yargı denetimi dışında bırakılmış olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Kurumların işlerliğini sağlamak için, günümüzde disiplin kurallarına olan ihtiyaç tartışmasız kabul edilmektedir. Önemli olan disiplin uygulamaları tesis edilirken hukuk devleti ve adalet ilkelerinden taviz vermemek ve bireysel haklara, hukuka aykırı bir şekilde müdahale etmemektir. Ülkemizde, Anayasada ve kanunlarda son yıllarda yapılan değişiklikler ile bu yolda olumlu adımlar atılmıştır.

---

<sup>47</sup> YILDIRIM, Ramazan, *İdari Başvurular*, s.110.

**KAYNAKÇA**

- APARI, Veysel, *Hukuk Sözlüğü*, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Disiplin%20cezalar%C4%B1> E.T. 22.05.2016.
- BİLİR, Faruk, *Yeni Anayasa Yeni Mutabakat*, Adalet Yay., Ankara, 2012.
- BİLİR, Faruk-HANDEMİR, Berkan, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Atlas Yay. Konya, 2012.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *Türk Hukukunda İdarenin Taktir Yetkisinin Hukuksal Denetimi*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, Aralık, 2003, S.3,4. s.171-208.
- DÖNER, Ayhan, *Anayasanın 90. Maddesi Karşısında Uyarma ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007. s. 149-161
- DÖNMEZ, Mustafa, *Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu*, Mahalli İdareler Derneği, Ankara, 2000..
- DURMUŞ, A. Alper, *Memur Disiplin Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara,2010.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2010.
- GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2015.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002..
- HACIOĞLU, Halime, *Türk Hukukunda Yargı Denetimi Dışında Tutulan İdari İşlemler*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksel Lisans Tezi, Konya, 2008.
- KAPLAN, Gürsel, *Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi*, AÜEHFD C.VII, S.3-4, Aralık, 2003, s.309-334.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, *Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri*, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Temmuz, 1999, C:8, S:3, s.55-77.
- KAYA, Cemil, *Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler*, Amme İdaresi Dergisi, C:38, S:2, Haziran, 2005, s.61-87.
- KAYA, Nurullah - DOĞAN, Cevdet, *Soruşturma Rehberi*, Sevgi Kitapevi, Ankara, 2002.

KUZU, Burhan, *Türk Anayasa Metinleri ve Seçilmiş Mevzuat*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012

SAĞLAM, Mehmet, *Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003.

SAKÇA, Bülent, *Dilekçe Nasıl Yazılır*, <http://www.yenimakale.com/dilekce-nasil-yazilir.html> E.T. 12.05.2016

SANCAKTAR, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma Ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

SEZER, Yasin - BİLGİN, Hüseyin, *Danıştay Kararlarında İdari Başvurular*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C:57,S:4, s.337-366.

TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Turan Kitabevi, Ankara, 2015.

TANÖR, Bülent, *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, Tüsiad Yayını, 1997.

TAŞKIN, Ahmet, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

TUTUM, Cahit, *Personel Yönetimi*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1979.

Türk Dil Kurumu, *Büyük Türkçe Sözlük*, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.574290d7f267d0.58883739](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.574290d7f267d0.58883739) E.T.22.05.2016.

YILDIRIM, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, Mimoza Yayınları, 2012, Konya.

YILDIRIM, Ramazan, *Disiplin Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunma Yöntemleri*, Polis Dergisi, S:36, 2003, s.204-212.

YILDIRIM, Ramazan, *İdari Başvurular*, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.



**Özel Hukuk**

---





# DÜNYADA GRUP DAVASI UYGULAMALARI VE TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİ

*Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY\**

## GİRİŞ

Medeni usul hukuku sistemlerinde son yıllarda ortaya çıkan gelişmeler, bu hukuk dalının yeniden değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede ortaya çıkan gelişmelerden birisi, adalete ulaşma hareketidir. Adalete ulaşma hareketinin etkisiyle ortaya çıkan adalet reformu hareketlerinin sonuçlarından birisi ise grup davalarıdır (*class actions*).

19. yüzyılın sonlarında ortaya çıkan temel sosyal ve hukuki gelişmelerle medeni usul hukukunun geleneksel düşünce yapısından uzaklaşmış, bireyci yaklaşımdan sosyal refah düşüncesine doğru bir eğilim belirlemiştir. Gelişen sosyal hakların, katkısıyla devletin müdahaleci yapısına karşı bireysel haklar giderek kuvvetlenmiştir<sup>1</sup>. Özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun hazırlanmasında sosyal eğilimlerin olduğu, daha sonraları ise davanın “sosyal bir olay” olarak görülmeye başlandığı usul hukuku anlayışı ortaya çıkmıştır. Böylece medeni usul hukukunun amacının, sadece bireysel menfaatleri değil, halkın tamamını güvenliğe kavuşturacak<sup>2</sup> kurumları da ihdas etmek olduğu anlaşılmıştır. Daha sonra Alman Hukuku doktrinindeki hâkim görüş de, medeni usul hukukunun bireysel menfaatlerin yanı sıra kolektif menfaatleri de ihmal etmemesi gerektiği üzerinde durmuştur. Kaldı ki, teknolojinin ve sanayinin bu kadar hızlı geliştiği günümüzde, sübjektif hakların yanında kolektif menfaatlerin korunması da bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>3</sup>.

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **Özbek, Mustafa**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2009, s. 166 (**Özbek- ADR**).

2 Bkz. **Deren Yıldırım, Nevhis**, Kolektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu? (I), YD. 1997/ 1 (**Deren Yıldırım- Kolektif Hukuki Himaye- I**), s. 141- 142.

3 **Deren Yıldırım- Kolektif Hukuki Himaye- I**, s. 143.

Özellikle giderek önem kazanan sosyal haklar, zayıf kişilerin ve eskiden ayrımcılığa tabi tutulanların oluşturduğu geniş kitlelerin lehine olarak yorumlanmaya başlanmıştır<sup>4</sup>. Çocuklar, kadınlar, yaşlı kişiler, ırk veya dil yönünden azınlıklar gibi zayıf kişiler haklarını bireysel olarak yeterince savunamamakta; ancak topluluk grup halinde haklarını savundukları zaman etkili bir hukuki himayeden yararlanabilmektedirler<sup>5</sup>.

Mukayeseli hukukta, medeni usul hukukunun bireysel menfaatlerin yanı sıra kollektif menfaatleri de koruması gerektiği üzerinde durulmaya başlanmış, özel hukuktaki sübjektif hakların korunmasına hizmet eden medeni usul hukukunun, kollektif hukuki menfaatlerin korunmasına da hizmet etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle grup davaları, kollektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik olarak usuli araçlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 113. maddesinde topluluk davası, hukukumuzda kavramsal çerçevede ilk defa düzenlenmiş bulunmaktadır.

Söz konusu hükme (HMK m. 113) göre; “*Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir*”. Topluluk davası, esas itibarıyla Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan grup davası (class action) düşüncesinden doğmuştur diyebiliriz. Daha sonra Anglo Sakson hukukundaki bu grup davası, Kıta Avrupası hukuk düzenlerine de yansımış; böylece topluluk davası kurumu, kavramsal çerçevede

---

4 Sosyal hakların neler olduğuna ilişkin olarak geniş bilgi için bkz. **Bulut, Nihat**, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009, s. 131 vd.

5 Bkz. ve karşı. **Özbek, Mustafa**, Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002 (**Özbek- Gelişmeler**), s.124. Gerçekten sosyal haklara bakıldığında, çalışma hakkı, adil ücret hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı, grev hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı, konut ve beslenme hakları; bu çerçevede sosyal haklar çerçevesinde devletin görevlerine ilişkin olarak, ailenin, çocukların, kadınların, engellilerin, yaşlıların, gençlerin ve diğer zayıf kişilerin korunması şeklinde belirtmek mümkündür (Geniş bilgi için bkz. **Bulut**, s. 131- 280). Bu haklara bakıldığında topluluk (ayrıca grup) davalarının konusunu çoğunlukla bu hakların ihlalinin oluşturduğunu görülebilir.

mevzuatımıza girmiştir<sup>6</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, topluluk davası, esasen Anglo- Sakson hukukundaki grup davalarından (*class actions*)<sup>7</sup> farklıdır.

Çalışmamızda öncelikle terminoloji üzerinde durulacak, daha sonra Anglo Sakson hukukundaki grup davalarının Kıta Avrupasındaki topluluk davalarından temel farkları, Anglo Sakson hukukundaki grup davalarına getirilen eleştiriler ve bu davaların Türk Hukukunda uygulamayı uygulanamayacağı sorunu üzerinde durulacaktır.

### A- TERMİNOLOJİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anglo- Sakson hukuku anlamında grup davası (*class action*), tek davada karara bağlanmak üzere, aynı davalıya karşı birden fazla kişinin iddialarının tümünün veya bir kısmının dava edilmesine imkân veren hukuki bir araç olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>. Bir başka deyişle grup davası, ortak çıkarlara sahip bir grubun temsilcisi olarak birden fazla kişinin dava açmaları ya da haklarında dava açılması durumunda ortaya çıkmaktadır<sup>9</sup>. Grup davasında bir veya daha fazla kişi (*temsilci davacı*); diğer bütün üyeleri temsil ederek grup yararına bir dava açmakta; grubun diğer üyeleri ise davaya taraf olmamakla birlikte davada verilen kararla bağlı olmaktadır<sup>10</sup>. Davaya taraf olan, sadece temsilci davacıdır. Grup (*class*) ise,

<sup>6</sup> Benzer şekilde bkz. HMK m. 113'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

<sup>7</sup> Geniş bilgi için bkz. **Özbay, İbrahim**, Grup Davaları, Ankara 2010.

<sup>8</sup> **Wyne, Robert Pitard**, Diversity Class Actions in Louisiana: A Resolution to The National Class Action Debate, *Loyola Law Review*, Vol. 50, 2004, s. 755; **Mulheron, Rachael**, The Class Action in Common Law Legal Systems- A Comparative Perspective, *Oxford- Portland Oregon* 2004, s. 3; **Lutfalla, Emmanuèle/ Magnier, Veronica**, French Legal Reform: What is at Stake if Class Actions Are Introduced in France? *Defense Counsel Journal* July 2006, 73, 3, ABI/INFORM Global, s. 301. Bazı yazarlar ise grup davalarını, benzer durumda olan kişiler yararına açılan temsili davalar olarak tanımlamaktadır (**Bono, Alexander D.**, Class Action Proofs of Claim in Bankruptcy, *Commercial Law Journal*; Fall 1991; 96, 3, ABI/INFORM Global, s. 297; **Newberg, Herberg B./ Conte, Alba**, *Newberg on Class Actions*, 4th Edn, St Paul Minn West Group 2002, § 1- 1).

<sup>9</sup> **Alberta Law Reform Institute**, *Class Actions Final Report* No. 85, Edmonton, Alberta, December 2000, s. 25; ayrıca bkz. Çevre Sözlüğü (<http://www.istanbul.edu.tr/yerkure/cevsoz.htm>; E.T. 3. 4. 2008).

<sup>10</sup> **South African Law Commission**, *The Recognition Of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*, Project No. 88, Report- August 1998, s. 55; **Butcher, C. W.**, Representative Applications Under The Trade Practices Act: Do They Obviate A Need For The Consumer Class Action For Damages?, *Australian Business Law Review*,

temsilci davacının açmış olduğu ortak hukuki veya fiili uyuşmazlıkta aynı veya benzer iddialara sahip birden fazla kişiyi (kişi topluluğunu) ifade eder<sup>11</sup>.

Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde mevcut olan etkili hukuki araçlar arasında olan ve yaygın olarak kullanılan grup davaları, başka türlü dava edilemeyen iddiaların savunulmasını kolaylaştırması bakımından büyük önem taşırlar. Zira yargılama giderlerini dahi geçmeyecek kadar küçük olan iddiaları ileri sürmek pek söz konusu olmaz. Haklar ne kadar maddi hukukta yazılı olursa olsun, hakların hukuki himaye edilebilmesinin bir aracı yoksa, hukukun varlığının da bir anlamı olmayacaktır<sup>12</sup>. İşte grup davaları hakların hukuki himayesinin bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda topluluk davalarının kaynağının Anglo-Amerikan Hukuku anlamında grup davaları olduğu belirtilebilir. Ancak bu dava türü, Kıta Avrupası ülkelerinde farklı şekillerde uygulanmış ve genellikle de ülkemizde olduğu gibi topluluk davaları sistemi tercih edilmiştir.

Topluluk davaları bakımından hukukumuzda doktrinde farklı terimlerin de kullanıldığı görülmektedir. Bu çerçevede topluluk davaları için, “topluluk dava<sup>13</sup>”, “sınıf davası<sup>14</sup>”, “sınıfsal dava<sup>15</sup>”, “halk davası<sup>16</sup>”, “vatandaş davası<sup>17</sup>”, “yığın davası<sup>18</sup>” gibi terimler de kullanılmaktadır.

---

October 1987, 15, 5, ABI/INFORM Global, s. 360- 361; **Wyne**, s. 755; **Mulheron**, s. 3; **Alberta Law Reform Institute**, s. 25.

<sup>11</sup> **Mulheron**, s. 3.

<sup>12</sup> **Alexander, Janet Cooper**, An Introduction To Class Action Procedure In The United States, Remarks At Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective, July 21-22, 2000, s. 1.

<sup>13</sup> “*Toplu dava*” teriminin geçtiği bir yer için bkz. **Deren Yıldırım, Nevhis**, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 71 (**Deren Yıldırım- Kesin Hüküm**); aynı şekilde bkz. **Waller, Spencer Weber**, Rekabet Hukukunda Kamu- Özel Ortaklıkları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri, 7 Nisan 2006, s. 66. Örneğin bir gazete haberinde, sigara nedeniyle akciğer kanseri olduğu doktor raporu ile belgelenen bir kimsenin Tekel’den yüklü bir tazminat istemesi üzerine, Sigarayla Savaşanlar Vakfı ve Tüketicileri Koruma Derneği’nin, yılda 50 bin kişinin Tekel yüzünden ölmesi nedeniyle Tekel’e *topluluk dava* açılacağına ilişkin ibarelere yer verilmiştir (23 Eylül 2000 tarihli Sabah Gazetesi).

<sup>14</sup> **Başterzi, Süleyman**, İş Uyuşmazlıkları, Ankara (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2000 s. 19; **Özbek- ADR**, s. 167; **Waller**, s. 59; **Demiray, Nezahat (Doğan)**, ABD ve Türkiye ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği’nde Tüketicilerin Temsil Edilme Hakkı ve Tüketici Mahkemeleri, YLT, AÜSBE, Avrupa Toplulukları (Hukuk) ABD; Ankara 1997, s. 145 vd. “Sınıf davası” teriminin kullanıldığı bir başka yer için bkz. **TC. Adalet Bakanlığı, Türkiye Hukuk Kamu Araştırma Programı**, 2006 (Tübitak Araştırma Programı), s. 17. Ülkemizde de, tedavi gördüğü bir hastaneden iyileştigiğine ilişkin bir

Kanımızca HMK m. 113’de düzenlenen topluluk davaları bakımından esasen grup davası terimini kullanmak doğru değildir. Zira kollektif hukuki himayeyi sağlayan Anglo-Amerikan Hukuku anlamında grup davalarında (*class action*), temsilci davacı, açıkça bu konuda yetki sahibi olduğunu ileri sürmeksizin, bir grubun veya kamunun menfaatlerini korumak istemektedir. Bu anlamda grup davası, davacıya, kendisine ait olmayan hakları ileri sürmesi hususunda bir yetkinin açıkça verilmediği, hatta davacının hak sahiplerinin isimlerini dahi bilmediği durumlarda bile mahkemece onaylanabilmektedir<sup>19</sup>. Anglo-Amerikan Hukuku anlamındaki grup davalarının, belki de temel ayırıcı özelliği, temsilci davacının belirsiz kişi toplulukları adına açmış olduğu davalar olmasıdır<sup>20</sup>. Bu unsur, ABD Hukuku anlamındaki grup davalarını, HMK’deki topluluk davalarından ayıran temel bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte tüm bu nedenlerle,

---

rapor ile taburcu edildikten sonra yeniden başvurduğu hastanenin acil servisinden evine gönderildikten üç gün sonra 23 Mart 2007 tarihinde ölen bir avukatın anısına ..... yeni bir sivil toplum platformu kurulduğunu internetten öğrenmekteyiz. Bu sivil toplum platformu, kurmuş olduğu bir internet sitesinde şu ifadelere yer vermektedir: “*Sınıf davası, toplu dava* adı verilen ve hakları ihlal edilen grupların adına toplu hukuk mücadelesi girişimleri ve uygulamaları teknik olarak yerleşmemiş olsa da, çevre hukukundan, insan haklarına pekçok konuda örnek hareketlerin ve hak kazanımlarının tanığıyız. Çevre hukukundan, kaliteli kentsel yaşam alanlarına uzanan bu önemli çabaların pek çok örneği var. Şimdiye kadar sürdürülmüş ve kazanılmış hukuk mücadelelerinden aldığımız destek ve cesaret ile biz de, bireylere, hak ihlallerine karşı hukuksal savaşlarında yalnız olmadıklarını bildirmeyi ve toplu hak savunuculuğunu ülkemizde yerleştirmeyi ve geliştirmeyi amaçlıyoruz” (Bkz. <http://haklarhareketi.org>; E.T. 5. 6. 2008). Bu ifadeler, ülkemizde bu davaların toplum nazarında da gelişmeye elverişli olduğunu göstermektedir.

- 15 Bu terimin geçtiği yerler için bkz. **Waller**, s. 66.
- 16 Bkz. **Deren Yıldırım, Nevhis**: Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996 (**Deren Yıldırım**- Kesin Hüküm), s. 71.
- 17 Bkz. “Ortak çıkarlara sahip bir grubun temsilcisi olarak birden fazla kişinin dava açmaları ya da haklarında dava açılması durumu. Genellikle çevre ile ilgili davalarda kullanılır” (Konu ile ilgili olarak bkz. Çevre Sözlüğü: <http://www.istanbul.edu.tr/yerkure/cevsoz.htm>; E.T. 3. 4. 2008).
- 18 **Turgut, Nühket**, Çevre Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, Kasım 2001, s. 583. Nitekim yazar, bu davaların davacısı olan kişilerin grup kelimesinin sınırlı bir sayıyı çağrıştıran kapsamını fazlasıyla aşacak sayıda olması, hatta binleri bulması nedeniyle, “*yığın*” kelimesinin kullanılmasının daha doğru olacağını belirtmektedir (**Turgut**, s. 583).
- 19 **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 143- 144.
- 20 Bkz. ve karşı. **Hanağası, Emel**, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 198 vd.

özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanununda “topluluk davası” terimi kullanıldığı için bu davalar için kanuni terimi kullanmak uygun olacaktır.

## B. DÜNYADA GRUP DAVALARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERE BAKIŞ

### 1- ORTAK HUKUK (COMMON LAW) SİSTEMLERİNDE GRUP DAVALARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

#### a) Genel Olarak

Ortak Hukuk<sup>21</sup> sistemleri, genel anlamda İngiltere kaynaklı olup, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika, Hindistan ve Amerika Birleşik Devletlerini<sup>22</sup> içine almaktadır<sup>23</sup>. Ayrıca İsrail, Singapur ve Bermuda’yı da bu sisteme dâhil etmek mümkündür<sup>24</sup>. Çalışmamızın bu kısmında grup davalarıyla ilgili olarak Ortak Hukuk sistemlerinden Amerikan ve İngiliz Hukukunun yanı sıra, Kanada ve Avustralya Hukukundaki düzenlemeler incelenecektir.

---

21 Ortak Hukuk (*common law*) ifadesi, İngiliz Hukukunda tek anlamda kullanılmamaktadır. Bazen bu ifade Anglo-Amerikan hukuk sisteminin tümünü ifade etmek için de kullanılmaktadır. Dar anlamda *common law*, İngiltere’de krallık mahkemeleri tarafından oluşturulan hukuk anlamına gelmektedir. Bu hukuk bir yandan yazılı hukuktan (kanunlardan), diğer yandan *Equity* olarak adlandırılan hukuk yığınından ayrılmaktadır (Bkz. **Oğuz, Arzu**, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 258).

22 Ortak Hukuk sisteminin Amerikan versiyonu birçok özelliğiyle diğer Ortak Hukuk sistemiyle örtüşmekle birlikte, bazı özellikleriyle diğer Ortak Hukuk sistemlerinden farklılık göstermektedir. Örneğin, ABD’de ve eyaletlerinde jüri yargılaması, açıkça bir hak olarak düzenlenmiştir. Diğer Ortak Hukuk sistemlerinde ise, hukuk davalarında jüriler rutin olarak kullanılmazlar. Bu ve benzer farklılıklar için bkz. **Hazard/ Taruffo/ Stürner/ Gidi**, s. 774- 775; Ortak Hukuk sistemlerinin ayırıcı özellikleri hakkında ayrıca bkz. **Hall, Timothy L.** (Edited by), The U. S. Legal System, Volume 1, Acquittal-Jurisdiction, USA- 2004, s. 157- 158.

23 **Bühning- Uhle, Christian**: Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management, Kluwer Law International, (International Law Library; Series Ed. Dr. Julian Lew) The Hague- London- Boston 1996, s. 24; **Hazard, Jr., Geoffrey C./ Gedid, John L./ Sowle, Stephen**: Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 146, 1998, s. 773.

24 **Hazard/ Taruffo/ Stürner/ Gidi**, s. 773.

**b) ABD Hukukunda**

Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemi<sup>25</sup>, federal hükümet sisteminin karmaşık bir yönünü oluşturur. Eyaletlerden her biri, kendi mahkeme sistemine sahip olup, aynı zamanda federal devletin her eyalette kendi yargı sistemi vardır. Ayrıca tarafların çoğu zaman, dava açmada bir eyalet mahkemesini veya federal mahkemeleri tercih etmeleri söz konusu olabilir. Ancak eyaletler, federal hukukun hâkim olmadığı bütün alanlarda maddi hukuku uygularlar. Her eyalet kendi denetimi altındaki yerlerde bağımsız olduğundan, Birleşik Devletlerin tümünde gerek maddi hukuk gerekse usul hukuku ile ilgili hükümlerinde oldukça büyük farklılıklar vardır. Bu çerçevede grup davası usulü de eyaletten eyalete değişebilecektir. Ayrıca, ülke çapında grup davalarında hangi kanunların uygulanacağı da ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır<sup>26</sup>. Amerika’da bir yazar, “Amerika’da hiç bir politik sorun oraya çıkmamıştır ki, hemen ya da daha sonra, hukuki bir meselede, çözüme kavuşturulmamış olsun” demiştir<sup>27</sup>. Avrupalı hukukçular, ABD’deki çağdaş hukuk alanında bir inceleme yaparken, yasama ve yürütme kuvvetinden ziyade, mahkeme kararlarından ve önemli sosyal kurumların yapılarındaki eksiklikleri gidermek için kullanılan araçlardan yararlanırlar. İşte grup davaları bu tür bir araç olması açısından, özellikle ABD’de önemli bir dava türü olarak kabul edilmektedir<sup>28</sup>. ABD’deki grup davalarının belki de temel ayırıcı özelliği, belirsiz kişi topluluklarının açmış olduğu davalar olması<sup>29</sup> ve binlerce ya da milyonlarca kişiden oluşabilen bir

25 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’na göre, federal devlet, hukuki düzenleme yapmak, özellikle genel olarak özel hukuk hakkında düzenleme yapma yetkisine sahip değildir. Bu konudaki düzenlemeleri her eyalet kendisi yapmaktadır. Yüksek mahkemeler de özel hukuk davalarında somut olayda Anayasa’ya uygun federal bir kanun olmadığı sürece, kendi bölgelerindeki federe devletin hukukunu uygular (**Oğuz**, s. 58). Amerika Birleşik Devletlerindeki yargılama usulü ve ABD’de yapılan reformlar hakkında bkz. **Burbank, Stephen B./ Silberban, Linda J.**, Civil Procedure, Reform in Comparative Context: The United States of America, The American Journal Of Comparative Law, Vol. 45, No. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context (Autumn, 1997), s. 675 vd.

26 **Alexander**, s. 4. *Alexander*, bu durumu “çok sinir bozucu” olarak nitelendirmektedir (Bkz. **Alexander**, s. 4).

27 Alexis de Tocqueville’in “Amerika’da Demokrasi” adlı kitabındaki bu ifade için bkz. **Kötz, Hein**, Civil Justice Systems in Europe and The United States, Duke Journal of Comp & Int.’L, Vol. 13, No. 3, Summer 2003, s. 74.

28 **Kötz**, s. 74- 75.

29 Bkz. ve karşı. **Hanağası**, s. 198 vd.

grubun tüm üyeleri hakkında kesin hüküm etkisi olan bir karar elde etmeye yönelik bir dava niteliğinde bulunmasıdır<sup>30</sup>. Bu unsur, ABD Hukukundaki grup davalarını, Alman, İsviçre, Fransız ve Türk Hukukundaki topluluk (birlik) davalarından ayıran önemli bir özelliktir.

Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki, ABD’de bütün grup davası türleri<sup>31</sup> federal düzeyde aynı hükümde, yani Birleşik Devletler Hukuk Usulüne İlişkin Federal Kuralların<sup>32</sup> 23. maddesinde düzenlenmiş, bu hüküm bütün eyaletler için bir model oluşturmuştur<sup>33</sup>. Bunun sonucu olarak, birçok eyalet FRCP m. 23’deki grup davası usulünü kabul etmiştir<sup>34</sup>.

ABD’de, 1960’lı yılların başlarında grup davalarına ilişkin yasal düzenleme, sadece FRCP m. 23 idi. Birleşik Devletler grup davası, FRCP m. 23’de yapılan çeşitli düzenlemeler nedeniyle, uygulamada önemli değişikliklere uğramıştır<sup>35</sup>. Bugün itibariyle FRCP’de en son kanun metni, 1 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren metindir. FRCP’ye ilişkin bu hükümlerin girişinde, Kanunu hazırlayan Komisyon tarafından çağdaş bir belge ihtiyacını karşılamak amacıyla hazırlandığı belirtilmiştir<sup>36</sup>.

Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki, grup davası usulü önceleri, 1938’de kabul edilen FRCP ile düzenlenmişti<sup>37</sup>. Buna karşılık, FRCP m. 23’ün eski metni, ifade bakımından ağır eleştirilere maruz kalmış, gerek mahkemeleri gerekse doktrini uzun süre meşgul etmiştir. Bu yüzden, söz konusu kurallar ile ilgili olarak, 1964’de bir Tavsiye Komitesi tarafından yeni bir taslak hazırlanmış, daha sonra 1966 yılında grup davalarını

---

30 Aynı yönde bkz. **Hanağası**, s. 213.

31 Bk. aşa. II. Bölüm, § 9- B.

32 *Federal Rules of Civil Procedure (Kısaltılmışı: FRCP)*

33 **Alberta Law Reform Institute**: Class Actions Final Report No. 85, Edmonton, Alberta, December 2000 (**AltaLRI Report**), s. 30.

34 **Alexander**, s. 4. ABD Hukukunda eyaletlerdeki düzenlemelerle ilgili olarak bkz. aşa. III. Bölüm, § 19- B.

35 Bkz. **Taruffo, Michale**, Some Remarks On Group Litigation in Comparative Perspective, *Duke Journal of Comp & Int.’L*, Spring Summer, Vol. 11, No. 2, 2001, s. 405; **Alexander**, s. 2.

36 1 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren FRCP m. 23’de esasa ilişkin önemli bir değişiklik olmamakla birlikte, dilinin daha anlaşılır olduğu ve kanun metninin daha sistematik hale getirildiği söylenebilir. Yapılan bu değişikliklere çalışmamızın ilgili yerlerinde değinilmiştir.

37 Bkz. **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 145- 146.



sürdürme ve daha pratik terimlerle ifade etmek amacıyla FRCP m. 23 kabul edilmiştir<sup>38</sup>.

Esas olarak, bu hüküm (m. 23) iki kısımdan oluşmaktadır. FRCP m. 23 (a), grup davalarının açılması için yerine getirilmesi gereken şartları ana hatlarıyla açıklamaktadır. Ayrıca grup davaları m. 23 (b) (1), (b) (2) ya da (b) (3) kategorilerinden birine uymak zorundadır.

Burada ayrıntıya girilmeksizin söz konusu hükümdeki grup davasının açılması için gerekli şartların belirtilmesiyle yetinilecektir. Buna göre grup davasının açılabilmesi için aşağıdaki *ön şartların* bulunması gerekir: (FRCP m. 23 (a) )<sup>39</sup>:

a) Grup üye sayısının, üyelere her birinin davaya katılımına imkân vermeyecek büyüklükte olması (*numerosity*),

b) Grubun ortak olduğu hukuki veya fiili sorunların olması (yani, hukuki uyumsuzluğun grup üyeleri bakımından ortak olması) (*commonality*),

c) Grubu temsil eden kişi/ kişilerin iddia ve savunmalarının, grup üyeleri bakımından da tipik olması, yani grubun umumi talep ve savunmaları olması (*typically*),

d) Grup temsilcilerinin, üyelerin tüm çıkarlarını adil ve yeterli bir şekilde temsil edecek durumda olması (*adequacy of representation*; yeterince temsil).

Ancak FRCP m. 23 (a)'da belirtilen bu ön şartların gerçekleşmesi halinde, bir grubu temsilen üye veya üyelere dava açılabilir. Bu şartlara ilave olarak, aynı hükmün (b) bendinde belirtilen kriterlerin de mutlaka bulunması gerekir. Buna göre; mahkeme dava konusu olan ve tüm grup

<sup>38</sup> **Mulheron**, 10. FRCP m. 23 (*Rule 23*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Developments in the Law- Class Actions**, s. 1454 vd.; **Kruse, Jordon L.**, Appealability of class certification orders: The "Mandamus Appeal" and a proposal to Amend Rule 23, Northwestern University Law Review; Winter 1997, Vol. 91, No. 2, Academic Research Library, s. 704 vd. **Dixon, John C. L.**, The "res judicata" Effect in England of a USA Class Action Settlement, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, No. 1, Jan. 1997, s. 134 vd.; **Cooper**- Federal Class Action Reform, s. 422 vd. ABD'de grup davalarına ilişkin 1966 değişiklikleri, grup haklarının korunmasının etkin bir aracı haline getirmiştir (Bkz. **Miller**, s. 664; **Gidi**- Class Actions, s. 324, dn. 21). 1966 yılında ABD' yapılan yasal değişiklikler (FRCP hakkında) için bkz. **Newberg/ Conte**, § 1- 10.

<sup>39</sup> Söz konusu bu şartlar için bkz. **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 146-149; **Newberg/ Conte**, § 7-1 vd.; **Alexander**, s. 4 vd.; **Mulheron**, s. 115 vd.; **Cooper**-Federal Class Action Reform, s. 435 vd. FRCP m. 23, yakın zamanlarda önce 1 Aralık 2005 yılında, daha sonra ise 1 Aralık 2007 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Şu an ABD'de yürürlükte olan metin, 1 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren metindir.

üyelerini ilgilendiren hukuki konuyu ve maddi hususu, grup üyelerini etkileyen herhangi bir soruna nazaran öncelikli olarak görmelidir. Aynı şekilde, grup davası usulünün uyuşmazlığın çözümüne ilişkin diğer yöntemlere nazaran üstün (öncelikli) olması da gerekir (*the requisite superiority*)<sup>40</sup>. Son olarak, gruba üye olan bir veya birkaç üyenin başvurdukları mahkeme tarafından, kendilerinin üyesi bulunduğu grubun tamamını temsil etmeye uygun olduklarını onaylaması (*certification*) da, grup davasının açılması için şarttır<sup>41</sup>.

Amerikan Hukukunda grup davası usulü, tarihi kökeni itibariyle “Equity Mahkemeleri”ne (*Courts of Equity*) dayanır<sup>42</sup>. Bu yöntemin kötüye kullanılmasını önlemek için çeşitli reformlar gerçekleştirilmiştir. Bunlardan birisi, 1995 tarihli Özel Menkul Kıymetler Davasına İlişkin Reform Kanunu<sup>43</sup>’dur. 1998 yılında Menkul Kıymet Davası Yeknesak Standart Kanunu<sup>44</sup> kabul edilmiş olup, bunlar Federal Bölge Mahkemelerinin özel yetkisini belirtmektedir. 2005 yılında ise, eyaletler arası belli grup davası türlerini düzenleyen ve ticaret hukukundaki kupon uyuşmazlıklarının özel çözümünü gösteren, 2005 tarihli “Grup Davaları Adillik Kanunu”<sup>45</sup> kabul edilmiştir<sup>46</sup>. Bu Kanun, özellikle grup davaları üzerinde federal yetkiyi

40 Konu ile ilgili olarak bkz. **Mulheron**, s. 219 vd.; **Özbek, Mustafa**, Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002, s. 126- 127.

41 Bkz. FRCP m. 23 (c). ABD hukukunda onay (*certification*) kriterinin katı bir şekilde uygulandığı hakkında bkz. **Mulheron**, s. 69.

42 Bkz. **Coco, Fabio**, Class Actions in Italy, Ottobre 2006, s. 4; **Wyne**, s. 755- 756; **Finn, Shaun**, In A Class All Its Own: The Advent Of The Modern Class Action And Its Changing Legal And Social Mission, ([http://www.tribunaux.qc.ca/mjq\\_enc-appelclerkshipclass\\_actions.pdf](http://www.tribunaux.qc.ca/mjq_enc-appelclerkshipclass_actions.pdf); E.T. 2. 5. 2008), s. 2; **Newberg/ Conte**, § 1- 9; **Gidi**, Class Actions, s. 323; **Rowe, Thomas D.**, A Distant Mirror: The Bill Peace in Early American Mass Torts and Its Implications for Modern Class Actions, Arizona Law Review, Vol. 39, 1997, s. 711.

43 *Private Securities Litigation Reform Act of 1995*.

44 *Securities Litigation Uniform Standard Act*.

45 *Class Action Fairness Act*.

46 Bkz. **Coco**, s. 4- 5. Ayrıca 2005 tarihli Class Action Fairness Act ile ilgili olarak bkz. Public Law 109–2—Feb. 18, 2005, Class Action Fairness Act Of 2005; **Harris, Warren W./ Busby, Erin Glenn**, Highlights of the Class Action Fairness Act of 2005, Defense Counsel Journal, July 2005, s. 228 vd..

büyük ölçüde genişletmiş, ayrıca belli tip grup davalarının yeniden incelenmesine ilişkin kuralları öngörmüştür<sup>47</sup>.

### c) İngiliz Hukukunda

İngiliz Hukukunda grup davası düşüncesi, ortaçağ İngiltere'sine kadar gitmektedir<sup>48</sup>. O dönemde, özellikle 12. yüzyıl İngiltere'sinde köy ve mahalle gibi belli gruplar yararına temsilciler tarafından dava açılabilirdi<sup>49</sup>. Böylece, İngiliz *case law* uygulamasının, taraflar arasında dava arkadaşlığı kurulmasının elverişli olmadığı durumlarda, bir kişi topluluğundaki bireylerden birinin veya birkaçının dava konusu üzerinde ortak yararlarının bulunması şartıyla, temsilci olarak dava açması imkânını getirdiği belirtilebilir<sup>50</sup>. İngiltere'deki bu grup davaları, “temsili dava” (*representative action*) adıyla anılmaktadır<sup>51</sup>. Bu temsili dava modeli, ABD

<sup>47</sup> **Harris/ Busby**, s. 228.

<sup>48</sup> **Wyne**, s. 755; **Spence, Susan T.**, Looking Back... In a Collective Way- A short history of class action law, Business Law Today, Vol. 11, No. 6, July- August 2002, s. 1 ([www.abanet.org/buslaw/blt/2002-07-08/spence.html](http://www.abanet.org/buslaw/blt/2002-07-08/spence.html); E.T. 5. 6. 2008). Ortaçağ İngiltere'sinde benzer davaların birleştirilmesinden kaçınmaya çalışan *equity mahkemeleri*, uyumsuzluğun tarafı olacak ilgili kişilerin tümüyle verilecek kararla bağlı kalması için, bu kişilerin davaya zorunlu olarak katılması kuralını (compulsory joinder) uyguluyordu. Bu uygulama, hakları karardan etkilenecek olan kişilerin davaya katılmalarını zorunlu kıldığı için, *İngiliz Common Law* mahkemelerinden farklıdır. Ayrıca 18. yüzyıla kadar, adalet ve nesafet kurallarını uygulayan mahkeme niteliğindeki *İngiliz Chancery Mahkemesi*, zorunlu katılım hükmünün birçok soruna yol açacağını kabul etmiştir. Örneğin, bütün ilgili kişiler davaya katılmazlarsa, hiç kimse zorunlu katılım sebebiyle mutmain olmayacak, mahkeme ise aynı anda yüzlerce tarafın talepleri hakkında karar vereceği için, verimsiz bir yargılamayla karşı karşıya kalabilecektir. Bunun gibi muhtemel sorunları bertaraf etmek için, Chancery Mahkemeleri “*Bill of Peace*” olarak bilinen usulî bir mekanizmayı geliştirdiler (**Wyne**, s. 755; ayrıca bkz. **Rowe**- Modern Class Actions, s. 711 vd.). Konuya ilişkin tarihçe için ayrıca bkz. **Newberg/ Conte**, § 1- 9, dn. 5). Bu çerçevede “*Bill of Peace*”, modern grup davasının atası olarak bilinmekte ve bir temsilcinin, benzer durumdaki kişilerden oluşan bir grup yararına açtığı ve kararın tüm grup üyelerini bağladığı bir dava olmaktadır (**Wyne**, s. 755).

<sup>49</sup> **Yeazel, Stephan C.**, The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation, Arizona Law Review, Vol. 39, 1997, s. 690; **Spence**, s. 1.

<sup>50</sup> **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 145. Hakkaniyet hukukunun getirmiş olduğu bu imkân esasen örf ve adet hukukunun esaslarına aykırı idi. Zira örf ve adet hukuku gereğince, birden fazla kişinin haklarının ihlal edilmesi halinde, bireyler haklarını bizzat kendileri kullanabilecekleri gibi, aralarında dava arkadaşlığı kurmak suretiyle de ileri sürebiliyorlardı (**Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 145).

<sup>51</sup> **Wyne**, s. 755; **Andrews**, s. 250; **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 145.

usulü grup davalarından (*class actions*) farklıdır. Temsili davada, her bir grup davacı, taraf olarak grubun üyesidir. Ayrıca diğerlerini temsil eden davacı, davalının görevlerini yerine getirmemesi halinde, sadece kendi kişisel menfaatlerini değil, aynı zamanda benzer durumda bulunan kişilerin haklarını da savunmak için dava açmak durumundadır<sup>52</sup>.

Temsili davaların tazminat davası biçiminde açılmaları mümkün olmayıp, sadece tespit ve kaçınma şeklinde açılmaları söz konusudur<sup>53</sup>. Temsili davaların da etkin bir yargılama, adalete ulaşma, taraflara eşit muamele gibi yararlarından; iddia ve savunma hakkının ihlaline ilişkin sorunlar ve kollektif olarak toplumun kavgacı olmasına yol açması gibi sakıncalarından söz edilmektedir<sup>54</sup>.

İngiliz Hukukunda, davaya katılmayan grup üyelerinin kesin hükümle bağılılığı, grup üyeleri arasında açılması muhtemel davaların önüne geçmek amacıyla, 1842 tarihli *Federal Equity Rules* (m. 48) ile kabul edilmiştir<sup>55</sup>. Daha sonra 1848 tarihli New York Field Code'da 1849 tarihinde değişiklik yapılmış ve *Federal Equity Rules* m. 38 hükmü, 1912'de kanun haline getirilmiştir<sup>56</sup>.

İngiltere'de 1998 tarihli Hukuk Usulü Kuralları (*Civil Procedure Rules*) m. 19.6, Yüksek Mahkeme Kuralları (*Rules of the Supreme Court*) ve İlçe Mahkeme Kuralları (*County Courts Rules*)'nda yer alan hükmü, küçük bir değişiklikle benimsemiştir. Söz konusu hükme göre;

“1- Birden fazla kişinin bir davada (talepte) aynı menfaate sahip olması halinde

a- Dava açılabilir, veya

b- Mahkeme, aynı menfaati olan bir ya da birden fazla kişi tarafından veya kişiye karşı, o menfaate sahip olan diğer kişilerden birinin temsilci olarak davaya devam edileceğine karar verebilir,

2- Mahkeme, o kişinin temsilci olarak hareket edemeyeceğini belirtebilir,

3- Taraflardan biri 2. paragraftaki usul için mahkemeye başvurabilir,

---

<sup>52</sup> **Andrews**, s. 250.

<sup>53</sup> **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 145; **Andrews**, s. 253, 255.

<sup>54</sup> **Andrews** s. 263- 265.

<sup>55</sup> **Wyne**, s. 755- 756.

<sup>56</sup> Söz konusu bu süreç için bkz. **Wyne**, s. 756- 757.

4- Mahkeme, aksine karar vermedikçe, bu hüküm gereğince temsilci olarak hareket eden tarafın talebi doğrultusunda bir karar verilmiş veya çözüme ulaşılmışsa, bu karar veya çözüm,

a- Davada temsil edilen tüm kişileri bağlar,

b- Mahkeme izni ile taraf olmayan kişi tarafından/kişiyeye karşı uygulanabilir”.

Daha sonra 2 Mayıs 2000 yılında söz konusu hüküm temsili dava şeklinde değil, Medeni Hukuk sistemlerinde kabul edilmiş olan ve *group action* denilen Anglo-Amerikan grup davası dışındaki grup davaları gündeme gelmiştir. Bu düzenleme ile temsili dava ile ilgili hükümler muhafaza edilmekle birlikte<sup>57</sup>, bazı şartlarla tazminat şeklindeki grup davalarına da izin verilmiştir<sup>58</sup>. Ayrıca, yeni hükümde “ortak ya da benzer hukuki veya fiili sorunların yol açtığı taleplerden” söz edilmiştir<sup>59</sup>.

Temsili davanın İngiltere’de üç şeklinden söz edilmektedir. Bunlardan birincisi, temsilci davacının temsil ettiği grubun bulunduğu *aktif şekil*; ikincisi, temsil edilen grubun davalı tarafta yer alması halinde *pasif şekil*; üçüncüsü ise, aktif ve pasif şeklin bir araya gelmesi halinde görülen *karma şekildir*. Bunlardan en yaygın olan temsili dava şekli, aktif şekildir<sup>60</sup>. Ayrıca İngiliz Hukukunda, temsili davanın iddia sahibinin kendi hakkı ihlal edilmedikçe (yani kendi hukuki yararı bulunmadıkça) uygulanmayacağı kabul edilmektedir<sup>61</sup>.

---

57 **Mulheron**, s. 67.

58 Ayrıntı için bkz. **Andrews**, s. 262 vd.

59 **Mulheron**, s. 67.

60 **Andrews**, s. 250.

61 **Andrews**, s. 251. Ayrıca doktrinde, ABD usulü grup davası modeli ile İngiltere usulü model arasında şu farklılıklar üzerinde durulmaktadır: a) İngiltere’de bir davacı, kararla bağlı kalmamak için, grup davası kararında (*Group Litigation Order*; kısaca *GLO*’da) yer almamalıdır. Oysa, ABD usulü modelde, davacılar gruptan çıkmak zorundadır; aksi takdirde gruptaki muhtemel davacılar verilen kararla bağlı olurlar. b) İngiltere’de avukatlar, ihtimali ücreti (*contingency fee*) kabul edemezler. Oysa ABD sisteminde bu ücret kabul edilmekte olup, ABD’deki grup davalarında anahtar rolü üstlenir. c) İngiltere’de, kaybeden taraf kazananın yargılama giderlerini öder. ABD’de ise bu kuralın bulunmayışı, hızlı çözüm umuduyla, şirketlere karşı dava açmayı özendirir. Ayrıca İngiltere’de cezai tazminata (*punitive damages*) izin verilmez. (Konu ile ilgili olarak bkz. **Mulheron**, s. 67; **Casualty Specialty Update**, September 2006, s. 18). Söz konusu farklılıklar için ayrıca bkz. **The Rules Committee, Consultation Paper**, The possible introduction of class action procedures into the High Court Rules 30 April 2007, Rdn.16;

Ayrıca İngiliz hukuk sisteminin iki temel konuyu ele aldığı belirtilmektedir. Bunlardan ilki, temsil kuralı (*representative rule*); ikincisi ise, grup davası kararı (*group litigation order*; GLO)'dır. İngiliz Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules; CPR) nın 19. bölümünün (Part 19) 2 Mayıs 2000'de yürürlüğe girmesiyle, grup davası (*group litigation*) ile ilgili yeni hükümler yürürlüğe konulmuştur<sup>62</sup>.

CPR m. 19.10'a göre, mahkeme, taleplerin ortak (*common*) veya benzer (*related*) fiili veya hukuki hususlara yol açan taleplerin dava yönetimi için (*case management*) grup davası kararı (*group litigation order*; GLO) verebilir<sup>63</sup>. Böylece, CPR 19.6 hükmü, eski hükümdeki "birden fazla kişinin bir talepte aynı menfaate sahip olması halinde" ifadesini muhafaza etmiştir<sup>64</sup>.

#### d) Kanada Hukukunda

Kanada'da son beş yıldır, grup davalarının sayısında önemli bir artış olduğu görülmektedir. Yasal düzenlemelere gelince, grup davası ile ilgili olarak Kanada'ya öncülük eden Québec eyaleti'dir<sup>65</sup>. Québec, 1978 yılında grup davasını kendi usul kanununa almış<sup>66</sup>, bu düzenlemeyi 1992 yılında Ontario<sup>67</sup> ve British Columbia<sup>68</sup> izlemiştir<sup>69</sup>. Yakın zamanlarda ise 2004

---

([http://www.courtsofnz.govt.nz/about/system/rules\\_committee/documents/Classactionconsultationpaper.pdf](http://www.courtsofnz.govt.nz/about/system/rules_committee/documents/Classactionconsultationpaper.pdf), E.T. 2. 1. 2008).

<sup>62</sup> **Grainger Ian/ Fealy, Michael/ Spencer, Martin**, *The Civil Procedure Rules in Action*, 2th Edition, London- Sydney, 2000, s. 69.

<sup>63</sup> GLO hakkında geniş bilgi için bkz. **Grainger/ Fealy/ Spencer**, s. 60- 70.

<sup>64</sup> Bkz. **Grainger/ Fealy/ Spencer**, s. 69; **Mulheron**, s. 67- 68. İngiltere'de ABD usulü grup davası (*class action*) usulünden ziyade temsili dava (veya çok taraflı dava) usulünün kullanılmasının iki gerekçesinden söz edilmektedir. Bunlardan ilki, grup davası (*class action*) usulünün yararlı ve esnek bir usul olmayışıdır. İkinci olarak, ABD usulü grup davaları hakkında İngiltere'de doktrinin söz konusu davanın aleyhine yazılar yazmasıdır (**Mulheron**, s. 68). Bu çerçevede İngiliz modelinin, ABD tarzı grup davalarına oranla daha esnek olduğu belirtilmektedir (Bkz. **Andrews**, s. 264). Buna karşılık, **Mulheron**, bu gerekçelerin hiç birini, inandırıcı bulmamaktadır (**Mulheron**, s. 68).

<sup>65</sup> Bkz. **Manitoba Law Reform Commission**, *Class Proceedings*, January, Report No 100, 1999, s. 14. Québec Hukukundaki grup davaları, kollektif başvuru diye bilinmektedir. Ayrıntı için bkz. **Hanağası**, s. 215 vd.

<sup>66</sup> Bkz. *Québec Code of Civil Procedure* m. 999- 1051.

<sup>67</sup> *Ontario Class Proceedings Act*. Belirtmek gerekir ki, sürece bakıldığında, Adalet Bakanlığı'nın Ontario Hukuk Reformu Komisyonu (OLRC)'ndan grup davalarıyla ilgili bir çalışmayı yürütmesini istemesi üzerine, 1976 yılında başlayan uzun bir düşünmeden

yılında Alberta eyaleti, hazırlamış olduğu kanun ile<sup>70</sup> çağdaş grup davalarını kabul eden yedinci eyalet olmuştur<sup>71</sup>. Böylece Kanada, bütün eyaletleriyle grup davaları hakkında özel düzenleme yapan bir ülke olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>72</sup>.

Ontario'da Hukuk Reformu Komisyonu'nun daha önceleri, 1982 tarihinde hazırlamış olduğu rapor<sup>73</sup> grup davalarına ilişkin olarak Kanada'nın en temel belgelerinden birisidir<sup>74</sup>. Bu raporda grup davalarının özellikle üç amacından söz edilmektedir. İlk olarak, grup davalarının adalete

---

sonra, 1992 tarihli Ontario Grup Yargılama Usulü Kanunu kabul edildiği görülmektedir. Konu ile ilgili gelişmeler için bkz. Bkz. **ManLRC Report**, s. 9-10; **Mulheron**, s. 8 vd.

68 *British Columbia Class Proceedings Act*.

69 **ManLRC Report**, s. 4 vd. Ayrıca bkz. **McKee, S. Gordon/ Cook, Martha**, Class Actions in Canada: 2005 State of the Union, Defense Counsel Journal; Jan 2006; 73; 1; ABI/INFORM Global, s. 31. British Columbia Grup Yargılama Usulleri Kanunu (*British Columbia Class Proceedings Act*), British Columbia Adalet Bakanı'nın ısrarları üzerine kabul edilmiştir. Kanunun terimleri Ontario düzenlemelerine ve diğer iki mevzuata benzemekle birlikte; aynıysa değildir. Kullanılan terminoloji "grup yargılaması" (*group proceeding*)'dır. British Columbia Kanunu hazırlanırken parlamento, ORLC'nin oldukça geniş olan tavsiyelerine yakından bağlı kalmış ve kanun tasarısı Ontario'nun bazı temel özellikleri bakımından takip edilmiştir. Sistemin temel görünümü Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından çeşitli vesilelerle dikkate alınmıştır (**Mulheron**, s. 8; ayrıca bkz. BC Ministry of Attorney General, Consultation Document: Class Action Legislation for British Columbia, May 1994).

70 *Alberta Class Proceedings Act*.

71 Kanada'nın diğer eyaletlerinin düzenlemeleri için bkz. **McKee/ Cook**, s. 31, dn. 2.

72 **McKee/ Cook**, s. 31.

73 *Ontario Law Reform Commission Report on Class Action; kısaca OLRC*.

74 **Watson, Garry D.**, Class Actions: The Canadian Experience: Duke Journal of Comp & Int. 'L, Vol 11, Spring Summer, No. 2, 2001, s. 269. Ayrıca, 1982'de üç sayıda (*volume*) bir analizi yayınlanan OLRC'nin raporu (ORLC Report), "yeni ufuklar açan bir çalışma" olarak kabul edilmektedir. Dönemin hükümeti, OLRC'nin önerilerini kabul etmemiş, fakat 1989'da grup davalarına bir başlangıç yapma konusunda artan baskılar sonucu Ontario Adalet Bakanı (Attorney General of Ontario) Grup Davası Reformuna İlişkin Tavsiye Komitesi'ni oluşturmuştur. 1990 yılında parlamentoda askıda kalan Komite'nin raporu, 1992 yılında düzenlemenin kanunlaşmasına yol açmıştır. OLRC'nin çalışmasını sunduğu günden itibaren 11 yıl süreden sonra, nihai olarak grup davası sisteminin uygulanması uygun görüldü. Ancak grup davası sistemine geçilmesi karar verilmesine giden süreç Kanada kanun koyucusunun uzun düşünmesinden sonra olmuştur (**Mulheron**, s. 8 vd). Hatta bu durum için "uzun bir gebelik süresi" benzetmesi yapılmaktadır. Bkz. **Morabito, Vince**, Ideological Plaintiffs and Class Actions- An Australian Perspective, University of British Columbia Law Review, Vol. 34, 2001, s. 459, dn. 19.

ulaşmayı daha da kolaylaştırdığı, ikinci olarak yargısal etkinliği artırdığı, üçüncü olarak ise toplumda davranış değişikliğine yol açarak, toplumsal dönüşümü gerçekleştirdiği belirtilmektedir<sup>75</sup>. Bunun dışında Kanada'da Manitoba Hukuk Komisyonu'nun 1999 tarihinde hazırlanmış olduğu rapor da önemlidir<sup>76</sup>.

Kanada'da grup davaları, ürün sorumluluğu, çevrenin korunması ile ilgili olarak zehirli atıkların neden olduğu zararlar, sigara, menkul kıymetler, emekli aylık ve ödeneklerinin ödenmemesinden doğan sorunlar ve rekabet hukuku gibi alanlarda görülmektedir<sup>77</sup>.

Grup davalarıyla ilgili olarak her eyaletin düzenlemelerinde çok küçük farklılıklar bulunmakla birlikte, genel anlamda bir davanın grup davası olarak kabul edilmesi için şu şartlar aranmaktadır<sup>78</sup>:

- 1- Davada tek başına talep edilecek, kabul edilebilir bir dava sebebinin (vakıanın) ileri sürülmesi,
- 2- Önerilen grupta iki veya daha fazla kişinin bulunması,
- 3- Söz konusu kişilerin iddialarının, grubun ortak hukuki veya fiili sorunları olması, yani hukuki uyumsuzluğun grup üyeleri bakımından ortak olması,
- 4- Ortak sorunların, grup davasının amaçları<sup>79</sup> doğrultusunda çözümlenmesinin tercih edilir olması,
- 5- Önerilen temsilci davacının, grubun menfaatlerini yeterince temsil edebilmesidir<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> **Watson**, s. 270- 271; **ManLRC Report**, s. 22 vd; ayrıca bkz. **Shone, Margaret A.**, Facilitating Access to The Courts Through Class Actions: Canadian Developments, Canadian Forum on Civil Justice, Issue 4, Spring 2002 ([http://www.cfcj-fcjc.org/issue\\_4/n4-fac\\_access.htm](http://www.cfcj-fcjc.org/issue_4/n4-fac_access.htm); E.T. 10. 02. 2007).

<sup>76</sup> **ManLRC Report**, s. 1 vd.

<sup>77</sup> Ayrıntı için bkz. **McKee/ Cook**, s. 32- 39; **ManLRC Report**, s. 16 vd. Kanada Hukukunda grup davalarına konu olabilecek konular hakkında ayrıca bkz. **Watson**, s. 278- 279.

<sup>78</sup> Bkz. **McKee/ Cook**, s. 31- 32.

<sup>79</sup> Bkz. a.ş.a. § 7.

<sup>80</sup> Kanada Hukukunda grup davalarıyla ilgili olarak, özellikle kesin hüküm, gruptan çıkma hakkı (*opt-out*), yargılama giderleri ve avukatlık ücretleri gibi hususlar hakkında burada bilgi verilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ManLRC Report**, s. 16.



**e) Avustralya Hukukunda**

Avustralya, altı eyalet ve iki özerk bölgeden oluşan bir federasyondur. Avustralya hukuk sistemi, Ortak Hukuk sistemi içerisinde yer almaktadır<sup>81</sup>.

Avustralya'da grup davası, *İngiliz Chancery Mahkemelerinde*<sup>82</sup> ortaya çıkan temsili dava (*representative action*)'nın geliştirilmiş bir şekli olarak kabul edilmektedir<sup>83</sup>. 2000'li yıllara kadar grup davalarına bakan tek mahkeme, Avustralya Federal Mahkemesi idi. Bir başka deyişle, grup davalarına ancak federal düzeyde bakılabiliyordu<sup>84</sup>. Buna karşılık, 1 Ocak 2000 tarihinden itibaren Victoria Yüksek Mahkemesi'nde de grup davaları görülmeye başlanmıştır<sup>85</sup>. Federal Mahkeme'de görülen grup davaları, "temsili dava usulü"<sup>86</sup> olarak isimlendirilmektedir<sup>87</sup>. Bu usulle, bir davada aynı menfaate sahip olan birden fazla kişinin bulunması halinde bunlardan bir veya birkaçının, diğerlerini temsil edebilmeleri imkânı getirilmiştir<sup>88</sup>.

Avustralya'da grup davasıyla ilgili düzenleme 1991 yılında kanunlaştırılmıştır. Bu düzenleme 1976 tarihli Avustralya Federal Mahkemesi Kanunu'nun<sup>89</sup> IVA bölümünü oluşturuyordu<sup>90</sup>.

1976 tarihli Avustralya Federal Mahkemesi Kanunu<sup>91</sup>'nin IVA Bölümü (Part IVA)<sup>92</sup>, sadece, federal yetkinin kapsamında yer alan davacılara

---

81 **Clark/ Harris**, s. 291.

82 İngiltere'de *Challengor* denilen en yüksek idari makamların, 16. yüzyılın başlarında faaliyetlerinin zaman içerisinde yargısal nitelik alması, bu makamın içerisinde *Court of Chancery* adında özel bir mahkeme kurulmasına yol açmıştır. Bkz. **Oğuz**, s. 266, s. 258. Bu mahkemeler equity kurallarını uygulayan bir mahkemedir (**Ovacık, Mustafa**, İngilizce- Türkçe Hukuk Sözlüğü, B. 2, Ankara 1986, s. 95).

83 **Clark/ Harris**, s. 293.

84 Bkz. **ManLRC Report**, s. 15.

85 **Clark/ Harris**, s. 291- 292.

86 *Representative proceedings*.

87 Bkz **Clark/ Harris**, s. 291. Avustralya'daki bu süreç için bkz. **Murphy, Bernard / Cameron, Camille**, Access To Justice And The Evolution Of Class Action Litigation In Australia, Melbourne University Law Review, Vol. 14, 2006, dn. 3 vd. (<http://www.Austlii.Edu.Au/Au/Journals/MULR/2006/14.Html>, E.T. 24. 01. 2007).

88 **Clark/ Harris**, s. 293.

89 *Federal Court of Australia Act (FCA)*.

90 **AltaLRI Report**, s. 37; **Clark/ Harris**, s. 289- 290. Avustralya'da grup davalarıyla ilgili özellikle 1987 yılı öncesi tartışmalar için bkz. **Butcher**, s. 361- 362.

uygulanır. Kanunun IVA Bölümüne esas teşkil eden düşünce, davanın, sadece davacının kendi yararına değil, aynı zamanda diğer grup üyeleri yararına olmak ve gerekli şartları taşımak durumunda, “temsilci davacı” tarafından mahkemede açılabilmesini sağlamaktır. Avustralya Adalet Bakanlığı<sup>93</sup>, Avustralya Hukuku Reform Komisyonu’ndan<sup>94</sup>, 1977 yılında grup davası reformunu göz önünde tutmasını istemiştir. Yaklaşık 12 yıl sonra, ALRC Raporu Parlamento’ya sunulmuş<sup>95</sup> ve üç yıl sonra Mart 1992’de, Kanunun IVA Bölümü, siyasi eleştiriler arasında, yürürlüğe girmiştir<sup>96</sup>. İşte bu tarihe kadar, Avustralya Hukuku, tıpkı İngiltere gibi grup davası kavramını bünyesine almamış, birtakım usuli düzenlemelerle bu yöntemler kısıtlanmıştır<sup>97</sup>. Buna karşılık, Avustralya’da grup davalarına ilişkin olarak Reform Komisyonlarınca birçok rapor hazırlanmış, bu çalışmalar ülkede grup davaları hakkında oldukça zengin bir doküman oluşturmuştur<sup>98</sup>.

91 Bu Kanun (*Federal Court Of Australia Act 1976*), toplam 60 maddeden oluşmaktadır. Kanunun IVA (Part IVA) bölümünün başlığı temsili dava usulleri (*representative proceedings*)’dir. Söz konusu bölümün maddelerinde, sırasıyla genel bilgiler, temsili davanın başlaması, grup üyelerine bildirim, davanın açılması üzerine mahkemece verilecek kararlar, bu kararlara karşı başvuru yolları ile çeşitli hususlar başlığı altında bazı konulara yer verilmiştir. Kanun’un İngilizce metni için bkz. [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/fcoa1976249](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoa1976249); E.T. 3. 1. 2008).

92 IVA Bölümünün genel amaçları, 1991 tarihli Avustralya Federal Mahkemesi Kanunu Değişiklik Tasarısındaki konuşmalarda da yer almaktadır. Amaç, hem bireysel davalarda ekonomik olarak geri istenilmesi uygun (pratik) olmayacak kadar küçük iddiaların davacılar için “gerçek çare” (*real remedy*) olduğu; hem de büyük miktardaki iddiaları olan ve aksi takdirde tek başına haklı çıkamayacakları davalarda davacı sayısı fazla ise davacıların etkin şekilde bunun üstesinden gelmeleri amaçlanmıştır. Burada ikili bir amaç vardır: Birincisi, adalete ulaşma, ikincisi ise usul ekonomisidir (**Mulheron**, s. 7).

93 *Australian Attorney General*.

94 *Australian Law Reform Commission (ALRC)*.

95 Avustralya’daki diğer iki önemli reform çalışmalarına ilişkin komisyon raporları hakkında bkz. Law Reform Committee of South Australia, *Relating to Class Actions*, Adelaide, 1997. Avustralya’daki bu yasal süreç için ayrıca bkz. **Morabito**- Ideological Plaintiffs, s. 459.

96 Bkz. **Mulheron**, s. 6.

97 **Clark/ Harris**, s. 292.

98 Örnek olarak bkz. **Australian Law Reform Commission**, *Grouped Proceedings in the Federal Court* (Report no 46; 1988); Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (Report no 48; 1982); Report of the Attorney-General’s Advisory Committee on Class Action Reform; Manitoba Law Reform Commission, *Class Proceedings* (Report no 100; 1999).

Avustralya Hukukunda temsili dava<sup>99</sup> diye bilinen grup davalarıyla, ABD tarzı grup davaları arasındaki temel farklılıklardan biri, Avustralya’da tazminat davası şeklinde grup davalarına izin verilmeyişidir<sup>100</sup>. Diğer bir fark, ABD tarzı grup davalarının aksine, Avustralya’da mahkemenin grup davasını onaylama zorunluluğunun bulunmamasıdır. Bir başka deyişle, ABD’de grup davasının açılabilmesi için, gruba üye olan bir veya birkaç üyenin başvurdukları mahkeme tarafından, kendilerinin üyesi bulunduğu grubun tamamını temsil etmeye uygun olduklarını onaylaması da, grup davasının açılması için şarttır. Oysa Avustralya Hukukunda mahkemece uygun bulunma şartı aranmamaktadır<sup>101</sup>. Ayrıca, Amerikan Hukukunda grup davasının açılması gereken ön şartlar Avustralya Hukukunda bulunmayıp; bu hukuk sisteminde sadece, “önemli ortak veya fiili sorun olması” şartı aranmaktadır. Bir başka deyişle, bireysel konularla karşılaşıldığında, ortak fiili veya hukuki sorunlar önemsiz ise, grup davası açmak mümkün olmayacaktır<sup>102</sup>. Avustralya’da grup davasının açılabilmesi için aşağıdaki asgari üç şartın bulunması aranmaktadır:

- 1- En az yedi kişinin aynı kişiye karşı talepleri bulunmalı,
- 2- Bu kişilerin iddiaları, aynı, benzer veya ilgili oldukları vakıtalardan doğmuş olmalı

---

<sup>99</sup> *Representative action.*

<sup>100</sup> Buna karşılık, Güney Avustralya’da grup davalarının tazminat davası şeklinde açılabilmesine izin verilmektedir (Bkz. **Clark/ Harris**, s. 293, dn. 18).

<sup>101</sup> **Cooper, Edward H.**, Class Actions Advice in the Form of Questions, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, No. 2, Spring Summer, 2001, s. 231; **Morabito, Vince**, An Australian Perspective on Class Action Settlements, *The Modern Law Review*, 69 (3), 2006, s. 349; **Clark/ Harris**, s. 297. Buna karşılık, Avustralya Hukukunda, grup davası başlatıldığında, mahkeme belli durumlarda, gerek davalının talebi, gerekse re’sen davaya grup davası olarak devam edilemeyeceği kararı verme yetkisine sahiptir. Aynı şekilde, mahkemeler grup davası usulünün, üyelerin talepleri ile ilgili olarak etkin bir araç olmaması halinde, davanın durdurulmasına da karar verebilir. Mahkemelerin davayı sona erdirmek veya durdurmak konusunda böyle geniş yetkilerinin bulunması, Avustralya’da grup davası (temsili dava) usulünde mahkemece onay aşamasının bulunmamasının sakıncalarını ortadan kaldırması bakımından önemli bir işlev yerine getirir. Bir başka deyişle mahkemelerin bu geniş yetkisi, ABD usulü grup davalarındaki onayın yerine görülmüştür (Bkz. **Clark/ Harris**, s. 303).

<sup>102</sup> **Clark/ Harris**, s. 297.

3- Bu kişilerin iddiaları, en azından önemli ortak hukuki veya fiili sorundan kaynaklanmalıdır<sup>103</sup>.

Avustralya'da son yıllarda grup davalarının sayısında da önemli derecede artış olmuştur. Bu artışta, bu ülkenin grup davalarının açılmasına çok elverişli bir yer olması ve kişi başına düşen avukat sayısının oldukça yüksek durumda bulunması gösterilmektedir. Özellikle Avustralya'da ürün sorumluluğuna ve tüketici sorunlarına ilişkin iddialar yaygındır. Grup davalarına, tıp alanında kalp hastalarına takılan geçici pilleri, sigara, uçak yakıtı ve çeşitli gıda maddeleri dâhil birçok uyuşmazlık konu olabilmektedir<sup>104</sup>.

## 2- MEDENİ HUKUK (CIVIL LAW) SİSTEMLERİNDE GRUP DAVALARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

### a) Genel Olarak

Medeni Hukuk (*civil law*) usul sistemleri Kıta Avrupası'nda ortaya çıkmış ve Roma Hukuku ve Justinian Kanunu ile kilise hukukundan türemiştir<sup>105</sup>. Daha önce de belirtildiği gibi, Medeni Hukuk sistemlerinin, 1804 tarihli Fransız Medeni Usul Kanunu'nun etkisinin bulunduğu bölgelerdeki hukuk toplulukları ile 18 ve 19. yüzyıldaki Alman akademik düşüncesini kapsadığı belirtilebilir. Medeni Hukuk sistemleri, Fransa, Almanya, İtalya, İspanya ve hemen hemen tüm Avrupa ülkeleri, ayrıca, hukuk sistemleri Avrupa modelinden türeyen Latin Amerika, Japonya ve Çin'den oluşmaktadır. Bu nedenle Medeni Hukuk sistemleri için, esasen Kıta Avrupası hukuk sistemi ifadesini kullanmak kanımızca doğru değildir. Zira Medeni Hukuk sistemleri sadece Kıta Avrupası hukuk sisteminden ibaret değildir. Ancak doğal olarak, Civil law sistemleri ile ilgili anlatılanlar Kıta Avrupası hukuk sistemi için de geçerlidir.

Ancak burada şu hususu hemen belirtelim ki, medeni hukuk sistemlerinin grup davası usulüne uygun olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Fakat genel düşünce, Medeni Hukuk sistemlerine yabancı olan bu

<sup>103</sup> Bu şartlar ile ilgili olarak bkz. **Cooper**- Class Actions Advice, s. 216; **Honorable Justice Charles**, Class Action in Australia, Supreme Court Victoria, 1 August 2004, s. 12; **Morabito**- Austrarilan Perspective, s. 349; **Clark/ Harris**, s. 298.

<sup>104</sup> **Clark/ Harris**, s. 289- 290; **Honorable Justice Charles**, s. 12.

<sup>105</sup> Roma hukuku ile Roma İmparatorluğu'nun hukuku, kilise hukuku ile ise Roma Katolik kilisesi hukuku anlaşılmalıdır (**Hazard/ Taruffo/ Stürner/ Gidi**, s. 773).

yöntemin aynen nakledilmesine karşı bir reaksiyonun bulunduğu yönündedir<sup>106</sup>.

#### b) Alman Hukukunda

Alman Hukukunda, ABD usulü grup davaları (*class action*) değil, topluluk (birlik) davası<sup>107</sup> denilen davalar söz konusudur. Alman hukukunda Anglo-Amerikan grup davalarının kabul edilmeyişi, özellikle kitlelere yönelik haksız fiillerle<sup>108</sup> ilgili olarak, grup davası usulüne sahip olmadan da<sup>109</sup> bu tür sorunların çözülebileceğinin düşünülmüş olmasıyla açıklanmaktadır<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Bkz. **Coco**, s. 3. Avrupa ülkelerinin ABD tarzı grup davalarına (*class actions*) pek sıcak bakmadığı, zira bu tür davalara ihtiyaç bulunmadığı da belirtilmektedir (**Hodges, Christopher**, Multi- Party Actions: A European Approach, Duke Journal of Comp & Int. 'L, Vol. 11, 2001, s. 343). Buna karşılık, bazı yazarlar, ABD tarzı grup davalarının kabul edilmesine karşı isteksizliğin temelinde, bilgisizliğin bulunduğunu belirtmektedirler (**Taruffo**, s. 405; benzer şekilde bkz. **Gidi**- Classs Actions, s. 322, dn. 16).

<sup>107</sup> Türk hukuk doktrininde Almanca “*Verbandsklage*”; İngilizce *Public-interest organization's action* veya *association suits* diye ifade edilen bu dava, bazı yazarlarca *dernek davası* (bkz. **Deren Yıldırım, Nevhis**, Kollektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu? II, YD. 1997/ 2, s. 308 vd); bazı yazarlarca ise *birlik davası* olarak Türkçeye çevrilmiştir (bkz. **Atalı, Murat**, Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre’de ve Türkiye’de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarıları, Temel Yapıdaki Benzerlikler ve Farklılıklar, HPD, S. 08, Eylül 2006, s. 112). Bazı yazarlar ise, İsviçre Federal Muhakemeleri Kanun Tasarısında da düzenlenen bu davayla ilgili olarak Almanca *Verbandsklage* terimini belirtmekle yetinmektedir (Bkz. **Alangoya, Yavuz**, İsviçre’de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru, Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan, Ankara 2006, s. 91). Ancak bu bildiride HMK’deki terim olan topluluk davası deyimi tercih edilmiştir.

<sup>108</sup> Kitlelere yönelik haksız fiiller (*mass torts*) terimi, genellikle, zarar verdiği iddia edilen bir madde veya ürün nedeniyle, binlerce kişi tarafından ileri sürülen taleplere ilişkin davaları ifade etmektedir. Bu davaların en önemli özelliği, davaların talep sonucu aynı olan çok sayıda dava açılmasına yol açan bir ürünün üretimi ve imalatıyla ilgili benzer maddi olayları (dava sebeplerini) içermesidir (Bkz. **Özbek**- ADR, s. 374, dn. 304). Kitlelere yönelik haksız fiiller grup davalarının en hızlı gelişen ve en çok tartışılan kategorisini teşkil eder (**Alexander**, s. 3). Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Fisch, William**, European Analogues to the Class Action: Group Action in France and Germany, The American Journal of Comparative Law, Vol. 27, No. 1, Winter 1979, s. 71 vd.; **Newberg/ Conte**, § 17- 1 vd.

<sup>109</sup> Grup davası dışındaki bu yollar için bkz. **Fisch**, s. 71 vd.; **Walter**, s. 374 vd.

<sup>110</sup> **Walter**, s. 369. Hatta doktrinde Alman hukukundaki bu davaları ifade etmek üzere “sınıfsız grup davası” (non- class group litigation) terimi kullanılmaktadır (Bkz. **Koch**, s. 355 vd). Grup davasıyla ilgili bazı eserlerde, ABD usulü grup davalarıyla Avrupa’da yaygın olan ve topluluk (birlik) davalarını da içine alan davaları ayırmak için farklı iki terim kullanılmaktadır. ABD usulü grup davaları için “*class action*”, Avrupa usulü grup

Alman hukukunda özellikle tüketicinin korunmasını temin etmeye yönelik kollektif himaye yöntemlerinden birisi olarak kabul edilen topluluk (birlik) davası, 1976 tarihli Genel İşlem Şartları Hakkındaki Kanun ve 1990 tarihli Rekabeti Kısıtlayıcı Faaliyetler Hakkındaki Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Alman Hukukunda topluluk (birlik) davasının hukuki niteliğine ilişkin olarak çok farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere girmek çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır<sup>111</sup>. Ancak Alman Hukukundaki topluluk (birlik) davasında uygulanacak usuli esaslar bakımından şu noktalar üzerinde durmak yararlı olacaktır:

Öncelikle topluluk (birlik) davalarında, Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde kesin hükmün davada yer almayan üçüncü kişilere sirayet etmeyeceği kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, bu davalarda kesin hüküm sadece tarafları etkiler. Bu durum, Anglo-Amerikan Hukukundaki grup davalarında farklıdır. Çünkü Anglo-Amerikan Hukukundaki grup davalarında, grup davaları sonucunda verilen kesin hüküm, davaya katılıp katılmadığına bakılmaksızın, tüm grup üyelerini leh ve aleyhlerinde etkilemekte, yani kesin hükmün üçüncü kişilere çok taraflı sirayeti söz konusu olmaktadır<sup>112</sup>. Ayrıca topluluk davasının tazminat şeklinde açılması konusunda Alman hukuk doktrini çekingen olmasına karşılık, bunun mümkün olması gerektiğini belirten yazarlar da vardır<sup>113</sup>.

Bu çerçevede Almanya'da gelecekte, temel hukuki uyumsuzluklarda kollektif usullerin geniş ölçüde kullanılacağına görüleceği ifade edilmektedir. Bunun nedeni ise, Almanya'da 1 Kasım 2005 tarihli Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Model Yargılama Kanunu'nun<sup>114</sup> kabul

---

davaları için ise “*group action*” terimi kullanılmaktadır. Bkz. **Fisch**, s. 51; **Deutch, Sinai**, Consumer Class Actions: Are They a Solution for Enforcing Consumer Rights? The Israeli Model, Journal of Consumer Policy. Dordrecht: Jun 2004. Vol. 27, Iss. 2, s. 179 vd. Ayrıca Almanya'da grup davasına ilişkin öneriler, sosyalizmi savunma olarak görülmüş ve bu yüzden eleştirilmiştir. Oysa, sosyalist ülkelerde grup davalarının bulunmaması, bu iddianın isabetli olmadığını göstermesi bakımından önemlidir. Konu ile ilgili olarak bkz. **Gidi**- Class Actions, s. 325.

<sup>111</sup> Bu görüşleri şu şekilde sıralamak mümkündür: a) Birliğin kendi hakkını ileri sürdüğüne ilişkin görüş, b) Birliğin kanuni dava yetkisi olduğu görüşü, c) Birlik davasının halk davası olduğu görüşü, d) Birlik davasının özel hukuka ilişkin kontrol yetkisi olduğu görüşü, e) Birlik davasında derneğin bağımsız dava takip yetkisinin bulunduğu görüşü'dür (Bkz. **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- II, s. 309- 314).

<sup>112</sup> Bkz. **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- II, s. 315- 317.

<sup>113</sup> Tartışmalar için bkz. **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- II, s. 320 vd.

<sup>114</sup> *Kapitalanleger- Musterverfahrensgesetz; Act on Model Proceedings in Capital Market Disputes.*

edilmesidir. Gerçekten bu Kanun, Almanya’da sermaye piyasası uyumsuzluklarına ilişkin yeni kollektif dava usullerini göstermesi bakımından önemli bir düzenleme olarak kabul edilmektedir<sup>115</sup>.

### c) İsviçre Hukukunda

İsviçre, ABD usulü grup davalarına sahip olmayan ülkelerden birisidir<sup>116</sup>. Buna karşılık, İsviçre Hukukunda Alman Hukukuna benzer şekilde, özellikle kitlelere yönelik haksız fiiller bakımından grup davası dışında bazı usuli araçlar geliştirilmiştir. Bu çerçevede, İsviçre’de kitlelere yönelik haksız fiillerine karşı, iki yol öngörülmüştür. *Bunlardan birincisi*, ABD’de grup davalarıyla ileri sürülebilecek taleplerin, hükümet kuruluşları tarafından talep edilebilmesi ve dava konusu yapılabilmesidir. Örneğin İsviçre’de cinsiyet ayrımı ile ilgili konularda Erkek ve Kadınlara Eşit Muameleye İlişkin Federal Ofis<sup>117</sup>, rekabet ihlalleriyle ilgili konularda ise Federal Kartel Komisyonu<sup>118</sup> kitleler adına dava açmaya yetkilidir. *İkinci olarak*, kitlelere yönelik haksız fiiller konusunda deneme davaları, fonlara yönelik çözümler<sup>119</sup> ve birlik davaları ile çeşitli çok taraflı çözümlerdir<sup>120</sup>. Böylece İsviçre’de ABD tarzı grup davalarına karşı bir isteksizliğin olduğu söylenebilir<sup>121</sup>. Ancak İsviçre’de 1.1.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere federal düzeyde Medenî Usûl Kanunu<sup>122</sup> yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanunun 89. maddesi topluluk davasını düzenlemiştir.

<sup>115</sup> von Mehren, Arthur T./ Murray, Peter L., Law in The United States, Cambridge University Press, 2007, s. 186; ayrıca bkz. **Casualty Specialty Update**, September 2006, s. 4.

<sup>116</sup> Baumgartner, Samuel P., Class Actions and Group Litigation in Switzerland, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 27, Winter 2007, s. 303; Walter, s. 369.

<sup>117</sup> Federal Office for the Equal Treatment of Men and Women.

<sup>118</sup> Federal Cartel Commission.

<sup>119</sup> Funds solutions.

<sup>120</sup> Bu usuli araçlar hakkında geniş bilgi için bkz. Walter, s. 374- 378; Baumgartner, s. 308 vd.

<sup>121</sup> Söz konusu bu isteksizliğin nedenleri hakkında bkz. Baumgartner, s. 310 vd.

<sup>122</sup> İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu’nun hazırlık çalışmalarına ilişkin olarak bkz. Alangoya, Yavuz, “İsviçre’de Yeni Federal Medenî Usûl Kanununa Doğru” (Özer Selçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 83-102), s. 83 vd.; Atalı, Murat, “İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler” (MİH-DER 2006/III, s. 607-631), s. 607 vd.

Bu hükme göre; “Statüleri gereğince belirli kişi gruplarının menfaatlerini korumaya yetkili olan, tüm İsviçre ya da İsviçre’nin belli bölgesi çapında faaliyet gösteren dernekler ve diğer kuruluşlar bu kişi gruplarının üyelerinin kişilik haklarının ihlâli durumunda kendi adlarına dava açabilirler. Topluluk davası ile şunlar talep edilebilir: a. Gelecekteki ihlâl tehli-kesinin önlenmesi; b. Mevcut bir ihlâlin ortadan kaldırılması; c. Eğer bir ihlâlin etkisi hala devam etmekte ise bu ihlâlin tespiti. Topluluk davasına ilişkin özel hükümler saklıdır”.

Bu hüküm, HMK’daki düzenleme (m. 113) kabul edilirken yeni İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu (İFMUK) m. 89’da düzenlenmiş bulunan topluluk davasına ilişkin düzenlemeden de yararlanıldığını göstermektedir<sup>123</sup>.

İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu m. 89 uyarınca bir topluluk davası açılabilmesi için bir kişi grubunun üyelerinin kişilik haklarının ihlâl edilmiş olması şarttır. Burada akla öncelikle İsviçre Medenî Kanunu m. 28 ve devamında korunan değerlerin ihlâli gelmektedir. Bu kapsamda, kişisel özgürlük ve onur ile kişilerin sahip olduğu fiziki ve psikolojik bütünlük, özel yaşamın korunması ve ekonomik gelişme ile kişilik haklarının korunmasını somut biçimde hükme bağlayan özel düzenlemeler de buraya dâhildir. Örneğin, İsviçre Borçlar Kanunu m. 328 yahut Bilgilerin Korunması Kanunu m. 15 gibi. Buradan hareketle, bir ırkın, dini bir cemaatin ya da politik bir grubun şeref ve haysiyetine leke sürülmesinde ya da pek çok kişinin şahsi bilgilerinin araştırılıp temin edilmesi hallerinde topluluk davası açılabilir. Ancak, İsviçre Hukukunda topluluk davası açılabilmesi için menfaati ihlâl edilen grubun kaç kişiden oluşması gerektiği konusunda herhangi bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, kanunlaşma sürecinde yapılan tartışmalardan hareketle kanun koyucunun topluluk davası açılabilmesi için grubun tüm üyelerinin kişilik haklarının ihlâl edilmiş olmasını aradığı sonucuna varılabilir. Fakat her somut olayda grubun nasıl tanımlandığı, özellikle grubun üyelerinin hangi özellikleri itibarıyla üçüncü kişilerden ayrıldığı incelenmelidir<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Bkz. **Akil, Cenk**, Yeni İsviçre Federal Usul Yasası’nda Yer Alan Topluluk Davası (m. 89) Üzerine Kısa Bir Not, TBB Dergisi, 2011/ 95, s. 164.

<sup>124</sup> Bkz. **Akil**, s. 167- 168. Grup üyelerinden birinin sahip olduğu bireysel özellik nedeniyle kişilik hakları ihlâl edilmişse, örneğin, bir meslek grubu üyesinin mesleki onuruna tecavüz edilmişse topluluk davası açılamaz. Şayet pek çok kişiye yönelik bir ihlâl, aynı zamanda bu kişilerin oluşturduğu bir grubu kapsamıyorsa bu durumda topluluk davası yerine ihtiyari dava arkadaşlığı (İFMUK m. 71) gündeme gelecektir. Bkz. **Akil**, s. 168.



Topluluk davasını ancak belli bir temsil yetkisini haiz dernek ya da kuruluş açabilir. Nitekim İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu m. 89'da davacının tüm İsviçre ya da belli bir bölge çapında öneme sahip olması aranmıştır. Bundan dolayı sadece belli bir bölgeyi ilgilendiren yani yöresel nitelikteki talepler topluluk davası yoluyla ileri sürülemeyecektir. Bunun dışında dava açan kuruluşun kendi statüsüne göre ilgili grup üyelerinin menfaatlerini koruma konusunda yetkili de olması gerekir. Söz konusu menfaatler ekonomik ya da ideal olabilir<sup>125</sup>.

İsviçre'de vakıf gibi hiçbir üyeye sahip olmayan kuruluşlar da dava açmaya yetkilidir. Zira topluluk davası yoluyla muhtemel üyenin korunması değil, aksine "belli kişi grupları"nın menfaatlerinin korunması amaçlanır. Topluluk davası bakımından "ilgili" sayılacak kişilerin ise dava açan kuruluşun üyeleri olması gerekmemektedir. Dava açan kuruluş yasanın aradığı şartları taşııyorsa açmış olduğu dava aktif husumet ehliyetinin bulunmaması nedeniyle reddedilecektir. Topluluk davası yoluyla kişilik hakları ihlâlinin men edilmesi, yapılan ihlâlin ortadan kaldırılması yahut bu ihlâlin tespiti istenir. Diğer deyişle, topluluk davası yoluyla sadece menfi mahiyetteki talepler ileri sürülebilir. Topluluk davası yoluyla bir grubun tamamının kolektif talepleri onları temsil eden kuruluş tarafından ilgililerin bireysel menfaatleri ihlâl edilmeksizin dava konusu edilebilir. Buna karşılık topluluk davası yoluyla tazminat istenemez. Tazminat talebi bireysel olarak ileri sürülebilir. Şüphesiz topluluk "kendi" menfaatini korurken herhangi bir sınırlandırmaya tâbi değildir<sup>126</sup>.

#### d) Fransız Hukukunda

Fransa'da şu an itibariyle grup davası (*class action*) mekanizması yoktur. Bu nedenle, davacı bir grup arasında benzer hukuki veya fiili sorunların bulunması halinde, belli grup davalıya karşı her bir davacının davalı/ davalılara karşı olan iddialarını bizzat kendilerinin ileri sürmeleri gerekecektir<sup>127</sup>. Ancak, Fransa'da ABD usulü grup davaları bulunmamakla

---

<sup>125</sup> Akil, s. 168.

<sup>126</sup> Akil, s. 169.

<sup>127</sup> Rosener, James D., U.S.- Style Class Actions for France?, The Journal of Corporate Accounting & Finance, September/ October 2006, s. 25. Fransa'da 2005 yılında dönemin Devlet Başkanı Jacques Chirac tarafından yapılan bir konuşmada, grup davalarının, belli pazarlardaki haksız uygulamalara karşı tüketicinin korunması amacıyla Fransız Hukuku'na alınmasının gerektiğine ilişkin ifadelere yer verilmiştir. Dönemin başkanının bu konuşması üzerine bir komisyon kurulmuş ve bu durum, Fransa'da grup davası usulünün kabulüyle ilgili olarak Aralık 2005'de bir rapor hazırlanması sürecini

birlikte, bu davaya yakın olan ve özellikle tüketici hukukunda göze çarpan temsili dava<sup>128</sup> diye bilinen davalar söz konusudur<sup>129</sup>. Ayrıca, sendikaların, barolar gibi meslek birliklerinin, mesleğe ilişkin kollektif menfaatleri korumak için dava yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Ancak derneklerin, kural olarak dava açamayacakları bilinmekle birlikte, istisnai bazı hallerde derneklere, bazı kollektif menfaatlerin korunması için grup davası açma imkânı açıkça tanınmıştır. Derneğin temsil ettiği topluluğun kollektif menfaatlerini korumak için açacağı bu grup davasının kabule şayan olması için iki şart aranır. Bunlardan ilki, derneğin ancak statüsü çerçevesinde ve amacı ile ilgili konuda dava açılması; ikincisi ise, kamusal zarardan ayrı, kişisel bir zararın var olması zorunluluğudur<sup>130</sup>.

#### e) İtalyan Hukukunda

İtalya, medeni usul hukuku bakımından son yıllarda en fazla reformlar yapılan ülkelerden birisidir<sup>131</sup>. İtalya’da grup davalarına ilişkin gelişmelere bakıldığında, 21 Aralık 2007 yılına kadar olan durum şu şekildeydi: İtalyan Medeni Usul Kanunu’nun 100. maddesi dava açılabilmesi için gerekli olan hukuki ehliyeti düzenlemekteydi. Söz konusu hükümde “*Bir dava açmak veya devam eden bir davada savunma yapabilmek için tarafların hukuki menfaati bulunmalıdır*” şeklinde ifadeler yer verilmişti. Bu yararın doğrudan, meşru ve güncel olması, hâkim müdahale etmediği takdirde davacının zarara uğrama tehlikesinin bulunması gerekmektedir. Bir davada

---

beraberinde getirmiştir. Nisan 2006’da Fransız Milli Meclisi (French National Assembly), bu raporu takip etmiş, ayrıca geçmişte ABD’de grup davası usullerinin kötüye kullanıldığının vurgulanması nedeniyle tartışma daha da alevlenmiştir. Konu ile ilgili gelişmeler için bkz. **Rosener**, s. 25.

<sup>128</sup> *Representative action; Action en representative conjointe.*

<sup>129</sup> Bkz. Fransız Tüketici Kanunu (*French Consumer Code*) m. 422- 1. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Frank, Jérôme**, Collective Enforcement of Consumer Rights: The French Perspective, Kollektive Rechtsdurchsetzung- Chancen und Risiken, Internationales Symposium Bamberg, 20. bis 21. Februar 2006, s. 154.

<sup>130</sup> **Hanağası**, s. 225- 226.

<sup>131</sup> İtalya’da yapılan medeni usul hukuku reformlarına ilişkin açıklamalar için bkz. **Pekcanitez, Hakan**, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, Nisan 2000, s. 54- 58; **Chase, Oscar G.**, Civil Litigation Delay in Italy and United States, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 36, No. 1, Winter 1988, s. 41- 87; **Varano, Vincenzo**, Civil Procedure Reform in Italy, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 4 Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context (Autumn 1997), s. 657- 674.

ancak hukuki yararı bulunan kişi davacı veya davalı sıfatıyla yer alacağına göre, İtalyan usul hukuku sisteminde grup davalarının caiz olmadığı sonucuna varılıyordu<sup>132</sup>. İtalya’da grup davalarıyla ilgili olarak ilk tartışma, ABD tarzı grup davalarıyla ilgili araştırma yapan yazarlarca 1970’li yıllarda başlamıştır<sup>133</sup>. 2004’lü yıllarda, İtalyan Parlamentosu, özellikle tüketicinin korunması alanında grup davalarını düzenlemeyi düşündü. Bu tarihe kadar teknik olarak grup davası benzeri bir düzenleme yoktu. Bununla birlikte, doktrinde temsili dava<sup>134</sup> diye isimlendirilen davaların, İtalyan medeni usul hukuku kurallarıyla çelişmediği ileri sürülüyordu<sup>135</sup>. 2006 yılından sonra, parlamento bazı tasarılar getirilmiş, 26 Haziran 2006 tarihli Tasarı’da bu konularda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir<sup>136</sup>. Buna karşılık söz konusu tasarılar da yer alan düzenlemeler, ABD tarzı grup davalarından farklıdır<sup>137</sup>. Hatta İtalya’daki bu tür davalar hakkında, “İtalyan tarzı grup davaları” terimi kullanılmaktadır<sup>138</sup>. Ayrıca İtalya’da 1998 yılında yeni Tüketici Kanunu kabul edilmiş, bu kanun, grup haklarının sınırlı da olsa korunmasını kabul etmişti<sup>139</sup>. Bu kanunda 29 Eylül 2005 tarihinde önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>140</sup>.

Buna karşılık, 21 Aralık 2007 tarihinde İtalyan Parlamentosu, önemli bir değişiklik yaparak, İtalyan mahkemelerinde uygulama alanını genişleten bir kanunu kabul etmiştir. Söz konusu kanun, İtalyan Tüketici Kanunu’nun 140. maddesine temsili davayla ilgili hükmü düzenlemiş ve 1 Temmuz 2009 yılında yürürlüğe gireceği öngörülmüştür<sup>141</sup>. İtalya’daki bu davalar, sözleşmenin ihlali, haksız fiil ve haksız rekabet alanlarında uygulanmaktadır.

---

<sup>132</sup> **Özbek-** Gelişmeler, s. 128.

<sup>133</sup> Geniş bilgi için bkz. **Coco**, s. 19 vd.

<sup>134</sup> *Representative actions; azioni rappresentative*.

<sup>135</sup> Bkz. **Class Actions** ([http://en.wikipedia.org/wiki/Class\\_action#Austria](http://en.wikipedia.org/wiki/Class_action#Austria); ET. 30. 5. 2009).

<sup>136</sup> Geniş bilgi için bkz. **Coco**, s. 19 vd.

<sup>137</sup> **Coco**, s. 13.

<sup>138</sup> Bkz. **Pagni, Cristina**, Italy: Class of its Own, <http://www.legalweek.com/Articles/1139203/Italy+Class+of+its+own.html> (E.T. 2. 9. 2009).

<sup>139</sup> **Gidi-** Class Actions, s. 325, dn. 25.

<sup>140</sup> Bkz. **Coco**, s. 13 vd.

<sup>141</sup> Bkz. **Pagni**, <http://www.legalweek.com/Articles/1139203/Italy+Class+of+its+own.html> (E.T. 2. 9. 2009); aynı şekilde bkz. [http://www.shb.com/fileUploads/caaalert-1-8-08\\_2081.pdf](http://www.shb.com/fileUploads/caaalert-1-8-08_2081.pdf) (E.T. 29. 01. 2008).

Davanın iki aşamasından söz edilmektedir. Bunlardan ilki, mahkeme tarafından temsili davanın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi, ikincisi ise tazminat miktarının belirlenmesidir<sup>142</sup>.

#### f) İsveç Hukukunda

İsveç'te Medeni Usul Kanunu<sup>143</sup> 1948'de yürürlüğe girmiş, fakat daha sonra, özellikle kitlelerin ortak sorunlarda kendi haklarını himaye edebilmeleri ve adalete ulaşabilmeleri için grup davalarına ilişkin düzenlemelerin kaçınılmaz olduğu sonucuna varılmıştır<sup>144</sup>.

İsveç'te grup davası fikri ilk defa 1994'de ortaya atılmıştır. 1995 yılında grup davalarına ilişkin olarak bir komisyon kurulmuş, özellikle tüketicinin ve çevrenin korunması, cinsiyet ayrımcılığı gibi alanlarda komisyon çalışmalar yapmış ve grup davalarının<sup>145</sup> alt yapısı oluşturulmaya çalışılmıştır<sup>146</sup>. Daha sonra 2001'de grup davası uygulamaları söz konusu olmuştur<sup>147</sup>. 2001'li yıllar İsveç'te grup davalarıyla ilgili reformlara hız verildiği dönemdir<sup>148</sup>. Sonraki yıllarda ise İsveç'te 2002 tarihli Grup Yargılama Usulleri Kanunu<sup>149</sup> kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir<sup>150</sup>.

İsveç Hukukunda grup davası açılabilmesi için özel bir prosedür söz konusu değildir. Normal olarak bir davanın görülmesi sırasında, bir talep ileri sürecek kişi, diğer kişilerin aynı veya benzer taleplerini öğrenebilir. Bu durumda davacıya, açılan davanın grup davası olarak genişletilmesi

---

<sup>142</sup> Bkz. **Pagni**, <http://www.legalweek.com/Articles/1139203/Italy+Class+of+its+own.html> (E.T. 2. 9. 2009).

<sup>143</sup> *Swedish Code of Judicial Procedure*.

<sup>144</sup> **Nordh**, s. 381- 382; ayrıca bkz. **Lindblom, Per-Henrik**, Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, 1997, s. 816. İsveç'teki bu yasal süreç için ayrıca bkz. **Nordh**, s. 382 vd.

<sup>145</sup> İsveç'teki bu grup davaları İngilizce terimle *group action* olarak adlandırılmaktadır (**Lindblom**, s. 816).

<sup>146</sup> **Lindblom**, s. 816.

<sup>147</sup> **Deutch**, s. 179.

<sup>148</sup> **Taruffo**, s. 412; **Nordh**, s. 385.

<sup>149</sup> *Group Proceedings Act 2002*.

<sup>150</sup> **Nordh**, s. 381 vd.

konusunda fırsat verilmesi dahi ileri sürülmektedir<sup>151</sup>. İsveç Hukukunda grup davasının şartlarına gelince; ilk olarak, grubun tüm üyelerinin taleplerinde ortak ya da benzer fiili veya hukuki sorunların bulunması şarttır. İkinci olarak, grup davasının en iyi alternatif usuli araç olması gerekir. Üçüncü olarak, grup davasının başlaması mahkemenin davanın etkin ve anlamlı olduğuna karar vermesi ile mümkündür. Dördüncü şart, grup temsilcisinin grubu yeterince temsil edeceği konusunda uygun bir kişi olduğuna kanaat getirilmesidir. Bu çerçevede grup temsilcisinin grubun menfaatlerini yeterince koruma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük çerçevesinde grup temsilcisi, üyelere haklarına ilişkin bilgi vermek zorundadır. Grup üyelerinin korunması için ayrıca yargılamanın avukatla yürütülmesi öngörülmüştür<sup>152</sup>.

#### g) Brezilya Hukukunda

Brezilya Hukuku genel anlamda *Medeni Hukuk* (özelde Kıta Avrupası) geleneğinin özelliklerine sahiptir<sup>153</sup>. Brezilya'da ilk Medeni Usul Kanunu 1939 yılında kabul edilmiş ve bu kanun hâkime daha aktif bir rol vermiştir. 1973'lerde ise hem federal hem de eyaletler düzeyinde uygulanmak üzere, yeni bir usul kanunu<sup>154</sup> kabul edilmiştir<sup>155</sup>. Önceleri Brezilya Medeni Usul Kanunu'nda grup davalarına ilişkin bir düzenleme yoktu. Bu durum Brezilya usul hukukunun önemli bir eksikliği olarak düşünülüyordu. Bu nedenle reform çalışmaları çerçevesinde 1985 yılında, çevresel ve kültürel menfaatlerin yanı sıra tüketici gruplarının korunmasına yönelik grup davalarına izin verilmiştir. 1985 yılındaki bu düzenleme<sup>156</sup>, özellikle sadece üç tür hakka zarar verilmesi halinde grup davalarını mümkün kılmaktaydı. Bunlar; çevre ve tüketicinin yanı sıra artistik, estetik ve tarihi değerlerin

---

<sup>151</sup> Nordh, s. 396.

<sup>152</sup> Bkz. Nordh, s. 398- 399.

<sup>153</sup> Gidi- Class Actions, s. 318, dn. 7.

<sup>154</sup> *The Brazilian Code of Civil Procedure of 1973*.

<sup>155</sup> Rosenn, Keith S., Civil Procedure in Brazil, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 34, No. 3, Summer 1986, s. 487- 488.

<sup>156</sup> 1985 yılında çıkarılan kanunun adı, Kamu Hukuk Davası Kanunu (*Public Civil Action Act*)'dur. Bu Kanun, grubun uğradığı zararların tazminine değil, sadece tespit ve kaçınmaya yönelik olduğu için, grup üyeleri bireysel zararlarını ancak bireysel dava açarak giderebileceklerdir (Gidi- Class Actions, s. 327).

korunmasına yöneliktir. Bu tür grup davaları Amerikan Hukuku'ndan alınmış ve Brezilya usul hukukunda önemli yenilik olarak görülmüştür<sup>157</sup>.

Brezilya'da grup davalarına ilişkin düzenleme, Medeni Hukuk sistemi geleneğini benimsemekle birlikte, mahalli kültür ve ihtiyaçları da yansıtmaktadır. Bu düzenlemede özellikle grup haklarının türleri, kesin hüküm ve diğer önemli konularda önemli düzenlemeler yer almaktadır. Brezilya deneyimi, *Ortak Hukuk* sistemlerindeki (Kıta Avrupası gibi) grup davası sisteminin kullanılabilmesini, ancak Amerikan Hukukundan aynen değil kendi sistemlerine uygun hale getirerek, bunun mümkün olacağını göstermesi bakımından dikkat çekicidir<sup>158</sup>.

1989 ve 1990 yıllarında Brezilya'da özürli insanların, hisse senedi piyasasındaki yatırımcıların ve çocukların (grup) haklarının hukuki korunmalarını temin eden çeşitli kanunlar kabul edilmiştir. Bunlardan en önemlisi Tüketici Kanunu<sup>159</sup> olup, bu kanunda grup davalarına yönelik ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler özellikle arzu edilmeyen yasadışı faaliyetler üzerinde caydırıcı bir etki sağlamış, böylece grup davaları Brezilya'da olumlu bir gelişim göstermiştir. Bu çerçevede grup davaları, bankalara, özel okullara karşı açılmış, özellikle kitlelere karşı yapılmış haksız fiillerin önüne geçmek, aldatıcı reklâmlar, çevresel zararlar, ürün hataları, tüketicilerin yetersiz bilgilendirilmesi ve sözleşmelere konulan aldatıcı şartların konulması karşısında bireyleri koruyucu bir işlev yerine getirmiştir<sup>160</sup>.

Brezilya'nın grup davalarına ilişkin olarak tecrübeli bir sistem geliştiren tek Medeni Hukuk sistemi olduğunu ve doğrudan veya dolaylı olarak birçok hukuk sistemini etkilediğini burada belirtmek gerekir<sup>161</sup>.

#### **h) Japon Hukukunda**

Japonya'da ilk Medeni Usul Kanunu 1877 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) çevirisinden oluşan 1890 tarihli Kanun'dur. Ancak bu

<sup>157</sup> **Rosenn**, s. 522; **Gidi- Class Actions**, s. 326- 327. Brezilya'da kanun koyucunun grup davalarına ilişkin düzenlemeyi yapmasında toplumun özel ihtiyaçlarının rol oynadığı belirtilmektedir (**Gidi- Class Actions**, s. 315).

<sup>158</sup> Bkz. **Gidi- Class Actions**, s. 314- 315.

<sup>159</sup> *Consumer Code*.

<sup>160</sup> **Gidi- Class Actions**, s. 327, 332. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gidi- Class Actions**, s. 328 vd.

<sup>161</sup> **Gidi- Class Actions**, s. 313. Örneğin, Peru, Portekiz ve Uruguay'ın Brezilya Hukukundan etkilendiği söylenmektedir (Bkz. **Gidi- Class Actions**, s. 313, dn. 1).

Kanun 1926 tarihinde büyük ölçüde değişikliğe uğramış, yıllar sonra 1996 yılında yeniden gözden geçirilmiş ve yeni Japon Medeni Usul Kanunu<sup>162</sup> 1 Ocak 1998'de yürürlüğe girmiştir<sup>163</sup> <sup>164</sup>. Japonya'nın yargı sistemi ve usul hukuku, diğer *Medeni Hukuk* sistemine sahip ülkelere çok benzemektedir. Bu benzerlik, Japonya'nın yargı sistemini başta Almanya ve Fransa olmak üzere, Avrupa ülkelerinden alma yönündeki kararlığından kaynaklanmaktadır<sup>165</sup>. Bununla birlikte Japon hukuk sisteminde hem Ortak Hukuk hem de Medeni Hukuk sistemlerinin etkisinin bulunduğu da belirtilmektedir<sup>166</sup>.

Japon Medeni Usul Hukukunda, Anglo-Amerikan Hukuku anlamında grup davalarına (*class actions*) yer verilmemiştir. Kural olarak Japonya'da zarar gören her bireyin ayrı ayrı talepte bulunması şarttır. Bununla birlikte Japon Hukukunda yeni Medeni Usul Kanunu'nun 30. maddesinde "temsili dava" (*representative action*) adı verilen bir dava kabul edilmektedir<sup>167</sup>. Bu davada, birden fazla taraf davacı olarak yerini alır<sup>168</sup>. Bu davacılar küçük bir grup, davada davacı grubun tamamını temsil etmek durumundadır. Bu suretle davacı grubun tamamı için ortak olan vakıa ve konuların tek bir davada talep edilmesi mümkün olur. ABD usulü grup davalarının (*class actions*) aksine, bütün davacıların fiilen davada görünen gerçek davacılar

---

<sup>162</sup> *Japanese Code of Civil Procedure*.

<sup>163</sup> Bkz. **Pekcanitez-** Yargının Hızlandırılması, s. 61; **Taniguchi, Yasuhei**, The 1996 Code of Civil Procedure of Japan- A Procedure for the Coming Century, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Autumn 1997, s. 767; **Ota, Shozo**, Reform of Civil Procedure in Japan, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 4, Fall 2001, s. 561 vd.; **Hironaka, Akihiro**, Jurisdictional Theory "Made in Japan": Convergence of U.S. and Continental European Approaches, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 2004, s. 1319.

<sup>164</sup> Buna karşılık, **Goodman**, makalesinde, *Ota*'ya da atıf yaparak, yeni Kanunun yürürlük tarihi 1 Ocak 1998 olmasına ve atıf yaptığı yerde de 1 Ocak 1998 tarihi bulunmasına rağmen, yanlışlıkla 1 Nisan 1998 olarak belirtmektedir. Bkz ve karşı. **Goodman, Carl F.**, Japan's New Civil Procedure Code: Has It Fostered A Rule of Law Dispute Resolution Mechanism? *Brook Journal International Law*, Vol. 29, No. 2, 2004, s. 516 ve ona atfen **Ota**, s. 561.

<sup>165</sup> Bkz. **Goodman**, s. 513; **Ota**, s. 561, dn. 1. Yeni Japon Medeni Usul Kanununun İngilizce metni için bkz. <http://www.japanlaw.co.jp/procedure/civilcode.html> (E.T. 10. 06. 2007).

<sup>166</sup> **Goodman**, s. 513

<sup>167</sup> **Taniguchi**, s. 782- 783; **Goodman**, s. 589.

<sup>168</sup> **Goodman**, s. 589.

olması şart olup, davaya katılmayan benzer durumdaki diğer kişileri temsil etmeleri söz konusu değildir<sup>169</sup>.

Burada şu husus belirtilmelidir ki, Japonya’da grup davaları (daha doğru bir ifadeyle temsili davalar), tüketici sözleşmeleriyle birlikte ortaya çıkmış, bu tür davaların konusu genellikle tüketici davalarıyla sınırlandırılmıştır. Bu ise, Japon Hukuku’nun kendine has özelliklerinden birisidir<sup>170</sup>.

### i) Çin Hukukunda

Çin’de grup davaları ilk olarak 1991 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kanununda<sup>171</sup> yer almıştır. Böylece bir davacı grubunun, özellikle çevre kirliliğinden, aldatıcı reklâmlardan, sözleşme ve menkul kıymet ihlallerinden zarar görmeleri halinde, grup davalarını açabilmeleri mümkündür<sup>172</sup>. Bu anlamda Çin, ABD dışında grup davalarına izin veren hukuk sistemlerinden birisidir. *Civil law* ülkeleri genellikle grup davası sistemini reddetmekle birlikte, Çin bu anlamda güçlü bir geleneğe sahiptir. Ayrıca Çin’de uyuşmazlıklar genellikle kollektif olarak ve şekle bağlı olmaksızın çözülmektedirler<sup>173</sup>.

Çin, reformlarda giderek yabancı hukuk sistemlerinden seçici bir şekilde yararlanan bir ülkedir. Çin’in özellikle grup davaları konusunda şiddetle Amerikan deneyimini tercih ettiği görülmektedir. Zira Çin’de mahkemeler

<sup>169</sup> **Goodman**, s. 590. Japonya’da yeni Medeni Usul Kanununu kaleme alanlar, ABD usulü grup davasından haberdar olup, Japon hukukunun grup davalarına (*class actions*) müsaade etmesi gerektiğinin farkındaydılar. ABD usulü grup davalarına imkân tanıdığı fikri, yeni Kanun tarafından reddedilmiş, buna karşılık temsili dava (*representative action*), dava açıldıktan sonra tarafların davaya katılabilmelerine imkân verecek şekilde değiştirilmiştir. Davaya katılmaya ilişkin bu hüküm, yeni Kanunun, eski kanun ile ABD usulü grup davaları arasında bir yerde bulunması sonucunu doğurmuştur. Bu suretle mahkemelere daha geniş bir şekilde ulaşmaya doğru adım atılmıştır (Bkz. **Taniguchi**, s. 783; **Goodman**, s. 590).

<sup>170</sup> Bkz. **Deguchi, Masahisa**, Yürürlükte Bulunan Kanuni Düzenlemeler Çerçevesinde Japon Hukuku’nda Tüketici Grup Davaları (*Çev. Çiftçi, Pınar*), Legal MİHDER, S. 8, 2007/ 3, s. 811- 812.

<sup>171</sup> *Civil Procedure Law*.

<sup>172</sup> **Note**- Class Action Litigation in China, Harvard Law Review, Vol. III (s. 1523- 1541) 1998, s. 1523. Çin’deki medeni usul hukuku reformuna ilişkin olarak bkz. **Cohen, Jerome A.**, Reforming China’s Civil Procedure: Judging the Courts, The American Journal of Comparative Law, Vol. 45, No. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context. (Autumn, 1997), s. 793 vd.

<sup>173</sup> **Note**- Class Action Litigation in China, s. 1524.



özellikle 1980'li yıllarda giderek artan çok taraflı uyuşmazlıklarla karşı karşıya olmalarına rağmen, bu uyuşmazlıkları çözümlenecek usullerden yoksundu. Bununla birlikte, 1991 tarihli Medeni Usul Kanunundan önce de mahkemelerin çok taraflı uyuşmazlıkları karara bağladıkları görülmekteydi<sup>174</sup>. 1991 tarihli Çin Medeni Usul Kanununda grup davası iki kategoriye ayrılmıştır. Bunlardan ilki, Kanun'un 54. maddesinde düzenlenen davacı sayısının sabit olması halini; ikincisi ise Kanunun 55. maddesinde düzenlenen davanın açıldığı anda davacı sayısının bilinmemesi halidir. Her iki durumda da temsilci davacının davası sonucu verilen kararın temsil edilenleri bağlayacağı kabul edilmektedir<sup>175</sup>. Çin'de özellikle çevre hukukuyla ilgili olarak, hava, görüntü ve su kirliliğinden zarar gören kişilerin grup davası açtıkları görülmektedir<sup>176</sup>. Ayrıca Çin'de tüketici grup davaları<sup>177</sup> da tüketiciler tarafından açılan grup davası türü olarak giderek yaygınlaşmaktadır<sup>178</sup>.

#### j) Avusturya Hukukunda

Avusturya Medeni Usul Kanunu (öZPO), grup davalarıyla ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. Buna karşılık, son yıllarda Avusturya'da tüketici birliklerinin, yüzlerce hatta binlerce tüketici yararına dava açtıkları görülmektedir. Bu davalar, Avusturya Hukukunda "Avusturya tarzı grup davası" diye isimlendirilmektedir<sup>179</sup>. Bu davalarda esas itibarıyla, yargılama giderlerinin azaltılması amaçlanmaktadır. Avusturya Yüksek Mahkemesi, son yıllarda, taleplerin ortak nedenlere dayanması şartıyla, Avusturya tarzı grup davalarının Kanun'a uygun olduğuna karar vermiştir. Daha sonra ise, Avusturya Parlamentosu, oybirliğiyle, Adalet Bakanlığı'ndan, kitle talepleriyle ilgili etkin ve uygun yeni bir düzenleme

<sup>174</sup> **Note-** Class Action Litigation in China, s. 1525.

<sup>175</sup> **Note-** Class Action Litigation in China, s. 1526- 1527.

<sup>176</sup> **Note-** Class Action Litigation in China, s. 1530.

<sup>177</sup> Bkz. aşa. § 20.

<sup>178</sup> **Note-** Class Action Litigation in China, s. 1533. Çin'de grup davalarının başarılı olabilmesi için adli yardım sisteminin iyi işletilmesi gerektiği, çünkü grup davalarında yargılama giderlerinin çok fazla olabileceği endişesi de dile getirilmektedir (Bkz. **Note-** Class Action Litigation in China, s. 1538- 1539).

<sup>179</sup> Bkz. **Klauser, Alexander**, Group Litigation in Austria, Effective Legal Redress- The Consumer Protection Instruments of Actions for Injunction and Group Damages Action", Vienna, Austria, 24 February, 2006, s. 1; ayrıca bkz. **Class Actions** ([http://en.wikipedia.org/wiki/Class\\_action#Austria](http://en.wikipedia.org/wiki/Class_action#Austria); E.T. 30. 5. 2009).

yapılmasını talep etmiştir<sup>180</sup>. Görüldüğü gibi, Avusturya'da Anglo-Amerikan Hukuku anlamında grup davaları değil, tüketici birliklerinin açmış olduğu kendine özgü topluluk (birlik) davaları söz konusudur<sup>181</sup>. Ayrıca, şu an itibarıyla bu tür davalar, Avusturya'da yasal bir düzenlemeye kavuşturulmamıştır.

### C- ANGLO SAKSON HUKUKUNDAKİ GRUP DAVALARININ KITA AVRUPASINDAKİ TOPLULUK DAVALARINDAN TEMEL FARKLARI

Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin Anglo Sakson hukukundaki grup davası (*class action*) usulüne uygun olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Fakat bu konudaki genel düşünce, Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı olarak kabul edilen bu yöntemin aynen nakledilmesine karşı bir reaksiyonun bulunduğu, ülkelerin kollektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik olarak kendi usuli araçlarını kendilerinin belirlemesi gerektiği yönündedir<sup>182</sup>. Avrupa ülkelerinin ABD tarzı grup davalarına (*class actions*) pek sıcak bakmadığı, zira bu tür davalara ihtiyaç bulunmadığını belirtiren yazarlar bulunduğu gibi,<sup>183</sup> ABD tarzı grup davalarının kabul edilmesine karşı isteksizliğin temelinde, bilgisizliğin bulunduğu belirten yazarlar da bulunmaktadır<sup>184</sup>. Ancak, son yıllarda Kıta Avrupası hukukunda ABD Hukuku anlamında grup davalarına bir reaksiyon bulunsa bile, topluluk davalarında daha aktif bir kullanımın

---

<sup>180</sup> **Klauser**, s. 2.

<sup>181</sup> Belirtilen bu ülkeler dışında; İspanya, Norveç, Finlandiya ve Hollanda hukuklarında, son yıllarda grup davaları konusunda bir canlanmanın olduğu görülmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. **Casualty Specialty Update**, September 2006, s. 4- 6; **Gidi**- Class Actions, s. 313, dn. 1.

<sup>182</sup> Bkz. **Coco**, s. 3.

<sup>183</sup> **Hodges, Christopher**, Multi- Party Actions: A European Approach, Duke Journal of Comp & Int.'L, Vol. 11, 2001, s. 343.

<sup>184</sup> **Taruffo, Michale**, Some Remarks On Group Litigation in Comparative Perspective, Duke Journal of Comp & Int.'L, Spring Summer, Vol. 11, No. 2, 2001, s. 405; benzer şekilde bkz. **Gidi, Antonio**, Class Actions in Brazil- A Model for Civil Law Counties, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, 2003 s. 322, dn. 16.

olduğu bir gerçektir. Bu hem AB seviyesinde hem de üye ülkeler seviyesinde gerçekleşen bir durumdur<sup>185</sup>.

ABD tarzı grup davalarının (*class action*) temel özelliği, belirsiz bir kişi grubuna ilişkin menfaatin korunmasına ilişkin olmasıdır. Bir başka deyişle, bu tür davalar, ortak bir nitelik taşıyan kişi topluluğu ile ilgilidir. Hâlbuki topluluk davaları dernekler ve diğer tüzel kişilere tanınan bir dava türüdür. Bu nedenle esasen Kıta Avrupası ülkelerinde (Almanya, İsviçre gibi) uygulanan birlik davaları<sup>186</sup> da HMK'daki topluluk davalarına çok benzemekle birlikte, az da olsa farklılık göstermektedir.

Ayrıca HMK m. 113 gereğince, gerçek kişiler topluluk davası açamayacaklardır. Oysa Anglo-Sakson hukukunda hem gerçek hem de tüzel kişiler grup davası açma hakkına sahiptirler. Türk hukukundaki düzenleme gereğince, topluluk davasını dernek veya diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde kendi adına açabilecektir.

Bir diğer farklılık ise topluluk davası türleri bakımından görülmektedir. Nitekim HMK m. 113'de yer alan düzenlemeye göre, tazminat davası şeklinde topluluk davalarının açılması mümkün değildir.

HMK m. 113'e göre; üç tür topluluk davası açılabilir:

- İlgililerin haklarının tespiti
- Hukuka aykırı durumun giderilmesi
- İlgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi.

Görüldüğü gibi, dernekler ve tüzel kişilerin üyeleri adına tazminat davası şeklinde topluluk davası açma hakları yoktur. Oysa tüzel kişi olsun olmasın grup temsilcilerinin grup adına tazminat davası açması, Anglo-Sakson hukukundaki grup davasının asıl amacı olarak kabul edilmektedir.

---

<sup>185</sup> Benzer şekilde bkz. **Karaaslan, Varol/ Eroğlu, Muzaffer**, Kollektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları, Erzincan ÜHFD, C. XIII, S. 3- 4, 2009, s. 212.

<sup>186</sup> Türk hukuk doktrininde Almanca "*Verbandsklage*"; İngilizce *Public-interest organization's action* veya *association suits* diye ifade edilen ve özellikle İsviçre'de mevcut olan bu dava, bazı yazarlarca *dernek davası* (bkz. **Deren Yıldırım, Nevhis**, Kollektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu? II, YD. 1997/ 2, s. 308 vd- **Deren Yıldırım**-Kollektif Hukuki Himaye- II); bazı yazarlarca ise *birlik davası* olarak Türkçeye çevrilmektedir (bkz. **Atalı, Murat**, Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarıları, Temel Yapıdaki Benzerlikler ve Farklılıklar, HPD, S. 08, Eylül 2006, s. 112).

Öncelikle şu husus belirtilmelidir ki, HMK'daki topluluk davalarının, ABD'deki grup davası (*class action*) kurumuna göre daha dar, fakat davayı takip yetkisini, çok genel ifadeyle tüm tüzel kişilere tanınması dolayısıyla Avrupa Birliği ülkelerindeki topluluk (birlik) davası kurumuna göre daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir<sup>187</sup>.

## D- ANGLO SAKSON HUKUKUNDAKİ GRUP DAVALARINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER VE BU DAVALARIN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI

### 1- Anglo Sakson Hukukundaki Grup Davalarına Getirilen Eleştiriler

a) ABD tarzı grup davalarının Türk hukukunda uygulanabilirliği ile ilgili olarak getirilen bir eleştiri, bu tür davaların tasarruf ilkesi ile çeliştiği şeklindedir. Bu görüşe göre<sup>188</sup>; ABD tarzı grup davaları (*class actions*), tasarruf ilkesi ile çelişir. Zira bu ilkeye göre bir hukuk yargılaması ancak taraflardan birinin dava dilekçesiyle mahkemeye başvurması sonucu başlar. Hâlbuki ABD tarzı grup davalarında, grup temsilcileri davayı açmakta, yargılamaya aktif olarak katılmayan grup üyeleri ise ancak pasif bir yargılama objesi olmaktadır. Bu şekilde tüm bir grup adına belli temsilcilere dava açma hakkı tanınması, bu davalar sonucunda dava konusu hukuki eylem nedeniyle zarara uğrayan grup üyelerinden ziyade o grubu temsil eden kişilerin finansal olarak kârlı çıkması gibi bir tehlikeyi de beraberinde getirebilmektedir. Ancak kanımızca bu eleştiri yerinde değildir. Çünkü esasen sorun ABD tarzı grup davalarında uygulanacak yaklaşım (sistem) ile yakından ilgilidir. Şöyle ki;

ABD Hukukunda grup davalarında *opt-in* ve *opt-out* olmak üzere iki tür yaklaşım söz konusudur. Bunlardan ilki olan *opt-in yaklaşımına göre*, davanın grup davası olarak onaylanmasına ilişkin kararda belirlenen ve bildirim yapılan tarihten önce mahkemeye ya da temsilciye gruba katılma iradesini açıkça bildiren kişiler grubun üyesi olurlar<sup>189</sup>. Bu yaklaşıma göre,

<sup>187</sup> Bkz. **Kuru, Baki/ Budak, Ali Cem**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, Bankacılar Dergisi, Sa. 78, 2011, s. 86.

<sup>188</sup> **Karaaslan/ Eroğlu**, s. 214.

<sup>189</sup> **Hensler, Deborah R./ Giddens, Beth/ Gross, Jennifer/ Moller, Erik K./ Pace, Nicholas M.**, Class Action Dilemmas, Pursuing Public Goals for Private Gain, Rand Institute Report, 2000, s. 1; **Casualty Specialty Update**, September 2006, s. 2; **Hanağası**, s. 212.

muhtemel grup üyesi, grubun bir üyesi olmak, ortak sorunlarla ilgili çözümle bağlı olmak veya davadan gereğince yararlanmak için, belli bir süre içinde atması gereken adımı atarak, olumlu bir şekilde grup davasına katılmalıdır<sup>190</sup>. ABD Hukukuna 1938 tarihli FRCP ile getirilen<sup>191</sup> *opt in* yaklaşımındaki esas amaç, kişilerin, gruba girmeyi istemeleri yönünde olumlu bir adım atmaları halinde davaya katılmalarının, bireyin özgürlüğünü koruyacağı inancıdır. Dava açmak istemeyen grup üyeleri, kendisinin kandırıldığını düşünmemelidir. Bir başka deyişle, davaya katılma konusunda olumlu bir adım atmayan muhtemel grup üyesi, grubun üyesi olarak kabul edilemez. *Opt-in* sistemi, hukuk davasının başlamasına ilişkin olağan usule, yani tasarruf ilkesine de uygundur<sup>192</sup>.

Bu konuda ikinci yaklaşım, *opt-out yaklaşımıdır*. Buna göre, davanın grup davası olarak onaylanmasına (kabule şayan olduğuna) ilişkin kararda belirlenen ve bildirimle ilgililerin haberdar edildiği tarihten önce katılmama iradesini mahkemeye veya temsilciye açıkça bildirmemiş olan tüm grup üyeleri, grup davasında taraf sayılırlar. Bir başka deyişle, kişi grup davasından ayrılmadıkça, kişinin gruba dâhil olduğu kabul edilir. ABD Hukukunda, 1966 tarihindeki değişiklikten sonra, *opt-out* sisteminin benimsendiği görülmektedir<sup>193</sup>. Görüldüğü üzere, bu iki sistemden ilki (*opt-in* yaklaşımı) hukukumuzdaki tasarruf ilkesine uygundur. Bu nedenle ABD’de tüm sistemlerin değil, sadece *opt-out* sisteminin tasarruf ilkesini zedelediğini söylemek kanımızca daha isabetlidir.

**b)** Bu konudaki bir başka eleştiri, ABD tarzı grup davalarının tamamen ayrı bir maddi hukuk temeline dayanıyor olmasıdır. Zira eleştiriye göre,

---

<sup>190</sup> Mulheron, s. 29.

<sup>191</sup> von Mehren, Arthur T./ Murray, Peter L., Law in The United States, Cambridge University Press, 2007, s. 182.

<sup>192</sup> Mulheron, s. 30.

<sup>193</sup> Hensler/ Giddens/ Gross/ Moller/ Pace, s. 1; von Mehren/ Murray, s. 182; Hanağası, s. 212. 1966 tarihli Kanun değişikliğinde, *opt-out* sisteminin tercih edilmesinin nedeni, grup üyeliğine hak kazanan kişilerin, bilgisizlik, tembellik ve korku gibi nedenlerle, üyelik talebini mahkemeye sunma konusunda olumlu adım atmama ve böylece etkin bir şekilde haklarını kaybetme gibi tehlikelere karşı bireyleri koruyan bir sistem olmasıdır (Bkz. Kaplan, Benjamin, Continuing Work the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I), Harvard L. Rev. Vol. 81, 1967, s. 398; Mulheron, s. 35). Avustralya Hukukunda da *opt-out* sistemi uygulanmaktadır. Bkz. Clark, S. Stuart/ Harris, Christina, Multi- Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective, Vol. 11, No. 2, Duke Journal of Comp & Int.’L, Spring Summer 2001, s. 300- 301.

Türk sorumluluk hukukunun temel ilkesi sorumluluğun zarar, hukuki olay ile zarar arasındaki illiyet bağı ve kusura bağlı olmasıdır. Bunun karşısında Amerikan hukukunda bazen kusura bağlı olmayan çok genel bir tehlike sorumluluğu da tazminat için yeterli olabilmektedir. Bu nedenle bu görüş, ABD tarzı grup davalarının Türk sorumluluk hukuku sistemine aykırı olduğu kanaatinde<sup>194</sup>. Ancak kanımızca her ne kadar hukukumuzda kural kusur sorumluluğu olsa da, istisnati durumlarda tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlar olabilmektedir. Esasen topluluk davaları, özellikle tehlike sorumluluğu hallerinde önem kazanan davalardır.

c) Bu konudaki bir eleştiri ise, ABD tarzı grup davalarının ekonomik boyutunun sakınca yaratmasıdır. Zira özellikle ABD tarzı grup davaları, çoğu zaman büyük şirketler üzerinde baskı yapmak ve bu şekilde şirketleri yüksek miktarlardaki sulh anlaşmalarına zorlamak amacıyla kullanılmaktadır<sup>195</sup>. Bu eleştiri yerindedir. Zira bu tür davalar sulh anlaşmalarıyla sonuçlansa bile, bu durum şirketlerin ürün fiyatlarını artırmalarına neden olmakta, bu ise nihai olarak bu davalar sonucu yapılan anlaşmaları tüketici aleyhine sonuçlara götürebilmektedir.

d) ABD tarzı grup davalarının bir çeşit dava patlaması sonucunu beraberinde getirdiği, bazı avukatların daha çok kazanma hırsı ile bu dava çeşidini kötüye kullandıkları da yapılan eleştiriler arasındadır. Gerçekten bu tür davalarda, davacı grubun avukatlarının nisbeten az bir emekle önemli sayılabilecek ücret almaları mümkün olabilmektedir. Hatta, grup davalarına bakan avukatların, “prim avcıları” imajından söz edilmekte; özellikle tazminat davası biçimindeki grup davalarında hırslı avukatların dikkat çektiği belirtilmektedir<sup>196</sup>.

e) ABD tarzı grup davalarının yargılamanın karmaşıklığını artırdığı, bu davaların çok zaman alması ve bireysel davalara oranla daha fazla fiili veya hukuki uyuşmazlıkları gerektirmesi nedeniyle, mahkemelerin yükünü önemli ölçüde artırdığı da belirtilmektedir<sup>197</sup>. Ayrıca grup davalarının gereksiz ve

---

<sup>194</sup> Karaaslan/ Eroğlu, s. 214.

<sup>195</sup> Karaaslan/ Eroğlu, s. 214.

<sup>196</sup> Bkz. Hensler/ Giddens/ Gross/ Moller/ Pace, s. 10, s. 13. Buna karşılık, aynı yazarlar, bunun belki de bir avantaj olabileceğini de belirtmektedirler. Zira böyle hırslı avukatlar olmasaydı, belki de bu tür grup davaları hiç açılmayacaktı (Bkz. Hensler/ Giddens/ Gross/ Moller/ Pace, s. 13).

<sup>197</sup> Weinstein, Jack B., Keynote Adress, Compensating Large Numbers of People for Inflicted Harms, Duke Journal of Comp & Int. 'L, Vol. 11, No. 2, 2001, s. 173. Yargılama giderleri bakımından benzer bir eleştiri için bkz. Finn, s. 6.

taciz edici oranda davanın açılmasını teşvik ettiği ve bu davaların çok uzun zaman aldığı da yapılan eleştiriler arasındadır<sup>198</sup>. Anglo-Amerikan hukukunda grup davalarının, yargılamanın tek merkezde toplanmasından kaynaklanan bazı sakıncalarından da söz edilmektedir. Özellikle anayasal açıdan gerekli olan jüri sistemi<sup>199</sup> ve Amerika'nın federal yapıda bulunması, grup davalarını etkilemektedir. Grup davalarında, özellikle her bir talep için tazminat miktarının jüri tarafından belirlenmesi gerekir. Örneğin sigaranın neden olduğu akciğer kanserinden zarar gören yüzlerce, hatta binlerce kişinin yararına açılan grup davası düşünülürse; hâkim bu durumu grubun tümüne dayanak olarak görebilecek<sup>200</sup>, bu durum ise tazminat miktarının belirlenmesini zorlaştıracaktır.

f) ABD tarzı grup davalarına yapılan bir diğer eleştiri, grup davalarının avukat ile müvekkil arasındaki ilişkileri zayıflattığı şeklindedir<sup>201</sup>. Bazı yazarlar, grup davalarında, ister istemez kişilerin iddia ve savunma haklarından yoksun bırakıldığını belirtse de, bu görüş pek taraftar bulmamıştır<sup>202</sup>. Bu çerçevede grup davaları ile hukuki dinlenilme hakkı arasında bağlantı kurulmaktadır<sup>203</sup>. Grup davalarında, oldukça büyük bir grubun bütün üyelerinin açılacak davaya dâhil edilmesinin gerçeklikten uzak

---

<sup>198</sup> Bkz. **Demiray**, s. 154.

<sup>199</sup> ABD'deki jüri sistemi hakkında bkz. **Cound, John J./ Friedental, Jack H./ Miller, Arthur R./ Sexton, John E.**, Civil Procedure, Cases and Materials, 6th Edition, American Casebook Series, West Publishing Co., St Paul, Minn, 1993, s. 921 vd.; **Vidmar, Neil**, The Performance of The American Civil Jury: An Empirical Perspective, Arizona Law Review, Vol. 40, 1998, s. 849 vd.; **Özbek**- ADR, s. 191- 192, dn. 210.

<sup>200</sup> **Weinstein**, s. 172.

<sup>201</sup> **Weinstein**, s. 173- 174.

<sup>202</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. **Weinstein**, s. 174. *Andrews*, grup davalarının bireylerin kanuni çıkarlarını zedelediğini, özellikle grup üyelerine bildirim yapılmasında ve üyelere kendi durumlarını ifade etme fırsatı verilmesinde sorunlar yaşanabileceğini belirtmektedir (**Andrews, Neil**, Multiparty Proceedings in England: Representative and Group Actions, Duke Journal of Comp & Int.'L, Vol. 11, 2001, s. 265).

<sup>203</sup> Hukuki dinlenilme hakkı ile grup davaları arasındaki ilişki hakkında bkz. **Newberg/ Conte**, § 8- 4; **Alexander**, s. 8; **Duncan, Russel P.**, Due Process Requirements of A State Class Action (Notes), The Yale Law Journal, Vol. 55, No. 4, Jun 1946, s. 831 vd.; **Cound/ Friedental/ Miller/ Sexton**, s. 725 vd.; **Redish, Martin H./ Larsen, Nathan D.**, Class Actions, Litigant Autonomy, and Foundations of Procedural Due Process, California Law Review, Vol. 95 (s. 1573- 1618), 2007, , s. 1573 vd.; **Note**- The Importance of Being Adequate: Due Process Requirements in Class Actions under Federal Rule 23, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 123, No. 5, May, 1975, s. 1217 vd.

olduğunu belirten yazarlar olduğu gibi<sup>204</sup>, grup davalarını adaletsiz ve haksız bir ayrıcalık olarak görenler de mevcuttur<sup>205</sup>.

## 2- Bu Davaların Türk Hukukunda Uygulanıp Uygulanamayacağı

Daha önce de belirtildiği gibi, HMK m. 113'deki düzenlemenin, dava konusu bakımından tazminat davası olarak değil de ancak tespit ve men davaları olarak açılması gerektiği görülecektir. Bir başka deyişle ilgililer, haklarının tespiti, hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut gelecekteki hakların ihlal edilmesinin önüne geçilmesi konusunda dava açabileceklerdir. Bu durumda, tüzel kişilerin üyeleri adına tazminat davası açma hakları yoktur. Sonuç olarak HMK ile getirilen esasen Anglo-Sakson hukuku anlamında bir grup davası olmayıp, Türk hukuk sisteminde zaten mevcut olan (tüketicinin korunması veya birçok konuda derneklerin, sendikaların kendileri ile ilgili konularda dava açabilmelerinin mümkün olması gibi) topluluk davası kurumunun kavramsal olarak düzenlenmesinden ibarettir. Böylece değişik kanunlarla düzenlenmiş ve özel bir amaca dayanan topluluk davası açma imkânı, tüzel kişilere genel bir hak olarak verilmiş ve bu uygulama genişletilmiş olmaktadır<sup>206</sup>.

Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki, grup davalarının tamamen Anglo-Sakson hukukundaki uygulama biçimi ile tümüyle Türk hukukuna girmesinin uygun olduğunu söylemek güçtür. Zira Anglo- Amerikan hukukunun kendine özgü bazı kuralları Türk hukukuyla çelişmektedir. Özellikle ABD hukukunda cezai tazminat kurumunun<sup>207</sup> ve yargılamada jüri sisteminin bulunması bu konuda işimizi zorlaştırmaktadır. Zira ABD'de grup davaları (*class action*) sonucu bazen davalı şirketlerin mahvına yol açan kararlar verilmesi mümkün olabilmektedir<sup>208</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki,

<sup>204</sup> Finn, s. 6.

<sup>205</sup> Bkz. Gidi- Class Actions, s. 330, dn. 38'de anılan yazarlar.

<sup>206</sup> Ayrıca bkz. Karaaslan/ Eroğlu, s. 215.

<sup>207</sup> Ortak Hukuk sistemlerinde tazminat konusunda cezai tazminat (*Punitive damages; exemplary damages*) ve zararı karşılayan tazminat (*compensatory damages*). şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Cezai tazminat, kasten veya ağır kusurla yapılan haksız fiil nedeniyle uğranılan gerçek zarar miktarına tekabül eden tazminattan ayrı olarak, ona ilaveten ve sırf ceza teşkil etmek üzere hükmolunan tazminattır (Bkz. Ovacık, s. 137; Öz, Yılmaz, İngilizce- Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 2002, s. 156). Buna karşılık, zararı karşılayan tazminat ise, mağdurun uğradığı zararın tazmin ve telafisine tekabül eden tazminattır (Ovacık, s. 77). Hukukumuzda ise tazminat denildiğinde, zararı karşılayan tazminat anlaşılmaktadır.

<sup>208</sup> Karaaslan/ Eroğlu, s. 220.



ekonomiyi kötüleştiren bu tür kararların verilmesi, sadece bu davaların grup davası olmasından kaynaklanmamaktadır. Bu tür sorunlar esasen biraz önce değindiğimiz, ABD hukukundaki cezai tazminat (punitive damages) kurumundan ve jüri sisteminde jürinin dış etkilere açık olmasından kaynaklanmaktadır. Bu suretle grup davasının usul ekonomisine uygun olmasına rağmen, diğer taraftan şirketlerin iflasına yol açarak ekonomiye büyük zararlar verecek bir potansiyele sahip olduğunu göstermektedir<sup>209</sup>. Örneğin, sigara üreticilerine yönelik bir davada ABD Florida Mahkemesi 174 milyar \$ tazminata hükmetmiştir. Davalılar bu hükmü temyiz etmek için gerekli olan yüzde 120 oranındaki teminatı yatıracak durumda olmadıkları ve hükmün bu şekli ile uygulanmasının bütün sigara üreticilerinin iflasına yol açacak olması nedeniyle Florida Eyaleti temyiz sınırını 100 milyon dolara düşürmüştür ve sonuç olarak Yüksek Mahkeme onaylanan grup davasını (grup davası sertifikasını) iptal etmiştir. Bu da grup davasının usul ekonomisine uygun olmasına rağmen, diğer taraftan şirketlerin iflasına yol açarak ekonomiye büyük zararlar verecek bir potansiyele sahip olduğunu göstermektedir. Ancak tüm bunlara rağmen, Anglo-Sakson sisteminde grup davalarının (*class action*) bazı durumlarda kötüye kullanılıyor olması bu konuda adımlar atılmasını ve grup davalarının daha geniş bir düzenleme ile Türk hukukuna girmesini engellememelidir. Çünkü grup davaları kötüye kullanma riski yanında birçok olumlu özellikleri de bünyesinde barındıran bir dava çeşididir. Bir yasal düzenleme yapılırken bu risk göz önünde bulundurulmalı, ancak düzenlemenin getireceği olumlu noktalar daha çok ise böyle bir düzenlemeden vazgeçilmemelidir<sup>210</sup>.

Bununla birlikte, yapılacak yasal düzenleme bakımından, bir grup davasında mahkemenin son derece etkin bir role sahip olması gerektiği unutulmamalıdır. Davanın bir grup davası şeklinde görülmesi ancak mahkemenin ön incelemeden sonra vereceği bir kararla mümkün olmalıdır. Yine bir sulh anlaşması (*grup çözüm anlaşmaları*)<sup>211</sup> ancak mahkemenin onayı ile geçerlilik kazanabilmeli; tarafların bu konuda anlaşmaları yeterli kabul edilmemelidir. Bir diğer önemli husus ise, tüm grup üyelerinin haklarının muhafazası için mahkeme tarafından gerekli tedbirlerin alınması olacaktır. Grup temsilcilerinin grubu temsil ederken kendi statülerini yargılamaya aktif olarak katılmayan grup üyeleri aleyhine kötüye kullanmaları ve grubun haklarını yeterince temsil etmemeleri durumunda

---

<sup>209</sup> Karaaslan/ Eroğlu, s. 219.

<sup>210</sup> Karaaslan/ Eroğlu, s. 219- 220.

<sup>211</sup> Bkz. Özbay, s. 152 vd.

mahkeme, grup temsilcilerini uyarma ve gerekirse temsilcileri değiştirme hakkına sahip olmalıdır<sup>212</sup>.

Son olarak ABD Hukuku sisteminde uygulanan ve yukarıda eleştiriler kısmında belirtilen *opt- out yaklaşımının* kötüye kullanılabilir ve mahkemelerin iş yükünü artırabilecek bir sistem olması nedeniyle; opt-in yaklaşımına dayalı sistemin, yani ancak yargılamada taraf olmak isteyenlerin başvurması sonucu davaya dâhil olacakları bir sistemin kabul edilmesi uzun vadede Türk Hukuku bakımından daha isabetli olacaktır. Böyle bir düzenleme hukukumuzun genel prensipleri ve Türk medeni usul hukukunun temel ilkelerinden birisi olan tasarruf ilkesi ile de daha bağdaşmış olacaktır.

## E- TOPLULUK DAVASI TÜRLERİ

### 1- Kaçınma (İçtinap) Biçimindeki Topluluk Davaları

Bu dava türü, ABD’de özellikle ırk, cins, din ayrımcılığının söz konusu olduğu hallerde grup davası (*class action*) olarak açılmaktadır<sup>213</sup>. Ayrıca tüketici grup davalarında da kaçınma şeklindeki grup davaları açılabilmektedir. ABD Hukukunda 1966 yılında yapılan değişiklikten önce sadece kaçınma (ve tespit) şeklinde grup davaları açılması mümkündür. Fakat daha sonra 1966 değişiklikleri ile tazminat şeklindeki grup davalarına da izin verilmiştir<sup>214</sup>. ABD’de kaçınma biçimindeki grup davaları, tazminat biçimindeki grup davalarına oranla daha yaygındır<sup>215</sup>. Kaçınma şeklindeki topluluk davalarına özellikle TKHK’da, TTK’da ve Sendikalar Kanununda yer verildiği görülmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 113 hükmüne göre; dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler. Kanunun bu hükmünde öncelikle “hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması” ifadesi kullanılmak suretiyle “kaçınma” biçimindeki topluluk davalarına benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buradaki “hukuka aykırı durumun giderilmesi”, kanımızca

<sup>212</sup> Karaaslan/ Eroğlu, s. 220. Bu konudaki çeşitli ihtimaller için bkz. Özbay, 119 vd.

<sup>213</sup> Deren Yıldırım- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 150.

<sup>214</sup> ABD Hukukunda kaçınma biçimindeki grup davalarını düzenlediği hüküm için bkz. FRCP m. 23 (b) (2).

<sup>215</sup> Gidi- Class Actions, s. 335, dn. 54.

*kaldırma (ref)* şeklinde olabileceği gibi, *yanıltıcı beyanların düzeltilmesi* şeklinde de olabilir. Kanun hükmünde ayrıca “ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi” denilmek suretiyle “önleme” davası öngörülmüş olmaktadır.

### 2- Tespit Davası Biçimindeki Topluluk Davaları

Tespit davası biçimindeki topluluk davaları, yukarıdaki dava türünde olduğu gibi, ABD’de özellikle ırk, cins ve din ayrımcılığının söz konusu olduğu hallerde grup davası olarak açılmaktadır. ABD’de tespit davası biçimindeki grup davalarında, tazminat davası biçiminde açılan grup davalarına oranla daha az sorun çıkmaktadır<sup>216</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 113. maddesinde *dernekler ve diğer tüzel kişilerin, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti için dava açabilecekleri*” öngörülmek suretiyle, bu tür davalara açıkça yer verilmiştir.

### 3- Tazminat Davası Biçimindeki Topluluk Davaları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tazminat davası biçimindeki topluluk davalarına HMK m. 113’de izin verilmemiştir. Buna karşılık, tazminat davası biçimindeki grup davalarının, ABD hukuk sistemine 1966 yılında yapılan değişiklikle girdiği bilinmektedir<sup>217</sup>. Bir başka deyişle, ABD’de bu tarihten önce bu davaların açılması mümkün değildi. Bu davaların geçerli kabul edilmesiyle, avukatların bu dava türüne çok sık başvurmaları ve bu dava türünün çok yaygınlaşması<sup>218</sup>, mahkemelerin iş yükünü oldukça artırmıştır<sup>219</sup>.

Avrupa’da da, hukukun belli alanlarında tazminat davası biçimindeki topluluk (birlik) davalarını sınırlı olarak kabul etmek yönünde bir eğilim vardır. Bu çerçevede, haksız rekabet davalarında, çevrenin ve tüketicinin korunması, iş hukuku, genel işlem şartlarının kötüye kullanılmasının denetlenmesi, cinsiyet ve ırk ayrımı konularında tazminat davası biçimindeki grup (bazı ülkelerde ise topluluk) davalarına yer verildiği görülmektedir<sup>220</sup>.

<sup>216</sup> **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 150.

<sup>217</sup> **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 150; **Kaplan**, s. 397 vd.

<sup>218</sup> **Hensler/ Giddens/ Gross/ Moller/ Pace**, s. 5.

<sup>219</sup> **Deren Yıldırım**- Kollektif Hukuki Himaye- I, s. 150.

<sup>220</sup> **Gidi**- Class Actions, s. 313, dn. 2; ayrıca bkz. **Hensler/ Giddens/ Gross/ Moller/ Pace** s. 84.

Bununla birlikte, bu davalarda tazminata ilişkin ödemelerin yapılmasında, tazminatın dağıtılmasında ve hesaplanmasında zorluklar ortaya çıkabilmektedir<sup>221</sup>.

## F- HMK'YA GÖRE TOPLULUK DAVASI AÇILABİLMESİNİN ŞARTLARI

### 1- Davacının Tüzel Kişi Olması

Daha önce belirtildiği üzere, HMK m. 113 gereğince, sadece tüzel kişiler topluluk davası açabilirler. Yani gerçek kişiler topluluk davası açamazlar. Bu hüküm gereğince, topluluk davasını dernek veya diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde kendi adına açabilecektir.

Kanun'da “*dernek ve diğer tüzel kişiler*” ibaresinin anlamına gelince; burada derneklere vurgu yapılmış olmakla birlikte, tüm tüzel kişilerin topluluk davasını açabilmelerine imkân tanınmıştır. Farklı bir söyleyişle, buradaki ifadeyi “tüzel kişiler ve özellikle dernekler” olarak anlamak gerekir<sup>222</sup>. Zira uygulamaya baktığımızda tüzel kişiler içinde en fazla derneklerin topluluk davaları açtığı görülmektedir.

### 2- Topluluk Davasının O Tüzel Kişinin Statüsü Çerçevesinde Açılması

HMK m. 113 gereğince, dava açma hakkına sahip tüzel kişiler ancak statüleri çerçevesinde dava açabileceklerdir. Hükümdeki “*statüleri çerçevesinde*” ibaresini nasıl anlamak gerekir? Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, tüzel kişinin topluluk davası açabilmesi için tüzel kişinin statüsünün (örneğin derneğin ana tüzüğünün, vakfın senedinin, sendikanın tüzüğünün) tüzel kişiliğe bu konuda dava açma yetkisini tanımış olması gerekir<sup>223</sup>. Bu da, tüzel kişilerin ancak kuruluş ve işleyiş amaçlarına uygun olarak dava açma hakkına sahip oldukları, bunun dışındaki durumlar için dava açma hakkına sahip olmadıkları anlamına gelmektedir<sup>224</sup>.

<sup>221</sup> Ayrıntı için bkz. Özbay, s. 161 vd.

<sup>222</sup> Aynı yönde bkz. Dedeğaç, Ender/ Sanal, Can, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Dava Çeşitleri, <http://enderdedeagac.blogspot.com/2011/05/hukuk-muhakemeleri-kanununa-gore-dava.html> (ET. 15.09. 2012)

<sup>223</sup> Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.759.

<sup>224</sup> Karaaslan/ Eroğlu, s. 215.

Burada tüzel kişiler bakımından geçerli olan *ultra vires* ilkesine değinmek gerekir. Latince “vires”, yetki (güç) anlamında olup<sup>225</sup>, bu ilke, şirketin ehliyetinin, şirket sözleşmede yazılı olan işletme konusu ile sınırlı olması demektir. Buna göre, şirket sözleşmesinde yazılı olan işletme konusu dâhilindeki işlemler *intra vires*, bu konu dışındaki işlemler ise *ultra vires* kabul edilir. *Ultra vires* işlemler ise “yok” hükmündedir<sup>226</sup>. Bu çerçevede tüzel kişiler, her türlü hukuki faaliyette bulunamazlar. Tüzel kişiler, öncelikle tip (grup) olarak tabi oldukları hukuk kurallarına tabidirler. Örneğin, ticaret şirketleri kar amacıyla, buna karşılık dernekler veya vakıflar ise kar amacıyla değil, hayır, toplumsal, kültürel gibi amaçlarla kurulurlar. İşte bu nedenle tüzel kişinin yapabileceği faaliyetler statüsünde yazılı olup, topluluk davası açıp açamayacağı kendi statüsü çerçevesinde değerlendirilecektir<sup>227</sup>.

Kanımızca, tüzel kişinin statüsünde doğrudan bu konuda (topluluk davası açma hususunda) bir yetki verilmesi şart değildir. Zira önemli olan, tüzel kişilerin kuruluş ve işleyiş amaçlarına uygun olarak dava açma hakkına sahip olmalarıdır<sup>228</sup>. Bir başka deyişle, Kanun’daki ifadeyi, tüzel kişilerin kuruluş ve işleyiş amaçları dışındaki durumlar için dava açma hakkına sahip olmadıkları anlamında yorumlamak gerekir.

### 3- Davanın Dernek ve Diğer Tüzel Kişilerce Ancak Kanun’da Belirtilen Dava Türlerini Açmaları Zorunluluğu

Yukarıda da belirtildiği gibi, HMK m. 113 gereğince açılacak davalar kaçınma ve tespit davası şeklinde açılabilir. Tazminat davası biçiminde topluluk davasının açılması HMK’ya mümkün değildir.

---

<sup>225</sup> Yılmaz, s. 759.

<sup>226</sup> Bkz. **Alışkan, Murat**, T.C. MÜ. Hukuk Fakültesi, « 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken» ‘Ultra Vires Teorisi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Temsili’, İstanbul- 2012 (<http://www.marmaraticaretabd.com/wp-content/uploads/2012/05/Ultra-Vires-Teorisi-ve-Yeni-TTKna-G%C3%B6re-%C5%9Eirketlerinin-Ehliyet-ve-Temsili-Do%C3%A7u-Dr.-Murat-ALI%C5%9EKIN.pdf>; ET. 20.09.212).

<sup>227</sup> Yılmaz, s. 759- 760.

<sup>228</sup> Benzer şekilde bkz. **Karaaslan/ Eroğlu**, s. 215. İsviçre Hukukunda ise, kuruluşun böyle bir dava açabilmesi için statüsünde amaçlarından birinin de üyelerinin menfaatlerini korumak olduğu gösterilmek zorundadır (**Akil**, s. 170).

## G- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

1- HMK ile getirilen ve topluluk davalarını düzenleyen hüküm, esasen Anglo-Sakson hukuku anlamında bir grup davası olmayıp, Türk hukuk sisteminde zaten mevcut olan (tüketicinin korunması veya birçok konuda derneklerin, diğer tüzel kişilerin, sendikaların kendileri ile ilgili konularda dava açabilmelerinin mümkün olması gibi) topluluk davası kurumunun kavramsal olarak düzenlenmesinden ibarettir. Böylece değişik kanunlarla düzenlenmiş ve özel bir amaca dayanan topluluk davası açma imkânı, tüzel kişilere genel bir hak olarak verilmiş ve bu uygulama genişletilmiş olmaktadır.

2- Anglo-Sakson hukukundaki grup davalarının (class action) tümüyle Türk hukukuna girmesinin uygun olduğunu söylemek güçtür. Zira Anglo-Amerikan hukukunun kendine özgü bazı kuralları Türk hukukuyla çelişmektedir. Özellikle ABD hukukunda cezai tazminat (*punitive damages*) kurumunun ve yargılamada jüri sisteminin bulunması bu konuda işimizi zorlaştırmaktadır. Zira ABD’de grup davaları (*class action*) sonucu bazen davalı şirketlerin mahvına yol açan kararlar verilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, ekonomiyi kötüleştiren bu tür kararların verilmesi, sadece bu davaların grup davası olmasından kaynaklanmamaktadır. Bu tür sorunlar esasen biraz önce değindiğimiz, ABD hukukundaki cezai tazminat kurumundan ve jüri sisteminde jürinin dış etkilere açık olmasından kaynaklanmaktadır. Bu suretle grup davasının usul ekonomisine uygun olmasına rağmen, diğer taraftan şirketlerin iflasına yol açarak ekonomiye büyük zararlar verecek bir potansiyele sahip olduğunu göstermektedir. Ancak tüm bunlara rağmen, Anglo-Sakson sisteminde grup davalarının (*class action*) bazı durumlarda kötüye kullanılıyor olması bu konuda adımlar atılmasını ve grup davalarının daha geniş bir düzenleme ile Türk hukukuna girmesini engellememelidir. Çünkü grup davaları kötüye kullanma riski yanında birçok olumlu özellikleri de bünyesinde barındıran bir dava çeşididir. Bir yasal düzenleme yapılırken bu risk göz önünde bulundurulmalı, ancak düzenlemenin getireceği olumlu noktalar daha çok ise böyle bir düzenlemeden vazgeçilmemelidir.

3- Bununla birlikte, yapılacak yasal düzenleme bakımından, bir grup davasında mahkemenin son derece etkin bir role sahip olması gerektiği unutulmamalıdır. Davanın bir grup davası şeklinde görülmesi ancak mahkemenin ön incelemeden sonra vereceği bir kararla mümkün olmalıdır. Yine bir sulh anlaşması (grup çözüm anlaşmaları) ancak mahkemenin onayı ile geçerlilik kazanabilmeli; tarafların bu konuda anlaşmaları yeterli kabul edilmemelidir. Bir diğer önemli husus ise, tüm grup üyelerinin haklarının

muhafazası için mahkeme tarafından gerekli tedbirlerin alınması olacaktır. Grup temsilcilerinin grubu temsil ederken kendi statülerini yargılamaya aktif olarak katılmayan grup üyeleri aleyhine kötüye kullanmaları ve grubun haklarını yeterince temsil etmemeleri durumunda mahkeme, grup temsilcilerini uyarma ve gerekirse temsilcileri değiştirme hakkına sahip olmalıdır.

4- ABD Hukuku sisteminde uygulanan ve yukarıda eleştiriler kısmında belirtilen *opt- out* yaklaşımının kötüye kullanılabilir ve mahkemelerin iş yükünü artıracak bir sistem olması nedeniyle; *opt-in* yaklaşımına dayalı sistemin, yani ancak yargılamada taraf olmak isteyenlerin başvurması sonucu davaya dâhil olabilecek bir sistemin kabul edilmesi uzun vadede Türk Hukuku bakımından daha isabetli olacaktır. Böyle bir düzenleme gerek hukukumuzun genel prensipleri gerekse tasarruf ilkesi ile de bağdaşacaktır.

5- Son olarak; HMK'daki topluluk davalarının, ABD'deki grup davası (*class action*) kurumuna göre daha dar, fakat davayı takip yetkisini tüm tüzel kişilere (Kanun'daki deyimle, derneklere ve diğer tüzel kişilere) tanınması dolayısıyla Avrupa Birliği ülkelerindeki topluluk (birlik) davası kurumuna göre daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir.





# AİLE HEKİMLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ VE RÜCU DAVASI

*Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR\**

## ÖZET

Aile hekimliği ülkemizde yeni bir müessese olarak idare hukuku ilkeleri içerisinde şekillendirilmiş bir müessesedir. Aile hekimlerinin atanma usulleri tamamen idare hukuku ilkeleri doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Söz konusu hekimlerin hastalarına tıbbi teşhis ve tedavi sırasında verdikleri zararlarından dolayı idareye karşı dava açılabilir. İdare de zarar gören kişiye ödediği tazminatı ilgili hekimden talep etmesi gerekmektedir. İdarenin hekime karşı talebi idare hukuk çerçevesinde olmayıp ancak yapılan atıf dolayısıyla adli mahkemelerde özel hukuk hükümleri doğrultusunda dava açılabilir. Açılan dava tamamen TBK. m. 49 vd. hükümlerine tabi olacaktır. Ancak bu hükümlerden farklı olarak uygulanacak zamanaşımı hükümleri için TBK. m. 73 uygulama alanı bulur.

**Anahtar Kelimeler:** Aile Hekimliği, WONCA, Rücu davası, TBK. m. 49, TBK. m. 73

## ABSTRACT

Family practice, as a new institute in our country, is an institution that is formed within administrative law principles. The appointment procedures of family physicians are completely carried out in accordance with the principles of administrative law. The administration can be sued because of the damage that the abovementioned physicians cause to the patients during the medical diagnosis and treatments. In this respect, it seems to be essential that the administration must require the compensation, which was paid to the injured person, from the interested physician. It is interesting to highlight that this demand of the administration against physician is not settled within the framework of administrative law, but it can be prosecuted in the court of justice in accordance with the provisions of private of law due to the reference that is made in the law. The lawsuit will entirely subject to Article 49 and the continued provisions of the Turkish Code of Obligations.

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

However, unlike those provisions, Article 73 of the Turkish Code of Obligations takes the leading for the provisions of the statute of limitations.

**Key Words:** Family practice, WONCA, Article 73 of the Turkish Code of Obligations, Article 49 of the Turkish Code of Obligations

## I. GENEL OLARAK

Türkiye’de birinci basamak sağlık hizmetlerinin sağlık ocakları temelinde kurumsallaşması, sosyal devlet anlayışının Anayasa’ya girdiği 1960’larda başlatılan “sağlığın sosyalleştirilmesi” süreci ile başlamıştır. 1960’lı yıllarda alınan kararlar, 1980’lerde yaygınlaştırılmış ve bu yıllardan itibaren sağlık ocakları hızla yaygınlaşmıştır. Ancak Dünya Bankası’nın 1990’lı yıllarda Türkiye’ye önerdiği sağlık reformu programları, tedavi edici sağlık hizmetlerinin özel sektör tarafından yerine getirilmesini önerirken, koruyucu sağlık hizmetlerinin kamu sektöründe kalmasını öngörüyordu<sup>1</sup>. Dünya Bankası’nca önerilen sağlık reformunun diğer bir ayağını ise birinci basamak sağlık hizmetlerinde “aile hekimliği” sistemine geçilmesi oluşturuyordu. Buna karşılık olarak da sağlık reformunun en hızlı biçimde uygulanmaya konan başlığı, birinci basamak sağlık hizmetlerinde aile hekimliği sistemine geçilmesi olmuştur<sup>2</sup>. Nitekim hükümet programında ve

1 **Ataay**, Faruk, “Sağlık Reformu ve Yurttaşlık Hakları”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 41, S. 3, Eylül 2008, 74; **Tuaç, Pelin**; *Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Aile Hekimliği: Hukukî Bir Değerlendirme*, İzmir 2009, 135.

2 Ülkemiz sağlık hizmetlerinin gelişimi ve organizasyonunda, koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetlerinin bireylere ulaştırılması yönündeki çalışmalar Cumhuriyetin ilanından günümüze kadar uzanan gelişim sürecinde hız kazanmıştır. Cumhuriyetin ilan edilmesinin ilk yıllarında itibaren ülkemizdeki bugünkü sağlık teşkilatlandırması ve sağlık hizmetlerinin temeli atılmıştır. Cumhuriyet döneminde bir yandan tedavi hizmet ağını genişletmek istenirken öteki yandan da koruyucu sağlık hizmetlerinde büyük bir atağa geçilmiştir. Cumhuriyet’in ilanı sonrası Dr. Refik Saydam ülkemizde sağlık hizmetlerinin kuruluşunda ve gelişmesinde büyük katkılar sağlamıştır. Umumi Hıfzısıhha Kanunu (1930)’nda yer alan sağlık politikaları sağlık hizmetlerinin planlanması ve programlanması, koruyucu ve tedavi edici hekimliğin yürütülmesi, bulaşıcı hastalıkların önlenmesi, tıp fakültelerine ilginin artırılmasına yönelik ilkeler mevcut olup bu ilkeler ışığında sağlık hizmetleri, “geniş bölgede tek amaçlı”/ “dikey örgütlenme” modeli ile yürütülmüştür. Nüfusun çok olduğu yerlerden başlayarak muayene ve tedavi evleri açılmış, koruyucu sağlık hizmetlerinde çalışan hekimler desteklenmiş günümüz sağlıkta dönüşüm programının temelleri daha o zamanlar da atılmıştır. Çağdaş aile hekimliği ile ülkemizde sağlık hizmetlerinin tüm bireylere coğrafi açıdan dengeli şekilde ulaştırılabilmesi, birinci basamak sağlık hizmetlerinin toplumun katılımını sağlayacak şekilde bireylerin yaşadıkları ve çalıştıkları yerlerde koruyucu, tanı koyucu tedavi ve rehabilite edici yönleriyle sunmak temel hedefimizdir. Sağlık hizmeti sunumunda, birinci basamak sağlık hizmetlerinin sürekli eğitimle geliştirilmesi ve güçlendirilmesi,

acil eylem planında yer almış olan ve genel sağlık sigortasının birinci basamağını oluşturacak aile hekimliğine hazırlık olmak üzere, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmadan önce 2004 yılında 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun çıkarılmıştır.

Ülkemizde 5258 sayılı Aile Hekimliği pilot uygulaması hakkında kanun 24.11.2004 tarih ve 25650 sayılı Resmi Gazete’de, ardından sırasıyla Aile Hekimliği pilot uygulaması hakkında yönetmelik 06.07.2005 tarih ve 25867 sayılı ve Aile Hekimliği pilot uygulaması kapsamında Sağlık Bakanlığı’na çalıştırılan personele yapılacak ödemeler ve sözleşme şartları hakkında yönetmelik 12.08.2005 tarih ve 25904 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu kapsamda 15.09.2005 tarihinde Aile Hekimliği Pilot Uygulamasına Düzce ilimizde geçilmiştir. Halen 81 ilimizde birinci basamakta Aile hekimliği modeli uygulanmaktadır. Aile Hekimliği uygulama yönetmeliği 25.05.2010 tarih ve 27591 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve bu yönetmelik 06.07.2005 tarih ve 25867 sayılı Aile Hekimliği pilot uygulaması hakkında yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır. 2010 yılı sonunda tüm illerimizde Aile Hekimliği uygulamasına geçilmiştir<sup>3</sup>.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun ile genel sağlık sigortasının alt yapısının oluşturulması hedeflenmiştir. Nitekim bu husus, 5258 sayılı Kanununun 1. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bu*

---

çalışan hekimler ile diğer sağlık elemanlarının özendirilmesi, birey ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulması koruyucu sağlık sistemine ağırlık verilmesi ve kabul edilebilir sevk sisteminin uygulanması ana ilkelerdir. Bu ilkeler ikinci basamakta yığılmayı engelleyecek, ikinci basamakta tedavi edilemesi gereken hastalara yeterince zaman ayrılmasını sağlayacaktır. Aile hekimliğinin multidisipliner bir sağlık yaklaşımı olduğu düşünülürse bütüncül bir sağlık hizmeti yaklaşımını öngörür. Güvene dayalı iletişim kurar, sorunları fiziksel, psikolojik ve sosyal yönleriyle ele alır. Birey merkezli olmasının yanında bütüncüleştiricilik, süreklilik, aile ve topluma yönelik olma özellikleri nedeniyle aile hekimliği uygulamasının önemli bir yapı taşıdır. Gittikçe artan orandaki yaşlı nüfusun temel sağlık hizmeti gereksinimleri, onları tanıyan ve kolay ulaşabilecekleri aile hekimleri vasıtasıyla çok daha etkili olarak karşılanabilecektir..... Dünya Sağlık Örgütü, 2010 yılına kadar insanların aile ve topluma dayalı temel sağlık hizmetlerine daha iyi ulaşabilmesini, Alma Ata kongresinde de alınan kararın devamı olarak 21. yüzyılda “Herkes için Sağlık” anlayışını hedefleri arasında saymaktadır. Bu hedefi gerçekleştirmeyi amaçlayan Sağlıkta Dönüşüm Programı, aileye dayalı temel sağlık hizmetlerini gerekli eğitim ve beceri ile donanmış sağlık ekipleriyle, entegre bir şekilde sunmayı öngörmektedir. Dünyanın pek çok ülkesinde aile hekimliği başarıyla uygulanmış olup ülkemizdeki aile hekimliği uygulama çalışmaları desteklenmektedir. (naklen <http://ailehekimligi.gov.tr/aile-hekimlii/tuerkiyedeki-aile-hekimlii.html>, UT. 22.05.2015).

<sup>3</sup> <http://ailehekimligi.gov.tr/aile-hekimlii/tuerkiyedeki-aile-hekimlii.html>, UT. 22.05.2015).

*Kanunun amacı; Sağlık Bakanlığının pilot olarak belirleyeceği illerde, birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülmesini teminen görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statüsü ve mali hakları ile hizmetin esaslarını düzenlemektir.” hükmüne yer verilmiştir.*

## II. AİLE HEKİMİ KAVRAMI

### A. Genel Olarak

Aile hekimliğinden söz edebilmek için, öncelikle bunu icra etmeye yetkili bir kişi tarafından yapılmış olması gerekir. Hatta bazı yazarlar, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli şartlardan en önemlilerinden birini, müdahalede bulunanın hekim olması, unsurunun oluşturduğunu iddia etmektedirler<sup>4</sup>. Hekimler, uzmanlık seviyelerine göre, "*pratisyen hekimler*" ve "*uzman hekimler*" olmak üzere iki ayrı gruba ayrılırlar. Pratisyen hekimler, sadece lisans eğitime dayalı olarak tıp mesleğini icra eden kişilerdir. Uzman hekimler ise, lisansüstü eğitim görmüş kişilerden oluşur. Hukukumuz bakımından uzmanlık eğitimi, 5.4.1973 tarihli ve 7/6229 sayılı Tababet Tüzüğü hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Uzman hekimler, kendi ihtisas sahalarına göre isimler alırlar ve bu dala ilişkin cerrahi müdahaleleri yapabilirler. Buna paralel olarak TŞSTİDK'un 23. maddesi de, "*Önemli cerrahi müdahaleler*"in yapılabilmesi için ihtisas diplomasını aramaktadır. Ayrıca 3153 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerine göre "*röntgen şuaı, radyum emisyonu yahut radyum mürettebatı ile veya her türlü elektrik aleti ile teşhis ve tedavi yapmak bu dalda uzmanlığı gerektirir*" hükmünü ihtiva etmektedir.

Son dönemlerde, tıp fakültesi lisans eğitiminin poliklinik aşamasında bulunan son sınıf öğrencilerine "*intörn hekim*" adı verilmektedir. İntörn hekimlere üniversite öğretim elemanının gözetimi altında tedavi faaliyetlerine katılma imkânı tanınmıştır.

Hukukumuz bakımından kimlerin tıp mesleğini yürütmeye yetkili oldukları, 11. 4. 1928 tarih ve 1219 sayılı TŞSTİK ile 23. 11. 1953 Tarih ve

<sup>4</sup> **Bayraktar, Köksal;** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, 11 vd; **Özek, Çetin;** Hekim ve Hukuk, Tıbbî Müdahalelerde Bulunmak Hakkının Sınırları, İTFM 1965, C. XXVIII, S. 4, 450; **Sarıal, Enis;** Sağlık arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, 50 vd.

6023 sayılı TTBK hükümlerinde tespit edilmiştir. Buna göre, hekimlik mesleğinin icrası için Türk vatandaşı olmak (TŞSTİDK. m. 1), tıp fakültesi diplomasına sahip olmak (TŞSTİDK. m.2), tabip odasına kayıtlı olmak (TTBK.m.7), hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak (TTBK. m.39/I, C) şartları aranmaktadır. Konunun önemi açısından bu şartları daha yakından incelemekte fayda vardır.

Ülkemizde hekimlik mesleğinin nasıl sürdürüleceği, 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da düzenlenmiştir. 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında hekimlik sanatını icra edebilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır<sup>5</sup>.

### **B. Aile Hekimi Kavramının Tarihçesi**

19. yüzyılda sanayi devrimi döneminde çok ağır koşullar altında çalışmaya başlayan işçi sınıfının haklı taleplerini bastırabilmek için oluşturulan ilk sigorta uygulamaları (1883 – Almanya) ve bununla bağlantılı olarak madenlerde, fabrikalarda, çalıştırılan hekimler aile hekimi olarak adlandırılmasalar da günümüz aile hekimliğinin başlangıcını oluşturduklarını söylemek mümkündür<sup>6</sup>. Zamanla işçi sınıfındaki örgütlenmenin gelişmesi ve sendikal hareketler sonucu hekimler muayene faaliyetine de başlamışlardır. Böylelikle daha çok Batılı ülkelerin ekonomik ve toplumsal yapılarına uygun, genellikle baktığı hasta ve listesindeki kayıtlı kişi başına ücret alan bir hekimlik şekli ortaya çıkmıştır<sup>7</sup>. Aile hekimliğinin uzmanlık dalı olarak ortaya çıkışı da diğer uzmanlık dalları gibi gereksinim sonucu olmuştur. Aile hekimliğine gereksinim ilk olarak, özellikle 1960'larda tıp biliminde uzmanlaşmanın artması sonucunda hastaların tedavi görememesi ve insanları bir bütün olarak ele alacak bir uzmanlık dalının gereksinimi sebebiyle ortaya çıkmıştır.

1948'de İngiltere'de Ulusal Sağlık Hizmetlerinin kurulmasıyla oluşturulan aile hekimliği, ilk kez bir uzmanlık dalı olarak, 1952'de İngiltere'de "Aile Hekimleri Kraliyet Koleji"nin (Royal College of General

---

<sup>5</sup> **Belek İlker/Kılıç Bülent**; "10 Soruda Aile Hekimliği – Doktorluğu, Yanlışlar Değil Doğrular, Yalanlar Değil Gerçekler", Toplum ve Hekim, Kasım-Aralık 2003, C. 18, 6, 414.

<sup>6</sup> **Belek/Kılıç**, 414; **Tuaç**, 136-137.

<sup>7</sup> **Belek/Kılıç**, 415; **Rakel Robert E.**, "Textbook of Family Practice", The Family Physician, 5<sup>th</sup> Edition, Philadelphia 1995, 12; **Tuaç**, 137.

Practitioners) kurulmasıyla da resmîyet kazanmıştır<sup>8</sup>. İngiltere’den sonra Amerika Birleşik Devletleri ve 1970’li yıllardan itibaren de Fransa, Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz gibi ülkeler aile hekimliğini bir uzmanlık dalı olarak tanımıştır. Nitekim aile hekimliğinin uluslararası örgütü olan WONCA<sup>9</sup> aile hekimliğinin kuruluş amacına uygun bir tanımlamaya yer vererek, aile hekimlerini artık *küresel aile hekimleri* olarak tarif etmektedir.

Aile hekimliği ülkemizde de tüm dünya ile birlikte eş zamanlı olarak 1970’li yıllarda tartışılmaya başlanmış ve o dönemlerde genel olarak sağlık ocağı hekiminin görevlerinden biri olarak düşünülmüş, ayrı bir uzmanlık olması fikri genel olarak kabul görmemiştir<sup>10</sup>.

Aile hekimliği ülkemizde ilk olarak 1983 yılında yapılan değişiklik ile Tababet Uzmanlık Tüzüğü’nün 10. maddesinde yer almıştır<sup>11</sup>. İlk Aile Hekimliği Anabilim Dalı ise 1984 yılında Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde kurulmuş ancak faaliyete geçememiştir<sup>12</sup>. YÖK Yürütme Kurulu’nun 24.06.1993 tarihli toplantısında, Üniversiteler Arası Kurul’un olumlu görüşe de dikkate alınarak, aile hekimliği bölümlerinin Dâhili Tıp Bilimleri Bölümüne bağlı bir Anabilim Dalı olarak kurulmasına karar

<sup>8</sup> Wonca, 1972 yılında, Melborn’de, 5. Dünya Genel Pratisyenlik Kongresi sırasında resmen kurulmuştur. Wonca, “Dünya Aile Hekimleri/Genel Pratisyenler Ulusal Kolej, Akademi ve Akademik Kuruluşları Birliği”; yani, “The World Organization of National Colleges, Academies and Academic Associations of General Practitioners / Family Physicians” ifadesinin ilk beş kelimesinin baş harflerinden oluşan bir akronimdir. Kısa adı ile “Dünya Aile Hekimleri Örgütü”; yani “World Organization of Family Doctors” olarak ifade edilir. Wonca’nın misyonu aile hekimliğinin ilke ve görevlerini tanımlamak, değerlerini yüceltmek; bireylere, aile ve toplum yönelimli kişisel, kapsamlı ve sürekli bakım vermeyi destekleyerek aile hekimlerinin verdiği hizmetin yüksek standartlarını koruyup geliştirmek; akademik kuruluşlarının gelişmesine destek vermek; üye kuruluşlar arası bilgi ve deneyim paylaşımına uygun ortam sağlayarak, eğitim, araştırma ve hizmet sunumu aktivitelerini temsil etmek ve tüm bunların sayesinde dünya insanların yaşam kalitesini yükseltmektir. 1990 yılında kurulmuş olan Türkiye Aile Hekimleri Uzmanlık Derneği (TAHUD), 2003 yılı dan beri Wonca’ya tam üyedir (**Karataş İrep**, “Dünden Bugüne Wonca”, Aile Hekimliği Dergisi, C. 2, 4, Y. 2008, 6); Bu tarife uygun olarak da 2003 yılından itibaren Wonca’nın erişim sitesinin adresi, [www.globalfamilydoctor.com](http://www.globalfamilydoctor.com), olarak kullanılmaktadır.

<sup>9</sup> **WONCA:** World family Doctors Caring People, (Dünya Aile Doktorları Birliği).

<sup>10</sup> **Tüzer/Görpeliolu**, 848.

<sup>11</sup> 18.04.1973 tarih ve 14511 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Daha sonra bu tüzüğün yerine, 19.06.2002 tarih ve 24790 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tıpta Uzmanlık Tüzüğü çıkarılmıştır. Ancak söz konusu Tüzükte aile hekimliği kavramı hiç yer almamaktadır.

<sup>12</sup> **Tüzer/Görpeliolu**, 848.

verilmiştir. Bu gelişme üzerine aynı yıl Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde Aile Hekimliği Anabilim Dalı kurulmuştur. Türkiye'de Aile Hekimliği Anabilim Dalı kurulmuş olan tıp fakültelerinin sayısı 38'dir<sup>13</sup>. Aile Hekimliği alanında 5 profesör, 11 doçent ve 35 yardımcı doçent, 1100'ü aşan uzman ve yüzlerce araştırma görevlisi bulunmaktadır<sup>14</sup>.

### C. Aile Hekimi Kavramının Tanımı

Ulusal mevzuatımızdaki aile hekimliği tanımını incelemeye geçmeden önce WONCA tarafından yapılan ve aile hekimliğinin insanın organ ya da sistemlerini inceleyen diğer klinik uzmanlık dallarından farklı bir uzmanlık dalı olduğunu vurgulayan tanımını belirtmekte fayda bulunmaktadır<sup>15</sup>. İlgili tanıma göre, aile hekimleri yaş, cinsiyet ve rahatsızlık ayrımı yapmaksızın tıbbî bakım arayan her bireye kapsamlı ve sürekli bakım sağlamadan sorumlu kişisel doktorlardır. Bireylere kendi aile, toplum ve kültürleri bağlamında hizmet sunarlar; bunu yaparken her zaman hastalarının bağımsız kişiliklerine saygı duyarlar. Rahatsızlıklarının yönetimini hastalarıyla görüşürken, yineleyen temaslarla oluşan bilgi birikimini ve güveni kullanarak fiziksel, ruhsal, toplumsal, kültürel ve varoluşsal etkenleri birlikte değerlendirirler. Aile Hekimleri mesleksi görevlerini, sağlığı geliştirerek, hastalıkları önleyerek, sağaltım, bakım ya da rahatsızlıklarda hafifleme sağlayarak yerine getirirler. Bu, sağlık gereksinimlerine ve hizmet sundukları toplumun var olan kaynaklarına göre ve gerektiğinde bu hizmetlere ulaşmada hastalara yardımcı olarak ya doğrudan kendileri tarafından ya da diğer meslek çalışanlarının hizmetleri aracılığıyla gerçekleştirilir. Aile hekimleri etkili ve güvenli bir hasta bakımı için, kendi becerilerini, kişisel yaşamlarındaki dengeleri ve değerleri sürdürme ve geliştirme sorumluluğunu üstlenmek zorundadırlar.

1978'de yapılan Alma Ata Uluslararası Birinci Basamak Sağlık Hizmetleri Konferansı'nın sonuç bildirisinde de, verilmesi gereken hizmetler yedinci madde içinde, yukarıdaki tanımla uyumlu bir şekilde sıralanmıştır<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> **Dilek Zühal**; Türkiye İşçi Emeklileri Derneği, Aylık Haber Bülteni, Şubat 2009, Y. 6, 76, 6.

<sup>14</sup> **Dilek**, 6.

<sup>15</sup> **Wonca Europe**; Aile Hekimliği/Genel Pratisyenlik Avrupa Tanımı, Türkiye Aile Hekimleri Uzmanlık Derneği Yayınları - 3, 2002, 5.

<sup>16</sup> **WHO**, International Conference on Primary Health Care, Alma-Ata, USSR, 6-12 September, 1978.

5510 sayılı Kanun'un<sup>17</sup> “tanımlar” başlıklı 3. maddesinde ve Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin aynı başlıklı 4. maddesinde aile hekimi, Sağlık Bakanlığı tarafından aile hekimi olarak yetkilendirilen ve Kurum ile sözleşme yapmış hekim olarak tanımlanmıştır (5510 m. 3/24; GSSY m. 4/I-a).

Aile hekimliği konusunda daha kapsamlı bir tanım yapan Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun<sup>18</sup>'a göre aile hekimi, “kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabiptir” (5258 m. 2). Aynı tanım, Aile Hekimliği Uygulaması Hakkında Yönetmelik ve Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelikte<sup>19</sup> de yer almaktadır (Pilot Yön. m. 3; Ödeme Yön. m. 3).

### III. AİLE HEKİMİ OLABİLMENİN ŞARTLARI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, öğretilerde ve uluslararası literatürde de kabul gördüğü üzere, aile hekimliği herhangi bir “finansman sistemi” ya da “hizmet sunum organizasyon şekli” değil, birinci basamak sağlık hizmetlerinin sunumunda yer alan bir “uzmanlık dalı” bir “tıp disiplini”dir<sup>20</sup>. Dolayısıyla bundan sonraki açıklamalarımızı bu hususu dikkate alarak yapmayı uygun görmekteyiz.

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'da yapılan aile hekimliği tanımında aile hekimi olabilmek için, tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip olmak gerektiği vurgulanmaktadır (m. 2/I). Aynı şekilde, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelikte, sözleşme ile çalıştırılacak aile hekimlerinde aranan şartlar belirtilmiştir:

<sup>17</sup> RG.T. 16.06.2006, S. 26200, KT. 31.05.2006.

<sup>18</sup> RG. T. 09.12.2006, S. 25665.

<sup>19</sup> RG. T. 30.12.2010, S. 27801.

<sup>20</sup> Pekcan/Uğurluoğlu, 822; Sözer, 7; Tüzer/Görpelioğlu, 850.



1. Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili olmak,
2. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun<sup>52</sup> 48. maddesinin (A) bendinin 4., 5. ve 7. alt bentlerinde belirlenen şartları taşımak,
3. Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’ne göre aile hekimliği uzmanı olmak,
4. Sağlık Bakanlığı’nın öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip olmak,
5. Sağlık Bakanlığı’nın öngördüğü eğitimleri alan (uzman olmayan) tabip olmak (Ödeme Yön. m. 5).

Kanun ve Yönetmelikte hükme bağlanan söz konusu düzenlemelerden, aile hekimi uzmanı ve aile hekimi şeklinde iki farklı kavram ortaya çıkmaktadır. *Birincisi*, 3 yıl hastanelerde, üniversitelerde, ilgili kanunlarla kendisine yetki verilen kurumlar tarafından eğitilerek uzmanlık belgesi almaya hak kazanmış aile hekimi uzmanları. *İkincisi*, sadece Sağlık Bakanlığı’nın verdiği eğitimleri alan diğer uzman hekimler veya pratisyen hekimler. Bu iki grup hekim de aile hekimi olabilmektedir. Ancak aile hekimliği bir uzmanlık dalı, bir tıp disiplini olarak kabul görmekte ise, aile hekimi uzmanı ile aile hekimini aynı değerlendirmemek gerekmektedir. Şu anda Sağlık Bakanlığı geçici bir dönemde mevcut pratisyen hekimleri kısa bir eğitimden geçirerek aile hekimi yapmaya çalışmaktadır. Ancak, aile hekimliği uzmanlık alanı ülkemizde yeni olduğu için, ihtiyacı karşılayacak sayıda uzman hekim istihdam edebilmek mümkün görülmemektedir<sup>21</sup>. Anılan nedenle, 5258 sayılı Kanun’da uzman tabip veya (uzman olmayan) tabiplerin sözleşme yapılarak aile hekimi olarak çalıştırılabileceği kabul edilmiştir. Ancak sağlık hizmetlerinin sağlık ve yaşam hakkının sağlanması açısından önemi dikkate alındığında, aile hekimi uzmanı olmayan, sadece Sağlık Bakanlığı eğitimlerini alan uzman tabibi veya tabibi aile hekimi olarak kabul etmek kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir<sup>22</sup>.

Aile hekimi uzmanı olmayanların aile hekimi olabilmeleri için getirilen

<sup>21</sup> Türkiye’de kapsamlı bir aile hekimliği uygulamasına geçmek için yaklaşık 20.000 aile hekimine ihtiyaç olduğu tahmin edilmektedir (**Belek/Kılıç**, 418; **Dilek**, 6). Kısa sürede bu kadar aile hekimi yetiştirmenin imkânsız olduğu düşünüldüğünde de, aile hekimliğine geçiş sürecinde pratisyen hekimlerin kısa bir eğitimden sonra aile hekimi olmasının kaçınılmaz olduğu savunulmuştur (**Algın Kürşat/Şahin İsmet/Top Mehmet**, “Türkiye’de Aile Hekimlerinin Mesleki Sorunları Çözüm Önerileri”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 7, 3, 2004, 272; **Dilek**, 6). Pratisyen hekimlerin kısa bir eğitimden sonra aile hekimi olmasının kaçınılmaz olduğu savunulmuştur (**Algın Kürşat/Şahin İsmet/Top Mehmet**, “Türkiye’de Aile Hekimlerinin Mesleki Sorunları Çözüm Önerileri”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 7, 3, 2004, 272; **Dilek**, 6).

<sup>22</sup> **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 923; **Okur/Ergin**, 634.

eğitim şartı, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'te hükme bağlanmıştır. Yönetmeliğin eğitim başlıklı 17. maddesine göre, “Aile hekimlerine iki aşama halinde eğitim verilir ve bu eğitimlerin içeriği Bakanlıkça belirlenir. Birinci aşama eğitim programının süresi en çok on gündür. İkinci aşama eğitimi ise uzaktan eğitim tarzında yapılacak şekilde planlanarak birinci aşama eğitiminin bitiminden sonra başlar ve süresi en az on iki aydır. Bu eğitimlerde Bakanlığın belirlediği kriterlere göre başarılı olmak esastır”. İki aşamalı eğitimin süresi ve içeriği Bakanlık tarafından belirlenecektir. Aile hekimliği uzmanlarının birinci ve ikinci aşama eğitimlere katılması zorunlu değildir (Pilot Yön. m. 17/II). Bunun yanında, Aile hekimliği uzmanlarının birinci ve ikinci aşama eğitimlere katılması zorunlu değildir. Sözleşme imzalamış aile hekimliği uzmanları, uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; içeriği, süresi ve standartları Bakanlıkça belirlenen diğer hizmet içi eğitimlere alınabilirler. Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, bu madde kapsamında alınması öngörülen her eğitim süresinin en az % 80' ine devam etmek zorundadırlar (Pilot Yön. m. 17/III).

Eğitimin ilk aşaması olan on günlük süreçte aile hekimlerine, görevleri, hastayla iletişim, birinci basamak sağlık hizmetlerinin temel özellikleri, sağlıkta örgütlenme ve finans modellerinin yapısı, hasta kayıt ve kodlama sistemleri konularında eğitimler verilmektedir<sup>23</sup>. Ayrıca kurs öncesi ve sonrasında adaylara ön test ve son test uygulanmakta olup, kursun sonunda belirli bir sınav öngörülmemiştir. Kursu başarıyla tamamlamanın tek şartı devam olarak belirlenmiş ve başarılı olup olmamayı sınavın herhangi bir ölçüt getirilmemiştir<sup>24</sup>. Nitekim eğitimin tamamına katılanlara başarılı olduklarını değil, sadece katılım sağladıklarını belgeleyen “Uyum Programı Katılım Sertifikası” adı altında bir sertifika verileceği öngörülmüştür<sup>25</sup>.

Eğitimin ikinci aşaması olan bir yıllık eğitim ise görev yerinde eğitim ve koçluk yöntemlerinin kullanılacağı bir süreci ifade etmektedir<sup>26</sup>. Bu eğitimi tamamlayan hekimlere de “Aile Doktorluğu Sertifikası” adı altında bir sertifika verileceği ifade edilmiştir<sup>27</sup>. Görev yerindeki bir eğitimden söz

---

<sup>23</sup> Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 923; Okur/Ergin, 634.

<sup>24</sup> Görpelioğlu, 8; Sözer, 8.

<sup>25</sup> Görpelioğlu, 8.

<sup>26</sup> Görpelioğlu, 7.

<sup>27</sup> Uğurlu, Mehmet/Kasım, İsmail/Korukluoğlu, Sinan/Üstü, Yusuf/Doğusan, Ahmet Reşat; “Aile Doktorluğunda Özlük Haklar”, Aile Doktorları İçin Kurs Notları, 1. Aşama, Sağlık Bakanlığı, Ankara 2004, 210.

edildiğine göre, aile hekimi on günlük olan birinci aşama eğitimden sonra göreve başlamış olacak ve ikinci aşama eğitimi bundan sonra gerçekleşecektir. Yani aile hekimliği uzmanlık eğitimi almamış bir hekimin on günlük eğitim sonrasında aldığı sertifika ile aile hekimi olarak göreve başlaması söz konusudur. Paralel yönde bir düzenlemeyi Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in Aile Hekimliği Uygulamasında Atama ve Nakille İlgili Usul ve Esaslar başlıklı EK-1 düzenlemesinin 2. maddesinde görmekteyiz. Uyum Programı Katılım Sertifikası alan ve birinci aşama uyum eğitimi verdiğini belgeleyen uzman tabip veya tabiplerin, eğitici olarak katıldığı her bir eğitimin, Yönetmeliğin ekinde yer alan (EK-2)'deki tabloya göre ek puanlamaya tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddede sözleşme ile çalıştırılacak aile hekimlerinin ilk yerleştirmelerinde uygulanacak esaslar belirlenmiş ve yine hekimin tabi tutulduğu on günlük eğitim, aile hekimi olabilmesi için yeterli görülmüş. Bunun yanında alınan her eğitimin puan olarak eklenmesi de düzenlenmiştir.

Aile sağlığı elemanı olabilmek için ise, sağlık meslek liseleri veya yüksek öğrenim kurumlarının ebelik, hemşirelik veya sağlık memurluğu (toplum sağlığı) bölümlerinden mezun olmak gerekmektedir (Ödeme Yön. m. 5/D).

#### **IV. AİLE HEKİMLERİNİN STATÜLERİ**

##### **A. Genel Olarak**

Çalışmamızda aile hekimleri ile ilgili düzenlemelerde aile hekimleri için belirlenen statülere ve özelliklerine yer verildikten sonra söz konusu bilgiler ışığında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının hangi statüde ve hangi tür sözleşme ile istihdam edildikleri konusu tartışılacaktır. Çünkü bu hususları tespit edebilmek için aile hekimleri ile ilgili yapılan düzenlemelerin ayrıntısıyla incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aile hekimlerinin 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8. maddesi ile çalışma esas ve usulleri ile tüm özlük haklarının Yönetmeliklerle düzenlenmesinin öngörülmesi karşısında, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi kuralına aykırıdır.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un personelin statüsü ve mali haklarını düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrasında, Sağlık Bakanlığı'nın hekimlerle aile hekimliği sözleşmesi yapmaya yetkili

olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca aynı aile sağlığı merkezinde görev yapan her bir aile hekimi ayrı ayrı sözleşme yapmak zorundadır (Pilot Yön. m. 20/I).

Yukarıda da ifade edildiği üzere, aile hekimliği ile ilgili düzenlemeler ileride çıkarılacak genel sağlık sigortasına hazırlık olmak üzere getirilmiştir. Ancak 5258 sayılı Kanun ile daha sonra çıkarılan 5510 sayılı Kanun arasında uyumsuzluklar bulunmaktadır. Söz konusu uyumsuzluklardan biri, 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinde yapılan aile hekimi tanımıdır. Tanıma göre, aile hekimi, Sağlık Bakanlığı tarafından aile hekimi olarak yetkilendirilen ve Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşme yapmış hekimdir (5510 m. 3/I-24). Oysa daha önce yürürlüğe giren 5258 sayılı Kanun, aile hekimlerinin Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapacaklarını düzenlemiştir. Pilot olarak aile hekimliğinin uygulandığı illerde de aile hekimleri Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapmaktadır. Ancak, asıl olarak amaçlanan aile hekimlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşme yapması ve buna bağlı olarak sistemin Genel Sağlık Sigortası'ndan finanse edilmesidir<sup>28</sup>. Pilot uygulama kapsamında sistem şimdilik Sağlık Bakanlığı bütçesinden finanse edilerek ücretsiz olmakla beraber, sistem tam olarak uygulandığında Genel Sağlık Sigortası'ndan finanse edilecektir. Nitekim Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğinin geçiş hükümlerini düzenleyen geçici 1. maddesinin 8. fıkrası uyarınca, Sağlık Bakanlığı ile yapılan aile hekimliği sözleşmelerinin Kurumca aile hekimleri ile sözleşmeler yapıncaya kadar geçerli kabul edileceği belirtilerek, sistemin Genel Sağlık Sigortası'na aktarılacağı öngörülmektedir. Sistem Genel Sağlık Sigortasına aktarıldıktan sonra, hastaların aile hekimliği hizmetlerinden yararlanabilmeleri için primlerini düzenli ödemeleri gerekecek, aksi takdirde hizmetten yararlanamazlar.

Bir diğer tartışma konusu, Sağlık Bakanlığı'nın kimlerle aile hekimliği sözleşmesi yapacağı ve bunların statülerinin ne olacağı hususudur. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında kamu kurumlarından eleman temin edilememesi ve ihtiyaç duyulması halinde kamu görevlisi olmayan aile hekimi çalıştırılabileceğinin düzenlenmesi, aile hekimlerinin öncelikli olarak kamu görevlileri arasından çalıştırılacağı anlamına gelmektedir. Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in Aile Hekimliği Uygulamasında Atama ve Nakille İlgili Usul ve Esaslar başlıklı EK-1 düzenlemesinin 2. maddesinde sözleşme ile çalıştırılacak aile hekimlerini kamu görevlisi olan hekim ve uzman hekimlerden ayrıca, kamu görevlisi olmayan hekim ve uzman hekimlerden de bahsedilmektedir (Pilot Yön. Ek-1 m. 2). Bu durumdaki uzman hekim ve

---

<sup>28</sup> Ataay, 175; Okur, 130; Sözer, *Kimin Yararına*, 30.

hekimlerle Sağlık Bakanlığı'nın önerisi ve Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine, aile hekimliği sözleşmesi yapılmaktadır (5258 m. 3/II).

Aynı maddenin 1. fıkrasına göre, “*Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı ... kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakati üzerine... sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir*” (5258 m. 3/I). Nitekim aynı yönde bir düzenleme Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelik'in 1. maddesinde de, Sağlık Bakanlığı'nca aile hekimleri ile sözleşme yapılacağı veya Sağlık Bakanlığı'nca uzman tabip/tabiplerin görevlendirileceği düzenlenmiştir (Ödeme Yön. m. 1). Aynı şekilde, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in Aile Hekimliği Uygulamasında Atama ve Nakille İlgili Usul ve Esaslar başlıklı EK-1 düzenlemesinin 2. maddesinde sözleşme ile çalıştırılacak aile hekimleri ile görevlendirme hususu ayrı ayrı ifade edilmiştir (Pilot Yön. Ek-1 m. 2/A, C).

Ayrıca 28.03.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>29</sup> ile 7.05.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 5. maddesine eklenen yeni bir fıkra ile aile hekimi ihtiyacının kamu görevlisi olan hekimlerle sözleşme yapılması veya resen görevlendirilmeleri suretiyle karşılanması ile ilgili; “*Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personel, buldukları ilde sözleşmeli aile hekimi olarak çalıştırılabilirler veya ihtiyaç halinde aile hekimliği uygulamaları için görevlendirilebilirler ...*” hükmü getirilmiştir.

Diğer bir grup istihdam edilen aile hekimi ise, kamu görevlisi olmayan, ancak Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan uzman tabip ve tabiptir (5258 m. 3/II). Bu kişiler Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü ile sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir.

Yukarıda ifade edilen düzenlemelerden üç sonuç ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, kamu kurumlarında görevli hekimler talepte bulunarak ve kurumlarının da izinleri ile aile hekimi olarak ve sözleşme temeline dayanarak görev yapabileceklerdir. İkinci olarak ise, Sağlık Bakanlığı aile

---

<sup>29</sup> 04.04.2007 tarih ve 26483 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

hekimini olabilecek niteliklere sahip personelini bu göreve resen atayabilecektir<sup>30</sup>. Üçünü olarak da, kamu görevlisi olmayan hekimler, kendi istekleri doğrultusunda Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yaparak aile hekimi olabileceklerdir.

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinde aile hekimlerinin statülerini belirleye(meye)n ve üzerinde durulması gereken bir ifade kullanılmıştır. Şöyle ki, kamu görevlisi olan aile hekiminin statüsü, "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılacak hekim" olarak tanımlanmaktadır (5258 m. 3/I). Hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 128. maddesi, "Devletin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eli ile yürütülür" hükmünü getirmiştir. Ayrıca kamu görevlilerinin nitelikleri, atanması, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği de ifade edilmiştir. Bunun yanında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 5. maddesi gereği, kamu görevlileri ancak bu Kanunda tanımlanan biçimlerde çalıştırılabilmektedir<sup>31</sup>. 5258 sayılı Kanun'da, "657 sayılı Kanun'a bağlı olmaksızın" demekle, kanuna ve Anayasa'ya aykırı bir düzenleme yapılmaktadır. Netice itibarıyla, Kanundaki söz konusu düzenlemelerden aile hekimleri hukukî statüsü belirsiz bir konuma getirilmiştir.

Hukukumuzda karşılığı bulunmayan bir statü öngören yukarıdaki maddenin ve devamla 6. maddede yer alan, "aile hekimi ve aile sağlığı elemanları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda devlet memurları gibi kabul edilirler" hükmünün bir arada uyumlu bir şekilde hukuk içinde irdelenmesi çok zordur. Mevcut düzenleme, aile hekimlerini *statüsüz* bir konuma sokmakta, onlara uygulanacak hukuku da belirsiz bırakmaktadır. Aile hekimlerinin sağlık hizmeti sunduğu ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı olarak sözleşme ile çalıştıkları düşünüldüğünde, aşağıda ayrıntıları ile incelenecek olan

---

30 Sözer, *Organizasyon*, 9.

31 657 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, bu Kanuna tabi kurumların, 4. maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramayacakları düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı da genel bütçeli kurumlar içinde sayıldığından 657 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre bu Kanuna tabi bir kurumdur ve 4. maddedeki dört istihdam şeklinden birine göre personel çalıştırılmalıdır. 4. maddedeki istihdam şekilleri şunlardır: memur, sözleşmeli personel, geçici personel, işçi.

sözleşmeli personel statüsünün aile hekimlerinin istihdam biçimlerine daha uygun olduğu ifade edilebilir.

### **B. Kamu Görevlisi Olan ve Sözleşme İle Çalışan Hekim ve Uzman Hekimler**

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, *“Sözleşmeli olarak çalışan aile hekimi ve aile sağlığı elemanları kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar ve bunların kadroları ile ilişkileri devam eder. Bu personel, talepleri halinde eski görevlerine atanırlar ve sözleşmeli statüde geçen süreleri kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirilir.”* hükmü getirilmiştir (5258 m. 3/III). Söz konusu hükümde, kamu görevlisi olup daha sonra sözleşmeli aile hekimi olarak çalışmaya başlayanlar için kadroları ile ilişkilerinin süreceği, bir *“aylıksız veya ücretsiz izinli”* statüsü oluşturulacağı, talepleri halinde eski görevlerine atanacakları ve sözleşmeli sürelerinin intibaklarının yapılacağı belirtilmektedir<sup>32</sup>. Aile Hekimliği Pilot

<sup>32</sup> Ağustos 2005'te kamu sendikalarına dağıtılan *“Kamu Personeli Kanun Tasarı Taslağı”* 53. maddesi ile kadrosu kaldırılan memurların en geç 6 ay içinde kendi kurumlarında niteliklerine uygun kadroya atanacağı veya aynı pozisyonda olmak üzere kurumlarında olanak yoksa başka bir kurumda olmak üzere görevlendirileceği ve geçici 1. maddesi ile, kadrolar herhangi bir nedenle boşaldığında başka işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı düzenlenmektedir. Bu taslak, bu hali ile yasalaştığı takdirde, boşalmış bulunan kadroların iptali sonucu, aile hekimliğini *“sözleşmeli”* yapmayı kabul eden devlet memuru bir sağlık ocağı hekiminin ilişkisinin süreceği bir kadrosu kalmayacağından, geri dönme talebi halinde kadrosu ve buna bağlı haklarının korunacağına ilişkin düzenleme, gerçeği ifade etmemekteydi. Ancak 24.03.2007 tarih ve 26472 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in 13. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişikliğe göre memur, aile hekimliği uygulaması nedeniyle ücretsiz izne ayrıldığı birimin kaldırılması halinde bu birimin bulunduğu İlçe Sağlık Grup Başkanlığına atanır. Böylece hekimin geri döndüğü aynı kadro görev yerinde kalmama hali olanaklı hale getirilmiştir. Bir başka deyişle, dayanağı 5258 sayılı Kanun'da ve Yönetmelik'in eski halinde, açıkça bir düzenleme olmamakla, görünürde bir güvence verilirken, son değişiklik ile bu durum değiştirilmiştir. *“Memuriyet görevine geri dönen personelin”*, kadroya atanacağı veya aynı pozisyonda olmak üzere kurumlarında olanak yoksa başka bir kurumda olmak üzere görevlendirileceği ve geçici 1. maddesi ile, kadrolar herhangi bir nedenle boşaldığında başka işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı düzenlenmektedir. Bu taslak, bu hali ile yasalaştığı takdirde, boşalmış bulunan kadroların iptali sonucu, aile hekimliğini *“sözleşmeli”* yapmayı kabul eden devlet memuru bir sağlık ocağı hekiminin ilişkisinin süreceği bir kadrosu kalmayacağından, geri dönme talebi halinde kadrosu ve buna bağlı haklarının korunacağına ilişkin düzenleme, gerçeği ifade etmemekteydi. Ancak 24.03.2007 tarih ve 26472 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in 13. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişikliğe göre memur, aile hekimliği uygulaması nedeniyle ücretsiz izne ayrıldığı birimin kaldırılması halinde bu birimin bulunduğu İlçe Sağlık Grup

Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in 13. maddesi de, sözleşmeli aile hekimlerinin bu görevlerini yürüttükleri sürece kurumlarından ücretsiz izinli sayılacaklarını ve kadroları ile ilişkilerinin devam edeceğini düzenleyerek Kanun ile paralel bir düzenleme getirmiştir (Pilot Yön. m. 13/I).

Devlet Memurları Kanunu'nun 108. maddesinde tek tek sayılan ücretsiz izin alabilecek memurların derece, kademeleri ve kıdemleri ile ilgili hakları, Devlet Memurları Kanunu'nda ayrı maddelerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özel kanunlarla ikinci görev olarak sözleşmeli çalıştırılabilecekleri düzenlenen memurlar hakkında da Devlet Memurları Kanunu'nda (örneğin 657 ek geçici m. 47) düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak, Devlet Memurları Kanunu'nda böyle bir düzenleme olmaksızın aile hekimlerine sözleşmeli statüde geçen süreleri için derece ve kademe verilmesine ilişkin Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesindeki düzenlemenin kanaatimizce uygulanabilirliği tartışmalıdır. Çünkü 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu genel nitelikli olup tüm memurlara uygulanabilen bir kanundur. Yine Devlet Memurları Kanunu'nun 64. ve 68. maddelerinde kademe ve derecede ilerleme şartları arasında o yıl içinde olumlu sicil almış olma düzenlenmektedir. Ancak Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'da ve ilgili yönetmeliklerde aile hekimlerine sicil doldurulmasına ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, ücretsiz izinli memura sicil doldurulup doldurulamayacağı hususunda da mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda derece ve kademe ilerlemelerinin nasıl yapılacağı da belirsizleşmektedir.

Kamu görevlisi statüsünde çalışırken Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yaparak aile hekimi olan bu hekimlerin, kadroları karşılık gösterilen sözleşmeli personel statüsünde çalıştırıldıklarına şüphe yoktur. Zaten kamu görevlisi olan hekimlerin sözleşmeli personel niteliğindeki kamu görevlisi olarak kalmaya devam etmeyip, işçi veya geçici personel statüsünde olduklarını savunmak hukuka uygun olmayacaktır. Ancak, bu noktada tereddüt yaratan husus, yukarıda da söz edildiği üzere, bu hekimlerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na bağlı olmayacaklarının 5258 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olmasıdır (5258 m. 3/I). Ancak, aşağıda statülerini

---

Başkanlığına atanır. Böylece hekimin geri döndüğü aynı kadro görev yerinde kalmama hali olanaklı hale getirilmiştir. Bir başka deyişle, dayanağı 5258 sayılı Kanun'da ve Yönetmelik'in eski halinde, açıkça bir düzenleme olmamakla, görünürde bir güvence verilirken, son değişiklik ile bu durum değiştirilmiştir. “*Memuriyet görevine geri dönen personelin*”, aynı il içinde personel dağılım cetveline göre açık olan ve doluluk oranlarına göre ihtiyaç duyulan bir yere; “ilk 30 günde ve İl Sağlık Müdürlüğü'nün uygun görmesi halinde” ancak yer değiştirme suretiyle atanabileceği, daha sonra ise; “Bakanlık atama ve nakil mevzuatına tabi olacağı” düzenlenmektedir.



belirlerken yapacağımız açıklamalar ışığında bu düzenlemenin, aile hekimlerinin kamu görevlisi niteliğindeki sözleşmeli personel statülerini etkilemeyeceğini göreceğiz.

### **C. Kamu Görevlisi Olan ve Resen Görevlendirilen Hekim ve Uzman Hekimler**

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*Sağlık Bakanlığı... Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir*" hükmü ile Bakanlığın resen aile hekimi olmaya elverişli personelini göreve atayabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, "*Kadroya bağlı olarak veya sözleşmeli personel pozisyonlarında görev yapan personelden Sağlık Bakanlığınca... Görevlendirilenler...*" den bahsedilmektedir (5258 m. 3/IV). Pilot ilde boş aile hekimi pozisyonları bulunması halinde, görevlendirme suretiyle sözleşmeli aile hekimi çalıştırılabileceği hususu Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmeliğin atama ve nakillerle ilgili usul ve esasları düzenleyen ek-1'in 2. maddesinde de düzenlenmiştir (Pilot Yön. EK-1 m. 2/C).

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik görevlendirme suretiyle istihdam edilen aile hekimliğini iki şekilde düzenlemiştir. *Birincisi*, pilot il içinden görevlendirme yapılabilmektedir ve bu görevlendirme aynı ilçe içerisinde ise görevlendirme hiçbir süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır. *İkinci olarak*, farklı ilçeden görevlendirme yapılabilmektedir. Ancak bu görevlendirme de personelin rızası olmadan altı ayı geçemeyecek şekilde düzenlenmiştir (Pilot Yön. Ek-1 m. 2/C).

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, resen görevlendirilen personel, kadroya bağlı çalışan devlet memuru ise kadroya, şayet sözleşmeli personel olarak çalışmakta ise, sözleşmeli personel statüsüne bağlı kalmaya devam etmektedir. Görevlendirilerek çalıştırılacak personelin statüsünün "geçici personel" kapsamında değerlendirilmesi hususu aşağıda incelenmektedir.

### **D. Kamu Görevlisi Olmayan ve Sözleşme İle Çalışan Hekim ve Uzman Hekimler**

5258 sayılı Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasında, kamu personelinden sözleşmeli çalıştırmak üzere eleman temin edilememesi halinde görevlendirme yapılabileceği, ihtiyaç duyulması halinde kamu görevlisi olmayan kişilerin çalıştırılabileceği düzenlenmektedir (5258 m. 3/II). Bu durumda, pilot ilde boş aile hekimi pozisyonları bulunması halinde,

Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip sözleşmeli aile hekimi istihdam edilebilmektedir.

### **E. Aile Sağlığı Elemanları**

Aile sağlığı elemanlarının statüsü de aynı hükümlere tabidir. Kamu kurumlarında çalışan aile sağlığı elemanı, aile hekimi tarafından belirlenerek ve Sağlık Bakanlığı’na da uygun görülerek personel arasından seçilir ve sözleşmeli olarak çalıştırılır. Aile hekimlerinde de olduğu gibi, yeterli eleman temini sağlanamadığında, Sağlık Bakanlığı kendi personelini bu hizmetler için resen göreve atayabilmektedir (5258 m. 3/II). Aynı maddede kamu görevlisi olmayan aile sağlığı elemanlarından söz edilmiştir. Söz konusu maddeye göre, kamu kurumlarından eleman temin edilememesi ve ihtiyaç duyulması halinde kamu görevlisi olmayan aile sağlığı elemanı çalıştırılabilecektir. Anılan durumdaki aile sağlığı elemanları ile Sağlık Bakanlığı’nın önerisi ve Maliye Bakanlığı’nın uygun görüşü üzerine, sözleşme yapılmaktadır (5258 m. 3/II).

Yasal düzenlemelerden ortaya çıkan sonuca göre, aile hekimlerinin ve aile sağlığı elemanlarının hukukî statülerini aşağıdaki tabloda özetlemek mümkündür.

## **V. AİLE HEKİMLERİNE RÜCU EDİLMESİ**

Aile hekimlerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından dolayı idareye dava açılması zorunludur. Bunun sebepleri ise, kamu görevlilerinin sürekli kendilerine karşı dava açılma tehdidi altında hissetmeleri ve işlerini yapamaz hale gelmeleri suretiyle kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi ve idarenin kamu görevlisine nazaran daha iyi bir ödeme gücüne sahip olmasıdır.

### **A. Genel Olarak**

Devlet ve kamu tüzel kişileri, yasal sorumlu olmaları sebebiyle kamu görevlisi olan Aile Hekiminin verdiği zarar dolayısıyla zarar görene ödedikleri tazminatı, kusur oranında Aile Hekiminden isteyebilirler. Devletin rücu hakkı bazen zarar veren kendi görevlisine ileri sürüldüğü gibi bazen de sivil ve yasal sorumlu olan kişiye karşı ileri sürülür<sup>33</sup>. Rücu hakkının

<sup>33</sup> Gökcan, Hasan Tahsin; KTK’ya Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 8. Baskı, Ankara 2014, 1042.

varlığından söz edilebilmek için bir kişinin aslen başkasına ait bir borcu yasa veya sözleşme gereği üstlenerek ödemesi gerekir. Bu şekilde ödeyen kişi, alacağı sona erdirilen asıl alacaklının haklarına halef olarak, onu temsilen asıl borçludan talepte bulunmaktadır.

Halefiyet ve rücu kavramları yakın ilişkilerinden dolayı karıştırılmaya müsait kavramlardır. İki hukukî kurum arasında belli başlı farklar bulunmaktadır. Halefiyet, başkasına ait bir borcu alacaklıya kanun gereği ödeyen kişinin alacaklının haklarına sahip olmasıdır<sup>34</sup>. Halefiyet durumunda borç sona ermeyip sadece alacaklı değişmektedir. Halefiyetle birlikte alacağa ilişkin bütün hak ve imtiyazlar yeni alacaklı nezdinde devam eder. Halefiyetin söz konusu olabilmesi için kanunda öngörülmüş olması gerekir. Türk Borçlar Kanununda sadece kanuni halefiyete yer verilmiştir. Bu sebeple alacak, akdi bir işlemle üçüncü bir kişiye devredilmişse, burada halefiyet değil bilakis alacağın devri söz konusudur<sup>35</sup>.

Halefiyetin söz konusu olabilmesi için kanunda ayrıca düzenlenmesi gerekir<sup>36</sup>. Halefiyet bir kurum olarak esas itibariyle TBK. m. 127'de düzenlenmiştir. Ancak TBK. m. 85, 168/I ve 596'da belirtilen hallerde de söz konusudur. Rücu hakkı ise, başkasına ait borcu yerine getiren kişinin mal varlığında ortaya çıkan kaybı karşılamayı amaçlayan tazminat niteliğinde bir talep hakkıdır. Rücu hakkı, hak sahibi olan kişinin şahsından doğan yeni bir hak niteliğindedir. Borcu ödeyen kişi, bu ödeme sebebiyle şahsında yeni bir hakka sahip olmakta ve bu sebeple alacağa bağlı diğer haklar intikal etmemektedir<sup>37</sup>.

Anayasa m. 129/V'de, "*kamu görevlileri yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılabilir*" hükmü yer almaktadır. DMK. m. 13/I'de ise, "*genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır*" ifadesi tercih edilmiştir. Anayasanın m. 129/V hükmünde yer alan "*Kaydıyla*"

<sup>34</sup> **Kılıçoğlu, Ahmet**; Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, 1 vd.

<sup>35</sup> **Eren, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2015, 931vd; **Kılıçoğlu, Ahmet**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013,( Borçlar Hukuku), 565 vd; **Gauch, P/Schleup, W.**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, C. II, Zürich 2014, PN. 2048, 8; **Tekinay, S/Akman, C/Burcuoğlu, H/Altop, A**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, 208; **Oğuzman, M. K/Öz, Turgut**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I-II, 10. Bası, İstanbul 2013, 195 vd.

<sup>36</sup> **Gauch/Schleup, II**, PN. 2052, 9; **Von Tuhr/Escher**, 29; **Eren**, 931; **Kılıçoğlu**, 565.

<sup>37</sup> **Kılıçoğlu**, 13, 71.

ifadesinden kamu görevlilerine rücu edilmesi zorunlu görülürken DMK m. 13/I<sup>38</sup> ifadesinden takdir yetkisi anlaşılmaktadır. Rücu konusu Anayasa m. 40<sup>39</sup> ve DMK. m. 12’de de düzenlenmiştir<sup>40</sup>. Ancak 40 ve 13 rücu hakkında takdir yetkisi tanırken, DMK. m. 12 ve An. 129/V bağlı yetki tanımaktadır. Rücu konusunda Anayasa bağlı yetki DMK. m. 13 ise takdir hakkı tanımaktadır. Bu durumda anayasa hükmünün uygulanması asıldır<sup>41</sup>. Ayrıca DMK. m. 13/son gereği çıkarılan rücu yönetmeliği<sup>42</sup> m. 11/II’de rücunun zorunluluğuna yer verilmiştir<sup>43</sup>. Doktrin, rücunun zorunlu olduğu görüşündedir<sup>44</sup>. Ayrıca son İYUK değişikliğinde yer verilen yargı kararlarını yerine getirmeyenlere karşı açılacak davaların idareye yönetilmesi gereği sonrası, rücunun zorunluluğuna dikkat çekilmektedir.

Rücu ilişkisinin bağlı yetki olduğunu Danıştay da kabul etmektedir. Danıştay tarafından verilen bir kararda bu duruma yer verilmiştir. Buna göre; “Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmâl veya tedbirsizliği sonucu idare bir zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi temel bir

38 “Kişiler kamu hukukuna tabî görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır” (An. m. 13/I).

39 “Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır” (An. m. 40/III).

40 “...Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmâl veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir” (An. m. 12/II-III).

41 **Gözler, Kemal;** İdare Hukuku, C. II, Bursa 2009, 809; **Gözler, Kemal;** İdare Hukuku Dersleri, 15. Bası, Bursa 2014, (İdare), 672.

42 “Devlet ve Kişilere memurlarca Verilen Zararların Nev’i ve Miktarlarının Tespiti, Takdiri, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik”, **RG. 13.08.1983, S. 18134.**

43 “Kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakları saklıdır” ( **Rücu Yön. m. 11/II**).

44 **Akyılmaz, Bahtiyar;** İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, 1050.

*kuraldır. Kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca zararlarının ilgili kurumlarca karşılanması ve kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı bulunması, ulusal yargı kararlarının uygulanması bakımından açık olarak düzenlenmiş bir konu olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence yada zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır. Ancak, yukarıda anılan Anayasa hükmü, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar. Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir. Belirtilen hukuki durum ve tüm bu değerlendirmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 8. maddelerinin ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hükmedilen ve Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davada işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın*

*ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 1.5.2007 günlü, E:2006/1861, K:2007/1109 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/c. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 03.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” hükmüne yer verilmiştir<sup>45</sup>. Danıştay bu hükmü ile aslında öteden beri arzu edilen bir duruma da yer vermiştir. Burada memurun verdiği zararı ödeyen idarenin memura rücu etmemesi halinde, zarar gören vatandaşın dahi rücu için idareyi zorlayabilme yetkisinin yüksek mahkemece de kabul edildiği ilgili hüküm kapsamında anlaşılmaktadır.*

#### **B. Rücu Davası**

Davacı, zarar gören bireye hangi idare bütçesinden ödeme yapılmışsa söz konusu idare tarafından sorumlu kamu görevlisine karşı dava açılır. Uygulamada ise, bakanlıklar, tam yargı davasının kesinleşmesinden sonra ödenen tazminatı ve rücu edilecek kamu görevlilerini Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'ne bildirmektedirler. Bu talep üzerine dava açılmaktadır. Rücu davası adli yargıda açılır. Rücu davası TBK genel hükümleri çerçevesinde görülür. Burada genel hükümlerden kasıt haksız fiil hükümleridir. Uyuşmazlık mahkemesi de, adli yargıyı görevli olarak kabul etmektedir (UM. T. 12.06.2000 E. 2006/14, K. 2006/20). Yargıtay da hazine vekilleri tarafından kamu görevlileri aleyhine açılan rücu görev yönünden kabul etmektedir (Y. 4.HD. T.02.10.2000, K. 2000/8089). Yapılan atıf gereği rücu davalarında TBK. m. 49 vd hükümleri geçerli olacaktır.

---

<sup>45</sup> D. 5. Daire, T. 03.06.2008, E. 2007/7385, K. 2008/3234, (naklen Kazancı Otomasyon, UT. 03.06.2015).

## C. RÜCU DAVASININ ŞARTLARI

### 1. FİİL

Aile hekimin genelde olumlu davranışı ile söz konusu olur. Bazı hallerde de olumsuz davranışı ile gerçekleşir<sup>46</sup>. Yapması gereken bir müdahaleden haksız bir şekilde kaçınması halidir. Aynı şekilde fiilin ahlaka da aykırı olabilir. Aile hekiminin yoksul veya yaşlı bir kişiye pis kokuyor akıl hastası veya başka bir din dil ırktan olma bahaneleri ile bakmayı reddetmesi halleridir. Aile hekiminin bir fiil yani bir işlem veya eylemi bulunmalıdır. Bir fiilin yapılması gerektiği durumlarda hareketsiz kalınması halinde de yine pasif de olsa bir fiil bulunmaktadır. Fiil kapsamı çok geniştir ve tüm idari işlem ve eylemleri kapsar. Fiilin hukuka aykırı olması her zaman zorunlu değildir<sup>47</sup>.

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icra etmeye yetkili bir kişi tarafından doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet yani hekimin tedaviye yönelik her türlü faaliyeti tıbbi müdahale içerisinde yer alır<sup>48</sup>. En basit teşhis ve tedaviden en ağır cerrahi müdahaleye kadar tıbbi müdahale içerisinde kabul edilir. Tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk diğer tıbbi müdahalelerden farklıdır. Çünkü burada bilgi beceri ve tecrübe aranır.

Aile hekimlerinin gerçekleştirecekleri tıbbi müdahale halleri birinci basamak önleyici müdahalelerdir. Belirtilen söz konusu müdahaleler dışında herhangi bir müdahaleyi ilgili aile hekimleri yerine getiremezler. Aksi halde yetki aşımı söz konusu olur.

---

<sup>46</sup> **Eren**, 516 vd; **Kılıçoğlu**, 274 vd; **Oğuzman/Öz, II**, 38; **Nomer, Haluk**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Basım İstanbul 2015, 138; **Antalya, Gökhan**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, 413vd.

<sup>47</sup> **BAYINDIR, Savaş**. Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI, Sayı 1-2, 2007. 563 vd.

<sup>48</sup> "...Dava dışı TD tarafından, Sağlık Bakanlığına karşı idari yargı yerine açılan davada, böbrek taşı teşhisiyle yapılan ameliyatta, haberi ve rızası olmadan sağ böbreğinin alındığını ileri sürülerek, maddi ve manevi tazminat talep edilme; idare mahkemesine, ileri sürülen olgu kabul edilmiş ve Sağlık Bakanlığı aleyhine ödetme kararı verilmiştir. Eldeki davada, davalı hekimin kusuru sebebiyle rucuen tazminat isteminde bulunulmuş ve yazılı biçimde karar verilmiştir..." (Y. 4. HD. T. 05.02.2013, E. 2011/14754, K. 2013/1699, naklen Deryal, 191).

## 2. Kusur

Aile hekiminin, sorumluluğunun doğabilmesi için, sözleşmenin ihlali yanında hekimin, kusurlu olması şarttır<sup>49</sup>. Zira bu alanda objektif sorumluluk değil, esas itibariyle bir kusur sorumluluğu geçerlidir<sup>50</sup>.

### A. Genel Olarak Kusur Kavramı

Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir. Başka bir söyleyişle, "*benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimi*" kusur adını alır<sup>51</sup>. Ortalama davranış tipinin belirlenmesinde göz önünde tutulan ölçü objektiftir. Yani, "*zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü, mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında aynı sosyal gurup içinde yaşayan objektif (makul) bir insan tipinin yetenek, durum, mesleki beceri, fizik ve fikri gücü*" esas alınır<sup>52</sup>.

49 Ott, 103-104.

50 Ayan, 100.

51 Eren, 573 vd; Kılıçoğlu, 307; .

52 Bu, objektifleştirilmiş kusur teorisinin anlayışıdır. Sübjektif kusur teorisine göre ise, kusur bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken, gerekli iradi çabayı gösterip bunu yapmadığı için kusurludur (bkz. Eren, 570). Objektif teoriden farklı olarak burada, borçlunun, zarara yol açan davranışı gerçekleştirirken içinde bulunduğu psikolojik şartları, kişisel durumu, ferdi yetenekleri, yetişme, eğitim ve öğrenim düzeyi, fizik gücü, mesleki becerileri vb. göz önünde tutulmaktadır (bkz. Eren, 570-571).

52 Eren, 570-571.

52 Eren, 570-571.

52 Eren, 571.

52 Ayan, 104.

52 Laufs, 122.

52 Loeffler, 62-63.

52 Ott, 121.

52 Ayan, 105; Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010, 166.fâildeki bir irade zayıflığı, bir irade eksikliğidir. Zarara sebebiyet veren borçlu, davranışının zararlı sonucunu önceden görebilip bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken, gerekli iradi çabayı gösterip bunu yapmadığı için kusurludur (bkz. Eren, 570). Objektif teoriden farklı olarak burada, borçlunun, zarara yol açan davranışı gerçekleştirirken içinde bulunduğu psikolojik şartları, kişisel durumu,



Sorumluluk hukukunda esas itibariyle kurucu nitelik taşıyan kusurun, biri objektif diğeri subjektif olmak üzere iki yönü vardır. Objektif yön, borçlunun davranışının aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış tipinden sapması, ona uygun olmaması, başka bir ifadeyle, zararı önceden görüp bunu önlemek için gerekli özenin gösterilmemesidir<sup>53</sup>. Subjektif yön ise, borçlunun sorumluluk ehliyeti, yani zarara sebebiyet veren davranışının ona isnad edilebilmesiyle ilgilidir. Bu nedenle, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için örnek tipin ortalama davranışından sapma yanında, borçlunun temyiz kudretine sahip bulunması da gerekir. Zira temyiz kudreti bulunmayan bir kişiden kusurlu davranışın sadır olması da söz konusu olmayacağı için, artık bu nedenle sorumluluğuna gidilemez<sup>54</sup>. Çünkü kusur, iradeyi gerektiren bir kavramdır. Buna karşılık, kişinin reşit olması zorunlu değildir<sup>55</sup>.

### 3. MESLEK KUSURU

#### a. Meslek Kusuru Kavramı, Unsurları Ve İspatı

##### aa. Meslek Kusuru Kavramı

Aile hekiminin hukuki sorumluluğu, incelenirken üzerinde durulan önemli konulardan biri de "*meslek kusuru*"dur<sup>56</sup>. Gerek hukukumuzda, gerek Alman<sup>57</sup> ve İsviçre Hukuklarında<sup>58</sup> meslek kusurunun yasal bir tanımlaması yapılmamıştır. Hukuk literatüründe ise meslek kusurundan ne anlaşılacağı konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır<sup>59</sup>. Bir görüşe göre, geniş anlamda ele alındığı takdirde, hekimin, tıbbın durumuna göre amaca elverişli olmayan ve zarar verici bütün davranışları meslek kusuru kavramı içinde yer alır<sup>60</sup>.

---

ferdi yetenekleri, yetişme, eğitim ve öğrenim düzeyi, fizik gücü, mesleki becerileri vb. göz önünde tutulmaktadır (bkz. **Eren**, 570-571).

<sup>53</sup> **Eren**, 570-571.

<sup>54</sup> **Eren**, 570-571.

<sup>55</sup> **Eren**, 571.

<sup>56</sup> **Ayan**, 104.

<sup>57</sup> **Laufs**, 122.

<sup>58</sup> **Loeffler**, 62-63.

<sup>59</sup> **Ott**, 121.

<sup>60</sup> **Ayan**, 105; **Yılmaz, Battal**, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010, 166.

Dolayısıyla meslek kusuru tıbbî açıdan tedaviye yönelik olmayan bir müdahalenin gerçekleştirilmesinde olduğu gibi "yapma" şeklinde veya tıbben zorunlu müdahalenin savsaklanmasında olduğu gibi "yapmama" şeklinde ortaya çıkabilir. Bunların müdahaleden önce, müdahale esnasında veya müdahaleden sonra kendini göstermesi mümkündür. İkinci görüşe göre, meslek kusuru tıp ilminin eriştiği bilgi seviyesi uyarınca alınması gerekli olan özenin ihmal edilmesidir. Bu kusur, genellikle, tedavi hatası başlığı altında amaca uygun ve elverişli olmayan her türlü tıbbî tedbir ile anlatılmak istenir<sup>61</sup>.

Bu konuda genellikle kabul edilen ve ilk olarak 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılmış bir tanımlamaya göre ise, "meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini" ifade eder. Yani, hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınan kuralları gerekli dikkat ve ihtimam eksikliği nedeniyle nazara almaması, çığnemesidir<sup>62</sup>.

Türk doktrininde<sup>63</sup>, "meslek kusuru" adı verilen hususun, genel anlamda kusurun çeşitlerinden "ihmal" kavramı içinde ele alınabilir. İhmal, borçlunun kendisiyle eşit statüde yer alan bir kişinin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermemesidir. Orta düzeyde, makul, sorumluluk bilincine sahip bir aile hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınmış kurallara uygun hareket etmesi asıldır<sup>64</sup>. Dolayısıyla, bu şekilde davranmayan, yani somut olayda örnek tipin davranışından ayrılan hekim kusurlu hareket etmiş olur. Örnek tipin davranışından sapmanın sebebi gerekli özenin gösterilmemesi olduğu için, kusurun türü de "ihmal"dir<sup>65</sup>. Bu nedenle, "meslek kusuru" adı altında özel bir kavram

<sup>61</sup> Ayan, 105.

<sup>62</sup> Ott, 120-121.

<sup>63</sup> Ayan, 107.

<sup>64</sup> "...Aile sağlığı merkezinde uygulanan kızamıkçık aşısı sırasında aile hekimi tarafından, hamile olup olmadığının sorulmadığını aşılama sonrasında bir ay içinde hamile kalınmaması uyarısının yapılmadığı ve kendisine uygulanan aşı nedeniyle kürtaj yoluyla hamileliğini sonlandırmak zorunda kaldığı gerekçesiyle Sağlık Bakanlığı aleyhine açtığı manevi tazminat davasında davacı lehine tazminata hükmedilmesi yerindedir.." ( D. 10. Daire, T. 13.05.2011, E. 2010/1124, K. 2010/677, naklen Deryal, 131).

<sup>65</sup> "... Orta seviyede tedbirli bir doktorun, aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özen davacıya gösterilememiştir. Olayda belirlenen özel hal ve şartlar ile duyulan elem ve acı da göz önünde tutularak, başkaca bir araştırmaya da gerek duyulmadan, davacı yararına BK. m. 47 ve TMK. m. 4 değerlendirilip hak ve nesafete,

yaratılmamış olsaydı da, hekimi, aynı türdeki olaylar için genel esaslar çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün olurdu. Zira meslek kusuru başlığı altında toplanan olaylar, hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınmış kabul edilmiş esaslara aykırı her hareketi, objektif bir şekilde ele alıp değerlendirilirse "özen yükümlülüğünün ihlalinden başka bir şey değildir"<sup>66</sup>. Meslek kusuru, özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekimin bu davranışının, sorumluluğa esas teşkil etme bakımından kusurlu olduğunun tesbitidir<sup>67</sup>.

#### bb. Meslek Kusurunun Unsurları

Özellikle uygulama<sup>68</sup> ve doktrinin büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olan Virchow'un tanımı esas alınır, meslek kusuru kavramının iki ayrı unsurunun bulunduğu görülür. Bunlardan birincisi "tıp biliminin genel olarak tanınmış kuralları" ikinci ise, "tıp biliminin genel olarak tanınmış kurallarına aykırılık"tır.

#### aaa. Tıp Biliminin Genel Olarak Tanınmış Kuralları

Yukarıdaki anlamda bir meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, her şeyden önce, tıp biliminde genel olarak tanınmış ve kabul edilmiş kurallar bulunmalıdır. Zira hekimin belirli bir davranışının ne zaman kurala uygun ve ne zaman kurala aykırı olduğu sadece buna göre tespit edilebilir. Yargıtay<sup>69</sup>, mesleki kusurun tayininde, aile hekimin tıp biliminin öngördüğü

---

adalete uygun bir manevi tazminat verilmelidir" (Y. 13. HD, T. 06.11.2000, 8590/9569, Deryal, 134).

<sup>66</sup> "Ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilerin ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısıyla ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur" (Y. 13. HD., T. 07.02.2005, 2004/12088-1728, naklen Deryal, 180).

<sup>67</sup> Ertaş'a göre de "meslek hatası yalnız başına bir kusur problemi değil, bir hukuka aykırılık problemi teşkil eder. Eğer hekim tıp biliminin tanıdığı kurallara aykırı hareket ediyorsa, hukuka aykırı hareket ettiğinden şüphe yoktur; ancak, hekimin sorumluluğu için bu yeterli değildir. Ek olarak hekimin eyleminin kınanabilir, yani kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır" (bkz. Ertaş, 186).

<sup>68</sup> "Hekim, tıp biliminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbî tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise, eylem ve davranışı hukuka aykırı değildir" (Y.4.HD., 10.4.1980, T, E.2175/K. 4735).

<sup>69</sup> Y.4.HD., 7.3.1977, T, E.1976/6297, K.1977/2541. (YKD., C.4. 6, 1978, 908).

ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallarını gözetip uygulamak zorunluluğuna işaret etmiştir. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerine aykırı hareket etmiş olur.

Tıp bilimi sürekli bir gelişme içerisinde olup, bu alanda geçerliliği tartışmalı olan ve henüz genel olarak kabul görmemiş meslek kuralları da mevcut bulunmaktadır<sup>70</sup>. Bir hastalığa uygulanabilecek tedavi yöntemlerinin sayısı, olayın hemen hemen hepsinde birden fazladır. Bunların da, tıp biliminin dinamik yapısı gereği bugünden yarına kolaylıkla değişmeleri mümkündür. Dolayısıyla, tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer hadiselerde sürekli uygulanıyor olması gerekir<sup>71</sup>.

Başka bir deyişle, söz konusu davranış tarzının somut olayda uygulanabileceği konusunda bir anlayış birliği bulunmalıdır. Şüphesiz, bu konuda, tıp bilimi tarafından aynı olay için benimsenmiş birden fazla kuralın bulunabileceği göz ardı edilemez. Özellikle, hekim için ekol farklılıklarından ileri gelen değişik yöntemlerden birinin tercihi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda hekime, hangi yöntemi seçeceği konusunda serbest bir takdir yetkisi tanınmalıdır<sup>72</sup>. Şüphesiz hekim, uygulayacağı tedavi yöntemini seçerken hastanın çıkarlarını ön planda tutmak mecburiyetindedir. Dolayısıyla hekime, hal ve şartlara göre gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen seçilen yöntem başarıya ulaşmazsa, artık sorumluluk yüklenmemelidir<sup>73</sup>.

Tıp ilmi tarafından bilinen ve fakat henüz yeterince yaygın bir uygulamaya kavuşmamış, bünyesinde çeşitli güçlükler taşıyan bazı yöntemler vardır ki, hekim bunları da seçip uygulayabilir. Hatta somut

---

<sup>70</sup> Ott, 121.

<sup>71</sup> Ayan, 106.

<sup>72</sup> Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayında serbesttir".

<sup>73</sup> "... Uzman doktor, hastanın bünyesinin, kişisel durumunun ışınlara karşı duyarlılığını önceden göz önüne alarak tedaviyi bu etkilerin doğuracağı sonuçları bertaraf edecek nitelikte yapacaktır. Sağlık Şurasının, bir uzmanın hastasının bünyesini kişisel durumunu, ışınlara karşı duyarlılığını, hiç inceleme yapmadan doğuracağı etkinin sonuçlarından doktorun sorumlu tutulamayacağını benimsemesi olanaksızdır. Aksi halde doktor ile teknisyen ve işçinin yaptığı zararların birbirinden farkı kalmaz. Uzman doktor bütün tehlikeleri bertaraf edecek şekilde çalışmak zorundadır "(Y. 4HD., 17.12.1976, E 692/K. 11046; naklen, Aşçıoğlu, 74-75).

olayın özelliklerine göre, bazen ondan söz konusu yöntemi seçip uygulaması da beklenebilir. Ancak, böyle bir durumun varlığından bahsedilebilmesi için, söz konusu yöntemin uygulanması, tıp biliminde genel olarak tanınmış bir yöntem nazaran daha fazla iyileştirme şansı vermeli ve ayrıca hasta için daha az veya eşit ağırlıkta bir tehlike taşımalıdır<sup>74</sup>.

Buna karşılık, tıp biliminde henüz tanınmamış sayılan ve hekimlerce kullanılmaz nitelik taşıyan bütün yöntemler, meslek kusuru açısından da tanınmamış kural sayılırlar<sup>75</sup>.

### **bbb. Tıp Biliminin Genel Olarak Tanınıp Kabul Edilmiş Kurallarına Aykırılık**

Meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, hekimin, tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralını çiğnemesi, ona aykırı hareket etmesi gerekir. Ancak, söz konusu aykırı davranışın kusurlu olması da şarttır. Bunun için, en azından uygulanacak tedavi yönteminin seçiminde bir ihmalin, tıbbî özen yükümlülüğüne aykırılığın mevcudiyeti aranır<sup>76</sup>. Aile hekimi, tıbbî özen yükümlülüğünü ihlal ettiği için tıp biliminde tanınmamış bir tedavi yöntemini seçmelidir<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> **Ayan**, 106.

<sup>75</sup> **Ayan**, 107.

<sup>76</sup> "... Davacı, davalıların hatalı anjiyografisi neticesinde böbreklerinin ağır hasara uğradığından bahis ile uğradığı zararın tazmini istemi ile eldeki davayı açmıştır. Dava bu hali ile doktor ve özel hastanenin sorumluluğuna dair olup, bir davada dayanılan olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini arayıp bulmak hakimnin doğrudan görevidir. (1086 Sayılı HUMK. 76. m.; 6100 Sayılı HMK. 33. m.). Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır (B.K. 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 dair kurallara bağlıdır (B.K. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (B.K. 321/1 md). O sebeple doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yolu tercih etmelidir (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Cild, Ank.1982, Sh.236 vd). Gerçekten de mesleki bir işgören doktor olan

Özen yükümlülüğünü ihlalin söz konusu olup olmadığının tespitinde göz önünde tutulacak ölçü, yine objektiftir. Yani zarara yol açan hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir seçim yapıp yapamayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir seçim yapıp yapmayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir

---

vekilden, ona güvenen muvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, B.K. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Somut olayda, davacının rahatsızlığı neticesinde anjiyografi sonucunda böbreklerinin ağır hasara uğradığından bahisle tazminat talebi ile eldeki dava açılmıştır. Mahkemece, İstanbul Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulundan 25.3.2011 tarihli rapor alınmıştır. Adli Tıp Kurumu Raporunda sonuç olarak; davacının kronik böbrek hastalığının yapılan anjiyografi öncesinde de bulunduğu, anjiyografi işlemi ile kişideki kronik böbrek hastalığının illiyeti olmadığı, yapılan anjiyografide verilen radyopak madde nedeni ile 2013/9622-2014/8620 kronik böbrek hastalığı olan kişilerde böbrek fonksiyonlarındaki bozulmanın hızlanabileceği, kronik böbrek hastalığı olan kişiye yapılan kroner anjiyografide ventrikülografi yapılmamış olmasının doğru bir yaklaşım olduğu, ancak bu tip hastalarda işlemden 6-12 saat önce 1 ml/kg saat sıvı ile hidrasyonun sağlanması ve 72 saat sonrasına kadar böbrek fonksiyonlarının izlenmesi gerektiği, kişiye yeterli hidrasyon ve izlem yapıldığına dair kayıt bulunmadığı, bunların yapılmaması eksiklik olmakla birlikte hidrasyonun yapılmasının da böbrek fonksiyonlarındaki bozulmayı tamamen ortadan kaldırmayacağı mütalaa olunmuştur. Mahkemece davacının kronik böbrek hastalığının anjiyografi öncesinde de bulunduğu, anjiyografi işlemi ile kişideki kronik böbrek hastalığının illiyetinin olmadığı anlaşılacakla davanın reddine karar verilmiştir. Oysa ki, Adli Tıp kurumu raporunda "...bu tip hastalarda işlemden 6-12 saat önce 1 ml/kg saat sıvı ile hidrasyonun sağlanması ve 72 saat sonrasına kadar böbrek fonksiyonlarının izlenmesi gerektiği, kişiye yeterli hidrasyon ve izlem yapıldığına dair kayıt bulunmadığı, bunların yapılmaması eksiklik olmakla birlikte hidrasyonun yapılmasının da böbrek fonksiyonlarındaki bozulmayı tamamen ortadan kaldırmayacağı ..." belirterek davalıların eksikliğinden bahsedildiğine göre, böbrek hastası olan davacı için yeterli ön araştırma yapıp yapılmadığı hususunda yeterli irdelene yapılmadığı gibi tatmin edici açıklamada da bulunulmamıştır. Hal böyle olunca bu rapora itibar edilerek hüküm kurulamaz. Bu durumda mahkemece, üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek uzmanlardan oluşacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, davalıların açıklanan hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hâsıl olacak sonuca uygun bir karar vermekten ibarettir. Mahkemece, değinilen bu yön göz ardı edilerek eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir. 2-) Bozma nedenine göre, davacının diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir. Yukarıda 1. bentte açıklanan sebeplerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, 2. bent gereğince davacının diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ..... ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, peşin alınan..... temyiz harcının istenmesi halinde iadesine, 24.3.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi" (Y. 13. HD. T. 24.03.2014, E. 2013/9622, K. 2014/8620, naklen Kazancı Otomasyon, UT. 29.05.2015).

hekimin davranışından sapmıyorsa, meslek kuralının objektif bir ihlaline rağmen, artık kusurdan ve dolayısıyla meslek kusurundan söz edilemez<sup>78</sup>.

### cc. Meslek Kusurunun İspatı

Meslek kusuru konusunda tartışılan hususlardan bir diğeri de, bunun kimin ispatlamakla yükümlü olduğudur. Yani, hasta, hekimin somut olayda bir meslek kusuru işlediğini ispatlamak mecburiyetinde midir; yoksa meslek kusuru varsayılarak hekim aksini (yani kusursuz olduğunu) ispatla yükümlü tutmak mı gerekir? Dolayısıyla, birinci çözüm hekim, ikinci çözüm ise, hastanın yararına olacaktır<sup>79</sup>.

Meslek kusuru, "*tıp bilimi tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş esasların kusurlu bir ihlali*" şeklinde anlaşılırsa, meslek kusurunun iki yönü vardır. Meslek kusurunda hem objektif hem de sübjektif unsur bulunmaktadır<sup>80</sup>. Bu unsurlarla birlikte tanımlanacak olursa meslek kusuru; tıp biliminden ve uygulamasının genellikle kabul edilen prensiplerine dayanan tıbbî ihtimam yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlalidir.

Meslek kusurunun objektif unsuru, aile hekiminin, tıp bilimi ve uygulamasınca tanınıp kabul edilmiş genel esasları bilmek ve bunlara uygun hareket etmek mecburiyetindedir. Hekimin, hem bu kuralları hiç bilmemesi, hem de bildiği halde uygulamaması objektif özen yükümlülüğü ihlali anlamına gelir<sup>81</sup>. Dolayısıyla, böyle bir durumun varlığını ispat yükü hastanın üzerindedir. Ne var ki, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık hekimin sorumluluğu için yeterli değildir.

Hekimin kusuruna işaret eden bir ihmal de mevcut olmalıdır<sup>82</sup>. Hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında kabul edilmiş genel esaslara aykırı hareket

78 "... Yapılan ameliyat iyi sonuç vermemiş olsa dahi, tıp ilminin kabul ettiği kaidelere uygun bir şekilde müdahale yapılmış ise, doktora kusur izafe edilemeyeceğinden, meydana gelen zararlı sonuçtan dolayı da mesuliyeti cihetine gidilemez. ihmalin tedbirsizliğin tesbiti için ölçü, zararı meydana getirenin sübjektif niteliklerine bakılmaksızın, yalnız "orta seviyede bir kimsenin" yani olayda "tedbirl bir doktorun", aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir" (Y.4HD., 1967 T, E. 296/K. 5112, naklen, Aşçıoğlu, 86).

79 Ayan, 108

80 Şenocak, 84.

81 Ott, 122-13.

82 Şenocak, 84; "Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacıların murisi Beytaş'ın 25.05.2004 tarihinde davalı hastaneye davacılar tarafından

getirildiği, hastaneye yatırılmadan önce yapılan psikiyatrik muayenesinde murisin kendisini öldüreceğini söylediği, murisin eşinin de hastanın evde iken pencereden atlamaya çalıştığını belirttiği, alkol kullandığı için tedavi gördüğünün yazıldığı ve kabulünü yapan doktor tarafından intihar düşüncesi içinde olması nedeniyle hastanın yakın gözleme alınması gerektiğine işaret edilerek, buna ilişkin form düzenlendiği anlaşılmaktadır. Gece boyunca davalı hastanede tek kişilik odada tutulan murisin 26.05.2004 tarihinde diğer hastalarla birlikte toplu olarak yemek yedikten sonra yemek bitiminde odasının yanındaki boş bir odaya girerek, elbise dolabının arkasında bulunan TV anten kablosunu kullanmak suretiyle intihar ettiği anlaşılmaktadır. Somut olay bakımından, yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini ( borcunu-edimini ) gereği gibi yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu şekildeki borca aykırılık, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen “organizasyon kusuru” olarak karşımıza çıkmaktadır. Davalı hastane işleteninin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunludur. Yukarıya aynen alınan yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılar karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. Davaya konu somut olayla ilgisi bakımından, Hukuk Genel Kurulu'nun 07.10.1987 tarih ve 1986/13-640 E. - 1987/701 K. sayılı ilamında; davalı hastanenin, akıl hastası ve intihara meyilli bulunan hastaya bu konuda yetişmiş hemşire görevlendirilmeyerek hasta yakınının refakatçi olarak seçilmesini ve hastanın, hastanede intiharına engel olamayan davalı hastanenin tazminatla sorumlu tutulması gerektiğine karar verilmiştir. Görülmekte olan davada, hasta Beytaş'ın kendisine zarar vermeyecek şekilde güvenliğinin sağlanması için bir refakatçinin de görevlendirilmemesi nedeniyle daha ağır bir ihmal ve kusurun varlığı tartışmasızdır. Konunun usul hukukuna ilişkin hükümleri yönünden değerlendirilmesinde ise; 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesinde; “Ehli hukufun rey ve mütalaaları hakimi takyit etmez” hükmünü içermektedir. HUMK'nun 275 ve devamı maddeleri gereğince çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Bilirkişi raporunu hazırlarken raporun dayanağı olan somut ve özel nedenleri raporunda göstermek zorundadır. Bu nitelikte bulunmayan bilirkişi raporu hükme esas alınamayacağı gibi hâkimi de bağlamaz. Böylece dosyadaki maddi ve hukuki olgulara dayanmayan ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak davanın reddine karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur. Şu durumda, davalı hastanenin olayda kusur ve ihmalinin bulunduğu kabul edilerek buna göre karar verilmesi ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu



etmesinin somut olayda kusurlu sayılıp sayılmayacağı ise ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranışla yapılacak karşılaştırmaya göre belirlenir. Ortalama düzeydeki bir aile hekimi de aynı hal ve şartlar altında meslek kuralından sapma gösterecek idiyse, artık zarara sebebiyet veren hekimin kusurundan söz edilemez. Aksine, ortalama düzeydeki aile hekiminin meslek kuralına uygun davranacak olduğu hallerde ise, hekim kusurlu sayılır. İşte, bu durumda, yani tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallardan ayrılan hekimin aynı zamanda ortalama davranış tipinden de sapmış olduğunu ispatlamak hastaya düşmez. Objektif olarak belirli bir meslek kuralına aykırı hareket ettiği ispatlanan hekimin kusurlu olduğu varsayılır (TBK. m. 112).

Somut olayın özelliklerine göre kendisine herhangi bir kusur isnad edilemeyeceğini iddia eden hekim, bu iddiasını ispatlamak mecburiyetindedir<sup>83</sup>. Meslek kuralının objektif ihlalinin ispatında ise, tabii karinelere<sup>84</sup> yararlanılabileceği gibi, tıbbî bilirkişinin yardımına da başvurulabilir. Mahkemeler, hekimin sorumluluğuyla ilgili davalarda meslek kuralına aykırılığın ve kusurun varlığı yönünden, genellikle bilirkişilerin görüşüne başvururlar. Bu konuda iki kuruluş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 6119 sayılı Adli Tıp Müessesesi Kanununa dayalı olarak kurulan Adli Tıp Meclisidir. Adli Tıp Meclisi, HMK. m 267 anlamında doğrudan doğruya kendisine başvurulması gereken bir resmi bilirkişi değildir. Mahkeme, bir veya birden fazla bilirkişiye başvurduktan sonra, bu bilirkişilerin raporunu kanaat verici nitelikte bulmazsa veya raporlar arasında çelişki varsa, Adli Tıp Meclisinin görüşünü isteyebilir. Adli Tıp Meclisinin kararları sonuçlayıcıdır. Ancak, bu durum mahkemelerin delilleri serbestçe takdir etmek yetkisini sınırlayamaz.

İkincisi ise, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca kurulan Yüksek Sağlık Şûrasıdır. Bu kurulun görevleri arasında

---

*nedenle direnme kararı bozulmalıdır. Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının özel daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nin 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 21.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi. (YHGK. T. 21.10.2009, E. E. 2009/13-393, K. 2009/452).*

<sup>83</sup> Kaneti'ye göre de, "Zarar gören ispat yükünü yerine getirmişse, hekim, ancak, meslek kurallarına aykırılığın, özel olayın hal ve şartlarına göre, bir kusur oluşturmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir". Yani o, "titiz ve sorumluluk bilinci taşıyan bir hekimin dahi düşebileceği bir yanılığın zararı yarattığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulacaktır". (bkz. Kaneti, 63).

<sup>84</sup> Ortalama düzeydeki bir hekimin sahip olacağı bilgi ve davranışı oluşturur.

"Tababet ve şubeleri sanatlarının ifadan mütevellit adli meselelerde bilirkişilik yapmak"da vardır. Ancak hukuk mahkemeleri zorunlu olarak Yüksek Sağlık Şurasının görüşünü almakla yükümlü değildir. Mahkeme başka bilirkişilerden görüş alabileceği gibi, Yüksek Sağlık Şurasından da görüş alabilir. Hâkim, inandırıcı görmediği Yüksek Sağlık Şurasının raporuyla bağlı değildir<sup>85</sup>. Aynı şekilde TŞSTİDK'nun 75. maddesinde de, "Tıp san'atının uygulanmasıyla ilgili olarak" kusuru tespit için Yüksek Sağlık Şurasının oy ve görüşünün ceza davalarında alınması zorunludur. Hukuk davalarında ise böyle bir zorunluluk yoktur.

### 3. Zarar

#### a. Genel Olarak

Zarar, aile hekiminin hukukî sorumluluğunun en önemli şartını oluşturur. Bu sonuç, sorumluluk hukukunun zararı karşılama, denkleştirme amacından da kolayca çıkarılabilir<sup>86</sup>.

85 "... Davacı, doktor hastası nedeniyle, ameliyattan sonra gözünde kalıcı arazlar oluştuğunu ve çirkinleştiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davadan önce delil tesbiti yoluyla Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Plastik Cerrahi Anabilim Dalı'ndan alınan 6.9.1996 günlü raporda, sonuç olarak davacının her iki göz kapağındaki görünümün kalıcı iatrojenik ektropron olarak değerlendirildiği belirtilmiş; yargılama sırasında alınan Adli Tıp II. İhtisas Kurulunun 2.11.1998. günlü raporunda ise, her iki alt göz kapağında ameliyat öncesinde mevcut torbalanmaların ameliyat sonrasında düzeltilmiş olduğu, alın ve üst kapaktaki ameliyat öncesi durumun ameliyattan sonra eski travmalı halinden daha kötü olmadığı, o nedenle ameliyatı yapan hekime atfıcaabil bir kusurun bulunmadığı açıklanmış; itiraz üzerine Yüksek Sağlık Şurası tarafından düzenlenen 6.4.1999 günlü raporda ise, ameliyatı yapan davalı doktorun ameliyat öncesinde ve sonrasında tıbbın kural ve gereklerine uygun davranmadığı vurgulanmıştır. ... Görüldüğü üzere, yargılama sırasında alınan raporlar arasında değerlendirmeler ve varılan sonuçlar açısından tam bir çelişki bulunmaktadır. Bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler giderilmeden, bunlardan birine itibar edilerek hüküm kurulamaz. Bu noktada hemen vurgulanmalıdır ki, Yüksek Sağlık Şurası, 11.4.1928 gün ve 1219 sayılı Tabâbet ve Şuabâtı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 75. maddesindeki açık hüküm nedeniyle, CMUK'nun 66/III. maddesi anlamında kendisine başvurulması zorunlu olan bir bilirkişi durumundaysa da, hukuk davalarında, HUMK.m.276/II. maddesinde öngörülen nitelikte, resmi bilirkişi değildir. Mahkeme Yüksek Sağlık Şurası'na başvurup başvurumamakta serbesttir ve herhangi bir bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı gibi, onun raporuyla da bağlı değildir (HUMK.m.286). Bu durumda, somut olayda, raporlar arasındaki değinilen çelişkinin giderilmesine hukuken bir engel; eş söyleyişle yüksek sağlık şurası raporuna mutlak surette itibar etme zorunluluğu yoktur (Y.13.HD., 9.11.1999T, E.2000/1146,K.4438) (Yayınlanmamıştır).

86 Eren, 520.

Borçlar Kanununun gerek 49. maddesinde gerekse 112. maddede "zarar"dan söz etmiş olmakla beraber bu kavramı tanımlamamıştır. Böylece zarar kavramının tanımının yapılması doktrin ve yargı organlarına bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamada ise, zarar kavramı "*geniş anlamda zarar*" ve "*dar anlamda zarar*" olmak üzere, iki farklı şekilde tanımlanmaktadır<sup>87</sup>. Geniş anlamda zarar kavramıyla; kişinin malvarlığına ilişkin bir olan "*maddî zarar*" ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan "*manevî zarar*" ifade edilmek istenmektedir. Buna karşılık "*dar anlamda zarar*" kavramı sadece maddî zararı kapsamaktadır<sup>88</sup>. Zarar kavramını geniş anlamda kullandığımızda aile hekimi açısından hem maddî zarar hem de manevî zarar ele alınacaktır.

Maddî zarar kavramı diğer açıdan fiilî zarar ve mahrum kalınan kâr şeklinde tasnif edilir<sup>89</sup>. Malvarlığının mevcut, net durumunda, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmaya fiilî zarar adı verilir. Buna karşılık mahrum kalınan kâr, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen elde edilmemesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu her iki zarar türü de tazmin edilecek zararın kapsamı içinde bulunabilir.

Aile hekiminin kusurlu davranışı yüzünden ameliyata gerek duyulması halinde hastanın bu ameliyat için ödemek zorunda olduğu masraflar fiili zarara; ayrıca hatalı bir ameliyat sonucu kişinin yüzünde kalıcı bir iz kalması durumlarında ise, kişinin özellikle de bir sinema sanatçısı olması halinde işini yapma şansını kaybetmesi mahrum kalınan kara örnek olarak gösterilebilir.<sup>90</sup>

#### **b. Zarar Çeşitleri**

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddî zarar adı verilir<sup>91</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi maddî zararın söz konusu olabilmesi için, üç unsurun meydana gelmesi gerekir. Bunlar,

---

87 Eren, 521; Tandoğan, 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 547; Antalya, 449.

88 Eren, 521.

89 Eren, 526; Oğuzman/Öz, C. II, 40; Kılıçoğlu, 300; Antalya, 453-454; Nomer, 208 vd.

90 Ayan, 110.

91 Eren, 521; Tandoğan 63; Oğuzman/Öz, 40; Kılıçoğlu, 294; Antalya, 449.

malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir.

Doktrinde maddî zarar, “zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumuyla bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki fark” olarak tarif edilmektedir. Maddî zarar kavramı şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar ve diğer zararlar olmak üzere üçlü bir ayrıma tabî tutulmaktadır.<sup>92</sup>

Aile hekimince, şahsa verilen zarar önem kazanır. Bu zarar çeşidi kişinin öldürülmesi veya beden bütünlüğünün ihlali sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmeleri ifade eder. Vücut bütünlüğünün ihlalden doğan maddî zararlar, cismanî (bedenî) zarar ve adam öldürülmesinden doğan zarar olarak incelenir.

## 1. Maddî Zarar

### aa. Cismani (Bedenî) Zarar

Zarar görenin beden ve ruh bütünlüğünün maddî ve manevî bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına, vücut bütünlüğünün ihlali denir.<sup>93</sup> Vücut bütünlüğünün ihlali ya beden bütünlüğünün ihlali ya da ruh bütünlüğünün ihlali şeklinde gerçekleşir.

Bedenî bütünlüğünün ihlalinde, mekanik veya pisişik bir müdahale ve darbe sonucu, bedende anatomik bir değişiklik ve bozulma meydana gelir. Zarar görenin beden bütünlüğü, mekanik bir müdahale sonucu bozulmaktadır.<sup>94</sup> Vücuttaki anatomik değişimler, genellikle mekanik etkilerden ileri gelir. Örneğin, Aile hekiminin, hastanın muayenesi sırasında oturduğu sandalyeden düşerek, belinin kırılması olayında vücuda yapılan bir mekanik müdahale sonucu gerçekleşen değişiklik söz konusudur.

Zarar, vücut bütünlüğünün ihlali olmayıp, bu ihlal sonunda meydana gelen ekonomik maddî sonuçlardır. Vücut bütünlüğünün ihlali zararın sebebini teşkil etmektedir<sup>95</sup>. Aile Hekiminin, hastaya uyguladığı tıbbî edim vücut bütünlüğünü ihlal eden sebebi teşkil eder. Vücut bütünlüğünün

---

<sup>92</sup> Tandoğan, 69; Eren, 528.

<sup>93</sup> Tandoğan, 283.

<sup>94</sup> Eren, 528; Kılıçoğlu, 294; Oğuzman/Öz, 40; Nomer, 150.

<sup>95</sup> Eren, 528.

ihlalden doğan maddî zararlar, tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardır.

#### **aaa. Tedavi Giderleri**

Bunlar; yeniden yapılacak teşhis ve tedavi ameliyat, doktor, ilaç, hastane, yatak, ulaştırma ücretleri ile geçici olarak bir yerde dinlenme, kaplıca, protez, yardımcı, hizmetçi ve özel diyet masraflar olabilir<sup>96</sup>. Tedavi giderleri estetik ameliyatlara için yapılan masrafları da kapsar<sup>97</sup>.

Tedavi giderleri; zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna uygun olmalıdır. Zarar gören, hasta bu giderleri bizzat yapmak zorunda olsaydı, nasıl bir hekim, hastane seçecek idiyse, bu halde de kendisine aynı imkân tanınmalıdır.

#### **bbb. İş Gücü Kaybı**

Kişinin beden bütünlüğünün, aile hekimin tıbbi müdahalesi sırasında bozulmasıyla çalışma gücünün geçici veya devamlı kaybı şeklinde olmaktadır. Çalışma gücünün belirli bir oranda azalmasında zarar, ya ekonomik geleceğin sarsılmış olması ya da beden gücünün belli bir oranda azalması nedeniyle, eski işini yapması için sarf edeceği fazla güçten kaynaklanmaktadır. Çalışma gücünün kaybında, işin niteliği yalnız tazminat kapsamı ile ilgilidir. Bu nedenle ev kadını olmakla, belirli bir işte çalışmak arasında esasta bir fark yoktur<sup>98</sup>.

#### **ccc. Ekonomik Geleceğin Sarsılması**

Vücut bütünlüğü ihlali, hastanın, çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmamasıyla birlikte, zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar, maddî kayıplar doğurabilir<sup>99</sup>. Vücut bütünlüğü ihlal edilen bir kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile, eskisine oranla daha çok güç sarf etmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda olabilir. Yapmakta olduğu işinden çıkarılma tehlikesiyle dahi karşı karşıya gelebilir.

---

<sup>96</sup> Eren, 745-746; Kılıçoğlu, 412; Nomer, 211; Oğuzman/Öz, 93; Antalya, 461.

<sup>97</sup> Y.4 HD. 27. 3.1979 T.E.13013/K. 4136) (naklen, Aşçıoğlu, 90).

<sup>98</sup> "... BK.m.46/I (TBK. m. 54/I) deki" bütün zararlar "deyimi çok kapsamlı olup yardımcı ve hizmetçi için ödenmek zorunda kalınan giderleri de kapsar" (Y.4.HD., 29.5.1979 T. E.2093/7151K, naklen Aşçıoğlu, 90).

<sup>99</sup> Eren, 750; Tandoğan, 292; Oğuzman/Öz, 98; Kılıçoğlu, 413; Nomer, 211.

Özellikle hastanın fizikî şeklinin anormal derecede değişmesi, kötürüm olması gibi durumlarda hasta için çalışma hayatında büyük önem taşır.

Burada da zarar, hastanın ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazançla gelecekte bu şartlar altında elde edeceği muhtemel kazancın karşılaştırılması suretiyle tesbit edilir.

#### **bb. Ölümden Doğan Zarar**

Zarar veren olay hastanın ölümü sonucunu doğurursa, hastanın yardımından hastanın yakınları mahrum kalmışlarsa, onların bu zararı tazmin edilmelidir. Zarar, bizzat ölümün kendisi olmayıp, bundan doğan olumsuz ekonomik sonuçlardır. Bu anlamda hastanın ölümü, sadece zararlı sonucun sebebini oluşturmaktadır.

#### **aaa. Destekten Yoksun Kalma**

Destek kaybından doğan zarar, hastanın öldürülmesiyle destekten yararlanan veya yararlanacak kişinin içinde bulunduğu veya bulunacağı hayat seviyesini tam veya belirli bir oranda kaybetmesinden doğar. Bu kişilere, imkân nispetinde, eski hayat standartlarını sağlamak amacıyla kanun koyucu bir tazminat hakkı tanımıştır<sup>100</sup>. Bu nedenle, BK. m. 53/III "*Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar*" hükmünü içermektedir. Bu maddeyle ölüm ile üçüncü kişilerin maddi zararlarının tazmini hedeflenmiştir.

Kanunda destek tazminatı isteyebilecekler belirtilmiştir. Kapsam, genel olarak "ölenin yardımından yoksun kalanlar" şeklinde belirlenmiştir. Destek, ölüm anında eylemli olarak var olacağı gibi (ana, babanın çocuklara; eşlerin birbirine desteği), ileri de yardımın yapılmasının kuvvetle muhtemel ilişkilerde de (varsayımlı; farazi destek) kabul edilmektedir<sup>101</sup>.

#### **bbb. Ölüm Nedeniyle Diğer Maddi Zararlar**

Ölümün derhal meydana gelip gelmemesine göre zararın hesaplanmasında iki durumu birbirinden ayırarak incelemek gerekir. Tıbbî edim sonucu hasta derhal ölmüşse, TBK. m. 53/I gereği aile hekimi, ölüm

<sup>100</sup> Eren, 755; Kılıçoğlu, 416; Oğuzman/Öz, 100-101; Nomer, 219; Antalya, 468.

<sup>101</sup> "... Sadece eylemli bakım ilişkisi, desteklik sıfatının kabulü için yeter. Daha açık bir deyimle, mirasçı olsun veya olmasın, ölenin akrabası veya yabancı bulunsun, ölüm sebebiyle ölenin yardımından mahrum kalmış olan herkes ölüme sebebiyet verenden Borçlar Kanunu'nun 45. maddesi hükmünce tazminat ister" (Y.4 HD., 16.1.1979 T. E.5216/K.235, naklen, Aşçıoğlu, 91).

dolayısıyla yapılan masrafları bu arada özellikle def'in masraflarını ödemekle yükümlüdür. Def'in, yani gömme giderleri, cesedi yıkama, kefenleme, taşıma, tabut otopsi, yemek, davetiye ve ilan giderleriyle gömme mezarlık vb. diğer giderleri kapsar<sup>102</sup>. Bu giderler, ölüm olayıyla doğrudan doğruya ilgili giderler olmalı ve öldürülenin sosyal, ekonomik durumuna, dinî inanışına uygun düşmelidir<sup>103</sup>.

Ölüm derhal meydana gelmemişse, burada ölümün gerçekleştiği ana kadar tıbbî giderler ile ölünceye kadar çalışılmamaktan gelir kayıpları hekim özel sağlık kurum ve kuruluşlarınca tazmin edilmesi gerekir (TBK. m. 53/II).

## 2. Manevî Zarar

Maddî zararların karşılanması her zaman için zorunlu ve mümkün iken çoğu hallerde manevî zararların telafî kabul etmez nitelikleri tesbit ve takdirleri yönünden arz ettikleri özellik ve güçlülükler, onların aynen tazminini imkânsız kılmaktadır. Bununla beraber paranın bugün sosyal ve ekonomik yönden ulaştığı ehemmiyet ve birçok ihtiyaçları cevap vermede oynadığı rol dikkate alınarak bozulan fizikî<sup>104</sup> ve ruhî dengenin “*kısmen ve imkân nisbetinde iadesini temin*” zammında en iyi bir araç olduğu kabul edilmiş, bu amaçla birçok ülkede olduğu gibi, hatta diğer hukuk sistemlerinden de önce İsviçre – Türk Hukuk sistemlerinde “*manevi tazminat*” adı ile tazminat çeşidine yer verilmiştir<sup>105</sup>.

Manevî zarar bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu bedensel ve manevî acı, ıstırap, yaşama sevincinin azalmasıdır<sup>106</sup>. Böylece aile hekiminin gerçekleştirdiği tıbbî teşhis ve tedavi sebebiyle zarar gören hastanın yaşama sevincinde azalma olması durumunda manevî bir zarar söz konusu olur<sup>107</sup>. Manevî

<sup>102</sup> Eren, 745; Kılıçoğlu, 415; Nomer, 219; Oğuzman/Öz, 99; Antalya, 467.

<sup>103</sup> İnan, 329.

<sup>104</sup> “...Cismani zarara maruz kalan çocuğun anne ve babası tazminat talep edebileceğinden, doğal olarak evlatların hayatı boyunca felç olması anne ve babanın manevi tazminat talebi kabul edilmiştir.” (HGK, T. 02.12.1986, 4-214/894, naklen Deryal, Yahya; Sağlık Hukuku Rehberi, Ankara 2014, 130).

<sup>105</sup> Ünal, 401.

<sup>106</sup> Tandoğan, 330; Eren, 531; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 655; Kılıçoğlu, 294-295; Nomer, 230; Antalya, 488.

<sup>107</sup> "Davacı, davalı doktor tarafından gereksiz yere yapılan ameliyat sonunda, ömrü boyunca büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmıştır. Toplumdan uzak kalmasını gerektiren sürekli ve pek ağır izaç edici üzücü bir duruma sokulması karşısında, aydın

tazminatın amacı zarar gören şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır. Tıbbî sorumluluk alanında manevî tazminatın hukukî dayanağını özellikle, değiştirilmiş bulunan Türk Medeni Kanun'unun 25. maddesi münasebetiyle<sup>108</sup> vücut bütünlüğünün ihlali ve adam öldürülmesi<sup>109</sup> halinde manevî tazminatı düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi teşkil eder. Söz konusu madde vücut bütünlüğü ihlal edilen kimseye veyahut da adam ölmesi halinde ölenin

---

sayılması gerekli bir kişinin duyacağı derin rûhî eza gözetilmeden isteği aynen hükmedilmeyerek manevî tazminatın bir kısmının reddedilmesi bozmayı gerektirir (YHGK. 16.12.1972 T. E.1971/4-137, K.105 (naklen, Aşçıoğlu, 92).

<sup>108</sup> Söz konusu maddenin II. fıkrasında manevî tazminat özel olarak düzenlenmemiş, manevî tazminat davası açma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Böylece maddenin manevî tazminatı düzenleyen diğer maddelerle birlikte uygulanması söz konusudur. Yani bu fıkra hükmü, tek başına manevî tazminat talebinin, hukukî dayanağını oluşturmaya yetmemekte, manevî tazminat talebinin, bu fıkra hükmü ile birlikte diğer manevî tazminat hakkını düzenleyen maddelerden birine dayanması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu fıkra hükmüne, Medenî Kanun'un eski 24. maddesinin ikinci fıkrasındaki farklı yorumlara yol açan "kanunen muayyen hallerde" tabiri konulmamıştır. (bkz. Şenocak, 78).

<sup>109</sup> BK'nın 47. maddesi hükmüne göre ( 6098 sayılı TBK m. 56 ), hâkimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Manevi tazminat, zarara uğrayanda, manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. Takdir edilecek miktarın, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1976 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hâkim bu konuda takdir hakkını kullanır iken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Dosya kapsamından, davacı Ekrem'in eşi, diğer davacıların annesi olan Oya meydana gelen kazada yaşamını yitirmiş, söz konusu kaza ile ilgili olarak hükme esas alınan kusur raporuna göre ise davalı sürücü asli % 65, davacı Ekrem tali % 35 oranında kusurlu olduğu anlaşılmıştır. O halde, meydana gelen trafik kazası sebebiyle duyulan acı ve elemnin kısmen de olsa giderilmesi amacıyla tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte, olayın meydana geliş şekli, davalıların sorumluluğunun niteliği, olay tarihindeki paranın alım gücü ve tarafların kusur oranları da göz önünde tutularak davacılar için hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir miktar daha düşük manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, açıklanan dosya kapsamına uygun düşmeyen miktarda manevi tazminata hükmedilmesi uygun görülmemiştir. Yukarıda ( 1 ) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı N. G. vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ( 2 ve 3 ) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı N. G. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı N. G.'a geri verilmesine, 27.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi (Y. T. 27.03.2014, E. 2013/8172, K. 2014/4473, naklen Kazancı Otomasyon UT. 02.06.2015).



yakınlarına manevî tazminat ödenmesi konusunda hâkime bir takdir hakkı vermiştir. Söz konusu madde ile yeni bir düzenleme de gerçekleştirilmiştir. Buna göre, “ *Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*” (m. 56/II). Söz konusu madde ile ölenin yakınlarına verilen manevi tazminat davasından başka “*ağır bedensel zarar*” kavramı da getirilerek madde içeriği genişletilmiştir. Zira bir kişinin ölümü ya da ağır yaralanması üçüncü bir kişinin de manevi zarara uğramasına sebep olabilir. Dolayısıyla olay hem ilk hem de ikinci zarar görenlerin ortaya çıkmasına sebep olabilir<sup>110</sup>. Doktrinde ikinci zarar görenin uğramış olduğu duygusal zararın beden bütünlüğünün ihlalinin oluşturacak düzeye ulaşmış olup olmadıklarına göre, şok ve duygu zararları ayrımı yapılmaktadır. Şok zararları, bir kişinin ölümü ya da ağır yaralanmasına şahit olması ya da haberdar olması sebebiyle bizzat üçüncü kişinin de ruh sağlığının hastalık derecesinde bozulduğu başka bir deyişle bedensel bütünlüğünün ihlal edildiği hallerde söz konusu olur. Duygu zararları ise, kişinin ruhsal sağlığının hastalık tanısı konulacak şekilde bozulmuş olması gerekli değildir. Bu halde yaşanan ruhsal çöküntü hastalık olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla genellikle herhangi bir tıbbi tedaviye gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer<sup>111</sup>. Ancak bu hallerde de hastanın yakınlarına manevi tazminata hükmedilebilir<sup>112</sup>

Bu maddeye göre hâkim “**hususî halleri**” dikkate alarak bu kişilere manevî tazminat ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse bunun ağırlığı hakkında somut olarak karar verecektir”.

#### 4. İlliyet Bağı

##### a. Genel Olarak

Tıbbî teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek olan aile hekiminin hukuki sorumluluğunun şartları arasında illiyet bağı büyük önem taşır. İlliyet bağı, hukukta, ortaya çıkan zararlar, sorumluluğun bağlandığı davranış ya da olay

<sup>110</sup> **Erlüle, Fulya;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Anakra 2011, 286 vd;

<sup>111</sup> **Erlüle,** 287.

<sup>112</sup> “.....doğal olarak evlatlarının hayatı boyunca felç olması anne babayı ruhsal yönden etkileyeceğinden cismani zarara maruz kalan çocuğun anne ve babasının tazminat talebi kabul edilmiştir” (**HGK. T. 02.12.1986, 4-214/894, naklen Deryal,** 130).

arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder<sup>113</sup>. Gerek kusur sorumluluğunda, gerekse sebep sorumluluğunda "*illiyet bağı*" şartı gerçekleşmeden, hukukî sorumluluk doğmaz.

### b. İlliyet Bağı

Aile hekimin, sorumluluğu için gerekli son şart, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zarar, tıbbî edimi sunan tarafın tıbbi yükümlülüklerine aykırı davranması sonucu doğmuş olmasıdır<sup>114</sup>. Buna karşın sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, hekimin, sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu durumda zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı söz konusu değildir. Örneğin, tıbbin kurallarına göre diyabet hastasına gerekli uyarılar yapılarak belli bir diyet listesi verilmiş ancak hastanın buna uymaması sonuç vücudunun belli bölgelerinde yaraların oluşması durumunda ilgili aile hekiminin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Çünkü olay hekimin dışında gerçekleşmiş olup zararlar, hekimin fiili arasında herhangi bir illiyet bağı söz konusu değildir.

Öte yandan, illiyet bağının kesilmesi halinde de aile hekiminin sorumluluğu ortadan kalkar. İlliyet bağının kesilmesine yol açan sebepler, mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve bizzat mağdurun kusuru olmak üzere üç tanedir<sup>115</sup>. Mücbir sebep de, tıbbî edimi sunan tarafın egemenliği dışında gerçekleşen olay hekimin fiili ile zarar ile arasındaki illiyet bağını kesmekte ve zarara tek başına sebep olmaktadır. Örneğin, hastaya iğne yapılırken edilirken deprem sonucu aile hekiminin bürosunun çökmesi durumunda hastanın ölmesinden dolayı hekimin, sorumluluğuna gidilemez. Üçüncü şahsın kusurunda ise, üçüncü şahsın davranışının zararlı sonuç üzerindeki etkisi, zararlı sonucun uygun sebebi sayılmasına yetecek kadar şiddetlidir. Örneğin, hastanın yakınının aile hekiminin verdiği dozun üzerinde hastaya insülin enjekte etmesi durumunda hastada meydana gelebilecek rahatsızlıklar için sorumlu aile hekiminin sorumluluğuna gidilemez. Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuçta hastanın ölmesi durumunda tıbbî edimi, gerçekleştiren aile hekiminin sorumluluğuna gidilemez. Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuca hastanın kendi fiili neden olmuştur. Bu durumda da tıbbî edimi sunan tarafın

<sup>113</sup> Eren, 536; Tandoğan,71; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 567; Kılıçoğlu, 301; Oğuzman/Öz, 44; Nomer, 150.

<sup>114</sup> Ott, 106.

<sup>115</sup> Eren, (İlliyet), 174.

sorumluluğu doğmaz. Örneğin, diyabet hastası olan bir kişinin hekimin tavsiyelerine uymayıp verilen diyet reçetesini uygulamaması sonucu, hastanın gözlerini kaybetmesi durumunda hekimin, özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sorumluluğu, illiyet bağının kesilmiş olması dolayısıyla söz konusu olmaz.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı da hastaya aittir<sup>116</sup>. Ancak hasta ispatı gerçekleştirirken kesin bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması yeterlidir<sup>117</sup>.

#### D. Rücu Davası Açma Süresi

TBK'nun 73. maddesi, İsviçre Öntasarısı'nın 55c maddesi ile paralel bir düzenleme getirmektedir. Bu hükümlerle, rücu hakkının alacaklının zararını tazmin eden müteselsil borçlunun şahsında doğan, halefiyet ile elde edilenden bağımsız, ayrı bir hak olduğu ve rücu talebinin zamanaşımı rejiminin de kendi kurallarına tâbi olacağı vurgulanmaktadır<sup>118</sup>.

TBK m. 73 f. 1'e göre, "*Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*"<sup>119</sup>. TBK. m. 73 f. 1 hükmü, rücu davasının tâbi olduğu zamanaşımı bakımından biri kısa, biri uzun olmak üzere iki zamanaşımı süresi düzenlemiştir.

TBK. m. 73 f. 1'de düzenlenen iki yıllık kısa zamanaşımı süresi ancak iki şart birlikte gerçekleştiğinde işlemeye başlar<sup>120</sup>. Bu şartlardan ilki, haksız fiilden zarar gören alacaklıya tazminatın tamamının ödenmesidir. Bu noktada belirleyici olan, borçluyu tazminat ödemeye mahkûm eden mahkeme hükmünün verildiği veya ödemeye ilişkin işleminin yapıldığı tarih

<sup>116</sup> Ott, 107; Öz, 717.

<sup>117</sup> Ott, 108.

<sup>118</sup> Kırcı, 666.

<sup>119</sup> İsviçre Öntasarısı'nın 55c maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme ise şöyledir: "Rücu davası tazminatın tamamen ödendiği ve sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten itibaren üç yılda zamanaşımına uğrar; bu dava her durumda zarar veren olayın meydana geldiği veya sona erdiği andan itibaren yirmi yılda zamanaşımına uğrar."

<sup>120</sup> Kurt, Leyla Müjde; Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı, TBB Dergisi, 2011, (135-162), 152.

değil, ödemenin fiilen gerçekleştiği tarih olmalıdır<sup>121</sup>. Rücü hakkına sahip olan kişi tazminatın bir kısmını ödemiş kalanını diğer sorumlu kişiler ödemiş olsa bile zamanaşımı süresi son kısmın tamamen ödendiği andan itibaren başlar. Buna göre, idarenin tazminatı tamamen değilde kısmen ödemesi durumunda zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz<sup>122</sup>. Zamanaşımının başlangıcı bakımından borcun ödendiği, dolayısıyla rücu alacağının doğduğu tarihin esas alınması, zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağını öngören TBK. m. 149 hükmüyle uyumludur. İki yıllık kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için gerçekleşmesi gereken ikinci şart ise, rücu alacaklısının rücu edebileceği kişiyi öğrenmiş olmasıdır. O halde, birden çok rücu borçlusu varsa, bunların her birine yöneltilcek rücu talebi bakımından zamanaşımının başlangıcı farklı olabilir. Burada da rücu alacaklısının gerekli özeni gösterseydi diğer müteselsil sorumluyu öğrenebileceği an değil, onun diğer müteselsil sorumluyu fiilen öğrendiği an esas alınmaktadır.

Bu doğrultuda olmak üzere, TBK. m. 73 f. 2 c. 1 hükmüyle alacaklının başvurduğu müteselsil borçlunun, bu başvuruyu diğer müteselsil borçlulara bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bildirim ödevi hukuken bir külfet niteliğindedir<sup>123</sup>. Alacaklının başvurduğu borçlunun bu başvuruyu diğer müteselsil sorumlulara ihbar edebilmesi için, kuşkusuz öncelikle onun diğer sorumluların kimliklerini tespit etmiş olması gerekir. Borçlu ancak kendisine karşı tazminat davası açıldığı takdirde, zarar görenin diğer sorumlulara başvurmadığını öğrenebileceğinden, ondan ancak tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren gecikmeksizin davayı diğer sorumlulara ihbar etmesi beklenebilir. Kanunda bildirim nasıl gerçekleştirileceği konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda açılan tazminat davasının ihbarı bakımından bu konudaki genel düzenleme olan HMK. m. 61-64-69 hükümleri uygulama alanı bulur<sup>124</sup>.

TBK.'nda bildirim külfetinin yerine getirilmemesi hali için rücu hakkının kullanılamaması gibi ağır bir müeyyide getirilmemiştir. TBK.'na göre, bildirim yapılmamasının, yani alacaklının yönelttiği tazminat talebinin diğer müteselsil borçlulara ihbar edilmemesinin müeyyidesi, iki yıllık kısa

---

<sup>121</sup> Eren, 838; Nomer, 401; Kurt, 152.

<sup>122</sup> Kılıçoğlu, 502.

<sup>123</sup> Kurt, 155.

<sup>124</sup> Karşlı, Abdurrahim; Usul Hukuku Açısından Rücü Davaları, İstanbul 1994, 191 vd. ; Atalı, Murat; Medenî Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, 141 vd.

zamanaşımının bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihten itibaren işlemeye başlayacak olmasıdır<sup>125</sup>. Ancak hükümde yer alan “*bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarih*” ifadesi net bir ifade değildir.

Rücû hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından TBK. m. 73’ün 1. fıkrası ile 2. fıkrası birlikte yorumlanması gereken, farklı düzenlemeler getirmektedir<sup>126</sup>. Kanaatimizce, bu iki hüküm şu şekilde yorumlanmalıdır: Alacaklının kendisine tazminat davası açtığı, bildirim külfeti altında olan borçlu, rücû edeceği diğer sorumlulara davayı ihbar ettiği, yani bildirim külfetini yerine getirdiği takdirde TBK. m. 73/ 1 hükmü uygulanmalıdır. Buna göre, ihbarda bulunduğu göre diğer sorumluları öğrenmiş olan borçlu, alacaklının zararının tamamını tazmin ettiği anda rücû alacağı bakımından iki yıllık kısa zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Buna karşılık, alacaklının tazminat davası açtığı borçlu diğer müteselsil borçlulara bu durumu ihbar etmediyse, TBK. m. 73/ II hükmü uygulanır. Bu takdirde iki yıllık zamanaşımı süresi, ihbarda bulunmayan borçlunun alacaklının zararını fiilen tazmin ettiği tarih dikkate alınmaksızın, dürüstlük kuralı gereği borçlunun tazminat talebini diğer sorumlulara ihbar etmesi gereken tarihten itibaren işlemeye başlar. Kendisinden tazminat talep edilen borçlu Aile Hekiminin rücû alacağı onun alacaklıya tazminatı ödediği anda doğduğuna göre, bu son durumda henüz daha rücû alacağı doğmadan, bu alacak bakımından zamanaşımı süresi işlemeye başlamış olmaktadır. Kanun koyucunun burada sorumlulardan birine yöneltilen tazminat talebi kendilerine ihbar edilmeyen diğer müteselsil sorumluları korumak, alacaklının kendisine yönelttiği tazminat talebini diğer sorumlulara ihbar etmeyen borçluyu ise, rücû alacağının zamanaşımı süresini erken işletmeye başlayarak cezalandırmak istediği anlaşılmaktadır<sup>127</sup>. Ancak müteselsil borçlular arasındaki menfaatler dengesini sağlamak için dahi olsa, zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağını öngören TBK m. 149/I hükmüne aykırı olarak, rücû alacağı için zamanaşımı süresini bu alacağın muaccel olmasından önceki bir tarihten başlatmak isabetli olmamıştır<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> Kırca, ; 671; Kurt, 156.

<sup>126</sup> Kılıçoğlu, Eleştiriler, 43.

<sup>127</sup> Kurt, 158; Kırca, 672.

<sup>128</sup> Kırca, 672.

**SONUÇ**

İdare Hukukuna tabi olarak görev yapan, Aile Hekimlerinin hastalarına karşı tıbbi müdahalelerden kaynaklanan tazminat davalarını ödeyen Sağlık Bakanlığı ilgili Aile Hekimine karşı idare hukuku çerçevesinde rücu edebilmektedir. Çünkü aile hekimin zararını halkın verdiği vergilerden ödeyen idare, söz konusu miktarı asıl fail olan Aile Hekiminden de talep edebilmelidir. Bu amaçla söz konusu zararını ödeyen idare zarar oranında Adli Yargı da zarara sebebiyet veren hekime karşı dava açabilmektedir. Açılacak dava TBK. m. 49 hükümlerine tabidir. Söz konusu davanın hekime karşı ileri sürülecek olan ispat yükümlülüğü de yine aynı madde hükümleri çerçevesinde görülmektedir. Ancak dava, her ne kadar haksız fiil hükümleri çerçevesinde görülse de hukukî nitelik olarak rücu davası olmasından hareketle haksız fiil hükümlerinden farklı zamanaşımı konusunda farklı bir düzenlemeye konu olmuştur. Zamanaşımı ile ilgili kısım, TBK. m. 73'de kısa ve uzun zamanaşımı olarak başlangıç süreleri de genel zamanaşımı hükümlerinden farklı olarak düzenlenmiştir.

### KAYNAKÇA

- Algın Kürşat/Şahin İsmet/Top Mehmet:** “Türkiye’de Aile Hekimlerinin Mesleki Sorunları Çözüm Önerileri”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 7, S. 3, 2004
- Antalya, Gökhan:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Aşçıoğlu, Çetin:** Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Ataay, Faruk:** “Sağlık Reformu ve Yurttaşlık Hakları”, Amme İdaresi Dergisi, C. 41, S. 3, Eylül 2008, s. 169-184.
- Atalı, Murat:** Medenî Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Ayan, Mehmet:** Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- Bayındır, Savaş:** Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI, Sayı 1-2, 2007.
- Bayraktar, Köksal:** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Belek, İlker/Kılıç, Bülent:** “10 Soruda Aile Hekimliği – Doktorluğu, Yanlışlar Değil Doğrular, Yalanlar Değil Gerçekler”, Toplum ve Hekim, Kasım-Aralık 2003, C. 18, S. 6.
- Deryal, Yahya:** Sağlık Hukuku Rehberi, Ankara 2014.
- Dilek Zühal:** Türkiye İşçi Emeklileri Derneği, Aylık Haber Bülteni, Şubat 2009, Y. 6, S. 76.
- Eren, Fikret:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Eren, Fikret:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Eren, Uygun İlliyet).
- Erlüle, Fulya:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2011.
- Gauch, P/Schleup, W.,** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, C. II, Zürich 2014,
- Gökcan, Hasan Tahsin;** KTK’ya Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 8. Baskı, Ankara 2014,

**Görpeliöğlu, Süleyman:** “Önerilen Aile Doktorluğu Modeli ve İnsan Kaynakları Değerlendirmesi (Sonuç Raporu)”; [www.sabim.saglik.gov.tr/rapor\\_proje/goto.aspx?id=4616](http://www.sabim.saglik.gov.tr/rapor_proje/goto.aspx?id=4616), s. 35 vd. (02.06.2015).

**Gözler, Kemal:** İdare Hukuku, C. II, Bursa 2009.

**Gözler, Kemal:** İdare Hukuku Dersleri, 15. Bası, Bursa 2014, (Gözler, İdare).

**Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canikliöğlu, Nurşen:** Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2014.

**Kaneti, Selim:** Hekimin Hukuksal Sorumluluğuunda Kusurun ve İspat Yükünün Yeri, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu. Ankara 12-13 Mart 1982; İstanbul 1983.

**Karataş İrep:**“Dünden Bugüne Wonca”, Aile Hekimliği Dergisi, C. 2, S. 4, Y. 2008.

**Karşlı, Abdurrahim:** Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları, İstanbul 1994.

**Kılıçoğlu, Ahmet:** Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979.

**Kılıçoğlu, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013. (Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku).

**Kılıçoğlu, Ahmet:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140, Ankara 2008. (Kılıçoğlu, Eleştiri)

**Kırca, Çiğdem:** “Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı İle Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.

**Kurt, Leyla Müjde:** Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı, TBB Dergisi, 2011, (135-162).

**Laufs, Adolf:** Arztrecht, 3. Auflage, München 1954.

**Loeffler, Walter:** Die Haftung ders Arztes aus ärztlicher Behandlung, Zürich 1995.

**Nomer, Haluk;** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Basım İstanbul 2015.

**Oğuzman, M. K/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I-II, 10. Bası, İstanbul 2013.

**Okur, Ali Rıza:** “Türk Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi,



Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, 7-8 Aralık 2006, Ankara 2007, s. 115-182.

**Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye:** “Türkiye’de Sağlık Reformunun Geçmişi ve Geleceği”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 599-699.

**Ott, W. E.:** Voraussetzungen der Zivirechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978.

**Özek, Çetin:** Hekim ve Hukuk, Tıbbî Müdahalelerde Bulunmak Hakkının Sınırları, İTFM 1965, C. XXVIII, S. 4, sh. 445 vd.

**Pekcan Hikmet/Uğurluoglu Özgür:** “Kentlerde Birinci Basamak Sağlık Hizmetleri, Aile Hekimliği”, Yeni Türkiye, Y. 2001, S. 39, s. 817-844.

**Rakel Robert E.:** “Textbook of Family Practice”, The Family Physician, 5<sup>th</sup> Edition, Philadelphia 1995,

**Sarıal, Enis:** Sağlıklar arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

**Sözer Ali Nazım:** “Genel Sağlık Sigortasının Organizasyonu”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010.

**Sözer Ali Nazım:** “Genel Sağlık Sigortası Kimin Yararına”, Mercek, Y. 10, S. 37, Ocak 2005, s. 21-31. (Sözer, Kimin Yararına)

**Şenocak, Zarife:** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

**Tandoğan, Haluk:** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1981.

**Tekinay, S. S/Akman, C/Burcuoğlu, H/Altop, A:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

**Tuaç, Pelin:** Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Aile Hekimliği: Hukukî Bir Değerlendirme, İzmir 2009, 135.

**Tüzer, Tunga Tavbiy/Görpelioglu, Süleyman:** “Aile Hekimliği”, Yeni Türkiye, S. 39, Mayıs-Haziran 2001.

**Uğurlu, Mehmet/Kasım, İsmail/Korukluoğlu, Sinan/Üstü, Yusuf/Doğusan, Ahmet Reşat:** “Aile Doktorluğunda Özlük Haklar”, Aile Doktorları İçin Kurs Notları, 1. Aşama, Sağlık Bakanlığı, Ankara 2004.

**Ünal, Mehmet:** Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD 1978, C. 35, S. 1-4.

**Von Tuhr, P/Escher, T:** *Allgemeiner* Teil des Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. II, Zürich 1974.

**Yılmaz, Battal:** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010.