

**ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**





# ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: IX

SAYI: 2

YIL: 2014

ARALIK – 2014  
KAYSERİ

## SAHİBİ

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

## SORUMLU MÜDÜR

Osman ÖZDEMİR

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

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

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

**Yayıncı:** Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. Sağlık Sok No:21 Sıhhiye/Ankara Tel: 0312 435 30 30 –  
Fax: 0312 435 24 72 – www.seckin.com.tr – yayin@seckin.com.tr  
**Baskı** : Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. **Sertifika No:** 12416

## YAYIN İLKELERİ

---

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

7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

## DANIŞMA KURULU

---

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Fatih Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Enver BOZKURT**

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Erdal ONAR**

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Ömer TEOMAN**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet ÜNAL**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Feridun YENİSEY**

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

**Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## YAYIN KOMİSYONU

---

Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN  
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK  
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL  
Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK  
Arş. Gör. Dr. Aynur CİDECİGİLLER  
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

## EDİTÖRLER

---

Prof. Dr. Murat DOĞAN      Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK  
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL

## EDİTÖR YARDIMCILARI

---

Arş. Gör. Dr. Aynur CİDECİGİLLER      Arş. Gör. Emre KÖROĞLU



## DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI\*

---

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Prof. Dr. İsmail KAYAR, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN, Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL, Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK, Yrd. Doç. Dr. Gülđen ŞİŞMAN, Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL, Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Dr. Aynur CİDECİGİLLER, Arş. Gör. Hilal AKIL, Arş. Gör. Aslı NANEÇİ ARICI, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Fatih AYDIN, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Özlem ERKAL, Arş. Gör. Beyza ESKİCİ, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Arş. Gör. Derya Başak MEDENİ, Arş. Gör. Emine GÜLSELCEN KAFKASYALI, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Aslıhan KAYIK, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Yavuz ÖZKAN, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Vakkas YEĞRİM, Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ, Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

---

\* DERGİDEKİ İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

## TEŞEKKÜR

---

**DERGİMİZİN C. IX, S. 1, 2 BASILARINDA HAKEM OLARAK KATKIDA BULUNAN AŞAĞIDA İSİMLERİ YAZILI SAYIN ÖĞRETİM ÜYELERİNE TEŞEKKÜRÜ BORÇ BİLİRİZ\*...**

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan KARAN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Mustafa ERKAN, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Cengiz GÜL, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Mustafa ÖZEN, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. İştah CENGİZ, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Yavuz ERDOĞAN, Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Ömer GEDİK, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Sencer KARA, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Erdal YERDELEN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Hüseyin Akif KARACA, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

---

\* HAKEM İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

## İÇİNDEKİLER

### ÖZEL HUKUK

**Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU**

**Berrin DALGIÇ ALTINTAŞ**

Türk Ticaret Kanunu'nun 340. maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme  
Özgürlüğünün Sonu mu?..... 1

**Yrd. Doç. Dr. Dilşad KESKİN**

Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velâyet Hakkı (Uzatılmış Velâyet).....27

**Arş. Gör. Osman DURAN**

**Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT**

İl Özel İdaresi Mallarının Haczi .....61

**Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU**

TTK m. 636/3 ile TTK m. 640 Hükümleri Arasındaki İlişkiye Dair Bir İnceleme ..... 105

**Arş. Gör. Aslıhan KAYIK**

Basın İş Kanunu Kapsamındaki Gazetecilerin İş Güvencesi Hükümlerinden  
Yararlanma Koşulları ..... 153

### KAMU HUKUK

**Arş. Gör. Abdulbaki GİYİK**

Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve  
Bu Yükümlülüklerin Çatışması ..... 175

**Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT**

Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması ve İdarenin Yükümlülükleri .....215

### TEZ ÖZETİ

**Arş. Gör. Dr. Aynur CİDECİGİLLER**

İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi.....281



## CONTENTS

### PRIVATE LAW

**Assist. Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU**

**Berrin DALGIÇ ALTINTAŞ**

Article 340 of Turkish Commercial Code: End of Freedom of Contract for Corporations? ..... 1

**Assist. Prof. Dr. Dilşad KESKİN**

Die elterliche Sorge über Entmündigte (erstreckte elterliche Sorge) ..... 27

**Res. Asst. Osman DURAN/**

**Res. Asst. Ali YEŞİLYURT**

Attachment Execution Opposite to Special Provincial Administrations ..... 61

**Res. Asst. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU**

Enquiring About The Relationship Between The Number of Article 636/3 and 640... 105

**Res. Asst. Ashhan KAYIK**

In Scope of Press Labor Law, Utilization Conditions of Journalists from Job Security Provisions..... 153

### PUBLIC LAW

**Res. Asst. Abdulbaki GİYİK**

The Conflicition of the Obligation of Slur A Crime And Professional Discretion In Terms Of Health Law ..... 175

**Res. Asst. Ali YEŞİLYURT**

The Protection of the Patient's Personal Data and the Obligations of the Administration..... 215

### ABSTRACT OF THESIS

**Res. Asst. Dr. Aynur CİDECİGİLLER**

Administrative's Disputes' Resolution by Negotiation ..... 281



# **Özel Hukuk/ Private Law**

---





**TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 340. MADDESİ:  
SERMAYE ŞİRKETLERİ HUKUKUNDA SÖZLEŞME  
ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SONU MU?**

*Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU\**  
*Berrin DALGIÇ ALTINTAŞ\*\**

**ÖZET:**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile getirilen en önemli yeniliklerden bir tanesi 'Emredici Hükümler İlkesi'dir. Kanunun 340'ıncı maddesinde hükme bağlanan bu ilkeye göre esas sözleşme, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Yine aynı hükümden diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin ancak o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümler esas sözleşme açısından kural olarak emredici nitelikte kabul edildiğinden, 6102 sayılı TTK'da sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, emredici hükümler ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir. Emredici hükümler ilkesi, özellikle sağladığı koruyucu yaklaşım dikkate alındığında, halka açık anonim şirketler bakımından bazı ihtiyaçlara cevap vermekle birlikte, halka kapalı anonim şirketler açısından ne ölçüde gerekli ve faydalı olduğu tartışmalıdır. Keza ilke, özel hukuk alanında oldukça önemli olan sözleşme serbestisi ilkesi ve şirketler hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmamakta, pay sahiplerini kendi aralarında pay sözleşmeleri yapmaya itmektir. Öte taraftan emredici hükümlere ilişkin TTK m.340 hükmünün amaçsal yorumuna ne ölçüde izin verdiği ve bu çerçevede ilkenin kapsamı tartışmalıdır. Bu durumun da şirketler hukuku alanında farklı pek çok sorununa yol açacağı kuvvetle muhtemeldir.

**Anahtar Kelimeler:** Anonim Şirketler, Emredici Hükümler İlkesi, Esas Sözleşme, Emredici Hükümler, Sözleşme Özgürlüğü

---

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.  
E-Posta: cafereminoglu@hotmail.com

\*\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi; RTÜK, Üst Kurul Uzman Yardımcısı. E-Posta: berekarene@hotmail.com

**ABSTRACT:**

One of the most important novelties of the Turkish Commercial Code 6102 (TCC) is “the principle of mandatory provisions.” The principle which is specified in the article 340 of the TCC provides that the articles of corporation may merely divert from the provisions of this act, if it is clearly allowed. The default provisions for the articles of corporation allowed by other acts shall only have effect within the scope of that particular act. According to this section, as a rule, regarding the articles of association all provisions about corporations are obligatory provision. Thus, it can be said that TCC allows obligatory provisions principle, but not the freedom of contract. Considered that the principle of obligatory provision provides protective manner, it is appropriate for publicly-held corporations. However, it is not proper for closed type corporations. Moreover the principle of obligatory provision does not accord with the freedom of contract principle which is considerably important in private law and with the basic principles of company law, it lead shareholders to do share contracts among themselves. On the other hand, how far does Art. 340 of TCC allow a teleological interpretation and in this regard the scope of this principle is controversial. This situation most likely is to cause many problems within the field of company law.

**Keywords:** Corporations, The Principle of Mandatory Provisions, Articles of Association, Obligatory Provisions, Freedom of Contract

## I. GİRİŞ

Emredici Hükümler İlkesi, TTK'nın 340'ıncı maddesinde; “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile esas sözleşme açısından TTK'daki anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edilerek, eTTK'da benimsenen sözleşme özgürlüğü prensibi 6102 sayılı Kanunda yerini emredici hükümler ilkesine bırakmıştır. Diğer bir ifade ile emredici hükümler eTTK'da istisna iken Yeni TTK'da kural haline gelmiştir.

TTK'nın Gereğesinde de ifade edildiği üzere, kanun koyucu bu hüküm ile pay sahipleri ile alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olmayı ve bu yönde açılacak davaların sayısını azaltmayı amaçlamıştır. Ancak hükmün bu amacı gerçekleştirirken önemli bir özel hukuk prensibi olan “sözleşme serbestisi” ilkesine zarar verdiği ileri sürülerek hüküm eleştirilmiştir. Nitekim hükme ilişkin eleştiriler bununla da kalmamış, hükümde ifade edilen kavramların nasıl anlaşılması gerektiği konusunda da farklı fikirler ileri sürülmüştür.

Biz çalışmamızda, hükmün kaynağını ele aldıktan sonra öncelikle “Emredici Hükümler İlkesi” kavramını ve bu ilkenin amacını incelemeye çalışacak, ardından ilkenin TTK sisteminde nasıl düzenlendiğini, hükümde geçen ifadelerin doktrinde ne şekilde yorumlandığı üzerinde durmaya ve konuya ilişkin görüş ve değerlendirmelerimize yer vermeye çalışacağız. Ardından, ilkenin halka açık anonim şirketler ve kapalı tip anonim şirketler açısından yerindeliği hususunu irdeledikten sonra, sonuç kısmı ile çalışmamızı tamamlayacağız.

## II. HÜKMÜN KAYNAĞI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) önemli bir kısmı, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda (eTTK) olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinden alınmıştır. Ancak 6102 sayılı Kanunda, Alman Paylı Ortaklıklar (AktG) Kanunu'ndan alınan bazı hükümlere de yer verilmiş, böylece bazı kurumlar ilk kez Türk Anonim Şirketler Hukukunda düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, “emredici hükümler ilkesi” AktG'den alınan önemli bir ilke olarak hukukumuza girmiştir<sup>1</sup>.

Ne var ki gerek yol açtıkları tartışmalar ve sonuçlar itibarıyla gerekse de emredici hükümler ilkesinin kapsamı ve katılığı açısından TTK 340. madde hükmü ile Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (AktG) 23(5) hükmü arasında

<sup>1</sup> Alman Anonim Şirketler Kanundan alınan diğer önemli kurumlara; “Şirketler Topluluğu” ve “Ön Şirket” hükümleri örnek olarak gösterilebilir.

önemli farklılıklar bulunmaktadır. Her iki hükmün ilk cümleleri neredeyse aynı olmakla birlikte asıl farklılaşma ikinci cümlelerden dolayı ortaya çıkmaktadır. AktG bu arada “esas sözleşmeye konacak tamamlayıcı hükümlerin kanunda (AktG) (ilgili konuda) tahdidi bir hüküm olmaması halinde geçerli olacağını” hükme bağlamakta iken TK’da bu yönde bir ifade yer almamakta, sadece (TTK dışındaki) diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı belirtilmektedir. İki kanun hükmü arasındaki bu farklılığın aşağıda detaylı olarak değineceğimiz emredici hükümler ilkesi ve bu ilkenin kısıtladığı sözleşme serbestisinin uygulanması açısından önemli farklılıklara yol açtığını söylemek yanlış olmayacaktır. AktG böylelikle kendi içinde yer alan tahdidi hükümler dışında esas sözleşmede farklılığa müsaade ederken TTK farklılaşma için kendi içinde “açıkça” izin verilmiş olmasını şart koşmaktadır.<sup>2</sup>

### III. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ KAVRAMI VE AMACI

#### A. Emredici Hükümler İlkesi Kavramı

Özel hukuk alanında ve özel hukukun bir alt dalı olan ticaret hukukunda, kural olarak, sözleşme serbestisi ilkesi hâkimdir. Bu ilkenin sonucu olarak taraflar diledikleri içerikte sözleşme yapma imkânına sahiptirler. Ancak sözleşme serbestisi ilkesi de sınırsız değildir. Kanunlarda yer alan emredici hükümler, bu serbestinin en önemli sınırlarından birini oluşturmaktadır. Bu doğrultuda kişiler, sözleşmesel ilişkilerini kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayacak şekilde düzenleyeceklerdir. Dolayısıyla bir hükmün emredici hükümlerden olup olmadığının tespiti, sözleşme hükümlerinin geçerli olması bakımından son derece önemlidir.

Kanun hükümleri, nitelikleri açısından aksi kararlaştırılmayan hükümler ve aksi kararlaştırılabilen hükümler olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuki ilişkinin taraflarınca aksi kararlaştırılmayan ve uymaları zorunlu olan hükümlere “emredici hükümler”; aksi kararlaştırılabilen ya da tarafların irade açıklamalarının yorumunda kullanılan hükümlere ise “yedek hükümler” ya da “yardımcı hükümler” denilmektedir<sup>3</sup>. Bir hükmün emredici veya yedek hüküm olup olmadığı, kanundaki hükmün amacından, yazılış ve ifade ediliş biçiminden anlaşılmaktadır<sup>4</sup>.

Özel hukuka ilişkin önemli hususlardan birini oluşturan emredici hükümler ve düzenleyici hükümler ayrımı ile bu ayrımın getirdiği sonuçlar şirketler hukuku alanında da geçerlidir. Bu doğrultuda eTTK döneminde, kanunda açıkça

<sup>2</sup> Bkz: Eminoğlu, s.133, 134.

<sup>3</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akipek/ Akıntürk**, s.113 vd.

<sup>4</sup> **Akipek/ Akıntürk**, s.113

yasaklanmayan her konu kural olarak sözleşme ile düzenlenebilirken; Yeni TTK ile birlikte, esas sözleşmenin kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunun açıkça izin verdiği hallerde sapılabileceği esası benimsenmiştir. Nitekim TTK'nın 340'ıncı maddesinde “*Esas sözleşme, bu Kanun'un anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapılabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o Kanun'a özgülenmiş olarak hüküm doğurur.*” hükmü düzenlenerek, TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Söz konusu hükmün, anonim şirketlere ilişkin getirdiği bu genel düzenleme karşısında Karasu, madde başlığının “Emredici Hükümler” olarak düzenlenmesi yerine, “Emredici Hükümler İlkesi” şeklinde düzenlenmesinin daha yerinde olacağını ifade etmektedir<sup>5</sup>. Keza hükmün getirdiği sonuçlar da dikkate alındığında, biz de hükmün anonim şirketler hukukuna ilişkin önemli bir ilke niteliğinde olduğunu, dolayısıyla madde başlığında yer alan ifadenin “Emredici Hükümler İlkesi” olarak düzenlenmesinin daha yerinde olacağı görüşüne katılıyoruz. Ancak belirtmek gerekir ki TTK m.340 ile TTK'daki hükümler genel olarak şirketler hukuku ya da özel olarak anonim şirketler hukuku için değil sadece esas sözleşmenin düzenlenmesi açısından emredici hale gelmektedir.

## B. Emredici Hükümler İlkesinin Amaçları

Uzun yıllar boyunca ülkemizde uygulanan 6762 sayılı TTK'da yer almayan emredici hükümler ilkesinin nasıl bir eksikliği gidermek veya uygulamada karşılaşılan hangi uyumsuzluklara çözüm olmak için getirildiği doktrinde bazı yazarlarca sorgulanmıştır<sup>6</sup>. İlkeyi düzenleyen 340'ıncı maddenin gerekçesi; “*Tasarının yeni olan bu maddesi, normatif sistemin zorunlu bir parçasıdır. Alm.POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde bir çok karşıtı vardır; Türkiye'de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Maddeyi eleştirenler, hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde pay sahiplerinin iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi tartışmasını yaratacağını; ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürerler. Ancak hükmün, açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve*

<sup>5</sup> Karasu (6102), s.312

<sup>6</sup> Pulaşlı (Eleştirisel Bakış), s.41

*hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı; esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği dikkate alınması gereken noktalardan sadece bir kaçıdır. Anonim şirketler hukukunda bireysel pahasahipliği hakları ile azlık hakları öğretisinin bugün gittikçe etkisini kaybeden sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırdığından şüphe edilemez.” şeklinde ifade edilmiştir<sup>7</sup>.*

Emredici hükümler ilkesinin amaçları, hükme ilişkin gerekçe de dikkate alınarak doktrinde hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlamak, pay sahiplerini korumak ve diğer menfaat gruplarını korumak olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir<sup>8</sup>. Biz de konuyu daha ayrıntılı irdeleyebilmek bakımından konuyu bu sistematik içerisinde ele almaya çalışacağız.

#### **a. Hukuki Güvenlik ve Öngörülebilirliği Sağlama**

Emredici hükümler ilkesinin en önemli amacının anonim şirket esas sözleşmelerinde belirli bir standart sağlanarak, hukuki güvenlik, açıklık ve öngörülebilirliği sağlamak olduğu ifade edilmektedir. Zira bu ilke sayesinde sermaye piyasası aktörlerinin her şirketin esas sözleşmesini inceleme ve değerlendirme külfeti ortadan kalkmakta, böylece harcanan zaman ve masraftan tasarruf edilmektedir<sup>9</sup>. Diğer yandan, müstakbel pay sahipleri, pay sahibi olacakları şirkette sahip olacakları hakları önceden öngörebileceği için hukuki güvenlik sağlanmış ve sermaye piyasasına duyulan güven artmış olacaktır.

#### **b. Pay Sahiplerinin Korunması**

Anonim şirketler hukukunda emredici hükümler ilkesinin kabulünü gerektiren en önemli nedenlerden birinin de pay sahiplerini koruma düşüncesi olduğu öğretide neredeyse oy birliği ile ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Tekinalp'e göre; iş, rekabet, tüketici hukuku ve sigorta hukukunun birçok hükmünü ve genel işlem şartlarını denetleyen, geçersiz şartları belirleyen hükümleri içeren özel kanunlar hangi düşüncelerle sözleşme özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarılmışlarsa, genel işlem şartlarının denetlenmesine hangi anlayışlar yol açmışsa ve hangi mülahazalar bazı genel işlem şartlarını geçersiz kılıyorsa, hangi konular yüksek mahkemeleri genel işlem şartlarını sözleşme özgürlüğü ilkesinden istisna eden ilkesel kararlar vermeye götürüyorsa ve son otuz yıllık öğreti hangi mülahazalara dayanıyorsa, aynı düşünceler, endişeler ve mülahazalar küçük pay sahipleri

<sup>7</sup> TTK Madde Gereçekçeleri, m.340

<sup>8</sup> Bkz. Karasu, s.43 vd.; Karasu (6102), s.313

<sup>9</sup> Karasu, s.43-44

<sup>10</sup> Eminoğlu, s.132; Tekinalp, s.650; Pulaşlı (Eleştisel Bakış), s.41; Karasu, s.44. Ayrıca bkz: TTK Madde Gereçekçeleri m.340.

için de geçerlidir<sup>11</sup>. Yazar, sözleşmelerin zayıf tarafını korumak amacıyla getirilmiş bu ilkenin, çoğunluğun istediği hükümleri esas sözleşmeye koyarak, güçsüz pay sahiplerinin zarara uğramasını engelleyeceğini savunmaktadır<sup>12</sup>. Böylelikle yazar “geçen yüzyıla ait” olarak nitelendirdiği sözleşme özgürlüğü ilkesine geniş kapsamlı yeni bir istisna getirildiğini belirtmektedir.<sup>13</sup>

Doktrindeki bir diğer görüş ise; emredici hükümler ilkesinin kabulünü gerektiren en önemli nedenlerden birinin pay sahiplerini koruma düşüncesine dayandığını kabul etmekle birlikte; bu görüşün gerekçesini iki sebepten dolayı kabul etmemektedir. Bunlardan ilki; ilkenin kaynağı olan Alman hukukunda böyle bir gerekçeye yer verilmemiş olmasıdır. Diğeri ise; genel işlem şartlarının uygulandığı kurumların hem hukuki bakımdan organize hem de mali bakımdan güçlü olduğu; bu kurumlarla iş veya akit yapanlarla bir anonim şirkette kurucu olacakların tabi olduğu konum ve işlem yapma zorunluluğu gibi hususlar dikkate alındığında, bunların aynı olması bir yana, aralarında benzerlik dahi bulunmamasıdır<sup>14</sup>.

### c. Diğer Menfaat Gruplarının Korunması

Anonim şirketler, pay sahiplerinin yanı sıra, ileride pay sahibi olabilecek kişileri, şirket çalışanlarını<sup>15</sup>, şirket alacaklılarını da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla emredici hükümler ilkesinin koruyucu etkisi bu menfaat gruplarını da içine almaktadır. Hatta bu nedenledir ki, Alman hukukunda emredici hükümler ilkesinin bu menfaat grubu içinde yer alan kişileri de koruyan sosyal bir ilke olduğu ileri sürülmüştür<sup>16</sup>.

Bu doğrultuda özellikle büyük ölçekli halka açık anonim şirketlerin ekonomik hayat üzerindeki etkisini dikkate alan kanun koyucu, TTK’da bağımsız denetim, kurumsal yönetim ilkeleri, özellikle kamuyu aydınlatma yükümlülüğü gibi birçok konuyu, pay sahipleri yanında yatırımcıları, alacaklıları ve genel olarak kamu menfaatini koruma düşüncesi ile emredici nitelikte düzenlemiştir<sup>17</sup>. Ancak Pulaşlı<sup>18</sup>, emredici hükümler ilkesinin diğer menfaat gruplarını koruma

<sup>11</sup> Tekinalp, s.650

<sup>12</sup> Tekinalp, s.651; Aynı yönde bkz. Karasu, s.44

<sup>13</sup> Tekinalp, s.650.

<sup>14</sup> Pulaşlı (Eleştirel Bakış), s.43

<sup>15</sup> Doktrinde emredici hükümler ilkesinin şirket çalışanlarını koruyucu bir etkisi bulunmadığını ifade eden bir görüş de bulunmaktadır. (Pulaşlı (Eleştirel Bakış), s.44)

<sup>16</sup> Karasu (6102), s.314

<sup>17</sup> Karasu (6102), s.314

<sup>18</sup> Pulaşlı (Eleştirel Bakış), s.42, dpn.23 (Ancak, yazar sonraki baskı kitaplarında bu görüşe yer vermemiştir.)

amacını kabul etmemektedir. Yazar, ayrıca bağımsız denetim, kurumsal yönetimi gibi yukarıda bahsedilen kurumların konu ile ilgili olmadığını vurgulamış; ayrıca kurumsal yönetim ilkelerinde uygulama ya da açıkla ilkesinin geçerli olduğunu belirterek bu ilkelerin emredici nitelikte dahi olmadığını ifade etmiştir. Oysa 6102 sayılı TTK'da kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde kabul edilen ilke ve yeniliklerin önemli bir kısmı, halka açık ve halka açık olmayan tüm anonim şirketler için emredici nitelikte düzenlenmiştir. Dolayısıyla emredici hükümler ilkesinin diğer menfaat gruplarının da korunmasına hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>19</sup>.

### C. Emredici Hükümler İlkesinin Kurumsal Yönetim Açısından Önemi

Emredici hükümler ilkesinin amaçlarını açıklamaya çalışırken belirttiğimiz üzere, ilke pek çok açıdan koruyucu bir yaklaşım sergilemektedir. Kurumsal yönetim ilkelerinin<sup>20</sup> temel amaçlarından birinin de ortaklık ilişkilerinde zayıfların keyfi uygulamalara karşı korunması olduğu göz önüne alındığında, bu iki kurum arasında bağ kurmak oldukça kolay ve yerinde olacaktır.

Çoğunluğun gücü, kurumsal yönetim ilkesi için vazgeçilmez nitelikte olan nesnel adaleti ortadan kaldırma ve menfaatler dengesini bozma riskini her zaman içinde barındırmaktadır. İşte emredici hükümler ilkesi, çoğunluğu elinde bulunduran bu pay sahiplerinin, küçük pay sahiplerinin menfaatlerini gözetmezsiniz, kendi çıkarlarına hizmet eden hükümleri esas sözleşmeye koyabilmesine karşı etkili bir önlem olarak görülmektedir<sup>21</sup>. Bu yönüyle TTK'da emredici hükümler ilkesine yer verilmesi bazı yazarlar tarafından "kurumsal yönetim felsefesinin en gerçekçi bir şekilde somutlaştırılması" olarak ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

Bu açıdan değerlendirildiğinde ilkenin kurumsal yönetim yaklaşımı bakımından önem arz ettiği açıktır. Ancak kurumsal yönetim yaklaşımı çerçevesinde göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husus emredici hükümler ilkesinin şirketler hukuku açısından son derece önemli olan sözleşme serbestisine getirdiği kısıtlamadır. Belirtmek gerekir ki kurumsal yönetim felsefesi çoğunluğun aleyhine hakkaniyet ilkesi ile açıklanamayacak koruyucu mekanizmalar oluşturulmasını hedeflememektedir. Kaldı ki pay sahiplerinin ortaklığı şekillendirme özgürlüklerinin kısıtlanmış olması sadece güçlü konumdaki ya da çoğunluğu oluşturan pay sahiplerin aleyhine bir durum değildir. Azınlıkta kalan pay sahipleri de bu kısıtlama neticesinde, pay sahiplikleri oranında da olsa, iradelerini ortaklığa yansıtma imkânından önemli ölçüde mahrum kalmaktadırlar. Do-

<sup>19</sup> Aynı yönde bkz. **Karasu** (6102), s.314

<sup>20</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Eminoğlu**, s.5 vd.

<sup>21</sup> **Eminoğlu**, s.132

<sup>22</sup> **Bkz. Tekinalp**, s.651



layısıyla bu etkinin tipik bir “güvenlik uğruna özgürlükten vazgeçme” durumu olduğunu ve bu durumun da kurumsal yönetim yaklaşımı açısından istenilen bir durum olmadığını ifade etmek gerekir.<sup>23</sup>

#### IV. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN KANUNİ DÜZENLEMESİ

##### A. Genel Olarak

Kaynağını Alman hukukundan alan<sup>24</sup> emredici hükümler ilkesi, 6102 sayılı TTK'nın 340'inci maddesinde anonim şirketler ve 579'uncu maddesinde limited şirketler için kabul edilmiştir. Biz, çalışmamızın bu kısmında ilkeyi anonim şirketler için hükme bağlayan 340'inci madde çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

Anonim şirketlere ilişkin emredici hükümler ilkesini düzenleyen ve yine “emredici hükümler” kenar başlığını taşıyan 340'inci madde hükmü, “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Genel olarak doktrinde de ifade edildiği üzere, hükmün özellikle ilk cümlesi incelendiğinde ilk dikkat çeken hususlar hükümde geçen “açıkça” ve “sapabilir” kavramlarıdır. Öyle ki, emredici hükümler ilkesine ilişkin doktrindeki tartışmaların temel olarak, hüküm içinde geçen bu ifadelerin nasıl anlaşılması ve yorumlanması gerektiği üzerinden yürütüldüğü söylenebilir. Biz de hükmü daha iyi inceleyebilmek amacıyla öncelikle bu ifadelerin ne anlama geldiği üzerinde durmaya çalışacağız.

##### B. Esas Sözleşmenin Kanun'un Anonim Şirketlere İlişkin Hükümlerinden “Sapabilmesi”

Anonim şirket esas sözleşmesine konabilecek hükümlerin belirlenebilmesi bakımından, kanun koyucunun TTK'nın 340'inci maddesinin birinci cümlesinde yer alan “sapabilir” ifadesi ile neyi kastettiğini saptamak oldukça önem taşımaktadır. Keza bu ifadenin geniş ve dar yorumlanması arasında hükmün uygulanması bakımından oldukça farklı sonuçlara ulaşılabilecektir<sup>25</sup>. Şöyle ki; “sapma” ifadesi mevcut bir kanun hükmünün kapsamına giren konularda buna aykırı düzenleme yapılamaması şeklinde anlaşıldığında, kanunda düzenleme olmayan konularda, mevcut hükümlere aykırı olmayacak şekilde düzenleme yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Yani ifade bu şekilde anlaşıldığı takdirde kanunda

<sup>23</sup> Bkz: **Eminoğlu**, 137 vd.

<sup>24</sup> TTK Madde Gereççeleri, m.340

<sup>25</sup> **Şehirali Çelik** (Kırca/Manavgat), s.158; **Eminoğlu**, s.134

hüküm bulunmayan hallerde esas sözleşmeye ihtiyarı düzenleme konabilecektir<sup>26</sup>. Buna karşılık “sapma” ifadesi daha geniş bir şekilde yorumlanarak mevcut kanun hükümlerinin yanında herhangi bir düzenleme yapılmayan durumları da kapsayan şekilde anlaşıldığında, kanunda hüküm bulunmayan hallerde de düzenleme yapılamayacağı sonucuna ulaşılabacaktır. Dolayısıyla bu geniş yorum kabul edildiği takdirde TTK’da düzenleme bulunmayan hallerde de esas sözleşmeye ihtiyarı hüküm koymak mümkün olmayacaktır<sup>27</sup>.

Konuya ilişkin doktrinde hâkim olan görüş<sup>28</sup>, “sapabilir” ifadesinin dar yorumlanması gerektiği yönündedir<sup>29</sup>. Bu görüş bir yandan sözleşme serbestisi ilkesini çok ağır bir şekilde daraltılmaması amacına dayanmaktaysa da<sup>30</sup>, diğer yandan mehz Alman Anonim Şirketler Kanunundaki düzenlemede, kanun hükümlerinden sapabilmek için her şeyden önce konuya ilişkin bir kanun hükmünün varlığının gerektiği hususuna dayanmaktadır<sup>31</sup>. Bu doğrultuda, esas sözleşmede mevcut bir kanun hükmüne aykırı düzenlemenin öngörülmesi halinde kanun hükmünden sapma söz konusu olacak; kanunun herhangi bir konuda suskun kaldığı bir hususta bir hükmün varlığından söz edilemeyeceğinden bu hükümden sapma da söz konusu olamayacaktır.

Konuya ilişkin iade etmek istediğimiz bir diğer husus ise; TTK’nın 340’ncı maddesi anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya ancak esas sözleşme yoluyla izin verdiği için, bu konuların esas sözleşme dışında genel kurul kararı veya yönetim kurulunun TTK’nın 367’nci maddesinin birinci fıkra hükmü uyarınca çıkardığı iç yönerge ile düzenlenmesi mümkün olmadığıdır<sup>32</sup>.

### C. Hükümde Geçen “Açıkça” İfadesinin Nasıl Yorumlanacağı Sorunu

Emredici hükümler ilkesini düzenleyen 340’ncü maddeye ilişkin bir diğer önemli husus ise; kanunda “açıkça” izin verilme şartının hangi hallerde sağlanmış olacağının tespit edilmesidir. Bu noktada, bir hükmün aksinin esas sözleşmede düzenlenmesine emredici hükümler ilkesi çerçevesinde izin verilip verilmeyeceği tespit edilirken ilgili hükmün lafzının mı yoksa amacı-

<sup>26</sup> Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.158

<sup>27</sup> Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.158

<sup>28</sup> Türk hukukunda aksini savunan yazar olmamakla birlikte, Alman hukukunda aksini savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, s.50

<sup>29</sup> Karasu, s.53; Eminoğlu, s.133; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.158

<sup>30</sup> Eminoğlu, s.135; Karasu, s.50

<sup>31</sup> Pulaşlı (Eleştirel Bakış), s.40; Karasu, s.50; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.158

<sup>32</sup> Bilgili/ Demirkapı, s.234-235; Pulaşlı, s.270; Karasu, s.50

nın mı dikkate alınacağı<sup>33</sup> cevaplanması gereken önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Konuya ilişkin tartışmalar incelendiğinde, tartışmayı hükmün gerekçesinin körüklediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hükmün gerekçesinde; *"Hükümdeki 'kanunda açıkça izin verilmişse' ibaresi, maddenin lafzından 'sapabilme' imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşün, metodoloji öğretilmesine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetilen bir yorumla 'sapabilme'nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır."*<sup>34</sup> ifadelerine yer verilmekle hükmün geniş yorumlanması gerektiğine işaret edilmiştir. Böylece hükmün gerekçesinde, kanunda açıkça ifade edilmese de hükmün yorumundan bu anlam çıkarılabiliyorsa esas sözleşmeye kanun hükmünden ayrılan bir düzenlemenin konulabileceği ifade edilmektedir.

Doktrinde bazı yazarlar, hükümde geçen ifadenin gerekçede belirtildiği gibi, amaçsal olarak da yorumlanması gerektiğini ve hükmün sözü ile özünün uymaması halinde hükmün özünün esas alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>35</sup>. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, anonim şirketlerle ilgili bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediği tespit edilirken genel yorum kurallarına nazaran daha dikkatli olunması ve özellikle kıyas anlamına gelebilecek yorumlardan sakınılması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>36</sup>.

Doktrinde karşı görüş ise, hükmün yalnızca lafzının esas alınması, yani hükmün lafzi yorum yöntemiyle yorumlanması gerektiğini savunmaktadır<sup>37</sup>. Bu görüş, TTK'nın 340'ıncı maddesinin gerekçesi ile hükmünün çelişkili olduğunu savunmaktadır. Keza, madde metninde "açıkça" izin verilme şartının aranmasına rağmen gerekçede, maddenin lafzından sapabilme imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda yorum yapılabileceğinin belirtilmesi madde metni ile uyumlu değildir.

Konuya ilişkin yukarıda ifade etmeye çalıştığımız tartışmalar göz önüne alındığında dikkat çeken ilk husus, söz konusu hükümde lafzi yorum değil de amaçsal yorum yapılacağı kabul edildiğinde madde metninde geçen "açıkça"

<sup>33</sup> **Eminoğlu**, s.136; **Pulaşlı**, s.39

<sup>34</sup> TTK Madde Gerekçeleri, m.340

<sup>35</sup> **Pulaşlı** (Eleştirel Bakış), s.39; **Karasu**, s.47 vd.; **Bilgili/ Demirkapı**, s.233

<sup>36</sup> **Karasu**, s.48

<sup>37</sup> **Bahtiyar**, s.71; **Eminoğlu**, s.136; **Şehirali Çelik** (Kırca/Manavgat), s.160-161

ifadesinin hiçbir amaca hizmet etmeyen, gereksiz bir ifade olduğu sonucuna varılmasıdır. Çünkü bu olasılıkta emredici veya düzenleyici olduğu açıkça belirtilmeyen hükümler bakımından, bu hükümlerin emredici veya düzenleyici nitelikte olduklarına yorum yapmak suretiyle karar verilecekti. Ancak bu yol, TTK'da 340'ıncı maddeye yer verilmeseydi de uygulanacak olan yöntem olacaktı ve bu yöntemle esas sözleşmeye, emredici niteliğe sahip olan hükme aykırı bir madde konamayacaktı<sup>38</sup>.

Buradan şu sonuca ulaşmak mümkündür ki; hükmün esasından hareketle o hükmün emredici bir hüküm olup olmadığının tespiti ancak kanunda 340'ıncı madde gibi özel bir düzenlemenin yer almaması durumunda gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla TTK'nın 340'ıncı maddesindeki özel düzenleme karşısında emredici hüküm belirlenirken bu genel yöntemden farklı bir yöntem izlenmelidir<sup>39</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki; 340'ıncı madde ile amaçlanan esas sözleşme açısından herhangi bir hükmün emredici veya düzenleyici nitelikte olup olmadığı hususunda objektif bir kriter getirmektir. Zira ancak objektif temellere oturtulabilen bir kurum kanunun tümü veya belirli bir bölümü için "ilke" niteliğine sahip olabilecektir<sup>40</sup>. Keza hükmün emredici nitelikli olup olmadığının tespitinde yorum yöntemine başvurmak, farklı yorumlamaları beraberinde getirecek ve hangi hükümlerin emredici olduğu konusunda fikir birliğine varılması olanağı büyük ölçüde azalmış olacaktır.

Konuya başka bir açıdan bakıldığında ise, emredici hükümlerin belirlenmesinde şekli kriterin benimsenmesi, 340'ıncı maddenin gerekçesinde belirtilen "esas sözleşmenin düzenlenmesinde pay sahiplerinin iradelerine pek az yer bırakılması, bütün esas sözleşmelerin bir örnek sözleşme haline gelmesi" şeklindeki eleştirileri bertaraf edebilecek tek yol olarak görünmektedir. Yine maddenin gerekçesinde belirtilen "esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak" amacına da ancak objektif bir kriteri esas alan lâfzî yorum yoluyla ulaşılabilir<sup>41</sup>.

Kanaatimizce belirtilen çerçevede lâfzî yorumun yapılması hükmün anlamına bakılmaması gerektiği gibi bir sonuca ya da yanlış anlaşılmaya yol açmamalıdır. Zira bir hükme anlamı veren o hükmün lafızdır. Lafzın "sapabilmeye" izin verecek bir anlam içermesi halinde elbette şirket sözleşmesi ilgili hüküm-

<sup>38</sup> Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.161; Eminoğlu, s.137

<sup>39</sup> Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.161

<sup>40</sup> Bu hususta Karasu, TTK'da madde başlıklarının da metne dahil olduğunu da dikkate alarak, 340'ıncı madde başlığının "Emredici Hükümler" olmasını eleştirmektedir. Yazar, hükmün niteliği de göz önüne alındığında, başlığın "Emredici Hükümler İlkesi" olarak değiştirilmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir. (Karasu (6102), s.329

<sup>41</sup> Bahtiyar, s.71; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.162

den farklılaşabilecektir. Diğer bir ifade ile lâfzî yorum incelemeye tabi tutulacak kanun hükmünün sadece açıkça farklı düzenleme yapılabileceğine yönelik “aksi kararlaştırılmadıkça” gibi ifadeler içermesini kayıtsız şartsız gerekli kılmamaktadır. Kanunun lafzının başkaca ifadelerle “sapılabileceğine” yönelik anlam vermesi yeterli olacaktır.

Emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği diğer ülke sistemlerine baktığımızda da, Türk hukuku açısından şekli kriter esasının benimsenmesi gerektiği görüşünü destekleyen bir sonuca ulaşılabileceği ifade edilmektedir<sup>42</sup>. Şöyle ki; Alman hukuku sistemi ile benzer düzenlemelerden oluşan ancak Alman hukuk sistemindeki düzenlemeden farklı olarak “açıkça” ifadesine yer vermeyen Hollanda düzenlemesinin Alman hukukuna nazaran daha esnek bir düzenleme getirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu doğrultuda, Alman ve Hollanda hukuk sistemlerindeki tek sözcükten kaynaklanan farkın, eğer daha esnek bir düzenleme amaçlansaydı Türk hukuk sisteminde de öngörülmeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında da, 340'ıncı maddedeki “açıkça” ifadesinin lafzi bir yoruma işaret ettiği sonucuna ulaşmak mümkün olacaktır. Diğer yandan, 340'ıncı maddenin kaynağını oluşturan Alman kanununda yer alan düzenlemenin kanunlaşma sürecindeki tartışmalar sonucunda, hükmün asıl amacının emredici hükümlerin şekli kriterden yararlanarak tespit edilmesi gerektiği<sup>43</sup> sonucu da, yol gösterici olarak kabul edilmelidir.

340'ıncı madde hükmünün uygulamasının asıl önem taşıdığı nokta, kanun hükmünün emredici veya düzenleyici olup olmadığının anlaşılmadığı durumlardır<sup>44</sup>. Bu doğrultuda, emredici veya düzenleyici niteliği madde metninden anlaşılan hükümler<sup>45</sup> TTK'nın 340'ıncı maddesinden bağımsız olarak da uygulama alanı bulabilecektir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, TTK'nın 340'ıncı maddesinde yer alan “açıkça” ifadesinin madde lafzından anlaşılamayan, ancak yorum yolu ile tespit edilebilen hükümleri de kapsadığı kabul edildiğinde, aslında TTK'nın 340'ıncı maddesinin varoluş nedeni de ortadan kalkmış olacaktır<sup>47</sup>. İlgili hükümde yer alan “açıkça” ibaresinin ve hatta emredici hükümler ilkesinin yokluğu durumunda anlaşılabilir tartışmaların, bu kavram

<sup>42</sup> **Şehirli Çelik** (Kırca/Manavgat), s.163

<sup>43</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Şehirli Çelik** (Kırca/Manavgat), s.162-163

<sup>44</sup> **Şehirli Çelik** (Kırca/Manavgat), s.160

<sup>45</sup> Bu noktada örneğin TTK m.342, m.347, m.348 vb. hükümleri emredici nitelikleri hükmün lafzında açıkça anlaşılan hükümlere; TTK m.418/1, m.425, m.485/2 vb. hükümleri ise düzenleyici nitelikleri hükmün lafzından açıkça anlaşılabilen hükümlerdir.

<sup>46</sup> **Şehirli Çelik** (Kırca/Manavgat), s.160; Aynı doğrultuda **Eminoğlu**, s.137

<sup>47</sup> **Şehirli Çelik** (Kırca/Manavgat), s.161

ve ilkenin kanunda yer almış olması karşısında sürdürülmemesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>48</sup>.

#### **D. Esas Sözleşmeye Tamamlayıcı Hükümler Koyulup Koyulamayacağı Sorunu**

TTK'nın 340'ıncı maddesi, şirket esas sözleşmesinin anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunun bunu açıkça öngörmesi halinde sapabileceğini hükme bağlamıştır. Buna karşılık 340'ıncı maddede tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Oysa mehz Alman Anonim Şirketler Kanunundaki düzenlemede, esas sözleşmeye tahdidi olmayan kanun hükümlerine ilişkin tamamlayıcı hüküm konabileceği açıkça hükme bağlanmıştır<sup>49</sup>.

Her ne kadar 340'ıncı madde hükmünde konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yer almasa da, bu durum tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede öngörülemezliği anlamına gelmediği ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Zira TTK'nın 340'ıncı maddesi ile yalnızca anonim şirketlere ilişkin kanun hükümlerinden sapma yasaklanmaktadır. Oysa kanun hükümlerini tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri, emredici hükümlere dokunmamakta, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır. Dolayısıyla emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılması mümkündür<sup>51</sup>. Nitekim 340'ıncı maddenin gerekçesi de bu sonucu doğrular niteliktedir<sup>52</sup>.

TTK'nın anonim şirketlere ilişkin bazı hükümlerinde tamamlayıcı düzenleme yapma yetkisi açıkça tanınmıştır. Bunlara; esas sözleşmede öngörülmek şartı ile belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine veya azlığa yönetim kurulunda temsil edilebilme hakkı tanınabilmesi (TTK m.360/ 1), yönetim kurulunun esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği iç yönergeye göre, yönetimi kısmen veya tamamen bir veya bir-

<sup>48</sup> Eminoğlu, s.137

<sup>49</sup> Karasu, s.52; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.165

<sup>50</sup> Karasu, s.52; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.165

<sup>51</sup> Karasu, s.52-53

<sup>52</sup> Madde gerekçesindeki bir bölüm; "340'ıncı madde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde Kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir." şeklinde kaleme alınmıştır. (TTK Madde Gereççeleri, m.340)

kaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilmesi (TTK m.367/ 1), yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşme ile veya genel kurul kararı ile belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilmesi (TTK m.394), ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilmesi (TTK m.478/ 1) hükümleri örnek olarak gösterilebilir. Bu hükümlerde esas sözleşmede mevcut kanun hükmünü somutlaştıran, kapsamını belirleyen düzenleme yapma olanağı doğrudan kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. İşte tüm bu örneklerdeki gibi kanunun açıkça hükme bağlamadığı durumlarda da, tamamlayıcı hüküm ile düzenleme yapılabileceğinin kabulü, emredici hükümler ilkesinin ruhu ile de bağdaşacaktır. Keza ilkenin amacı taraf iradelerini yok saymak değil, sözleşmelere belli bir düzen vermektir.

### **E. Diğer Kanunların Öngörülmesine İzin Verdiği Tamamlayıcı Esas Sözleşme Hükümleri**

Konunun başında da ifade etmeye çalıştığımız üzere, TTK'nın 340'ncü maddesi, Alman Anonim Şirketler Kanunundan alınmıştır. Emredici hükümler ilkesini düzenleyen 340'ncü maddenin ilk cümlesi Alman hukukundaki düzenleme ile paralellik göstermektedir<sup>53</sup>. Ancak Alman Anonim Şirketler Kanunun ilgili hükmünün ikinci cümlesi “*Esas sözleşmeye konacak tamamlayıcı hükümlerin kanunda bu konuda tahdidi bir hüküm olamaması halinde geçerli olacağı*”<sup>54</sup> şeklinde kaleme alınmasına rağmen, TTK sistemi bu cümleyi farklı şekilde hükme bağlamıştır. Bu doğrultuda; TTK'nın 340'ncü maddesinin ikinci cümlesi “*Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*” şeklinde düzenlenmiştir. TTK'nın 340'ncü maddesi doktrinde, hükmün yarısı ithal yarısı da yerli düzenlemeden oluşan yeni bir “melez hüküm” olduğu ifade edilerek eleştirilmiştir<sup>55</sup>.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki; TTK Tasarısı'nın ilk metninde 340'ncü maddede üçüncü cümle olarak, “... *Bunlar dışında kalan, bu kanun ile diğer bir kanundaki düzenleme çelişirse bu Kanun hükümleri üstün tutulur.*” ifadesi yer almaktaydı. Ancak 340'ncü maddenin bu cümlesi, TBMM Adalet Komisyonu tarafından hükümden çıkarılmıştır. Keza hükmün, konuya ilişkin doktrinde yapılan haklı eleştiriler sonucunda kaldırıldığı ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Nitekim

<sup>53</sup> Alman hukukunda, TTK m.340'da geçen “*bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden*” ifadesi yerine, “*bu kanunun hükümlerinden*” ifadesinin yer aldığı; ancak bu durumun Almanya'da ilkenin Anonim Şirketler Kanunu (AktG) içinde düzenlenmesinden kaynaklandığı ve dolayısıyla temelde bir fark yaratmadığı ifade edilmektedir. (Eminoğlu, s.133, dpn.441)

<sup>54</sup> Eminoğlu, s.133; Pulaşlı (Eleştirel Bakış) s.40; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.153

<sup>55</sup> Pulaşlı, (makale) s.40

<sup>56</sup> Karasu, s.56

Moroğlu, Tasarıdan çıkarılan bu cümlenin “özel hüküm genel hükümden önce uygulanır” diyen temel hukuk ilkesine özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında TTK’nın anonim ortaklıklara ilişkin dördüncü kısmında yer alan genel hükümlerin uygulanacağını düzenleyen TTK’nın 330’uncu maddesine aykırılık teşkil ettiğini dile getirmiştir<sup>57</sup>.

Madde metninden ve gerekçesinden<sup>58</sup> anlaşıldığı üzere, TTK’nın 340’ıncı maddesinin ikinci cümlesinin amacı anonim şirketlere ilişkin özel kanun hükümlerince esas sözleşmeye konulması öngörülen düzenlemeler ile TTK arasındaki ilişkinin kurulmasıdır<sup>59</sup>. Aslına bakıldığında ilgili kanunlar arasındaki bu ilişki, daha genel bir şekilde TTK’nın 330’uncu maddesi ile kurulmuş ve özel hükümlerin öncelikli olarak uygulanacağı kabul edilmiştir. TTK’nın, 340’ıncı maddesinin ikinci cümlesi ise 330’uncu maddenin tersine bir yaklaşımla, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağını ifade etmektedir. Diğer bir anlatımla, TTK’nın 340’ıncı maddesinin ikinci cümlesi ile SerPK, BankK gibi özel kanunlara sadece kendi konuları çerçevesinde serbesti tanınmak istenmiştir<sup>60</sup>. Ancak 340’ıncı madde hükmünün bu düzenleme ile bir bakıma söz konusu esas sözleşme hükümlerinin TTK açısından bir anlam taşımayacağı veya bu hükümlerin TTK tarafından tanınmayacağı gibi hukuken açıklanması güç bir yol benimsemiş ifade edilerek hüküm eleştirilmektedir<sup>61</sup>.

Konuyu doktrindeki tartışmalar bazında da daha iyi anlayabilmek için, TTK’nın 340’ıncı maddesi ile 330’uncu maddesi arasındaki farkın açık bir şekilde ortaya konulması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu doğrultuda öncelikle belirtmek gerekir ki; 340’ıncı madde yalnızca esas sözleşmeye konabilecek hükümlere ilişkin olduğu halde, 330’uncu madde ise “Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır.” diyerek genel bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla iki hüküm karşılaştırıldığında, 340’ıncı maddenin 330’uncu maddeye nazaran daha sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Moroğlu, s.142

<sup>58</sup> Hükümün gerekçesi; “Madde, ikinci cümlesinde Alman hükmünden ayrılmaktadır. Cümlenin amacı, Sermaye Piyasası Kanunu, Bankalar Kanunu, FKK gibi anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum gücü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımaktır. Hüküm uyarınca bu kanunlar kendi alanlarına özgülenecek, Türk Ticaret Kanununa müdahalede bulunamayacaktır. Yargı kararlarının da bu ilkeye özenle hayat vereceği düşünülmektedir.” ifadesine yer verilmiştir. (TTK Madde Gerekçeleri, m.340)

<sup>59</sup> Şhiralı Çelik (Kırca/Manavgat), s.169

<sup>60</sup> Karasu (6102), s.322

<sup>61</sup> Şhiralı Çelik (Kırca/Manavgat), s.169

<sup>62</sup> Manavgat, s.528 vd.



Diğer yandan, TTK'nın 340'inci maddesinde açıkça "tamamlayıcı" esas sözleşme hükümlerinden söz edildiği halde, 330'uncu maddede özel kanunlara tabi anonim şirketlere ilişkin hükümlerden söz edilip, bu hükümlerin emredici veya düzenleyici niteliği üzerinde durulmamıştır. Bu farklı düzenlemeden hareketle, özel kanunlarda öngörülen emredici hükümlere dayalı olarak esas sözleşmeye konulan hükümlerin 340'inci madde kapsamında olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla bu tür hükümlerin geçerliliği bakımından TTK'nın 340'inci maddesinin değil, 330'uncu maddesinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir<sup>63</sup>. Bu noktada, 340'inci maddede ifade edilen esas sözleşmeye konulması öngörülen hükmün tamamlayıcı niteliğinin esas sözleşme hükümleriyle mi, yoksa kanun hükümleri ile mi ilgili olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Ancak, düzenlemenin asıl amacının esas sözleşmeye konulacak hükümler bakımından özel kanun hükümleri ile TTK hükümleri arasındaki ayrımı ortaya koymak olduğu göz önüne alındığında, özel kanunların emredici hükümleri dışındaki hükümlere dayalı olarak öngörülen, dolayısıyla bunları tamamlayan esas sözleşme hükümlerinin kastedilmiş olmasının yüksek olasılıkla olduğu ifade edilmektedir<sup>64</sup>.

Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında ve özellikle "özel hüküm genel hükümden önce uygulanır" temel prensibi göz önünde bulundurulduğunda, TTK'nın 340'inci maddesinin ikinci cümlesinin gereksiz bir hüküm olduğu sonucuna varılabilmektedir<sup>65</sup>. Zira söz konusu ilke uyarınca, kanun koyucunun özel amaçlarla çıkardığı ve somut sorunlara özgün çözüm yolları benimsediği kanunun uygulamada öncelik taşıması gerekmektedir<sup>66</sup>. Diğer yandan yukarıda ifade etmeye çalıştığımız üzere, hükümden çıkarılan üçüncü cümle sonrasında, "diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar" şeklindeki ikinci cümlelerin hiçbir anlamı kalmadığı ifade edilmektedir. Zira özel kanunların emredici hükümlerinin, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin emredici bir hükmü ile çelişmesi halinde bile, özel kanun hükümleri öncelikle uygulanacağına göre, bu kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri evlebiyetle geçerli olacaktır<sup>67</sup>.

Diğer yandan, Karasu tarafından haklı olarak belirtildiği üzere; TTK'nın 330'uncu maddesi ve özel kanunun öncelikle uygulanacağı temel hukuk prensibine

<sup>63</sup> Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.170

<sup>64</sup> Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.170

<sup>65</sup> Karasu (6102), s.322

<sup>66</sup> Karasu (6102), s.322; Aynı doğrultuda bkz. Manavgat, s.527; Moroğlu, s.146 vd.; Pulaşlı, s.271

<sup>67</sup> Karasu (6102), s.323; Aynı yönde Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.171

rağmen, TTK'nın pek çok maddesinde ayrıca özel kanun hükümlerinin saklı tutulmuş olması<sup>68</sup> gereksizdir<sup>69</sup>. Zira bu düzenleme şekli, özel kanunlara atıf yapılmayan hükümlerde özel kanunların uygulama alanı bulamayacağı yorumlarının yapılmasına da sebep olabilecektir<sup>70</sup>. Dolayısıyla, TTK'da özel kanun hükümlerinin 330'uncu madde ile saklı tutulması, bunun haricinde münferit hükümlerde özel kanun hükümlerine yapılan göndermelerin<sup>71</sup> kaldırılması daha yerinde olacaktır<sup>72</sup>.

## F. İlkeye Aykırılığın Yaptırımı

TTK emredici hükümler ilkesine aykırılık halinde hangi yaptırımın uygulanacağına ilişkin bir düzenleme içermemektedir<sup>73</sup>. Bu noktada ilkeye aykırılık halinde hükümsüzlük mü, butlan mı, yoksa iptal edilebilirlik yaptırımının mı uygulanması gerektiği doktrinde cevabı aranan önemli bir soru olmuştur.

İlkeye aykırılık halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağı mehz Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (AktG) da düzenlenmiş değildir. Bu sebeple ilkeye aykırılık halinde nasıl bir yaptırım uygulanması gerektiğine ilişkin Alman doktrininde farklı fikirler ileri sürülmekte; bazı yazarlar butlan yaptırımının, bazı yazarlar ise ihlal edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik veya butlan yaptırımının uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>74</sup>.

Konuya Türk hukuku açısından bakıldığında, burada da farklı görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bir görüş<sup>75</sup>, TTK'nın 340'ıncı maddesine aykırılığın yaptırımı tespit edilirken, genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin hükümlere göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüş doğrultusunda, 340'ıncı maddeye aykırılık her durumda butlan yaptırımına tabi olmayacak, ihlal edilen hükmün niteliğine göre bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılabilecektir. Yani, ihlal edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik, butlan veya yokluk söz konusu olabilecektir.

Diğer bir görüş ise<sup>76</sup>, yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız üzere, 340'ıncı maddenin getiriliş amacının, aksi açıkça kabul edilmediği takdirde TTK'nın

<sup>68</sup> Bu konudaki örnek hükümler için bkz. TTK m.322; m.324; m.460 vb.

<sup>69</sup> **Karasu** (Makale), s.323

<sup>70</sup> **Karasu** (6102), s.323

<sup>71</sup> TTK m.340'ın da bu hükümler arasında yer aldığına şüphe bulunmamaktadır.

<sup>72</sup> **Karasu** (6102), s.323

<sup>73</sup> **Bilgili/ Demirkapı**, s.233; **Karasu**, s.323; **Şehirali Çelik** (Kırca/Manavgat), s.172; **Pulaşlı, Eminoğlu**, s.138; s.275

<sup>74</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şehirali Çelik** (Kırca/Manavgat), s.172-173

<sup>75</sup> **Karasu** (6102), s.323-324; **Pulaşlı**, s.278; **Bilgili/ Demirkapı**, s.235 dnp. 168; **Eminoğlu**, s.139

<sup>76</sup> **Şehirali Çelik** (Kırca/Manavgat), s.174

anonim şirketlere ilişkin bütün hükümlerinin emredici nitelikte kabul edilmesini vurgulayarak; hükmün bu amacına ulaşabilmesinin tek yolunun bu hükme aykırılık halinde butlan yaptırımının kabul edilmesi olduğunu belirtmektedir. Görüş, ulaşılan bu sonuç ile 340'ıncı maddenin gerekçesinde ifade edilen "esas sözleşme hükümlerinin geçersizliğine ilişkin davaların sayısının azaltılması" amacına ulaşma imkânı doğacağı, diğer yandan ise butlan yaptırımının uygulanması ile hükmün uygulanmasına ilişkin belirsizliklerin ortadan kalkmış olacağını savunmaktadır. Bu görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Karasu bu doğrultuda, bütün emredici hükümlere aykırılığın butlana yol açtığını savunmanın, butlan hallerinin kural olduğunu kabullenmek olduğunu; oysa butlan sebeplerinin düzenlendiği TTK'nın 447'nci maddesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, esas sözleşme hükümlerinin veya genel kurul kararlarının istisna olduğunu vurgulamaktadır<sup>77</sup>. Yazar, her ne kadar TTK'nın 447'nci maddesinde yer alan "özellikle" ifadesinden, sayılan butlan hallerinin temel sebepler olduğu, bunlara benzeyen başka durumların da butlan nedeni olabileceği sonucuna varılsa da<sup>78</sup>, TTK'nın 445'inci maddesinde sayılan iptal nedenleri daha genel olduğundan, butlan yaptırımının istisnai bir yaptırım olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>79</sup>. Zira anonim şirket ilişkileri bakımından büyük önem arz eden hukuki güvenliğin sağlanması ve gereksinimi de, iptal edilebilirlik halinin kural, butlanın ise istisna olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>80</sup>.

Biz de, TTK'nın 340'ıncı maddesine aykırılık halinde uygulanacak yaptırım tespit edilirken, söz konusu esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararlarının<sup>81</sup> hangi emredici hükmü ihlal ettiğine bakılması gerektiğini; aykırılığın, ihlal edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik ya da butlan yaptırımına tabi tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki; emredici hükümler ilkesinin TTK'nın anonim şirketlere ilişkin temel ilkelerinden biri olduğu da dikkate alındığında, bu ilkenin yok sayılarak şirket esas sözleşmesinin düzenlenmesi, anonim şirketlerin temel yapısı ve niteliği ile bağdaşmayacağından, böyle bir durumda butlan yaptırımının uygulanması yerinde olacaktır. Bu durumda aykırılık, TTK'nın 447'nci maddesinin birinci fik-

<sup>77</sup> Karasu (6102), s.324

<sup>78</sup> Bu noktada Şehirali Çelik, Alman hukukunda batıl genel kurul kararlarının numerus clausus olarak düzenlenmiş olması yönündeki eleştirinin Türk hukukunda TTK m.447'nin sınırlayıcı olmayan kapsamı nedeniyle geçerli olmayacağını vurgulayarak, bu durumun, butlan yaptırımının uygulanması bakımından bir kolaylık sağladığını ifade etmektedir. (Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.176)

<sup>79</sup> Karasu (6102), s.324

<sup>80</sup> Moroğlu (Hükümsüzlük), s.63 vd.

<sup>81</sup> Şirketin kuruluş aşamasından sonra esas sözleşmede yer alan hükümlerde değişikliğe gidilmesi, esas sözleşmeyi değiştirecek genel kurul kararı ile mümkün olabilir.

rasının 'c' bendindeki "Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan" ifadesi içinde değerlendirilecektir.

## V. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN TÜRK HUKUK SİSTEMİ AÇISINDAN YERİNDELİĞİ

### A. Halka Açık Anonim Şirketler Açısından

Emredici hükümler ilkesinin yerindeliği, aşağıda anlatmaya çalışacağımız kapalı tip anonim şirketlere göre farklılık arz etmektedir. Halka açık anonim şirketler çok sayıda pay sahibinden oluşmaktadır. Ancak bu pay sahiplerinin büyük bir bölümü şirket yönetiminde yer almayı veya yönetime aktif olarak etki etmeyi düşünmemektedirler. Bu pay sahiplerinin en önemli amacı şirketteki hisseleri oranında kazanç sağlamaktır. Öyle ki; bu pay sahipleri çoğu zaman daha fazla kâr elde etme karşılığında oy kullanma hakkından vazgeçmeye hazırdır<sup>82</sup>. Bu durumda, özellikle bu küçük pay sahiplerinin esas sözleşme ile haklarının güvence altına alınması oldukça önem taşımaktadır.

Diğer yandan, özellikle borsaya kayıtlı şirketlerin hisselerinin satın alınması söz konusu olduğunda, müstakbel pay sahibi, şirketin esas sözleşmesini incelemek yerine, ticari hayatın gerçekleri doğrultusunda, satın almayı düşündüğü hisse senedinin borsadaki güncel değeri ve bu hisse senedinin ona getireceği kar miktarını dikkate almaktadır. Bu durumda yine emredici hükümler ilkesi, şirketlerin esas sözleşmelerine belirli bir standart getirerek mevcut pay sahiplerinin yanı sıra müstakbel pay sahiplerini de koruyucu vazife üstlenmektedir.

Alman hukukunda bazı yazarların, mevcut veya potansiyel pay sahiplerine anonim şirketler hakkında, özellikle bu şirketlerdeki yatırımlarına ilişkin yeterli bilgilerin verilmesi halinde emredici hükümler ilkesine gerek kalmadığını savundukları ifade edilmektedir<sup>83</sup>. Türk hukuk sisteminde bu bakımdan SerPK'da yer alan kamuyu aydınlatma ilkesi dikkate alınabilir. Her ne kadar TTK'nın 1524'üncü maddesinde internet sitesi açma zorunluluğundan bahsedilmişse de, 6335 sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklikten sonra bu zorunluluğun neredeyse ortadan kalktığını ya da sadece belirli şartları haiz ortaklıklar açısından söz konusu olduğunu söylemek mümkün olacaktır<sup>84</sup>. Dolayısıyla 6335 sayılı Kanundan sonraki durum da dikkate alındığında, tek başına SerPK'da hükme bağlanan kamuyu aydınlatma ilkesinin istenilen sonucu doğurmayacağı düşüncesindeyiz<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Karasu (6102), s.325

<sup>83</sup> Karasu (6102), s.326

<sup>84</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Eminoğlu**, s.334 vd.

<sup>85</sup> Aynı yönde **Karasu** (6102), s.326

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, emredici hükümler ilkesinin halka açık şirketler açısından esas sözleşmeler üzerindeki menfaatleri dengeleyici ve küçük pay sahiplerini koruyucu etkisi halka açık anonim şirketler bakımından oldukça önem arz ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira emredici hükümler ilkesi esas sözleşmeye bir standart getirdiğinden müstakbel pay sahiplerini yatırım yapmayı düşündükleri şirkete ait belgeleri inceleme külfetinden kurtarmakta, dolayısıyla şirkete ait bilgilerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi için gerekli olan masraftan ve zaman kaybından kurtarmaktadır<sup>86</sup>.

## B. Kapalı Tip Anonim Şirketler Açısından

6102 sayılı TTK, anonim şirketlerin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmayı ve kurumsallaştırmayı bir hukuk politikası olarak benimsediğinden, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketlerin yanında kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir<sup>87</sup>.

Hükümün gerekçesinde ilkenin kabulü ile ilgili olarak; *“hüküm, normatif sistemin zorunlu bir parçasıdır. Alm.POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde birçok karşıtı vardır; Türkiye’de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Maddeyi eleştirenler, hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde pay sahiplerinin iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi tartışmasını yaratacağını; ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürerler. Ancak hükmün, açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı; esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği dikkate alınması gereken noktalardan sadece bir kaçıdır. Anonim şirketler hukukunda bireysel pay sahipliği hakları ile azlık hakları öğretisinin bugün gittikçe etkisini kaybeden sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırdığından şüphe edilemez.”* ifadelerine yer verilmiştir. Ancak, hükmün gerekçesinde vurgulanan bu amaçların kapalı tip şirketler bakımından bir ihtiyaç olduğu fikrine doktrinde karşı çıkılmaktadır<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Karasu (6102), s.326

<sup>87</sup> Karasu (6102), s.327

<sup>88</sup> Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.177; Karasu (6102), s.327

Bu bağlamda Karasu<sup>89</sup>; emredici hükümler ilkesini halka açık şirketler için haklı kılan gerekçelerin, kapalı tip anonim şirketler açısından geçerli olmadığını ifade etmektedir. Yazar bu doğrultuda, borsa dışında bir yolla şirkete ortak olmak isteyen kişilerin şirket hakkında tüm bilgi ve belgeleri incelediklerini, ayrıca yönetime de ilgi duydukları için şirketin işleyişi hakkında fikir sahibi olmak amacıyla şirket esas sözleşmesini incelemelerinin beklendiğine vurgu yapmaktadır. Yazar ayrıca buradan çıkan sonuç ile kapalı tip şirketlere ortak olmak isteyen kişiler için, TTK'daki azınlığın korunmasına ilişkin hükümler ile "eşit işlem ilkesi"<sup>90</sup> ve "ortakların sadakat yükümlülüğü" nü düzenleyen hükümlerin, müstakbel pay sahipleri için yeterli bir güvence oluşturacağını ve 6102 sayılı TTK ile kapalı tip anonim şirketler için de kabul edilen kurumsal yönetim ilkesinin, emredici hükümler ilkesine olan ihtiyacı azaltacağını ifade etmektedir.

Nitekim Şehirali Çelik de<sup>91</sup>, hükmün gerekçesinde vurgulanan hususların kapalı tip anonim şirketler açısından bir ihtiyaç olup olmadığı konusuna şüphe ile yaklaşmış; şirketler hukukunda irade serbestisini sınırlandıran düzenlemelerin kapalı tip şirketlerin yapısına uygun olmadığını altını önemle çizmiştir. Diğer yandan Moroğlu da ortaklara dar bir sözleşme özgürlüğü bırakılması karşısında, esas sözleşmeye istedikleri hükümleri koyamayan ortakların çözüm olarak aralarında borçlar hukuku temelli "pay sahipleri sözleşmeleri" yapma yoluna gideceklerini ifade etmektedir<sup>92</sup>. Böyle bir durumda da, ortaklıklar hukukuna ait yaptırımlar olan iptal ve sorumluluk davalarının bu sözleşmeler bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkacaktır<sup>93</sup>.

Biz de, kapalı tip anonim şirketlerde sözleşme serbestisi ilkesinin, emredici hükümler ilkesi ile sağlanacak olan güvenceden daha önemli olacağı kanaatini taşımaktayız. Zira kapalı tip anonim şirketler, gerek pay sahiplerinin şirketten beklentileri ve gerekse de şirketin yönetim şekli bakımından sözleşme serbestisi temelleri üzerinde oturmaya elverişlidirler. Örneğin kapalı tip şirket ortakları şirketin yönetiminde yer almasalar da, yönetimi aktif şekilde etkilemek istedikleri gibi, şirketin kişisel niteliğinin muhafaza edilmesini de önemserler. Ancak emredici hükümler ilkesi, şirket yönetiminde yer almayan pay sahiplerinin yönetimi etkileme imkânını büyük ölçüde kısıtladığı gibi, kapalı tip anonim şirket-

---

<sup>89</sup> Karasu, s.113

<sup>90</sup> İlke, OECD İlkeleri'nin m.III/A/1 hükmünde şu şekilde ifade edilmiştir: "Herhangi bir grup içindeki bütün paylar aynı hakları barındırmalıdır. Tüm yatırımcılar (hisse senetlerini almadan önce) bütün pay gruplarına verilen haklar hakkında bilgi elde edinebilmelidir. Oy hakkındaki herhangi bir değişiklik, bu değişiklikten olumsuz etkilenen pay gruplarının onayına tabi tutulmalıdır."

<sup>91</sup> Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s.177

<sup>92</sup> Moroğlu, s.139-140

<sup>93</sup> Bilgili/ Demirkapı, s.233

lerin kişisel niteliklerini korumasını da zorlaştırmaktadır<sup>94</sup>. Öyle ki, anonim şirketlerde şirket paylarının rakip işletmelere yakın kişilere veya siyasi, dini, manevi düşünceleri açısından kendilerinden farklı kişilerin eline geçmesi, dolayısıyla şirketin yabancılaşma tehlikesi bulunmaktadır ve bu yabancılaşmaya karşı alınacak önlemler emredici hükümler ilkesi sebebiyle oldukça sınırlı kalmaktadır<sup>95</sup>.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında; emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler için öngörülmesinin, bu şirketlerin ruhu ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşmanın mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Bu doğrultuda, kapalı tip anonim şirketlerde genel bir emredici hükümler ilkesine yer vermek yerine sadece belirli konuların emredici nitelikte düzenlenmesinin daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Zira böylece, sözleşme serbestisi ilkesinin sağdığı menfaatler ile emredici hükümler ilkesinin sağladığı menfaatler arasında bir denge kurulmuş olacaktır.

## VI. SONUÇ

6102 sayılı TTK'nın 340'ıncı maddesinde düzenlenen "emredici hükümler ilkesi" ile esas sözleşme açısından anonim şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte kabul edilmiş, dolayısıyla anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin yerini emredici hükümler ilkesi almıştır. TTK'nın 340'ıncı maddesi uyarınca, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi halinde sapabilecektir. Burada geçen gerek "ancak" gerekse de "açıkça" ifadeleri nedeniyle, şirket sözleşmesinde kendisinden sapılabilecek olan hükümler belirlenirken ilgili hükmün amaçsal yorumu tabi tutulması, diğer bir ifade ile lâfzî olarak farklılaşmaya izin verildiği açıkça anlaşılmadığı halde sadece hükmün amaçları ve doğuracağı etkiler göz önünde bulundurulurken sapılabileceğini kabul etmek kanaatimizce kanun koyucunun amacı ile geniş anlamda kanunilik ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Her ne kadar hükmün gerekçesindeki açıklamalar hükümle çelişki yaratarak amaçsal yorum yapılması gerektiğini ifade etse bile, bu kadar açık bir kanun hükmü karşısında bu sonuca ulaşabilmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Nitekim hükmün getiriliş amaçlarından birinin de açılan dava sayısını düşürmek olduğu göz önüne alındığında, amaçsal yorum ile farklı sonuçlara ulaşılamayacağı, dolayısıyla da hükmün bu getiriliş amacına hizmet etmeyeceği açıktır.

TTK'nın 340'ıncı maddesinin ikinci cümlesi, "Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar." şeklinde hükme bağlanmıştır. Hüküm, TTK hüküm-

<sup>94</sup> Karasu (6102), s.327

<sup>95</sup> Karasu (6102), s.327

lerinin ancak özel kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde uygulanacağını ifade eden 330'uncu madde ile birlikte değerlendirildiğinde bir çelişki yarattığı düşünülmektedir. Türk hukukundaki özel kanunun genel kanundan önce uygulanacağı kuralının bir yansıması olan 330'uncu madde karşısında, 340'ıncı madde düzenlemesi gereksiz görünmektedir.

Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın 340'ıncı maddesinde, ilkeye aykırılık halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Kanaatimizce, burada ihlal elden hükmün önemine göre iptal edilebilirlik veya butlan yaptırımını uygulanmalıdır.

Son olarak, emredici hükümler ilkesinin yerindeliği hususunda ise halka açık anonim şirketler ile kapalı tip anonim şirketler bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmasının daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Zira özellikle sağladığı koruma mekanizması dikkate alındığında ilkenin halka açık anonim şirketler bakımından yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Ancak kapalı tip anonim şirketler açısından bakıldığında ise, ilkenin sözleşme serbestisi ilkesini neredeyse yok sayarcasına aşırı bir koruma getirmesinin, gerek ticari hayat bakımından ve gerekse de şirketler hukukunun temel prensipleri açısından yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Zira böyle bir yaklaşım pay sahiplerini kendi aralarında pay sahipleri sözleşmesi yapmaya itecek, bu durum ise uygulamada arzu edilmeyen sorun ve sonuçlara neden olabilecektir.



## **KAYNAKÇA**

- Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut:** Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2004
- Bahtiyar, Mehmet:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S.61, s.47 vd., 2005
- Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan:** Şirketler Hukuku, Bursa 2013
- Eminoğlu, Cafer:** Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), İstanbul, 2014
- Karasu, Rauf:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009
- Karasu, Rauf:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, s.312-329, İstanbul 2012 (6102)
- Kırca, İsmail/ Şehirli Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Ankara 2013
- Manavgat, Çağlar:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, C. II, S. 1, s.523 vd.
- Moroğlu, Erdoğan:** Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2004 (Hükümsüzlük)
- Moroğlu, Erdoğan:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2009
- Pulaşlı, Hasan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na, Bazı Hükümlere ve Kavramlara Eleştirel Bakış, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 2-3 Haziran 2011, Ankara Barosu (Eleştirel Bakış)
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013
- Şener, Oruç Hami:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012
- Tekinalp, Ünal:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.II, İstanbul 2008 s.635 vd.



## **ERGİN KISITLI ÜZERİNDEKİ VELÂYET HAKKI (UZATILMIŞ VELÂYET)**

*Yrd. Doç. Dr. Dilşad KESKİN\**

### **ÖZET:**

Çocuk, küçük olduğu sürece ana ve babasının velâyeti altındadır. Velâyet hakkı kural olarak küçüğün ergin olması ile sona erer. Bununla birlikte, hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar. Ana ve babanın ergin kısıtlı üzerinde velâyet hakkına sahip olmaları, kanun hükmü gereğince kendiliğinden gerçekleşmez, bunun için vesayet makamının kararına ihtiyaç vardır. Uzatılmış velâyetin şartları, geçerli bir kısıtlılık kararının bulunması ve ana-babadan en az birinin sağ olmasıdır. Bu şartların varlığı halinde, velâyet ile vesayet çözümlerine eşit mesafede kalan hâkim, velâyetin uzatılmasına karar verir. Uzatılmış velâyet, vesayet değildir. Uzatılmış velâyet, küçük üzerindeki velâyetten de farklıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Velâyet, Vesayet, Uzatılmış Velâyet, Ergin Kısıtlı, Küçük.

### **ABSTRACT:**

Solange Kinder unmündig ist, stehen sie unter elterlicher Sorge. Im Normalfall endet die elterliche Sorge mit der Mündigkeit. Mündige Kinder, die entmündigt werden, stehen unter der elterliche Sorge, es sei denn, dass die Behörde einen Vormund bestellt. Die elterliche Sorge tritt nicht von Gesetzes wegen an die Stelle der Vormundschaft, sondern es bedarf eines Entscheids der Vormundschaftsbehörde. Voraussetzungen für die erstreckte elterliche Sorge sind das Vorliegen einer rechtskräftigen Entmündigung sowie das mindestens ein mündiger Elternteil lebt. Diesfalls sollten in der Regel bei gleichwertigen Lösungen die Eltern gegenüber einem Vormund den Vorrang haben. Die erstreckte elterliche Sorge nicht Vormundschaft sondern elterliche Sorge bleibt. Sie ist aber nicht völlig identisch mit der elterliche Sorge über Unmündige.

**Keywords:** Elterliche Gewalt, Vormundschaft, Erstreckte Elterliche Gewalt, Entmündigte, Unmündig.

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu, küçüğün korunmaya muhtaç olduğu temel düşünce-sinden hareket etmiş ve onun himayesini sağlama yükümlülüğünü de öncelikle ana-babasına yüklemiştir. Ana-babanın küçüğün menfaatini sağlama yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğü yerine getirmek için kullanacağı haklar demetini ihtiva eden kurum, velâyettir. Velâyetin zaman itibarıyla sınırını, esas itibarıyla küçüğün bu sıfatının sona ermesi oluşturur. Buna göre kural olarak küçüğün ergin olması, ana-babanın küçüğün korunmasına ilişkin yükümlülüklerinin de son bulduğu anlamına gelir. Bunun istisnası, ergin çocuğun kısıtlanması durumudur. Konunun düzenlendiği MK m.335/II hükmü, ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velâyetinde olduğuna ve yasal sebep olmadıkça onlardan alınmayacağına dair birinci fıkranın hemen ardından; "*Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar.*" şeklindeki tek cümle ile, ergin kısıtlı üzerinde tesis edilmesi gereken vesayet alternatifini belirlemiştir.

Velâyetin yukarıda açıklanan şekilde erginlikten sonra da devam etmesinin öngörülmesi, basitçe kapsamının zaman itibarıyla genişletilmesi "*velâyetin uzatılması*" ve böylece ergin kısıtlı üzerindeki velâyet de "*uzatılmış velâyet*" olarak isimlendirilebilir. Uygulamada, MK m.335/II'nin lafzında da işaret edildiği üzere "*kural*" niteliğiyle yer bulan kurum hakkındaki yasal düzenlemenin yetersiz olduğu açıktır. Bu yetersizlik, ergin kısıtlının hangi durumlarda velâyete tabi tutulacağı başta olmak üzere, bir dizi önemli problemi beraberinde getirmektedir. Uzatılmış velâyetin küçük üzerindeki velâyetten farklı oluşundan hareketle, kısıtlanmış ergin çocukları üzerinde velâyet hakkına sahip olan ana ve baba, vasi ile aynı konumda değerlendirilmektedir. Bu yaklaşım ise ergin kısıtlı ile ana ve baba arasındaki ilişkinin, hukuken "*velâyet*" olarak nitelendirilmesine rağmen, vesayet hükümlerine tabi tutulmasına yol açmaktadır. Diğer taraftan, mahkemece, kısıtlanmış ergin çocuğun vesayet altına konulmasına karar verilerek, ana ve/veya babanın vasi tayin edildiği durumlarda, MK m.335/II hükmü gereğince bir "*velâyet*" ilişkisinin söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Ana ve babanın vesayetine, velâyet hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracak bu iddia da, kabul edilemez. Amaç daima kısıtlının menfaatlerinin korunması olmasına rağmen, uzatılmış velâyetin niteliğine ve uygulanmasına ilişkin belirsizlikler sebebiyle, kurumların yapısı değiştirilmektedir. Böylece, MK m.335/II hükmündeki düzenleme anlamını kaybetmektedir. Diğer taraftan, böyle bir halde ana ve baba da, vasi için öngörülmüş yükümlülüklerin üstesinden gelemeyecekleri kaygısıyla, kısıtlı ergin çocukları üzerinde velâyet hakkına sahip olmak konusunda son derece isteksiz hale gelmektedir. Bütün bu problemlerin çözümü, velâyetin uzatılmasının şartlarının ve hükümlerinin açıkça ortaya konularak, uzatılmış velâyetin hukukî niteliğinin belirlenmesini gerekli kılar. Bu çalışmanın amacı, uzatılmış velâyeti, küçük üzerindeki velâyet ve vesayet ile bir-

likte ele alarak, özellikle uygulanacak hükümler noktasında bir açıklık sağlamak, ana-baba ile velâyete tabi kısıtlı arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri ortaya koymak ve küçük üzerindeki velâyet hakkının kullanılması bakımından da problem oluşturan bazı hususları, ergin kısıtlı üzerindeki velâyetin kendine özgü niteliklerini göz önünde bulundurarak değerlendirmektir.

## II. UZATILMIŞ VELÂYET, KAVRAM VE TERİM

### A. Uzatılmış Velâyet

Kanun koyucu, erginlik yaşına ulaşmış olmasına rağmen, kısıtlılık sebeplerinden birini bünyesinde taşıyan ve bu sebeple korunma ihtiyacı içinde bulunan çocuğa<sup>1</sup>, bu korumanın en iyi biçimde aile içinde sağlanabileceğini kabul etmiştir. Bu düşüncenin bir sonucu olan MK m.335/II, "*Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar*" şeklindedir. Aynı esas MK m.419/III'te "*Kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velâyet altında bırakılır.*" hükmüyle ifade edilmiştir. Buna göre kural olarak haklarında kısıtlama kararı alınmış ergin çocuklar, kendilerine bir vasi atanması yerine, ana ve babalarının velâyeti altında bırakılırlar<sup>2</sup>. Hâkimin bu hüküm doğrultusunda vereceği kararlar, ana ve babanın, esas itibarıyla çocuğun erginlik yaşına ulaşması ile son bulması gereken velâyet hakları, erginlikten sonraki zaman dilimine sarkmış, bir anlamda uzatılmış olmaktadır. Böylece "*uzatılmış velâyet*", erginlik yaşını tamamlamış, ancak haklarında kısıtlama kararı verilmiş olan kimseler bakımından, MK m.335/II ve m.419/III hükümlerine dayalı olarak hâkim tarafından verilecek bir karar gereğince, ana ve babalarının velâyet haklarının devam etmesidir<sup>3</sup>.

İsviçre Medenî Kanununun vesayete ilişkin Art. 360- 455 hükümleri, 2008 yılında kapsamlı bir değişikliğe tabi tutulmuştur. 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişik metinde, İsviçre Medenî Kanununun aile hukuku kitabının vesayete ilişkin üçüncü kısmı, "*Erişkinlerin Korunması*" başlığı altında yeniden

<sup>1</sup> Çalışmada "çocuk" terimi "evlât" anlamıyla kullanılmıştır. Medenî hukuk açısından "çocuk" ve "küçük" kavramlarının birbirleriyle özdeşleştirilmemesi gerekliliği hakkında bkz. HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, İstanbul 2005, 273; SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, 122.

<sup>2</sup> Velâyet, küçük için olduğu kadar kısıtlanmış ergin için de "normal" olan durumdur. Velâyeti yürütecek ana ve/veya baba bulunmadığı takdirde, normalin dışına çıkmak ve korunmaya muhtaç küçük veya kısıtlıya bir vasi tayin etmek zorunlu olur (HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel 2002, 1874).

<sup>3</sup> Çocuk evlat edinilmiş olup da kısıtlanmışsa, şartları gerçekleştiği takdirde öncelik, çocuğun evlat edinilenin velâyeti altına konulmasıdır (ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004, 781; OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1998, 470).

düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile korunmaya muhtaç durumdaki erginler için alınacak tedbirler hükme bağlanmıştır<sup>4</sup>. Bu tedbirler arasında ergin kısıtlının ana ve babasının velâyeti altında bırakılması bulunmamaktadır<sup>5</sup>. Bunun yerine ana ve babanın "*kapsamlı kayyımlik*" (*umfassende Beistandschaft*) olarak isimlendirilen bir konumda, ergin kısıtlının ihtiyaç duyduğu korumayı sağlayabileceği öngörülmüştür<sup>6</sup>. Yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle birlikte, söz konusu tarih itibarıyla ana ve babalarının uzatılmış velâyeti altında bulunan kısıtlı erginler, kanun gereği "*kapsamlı kayyımlik*" altına girmişlerdir<sup>7</sup>.

## B. Kavram ve Terim

### 1. Kavram

"*Uzatılmış velâyet*" kavramı, ana ve babaya ergin kısıtlı üzerinde tanınan velâyet hakkının, erginlik yaşına ulaşıncaya kadar küçük üzerinde zaten sahip oldukları velâyetin devamından ibaret olduğunu ifade eder. Gerçekten hâkim, MK m.335/II hükmü gereğince de, ergin kısıtlının ana ve babasının velâyeti altında bırakılmasına karar verir. Ancak burada, küçük üzerindeki velâyetten tamamıyla farklı, yeni ve başka bir velâyet hakkı tesis edilmiş olmaz. Mahkeme kararı, sadece o zamana kadar mevcut velâyet hakkının, çocuğun erginlik yaşına ulaşmış olmasına rağmen, devamını sağlayacak hukukî gerekçeyi oluşturur<sup>8</sup>. Esasen MK m.335/II hükmünde kanun koyucunun kullandığı "... *velâyeti altında kalırlar*" deyimini de tesadüfî bir ifade değildir. Türk Medenî Kanunu Tasarısının 335. maddesinin ikinci fıkrasındaki "*velâyeti altındadırlar*" ibaresi, kısıtlanan ergin çocukların velâyet altında kalmaya devam ettiğinin vurgulanması

<sup>4</sup> HAUSHEER, Heinz: "Der neue Erwachsenenschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuches", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, 1111-1116; HÄFELI, Christoph: "Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht - Eine Zwischenbilanz und Perspektiven", Jusletter 9. Dezember 2013, [http://www.humanrights.ch/upload/pdf/140217\\_Jusletter\\_Haefeli\\_Erwachsenenschutzrecht.pdf](http://www.humanrights.ch/upload/pdf/140217_Jusletter_Haefeli_Erwachsenenschutzrecht.pdf), erişim: 7.11.2014; HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, 3 vd.; BIDERBOST, Yvo: "Der neue Erwachsenenschutz im Überblick", SJZ 106/2010, 309 vd.; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medenî Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006, 351-355.

<sup>5</sup> GEISER, Thomas: Erwachsenenschutz, Bern 2013, 1191; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Erwachsenenschutzrecht, 3.

<sup>6</sup> BIDERBOST, 316; AFFOLTER, Kurt: Eckpfeiler einer Qualitätsentwicklung zum neuen Erwachsenenschutzrecht, FamPra.ch 4/2012, 851, [http://www.affolter-lexproject.ch/Downloads/Eckpfeiler\\_einer\\_Qualitaetsentwicklung.pdf](http://www.affolter-lexproject.ch/Downloads/Eckpfeiler_einer_Qualitaetsentwicklung.pdf), erişim: 21.10.2014.

<sup>7</sup> GEISER, 1191.

<sup>8</sup> Uzatılmış velâyetin esas olarak küçük üzerindeki velâyetle aynı olması gerekir, zira küçük üzerinde icra edilecek bir velâyet ve ergin üzerinde icra edilecek farklı bir velâyet yoktur (JULMY, Markus: Die elterliche Gewalt über Entmündigte (Art. 385 Abs.3 ZGB), Freiburg 1991, 8).

gerekçesiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda değiştirilerek, maddede "*velâyeti altında kalırlar*" ifadesine yer verilmiştir<sup>9</sup>.

Ergin kısıtlı üzerindeki velâyetin hukukî niteliği açık değildir. Medenî Kanunda konu, birbirini tekrar eden iki ayrı hükümlerle düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi (MK m.335/II), Aile Hukuku kitabının ikinci kısmında (Hısımlık), birinci bölümün (Soybağının Kurulması) altıncı ayrımında (Velâyet) yer almaktadır. Uzatılmış velâyete ilişkin ikinci hüküm (MK m.419/III) ise Aile Hukuku kitabının üçüncü kısmında (Vesayet), vesayet düzenini hükme bağlayan birinci bölümün dördüncü ayrımında (Vasinin Atanması) yer alır. Böylece sistematik olarak, uzatılmış velâyete ilişkin iki düzenlemeden biri velâyet diğeri de vesayet hükümleri arasına yerleştirilmiş olmaktadır. Kanun koyucunun bu tutumunun, uzatılmış velâyetin, velâyet ve vesayet kurumları arasındaki yerinin belirlenmesini zorlaştırdığı söylenebilir. Bununla birlikte, mevcut durumdan yola çıkılarak tatmin edici bir sonuca ulaşılması büsbütün imkansız da değildir. Gerçekten de, uzatılmış velâyet bir yönüyle küçük üzerindeki velâyetin ergin kısıtlı üzerinde icra edilen halinden başka bir şey değildir. Uzatılmış velâyete tabi olanın yaşından ve özel durumundan kaynaklanan bazı farklılıklar içermekle birlikte, özünde küçük üzerindeki velâyetle aynıdır. Fakat uzatılmış velâyet, korunmaya muhtaç ergin çocuk hakkında bir kısıtlama kararının verilmesi üzerine söz konusu olur ve doğrudan doğruya vesayet makamının bu husustaki hükmüne dayanır. Bu sebeple uzatılmış velâyet, vesayet hukukuna ilişkin bir tedbir özelliği de gösterir. Böylece uzatılmış velâyet için "*kendine özgü özellikler taşıyan bir vesayet hukuku tedbiri*" nitelendirmesi yapılabilir<sup>10</sup>.

## 2. Terim

Ana ve babanın, kısıtlanan ergin çocuk üzerinde mahkeme kararına dayanan velâyet haklarını ifade etmek için doktrinde "*ergin çocuğun velâyet altında bırakılması*" ifadesi kullanılmaktadır<sup>11</sup>. Almanca literatürde ise "*uzatılmış velâyet*" (*erstreckte elterliche Sorge*<sup>12</sup>, *verlängerte elterliche Sorge*<sup>13</sup>) terimi tercih edilmektedir.

<sup>9</sup> DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2014, 343, dph. 347.

<sup>10</sup> JULMY, 7.

<sup>11</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 393; AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2014, 409.

<sup>12</sup> HONSELL/VOGT/GEISER, 1875; SCHNYDER, Bernhard/MURER, Erwin: Das Familienrecht, Band II, Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, Bern 1984, 763; AFFOLTER, 851; JULMY, 7 vd.; DISCHLER, Ralph: Die Wahl des geeigneten Vormunds, Freiburg 1984, 6 vd.

<sup>13</sup> HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2007, 292.

Kanaatimizce MK m.335/II'ye dayalı velâyet hakkı, Almanca aslına uygun olarak "*uzatılmış velâyet*" şeklinde isimlendirilebilir<sup>14</sup>.

### III. UZATILMIŞ VELÂYETE TABİ OLANLAR

Uzatılmış velâyet, MK m.335/II hükmü gereğince, kısıtlanan ergin çocuklar üzerinde söz konusu olabilir. Bununla birlikte, her ne kadar pratikte aynı sonuca varacak olsa da, kısıtlılık kararının erginlik yaşından önce alındığı durumların da ayrıca değerlendirilmesi, dolayısıyla erken kısıtlıların da uzatılmış velâyete tabi olanlar arasında sayılması gerekir.

#### A. Erken Kısıtlı

Kısıtlama kararı kural olarak yalnızca ergin kimseler hakkında alınabilir. Bununla birlikte MK m.419/II hükmü, gerek duyulduğunda henüz ergin olmayanların da kısıtlanmasına karar verilebileceğini düzenlemiştir. Esasen kısıtlılık kararı ergin kişilere mahsus olduğundan, küçüğün kısıtlanmasına gerek yoktur. Gerçekten de, ana ve babası sağ oldukça veya velâyet bunların her ikisinden de kaldırılmış olmadıkça küçük zaten velâyet altındadır. Ana ve babanın ölmüş olmaları ya da velâyetin bunlardan kaldırılmış olması durumunda da, küçük vesayet altına alınarak kendisine bir vasi tayin edilir (MK m.404/I). Fakat bu, kısıtlama değildir<sup>15</sup>.

Küçüğün kısıtlanması, MK m.419/II hükmüne dayanan istisnai bir durumdur. Küçük hakkındaki kısıtlama kararına ilişkin olarak iki hususa özellikle dikkat etmek gerekir. Birincisi bu karar ancak "*gerek duyulduğunda*" alınabi-

<sup>14</sup> Küçük üzerindeki velâyetin kanuna dayanmasına ve doğumla kendiliğinden meydana gelmesine karşılık ana ve babanın ergin kısıtlı üzerinde velâyet hakkına sahip olmaları için vesayet makamının bu yönde bir karar vermiş olması gerekir. Dolayısıyla küçük üzerindeki velâyet ile ergin kısıtlı üzerindeki velâyet, hukukî dayanakları açısından birbirlerinden farklıdır. Bu durum, özellikle kısıtlamanın erginliğin kazanılmasından bir süre sonra gerçekleştiği ve ergin kısıtlının tam fiil ehliyetine sahip olarak yaşadığı bir dönemin ardından kısıtlanarak yeniden ana ve babasının velâyeti altına konulmasında daha yoğun olmak üzere, "velâyetin yenilenmesi" kavramını düşündürmektedir. Çalışmada kısmen yerleşik olduğu için kısmen de kanun koyucunun velâyetin sürekliliğini vurgulamaya yönelik tercihine saygı göstermek amacıyla "uzatılmış velâyet" kavramı kullanılmıştır.

<sup>15</sup> "Vesayet altına alınma" ile "kısıtlanma" birbirinden farklı kavramlardır. Kısıtlılık, ergin bir kimsenin fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla kaldırılmasıdır. Buna karşılık vesayet, velâyet altında bulunmayan küçüklerle kendi kendilerini ve mallarını yönetmekten âciz erginlerin kendilerini ve malvarlıklarını korumayı ve onların temsilini sağlamayı amaçlayan bir kurumdur. Kendisine vasi atanmış olmasına rağmen bir kimsenin kısıtlı olmaması mümkündür. Her kısıtlı da vesayet altında değildir. Velâyet altında bulunmayan küçükler vesayet altına konularlar, kısıtlanmazlar. Ergin bir kimse de kısıtlanmış olduğu halde vesayet altına konulmayarak ana ve babasının velâyeti altında bırakılabilir (AKINTÜRK/KARAMAN, 481; OĞUZMAN/DURAL, 434; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, İstanbul 1965, 498; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, 325).



lir<sup>16</sup>. Bu yönde bir gereklilik, küçüğün ergin olmasından, hakkında kısıtlama kararı alınmasına kadar geçecek süre içinde menfaatlerinin zarar görmesi endişesini yaratacak bir takım şartların bulunmasından kaynaklanır. Kısıtlama kararı ile, velâyetin ya da küçüklük dolayısıyla vesayetin sona ermesi ve kişinin tekrar vesayet altına alınması sırasında işlerinin görülmesi ve temsili mümkün kılınmış olur<sup>17</sup>. Küçük hakkındaki kısıtlama kararı ile ilgili ikinci önemli husus, kararın, küçük ergin olduktan sonra hüküm ifade edeceğidir. MK m.419/II'de bu, "... ancak, kısıtlama kararı ergin olduktan sonra sonuç doğurur" ifadesiyle açıkça belirtilmiştir. Buna göre hâlihazırda velâyet ya da vesayet altında bulunan küçük için, kısıtlama kararının pratik bir sonucu yoktur. Erginlik yaşının tamamlanmasıyla, daha önceden alınmış olan kısıtlama kararı da hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar ve üzerindeki velâyet ya da vesayet sona ermiş olan kimse, erginliği "*kısıtlı*" sıfatıyla ve buna bağlı olarak öngörülmuş korumayla birlikte kazanmış olur<sup>18</sup>.

Bu esasların değerlendirilmesinden, uzatılmış velâyet bakımından henüz erginlik yaşını tamamlamasından önce hakkında kısıtlılık kararı alınmış küçük ile ergin kısıtlı arasında, uygulanacak hükümleri etkileyecek bir farklılık bulunmadığı sonucuna varmak mümkündür<sup>19</sup>.

## B. Ergin Kısıtlı

Uzatılmış velâyet, esas itibarıyla hakkında kısıtlılık kararı alınmış ergin kişiler için söz konusudur<sup>20</sup>. Bu durum, konuyu düzenleyen MK m.335/II ve 419/III hükümlerinde "*kısıtlanan ergin çocuk*" şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Erginlik, kural olarak erginlik yaşı olan 18 yaşın tamamlanması ile kazanılır (MK m.11/I). Bununla birlikte bir kimsenin mahkeme kararıyla (MK m.12) ya da evlenme yoluyla (MK m.11/II) erginliğini elde etmesi de mümkündür. Her ne şekilde olursa olsun erginliğe ulaşmış olan kimse, hakkında kısıtlama kararı verilmesiyle "*ergin kısıtlı*" olur.

Ergin kısıtlıların yanı sıra, henüz kesin olarak kısıtlanmamış, ancak fiil ehliyeti geçici olarak kaldırılmış kişiler hakkında da uzatılmış velâyet söz konusu olabilir. MK m.420/I hükmü, sulh hâkiminin, vesayet işleri zorunlu kıldığı

<sup>16</sup> SCHNYDER/MURER, 760; HONSELL/VOGT/GEISER, 1890.

<sup>17</sup> OĞUZMAN/DURAL, 434; ÖZTAN, 757; HONSELL/VOGT/GEISER, 1875; SCHNYDER/MURER, 760.

<sup>18</sup> SCHNYDER/MURER, 762; OĞUZMAN/DURAL, 434.

<sup>19</sup> EGGER, August: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Familienrecht, Zweite Abteilung Die Verwandtschaft Art. 252-359, Zürich 1943, 61.

<sup>20</sup> HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Verlag AG, 2011, 581; SCHNYDER/MURER, 763.

takdirde, vasinin atanmasından önce de, resen gerekli önlemleri alabileceğini, özellikle kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırarak, ona bir temsilci atayabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu düzenleme gereğince, her hangi bir kısıtlama sebebine dayalı olarak kısıtlama işlemlerine başlanmış ve hakkında kısıtlama kararı verilmesinin gerektiğine kanaat getirilmiş olması kaydıyla, bu karara kadar geçici olarak medenî hakları kullanmasının önlenmesine hükmolunan "geçici olarak kısıtlanmış" ergin<sup>21</sup> de ana ve babasının velâyeti altına konulabilir<sup>22</sup>.

Ergin kısıtlının, ana ve babasının uzatılmış velâyeti altına konulabilmesi için, kısıtlama kararının verildiği an itibarıyla onların velâyeti altında olması zorunlu değildir. Bir süre tam fiil ehliyetine sahip olarak yaşadıkdan sonra ortaya çıkan kısıtlama sebebi dolayısıyla fiil ehliyetini kaybetmiş bir kimse için de, vesayet tesisi yerine velâyetin uzatılması tercih edilerek, bu yönde hüküm verilebilir<sup>23</sup>.

#### IV. UZATILMIŞ VELÂYETİN ŞARTLARI

Ana ve babanın çocuk üzerinde sahip oldukları velâyet hakkının, çocuğun erginlik yaşına ulaşmasından sonra da devam edebilmesi, bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Gerçekten de, her ne kadar MK m.335/II'nin lâfzından, kısıtlanmış ergin çocuğun, ana ve babasının velâyeti altında bırakılmasının kural olduğu ve bu kimse hakkında vesayet tesisi ile ona bir vasi atanmasının ancak tali bir çözüm niteliği taşıyacağı açıkça anlaşılmakta ise de, ana ve babanın bu hüküm dolayısıyla velâyetin uzatılması hususunda doğrudan doğruya bir talep hakları bulunduğu söylenemez<sup>24</sup>. Zira anılan hüküm uyarınca, velâyetin uzatılması için, öncelikle ana ve babanın velâyeti altında bırakılacak ergin hakkında bir kısıtlama kararı alınmış olması gerekir. İkinci şart, ergin kısıtlının ana ve babasından en az birinin sağ ve velâyeti yürütmeye elverişli olmasıdır. Nihayet ergin kısıtlı üzerindeki velâyet hakkı, küçük üzerindeki velâyetten farklı olarak kanundan değil, mahkeme kararından doğar; dolayısıyla vesayet makamı kısıtlanana vasi atamak yerine onu velâyet altına bırakmaya karar vermiş olmalıdır<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Fiil ehliyetinin MK m.420/I hükmü uyarınca geçici olarak kaldırılmasının "geçici kısıtlama" ve atanan temsilcinin de "geçici vasi" olarak nitelendirilemeyeceğine dair bkz. OĞUZMAN/DURAL, 473, dph. 1527.

<sup>22</sup> JULMY, 66; SCHNYDER/MURER, 763; ÖZTAN, 784.

<sup>23</sup> Esasen halihazırda velâyet altında olan çocuğun kısıtlanarak derhal ana ve babasının velâyeti altına konulması, böylece küçük üzerindeki velâyetin ergin kısıtlı üzerinde kesintisiz devamı, ancak erken kısıtlama durumunda söz konusu olabilir. Çocuğun erginliğinden önce kısıtlanarak ergin olduktan sonra hüküm doğurmak üzere ana ve babasının uzatılmış velâyeti altına konulması dışında kalan tüm hallerde hâkimin uzatılmış velâyet kararı, "velâyetin devamı" değil, "velâyetin yeniden tesisi" niteliğini taşır (JULMY, 50).

<sup>24</sup> DISCHLER, 6.

<sup>25</sup> HRUBESCH-MILLAUER, 581; SCHNYDER/MURER, 763.

### A. Kısıtlılık

Uzatılmış velâyet, ancak hakkında kısıtlama kararı alınmış erginler için söz konusu olabilir. Kısıtlanan henüz erginlik yaşını tamamlamamış bir kimse olsa bile, kısıtlama kararı erginlikten sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu sebeple, kısıtlanan küçük de erginliğini kazanıncaya kadar ana ve babasının normal velâyeti altında kalmaya devam eder. Erginliğini kazandıktan sonra ise hakkında verilmiş olan ve velâyetin uzatılmasını da hükme bağlayan mahkeme kararı gereğince "*ergin kısıtlı*" sıfatıyla uzatılmış velâyete tabi olur<sup>26</sup>.

Kısıtlılık kararı, karara konu kişinin menfaati gözetilerek alınır ve ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin, vesayet hükümlerine tabi olmasını sağlar. Buna karşılık ayırt etme gücüne sahip kimse bakımından bu karar, fiil ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuran, yenilik doğurucu bir hükümdür<sup>27</sup>. Kısıtlama kararı, ancak kanunda sınırlı olarak sayılmış bulunan kısıtlama sebeplerinden birinin varlığı halinde verilebilir. Sayılan sebeplerin dışında kalan bir sebebe dayanılarak bir kimsenin kısıtlanması mümkün değildir<sup>28</sup>.

Kısıtlılık sebepleri; akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet ve yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemeyen ergin kimsenin talebi olarak sıralanabilir (MK m.405-408). Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı durumunda kısıtlama için, kişinin işlerini göremiyor olması veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gerekmesi ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokması gerekir (MK m.405). Bir kimsenin savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya kötü yönetim sebebiyle kısıtlanması da kişinin, sayılan sebeplerle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürmek tehlikesine yol açmasına, bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olmasına ya da başkalarının güvenliğini tehdit etmesine bağlıdır (MK m.406).

Kısıtlanan ergin kimsenin vesayet mi yoksa velâyet altına mı konulacağını belirlenmesinde, esas itibarıyla hangi sebeple kısıtlandığının bir önemi yoktur. Kanun koyucu velâyet hakkının uzatılmasını düzenlerken, kısıtlama sebebinin ne olduğunu dikkate almaksızın, ergin kısıtlının ana ve babasının velâyeti altında bırakılacağı kuralını getirmiştir. Bununla birlikte, MK m.406 ve m.407'de

<sup>26</sup> Ayırt etme gücünden tamamıyla yoksun bir kimsenin dahi, hakkında alınmış bir kısıtlama kararı bulunmaksızın ve mahkemece ana ve babasının uzatılmış velâyeti altında bırakılmış olmaksızın, kanundan dolayı -kendiliğinden- ana ve babasının velâyetinde kalmaya devam etmesi mümkün değildir (HONSELL/VOGT/GEISER, 1879).

<sup>27</sup> ÖZTAN, 758; AKINTÜRK/KARAMAN, 482; OĞUZMAN/DURAL, 434.

<sup>28</sup> AKINTÜRK/KARAMAN, 482.

düzenlenen kısıtlama sebepleri bakımından, kural olarak velâyetin uzatılması yoluna gidilmemesinin daha isabetli olacağı söylenebilir. Bu hükümlerde sayılan savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim ve özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet halleri, çoğu zaman ana ve babanın, velâyetleri altındaki çocuk henüz ergin değilken, onun eğitiminde başarısız olmalarının sonucu olarak ortaya çıkarlar<sup>29</sup>. Anılan durumlarda ana ve baba ile kısıtlanmış ergin arasında, velâyetin uzatılması için varlığı zorunlu olan olumlu güven ilişkisinin bulunması da sık rastlanacak bir durum değildir<sup>30</sup>. MK m.408 ile düzenlenen istek üzerine kısıtlamada ise, talebin yaşlılık sebebiyle işlerin gerektiği gibi yönetilememesine dayandığı hallerde, ana ve babanın uzatılmış velâyetinin artık söz konusu olamayacağına dikkat etmek gerekir. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı dışında kalan tüm kısıtlama sebepleri bakımından gözden uzak tutulmaması gereken bir diğer husus da, kısıtlanan kimsenin evli olma ihtimalidir. Bu durumda da ergin kısıtlının ana ve babasının velâyeti altına konulması yerine, hakkında vesayet tesisi ile kendisine, muhtemelen eşinin, vasi atanması daha uygun bir çözüm oluşturmaktadır<sup>31</sup>. Böylece velâyetin uzatılması kararının verilmesine elverişli olarak nitelendirilebilecek kısıtlama sebepleri, MK m.405'te yer alan akıl hastalığı ve akıl zayıflığı halleri ile bir kimsenin engelliliğine, deneyimsizliğine veya ağır hastalığına dayanarak MK m.408 uyarınca kısıtlanmasını talep etmesi halidir<sup>32</sup>.

Kısıtlama kararının verilmesinde yetki ve görev, kısıtlanacak kimsenin yerleşim yerinin bulunduğu yer vesayet dairelerine aittir (MK m.411). Kısıtlamaya veya vasi atanmasına ya da kısıtlananın velâyet altında bırakılmış olması halinde buna ilişkin karar, kısıtlının yerleşim yerinde ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilir (MK m.421/II).

## B. Ana ve Babadan En Az Birinin Sağ Olması

Ergin kısıtlının velâyet altında bırakılabilmesi için ana ve babasından en az birinin sağ olması zorunludur<sup>33</sup>. Kısıtlının evlat edinilmiş olduğu hallerde ana ve babaya ait tüm haklar evlat edinene geçeceğinden, evlat edinilenlerden

<sup>29</sup> JULMY, 4.

<sup>30</sup> DISCHLER, 23.

<sup>31</sup> JULMY, 4; DISCHLER, 22.

<sup>32</sup> Bu tespit şüphesiz diğer kısıtlama sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde kısıtlının uzatılmış velâyet altına konulamayacağı anlamına gelmez. Hâkim her somut olayda kısıtlının menfaati için uzatılmış velâyetin mi yoksa vesayet tesisinin mi daha uygun olacağını araştırarak kararını vermeli, kısıtlılık sebeplerini de bu çerçevede değerlendirmelidir. Nihayet belirtmek gerekir ki velâyetin uzatılması bakımından "tipik" sayılabilecek kısıtlılık sebeplerinin gerçekleşmesi, diğer şartlar mevcut olmaksızın, velâyetin uzatılmasını gerektirmez (JULMY, 5).

<sup>33</sup> SCHNYDER/MURER, 763; HRUBESCH-MILLAUER, 581; DISCHLER, 20.

en az birinin veya duruma göre tek başına evlat edinenin sağ olması gerekir<sup>34</sup>.

Ana ve babadan en az birinin sağ olması, velâyetin uzatılmasının olmazsa olmaz şartıdır. Bununla birlikte kanaatimizce, kısıtlı erginin erginlik yaşını tamamlamasından önce bunların velâyeti altında bulunmuş olması, erginlik yaşının sonrasını kapsayan velâyet kararı için, teorik olarak gerekli değildir. Çünkü, kanunda yer alan "... ana ve babanın velâyeti altında kalırlar" ve "...velâyet altında bırakılırlar" şeklindeki ifadelerle, her ne kadar kısıtlanan ergin çocuğun velâyet altında kalmaya devam edeceği vurgulanmakta ise de vesayet altına alınmış küçüğün ergin olduktan sonra kısıtlanarak, şartları gerçekleştiği takdirde uzatılmış velâyet altına konulmasına bir engel yoktur. Böylece kanundan doğan velâyet hakkı bir mahkeme kararıyla kendisinden kaldırılmış olan ana veya baba, başka bir mahkeme kararıyla velâyeti, ergin çocuğu üzerinde yeniden kazanabilir. Mesela boşanma sebebiyle velâyet kendisinden alınıp diğer tarafa verilmiş olan ana veya baba, çocuğun "ergin kısıtlı" olmasından sonra diğer tarafın ölümü durumunda, mahkemenin velâyeti kendisine vermesiyle, tek başına, uzatılmış velâyet hakkının sahibi olabilir<sup>35</sup>.

### C. Ana ve Babanın Velâyete Elverişliliği

Kısıtlının velâyet altına konulabilmesi için ana ve babasının hayatta olması yeterli değildir. Bunların velâyeti kullanmaya ehil olmaları, başka bir deyişle, velâyeti gereği gibi icra edebilecek durumda bulunmaları da gerekir<sup>36</sup>.

Daha önce hakkında velâyetin kaldırılması kararı alınmış ana ve/veya babaya, kısıtlanmış ergin çocukları üzerinde velâyet hakkı tanınıp tanınamayacağı da, velâyete elverişlilik kapsamında ele alınmalıdır. Küçük üzerindeki velâyet hakkı bakımından velâyetin kaldırılması, çocuğun korunmasına dair diğer önlemlerden sonuç alınmadığı ya da bu önlemlerin yetersiz olacağından önceden anlaşıldığı durumlarda hâkim kararı ile gerçekleşir<sup>37</sup>. Velâyetin kaldırılması

<sup>34</sup> DISCHLER, 20; SCHNYDER/MURER, 763.

<sup>35</sup> Bununla birlikte velâyetin kaldırılmasına yol açan sebep, ana ve babanın velâyete elverişliliğini de etkileyerek velâyetin uzatılmasına mani olabilir (DISCHLER, 18).

<sup>36</sup> Ana ve babanın velâyete elverişliliğini değerlendirirken hâkim -uzatılmış velâyetin vesayet hukukuna ilişkin bir tedbir niteliği taşımasına bağlı olarak- vasiliğe engel sebepleri düzenleyen MK m.418 hükmünden de yararlanır. Hükme göre kısıtlılar, kamu hizmetinden yasaklılar, haysiyetsiz hayat sürenler, menfaati kendisine vasi atanacağı kişinin menfaati ile önemli ölçüde çatışanlar ve onunla aralarında düşmanlık bulunanlar ve ilgili vesayet dairesi hâkimleri, vasi olamazlar. Açıkta ki sayılan sebeplerden ilgili vesayet dairesi hâkimi olmak dışında kalanlar, velâyet bakımından da problem oluşturacak niteliktedir. Ergin kısıtlının bu nitelikleri bünyesinde taşıyan ana ve/veya babanın uzatılmış velâyeti altına konulmasının, menfaatlerinin korunması bakımından isabetli olmayacağı söylenebilir (JULMY, 57).

<sup>37</sup> OĞUZMAN/DURAL, 318; SEROZAN, 293; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 355.

sebepleri MK m.348'te düzenlenmiştir. Buna göre velâyetin kaldırılabilmesi ancak iki durumda mümkün olabilir. Bunlardan birincisi, ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesidir. Velâyetin kaldırılabileceği ikinci durum ise, ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi, ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamasıdır. Ana ve babadan velâyetin kaldırılmış olması, kural olarak ergin kısıtlının ana ve babasının velâyeti altına konulmasına engel değildir. Bununla birlikte, uzatma kararı verecek hâkimin, velâyetin kaldırılması sebeplerinden birinin halen bulunduğu durumlarda, velâyete elverişsiz oldukları gerekçesiyle, ana ve babaya uzatılmış velâyet hakkını tanımaması gerekir<sup>38</sup>.

### 1. Ana ve Babanın Fiil Ehliyeti Bakımından Durumu

Kısıtlanmış ergin çocukları üzerinde velâyet hakkına sahip olabilmeleri için ana ve babanın ergin olmaları, ayırt etme gücüne sahip bulunmaları ve kısıtlı olmamaları gereklidir<sup>39</sup>.

MK m.336 hükmü uyarınca, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Ana ve babadan biri ayırt etme gücünü kaybeder, kısıtlanır, ölür veya hakkında gaiplik kararı verilirse, velâyet hakkı tek başına diğerine ait olur. Boşanma durumunda da çocuk taraflardan hangisine bırakılmışsa, velâyet hakkı o tarafından, diğerinin çocuk üzerindeki velâyeti sona erer. Doktrinde boşanmadaki sona erme "*velâyetin kaldırılması*" niteliğinden olmadığından, velâyet kendisine bırakılmış olan taraf öldüğü takdirde diğer tarafın, kendiliğinden çocuğun velâyetine sahip olacağı savunulmuştur<sup>40</sup>. Bu esasların ergin kısıtlı üzerindeki velâyet bakımından da geçerli olup olmayacağı, söz konusu velâyetin kanundan doğmayıp bir mahkeme kararına dayanmakta oluşu sebebiyle ayrıca değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce, velâyetin uzatılmasına ilişkin mahkeme kararında, ana ve babanın ergin üzerinde birlikte velâyet hakkına sahip oldukları hususu yer alıyorsa, bunlardan birinin velâyeti yürütemeyecek duruma gelmesi halinde, diğeri tek başına velâyet hakkına sahip olmaya devam eder<sup>41</sup>. Ancak ergin kısıtlının ana ve babası boşanmış oldukları takdirde, hâkimin velâyeti bıraktığı tarafın ayırt etme gücünü kaybetmesi, ölümü ya da gaipliği durumunda diğer tarafın kendiliğinden velâyet hakkına sahip olacağını söylemek kolay değildir. Zira ergin üzerindeki velâyetin hukukî gerekçesini oluşturan mahkeme kararı, velâ-

<sup>38</sup> DISCHLER, 18.

<sup>39</sup> JULMY, 56; ÖZTAN, 633; DISCHLER, 20; SCHNYDER/MURER, 763.

<sup>40</sup> AKINTÜRK/KARAMAN, 408.

<sup>41</sup> Bu sonuç MK m.336 hükmüne de uygundur.

yet hakkının ana ve babada olacağını öngörmek yerine, velâyeti bunlardan yalnızca birine vermiştir. Diğer taraftan, velâyet kendisinde olan taraf da halihazırda velâyeti yürütebilecek durumda değildir. Böyle bir durumda velâyetin sona erdiğini öğrenen hâkimin, MK m.419/I uyarınca derhal ergin kısıtlının korunmasını sağlayacak tedbirleri alması gerekir. Hâkim bu çerçevede kısıtlıya bir vasi tayin edebileceği gibi, kısıtlının diğer eşin velâyeti altına konulmasına da karar verebilmelidir. Evlilik dışında doğmuş olan ergin kısıtlının durumu da farklı değildir. Baba ile arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olsa bile, geçerli bir evlilik mevcut olmadığından ana ve babadan yalnızca birinin velâyet hakkına sahip olabileceği böyle bir durumda, hak sahibinin velâyeti icra edemeyecek duruma gelmesi, diğerinin kendiliğinden velâyet hakkını kazanmasını sağlamaya yetmez. Bu hususta hâkimin kararı zorunludur<sup>42</sup>.

## 2. Ana ve Babanın Fizikî ve Psikolojik Durumu

Velâyet hakkının uzatılmasına karar verilebilmesi için ana ve babanın, ergin kısıtlı üzerinde velâyeti icra etmenin getirebileceği muhtemel zorlukların üstesinden gelebilecek durumda olmaları gereklidir. Bu hususta, ana ve babanın yaşlarına ve sağlık durumlarına da bağlı olarak, hem fizikî hem de psikolojik yeterlilikleri önem taşır<sup>43</sup>.

Hâkimin, ergin kısıtlı hakkında vesayet tesisi ile velâyetin uzatılması arasında bir tercih yapması gerekir. Böyle bir durumda hâkim, konuyu değerlendirirken, uzatılmış velâyetin küçük üzerindeki velâyetten daha farklı ve kısıtlılık sebebiyle de ilgili olarak, ana ve baba açısından daha güç olabileceğini dikkate almalıdır. Ana ve babanın velâyetin uzatılmasını talep ettikleri an itibarıyla ve daha sonrası için de velâyetin gerekliliklerini yerine getirip getiremeyeceklerinin incelenmesi zorunludur. Bu husus iki farklı açıdan değerlendirilebilir. Bunlardan birincisi ana ve babanın yaşıdır. Kural olarak yaş, tek başına velâyetin uzatılması talebinin reddi için yeterli sebep oluşturmaz<sup>44</sup>. Bununla birlikte, özellikle kısıtlılık sebebinin erginlik yaşına ulaşılmasından çok sonra ortaya çıktığı hallerde, ana ve babanın ilerlemiş yaşları, ergin kısıtlı üzerinde velâyetin icrası için gereken fizikî ve psikolojik

<sup>42</sup> Boşanma durumunda da velâyet hakkının verildiği eş öldüğü, vesayet altına alındığı ya da velâyet hakkı kendisinden kaldırıldığı takdirde diğer tarafın kanundan dolayı velâyet hakkına sahip olamayacağı yönündeki bizim de katıldığımız görüş için bkz. ÖZTAN, 636; OĞUZMAN/DURAL, 275; HEGNAUER, Cyrill: Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, Bern 1999, 186. Yarg. HGK, E. 1986/1-192, K. 1987/123, T. 27.2.1987: "Karı-kocanın boşanmalarında, boşanma ilamı ile velâyetin tevdi olduğu eşin ölmesi ile velâyet kendiliğinden sağ kalan eşe geçmez. Velâyetin sağ kalan eşe intikali için yeni bir tevdi kararı zorunludur." (Karar için bkz. www.kazanci.com, erişim: 16.11.2014)

<sup>43</sup> DISCHLER, 23.

<sup>44</sup> HONSELL/VOGT/GEISER, 1879.

şartlara artık sahip olamamaları anlamına gelebilir. Ergin kısıtlının, duruma göre küçükten daha fazla ilgi ve özene muhtaç olabileceği de dikkate alındığında, yaşlı ana ve babanın bunu sağlayabilecek tahammül gücünü ve gerektiğinde kısıtlının şahsî bakım ihtiyacını karşılayabilecek fizikî gücü kaybetmiş olmaları muhtemeldir<sup>45</sup>.

Ana ve babanın sağlık durumları, ergin kısıtlının uzatılmış velâyet altına konulması kararının verilmesinde ikinci önemli ölçüttür. Ana ve baba, evlilik birliği içerisinde, kısıtlanan ergin çocukla aynı evde yaşadıkları takdirde, bunlardan birinin sağlığının bozuk olması, velâyetin yalnızca diğer eş bakımından uzatılmasını gerektirmez. Böyle bir halde eşlerin, velâyetten doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi noktasında birbirlerinin tamamlayacak şekilde hareket ederek, kısıtlı erginin menfaatlerini zedelemeyecek bir hal çaresi belirlemeleri mümkündür. Ancak ana ve babanın sağlık durumları önemli ölçüde kötü olduğu takdirde, velâyetin uzatılması, uzun vadede kısıtlı erginin menfaatlerine zarar verebilir. Bu durumda, vesayet tesisi ile kısıtlıya bir vasi tayininin daha isabetli olacağı açıktır. Velâyetin icrasının, meselâ bir hastalık sebebiyle, geçici olarak mümkün olamayacağı durumlar bakımından da, kısıtlının menfaati esas alınmalı ve derhal vesayet tesisi yoluna gitmek yerine, velâyetin uzatılarak gerektiğinde kısıtlıya kayyım tayin edilmesi gibi geçici bir çözüm düşünülmelidir<sup>46</sup>.

### 3. Ana ve Baba ile Ergin Kısıtlı Arasındaki İlişkinin Niteliği

Velâyetin uzatılabilmesi için, ana ve baba ile ergin kısıtlı arasında, karşılıklı güvene dayanan, olumlu bir ilişkinin bulunması zorunludur. Bu türden bir ilişki, bir taraftan ana ve babanın çocuk üzerindeki tabii otoritesini diğer taraftan da kısıtlama sebebiyle bağlantılı olarak çocuğun durumuna yönelik özen ve anlayışı içerir. Esasen kısıtlı erginin vesayet yerine uzatılmış velâyet altına konulmasının en temel sebebi, ana ve baba ile aralarındaki bu ilişki sayesinde menfaatlerinin çok daha iyi korunabileceğinin ve muhtaç olduğu bakım ve özene ana ve babasının velâyeti altında kavuşabileceğinin düşünülmüş olmasıdır<sup>47</sup>.

Ana ve baba ile ergin kısıtlı arasında, velâyetin uzatılmasını haklı gösterecek derecede yakın bir ilişkinin varlığına işaret eden en açık durum, ergin kısıtlının halihazırda ana ve babası ile birlikte yaşıyor olmasıdır. Kısıtlının bakım ihtiyacının devam eden aile düzeni içinde, ana ve babası ile arasındaki tabii ilişki çerçevesinde karşılanabilmesi, hâkimin takdir yetkisini uzatılmış velâyet lehine kullanması için yeterli sebep teşkil eder. Böylece velâyetin uzatılmasında

<sup>45</sup> SCHNYDER/MURER, 764; JULMY, 45; HONSELL/VOGT/GEISER, 1879.

<sup>46</sup> DISCHLER, 23.

<sup>47</sup> SCHNYDER/MURER, 764; HONSELL/VOGT/GEISER, 1879.



ortak hayatın devam etmesi ya da yeniden kurulabilir olması son derece önemlidir<sup>48</sup>. Bununla birlikte, özellikle bakımevlerinde veya tedavi merkezlerinde bulunan kısıtlanmış ergin çocuklarla ana ve babaları arasında da, fizikî birliklik bulunmasa da, manevî bir yakınlığın söz konusu olabileceği ve bu manevî yakınlığa dayanılarak velâyetin uzatılması yönünde hüküm verilebileceği tartışmasızdır<sup>49</sup>.

Velâyetin uzatılması kurumu, ana ve babanın çocuklarına, buna elverişli bir hukukî çerçeve içinde ve aralarındaki biyolojik ilişkinin tabiatına uygun biçimde "*ana ve baba*" sıfatıyla yardım edebilmelerini, çocukları karşısında da yine "*ana ve baba*" olarak sorumluluk yüklenmelerini mümkün kılar. Ergin kısıtlıya sağlanacak bakım ve özenin ölçüsü, henüz erginlik yaşına ulaşmasından önce kendisine sağlanmış olan bakım ve özendir. Başka bir deyişle, ana ve baba ergin kısıtlıya, o henüz küçük sıfatıyla velâyetleri altında iken nasıl baktılarsa öylece bakmaya, velâyeti aynı fedakârlık ve sabırla yürütmeye devam edeceklerdir<sup>50</sup>. Bu esas, özellikle kısıtlının şahsî bakım ihtiyacı söz konusu olduğunda, bu bakımın bizzat ana ve baba tarafından sağlanabilmesini gerektirir. Ana ve baba, çocuklarına bizzat bakamazlar veya sundukları bakım yeterli olmazsa, kısıtlının velâyet altında bırakılması ile hedeflenen amaca da ulaşamamış, böylece uzatılmış velâyet anlamını kaybetmiş olur<sup>51</sup>.

Ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişkinin zayıflamış olduğu durumlarda da hâkim, velâyetin uzatılmasına karar vermek yerine ergin kısıtlıya vasi atamak yoluna gidebilir. Çocuğun erginliğini kazanıp üzerindeki velâyet hakkının son bulmasından uzun bir süre sonra ortaya çıkan kısıtlılık sebepleri bakımından, ebeveyn-çocuk ilişkisinin özenle değerlendirilmesi gerekir. Ergin çocuk, velâyetin sona ermesiyle ana ve babasından ayrılmış, onlardan bağımsız bir hayat kurmuş, ana ve babası ile temasını azaltmışsa, aralarındaki ilişkinin velâyetin uzatılmasına dayanak oluşturabilecek, yakın bir ilişki olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılabilir. Çocuğun evlenmiş olması da, ana ve babası ile ilişkilerinin zayıflamış olduğuna işaret eden bir durum olarak dikkate alınmalıdır<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> DISCHLER, 21.

<sup>49</sup> JULMY, 5.

<sup>50</sup> DISCHLER, 21.

<sup>51</sup> DISCHLER, 22.

<sup>52</sup> DISCHLER, 22. Buna karşılık kısıtlılık tarihi itibarıyla bu evliliğin sona ermiş olması, toplumun sosyo-kültürel yapısına da bağlı olarak, eşlerin yeniden ana ve babalarıyla birlikte yaşamaları sonucunu doğurmuş olabilir. Böyle bir durumda, kısıtlanan erginin evlenmiş olduğundan bahisle, ana ve babası ile ilişkilerinin zayıflamış olduğu sonucuna varmak isabetli olmayacaktır.

#### D. Vesayet Makamının Kararı

Ergin kısıtlının velâyet altında bırakılması hakkındaki MK m.335/II hükümü kesindir. Buna rağmen, ana ve babanın velâyet hakkının devamı, buna ilişkin bir mahkeme kararının varlığını gerektirir. Konunun "*Vasinin Atanması*" kenar başlıklı MK m.419/III'te neredeyse aynı ifadelerle yeniden ele alınmış olması da, kanaatimizce bu yöndeki mahkeme kararının zorunluluğuna işaret eder. Anılan hükümde, vesayet makamının gecikmeksizin vasi atama yükümlülüğü ve gerek duyulduğunda henüz ergin olmayanların da kısıtlanmasına karar verileceği düzenlenmiş, ardından; "*Kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velâyet altında bırakılır*" ibaresine yer verilmiştir. Buna göre vesayet makamının velâyetin uzatılmasına ilişkin kararı olmadıkça, ana ve babanın, tüm şartları taşısalar da, kanundan dolayı -kendiliğinden- ergin kısıtlı üzerinde velâyet hakkına sahip olmaları mümkün değildir<sup>53</sup>. Hâkim de, her ne kadar kısıtlanan ergin çocukların vesayet altına alınmayıp velâyet altında bırakılmaları kural ise de<sup>54</sup>, kısıtlanan kimseyi ana ve babasının velâyeti altında bırakacaksa, kararında bunu açıkça belirtmek zorundadır<sup>55</sup>.

Velâyetin uzatılması kararını vermeye yetkili makam, vesayet makamıdır<sup>56</sup>. Kanunun vesayet dairelerine ilişkin düzenlemesi, vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesini göstermektedir (MK m.397/II). Böylece velâyetin uzatılması kararını verecek olan mahkeme, kısıtlının yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesidir (MK m.411)<sup>57</sup>.

Vesayet makamının kararı, takdire bağlı bir karardır. Başka bir deyişle, vesayet makamı velâyetin uzatılması ile vesayet tesisi arasında seçim yaparken, takdir yetkisini kullanır<sup>58</sup>. Buradaki takdir yetkisi, öncelikle mahkemenin vasi adaylarını ve velâyetin uzatılması bakımından da ana ve babanın durumunu araştırması hususundadır. Hâkim, yapacağı değerlendirmenin sonucunda, ergin kısıtlının menfaati doğrultusunda, vesayet tesisi ve velâyetin uzatılması seçeneklerinin her ikisine de eşit mesafede kaldığı takdirde, kanun gereği velâyetin uzatılmasını tercih etmek zorundadır. Böylece hâkimin takdir yetkisi, ergin kısıtlının ana ve babasının velâyeti altında bırakılacağı hükmü ile sınırlandırılır.

<sup>53</sup> SCHNYDER/MURER, 763; HONSELL/VOGT/GEISER, 1875.

<sup>54</sup> HRUBESCH-MILLAUER, 581; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 393.

<sup>55</sup> ÖZTAN, 781; HRUBESCH-MILLAUER, 581.

<sup>56</sup> Vesayet makamı, velâyetin uzatılmasından sonra gerektiğinde velâyet hakkının kaldırılmasına ilişkin kararın verilmesinde de yetkilidir (SCHNYDER/MURER, 757).

<sup>57</sup> Meselâ boşanma kararını veren aile mahkemesi, velâyet bakımından da uzatma kararı veremez (DISCHLER, 17).

<sup>58</sup> HRUBESCH-MILLAUER, 581; JULMY, 49.

miş bulunmaktadır<sup>59</sup>. Bununla birlikte, ana ve baba ile ergin kısıtlı arasında bir menfaat çatışmasının varlığı, ergin kısıtlıya ait önemli bir malvarlığının bulunması ya da ana ve babanın ergin kısıtlıya ait malvarlığının yönetimine ilişkin faaliyetlerinin yakından denetlenmesi zorunluluğu, velâyetin uzatılması yerine vesayet tesisi yoluna gidilmesini gerektiren durumlardır<sup>60</sup>.

Vesayet makamı, somut olayda küçüğün menfaati bakımından velâyetin uzatılmasının mı yoksa vesayet tesisi ile vasi atanmasının mı daha uygun olacağını kapsamlı olarak değerlendirerek kararını verecektir. Velâyetin uzatılması ile vesayet tesisi arasında tercih noktasında, ayırt etme gücüne sahip ergin kısıtlı da dinlenir. Kısıtlının velâyetin uzatılmasını istememesi halinde, hâkimin bu beyana dayanarak vesayet tesisine karar vermesi mümkündür. Buna karşılık velâyetin uzatılması lehine beyan, yalnızca ana ve baba ile ergin kısıtlı arasındaki ilişkinin velâyetin uzatılması için gereken niteliği taşıdığına dair bir gösterge olarak dikkate alınmalıdır<sup>61</sup>.

Ergin kısıtlının menfaati gerektirdiği takdirde vesayet makamınca verilmiş olan karar, yine vesayet makamı tarafından değiştirilerek sonradan velâyetin uzatılması yönünde hüküm tesis edilebilir veya velâyet hakkı eşlerden yalnızca birinde bırakılabilir ya da diğer eşe verilebilir. Vesayet makamının, duruma göre, velâyetin uzatılması kararını yeniden değerlendirerek, ergin kısıtlı hakkında vesayet tesisi ile ona bir vasi atanmasına karar vermesi de her zaman mümkündür<sup>62</sup>.

Hâkim, kısıtlı kişinin velâyet altında bırakılması yerine vesayet altına alınmasına karar verdiği takdirde, "*vasi atanmasının kanuna aykırı olduğu*" gerekçesine dayanılarak mahkemenin bu kararına itiraz edilebilir (MK m.422/II)<sup>63</sup>.

Velâyetin evli ana ve babanın her ikisi için birlikte uzatılması kuraldır. Şüphesiz hâkim, bunlardan biri velâyeti icra edebilecek durumda olmadığı takdirde, velâyetin yalnızca diğeri bakımından uzatılmasının kısıtlının menfaatine olması kaydıyla, bu yönde karar verebilir. Evli olmayan ana ve babanın velâyet hakkına birlikte sahip olamayacakları kuralı<sup>64</sup>, uzatılmış velâyet için de geçerlidir<sup>65</sup>.

Velâyetin uzatılmasına ilişkin olarak, ana ve baba açısından, MK m.416'da düzenlenmiş olan vasiliği kabul yükümlülüğü gibi bir yükümlülük söz konusu

<sup>59</sup> HONSELL/VOGT/GEISER, 1875; JULMY, 68; SCHNYDER/MURER, 764.

<sup>60</sup> JULMY, 17.

<sup>61</sup> DISCHLER, 12; SCHNYDER/MURER, 765.

<sup>62</sup> HRUBESCH-MILLAUER, 581; SCHNYDER/MURER, 766.

<sup>63</sup> ÖZTAN, 781.

<sup>64</sup> HEGNAUER, 189.

<sup>65</sup> DISCHLER, 16; SCHNYDER/MURER, 765.

değildir<sup>66</sup>. Bununla birlikte, ana ve babanın velâyetin uzatılması ve velâyetten doğacak yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususundaki isteksizlikleri, ergin kısıtlı ile aralarında velâyetin uzatılmasına dayanak teşkil edecek bir ilişkinin bulunmadığına işaret eder. Böyle bir durum, velâyetin uzatılması yerine ergin kısıtlıya bir vasi atanması için yeterli sebeptir. Korunmaya muhtaç durumdaki kısıtlı çocuğun, yükümlülüklerini yerine getirmeyeceği açık ana ve babanın velâyeti altında bırakılması, kısıtlının üstün yararı ile de bağdaşmaz. Böylece hâkimin, ana ve babanın velâyetin icrasına elverişliliğini değerlendirirken, kısıtlanmış ergin çocukları üzerinde velâyet haklarının devamına istekli olup olmadıklarını tespit ederek buna göre hüküm vermesi gerekir<sup>67</sup>.

## V. UZATILMIŞ VELÂYETİN HÜKÜMLERİ

Her ne kadar ergin kısıtlı hakkında söz konusu olsa ve vesayet hukukuna ilişkin bir tedbir olarak nitelendirilse de uzatılmış velâyet, vesayetten farklıdır. Her iki müessese ile korunan menfaatler arasındaki benzerliğe dayanılarak, uzatılmış velâyetin vesayete ilişkin hükümlere tabi tutulması ve kendilerine kısıtlı çocukları üzerinde velâyet hakkı tanınmış olan ana ve babanın, vesayet tesisi ve vasi atanması ile başlayan süreçte vasi ile aynı kefeye konulması, kabul edilemez. Anılan benzerlik, yalnızca vesayet hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uzatılmış velâyete kıyasen uygulanabilmesini mümkün kılar<sup>68</sup>.

Uzatılmış velâyet, küçük üzerindeki velâyetten de farklıdır. Ana ve babanın küçük üzerinde sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin, velâyetin uzatılması ile ergin kısıtlı üzerinde de aynen devam etmesi beklenemez<sup>69</sup>. Bu sebeple küçük üzerindeki velâyete ilişkin hükümlerden hangilerinin ergin kısıtlı bakımından uygulanabileceğinin münferiden incelenerek tespiti gerekir.

### A. Ergin Kısıtlının Bakımı ve Eğitimi

Küçük üzerindeki velâyet hakkı, ana ve babanın çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda onun menfaatlerini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulamalarını gerektirir. Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır, önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar (MK m.339). Bu hususlar kural olarak ergin kısıtlı üzerindeki velâyet bakımından da geçerlidir. Gerçekten de, velâyetin uzatılmasının temelinde, ergin kısıtlının ihti-

<sup>66</sup> SCHNYDER/MURER, 765; JULMY, 55; HRUBESCH-MILLAUER, 581.

<sup>67</sup> JULMY, 17; HRUBESCH-MILLAUER, 581; DISCHLER, 22.

<sup>68</sup> SCHNYDER/MURER, 767.

<sup>69</sup> EGGER, 61; OĞUZMAN/DURAL, 471; SCHNYDER/MURER, 767.

yaçlarının en iyi ana ve babası tarafından belirlenerek karşılanabileceği düşüncesi yatmaktadır. Bu sebeple, kısıtlının, özellikle bakımına ilişkin tedbirlerin alınması yetkisinin, ana ve babaya ait olması tabiidir. Bu kapsamda ana ve baba bir taraftan velâyetleri altındaki kısıtlı çocuklarına muhtaç olduğu yakınlığı, şefkat ve ilgiyi göstermek, diğer taraftan da özellikle fizikî ve zihnî engelli kısıtlıya, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlamak zorundadırlar (MK m.340/II)<sup>70</sup>.

Velâyet altındaki ergin kısıtlının, bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması konusunda çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin ana ve baba tarafından karşılanacağını düzenleyen MK m.327'ye dayanan bir talep hakkı yoktur. Zira ana ve babanın bu yükümlülüğü, her ne kadar velâyet hakkından bağımsız ise de (MK m.350/I), çocuğun ergin olmasına kadar devam eder (MK m.328/I)<sup>71</sup>. Bununla birlikte, ana ve babanın eğitimi devam eden ergin çocuğa, durum ve şartlara göre kendilerinden beklenilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar bakmakla yükümlü olduklarını hükme bağlayan MK m.328/II hükmü, uzatılmış velâyet altındaki ergin kısıtlı bakımından da geçerlidir<sup>72</sup>. Böylece uzatılmış velâyet hakkına sahip ana ve baba, kısıtlanmış ergin çocuklarına, esasen velâyetin uzatılmasından ve çocuğun kısıtlanmasından bağımsız olarak, eğitimi sona erinceye kadar bakmakla yükümlüdürler<sup>73</sup>.

Çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı da ana ve babaya aittir (MK m.341). Bu hükmün uzatılmış velâyet altındaki ergin kısıtlı bakımından uygulanabilirliği değerlendirilirken, aynı maddenin üçüncü fıkrası hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre ergin, dinini seçmekte özgürdür. Böylece uzatılmış velâyet altındaki ergin kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olması halinde, ana ve babanın, kısıtlanmış ergin çocuklarının dinî eğitimine müdahale edemeyeceklerinin kabulü gerekir<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> JULMY, 84.

<sup>71</sup> ÖZTAN, 631; JULMY, 84. Yarg. 2. HD., E. 2006/4734, K. 2006/10765, T. 5.7.2006: "Eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı olan bakım, barınma, koruma, gözetme yükümlülükleri sürekli yinelenen yükümlülükler olup; eşler yönünden evlilik sona erinceye kadar çocuklar yönünden ise kural olarak ergin olmakla sona erer." (Karar için bkz. www.kazanci.com, erişim: 16.11.2014).

<sup>72</sup> JULMY, 84.

<sup>73</sup> MK m.328/II'ye dayanan bu yükümlülükten kaynaklanan "eğitim nafakası"nın hukukî niteliği itibarıyla yardım nafakası değil, bakım nafakası olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten eğitimin devam etmesi, sistematik açıdan, bakım borcunun süresinin belirlenmesinin hemen ardından, bu sürenin istisnaen uzadığı bir durum olarak düzenlenmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SONAT, Ali K.: "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", MÜHF-HAD, C. 19, sa. 1, 242 vd.

<sup>74</sup> JULMY, 80.

## B. Ergin Kısıtlının Nafaka Talebi

Ana ve babanın çocuğa karşı nafaka yükümlülükleri, üç ayrı başlık altında ele alınmalıdır. Bunlardan birincisi, "*iştirak nafakası*" olarak da isimlendirilen ve boşanmanın sonuçları arasında düzenlenen nafakadır<sup>75</sup>. MK m.182/II hükmü uyarınca, boşanma sonucunda velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. İştirak nafakası, kural olarak ergin olmayan çocuklar için öngörülmüştür<sup>76</sup>.

Nafaka yükümlülüğü, soybağının hükümlerinden biri olarak MK m.327 hükmünde de düzenlenmiştir. İştirak nafakasından olduğu gibi velâyet hakkından bağımsız olan ve "*bakım nafakası*" olarak isimlendirilen<sup>77</sup> bu yükümlülük<sup>78</sup>, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin ana ve baba tarafından karşılanmasını gerektirir. Ana ve babanın MK m.327'den kaynaklanan bakım borcu da çocuğun ergin olmasına kadar devam eder (MK m.328/I).

Nafaka yükümlülüğü, MK m.364'te de düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Velâyet devam ettiği müddetçe ana ve babanın bakım ve eğitim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sebeple hükümde yer alan yardım nafakası, velâyet hakkı sona erdikten sonra söz konusu olur<sup>79</sup>. Bu nafaka, ergin çocukların yararlanabileceği bir nafaka olup bir süre ile sınırlandırılmamıştır; yoksulluk haline düşenlere, zorunlu geçimlerini sağlamaları için verilir<sup>80</sup>.

Ergin kısıtlının ana ve babasına karşı sahip olduğu nafaka hakkının, bu sayılanlardan hangisi ya da hangilerini kapsadığının belirlenmesinde problem yaratan husus, çocuğun ergin olması, buna karşılık halen ana ve babasının velâyeti altında bulunmasıdır. Bu şartlarda ana ve babadan yalnızca yardım nafakası talep edilebileceğinin kabulü, yardım nafakasının "*zorunlu geçimin sağlanması*" ile sınırlı olması sebebiyle, kısıtlının menfaati açısından yeterli gözükmemekte-

<sup>75</sup> İştirak nafakası esasen tedbir nafakası ve yoksulluk nafakasıyla birlikte evlilik hukukundan doğan bakım nafakalarına dahildir (ÖZTAN, 706 dñn. 6; RUHİ, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, Ankara 2003, 23).

<sup>76</sup> OĞUZMAN/DURAL, 142; ÖZTAN, 474; ÇEBİ, Mehmet Hamza: "Türk Medenî Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, sa. 3-4, yıl 2002, 38.

<sup>77</sup> ÖZTAN, 612; SEROZAN, 243.

<sup>78</sup> OĞUZMAN/DURAL, 270. Velâyet hakkı ana ve babadan kaldırılmış olsa bile ana ve babanın çocuğun geçiminin sağlanması ve terbiyesi ile ilgili görevleri devam eder. Çocuk, her zaman ana ve babasından kendisinin geçiminin sağlanmasını isteyebilir (ÖZTAN, 613).

<sup>79</sup> ÖZTAN, 708; OĞUZMAN/DURAL, 382; SEROZAN, 246.

<sup>80</sup> ÖZTAN, 707.

dir. İştirak nafakası ve bakım nafakası talep edilebilmesi ise çocuk ergin olduğundan, artık mümkün olmamalıdır<sup>81</sup>.

Ergin kısıtlının uzatılmış velâyeti altında bulunduğu ana ve babasından isteyebileceği nafakanın, hukukî niteliği itibarıyla "*yardım nafakası*" olduğunu kabul etmek gerekir. İştirak nafakası ve bakım nafakası "*küçük*" için ödenmesi öngörülmüş nafakalardır ve bunların ana ve babanın çocuk üzerinde sahip oldukları velâyet hakkıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Hal böyle olunca erginliğini kazanmış bulunan kısıtlının ana ve babasının velâyeti altına konulmuş olması, ona iştirak ve bakım nafakası talep etme hakkı vermez<sup>82</sup>. Başka bir deyişle ana ve babanın uzatılmış velâyetleri altındaki kısıtlı çocuklarına karşı özel bir nafaka yükümlülükleri yoktur<sup>83</sup>. Ana ve babanın MK m.364 gereği ödemekle yükümlü oldukları "*yardım*" nafakası ise, her zaman talep edilebilecek bir nafakadır. Ergin kısıtlı, esasen uzatılmış velâyetten bağımsız olarak, ana ve babasının, kendisine geçimini temin edecek bir miktar nafaka ödemesini her zaman talep edebilir. Ana ve baba da kısıtlanmış ergin çocukları yoksulluk haline düştüğü takdirde, onun geçimini sağlamakla yükümlüdürler<sup>84</sup>.

### C. Ergin Kısıtlının Temsili

Fiil ehliyeti bakımından ergin kısıtlı, kısıtlama sebebine bağlı olarak ya tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz durumundadır. Gerçekten de, MK m.14 hükmü uyarınca kısıtlılık, fiil ehliyetini ortadan kaldıran sebeplerden biridir. Kural olarak ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hiçbir hukukî sonuç do-

<sup>81</sup> Kendi geçimini sağlayamayacak durumdaki kısıtlanmış ergin çocuğa bu hususta gerekli desteğin sağlanması yükümlülüğünün MK m.322 hükmüne dayandırılması da düşünülebilir. Hükme göre ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmekle yükümlüdürler. Doktrinde burada öngörülen karşılıklı yardım yükümlülüğünün, gerektiğinde maddi yardım ve katkı sağlanmasını da kapsadığı kabul edilmektedir. Bu yükümlülük çocuğun ergin olmasıyla sınırlanmış ya da ana ve babasıyla birlikte yaşamasına hasredilmiş de değildir (AKINTÜRK/KARAMAN, 392; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 332). Bununla birlikte söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda tarafların bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için dava ve cebri icra yoluna başvurma imkanları yoktur (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 333).

<sup>82</sup> Uzatılmış velâyet altında bulunan ergin kısıtlının ana ve babasının boşanması durumunda, ergin kısıtlıya tedbir nafakası ödenmesi de söz konusu değildir. Tedbir nafakasına müşterek çocuğun ergin olduğu tarihe kadar hükmedilebilir (Yarg. 2. HD., E. 2011/8391, K. 2011/9298, T. 26.5.2011; Yarg. 2. HD., E. 2010/17700, K. 2011/18409, T. 14.11.2011; Yarg. 2. HD., E. 2003/13364, K. 2003/14917, T. 5.11.2003; Yarg. 2. HD., E. 2012/12462, K. 2012/17100, T. 21.6.2012. Kararlar için bkz. www.kazanci.com, erişim: 16.11.2014). Ergin kısıtlı lehine söz konusu olabilecek nafaka, yardım nafakasıdır (Yarg. 2. HD., E. 2006/10270, K. 2006/17166, T. 7.12.2006. Karar için bkz. www.kazanci.com, erişim: 16.11.2014). Tedbir nafakası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇEBİ, 26.

<sup>83</sup> JULMY, 72.

<sup>84</sup> ÖZTAN, 616.

ğurmaz (MK m.15). Ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılar ise yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler (MK m.16/I).

Fiil ehliyeti ve yasal temsilin velâyet bakımından düzenlenmesi ise MK m.342 ve m.343 ile yapılmıştır. Bu hükümlerden ilkinde, ana ve babanın velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisi oldukları (MK m.342/I), ikincisinde de velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyetinin, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibi olduğu (MK m.343/I) hükme bağlanmıştır.

Anılan hükümler karşısında, ergin kısıtlı uzatılmış velâyet altına konulduğu takdirde ana ve babanın, onun yasal temsilcisi olacağı açıktır<sup>85</sup>. Bununla birlikte, yasal temsilin velâyet mi yoksa vesayet hükümlerine göre mi yürütüleceğinin tartışılması gerekir. Veli, yasal temsili yürütürken çocuğun menfaatlerini gözetmek yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte kararlarını kendi başına alma özgürlüğüne sahip olup, vesayet makamına hesap vermek zorunda değildir. Buna karşılık vasi, kanunda öngörölmüş belirli işlemler bakımından vesayet ve denetim makamlarının onayı olmaksızın hareket edemez<sup>86</sup>.

Ana ve babanın temsil yetkisini kullanırken vesayet makamının iznine ihtiyaçları olup olmadığı hususunda, doktrinde farklı görüşler savunulmaktadır<sup>87</sup>. Bu konuda Yargıtay'ın da birbirine uymayan kararları bulunmaktadır<sup>88</sup>. Gerçekten de Yüksek Mahkeme, İkinci Hukuk Dairesinin 1986 yılında verdiği kararında aynen; *"Türk Medenî Kanunu'nun 462, 463'üncü maddelerinde sayılan işlemler yapılırken, velinin vesayet makamlarının iznine ihtiyacı olmadığı kuralı, ergin çocuğun kısıtlandığı, ancak vesayet yerine velâyet altına konulduğu hallerde uygulanmaz. Bu durumda veli adı geçen maddelerde sayılan işlemleri yaparken, sulh ve/veya asliye mahkemesinden izin almak zorundadır"* ifadelerini kullanmıştır<sup>89</sup>. Buna karşılık, aynı dairenin daha yakın tarihli kararları, uzatılmış velâyette velinin, vesayet makamının iznine ihtiyaç duymadığı yönündedir<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> SCHNYDER/MURER, 767.

<sup>86</sup> HEGNAUER, 201; EGGER, 59.

<sup>87</sup> Uzatılmış velâyet hakkına sahip ana ve babanın vesayet makamının iznine tabi olduğu yönünde bkz. ÖZTAN, 658; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, 493; aksi yönde bkz. AKINTÜRK/KARAMAN, 416; JULMY, 117.

<sup>88</sup> Küçük üzerindeki velâyetten doğan temsil yetkisinin kullanılmasına ilişkin TBMM'nin bir yorum kararı bulunmaktadır. 1412 sayılı RG'de yayınlanan 27.1.1929 tarihli ve 542 sayılı karara göre; "Medenî Kanununun 268 ve 269'uncu maddeleri hükümleri açıktır; velilerin, velâyetleri altında bulunan küçüklerin gayrimenkul mallarını satmak ve rehin etmek konularında önceden hâkimden izin almalarına ihtiyaçları olmadığı gibi, işleminin yapılmasından sonra da hâkime onatmak gibi bir işlemin gerekmediği açık ve bellidir".

<sup>89</sup> 2. HD. 13.12.1986, 399/1469, İst. Bar. Derg. 1986, sa. 7-9, 540.

<sup>90</sup> HGK. 5.4.1989, 1-146, 239: "Reşit evlat hacredildikte velâyet altına konulur. Bu durumda velâyet hükümleri uygulanır. Hâkimin iznini gerektiren MK m.388 ve 405 uygulanmaz" (aynı yönde 2. HD. 12.12.1994, 10999/12279, AKINTÜRK/KARAMAN, 416, dpn. 25).



Kanaatimizce, uzatılmış velâyet hakkına sahip ana ve babanın MK m.462 ve m.463'te sayılan işlemler bakımından vesayet ve denetim makamının iznine ihtiyacı yoktur. Hâkim, çocuğun ana ve babasının korumasında olmasını doğru bulmakla beraber, velâyetten doğan temsil yetkisinin, kısıtlı çocuğun menfaatine zarar vereceği endişesi taşıyabilir. Ancak bu endişe sebebiyle ana ve babanın vesayet makamlarının denetimi altında olması gerektiğine inanan hâkimin, uzatılmış velâyeti kaldırarak ana ve babayı vasi tayin etmesi her zaman mümkündür<sup>91</sup>. Böyle bir halde hakim, onları tamamen devre dışı bırakarak bir üçüncü kişinin vasi atanması yoluna da gidebilir. Ergin kısıtlının velâyet altında bırakılması zorunlu olmadığı gibi, tesis edilen uzatılmış velâyetin kaldırılması da, küçük üzerindeki velâyetin kaldırılmasında söz konusu olan, nispeten sıkı şartlara tabi değildir. Hal böyle iken, bir taraftan ana ve babanın velâyetten doğan haklarla donatılıp diğer taraftan da bunların mümkün olduğunca sınırlandırılması için çıkış noktaları aramak, amaca uygun bir yaklaşım değildir.

Velâyetten doğan temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin diğer hükümler, uzatılmış velâyet bakımından aynen geçerlidir<sup>92</sup>. Buna göre ana ve babanın bağımsız olarak kullandığı temsil yetkisi, çocuk adına kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemleri yapma yetkisini kapsamaz. Temsil yetkisinin kullanılmasında çocuğun menfaati esastır. Ana ve baba çocuğun şahsına özen göstermek, mallarını yönetmek amacıyla temsil yetkisine sahiptirler<sup>93</sup>. Velâyetten doğan temsil yetkisi, ana ve baba ile çocuk arasında yapılan işlemler ve çocuğun üçüncü kişilerle ana ve babası yararına yaptığı işlemler yönünden de sınırlandırılmıştır (MK m.345). Bu sınırlamaların yanı sıra ana ve baba çocuk adına, çocuğun mallarıyla ilgili olarak bağış veya kefalet sözleşmesi yapamaz, çocuğun mallarını vakfedemez ve çocuk aleyhine rekabet yasağını kabul edemezler<sup>94</sup>. Ana ve baba ile çocuk arasındaki bir hukukî işlemde menfaat çatışması söz konusu olduğu takdirde de ana ve babanın temsil yetkisi kendiliğinden sona erer (MK m.345).

<sup>91</sup> OĞUZMAN/DURAL, 465, 471; ÖZTAN, 777. Belirtmek gerekir ki ana ve babanın ya da bunlardan birinin vasi atanması halinde artık velâyet değil vesayet hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu bakımdan Yargıtay 2. HD'nin "...kısıtlanan ergin çocuklara anne ve babasının vasi tayin edilmesi halinde vesayet değil velâyet hükümlerinin uygulanması gerekmektedir." şeklindeki 2010/3711 E. ve 2011/5583 S. kararına katılmak mümkün değildir (OĞUZMAN/DURAL, 465, dpn. 1500).

<sup>92</sup> JULMY, 118. Ana ve babanın ergin evlatlarına karşı koruma, yardım ve temsil hakları vardır. Küçüğün aileyi temsile ve kendisi ile ana ve babası arasındaki tasarruflara dair hükümler, velâyete tabi ergin çocuk için de uygulanır (ÖZTAN, 631).

<sup>93</sup> ÖZTAN, 658; HEGNAUER, 201.

<sup>94</sup> ÖZTAN, 664. Yarg. 2. HD, 14.5.1990, 12983/4759: "Reşit evlat hacredilerek annesinin velâyet altına konulmuştur. Böylece anne mahcurun mallarını idarede veli olarak hareket edecektir. Veli, küçüğün ve mahcurun mallarını yönetirken çocuğun mallarını bağışlamayı amaçlayan tasarrufla bulunamaz." (<http://www.hukukturk.com>, erişim: 11.11.2014).

## D. Ergin Kısıtlının Malvarlığı Üzerindeki Yetkiler

Ana ve babaya MK m.352 hükmü ile, küçük üzerindeki velayetten doğan bir hak olarak tanınmış olan çocuk mallarının idaresine ilişkin hak, uzatılmış velâyet bakımından da geçerlidir. Başka bir deyişle, kısıtlanmış olan ve vesayet altına konulmayan ergin çocuğun malları üzerinde, ana ve babanın yönetim hakkı vardır. Bu durumda uzatılmış velâyet hakkına sahip olan ana ve baba, velâyetleri altındaki ergin çocuğun mallarını yönetirken vesayet ve denetim makamlarının iznine ve onayına da muhtaç değildirler<sup>95</sup>. Esasen çocuk mallarının yönetimine ilişkin velâyet hukukundaki düzenlemeler ile vesayet hukukunda öngörülen hükümler arasındaki temel farklılık da, ana ve babanın veli sıfatıyla yönetim hakkını kullanırken bağımsız olmalarına<sup>96</sup> karşılık, vasiinin vesayet ve denetim makamlarından izin almak ve hesap ve rapor sunmak yükümlülüğü altında bulunmasıdır<sup>97</sup>. Vasiyi, yönetimle ilgili hesap tutmak ve vesayet makamının belirlediği tarihlerde ve her halde yılda bir defa hesabı incelemeye sunmakla yükümlü tutan MK m.454 hükmü, uzatılmış velâyette uygulanmaz<sup>98</sup>. Bununla birlikte, ana ve babanın velâyetleri veya yönetim hakları sona erdiğinde çocuğun mallarını, hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyıma devretme yükümlülükleri, velâyetin uzatılmasına ilişkin kararın ardından çocuğun malvarlığının defterini tutmak zorunluluğunu doğurur (MK m.438/I). Bu yükümlülük gereğince oluşturulacak envanter, bir taraftan yönetilecek malvarlığının sınırlarını belirlerken, diğer taraftan da iadeye temel oluşturur<sup>99</sup>. Bunun yanı sıra yönetim hakkının gereği gibi kullanılmaması, ana ve babanın malların yönetiminde yeterince özen göstermemeleri halinde hâkim, malların korunması için uygun önlemleri alır<sup>100</sup>. Bu çerçevede olmak üzere, hâkimin malların yöne-

<sup>95</sup> HÄFELİ, Christoph: "Unterstellung des entmündigten Kindes unter die elterliche Sorge (Art. 385 Abs.3 ZGB); Pflicht der Eltern zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsstellung", ZVW 2002, 102; AKINTÜRK/KARAMAN, 417; ÖZTAN, 685. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları da aynı yöndedir: "Reşit evlat hacredildiğinde velâyet altına konulmuşsa, velâyeti kazanan ana ve baba MK m.268 ve 269 maddelerine ve TBMM'nin 27.1.1929 tarih ve 542 sayılı yorum kararına göre mallarını yönetirken hâkimin iznine ve onayına muhtaç değildirler" (2. HD 5.5.1994, 7063/8489, AKINTÜRK/KARAMAN, 417, dnp. 27).

<sup>96</sup> AKYÜZ, Emine: "Türk Medenî Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması", AÜEFĐ, 1979, 1-4, 156; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, 2013-3, 86.

<sup>97</sup> JULMY, 99; ÖZDEMİR, 86.

<sup>98</sup> GEISER, 1191. Kısıtlanan çocuğun malvarlığının idaresinin şahsî bakım ihtiyacının önüne geçecek derecede önem kazandığı durumlarda, hâkim uzatılmış velâyet yerine kısıtlıya bir vasi atanmasına karar verebilir, böylece vesayet hukukuna ilişkin denetim mekanizmasından yararlanma imkanı doğmuş olur (ÖZTAN, 781; OĞUZMAN/DURAL, 471).

<sup>99</sup> JULMY, 103.

<sup>100</sup> AKYÜZ, 159; ÖZDEMİR, 98.

timi konusunda talimat vermesi, belirli zamanlarda bilgi ve hesap istemesi, malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine hükmetmesi mümkündür (MK m.360). Çocuk mallarının tehlikeye düşmesinin başka bir şekilde önlenemediği durumlarda, hâkimin yönetimin ana ve babadan alınarak bir kayyıma devrine karar verebileceğine ilişkin MK m.361 hükmü de uzatılmış velâyet bakımından uygulanabilir<sup>101</sup>.

Ana ve baba, ergin kısıtlının yoğun şahsî bakım ihtiyacını karşılayabilecek nitelikte olmalarına karşılık, malvarlığının idaresi hususunda özel bir beceriye sahip bulunmayabilirler. Bu sebeple doktrinde, velâyetin uzatılması halinde de, vesayeteki hesap tutma ve rapor verme yükümlülüklerinin (MK m.454) uygulanmasının kabul edilebileceği ileri sürülmüştür<sup>102</sup>. Söz konusu yükümlülüklerin, uzatılmış velâyetin icrasının denetimi ve kısıtlının menfaatlerinin teminat altına alınmasında önemli fayda sağlayacağı tartışmasızdır. Bununla birlikte kanaatimizce, bu amaçların gerçekleştirilmesinde, velâyet hukuku çerçevesinde öngörülmüş tedbirlerin gereği gibi işletilmesi yeterli olmalıdır<sup>103</sup>. Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, İsviçre Medenî Kanunu nArt. 420 hükmüne göre "*kapsamlı kayyım*" olarak tayin edilen ana ve baba, envanter çıkarmak, periyodik hesap ve rapor sunmak gibi yükümlülüklere tabi tutulmamıştır. Diğer taraftan, bunların belirli işlemler bakımından vesayet makamlarının iznini veya onayını almak zorunlulukları da yoktur<sup>104</sup>.

Ana ve babanın öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için, hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere çocuk mallarının gelirlerini sarf edebileceklerini düzenleyen MK m.355 hükmü ile sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimlerin çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilmesine ilişkin MK m.356 hükmü, uzatılmış velâyet bakımından da geçerlidir<sup>105</sup>.

Çocuk mallarının kullanılması hususunda ise durum tartışmalıdır. Konuyu düzenleyen eMK m.280, ana ve babanın çocuğun mallarını kullanma hakkının, "*velâyet taksirleri hasebiyle kendilerinden nez olunmadıkça, çocuğun rüşdüne*

<sup>101</sup> JULMY, 18.

<sup>102</sup> HÄFELİ, "Pflicht der Eltern", 99; JULMY, 116.

<sup>103</sup> Yarg. 2. HD., E. 2011/1678, K. 2011/2803, T. 21.2.2011: "Kısıtlanan ergin çocukların "kural olarak" vesayet altına alınmayıp "velâyet altında bırakılacağına" ilişkin yasal düzenlemenin (MK m.335/II, 419/III) sonucu olarak "velâyet altında bırakılan" çocuk ve mallarına yönelik yapılacak işlemlerde velâyete ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir." Aynı yönde: Yarg. 2. HD., E. 2008/3507, K. 2008/8809, T. 16.6.2008; Yarg. 18. HD., E. 2012/14689, K. 2013/2762, T. 28.2.2013; Yarg. 17. HD., E. 2011/7388, K. 2011/9616, T. 21.10.2011. (Kararlar için bkz. www.kazanci.com, erişim: 16.11.2014).

<sup>104</sup> BIDERBOST, 316; HÄFELİ, "Pflicht der Eltern", 100; GEISER, 1191.

<sup>105</sup> JULMY, 119.

*kadar*" devam edeceğini hükme bağlamıştı. Buna göre erginliğin kazanılması, kullanma hakkının da sınırını oluşturduğundan, erginliğini kazandıktan sonra kısıtlanmış olan çocuk, ana ve babasının velâyeti altında bırakılsa da, artık ana ve babanın bu çocuğun mallarını kullanma hakları bulunmamaktaydı<sup>106</sup>. Haliha-zırda yürürlükte olan MK m.354 hükmünde ise ana ve babanın "*kusurları sebebiyle velâyetleri kendilerinden kaldırılmadıkça*" çocuğun mallarını kullanabilecekleri belirtilmiştir. Buna karşılık, çocuk mallarının yönetimine ilişkin MK m.352'de olduğu gibi, çocuğun erginliğinden bahsedilmemiştir. Gerekeçeden kanun koyucunun bu tercihinin sebebi anlaşılammamaktadır. Bununla birlikte, hükmün mevcut halinden, çocuk mallarını kullanma hakkının da yönetim hakkı gibi velâyetle birlikte son bulacağı, velâyetin ana ve babanın kusuru olmaksızın kaldırıldığı hallerin bu esasın istisnasını teşkil ettiği sonucuna varılmaktadır. Ana ve babanın, uzatılmış velâyetleri altına konulan ergin kısıtlının mallarını kullanma hakkına sahip olup olmadıklarının tespitinde, iki hususun dikkate alınması gerekir. Birinci olarak çocuk mallarını kullanma hakkı, aile dayanışması fikrinin bir tezahürü olarak ana ve babaya tanınmıştır; bir bakıma, onların çocuğun bakım ve eğitim giderlerini yüklenmelerinin, çocuk mallarını yönetmelerinin karşılığını oluşturur<sup>107</sup>. İkincisi, kısıtlanmış ergin çocukları üzerinde uzatılmış velâyet hakkına sahip olan ana ve baba, halen kısıtlının mallarını idare etmektedirler. Böylece kanaatimizce, MK m.354'te kullanma hakkının çocuğun erginliğine kadar devam etmesine yönelik bir düzenleme yapılmamış olmasından da yararlanılarak, velâyet hakkı uzatılmış ana ve babanın ergin kısıtlının malları üzerinde kullanma hakkına da sahip olacakları kabul edilebilir<sup>108</sup>.

#### E. Ergin Kısıtlının Yerleşim Yeri

Yasal yerleşim yerini düzenleyen MK m.21'e göre; velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının, ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri ise bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir.

Velâyet altındaki ergin kısıtlının yerleşim yerinin belirlenmesinde, ana ve babanın yerleşim yerinin mi yoksa vesayet makamının bulunduğu yerin mi esas

<sup>106</sup> AKINTÜRK/KARAMAN, 427; ÖZTAN, 689; BAYGIN, Cem/DOĞAN, Murat: "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", AÜEHFD, C. IX, 2005, 1-2, 410; TEKİNAY, 491; OĞUZMAN/DURAL, 285; AKYÜZ, Emine: Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000, 262.

<sup>107</sup> BAYGIN/DOĞAN, 409; ÖZTAN, 690; AKYÜZ, Çocuğun Korunması, 261; SEROZAN, 269.

<sup>108</sup> Aynı yönde: ÇINAR, 1357. Kanunda "erginlik" sınırlamasının artık yer almayışını tartışmaksızın aksi yönde: ÖZTAN, 689; BAYGIN/DOĞAN, 410; AKINTÜRK/KARAMAN, 427; TEKİNAY, 292.

alınacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, kısıtlının yerleşim yerinin ana ve babanın yerleşim yeri olması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, hâkim kısıtlıya bir vasi atmadığı takdirde, kısıtlının velâyet altına konulması, kanun gereğidir. Ana ve babanın doğumla sahip oldukları velâyet hakkının kanunla uzatılmasının temel sebebini ise, sınırlı ehliyetlilerin ve tam ehliyetlilerin, kendi aileleri tarafından daha iyi korunacakları düşüncesi oluşturur. Bu sebeple bunların, yerleşim yerleri itibarıyla da ana ve babadan ayrılmamaları zorunludur<sup>109</sup>. Buna karşılık ikinci bir görüşe göre, ergin kısıtlı üzerindeki velâyet ile küçük üzerindeki velâyet birbirinden farklıdır. Buradan hareketle, velâyet altına konulan kısıtlının yerleşim yerinin, sulh mahkemesinin bulunduğu yer olması gerekir<sup>110</sup>.

Kısıtlı üzerindeki velâyet, ana ve babanın şahsında doğmayıp, kanundan dolayı onlara verilen bir haktır. Bu sebeple bu hak, vesayet hukukuna ilişkin bir tedbir niteliği taşır. Bununla birlikte uzatılmış velâyet altındaki kısıtlının yerleşim yerinin ana ve babasının yerleşim yeri olduğunu kabul etmek gerekir<sup>111</sup>. Bu husus öncelikle kanunun ifade biçiminden kaynaklanır. Kanun koyucu, yerleşim yerini hükme bağlarken "*küçük*"ten değil, "*velâyet altındaki çocuk*"tan ve onun "*ana ve babası*"ndan bahsetmektedir. Çocuğun erginlik yaşına ulaşmış ve kısıtlanmış olması, ne onun "*çocuk*" oluşunu ne de "*ana ve baba*"nın bu sıfatını değiştirmez. Dolayısıyla ergin ve kısıtlanmış da olsa velâyet altındaki çocuğun yerleşim yeri ana ve babasının yerleşim yeridir<sup>112</sup>. Bu sonucun kabulü pratik açıdan da önemlidir. Gerçekten ana ve babasının velâyeti altında bırakılan ergin kısıtlı, hemen her zaman fiilen ana ve babasının bakımına ve fizikî olarak da onların yakınında bulunmaya muhtaçtır. Bu sebeple, ergin kısıtlı ile ana ve babanın "*aynı çatı altında*", birlikte yaşamaları, çoğu zaman bir gereklilik olarak ortaya çıkar. Esasen ergin kısıtlı hakkında vesayet tesisi yerine velâyetin uzatılması kararının verilmesinde faydalanılan kıstaslardan biri de bu birlikteliktir. Bu şartlarda, fiilî durumun hukuken de desteklenerek, ana ve babanın yerleşim yerinin ergin kısıtlının da yerleşim yeri olarak belirlenmesi, kısıtlının menfaatlerinin sağlanması bakımından daha isabetlidir<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> OĞUZMAN/DURAL, 458; KAUFMANN, Art. 377, nr. 4a (ÖZTAN, 750, dpn. 5'ten naklen).

<sup>110</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 405; ÖZTAN, 750.

<sup>111</sup> HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: Berner Kommentar, Bd. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999, 164; JULMY, 95; SCHNYDER/MURER, 767.

<sup>112</sup> JULMY, 95.

<sup>113</sup> Y.2.HD.'nin 11.06.1998 T., 1998/6412 E.-7398 K. sayılı kararı; "...velâyet hakkına sahip olmak, çocukla velinin aynı çatı altında yaşamasını gerektirir..." şeklindedir (Karar için bkz. ÇELİK, Cemil: "Velâyetin Kaldırılması", AÜHF, C. 54, sa. 1, 262 dpn. 38).

Yerleşim yerinin değiştirilmesi hususuna da ayrıca değinmek gerekir. MK m.412/I hükmü uyarınca vesayet altındaki kişi, vesayet makamının izni olmadıkça yerleşim yerini değiştiremez. Vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi, MK m.462'nin son bendinde de, vesayet makamından izin alınması gereken hallerden biri olarak sayılmıştır. Velâyet altındaki ergin kısıtlı, ana ve babası ile aynı yerleşim yerini paylaşmakta olduğundan, onların yerleşim yerini değiştirmeleri, zorunlu olarak ergin kısıtlının yerleşim yerinin de değişmesi sonucunu doğuracaktır. Bu noktada ergin kısıtlının yerleşim yerini değiştirmek için vesayet makamının iznini aramak, ana ve babayı, yerleşim yerlerini değiştirirken vesayet makamının iznine tabi tutmak anlamına gelir. Dolayısıyla her iki hükmün de uzatılmış velâyet altındaki ergin kısıtlının yerleşim yeri hakkında uygulanması, kanaatimizce mümkün değildir<sup>114</sup>.

## VI. UZATILMIŞ VELÂYETİN SONA ERMESİ

Küçük üzerindeki velâyet hakkını sona erdiren sebepler, kural olarak uzatılmış velâyetin de sona ermesine yol açar. Velâyet hakkına sahip ana ve babanın ölümü, hakkında gaiplik kararı verilmesi ve kısıtlanması, uzatılmış velâyeti de sona erdiren genel sebeplerdir<sup>115</sup>.

Boşanma veya evliliğin butlanı halinde, ergin kısıtlı üzerinde her iki eş birlikte tanınan uzatılmış velâyet hakkının yeniden değerlendirilmesi gerekir. Aralarında evlilik ilişkisi bulunmayan eşlerin, velâyeti birlikte yürütmeleri mümkün değildir. Bu sebeple, hâkim, duruma göre ergin kısıtlının eşlerden birinin velâyeti altında bırakılmasına veya vesayet tesisi ile ergin kısıtlıya bir vasi atanmasına karar verebilir<sup>116</sup>.

Velâyet hakkının mahkeme kararıyla ana ve babadan alınmasını gerektiren sebeplerden biri söz konusu olduğu takdirde vesayet makamı, uzatılmış velâyetin kaldırılmasına karar verebilir. Ana ve babanın ergin kısıtlı üzerindeki velâyeti yürütebilecek durumda olup olmadıkları velâyetin uzatılması kararının verilmesi sırasında incelendiğinden, uzatılmış velâyetin kaldırılmasına yol açacak sebeplerin, uzatmaya ilişkin kararın verilmesinden sonra ortaya çıkmış sebepler olması muhtemeldir. Sonradan meydana gelen ağır bir hastalık, sakatlık hali, aşırı alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı gibi bir sebeple ana ve baba velâ-

<sup>114</sup> OĞUZMAN/DURAL, 458, JULMY, 118. Bununla birlikte vesayet makamının, gerektiğinde kısıtlının menfaatinin korunmasına yönelik tedbir alabilmesi için yerleşim yeri değişikliğinden haberdar edilmesi uygundur (JULMY, 118).

<sup>115</sup> Ölüm veya gaiplik halinde velâyetin kanundan dolayı kendiliğinden sona ermesine karşılık ana ve/veya babanın kısıtlanması velâyeti kendiliğinden sona erdirmez. Bunun için hâkim kararına ihtiyaç vardır (ÖZTAN, 644). Aksi yönde bkz. HEGNAUER, 217.

<sup>116</sup> Velâyetin eşlerden yalnızca biri bakımından uzatılmasının her zaman ergin kısıtlının lehine olmayabileceği yönünde değerlendirmeler için bkz. DISCHLER, 25.

yeti icrada yetersiz duruma düştükleri takdirde (MK m.348/I-1), uzatılmış velâyetin bunlardan birinden veya duruma göre her ikisinden kaldırılarak ergin kısıtlıya bir vasi atanması gerekir. Ana ve babanın kısıtlıya yeterli ilgiyi göstermemesi, yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması halinde de durum aynıdır (MK m.348/I-2).

Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerden biri bulunmasa bile, velâyetin uzatılmasına ilişkin kararın verildiği zamandaki hal ve şartların sonradan değişmesi sonucunda, ana ve babasının velâyeti altında bulunmak artık ergin kısıtlının menfaatine olmaktan çıkarsa, vesayet makamının uzatılmış velâyeti kaldırarak kısıtlıya bir vasi tayin etmesi de mümkündür<sup>117</sup>.

Kısıtlama sebebinin ortadan kalkması dolayısıyla kısıtlılık halinin kaldırılması, uzatılmış velâyet altındaki kimsenin fiil ehliyetine kavuşması sonucunu doğurur. Böylece ana ve babanın ergin kısıtlı üzerindeki uzatılmış velâyet hakları da son bulur<sup>118</sup>.

Kısıtlanan ergin çocuğun ölümü ya da gaipliğine karar verilmesi uzatılmış velâyeti sona erdirir<sup>119</sup>.

Uzatılmış velâyetin sona ermesiyle ana ve babanın kısıtlanmış ergin çocukları üzerinde sahip oldukları hak ve yükümlülükler de son bulur. Bu kapsamda olmak üzere çocuk malları üzerindeki yönetim yetkisi de ortadan kalkar. Böylece ana ve baba çocuğun mallarını hesabıyla birlikte duruma göre ergin çocuğa, vasisine veya kayyımaya devrederler (MK m.362). Ana ve baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar (MK m.363).

## VII. SONUÇ

Velâyetin uzatılması, ergin kısıtlının, hakkında vesayet tesisi ile kendisine bir vasi atanması yerine, MK m.335/II ve m.419/III hükümleri uyarınca, ana ve babasının velâyeti altında bırakılması durumunu ifade eder. Ana ve babanın, çocuğun ergin olması ile kendiliğinden sona ermesi gereken velâyet hakkı, vesayet mahkemesinin bu yöndeki kararı ile erginliğin kazanılmasından sonra da devam eder, başka bir deyişle "uzatılmış" olur.

<sup>117</sup> EGGER, 61; ÖZTAN, 631. Küçük üzerindeki velâyete ilişkin olarak küçüğün korunması amacıyla alınan tedbirlerin halin icabına değiştirilmesinin mümkün olduğu hakkında bkz. HEGNAUER, 218.

<sup>118</sup> ÖZTAN, 631. Kısıtlama kararının kaldırılması, kural olarak vesayet makamının kararıyla olur. Uzatılmış velâyetin sona ermesi, velâyet altındaki kimsenin kısıtlılık halinin ortadan kalkmasından kaynaklandığından, bu hususta vesayet makamının ayrıca bir karar vermesine ihtiyaç yoktur (JULMY, 141).

<sup>119</sup> Vesayet altındaki kişinin ölümü veya gaipliği ile vesayet sona ereceğine dair bkz. ÖZTAN, 842; VELİDEDEOĞLU, 542.

Uzatılmış velâyetle ilgili temel problem, ergin çocuğun kısıtlanması halinde velâyet altında bırakılmasının "*kural*" olarak düzenlenmesine rağmen, müessesenin hukukî niteliğinin ve dolayısıyla uygulanacak hükümlerin belirlenmemiş olmasıdır. Ana ve babanın veya bunlardan birinin sağ ve velâyete elverişli olması halinde bile, ergin çocuk üzerinde velâyet hakkı, ancak kısıtlama kararı üzerine ve vesayet makamının velâyetin uzatılmasına hükmetmesi neticesinde doğar. Buradan hareketle uzatılmış velâyetin, esas itibarıyla vesayet hukukuna ilişkin bir tedbir niteliği taşıdığı sonucuna varılması mümkündür. Bununla birlikte ne ergin çocuğun ana ve babasının velâyeti altında bırakılması, ana ve/veya babanın "*vasi*" olarak atandığı anlamına gelir, ne de kısıtlanan ergin çocuk üzerindeki velâyet hakkının küçük üzerindeki velâyet hakkı ile bütünüyle özdeş olduğu söylenebilir. Dolayısıyla vesayete ilişkin düzenlemelerin doğrudan doğruya uzatılmış velâyete uygulanması mümkün olmadığı gibi, uzatılmış velâyetin küçük üzerindeki velâyet ile aynı hüküm ve sonuçları doğurması da söz konusu değildir. Hal böyle olunca, uzatılmış velâyeti, "*ana ve baba tarafından icra edilen bir tür vesayet*" olarak görme yanılığısına düşmeden ve velâyete tabi olanın küçük değil de ergin kısıtlı olmasından kaynaklanan özellikleri de gözden uzak tutmadan değerlendirmek gerekir.

Küçük üzerindeki velâyette söz konusu olan bazı hak ve yükümlülükler, işin tabiatı gereği uzatılmış velâyette söz konusu değildir. Küçüğü yetiştirme, eğitme hakkı, küçüğün ismini koyma, küçüğe dini eğitim verme hakkı böyledir. Uzatılmış velâyet hakkı sahibi ana ve babanın ergin kısıtlının geçimini sağlama yükümlülüğü de yoktur; ergin kısıtlının ana ve babadan talep edebileceği nafaka, bakım veya iştirak nafakası değil, yardım nafakası niteliği taşır ve bununla ilgili düzenlemelere tabidir. Uzatılmış velâyet hakkına sahip ana ve baba, kısıtlanmış ergin çocuklarının da yasal temsilcisidirler, çocuk mallarını yönetmek ve kullanmak hakkına sahiptirler. Ana ve baba için uzatılmış velâyetin icrasında vesayet ve denetim makamlarının izin ve onayını almak ya da onlara hesap vermek zorunluluğu yoktur. Uzatılmış velâyet altındaki ergin çocuğun yerleşim yeri de, vesayet makamının bulunduğu yere değil, ana ve babanın yerleşim yerine göre belirlenir.

Kısıtlanmış ergin çocuğun, vesayet altına alınması yerine ana ve babasının velâyeti altında bırakılması, çeşitli açılardan, vazgeçilemeyecek faydalar içerir. Gerçekten, her şeyden önce ana ve baba ile çocuk arasındaki kendine özgü ilişkisinin, vesayet tesisi ile vasi ve çocuk arasında sağlanması mümkün değildir. Ana ve babanın korunmaya muhtaç durumdaki çocuklarına karşı yükümlülüklerini yerine getirme hususundaki isteklilikleri, kısıtlı erginin menfaatlerinin korunması için zorunlu bakım ve özenin çok daha yoğun bir biçimde sağlanmasını kaçınılmaz olarak beraberinde getirir. Kısıtlı ergin de, ana ve babası ile aralarındaki karşılıklı sevgi ve güven ilişkisinin bir sonucu olarak çoğu kez aynı çatı altında sürdürülen aile düzeni içerisinde, içinde bulunduğu durumun güçlüğüle-



rinden mümkün olan en etkili biçimde korunmuş olur. Kanaatimizce, uzatılmış velâyetin zayıf noktası, ergin kısıtlının malvarlığının yönetimidir. Kısıtlanmış çocuklarına ihtiyaç duyduğu şahsî özeni, ilgi ve şefkati sağlama açısından eşsiz konumda bulunan ana ve babanın, malvarlığı yönetiminde aynı özel niteliklere sahip olmaları beklenemez. Bununla birlikte malvarlığının yönetimine ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin problemlerin, velâyet hukuku kapsamında öngörülmuş tedbirlerin gereği gibi işletilmesi suretiyle çözülmesi mümkündür. Bu sağlanamadığı takdirde uzatılmış velâyetin kaldırılarak ergin kısıtlıya bir vasi atanması yolu da her zaman açıktır. Toplumun sosyolojik yapısı da dikkate alındığında, kanun koyucunun, ana ve babanın kısıtlanmış ergin çocukları üzerindeki korumalarını veli sıfatıyla sürdürmelerine imkan vermiş olması, isabetli bir tercihtir.

**KISALTMALAR**

<b>Abs.</b>	: Absatz
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>AÜEFD</b>	: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi
<b>AÜEHFD</b>	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Bd.</b>	: Band
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dpn.</b>	: dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>eMK</b>	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi
<b>FamPra</b>	: Die Praxis des Familienrechts
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>İst. Bar. Derg.</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: madde
<b>MK</b>	: Medenî Kanun
<b>MÜHF-HAD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>nArt.</b>	: neue Artikel
<b>nr.</b>	: nummer
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>S.</b>	: Sayı
<b>sa.</b>	: sayı
<b>SJZ</b>	: Schweizerische Juristen-Zeitung
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>ZGB</b>	: Zivilgesetzbuch
<b>ZVW</b>	: Zeitschrift für Vormundchaftswesen

## KAYNAKÇA

- AFFOLTER, Kurt:** "Eckpfeiler einer Qualitätsentwicklung zum neuen Erwachsenenschutzrecht", FamPra.ch 4/12, 841-865, [http://www.affolterlexproject.ch/Downloads/Eckpfeiler\\_einer\\_Qualitaetsentwicklung.pdf](http://www.affolterlexproject.ch/Downloads/Eckpfeiler_einer_Qualitaetsentwicklung.pdf), (erişim: 21.10.2014).
- AFFOLTER, Kurt:** "Übertragung vormundschaftlicher Massnahmen" Zeitschrift für Vormundschaftswesen, 6/2002, 205-221 (<http://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/empfehlungen/04-uebertragung-vormundschaftliche-massnahmen-zvw-2002-s-205-220.pdf>, erişim: 30.10.2014)
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya:** Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2014.
- AKYÜZ, Emine:** "Türk Medenî Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması", AÜEFD, 1979, 1-4, 153-175.
- AKYÜZ, Emine:** Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000 (Kısaltılmışı: Çocuğun Korunması).
- BAYGIN, Cem/DOĞAN, Murat:** "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", AÜEHFD, C. IX, 2005, 1-2, 379-427.
- BIDERBOST, Yvo:** "Der neue Erwachsenenschutz im Überblick", SJZ 106/2010, 309-316.
- ÇEBİ, Mehmet Hamza:** "Türk Medenî Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, sa. 3-4, yıl 2002, 23-48.
- ÇELİK, Cemil:** "Velâyetin Kaldırılması", AÜHFD, C. 54, sa. 1, 255-309.
- ÇINAR, Ömer:** "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", İÜHFM C. LXXI, 2013-1, 1355-1364.
- DISCHLER, Ralph:** Die Wahl des geeigneten Vormunds, Freiburg 1984
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2014
- EGGER, August:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Familienrecht. Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft Art. 252 - 359, Zürich 1943.
- GEISER, Thomas:** Erwachsenenschutz, Bern 2013.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Türk Medenî Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006.
- HÄFELİ, Christoph:** "Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht - Eine Zwischenbilanz und Perspektiven", Jusletter 9. Dezember 2013. ([http://www.humanrights.ch/upload/pdf/140217\\_Jusletter\\_Haefeli\\_Erwachsenenschutzrecht.pdf](http://www.humanrights.ch/upload/pdf/140217_Jusletter_Haefeli_Erwachsenenschutzrecht.pdf), erişim: 7.11.2014)

- HÄFELİ, Christoph:** "Unterstellung des entmündigten Kindes unter die elterliche Sorge (Art. 385 Abs.3 ZGB); Pflicht der Eltern zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsstellung", ZVW 2002, 99-106. (Kısaltılmışı: "Pflicht der Eltern")
- HATEMİ, Hüseyin:** Aile Hukuku, İstanbul 2005.
- HAUSHEER, Heinz:** "Der neue Erwachsenenschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuches", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, 1111-1116.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.:** Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010. (Kısaltılmışı: Erwachsenenschutzrecht)
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.:** Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2007.
- HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas:** Berner Kommentar, Bd. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999.
- HEGNAUER, Cyrill:** Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, Bern 1999.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel 2002.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie:** ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Verlag AG, 2011.
- JULMY, Markus:** Die elterliche Gewalt über Entmündigte (Art. 385 Abs.3 ZGB), Freiburg 1991.
- OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa:** Aile Hukuku, İstanbul 1998.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa:** "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, 2013-3, 81-105.
- ÖZTAN, Bilge:** Aile Hukuku, Ankara 2004.
- RUHİ, Ahmet Cemal:** Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, Ankara 2003.
- SCHNYDER, Bernhard/MURER, Erwin:** Das Familienrecht, Band II, Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, Bern 1984.
- SONAT, Ali K.:** "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", MÜHF-HAD, C. 19, S. 1, 235-291.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Auflage, Zürich 1986.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet:** Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, İstanbul 1965.

## İL ÖZEL İDARESİ MALLARININ HACZİ

*Arş. Gör. Osman DURAN\**  
*Arş. Gör. Ali YEŞİLYURT\*\**

### ÖZET:

Mahalli idarelerden olan İl Özel İdareleri özel hukuk hükümlerine göre kişilere borçlanabilirler. Bu borcunu rızası ile ödeyen İl Özel İdareleri hakkında takibe gerek yoktur. Ancak borcunu ödemeyen İl Özel İdarelerine karşı İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde takip yapılabilir. Bu takibinin sonuca ulaşabilmesi için İl Özel İdarelerine ait olan şeylerin haczedilmesi ve bunların satılması gerekecektir. Ancak gerek İcra ve İflas Kanunu gerekse İl Özel İdareleri Kanunu İl Özel İdarelerine ait her şeyin haczedilmesini kabul etmemiştir. Haczedilemeyen bu şeylerin tespit edilmesi uygulama açısından önemlidir. Alacaklılar İl Özel İdarelerinin hangi tür mallarını haczettirebilirler ya da haczettiremezler? Çalışmamızda bunun tespitini, gerek mahkeme kararları gerekse doktrin görüşleri çerçevesinde ele alacağız.

**Anahtar Kelimeler:** Haczedilmezlik, İl Özel İdarelerinin Malları, Haciz, Haciz Tatbiki, İl Özel İdareleri Kanunu

### ABSTRACT:

Special Provincial Administrations which are local administrations can borrow people according to private law. On Special Provincial Administrations which pay this debt with the consent is not required to pursuance. But against Special Provincial Administrations which not pay this debt can be pursued in the framework of the Enforcement and Bankruptcy Law. In order to reach the conclusion this pursuance the Special Provincial Administrations things that will have to be impounded and sold their. However, both the Special Provincial Administrations Law both Enforcement and Bankruptcy Law, has not agreed to impounded Special Provincial Administrations things. Things that cannot be impounded to identified are important for practice. Have creditors what kind of Special Provincial Administrations property can impounded or cannot impounded? In our study, the detection of this doctrinally, ruling of the court of both will be handled.

**Keywords:** Impoundness, Special Provincial Administrations Things, Impound, Attachment Execution, Special Provincial Administrations Law

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

\*\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## GİRİŞ

İcra takibi, alacaklı tarafından icra dairesine yapılan takip talebiyle başlayan ve söz konusu talebin kanuna uygun olarak yerine getirilmesine kadar devam eden bir süreci kapsar. Bu süreçte, özellikle konusunu paranın oluşturduğu takiplerde, alacaklının alacağına kavuşmasının sağlanabilmesi için alacaklılarına karşı bir nevi teminat teşkil eden borçlunun kıymeti haiz olan şeylerinin haczedilmesi ve haczedilen şeylerin paraya çevrilmesi gerekir<sup>1</sup>. Zira alacaklı ancak elde edilen para ile tatmin edilecektir. İl özel idarelerinin borçlu taraf olarak yer aldığı takiplerde, alacaklılar, il özel idarelerinin malvarlığının haczedilmesi ve haczedilen şeylerin paraya çevrilmesi ile alacaklarına kavuşacaklardır.

Borçlunun malvarlığı olarak kıymeti olan her şeyi, kural olarak, hacze konu teşkil edebilir. Ancak bir takım insani düşünceler, kamu düzeninin ve kişilerin alacaklarına karşılık kamu yararının üstün tutulması gerekçeleriyle, borçlunun malvarlığındaki kıymete sahip bir kısım mal, alacak ve hakların haczinin caiz olmadığı kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Bu durum haczedilemezlik kuralı şeklinde ifade edilmektedir. Haczedilemezlik kuralı İcra ve İflas Kanunu'nun 82 ve 83. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu sosyal düşüncelerle, özellikle borçlunun ve ailesinin yaşaması ve ekonomik varlığını devam ettirmesi, tamamen topluma muhtaç hale gelip toplumsal dengenin bozulmaması için ve kamu yararı gerekçe-

<sup>1</sup> **Kuru, Baki**, "Haczi Caiz Olmayan Şeyler", AÜHFD, 1962/1-4, C. XIX, s.278; **Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C. I., İstanbul 1988, s.778; **Postacıoğlu, İlhan E.**, İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982, s.330; **Belgesay, Mustafa Reşit**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Birinci Bölüm İcra, İstanbul 1948, s.204; **Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C. I, İcra Hukuku, Ankara 1965, s.225; **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.267; **Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.501; **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.273, 278; **Ulukapı, Ömer**, "Haczedilemezlik ve Haczedilemezliğin "4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu" Kapsamındaki Uygulaması", BATIDER, 1995, C. 18, S. 1-2, s.137; **Özbay, İbrahim**, "İcra ve İflas Hukukunda Haczedilemezlikten Feragat (İİK m.83/a)", AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, 2005, s.543.

<sup>2</sup> **Kuru**, Haczi Caiz Olmayan, s.278; **Kuru**, İcra ve İflas, C. I, s.779, 781; **Kuru**, El Kitabı, s.502; **Postacıoğlu**, s.330; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.267; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s.273, 278; **Ulukapı**, s.138 vd.; **Özbay**, s.543; **Uyar, Talih**, "Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar", Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.551. "Bir mal veya hakka gayri kabili hacizlik vasfını ancak kanun verebilir.", **Muşul, Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku, C. I, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.581; **Üstündağ, Saim**, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s.173; **Karlı, Abdurrahim**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2010, s.483-484. "Cebri icranın, çağdaş hukukta borçlunun malvarlığına yöneldiği kuralının üçüncü sınırlaması şurada kendini gösterir: borçlu malvarlığının sorumluluğu, "şahsi sorumluluk" ya da, daha doğrusu olarak, "sınırsız sorumluluk" denen hallerde bile, malvarlığının bütün parçalarına şamil değildir; kanunun gösterdiği bazı malvarlığı parçaları, haczedilememek ve iflas masasına girmemek imtiyazından istifade ederler.", **Umar, Bilge**, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s.7-8.

siyle, borçlunun bazı mal ve haklarının tamamen veya kısmen haczedilemeyeceğini kabul etmiştir. Haczedilemeyeceği kabul edilen mallar hakkındaki hükümler ilamsız icrada (İİK m.82, 83), ilamlı icrada (İİK m.41) ve ihtiyati hacizde uygulama alanı bulur. Ayrıca haczedilemeyeceği kabul edilen mallar yalnız cüz'i icrada değil, aynı zamanda külli icrada (iflasta) da uygulanır. Zira müflisin haczi mümkün olmayan malları iflas masasına girmez (İİK m.184)<sup>3</sup>. Ancak Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmadıklarından (TTK m.16/2), çalışmamızda il özel idaresinin haczedilemeyen mallarının iflas masasına girip girmemesinin bir önemi yoktur.

Çalışmamızda borçluların tamamen haczedilemeyecek mallarının düzenlendiği İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallardan il özel idarelerinin mallarının haczedilememesi incelenecektir. İl özel idaresi mallarının haczedilememesi 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun<sup>4</sup> 7. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Çalışmamız da ilk önce, il özel idaresinin haczedilemeyen malları incelenecek daha sonra, il özel idaresinin hangi mallarının haczedilebileceği incelenecektir. Çalışmamızda, il özel idaresine İcra ve İflas Kanunu kapsamında başlatılan takipler yanında, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun<sup>5</sup> kapsamında başlatılan takiplerde il özel idaresinin mallarının haczedilip haczedilemeyeceği yargı kararları<sup>6</sup> ışığında incelenecektir.

## I. GENEL OLARAK

Anayasanın 127. maddesinde “mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri” olarak tanımlanmıştır.

<sup>3</sup> **Kuru**, Haczi Caiz Olmayan, s.278; **Kuru**, İcra ve İflas, C. I, s.779; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.267; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s.271; **Muşul**, C. I, s.581; **Umar**, s.8, 41; **Yıldırım, Mehmet Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis**, İcra Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2012, s.141. “Bir malın gayri kabili haciz olması, ihalenin feshi sebeplerinden birisini teşkil eder.”, **Muşul**, C. I, s.584; **Y12HD**, 02.12.1991 T., 5115 E., 12593 K. (**Muşul**, C. I, s.584, dipnot 301).

<sup>4</sup> 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, Kabul Tarihi 22.02.2005, RG, T. 04.03.2005, S. 25754.

<sup>5</sup> 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun, Kabul Tarihi 21.07.1953, RG, T. 28.07.1953, S. 8469.

<sup>6</sup> İl Özel İdaresi mallarının haczi ile ilgili yeteri kadar karara ulaşılamadığından, benzer düzenlemeler nedeniyle belediye mallarının haczi ile ilgili kararlara da yer verilmiştir.

Anayasanın 127. maddesinde öngörülen mahalli idarelerden biri olan il özel idaresinin temelleri 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile Fransız örneğine göre atılmış ancak İkinci Meşrutiyet döneminde tüzel kişilik kazanmıştır<sup>7</sup>. 2005 yılına kadar ikinci Meşrutiyet döneminde çıkarılmış ve 1987 yılında adı İl Özel İdaresi Yasası olarak değiştirilen, 1913 tarihli İdareyi Umumiye Vilayet Kanunu Muvakkatı adını taşıyan geçici yasa ile yönetilmiştir. 2005 yılında ise 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu çıkarılmıştır<sup>8</sup>.

İl Özel İdaresi Kanunu 3. maddesinde il özel idaresi “il halkının mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi” olarak tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle il özel idaresi, il denilen coğrafi alan (il, ilçe, köyler ve tüm araziler) üzerinde, halkın ortak ve sürekli ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla oluşturulmuş bir kamu tüzel kişisidir<sup>9</sup>.

İl özel idaresi, ilin kurulmasına dair kanunla kurulur ve ilin kaldırılmasıyla tüzel kişiliği sona erer (İÖİK m.4). Merkezi idarenin taşra teşkilatı birimi olarak il (genel idaresi) kurulduğunda fiilen il özel idaresi de kurulmuş olur. İller ancak kanunla veya kanun hükmünde kararnameyle kurulabilmektedir. İl özel idaresi de ancak kanunla veya kanun hükmünde kararnameyle kurulur ve kaldırılır<sup>10</sup>.

Mahalli idare olan il, merkezi idare olan ille aynı coğrafi sınırları paylaşmaktadır. Mahalli idare olarak il, merkezi idareden tamamın ayrı olup devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir. Merkezi idarenin bir taşra örgütü olan il idaresine “il genel idaresi”; mahalli idare birimi olan il idaresine ise “İl özel idaresi” denmektedir. İl özel idaresi, il sınırları içinde yaşayanların “mahalli müşterek ihtiyaçlarını” karşılamak için kurulmuştur. Buna karşılık il genel idaresi, merkezi idarenin tüm ülke düzeyinde yürüttüğü hizmetlerin il sınırları içinde de yürütülmesi amacıyla kurulmuştur<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> **Tan, Turgut**, İdare Hukuku, 2.baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.154, **Gözübüyük, A. Şeref**, Yönetim Hukuku, 23. Bası, Ankara 2005, s.115; **Hakyemez, Yusuf Şevki**, “İl Özel İdarelerinin İşlevi, Organları ve Rollerini”, Sayıştay Dergisi, Sayı 31, 1998, s.169-170; **Salıhoğlu, Enver**, İl Özel İdaresi, Beta Basım Yayım, İstanbul 2012, s.1-7.

<sup>8</sup> **Gözler, Kemal**, İdare Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009, s.382-383, **Tan**, s.154, **Gözübüyük**, s.115, **Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil**, Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.288-289, **Günday, Metin**, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, S. 471-472, **Tortop, Nuri/ Aykaç, Burhan/ Yayman, Hüseyin/ Özer, M. Akif**, Mahalli İdareler, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s.128, **Karatepe, Şükrü**, İdare Hukuku, 4. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995, İstanbul, s.122.

<sup>9</sup> **Gözler, C. I.**, s.382, **Çağlayan, Ramazan**, İdare Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.148.

<sup>10</sup> **Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya**, s.289-290.

<sup>11</sup> **Gözler, C. I.**, s.382.



İl özel idaresinin görev ve hizmetleri İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir<sup>12</sup>. Maddeye göre; *İl özel idaresi mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla*

a) *Gençlik ve spor Sağlık, tarım, sanayi ve ticaret; Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri hariç ilin çevre düzeni plânı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, kültür, sanat, turizm, sosyal hizmet ve yardımlar, yoksullara mikro kredi verilmesi, çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları; ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları içinde,*

b) *İmar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma (...); orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri belediye sınırları dışında,*

*Yapmakla görevli ve yetkilidir.*

Ülkemizde 2012 yılında mahalli idareler alanında köklü değişiklikler olmuştur. 2012 tarih ve 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile büyükşehir belediyesi sayısı 30'a çıkarılmış<sup>13</sup> ve bu illerde il özel idareleri kaldırılmıştır<sup>14</sup>. İllerdeki bütün köylerin ve beldelerin tüzel kişiliğini kaldırmış ve bunları bağlı buldukları ilçenin mahallesi hâline dönüştürmüştür. Nihayet, aynı Kanun, bu yirmi dokuz ilde, il sınırları içinde kalan bütün ilçe belediyelerini büyükşehir ilçe belediyesi hâline dönüştürmüştür<sup>15</sup>.

Çalışmamız açısından önemine binaen tüzel kişiliği kaldırılan il özel idarelerinin borçlarının akıbetine değinmek gerekecektir. 6360 sayılı Kanun ile tüzel kişilikleri kaldırılan il özel idareleri; personelini, her türlü taşınır ve taşınmaz malları ile hak, alacak ve borçlarını Kanunun yayımı tarihi olan 06.11.2012 tarihinden itibaren bir ay içinde valiliğe bildirmelidir. Bu idarelerin taşınmazlarının satışı, tahsisi ve kiralanması, iş ve toplu iş sözleşmesinin yapılması, her türlü imar uygulaması (inşaat ruhsatı hariç), iş makineleri ve diğer taşıtların satışı ile borçlanmaları İçişleri Bakanlığının onayına bağlıdır (6360 sayılı Kanun Geçici madde 1/4).

<sup>12</sup> Detaylı bilgiler için bakınız, **Hakyemez**, s.175-176; **Salıhoğlu**, s.23 vd.

<sup>13</sup> Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kayseri, Kocaeli, Konya, Mersin, Sakarya, Samsun, Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa, Van ve Ordu illerinde il özel idaresinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır.

<sup>14</sup> **Çağlayan**, s.150.

<sup>15</sup> **Gözler, Kemal**, "6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Haline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur?", Legal Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 122, Şubat 2013, s.39-40.

Bu Kanun ile tüzel kişilikleri kaldırılan il özel idarelerinin her türlü taşınır ve taşınmaz malları, hak, alacak ve borçları, komisyon kararıyla ilgisine göre bakanlıklara, bakanlıkların bağlı veya ilgili kuruluşları ile bunların taşra teşkilatına, valiliklere, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığına<sup>16</sup>, büyükşehir belediyesine ve bağlı kuruluşuna veya ilçe belediyesine devredilmesine karar verilir. Devir işlemi, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ilk mahalli idareler genel seçimi tarihinde<sup>17</sup> uygulamaya konulur. Maliye Hazinesine devredilen taşınmazlar Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla kullanmakta olan kurumlara tahsis edilmiş sayılır. Hazinesinin özel mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlardan Maliye Bakanlığınca, Kanunun birinci maddesiyle tüzel kişilikleri kaldırılan il özel idarelerine, belediyelere ve köy tüzel kişiliklerine tahsis edilmiş olanlar; kuruluş kanunlarıyla kendilerine verilen kamusal nitelikteki görevleri yerine getirmeleri amacıyla ve komisyon kararıyla; ilgisine göre bakanlıklara, bakanlıkların bağlı veya ilgili kuruluşlarına, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıklarına, büyükşehir belediyelerine, büyükşehir belediyelerinin bağlı kuruluşlarına ve ilçe belediyelerine tahsis edilmiş sayılır (6360 sayılı Kanun Geçici m.1/5).

İl özel idaresinin malları, borçlu tarafta yer aldığı takiplerde alacaklılarına karşı bir nevi teminat teşkil eder. Ancak kanuni düzenleme gereği il özel idaresinin her türlü malvarlığı bu teminat kapsamında değildir ve hacze konu olamaz. Gerek İcra ve İflas Kanunu'nun atfı gerekse İl Özel İdaresi Kanunu, il özel idaresinin hacze konu olamayacak mallarının söz konusu olduğunu düzenlemiştir. Şöyle ki;

İcra ve İflas Kanunu'nun 82/1 maddesine göre devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar haczedilemezler. İcra ve İflas Kanunu'nun 82/1 hükmü iki durumu düzenlemiştir. İlki devlet malları<sup>18</sup>

<sup>16</sup> 6260 Sayılı Kanununun 34. maddesiyle, 3152 Sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 28. maddesine eklenen 28/A maddesiyle büyükşehir belediyesi bulunan illerde "Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı" kurulmuştur.

<sup>17</sup> 6360 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ilk Mahalli İdare Genel Seçimleri 30 Mart 2014 tarihinde yapılmıştır. Dolayısıyla devir işlemi bu tarihte uygulamaya konulacaktır.

<sup>18</sup> "Devlet mallarının haczedilemeyeceği hakkındaki hüküm, Devlete karşı cebri icranın yürütülmesi fikrine dayanır. Gerçekten, cebri icrayı yürüten Devlettir. Devletin bunu kendisine karşı kullanması ise, tasavvuru güç bir durumdur. Normal olarak, Devletin borçlarını rızası ile ödeyeceği farz olunur. Ödemezse ve bütçede de ödenek varsa, üst makamlara şikâyet yoluna gidilebilir. Fakat, Devlete karşı bir icra takibine girişilerek onun mallarının haczedilmesi caiz değildir. Devlet borçları için ilgili Bakanlık bütçesine gerekli ödenek konulur. Konulmamışsa, gelecek yılki bütçeye mutlaka gerekli ödenek konulmalıdır. Aksi halde, alacaklılar Türkiye Büyük Millet Meclisine şikâyette bulunabilirler.", **Kuru**, Haczi Caiz Olmayan, s.283; **Kuru**, İcra, s.226-227; **Yılmaz, Ejder**, "Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.601-602; **Postacıoğlu**, s.366; **Belgesay**, s.217, No: 436; **Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960, s.99; **Olgaç, Senai/ Köymen, Haydar**, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1965, s.656, 656 dipnot 6; **Uyar, Talih**, İcra ve İf-

ikincisi ise özel kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceğidir. İl Özel İdaresi Kanunu bu belirtilen özel kanunlardandır. Zira İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7. maddesinin son fıkrasının il özel idaresinin hangi mallarının haczinin caiz olmadığını göstermiştir. Bu maddede yer alan il özel idaresi malları haczedilemeyecek, ancak bu kapsama girmeyen il özel idaresi malları haczedilebilecektir. İncelememizde ilk önce İl Özel İdaresi Kanunu'na göre il özel idaresinin hangi mallarının haczedilemeyeceği ele alınacaktır. Sonrasında ise il özel idaresinin haczedilebilen malları inceleme konusu olacaktır.

Diğer bölüme geçmeden önce şu hususu belirtmek gerekir; İcra ve İflas Kanunu'nun 82/1. maddesindeki devlet mallarının ve özel kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceği ayrımı bilinçli bir ayrımdır ve il özel idaresi mallarının haczedilememesi "devlet malı" olması niteliğinden değil, İl Özel İdaresi Kanunu'nda bu yönde bir hükmün yer almasından dolayıdır<sup>19</sup>. Zira kamu tüzel kişileri; "devlet" ve "diğer kamu tüzel kişileri" olarak ikiye ayrılır<sup>20</sup>. Devlet idaresi diğer bir deyişle merkezi idare, milli kamu hizmetlerini yürütür. Türk hukukunda bu devlet tüzel kişi-

---

las Kanunu Şerhi, C. 5, 3. Baskı, 2006, s.7006; **Ulukapı**, s.137; **Özbay**, s.543-544. "Maddede Devlet mallarının haczedilmezliğinin kabul edilmiş olması uygulamada büyük sakıncalar doğurmaktadır. Gerçekten Devlet bazan mahkeme ilamının icrasını yerine getirmemekte ve bu yüzden vatandaşlar zarara uğramaktadırlar. Bu halde vatandaşın şikayet hakkını kullanmaktan başka bir imkanı yoktur. Bu itibarla Devletin kamu hizmetine tahsis edilmemiş bulunan mallarının haczedilebileceğinin kabulü kanaatimizce yerinde olur. Her ne kadar hukuk devleti kavramı gereğince Devletini aleyhindeki bir ilamı kendiliğinden yerine getireceği kabul edilmek gerekirse de uygulama bakımından bu teorik ilke ülkemizde yürümemektedir.", **Gürdoğan, Burhan**, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s.70. "Borcunu ödemeyen bir hukuk devleti olmaz cevabı kesin olarak verilebilirdi. Ancak realite bize göstermektedir ki Devlet tüzel kişisinin dahi, borcunu ödemekte en azından ağır davranması söz konusudur. Yani böyle bir durumla karşılaşmak mümkündür. Öyle ise bir devlet, hukuk devleti olabilmek ve bu niteliğini sürdürülebilmek için bu muhtemel duruma karşı, etkili hukuki mekanizmalar geliştirmek ve işler durumda tutmak zorundadır. Bütün bu açıklamalardan sonra; borcunu ödemeyen devlete karşı ne yapılabilir? sorusuna, ancak şu cevap verilebilir: Anayasa Mahkemesinin de tasdik ettiği gibi yasal durum karşısında hiçbir şey yapılamaz, bütçenin müsait olması ve Devlet (yetkili ita amirlerinin) kendiliğinden ödemek istemesi beklenir.", **Gülün, Aydın**, "Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir? (Anayasa Mahkemesinin, İcra ve İflas Kanununun 82/1. Maddesine İlişkin Kararın Çağrıştırdıkları)", İHİD, Y. 16, S. 1, Ocak 1995, s.29.

<sup>19</sup> "İİK'nın 82/1. maddesinin birinci bendine göre 'Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar' haczedilemez. Hangi malların devlet malı sayılacağı ve haczedilemeyeceği 01.01.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu esas alınarak belirlenir. Bu kanunda sayılan kamu idareleri arasında yer alan mahalli idarelerin malları devlet malı kapsamında değildir. Bu malların haczedilip haczedilmeyeceğini belirlemek için özel kanunlarına bakmak gerekir.", **Y12HD**, 01.06.2010 T., 1139 E., 13422 K. (MİHDER, C. 7, S. 19, 2011, s.125). 1913 tarihli İdare-yi Umumiye-yi Vilayet ve İdare-yi Hususiye-yi Vilayet Kanunu'nun 75. maddesine göre il özel idaresinin malları devlet malı sayılmaktaydı. Bu kanun için bakınız, **Tek, Ahmet Ferik/ Ünal, Yenal**, "İdare-yi Umumiye-yi Vilayet ve İdare-yi Hususiye-yi Vilayet Kanunları", Tarih Okulu Dergisi, Yaz 2009, Sayı IV, s.89.

<sup>20</sup> **Gözler**, C. I, s.162; **Tan**, s.102.

liğine merkezi idare ismi verilmektedir. Merkezi idareye genel idare de denir<sup>21</sup>. Devlet idaresinin (merkezi idaresi) üstlendiği milli kamu hizmetleri devlet merkezinde (başkentte) planlanır ve yürütülür. Bu örgüte başkent teşkilatı denir<sup>22</sup>. Ancak başkent teşkilatındaki görevlilerin başkentte oturarak, üstlendikleri hizmetleri ülke düzeyinde yerine getirmesi mümkün değildir. Bu nedenle, merkezi idarenin üstlendiği hizmetleri yürütebilmesi için, başkent dışında taşraya, tüm ülkeye yayılmış bir teşkilata ihtiyacı vardır. İşte bu nedenle ülkeye yayılmış, merkezi idarenin başkent dışındaki teşkilatına taşra teşkilatı denir<sup>23</sup>. **Gözler**; “merkezi idarenin başkent teşkilatı” tabiri yerine “devlet idaresinin merkez teşkilatı” ve “merkezi idarenin taşra teşkilatı” tabiri yerine de “devlet idaresinin taşra teşkilatı” ibaresinin kullanılmasını daha doğru olacağını belirtmektedir<sup>24</sup>. Türkiye Cumhuriyetinde, devlet yani genel idare (merkezi idare) dışında başka kuruluşlar da kamu tüzel kişiliğine sahiptir. Bunlar yer ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarıdır<sup>25</sup>. Yer yönünden yerinden yönetim kurumlarına kısaca mahalli idareler veya yerel yönetimler<sup>26</sup>; hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına ise kısaca hizmet kuruluşları veya kamu kurumları da denir<sup>27</sup>. Mahalli idarelerin tanımı Anayasa'nın 127/1. maddesinde yer almaktadır; “Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.”. Bu açıklamalardan sonra il özel idaresi devlet tüzel kişiliği kategorisi içinde yer almamakta ve mahalli idareler kısmında yani diğer kamu tüzel kişilerden olan yer yönünden yerinden yönetim kurumları kategorisinde yer almaktadır. Böylelikle il özel idaresinin malları, il özel idaresinin kamu tüzel kişiliğinin

<sup>21</sup> **Gözler**, C. I, s.239; **Tan**, s.108., **Günday**, s.8,389, **Atay**, **Ender Ethem**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.165, **Gözübüyük**, s.68, **Duran**, **Lütfi**, İdare Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.77, **Gözübüyük**, **Şeref/ Tan**, **Turgut**, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.190, **Çağlayan**, s.100.

<sup>22</sup> Ancak bu örgüte merkez teşkilatı diyenler de vardır, **Onar**, **Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt: II, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.747, **Eroğlu**, **Hamza**, İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi, 5. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1985, s.146, **Karatepe**, s.98.

<sup>23</sup> **Gözler**, C. I, s.239-240; **Tan**, s.139, **Çağlayan**, s.137, **Tan/ Gözübüyük**, s.258, **Günday**, s.457, **Atay**, s.207, **Gözübüyük**, s.99, **Eroğlu**, s.158, **Karatepe**, s.113. Taşra teşkilatına mülki teşkilat diyenler de vardır, **Duran**, İdare Hukuku, s.132, **Giritli**, **İsmet/ Bilgen**, **Pertev/ Akgüner**, **Tayfun**, İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2006, s.229, **Eroğlu**, s.158.

<sup>24</sup> **Gözler**, C. I, s.241.

<sup>25</sup> **Gözler**, C. I, s.166, **Atay**, s.221, **Günday**, s.9.

<sup>26</sup> **Giritli/ Bilgen/Akgüner**, s.238, **Günday**, s.471, **Atay**, s.221, **Çağlayan**, s.148.

<sup>27</sup> **Gözler**, C. I, s.361; **Tan**, s.194, **Özay**, **İl Han**, Günışığında Yönetim, Alfa yayımları, İstanbul 1996, s.139, **Giritli/ Bilgen/Akgüner**, s.238, **Günday**, s.532, **Atay**, s.299, **Çağlayan**, s.212.

den dolayı kamu malıdır, ancak devlet malı değildir<sup>28</sup>. İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında şu hüküm yer almaktadır; “İl özel idaresinin mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş sayılır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75'inci maddesi hükümleri il özel idaresi taşınmazları hakkında da uygulanır.”. Kanaatimizce İcra ve İflas Kanunu'nun 82/1 hükmü bilinçli bir ayırım yapmıştır. Devlet malları haczedilemez tabiri ile devlet tüzel kişiliğine ait, yani devletin merkez ve taşra teşkilatına ait mallar haczedilemez olarak anlamak gerekir<sup>29</sup>. Devlet tüzel kişiliğine girmeyen kamu tüzel kişilerinin mallarının haczedilememesi düzenlemelerini ise özel kanunlarına bırakmıştır. Bu kanunlardan bazılarına şunlar örnek verilebilir; İl Özel İdaresi Kanunu m.7/son fıkra, Belediye Kanunu<sup>30</sup> m.15/son fıkra<sup>31</sup>, Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu<sup>32</sup> m.35/3<sup>33</sup>. Bazı kanunlar

<sup>28</sup> “Fransa’da haciz yasağı ilkesi genel ve mutlak bir ilkedir. Bu ilkedен sadece devlet tüzel kişiliği değil, bütün kamu tüzel kişileri yararlanır. Keza Fransa’da bu ilkenin, sadece kamu malları için değil, kamu tüzel kişilerine ait özel mallar için de geçerli olduğu kabul edilmektedir.”, **Gözler, Kemal**, İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009, s.873.

<sup>29</sup> **Gözler**, C. II, s.876; “İİK, m.82/1, haciz yasağı getirirken “kamu malı-özel mal” ayrımı yapmamaktadır. Dolayısıyla haczedilmezlik kapsamında, bir kamu tüzel kişisinin sadece kamu malları değil, özel malları da haczedilemez.”, **Gözler**, C. II, s.876; **Olgaç/ Köymen**, s.656; **Ansay**, s.100; **Üstündağ**, s.177, dipnot 519a; **Gülen**, “*Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?*”, s.22.

<sup>30</sup> 5393 sayılı Belediye Kanunu, Kabul Tarihi 03.07.2005, RG, T. 13.07.2005, S. 25874.

<sup>31</sup> Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez (Belediye Kanunu m.15/son fıkra). Bu hükümle ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız **Duran, Osman**, “*Belediyeye Karşı Haciz Tatbiki*”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’ a Armağan, C. 1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2014, s.755 vd. Belediye Kanunu'nun 15/son maddesinin iptali için açılan dava hakkında Anayasa Mahkemesi red kararı vermiştir; “... belediyelerin, belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan kamu tüzel kişileri olmaları nedeniyle, bunlara yasalarla yüklenilen görevler, yerel toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimleridir. Belediyeler bu gereksinimleri karşılamak amacıyla bazı etkinliklerde bulunurlar. Bunun için de ayni ve nakdi varlığa ihtiyaç duyarlar. Toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için, bu etkinliklerden bazılarının kesintisiz bir biçimde yürütülmesi; bunun sağlanabilmesi bakımından da belediyelerin ayni ve nakdi varlığa sahip olmaları gerekir. Belediyelere ait bazı ayni ve nakdi varlıklara haciz yasağı getirilmesindeki amaç da, belediyelerce yerine getirilen kamu hizmetlerinin bazılarının, toplumsal yaşamın gerektirdiği zorunluluklara bağlı olarak sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi gereğidir. Yani toplum yararının üstün tutulmasıdır. Yine belirtmek gerekir ki, belediyelerin devamlılık gösteren kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan tüm kaynaklarının hacze konu olabilmemesinin, bu hizmetlerin ifa araçlarını tamamen ortadan kaldırmak gibi bir sonuç doğurabileceği de kuşkusuzdur. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlamadaki amaç da belirtilen nitelikteki istenilmeyen sonucun ortaya çıkmasını engellemektir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”, **AYMK**, 16.12.2010 T., 2007/37 E., 2010/114 K. (RG, T. 06.07.2011, S. 27986). Bu kararın tam metni ve değerlendirmeleri için bakınız, **Aşık, İbrahim**, “*Anayasa Mahkemesi'nin Devlet Mallarının Haczedilmezliği Hakkındaki Kararıyla İlgili İçtihat Notu*”, MİHDER, C. 7, S. 20, 2011/3, s.3 vd.

ise kamu tüzel kişilerinin mallarının devlet malı gibi korunacağını belirtmiştir. Örneğin, Köy Kanunu<sup>34</sup> m.8<sup>35</sup>, Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu<sup>36</sup> m.59<sup>37</sup>, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna ait malların devlet malı olduğunun belirtildiği Bankacılık Kanunu<sup>38</sup> m.111/son fıkra<sup>39</sup>.

İcra ve İflas Kanunu'nun bu ifadesine rağmen, uygulamada ise İcra ve İflas Kanunu m.82/1'de haczedilemeyeceği belirtilen devlet mallarından, sadece genel ve katma bütçeli idarelerin elinde bulunan ve yönetimleri 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununa<sup>40</sup> tabi mallar anlaşılır<sup>41</sup>. Ancak 1 Ocak 2006 tarihinden itibaren 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu yürürlükten kalkmış yerine 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu<sup>42</sup> uygulanmaya başlanmıştır. 5018 sayılı Kanununda katma bütçeye yer verilmemiştir. Yeni sistemde, katma bütçeli idarelerin bir bölümü genel bütçe, bir bölümü ise özel bütçe kapsamındaki kamu idareleri arasına alınmıştır. Dolayısıyla yeni sistemde 5018 sayılı Kanuna ekli II sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler olarak isimlendirilen kamu kurum ve kuruluşların ve ekli III sayılı cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumların mallarının İcra ve İflas Kanunu m.82 anlamında devlet malı olduğu ve bunların mallarının haczedilemeyeceği söylenebilir<sup>43</sup>.

<sup>32</sup> 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, Kabul Tarihi 16.05.2006, RG, T. 20.05.2006, S. 26173.

<sup>33</sup> Kurumun taşınır ve taşınmazları, bankalardaki mevduatları dâhil her türlü hak ve alacakları haczedilemez, hakkında 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun haciz ve iflas hükümleri uygulanmaz(Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu m.35/3).

<sup>34</sup> 442 sayılı Köy Kanunu, Kabul Tarihi 18.03.1924, RG, T. 07.04.1924, S. 68.

<sup>35</sup> Köyün orta malı kanun karşısında Devlet malı gibi korunur. Bu türlü mallara el uzatanlar Devlet malına el uzatanlar gibi ceza görürler (Köy Kanunu m.8).

<sup>36</sup> 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, Kabul Tarih, 11.11.1983, RG, T. 14.11.1983, S. 18221.

<sup>37</sup> Türkiye Radyo - Televizyon Kurumunun malları ve her çeşit mevcutları Devlet malı sayılır (Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m.59).

<sup>38</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, Kabul Tarihi 19.10.2005, RG, T. 01.11.2005, S. 25983 (Mük.).

<sup>39</sup> Fonun malları Devlet malı hükmündedir. Fonun mal, hak ve alacakları haczedilemez ve rehnedilemez (Bankacılık Kanunu m.111/son).

<sup>40</sup> 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu, Kabul Tarihi 26.05.1927, RG, T. 09.06.1927, S. 606.

<sup>41</sup> Ayrıca, 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması açısından “devlet” tabiri hakkında bakınız, **Üstündağ**, s.19.

<sup>42</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Kabul Tarihi 10.12.2003, RG, T. 24.12.2003, S. 25326.

<sup>43</sup> **Gözler**, C. II, s.876-877; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.268-269; **Oskay, Mustafa/ Koçak, Coşkun/ Deyneklî, Adnan/ Doğan, Ayhan**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.2326-2327.

## II. İL ÖZEL İDARESİNİN HACZEDİLEMİYEN MALLARI

### A. Genel Olarak

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 71. maddesi ile kaldırılan, 1987 yılında adı İl Özel İdaresi Kanunu olarak değiştirilen, 1913 tarihli İdareyi Umumiye Vilayet Kanunu Muvakkatı'nın 75. maddesi, il özel idaresinin mallarını devlet malı saymaktaydı. Bu madde şu şekilde idi; "*Vilayet, emvali menkule ve gayrimenkuleye mutasarrıf ve işbu kanun ile muayyen ve mahdud vezaifi hususiye ile mükellef bir şahsı manevidir. Emval-i hususiye-yi vilayet mahfuziyet ve masuniyet itibariyle emval-i umumiye-yi Devletten maduttur.*"<sup>44</sup>. Bu nedenle İdareyi Umumiye Vilayet Kanunu Muvakkatı'nın yürürlükte olduğu zamanda, il özel idaresi malları devlet malı sayılmaktaydı ve İİK m.82/1'de düzenlenen devlet malları haczedilemez kuralı gereği haczedilememekteydi<sup>45</sup>. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ise il özel idaresinin mallarını devlet malı olarak kabul etmemekte ve il özel idaresinin haczedilemeyecek olan mallarını ayrıca belirtmektedir.

İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7. maddesinin son fıkrası hangi il özel idaresi mallarının haczedilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu maddeye göre; "*İl özel idaresinin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelirleri, vergi, resim ve harçları, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilemez.*"<sup>46</sup>. Buna göre il özel idaresinin şu malları haczedilemez:

1. İl özel idaresinin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri,
2. İl özel idaresin vergi, resim ve harçları,
3. Şartlı bağışlar

<sup>44</sup> Bu madde metni ve kanunun tamamı için bakınız, **Tek/ Ünal**, s.89

<sup>45</sup> **Belgesay**, s.219, No: 439; **Üstündağ**, s.178; **Postacıoğlu**, s.367; **Ansay**, s.100. "İdareyi Umumiye Vilayet Kanununun hususi idarelere müteallik bölümünün 75. maddesinde belirtildiği gibi vilayet, menkul ve gayrimenkul mallara sahip, kanunla muayyen ve mahdud hususi vazifelerle mükellef bir hükmi şahsiyettir. Vilayetin hususi malları mahfuziyet ve masuniyet itibariyle devletin umumî emvalinden maduttur. İİK' nun 82. maddesinin bir numaralı bendinde, devlet mallarının haczi caiz olmadığı mutlak şekilde tebarüz ettirildiğine göre mahfuziyet ve masuniyet bakımından bu mahiyette telakki edilen hususi idareye ait malların da haczedilememeleri iktiza eder. Bu durum gözönünde tutularak hususi idarenin bankada muhafaza edilen paraları üzerine mevzuu haczin kaldırılmasına mütedair şikayetin kabulü gerekir.", **YİİD**, 15.11.1960 T., 7966 E., 7907 K. (nakleden **Kuru**, İcra ve İflas, C. I, s.787; **Uyar, Talih**, İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa 1990, s.598). Benzer yönde, **YİİD**, 15.12.1967 T. 11290 E., 11652 K. (nakleden **Kuru**, İcra ve İflas, C. I, s.779; **Uyar, Talih**, İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa 1990, s.598); **Y12HD**, 07.10.1997 T., 9527 E., 10174 K.; **Y12HD**, 27.02.2001 T., 2850 E., 3676 K. (nakleden **Uyar**, C. 5, s.7125); **YİİD**, 11.01.1936 T. (nakleden **Olgaç/ Köymen**, s.677); **Y12HD**, 30.11.2001 T., 1106 E., 1776 K. (nakleden **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s.2470).

<sup>46</sup> **Y12HD**, 01.06.2010 T., 1139 E., 13422 K. (MİHDER, C. 7, S. 19, 2011, s.125)

#### 4. Kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilemez.

Yukarıda maddeler halinde saydığımız il özel idaresinin malları, yalnızca İcra ve İflas Kanunu kapsamında yapılan takipler neticesinde haczedilemeyecek değildir. Ayrıca il özel idaresine karşı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun kapsamında da, bir takip yapılacaksa yukarıda saydığımız ve aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğimiz mallar haczedilemeyecektir. Zira Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 70/1 hükmü şu hükmü içermektedir; "233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malları hariç olmak üzere Devlet malları ile hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar." haczedilemezdir. Bu kanunda da İl Özel İdaresi Kanunu'ndaki özel düzenlemeye yollama vardır. Kanunda tek tek sayılan haczedilemeyecek şeyler, ayrı ayrı inceleme konumuzu oluşturacaktır.

### B. İl Özel İdaresinin Haczedilemeyen Mallarının Münferit Olarak İncelenmesi

#### 1. İl Özel İdaresinin Proje Karşılığı Borçlanma Yoluyla Elde Ettiği Gelirleri

İl Özel İdaresi Kanunu'nun 51/1. maddesine göre; "İl özel idaresi, görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacıyla Kanunda belirtilen usul ve esaslara göre borçlanma yapabilir ve tahvil ihraç edebilir" (İÖİK m.51/1)<sup>47</sup>. İl özel idaresinde borçlanmaya karar vermek il genel meclisinin görev ve yetkisindedir<sup>48</sup> (İÖİK m.10/1-d).

İl özel idaresinin aldıkları borçları çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür, ama en yaygın kullanım iç ve dış borçlanmadır. İç borçlar; il özel idaresinin ülke sınırları içindeki, para ve sermaye piyasalarından gerçek ve tüzel kişilerden aldıkları borçları ifade eder. İl özel idaresi esas itibarıyla finansman

<sup>47</sup> Gözler, C. I., s.408. "Bir önceki Kanun döneminde var olan konu sınırlaması da kaldırılarak il özel idaresine tanınan borçlanma yetkisi endişe verici bulunmaktadır. Bu yetkiye sahip belediyelerin çoğunun, borç batağında yüzüyor olması ileride il özel idarelerinin de aynı duruma düşeceği endişesine sebep olmaktadır. Geri ödeme bakımından, il özel idare mallarının haciz sistemine açık olması da düşünüldüğünde, borç veren güvence altına alınacak ve önümüzdeki yıllar bugüne kadar olduğundan daha büyük sorunlarla karşılaşacak gibi görünmektedir.", Harman, Esra, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu Uyarınca Türkiye' de İl Özel İdaresi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s.96.

<sup>48</sup> İl özel idaresi ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin, en son kesinleşen bütçe gelirlerinin, 213 sayılı Vergi Usul Kanunda belirlenen yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarının yılı içinde toplam %10'unu geçmeyen iç borçlanmayı il genel meclisinin kararı; %10'u geçen miktarlar için meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yapabilir (İÖİK m.51/e).



ihtiyaçlarını iç kaynaklardan temin etmek yoluyla gidermektedirler. Dış borçlanma da ise il özel idaresi; parasal ihtiyaçlarını uluslararası para ve sermaye piyasalarından, uluslararası kuruluşlardan, devletlerden borçlanarak sağlarlar. İç kaynakların yetersiz kaldığı, yapımına başlanan ama iç kaynaklardan finansmanda zaman kaybedilmesi nedeniyle tamamlanamayan projelerin artması, bunların yerinde eskimesi ve getirisinin sağlanamaması, eski projelerin yerine yenilerinin geçmesinin gerekli hale geldiği durumlarda yeni proje için iç kaynaklardan yararlanamayacak duruma gelinmesi gibi nedenlerle yerel idareler dış borçlanma yoluna gidebilmektedirler<sup>49</sup>.

İl Özel İdaresi Kanununa göre dış borçlanma, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde sadece il özel idaresinin yatırım programında yer alan projelerinin finansmanı amacıyla yapılabilir (İÖİK m.51/1-a)<sup>50</sup>.

İl özel idaresinde iç borçlanma, tahvil ihracı ve İller Bankası'ndan alınan borçlarla yapılır. Ancak genelde İller Bankası'ndan alınan borçlarla yapılmaktadır<sup>51</sup>. İller Bankasından yatırım kredisi ve nakit kredi kullanan il özel idaresi, ödeme plânını bu bankaya sunmak zorundadır. İller Bankası hazırlanan geri ödeme plânını yeterli görmediği il özel idaresinin kredi isteklerini reddeder (İÖİK m.51/1-b). İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun<sup>52</sup> İller Bankasının amacı ve faaliyetlerini şu şekilde ifade etmektedir; *“Bankanın amacı; il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları ile münhasıran bunların üye oldukları mahalli idare birliklerinin finansman ihtiyacını karşılamak, bu idarelerin sınırları içinde yaşayan halkın mahalli müşterek hizmetlerine ilişkin projeler geliştirmek, bu idarelere danışmanlık hizmeti vermek ve teknik mahiyetteki kentsel projeler ile alt ve üstyapı işlerinin yapılmasına yardımcı olmak ve her türlü kalkınma ve yatırım bankacılığı işlevlerini yerine getirmektir.”* (İLBK m.3/1). Ayrıca *“Banka, Genel Kurul tarafından onanan bilançoya göre ortaya çıkan safı kârın yüzde ellibirini; il özel idareleri tarafından yerine getirilen, köylerin teknik ve sosyal altyapı hizmetlerinin finansmanı; nüfusu 200.000'in altında olan belediyelerin harita, imar planı, içme suyu, atık su, katı atık, kent bilgi sistemi ve benzeri kentsel altyapı projelerinin finansmanı ile nüfusu 25.000'in altında olan belediyelerin anılan projelerinin ayrıca yapımının finansmanında hibe olarak kullanır.”* (İLBK m.13/3).

<sup>49</sup> **Güngör, Selen**, “Yerel Yönetimlerin Borçlanmaları”, Akademik Bakış Dergisi, Sayı 24 Nisan- Mayıs- Haziran 2011, s.12 (<http://www.akademikbakis.org/eskisite/24/12.pdf>).

<sup>50</sup> **Salihoglu**, s.407-410.

<sup>51</sup> **Salihoglu**, s.410-411.

<sup>52</sup> 6107 sayılı İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunu, Kabul Tarihi 26.01.2011, RG, T: 08.02.2011, S. 27840.

Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskân, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımları, kendi bütçelerinde bu hizmetler için ayrılan ödenekleri il özel idarelerine aktarmak suretiyle gerçekleştirebilir. Aktarma işlemi ilgili bakanın onayıyla yapılır ve bu ödenekler tahsis amacı dışında kullanılamaz. İş, il özel idaresinin tabi olduğu usul ve esaslara göre sonuçlandırılır. İl özel idareleri de bütçe imkânları ölçüsünde bu yatırımlara kendi bütçesinden ödenek aktarabilir. Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları tarafından aktarılabilecek ödenekler ile gerçekleştirilecek yatırımlar, görev alanı sınırlamasına tabi olmaksızın bütün il sınırları içinde yapılabilir. Belirli bir projenin gerçekleştirilmesi amacıyla il özel idaresine aktarıldığı halde, aktarıldığı mali yılı takip eden yıl sonuna kadar tahsis edildiği proje için kullanılamayacağı anlaşılan ödenekler, ilgili Bakanın onayı ile başka bir projede kullanılmak üzere aynı veya başka bir il özel idaresine veya ilgili mevzuatı çerçevesinde kullanılmak üzere Toplu Konut İdaresine aktarılabilir (İÖİK m.6).

Kamu kurum ve kuruluşlarının 05.01.1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu kapsamındaki araçlarının alımı, işletilmesi, bakım ve onarımı ile bürolarının ihtiyaçları; kamu konutlarının yapım, bakım, işletme ve onarımı ile emniyet hizmetlerinin gerektirdiği teçhizat alımıyla ilgili harcamalar il özel idaresi bütçesinden karşılanabilir (İÖİK m.6).

İl çevre düzeni plânı; valinin koordinasyonunda, büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri, diğer illerde il belediyesi ve il özel idaresi ile birlikte yapılır. İl çevre düzeni plânı belediye meclisi ile il genel meclisi tarafından onaylanır. Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyelerinde il çevre düzeni planı ilgili Büyükşehir Belediyeleri tarafından yapılır veya yaptırılır ve doğrudan Belediye Meclisi tarafından onaylanır (İÖİK m.6).

Yukarıda belirttiğimiz gibi, il özel idaresi, İl Özel İdaresi Kanunu'na göre borçlanmada bulunabilirler. Borçlanma yoluyla elde edilenlerden sadece proje karşılığı alınanlar haczedilmezlik kapsamındadır. Yukarıda verdiğimiz örneklerde de anlaşılacağı üzere genelde İl özel idaresi bir proje karşılığı borçlanmaktadır. Ayrıca İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesi<sup>53</sup> İl özel idaresinin görev ve

<sup>53</sup> İl özel idaresinin görev ve hizmetleri İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; *İl özel idaresi mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla;* >> <<a) Gençlik ve spor Sağlık, tarım, sanayi ve ticaret; Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri hariç ilin çevre düzeni plânı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, kültür, sanat, turizm, sosyal hizmet ve yardımlar, yoksullara mikro kredi verilmesi, çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları; ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları

hizmetlerinin ne olduğunu belirtmiştir. İl özel idaresi bu görev ve hizmetleri yerine getirmek için borçlanabilir (İÖİK m.51/1). Genellikle bu borçlanmalar kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla yapılmaktadır. Eğer il özel idaresinin proje karşılığı borçlanmadığı gelirleri varsa ve kamu hizmetine özgülmemişlerse kanun gereği hacze konu olabilecektir. Örneğin il özel idaresi bir bankadan İÖİK m.6'da belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirmekten başka bir amaç için kredi almışsa, bu bir proje karşılığı olmadığından dolayı hacze konu olabilecektir.

## 2. İl Özel İdaresinin Vergi, Resim ve Harç Gelirleri

İl Özel İdaresi Kanunu'nun 42. maddesi il özel idaresi gelirlerini saymıştır. Bunlar arasında kanunlarla gösterilen il özel idaresi vergi<sup>54</sup>, resim, harç ve katılma payları, genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan pay ve genel ve özel bütçeli idarelerden yapılacak ödemeler yer almaktadır (İÖİK m.42/1-a,b,c)<sup>55</sup>. Vergi, harç ve resim kavramlarına değinmek gerekecektir. Vergi kamusal faaliyetlerin

---

*çinde,>> << b) İmar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma (...); orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri belediye sınırları dışında,>> <<Yapmakla görevli ve yetkilidir (İÖİK m.6).*

<sup>54</sup> “29.07.1970 tarih ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa 04.12.1985 tarih ve 3239 sayılı Kanunla değişik mükerrer 38'inci maddesine göre, belediyeler tarafından tahsil edilen emlak vergisinin %15' i il özel idarelerine verilir. 08.01.2002 tarih ve 4736 sayılı Kanunla değişik mükerrer madde 38' e göre de 27.06.1984 tarih ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun uygulandığı büyük şehir belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediyelere tahsil edilen emlak vergisi tutarının yarısı, büyük şehir belediyesi payı, bu pay ayrıldıktan sonra kalan tutarın %15' i il özel idareler payı olarak ayrılırdı. Ancak mükerrer 38'inci madde 07.12.2004 tarih ve 5272 sayılı Kanunun 87'inci maddesinin g ve 03.07.2005 tarih ve 5393 sayılı Kanunun g bendi hükmü gereğince yürürlükten kaldırıldığına göre artık il özel idarelerine emlak vergisinden pay verilmez.”, **Gözler**, C. I., s.408-409.

<sup>55</sup> İl Özel İdaresi Kanununda sayılan diğer gelirler; “Taşınır ve taşınmaz malların kira, satış ve başka suretle değerlendirilmesinden elde edilecek gelirler, il genel meclisi tarafından belirlenecek tarifelere göre tahsil edilecek hizmet karşılığı ücretler, faiz ve ceza gelirleri, bağışlar, her türlü girişim, iştirak ve faaliyetler karşılığı sağlanacak gelirler ve diğer gelirler (İÖİK m.42/1-d,e,f,g,h). “İl Özel İdaresi Kanununda sayılanlardan başka, diğer kanunlar tarafından İl Özel İdarelerine bırakılmış bazı gelir kaynakları da vardır. Örneğin 11.06.1936 tarih ve 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanununun 31'inci maddesine göre bu Kanun hükümlerine göre verilen idari para cezaları 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre tahsil olunarak ilgili il özel idaresinin hesabına aktarılır.”, **Gözler**, C. I., s.406. 5177 sayılı Maden Kanununa göre, il özel idarelerine bazı madenlerin işletme ruhsatı il özel idareleri tarafından ihale edilebilmekte ve ihale bedeli il özel idarelerinin hesaplarına yatırılmaktadır (Maden Kanunu m.7, 12, 13/6, 16/2, 29/5, geçici madde 2/2). 167 sayılı Yer Altı Suları Hakkında Kanun m.4,1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu m.4, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m.75, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu m.4, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.5, 4708 sayılı Kanun m.5, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanun m.5, 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu m.10, 5838 sayılı Kanun m.2 (**Salihoglu**, s.303-311).

gerektirdiği harcamaları karşılamak üzere başvuru en önemli araçtır<sup>56</sup>. Vergi kamusal gereksinimlerin karşılanması için özel kesimden kamu kesimine, hukuksal zor altında, karşılıksız ve kesin olarak yapılan parasal bir aktarımdır<sup>57</sup>. Harç, kamusal güce dayalı olarak, kamusal harcamaların finansmanı için, kamu idaresinin belirli edimleri ya da belirli kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığı alınan paralardır<sup>58</sup>. Resim ise, kamusal güce dayalı olarak, kamusal harcamaların finansmanı için, belirli bir hizmetin veya işin görülmesi için yetkili makamlarca verilen iznin karşılığı alınan paradır<sup>59</sup>. Bu gelirler kendiliğinden kamu hizmetine özgülenmişlerdir. Zira bu gelirlerin toplanmasındaki amaç tanımlardan da anlaşılacağı gibi kamusal harcamaların finansmanıdır.

İl özel idaresi gelirleri hakkında ayrıca bir kanun olmadığından dolayı, belediye gelirleri ile kıyas yolu ile il özel idarelerinin vergi ve harç tahsil etmesi mümkün değildir<sup>60</sup>. Ancak il özel idaresine özel bir kanunla verilmiş bir görevle ilgili vergi ve harç öngörülmüş ise bu durumda tahsilat yapılabilir. Örneğin 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan; "Yürürlüğe giren imar plânına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatları OSB tarafından verilir ve denetlenir. İşyeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesi sırasında işyeri açma ve çalışma ruhsatına ilişkin harçlar, OSB tarafından tahsil edilerek ilgili belediye veya il özel idaresi hesabına yatırılır." ifadesi karşısında bu tahsilat yapılır. Yine 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinde "Maden üretim faaliyetleri ile bu faaliyetlere dayalı ruhsat sahasındaki tesisler için işyeri açma ve çalışma ruhsatları il özel idareleri tarafından verilir. Bu ruhsatların verilmesi sırasında 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu hükümlerine göre belediyelerin tahsil ettiği işyeri açma izni harcı il özel idaresi tarafından tahsil edilir. Bu bedelin %50'si ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılmak üzere, doğrudan ilgili ilçe veya ilçelerin Köylere Hizmet Götürme Birlikleri hesabına aktarılır. Bu alanların belediyelerin mücavir alanı içerisinde kalması durumunda tahsil edilen harcın %50'si ilgili belediyenin hesabına aktarılır." İfadelerine yer vermektedir. Kanunla açıkça yetki verilmeyen durumlar dışında il özel idaresinin görevi kapsamında bulunan işler için tarife düzenleyerek harç ve ücret alması mümkün değildir<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> **Kaneti, Selim**, Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.3.

<sup>57</sup> **Kaneti**, s.4; **Oktar, Ateş**, Vergi Hukuku, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2011, s.1-4; **Karakoç, Yusuf**, Vergi Genel Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.59-63.

<sup>58</sup> **Kaneti**, s.5; **Oktar**, s.6-7; **Karakoç**, s.59-63.

<sup>59</sup> **Kaneti**, s.6; **Oktar**, s.6; **Karakoç**, s.59-63.

<sup>60</sup> **Salihoglu**, s.301, 352.

<sup>61</sup> **Salihoglu**, s.353-354.

İl özel idareleri, yaptığı işlerden harca tabi olanlar için 492 sayılı Harçlar Kanunu'na göre harçları tahsil eder<sup>62</sup>. Elektrik üretimi lisans harçları her yıl kurumlar vergisi beyannamesi verme süresi içerisinde verilen bildirim üzerine, elektrik üretim faaliyetlerinden elde edilen gayrisafi iş hasılatı esas alınarak tahakkuk ettirilir, tahakkuk ettirilen harçlar ayrıca mükellefe tebliğ edilmez ve mayıs ayı içerisinde ödenir. Genel bütçe geliri olarak kaydedilen elektrik üretimi lisans harçlarından hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretim lisans harçlarının %90'ı, haziran ayının sonuna kadar, hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretimi yapan tesisin bulunduğu yerin il özel idaresine, il özel idaresi bulunmayan yerlerde büyükşehir belediyesine aktarılır. Hesaplanarak aktarılan bu tutarlar, 02.07.2008 tarihli ve 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanuna göre belediyelere ve il özel idarelerine ayrılacak payların hesabında matraha dâhil edilmez (Harçlar Kanunu m.113/3).

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca; Belediyelerin ve il özel idarelerinin görev alanlarında kalan kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi amacıyla kullanılmak üzere 29.07.1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 8'inci ve 18'inci maddeleri uyarınca mükellef hakkında tahakkuk eden emlak vergisinin %10' u nispetinde Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunmasına Katkı Payı tahakkuk ettirilir ve ilgili belediyesince emlak vergisi ile birlikte tahsil edilir. Tahsil edilen miktar, il özel idaresi tarafından açılacak özel hesapta toplanır. Bu miktar; il özel idaresince ve belediyelerce kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi amacıyla hazırlanan projeler kapsamında kamulaştırma, projelendirme, plânlama ve uygulama konularında kullanılmak üzere il özel idaresine ve il sınırları içindeki belediyelere vali tarafından aktarılır ve bu pay valinin denetiminde kullanılır. İl özel idarelerince yapılan projeler için kullanılan miktar özel hesabın %30'unu geçemez. Bu madde uyarınca tahakkuk eden katkı payları hakkında 1319 sayılı Kanunun üçüncü kısmı hükümleri uygulanır. Katkı paylarına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığı ile Bakanlık tarafından belirlenir. Yukarıdaki hükümlere göre, taşınmaz kültür varlıklarının korunmasına katkı payı olarak tahsil olunan miktarlar tahsil edildiği ayı takip eden ayın onuncu günü akşamına kadar il özel idarelerine bir bildirim ile beyan edilerek aynı süre içinde ödenir. Tahsil ettikleri katkı payını yukarıda belirtilen süre içinde il özel idarelerine yatırmayan belediyelerden, bu katkı payları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre gecikme zammı tatbik edilerek tahsil edilir. Belediye başkanları, belediyelerin tahsil ettikleri paylardan il özel idarelerine ödemeleri gereken taşınmaz kültür varlıklarının korunmasına katkı paylarının, zamanında ve tam olarak ödenmesini sağlamakla

---

<sup>62</sup> **Salihoglu**, s.303.

yükümlüdür. Ödenmeyen paylar, ilgili il özel idaresinin talebi üzerine ilgili belediyenin İller Bankasından aldığı genel bütçe vergi gelirleri payından kesilerek talep eden özel idareye gönderilir.

İl özel idaresinin gelirlerinden en önemlisi, il özel idaresine genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan paylardır (İÖİK m.42/1-b)<sup>63</sup>. Anayasanın 127. maddesinin son hükmü mahalli idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynaklarının sağlanması gerektiğini düzenlemiştir. Bu amaçla İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un<sup>64</sup> ile belediyeler ve il özel idarelerine genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden belirli oranda pay verilmesi esası getirilmiştir. Genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamının yüzde 1,50'si büyükşehir dışındaki belediyelere, yüzde 4,50'si büyükşehirlerdeki ilçe belediyelerine ve yüzde 0,5'i il özel idarelerine ayrılır (İl özel idarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun m.2/2). Bu Kanun' un 7/1 maddesine göre kanunda, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen paylar vergi hükmündedir.

Bu açıklamalardan sonra İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son hükmünde il özel idaresinin vergi, resim ve harçlarının haczedilemeyeceği belirtilmiştir<sup>65</sup>. Bunların haczedilememesi için fiilen kamu hizmetine tahsis edilmesine gerek yoktur<sup>66</sup>. Ayrıca bu tür gelirlerden olmasa bile kamu hizmetinde fiilen kullanılan

<sup>63</sup> Gözler, C. I., s.406.

<sup>64</sup> 5779 sayılı İl özel idarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun, Kabul Tarihi 02.07.2008, RG, T. 15.07.2008, S. 26937.

<sup>65</sup> “Öte yandan Halk Bankası Mersin Merkez şubesindeki hesapta haczedilen borçlu idareye ait paraların gelir vergileri ile bunların ferilerinden oluştuğu bilirkişi raporu ile tespit edildiği ve bu paraların niteliği gereği haczi kabil olmadığı halde, anılan hesap üzerindeki haczin kaldırılması talebinin reddine karar verilmesi yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”, **Y12HD**, 01.06.2010 T., 1139 E., 13422 K. (nakleden **Kuru**, El Kitabı, s.506; **MİHDER**, C. 7, S. 19, 2011, s.126).

<sup>66</sup> “5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca, borçlu idarenin bankadaki hesaplarındaki vergi, resim, harç gibi niteliği gereği haczi kabil olmayan gelirleri dışında kalan kira geliri niteliğindeki paraların kamu hizmetlerinde fiilen kullanılıp kullanılmadığı belirlenmeden bu hesaplar üzerindeki haczin kaldırılması doğru değildir.”, **Y12HD**, 01.06.2010 T., 1139 E., 13422 K. (**Kuru**, El Kitabı, s.505-506; **MİHDER**, C. 7, S. 19, 2011, s.125-126). “Somut olayda, haczedilmezlik şikayetine konu olan posta çeki hesabının vergi, resim ve harçlardan oluşan bir hesap olduğu, bilirkişi raporu ve dosyadaki mevcut bilgilerle belirlenmiş olup, mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Şikayete konu olan hesabın bu niteliği (kaynağının vergi, resim ve harç oluşu) haczedilmezlik şikayetinin kabulüne yeterli olup, ayrıca hesaptaki paranın fiilen kamu hizmetinde kullanılması zorunlu değildir.”, **Y12HD**, 03.07.2012 T., 4176 E., 23357 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014). Benzer yönde **Y12HD**, 27.03.2007 T., 3536 E., 5800 K. (nakleden **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s.2364).

paralar haczedilemez<sup>67</sup>. Ancak Yargıtay içtihat değişikliğine giderek; paranın haczedilememesi için vergi, resim ve harç niteliğinde olması gerektiği, bunun haricinde kalan paranın niteliği gereği fiilen kamu hizmetinde kullanıldığından bahsedilmeyeceği, yani “fiilen kamu hizmetinde kullanılma” ilkesinin “para” yönünden uygulanabilirliği bulunmadığı bu yüzden vergi, resim ve harç niteliğinde olmayan paraların haczedilebileceği belirtilmiştir<sup>68</sup>. Postacıoğlu, bu duruma işaret etmiştir. Şöyle ki; “Belediyenin akardan elde ettikleri de bilhassa bütçede yer almakta ve bu sebeple bir amme hizmetinin ifasına mahsus bulunmaktadır. Eğer gelirlerin amme hizmetine muhasses olmak itibarıyla haczedilemeyeceği neticesine varılacak olursa, o zaman akarın da haczine cevaz vermemek iktiza eder ki, bu, kanunun lafzına aykırı olur. Amme hizmetine muhasses olma keyfiyeti bundan böyle sadece emval hakkında hüküm ifade etmek, paralara şamil bulunmamak lazımdır. Meğerki para vergi ve resimlerden elde edilmiş olsun.”<sup>69</sup>. Belgesay, borçlunun haciz edilemeyen bir malını satarak bedelini tahsil ederse bu tahsilatın haczedilebileceğini. Fakat borçlu haciz edilemeyen mallarını, aynı mahiyette malları iktisap için satmış ise elinde bulunan bedeli haczedilemez olduğunu belirtmiştir<sup>70</sup>. Eğer İl özel idaresi kamu hizmetin-

<sup>67</sup> “İlgili idarenin haczedilen hesabındaki paraları su gelirleri ve atık su bedelinden oluşmaktadır. Bu nedenle bu paraların yukarıda açıklanan yasa maddesinde öngörüldüğü şekilde kamu hizmetinde fiilen kullanılan paralar olup-olmadığı yöntemince araştırılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde şikayetin kabulü yönünde hüküm kurulması isabetsizdir.”, **Y12HD**, 20.03.2007 T., 2592 E., 5250 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); “Banka hesabındaki paranın vergi, resim ve harç niteliğinde” olması veya kamu hizmetine fiilen tahsis edilmesi halinde haczedilemeyeceği düşünülmelidir. O halde, şikayetin yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda incelenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 08.04.2006 T., 6102 E., 9448 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

<sup>68</sup> “Bu durumda “fiilen kamu hizmetinde kullanılma” ilkesinin “para” yönünden uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Aksinin kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Öte yandan, aynı hesaptan daha önce kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla harcama yapılmış olması, daha sonra da aynı amaçla harcama yapılacağını garanti etmeyeceğinden kamu hizmetinde kullanılacağı varsayımına dayalı olarak sonuca gidilemez. O halde mahkemece şikayetin yukarıda açıklanan nedenlerle reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 21.11.2011 T., 6618 E., 27104 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); aynı yönde **Y12HD**, 21.01.2013 T., 2012/25364 E., 2013/1400 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

<sup>69</sup> **Postacıoğlu**, s.371. “... otogardan elde edilen kira gelirine haciz tatbik edilmiş olup, dosyanın incelenmesinden bu gayrimenkullerin ... gelir getirmek amacıyla kiraya verildiği ve bu haliyle akar bir mal niteliğinde olduğu anlaşıldığı gibi haciz tatbik edilen kira gelirlerinin ... Meclisi Kararı ile kamu hizmetine tahsis edilmiş olmasının bu gelirlere kamu hizmetine tahsis edilmiş emval ve eşya niteliğinin kazandırdığını da kabule olanak bulunmamaktadır. Madde hükmünde belirtilen kamu hizmetine tahsis edilmişken, ... hizmetlerine tahsis edilen araç, gereç, bina, Pazar yeri, park, bahçe gibi fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş ve fiilen kamu hizmetinde kullanılan emvali anlamak gerekmektedir.” **Danıştay 3D**, 02.07.1992 T., 507 E., 25641 K. (nakleden **Pazarıcı**, s.59-60).

<sup>70</sup> **Belgesay**, s.206, No: 405; aynı yönde **Üstündağ**, s.186; “Federal Mahkeme tatbikatında, haczedilemeyen mal yerine kaim olan paranın, yeni bir haczedilemeyen mala tahsis edileceği muhakkak ise veya halin hususiyetlerine göre bu tarzda hareket edileceği kabul edilirse, haczedilemeyecektir.”, **Üstündağ**, s.186.

de fiilen kullanılan bir malını, aynı mahiyette bir mal iktisap etmek için satmışsa İl özel idaresinin bu elde ettiği gelir haczedilemeyecektir.

### 3. İl Özel İdaresine Yapılan Şartlı Bağışlar

İl özel idaresi Kanuna göre il özel idaresinin gelirlerinden bir tanesi bağışlardır (İÖİK m.42/1-g, 7/1-d). Bağışlama sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlar arası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m.285/1). Bağışlama, bir koşula bağlanarak yapılabilir (TBK m.290/1). Hatta bağışlayan bağışlamasına yüklemeler koyabilir (TBK m.291/1). Bağışlayan, sözleşme gereğince bağışlanan tarafından kabul edilmiş olan yüklemelerin yerine getirilmesini isteyebilir. Kamu yararına olarak bağışlamaya konulmuş olan bir yüklemenin yerine getirilmesini isteme yetkisi, bağışlayanın ölümünden sonra, ilgili kamu kurumuna geçer (TBK m.291/2,3). Bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan, yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilir (TBK m.291/4).

İl özel idaresinde şartsız bağışları kabul etme yetkisi valinin yetkisindedir<sup>71</sup> (İÖİK m.30/1-l). Ancak şartlı bağışları kabul etme yetkisi il genel meclisinin yetkisindedir (İÖİK m.10/1-g). Şartlı bağışlar il özel idaresine bir yükümlülük getirdiğinden dolayı bu bağışı kabul etme yetkisi il genel meclisine bırakılmıştır. Şartlı bağışlar normal şartsız bağışların aksine bağışı kabul edene yükümlülük getirebilir. Hatta bu yükümlülük neticesi bir gider ortaya çıkabilir. Şartlı bağışlarla ilgili yapılacak harcamalar il özel idaresinin giderleri arasında yer almaktadır (İÖİK m.43/1-d). İl Özel İdaresi Kanunu bu nedenle şartlı olarak il özel idaresine yapılan bağışların hacze konu olamayacağını hükme bağlamıştır. Şartsız olarak il özel idaresine yapılan bağışlar ise haczin konusu olabilecektir. Örneğin, İl özel idaresine taşınmaz bağışlanması ve bu taşınmaza okul yapılması şartının konulması, park yaptırılması için taşınmaz bağışlanması, belirli miktar paranın aşevlerinde kullanılması şartı gibi bağışlar şartlı bağıştır ve böyle bağışlanan şeyler İl Özel İdaresi Kanunu gereğince hacze konu olamayacaktır. Ancak hiçbir şart öne sürülmeden il özel idaresine yapılacak bağışlar haczedilebilecektir.

<sup>71</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 40. maddesinde, şartlı bağış ve yardımları kabul etme yetkisi üst yöneticilere verilmiştir. Kanunun 11. Maddesine göre üst yönetici İl özel idarelerinde validir. Ancak 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununda şartlı bağış ve yardımları kabul etme yetkisi il genel meclisine; şartsız bağışları kabul etme yetkisi valiye verilmiştir.



#### 4. İl Özel İdaresinin Kamu Hizmetlerinde Fiilen Kullanılan Malları

Yukarıda devlet malının haczedilememesi bahsinde belirttiğimiz gibi devlet tüzel kişiliğinin hem özel malları hem de kamu malları haczedilemez<sup>72</sup>. Ancak mahalli idarelerden olan il özel idaresinin ise sadece kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallarının haczedilemeyeceğini düzenlemiştir (İÖİK m.7/son)<sup>73</sup>.

Kamu malı terimiyle, hem kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu kamu hukukuna ve özel hukuka tabi bütün malları kastedilmekte, hem de kamu tüzel kişilerinin sadece kamu hukukuna tabi malları, yani kamusal malları kastedilmektedir<sup>74</sup>. İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son fıkrasındaki kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallarından kastedilen ise il özel idaresinin sadece kamu hukukuna tabi mallarıdır. Burada kastedilen özel hukuka tabi malları değildir.

Yasal düzenlemelerde kamu malının tanımı bulunmamaktadır<sup>75</sup>. Doktrinde kamu malı, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan menkul ve gayrimenkul mallardan, kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilen ya da özel bir dü-

<sup>72</sup> **Olgaç/ Köymen**, s.656; **Ansay**, s.100; **Üstündağ**, s.177, dipnot 519a; **Gözler**, C. II, s.876; **Tan**, s.570; **Gülan**, “*Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?*”, s.22. Devletin özel-kamu malı, kamu hizmetinde kullanılan kullanılmayan malları ayrımı yapılmadan, tüm devlet mallarının haczedilememesi doktrinde eleştirilmiştir ve devletin sadece kamu hizmetinde kullanılan mallarının haczedilmezlik kapsamında olması gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. **Üstündağ**, s.177, dipnot 519a; **Gürdoğan**, s.70; **Gülan**, “*Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?*”, s.223 vd.. “İcra ve İflas Hukukunda haczi mümkün olmayan devlet mallarının tarifi yapılmadığından, uygulamada bu husus çok geniş yorumlanmakta ve alacaklılar aleyhine adil olmayan durumlar ortaya çıkmaktadır.”, **Karşlı**, s.485. “İcra ve İflas Kanunu m.82/1’in “söz konusu kamu kuruluşunun kendine yüklenen fonksiyonları yerine getirebilmesi için zorunlu araçların haczedilmemesi” şeklinde anlaşılması amaca daha uygun düşen bir yorum olacaktır. İİK m.82 hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.”, **Karşlı**, s.485.

<sup>73</sup> “Borçlu ... mevduatlarının haczedildiği tarih esas alındığında olayda, 13.07.2005 günü yürürlüğe giren 5393 Sayılı Yasanın 15 /son uygulanması zorunludur. Bu maddeye göre haczedilmezlik şikayetinin kabul edilebilmesi için mahcuzların kamu hizmetinde (fiilen) kullanılması gerekli bulunmaktadır.”, **Y12HD**, 06.10.2005 T., 20379 E., 19096 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

<sup>74</sup> **Lütfi Duran**, “Kamusal Malların Ölçütü”, **AİD**, C:19, S:3, 1986, s.49, **Gözler**, C. II, s.819, **Akyılmaz/Sezginer/Kaya** s.574, **Atay**, s.603-605, **Gözübüyük**, s.263, **Karatepe**, s.185, 186, **Çağlayan**, s.589, **Gülan, Aydın**, *Günüşünde Yönetim, Kamu Malları*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996, s.574-575.

<sup>75</sup> Anayasa mahkemesi’ ne göre “doğal nitelikleri gereği herkesin ortak yararlanmasına açık olan sahipsiz mallar ile kamu tüzelkişileri tarafından herkesin ya da halkın bir kısmının yararlanmasına ayrılan orta malları ve kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin konusu ve aracı olan mallar, kamu malı olarak tanımlanabilir”, Anayasa Mahkemesi, 31.1.1997, E. 1996/66-K. 1997/7, (RG, T. 28.10.1997, S. 23154). Danıştay’a göre ise “idare hukuku ilkelerine göre kamunun kullanma ve yararlanmasına ait olan veya bu amaca tahsis edilen eşya ve mallarla bir kamu hizmetinin unsuru ve ayrılmaz parçası sayılabilecek olan mallar kamu malları olarak kabul edilmektedir”, Danıştay 3.D, 13.10.1980, E. 996/66-K.980/181, (Danıştay Dergisi, sayı:44-45, s.54).

zenleme ile kamu hizmetine tahsis edilen mallar olarak tanımlanmıştır<sup>76</sup>. Bir malın kamu malı sayılabilmesi için, o mal bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunmalı<sup>77</sup> ve o mal, kamu yararına tahsis edilmelidir<sup>78</sup>. Bir malın kamu malı olabilmesi için her şeyden önce bir kamu tüzel kişinin, yani devletin, mahalli idarelerin veya kamu kurumlarının mülkiyetinde bulunması gerekir<sup>79</sup>. Bu nedenle il özel idaresi tüzel kişiliğine ait olması, o malın kamu malı olması için ilk şarttır. İl özel idaresinin mülkiyetinde bulunan bir malın kamu malı olabilmesi için, bu malın kamu yararına tahsis edilmiş olması gerekir. Kamu yararına tahsis şartının gerçekleşebilmesi için de iki alternatif şart gerekir: ya söz konusu mal kamunun doğrudan kullanımına sunulmuş olmalı (yani kullanılmalı) ya da kamu hizmeti ihtiyaçlarına tahsis edilmiş olması gerekir<sup>80</sup>.

Kamu malları, tahsis edildikleri amaçlara göre sahihsiz mallar, orta malları ve hizmet malları olmak üzere üçe ayrılmaktadırlar<sup>81</sup>. Sahipsiz mallar, üzerinde

<sup>76</sup> Duran, Kamusal Mal, s.51; Gülan, s.580; Karatepe, s.186.; Gözler, C. II, s.820; Gözübüyük/ Tan, s.1076-1077; Tan, s.552-553; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.574; Çağlayan, s.591; Onar'a göre; "amme hükmi şahıslarının ellerinde bulunan menkul ve gayrimenkul mallardan amme tarafından istifade edilenlerle bir amme hizmetine o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek şekilde bağlanmış olanlar amme emlakidir." Onar, C.II, s.1312; Eroğlu'na göre "kamu tüzel kişilerinin ellerinde bulunan taşınır ve taşınmaz mallardan kamu tarafından istifade edilenlerle bir kamu hizmet ve faaliyetine yarayan, tahsis edilen mallar ve sahihsiz mallara kamu malları (amme emlakı) denilir." Eroğlu, s.313.

<sup>77</sup> "İİK m.82/1-1 hükmü, Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkindir. Bu hüküm, Devletin kiralamış olduğu bir bina için Devlete karşı tahliye takibi (İİK m.269 vd.) yapılmasına ve yerin (binanın) tahliye edilmesine engel değildir.", Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.269.

<sup>78</sup> Gözler, C. II, s.821; Tan, s.552-553.

<sup>79</sup> Gözler, C. II, s.821; Tan, s.552-553; Atay, s.606; Gözübüyük/ Tan, s.1077; Çağlayan, s.591; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.574; Karatepe; s.186-187.

<sup>80</sup> Gözler, C. II, s.822-823; Tan, s.552-553; Atay, s.604, 606; Gülan, s.580; Gözübüyük/Tan, s.1077; Çağlayan, s.591; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.574; Karatepe, s.186-187.

<sup>81</sup> Onar C.,II, s.1314; Gülan, s.582; Gözler, C. II, s.826; Tan, s.553; Eroğlu, s.314; Giritli/ Bilgen/ Akgüner, s.715; Atay, s.606; Karatepe, s.187; Gözübüyük/ Tan, s.1078; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.574. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 16. maddesi kamu malını sınıflandırmaktadır. Hüküm şu şekildedir; " Madde 16 – Kamunun ortak kullanılmasına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahihsiz yerlerden:/ A) Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, (Hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgâh, cami genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar ve benzeri hizmet malları) kayıt, belge veya özel kanunlarına göre Hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye köy veya mahalli idare birlikleri tüzelkişiliği, adlarına tespit olunur./ B) Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı veya parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanı ile ispat edilen orta malı taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır. Bu sınırlandırma tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil

mülkiyet kurulmaya elverişli olan, ama şimdiye kadar üzerlerinde bir özel mülkiyet kurulmamış mallardır. Örneğin özel mülkiyet altında bulunmayan kayalar, tepeler, dağlar, sular, deniz kıyıları sahipsiz mallardır. Bu gibi yerler doğal nitelikleri itibarıyla kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmişlerdir<sup>82</sup>. Medeni Kanuna göre sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz (TMK m.715). Sahipsiz mallar genellikle devlet tüzel kişiliğine aittir. Bu yüzden hacze konu olamazlar.

Orta malları, doğal nitelikleri veya örf ve adet veya tahsis suretlerine göre kamunun doğrudan kullanılmasına veya yararlanmasına açık olan mallardır. Örneğin yollar, meydanlar, pazar ve panayır yerleri, mezarlıklar, parklar böyledir. Bu tür mallar çoğunlukla idarenin alacağı bir idari kararla halkın doğrudan kullanımına ve yararlanmasına tahsis edilir. Örneğin İl özel idaresi bir yere okul yapar ve orası öğrencilere tahsis edilir. İl özel idaresi bir arsayı oyun parkı haline getirir ve orayı çocukların kullanımına tahsis eder. Ancak bir malın orta malı olabilmesi için kamunun ortak kullanımına veya yararlanmasına bir idari kararla tahsis edilmiş olmasına her zaman gerek yoktur. Bu tahsis bazen örf ve adet yoluyla yapılmaktadır. Bazı yerler çok eski zamanlardan beri yol veya pazar yeridir. Bazı yolları il özel idaresine tahsis kararıyla açar. Ancak şehir merkezlerindeki eski yolların birçoğu kadim yollardır. Bunlar il özel idaresinin bir tahsis kararı nedeniyle orta malı değildir. Bir malın orta malı olması için, o malı halkın doğrudan doğruya kullanması veya o maldan halkın doğrudan doğruya yararlanması gerekir<sup>83</sup>.

Hizmet malları, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan ve bir kamu hizmetine tahsis edilmiş olan mallardır. Örneğin, okul binası, hastane binası, adliye binası, il özel idaresi hizmet binası, il özel idaresi meclis binası, il özel idaresi makine garajı, il özel idaresi kültür merkezi binaları, kütüphane binaları gibi mallar hizmet malı teşkil eder<sup>84</sup>. Ancak kamu tüzel kişilerinin hizmette kullandıkları mal-

---

etmezler. Yol, meydan, köprü gibi orta malları ise haritasında gösterilmekle yetinilir./ C) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, istisnalar saklıdır./ D) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanunları hükümlerine tabidir.”

<sup>82</sup> Onar C.,II, s.1314; Gülan, s.586; Gözler, C. II, s.826; Tan, s.553-554; Giritli/ Bilgen/ Akgüner, s.715; Atay, s.606-608; Karatepe, s.187-188; Gözübüyük/ Tan, s.1079-1080; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.576; Çağlayan, s.592.

<sup>83</sup> Onar, C.,II, s.1314; Gülan, s.583-584; Gözler, C. II, s.828-829; Giritli/ Bilgen/ Akgüner, s.716-717; Tan, s.554; Atay, s.608; Karatepe, s.191-192; Eroğlu, s.314; Gözübüyük/ Tan, s.1080-1081 Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.576; Çağlayan, s.592.

<sup>84</sup> Duran, Kamusal Mal, s.50; Gülan, s..585.

ların kamu malı sayılabilmesi için bu malların özel bir düzenlemeye tabi tutularak kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerekir<sup>85</sup>. Hizmet mallarının orta mallarından farkı, bunların kamunun doğrudan değil, dolaylı bir şekilde kullanmasıdır<sup>86</sup>.

Ayrıca bu bölümde bir kamu tüzel kişisine ait olan malın kamu malı niteliğinin kazanılmasına değinmek gerekir. Bir malın kamu malı niteliğini kazanabilmesi için, önce bu malın hukuki işlemler (alım, satım, kamulaştırma gibi) veya maddi olaylar (denizin geri çekilmesi veya gölün kuruması ile ortaya çıkan toprak parçası gibi) yoluyla idarenin malları arasına girmesi gerekir. Daha sonra idarenin mülkiyetinde bulunan bu malın kamu hizmetine özgülenmesi gerekir. Bu işleme tahsis işlemi denir<sup>87</sup>. Tahsis, bir malın kamu yararı amacına özgülenmesi sonucunu doğuran hukuki işlem veya maddi olaydır<sup>88</sup>. Malın oluşumu ve niteliğine göre tahsis işlemi de farklılık taşımaktadır<sup>89</sup>. Tabii kamu mallarının<sup>90</sup> kamu malı niteliği kazanması kendiliğinden ve otomatik olarak olmuştur ve olmaktadır. Bunun için bir idari işlem yapılmasına gerek yoktur. Akarsular, göller, denizler, kıyılar, sahil şeritleri gibi mallar bu tür kamu mallarına örnektir. Sırf doğal niteliklerinden dolayı kamu malı niteliğinde sayılır<sup>91</sup>. Sun'î kamu mallarının<sup>92</sup> kamu malı haline gelebilmesi için önce bu malların idarenin mülkiyetine girmesi, daha sonra da bunların kamu yararına tahsis edilmeleri gerekir. Sun'î kamu mallarının kamu yararına tahsis edilmeleri, örf ve adet yoluyla ve tahsis işlemi yoluyla olmak üzere iki değişik şekilde olmaktadır<sup>93</sup>. Örf ve adet

<sup>85</sup> Onar, C. II, s.1314; Gülan, s.584-585; Gözler, C. II, s.829; Tan, s.555; Atay, s.608-609; Giritli/ Bilgen/ Akgüner, s.716-717; Karatepe, s.193; Gözübüyük/ Tan, s.1081-1084; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.575; Çağlayan, s.592.

<sup>86</sup> Gözler, C. II, s.829; Tan, s.555.

<sup>87</sup> Giritli/ Bilgen/ Akgüner, s.728; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 577; Tan, s.560; Gözübüyük/ Tan, s.1091.

<sup>88</sup> Gözler, C. II, s.842; Tan, s.560; Gözübüyük/Tan, s.1091; Atay, s.617-618; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 577; Çağlayan, s.593; Onar'a göre, "Tahsis bir Devlet malını umumun faydalanmasına koyan veya bir amme hizmetine bağlayan, diğer tabirle, hususi emlakî, orta malı veya hizmet malı kategorisine koyan veya amme hizmetinin vasıtası haline getiren bir idari tasarruftur." Onar, C. II, s.1340-1341.

<sup>89</sup> Çağlayan, s.594.

<sup>90</sup> "Doğal olaylar sonucunda oluşmuş niteliklere sahip buldukları için özel hukuki rejime tabu tutulanlara doğal kamu malı" denir. Gülan, s.588.

<sup>91</sup> Onar, C. II, s.1338; Gözler, C. II, s.843; Tan, s.560; Gülan, s.588; Gözübüyük, s.264; Giritli/ Bilgen/ Akgüner, s.728; Atay, s.617; Gözübüyük/ Tan, s.1092; Eroğlu, s.323; Karatepe, s.197-198; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.578; Çağlayan, s.594.

<sup>92</sup> "Sonradan insan etkisiyle biçimlenmiş ve kamu malı statüsüne girmiş olanlara yapay kamu malları" denir. Gülan, s.588

<sup>93</sup> Onar, C. II, s.1338; Gözler, C. II, s.844; Gülan, s.588; Gözübüyük, s.264; Giritli/ Bilgen/ Akgüner, s.729; Atay, s.617-618; Gözübüyük/Tan, s.1092; Eroğlu, s.323-324; Karatepe, s.197-198; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.578; Çağlayan, s.594.

yoluyla tahsis, özellikle yollar, meydanlar, pazar ve panayır yerleri gibi bir kısmı kamunun doğrudan kullanımına kadimden beri açıktır. Buralardan halk çok eski zamanlardan beri doğrudan yararlanmakta ve gerek halkta, gerek kamu makamlarında buraların kamu malı olduğu yolunda genel bir inanç bulunmaktadır. Bu gibi yerler, kamu tüzel kişileri tarafından idari bir kararla bir başka amaca tahsis edilmedikçe, kamu yararına tahsis edilmiş sayılırlar ve bu gibi yerler kamu malı sayılırlar. Örneğin şehrin tarihi mahallesindeki bilinmeyen zamanlardan beri kullanılan bir yol kamu malıdır. Bunun için İl özel idaresinin ayrıca bir tahsis işlemi yapmasına gerek yoktur<sup>94</sup>.

Sun'î kamu mallarından örf ve adet yoluyla kamu yararına tahsis edilmemiş olanlarının kamu malı sayılabilmeleri için bunların idari bir kararla kamu yararına tahsis edilmeleri gerekir. Bu karara tahsis kararı denir. Tahsis kararı da fiili tahsis ve formel tahsis olmak üzere iki şekilde olabilir<sup>95</sup>. Fiili tahsis durumunda idarenin aldığı özel ve ayrı bir tahsis kararı yoktur. Ama idarenin kamunun doğrudan kullanımını veya kamu hizmeti için yaptığı bir tesis veya bina vardır. İdarenin bu tesis veya binayı inşa etme kararı alması ve bunu inşa edip halkın doğrudan yararlanmasına sunması veya kamu hizmetinde kullanması onun fiilen kamu yararına tahsis edildiği ve dolayısıyla kamu malı haline geldiği anlamına gelir<sup>96</sup>. Formel tahsis idarenin aldığı sarıh bir idari kararla bir malın kamu yararına özgülenmesidir. Tahsis yetkisi söz konusu malın mülkiyetine sahip olan kamu tüzel kişisine aittir. Bir malın kamu yararına tahsis edildiğini söyleyebilmek için, bu malın ya kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmesi, ya da kamu hizmetlerine tahsis edilmesi gerekir. Yollar, meydanlar, pazar yerleri, haller, panayır yerleri, stadyumlar, camiler gibi mallar halkın doğrudan kullanımına tahsis edilir<sup>97</sup>.

İl özel idaresinde, il özel idaresine ait bir malın kamu yararına tahsis edilmesi, il genel meclisinin görev ve yetkisindedir (İÖİK m.10/1-f). Bu tahsis kararına ilişkin il genel meclisinin kararını uygulamak il encümeninin görev ve yetkisindedir (İÖİK m.26/1-g). İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son hükmü haczedilmezlik için tahsis kararını yeterli görmemekte, bu malların kamunun hizmetinde fiilen

<sup>94</sup> Onar, C:II, s.1340; Gözler, C. II, s.844; Eroğlu, s.323.

<sup>95</sup> Onar, C:II, s.1340-1341; Gözler, C. II, s.845; Eroğlu, s.323-324.

<sup>96</sup> Gözler, C. II, s.845; "... 'kendiliğinden kamuya tahsisli' taşınır ve taşınmaz mallarının kamuya tahsis kararına gerek bulunmadan haczedilemeyecekleri yerleşik Yargıtay İçtihatları ile kabul edilmiştir. Bu durumda 5302 no.lu icra dosyasında haczedilen menkullerden fotoğraf makinası, klima ve bilgisayarın haciz tarihi kamuya tahsis tarihinden önceye ilişkin bulunduğu ve mahcuzların kendiliğinden kamuya tahsisli nitelikte olmadığı da gözetilerek, mahkemece anılan mallar hakkındaki şikayetin reddi yasaya uygundur.", Y12HD, 07.04.2005 T., 4076 E., 7499 K. (nakleden Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s.274, dipnot 234; Uyar, C. 5, s.7063-7064), aynı yönde Y12HD, 06.07.2006 T., 11472 E., 14746 K. (nakleden Muşul, C. I, s.588, dipnot 309).

<sup>97</sup> Gözler, C. II, s.845-846.

kullanılmasını aramaktadır<sup>98</sup>. Ayrıca kamuya tahsis kararının hacizden önce var olması gerekir<sup>99</sup>. Buna göre ancak kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallar haczedilemeyecektir. Örneğin, il özel idaresi kamyonları, vidanjörleri, cenaze arabaları, yol yapım ve bakımı için kullanılan araçları (greyder, dozer vs.), kışın kar nedeniyle kapanan yolları açmak için kullanılan araçları (rotatif, kar bıçaklı kamyon), hizmet binaları, itfaiye garajı ve garaj bakım binası, toptancı hali<sup>100</sup>, yeşil saha, yol ve otogar, il özel idaresi tarafından kamulaştırılmış taşınmazlar kamu hizmetlerinde fiilen kullanıldıkları için haczedilemezler<sup>101</sup>.

### III. İL ÖZEL İDARESİ MALLARININ HACZEDİLEBİLEN MALLARI

Bu bölümde İl özel idaresinin mallarının haczedilebilmesini hem İcra ve İflas Kanunu hem de Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun çerçevesinde yapılan takipler bakımından inceleyeceğiz.

İcra ve İflas Kanunu çerçevesi kapsamında yapılan takiplerde İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinin ikinci cümlesinin yollaması ve İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son maddesine göre il özel idaresinin hangi mallarının haczedilemeyeceğini önceki bölümde değindik. Yukarıda belirttiklerimizin haricinde kalan il özel idaresinin malları hacze konu olabilecektir<sup>102</sup>. İcra ve İflas Kanunu'nun 82/1 hükmüne göre devletin hem kamu malları

<sup>98</sup> **Muşul**, C. I, s.587; "Somut olayda borçlu ... haczedilen araçların kullanım durumlarına ilişkin 02.06.2005 tarihli ... Meclis kararı sunmuş olup, mahkemece haczedilen araçlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadıkları tespit edildikten sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.", **Y12HD**, 25.09.2007 T., 12887 E., 16933 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); "Bu durumda haczedilmezlik şikayetinin kabul edilebilmesi için mahcuzların kamu hizmetinde fiilen kullanılması gerekli olup, gerekçede yer verilen kamuya tahsis kararı alınmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır.", **Y12HD**, 14.01.2010 T., 2009/29032 E., 2010/627 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

<sup>99</sup> "Bu durumda 5302 no.lu icra dosyasında haczedilen menkullerden fotoğraf makinası, klima ve bilgisayarın haciz tarihi kamuya tahsis tarihinden önceye ilişkin bulunduğu ve mahcuzların kendiliğinden kamuya tahsisli nitelikte olmadığı da gözetilerek, mahkemece anılan mallar hakkındaki şikayetin reddi yasaya uygundur.", **Y12HD**, 07.04.2005 T., 4076 E., 7499 K. (nakleden **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkay/ Özekes**, s.274, dipnot 234, **Uyar**, C. 5, s.7063-7064).

<sup>100</sup> "... tanzim satışlarına tahsis olunan dükkânlar amme hizmetine muhassas olduğundan haczedilemez...", **YİİD**, 06.07.1957 T., 367 E., 3900 K. (nakleden **Pazarıcı**, s.59).

<sup>101</sup> **Kuru**, El Kitabı, s.505.

<sup>102</sup> "04.03.2005 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 3. maddesine göre İl özel idaresi, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olup, aynı kanunun 7. maddesinin son fıkrası uyarınca ise; 'İl özel idaresinin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelirleri, vergi, resim ve harçları, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilemez.'/ Maddede özel idarenin hangi mallarının haczedilemeyeceği sayılmış olmakla, bunlar dışında kalanların haczedilebileceğinin kabulü gerekir.", **Y12HD**, 27.03.2007 T., 3536 E., 5800 K. (nakleden **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s.2363-2364).

hem de özel malları haczin konusunu oluşturamayacaktır<sup>103</sup>. Ancak İl Özel İdaresi Kanunu'na göre il özel idaresinin yalnız 7/son'da belirtilen malları haczedilemeyecek, bunun harici kalan il özel idaresinin özel malları haczedilebilecektir<sup>104</sup>. İl özel idarelerinin kamu hizmetine tahsis edilmeyip özel hukuk hükümlerine tabi bulunan malları ve bunların gelirleri haczedilebilir. Bir mal kiraya verilen bir gayrimenkul ise ve emlak vergisine de tabi ise, bu mal kamu hizmetine tahsis edilmemiş olup, özel hukuk hükümlerine tabi ve haczi kabildir<sup>105</sup>. Belgesay, kamu hizmetine tahsis edilmemiş menkul ve gayrimenkul mallarının ister irad getirsin ister getirmesin haciz edilebileceği görüşündedir<sup>106</sup>. Ancak Postacıoğlu, gayrimenkuller için emlak vergisine tabi bulunması, haczinin caiz bulunmasını icap eder<sup>107</sup>. Ancak Emlak Vergisi Kanunu'na göre bu vergiler belediyece tahsil edilmektedir (EVK m.11, 21) ve il özel idaresinin kamu hizmetine ayrılan veya kamunun yararlanmasına açık, gelir getirmeyen taşınmaz malları ile bunların inşa ve kullanımları katma değer vergisi ile özel tüketim vergisi hariç her türlü vergi, resim, harç, katkı ve katılma paylarından muafır (İÖİK m.8). Yani il özel idaresinin özel hukuk hükümlerine tabi olan, kiralanmış malları ve bunların gelirleri haczedilebilir<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> **Gözler**, C. II, s.876; **Kaplan, İbrahim**, “Belediye ve İl özel idarelerine Ait Gayrimenkuller Üzerinde Bankalar Lehine Kurulan İpotekler ve Bunların Paraya Çevrilmesinde Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sorunlar”, AÜSBFD, C. 47, S. 3, 1992, s.189..

<sup>104</sup> **Kuru**, Haczi Caiz Olmayan, s.286; **Kaplan**, s.189; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s.274-275.

<sup>105</sup> **Kuru**, Haczi Caiz Olmayan, s.286; **Kaplan**, s.189.

<sup>106</sup> **Belgesay**, s.219, No: 437; Mesela, mahalli idarelere vasiyet edilmiş ve mahalli idare tarafından henüz bir cihete tahsis edilmemiş menkul mallar veya umumi bir hizmete tahsis edilmemiş arsalar haciz edilebilir.”, **Belgesay**, s.219, No: 437.

<sup>107</sup> **Postacıoğlu**, s.371.

<sup>108</sup> **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s.275; “Somut olayda, şikâyetçi ... ait 710 parsel sayılı taşınmazın tarla vasfında olduğu ve 16.3.2006 tarihinde yıllık 30 TL karşılığı kiraya verildiği, üzerinde buğday ekili olduğu dosyadaki evraktan anlaşılmaktadır. Bu durumda açıkça kamu hizmetinde kullanılmadığı anlaşılan bu taşınmazla ilgili olarak sadece borçlu ... tarafından kamuya tahsis kararı verilmiş olması sonuca etkili olmayıp, hukuki sonuç doğurmaz. Dolayısıyla mahkemece haczedilmezlik şikâyetinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru değildir.”, **Y12HD**, 22.11.2010 T., 27341 E., 26974 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); “Somut olayda, haczedilen taşınmazların kamu hizmetinde kullanıldığı kabul edilerek haczin kaldırılmasına karar verilmiş ise de; bu taşınmazlar, dosya içerisinde mevcut 19.3.2007 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu edildiğine göre, kamu hizmetinde fiilen kullanıldığı kabulü mümkün değildir.”, **Y12HD**, 03.06.2013 T., 12427 E., 20402 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); “... ecrimisil alacağı için borçlu ... yapılan takip sonucu takip dosyasındaki alacağa haciz konulması, yukarıda açıklanan ilkelere ters düşmediği gibi, 05.02.2001 tarihli encümen kararında başka hesaplardaki paralar kamuya tahsis edilmekle, icra dosyasındaki ... alacağının bu kavram içinde mütalaa edilmesi de doğru değildir. Mercice açıklanan nedenlerle şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 02.07.2002 T., 12948 E., 14258 K. (**Uyar**, C. 5, s.7099-7100).

İl özel idaresinin kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallarının haczedilemez olduğunu belirtmiştik. Bir il özel idaresi malının haczedilebilmesi için kamu hizmetinde fiilen kullanılmaması lazımdır. İl özel idaresince hacizden sonra kamuya tahsis kararı alınması haczi engellemez, hacze konu malların fiili kullanım durumları itibari ile kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığı önemlidir<sup>109</sup>. Yani il özel idaresinin özel hukuka tabi olan malları haczedilecek, kamu hukukuna tabi olan ancak fiilen kamu hizmetinde kullanılmayan malları da hacze konu olacaktır<sup>110</sup>. Belgesay, borçlunun haciz edilemeyen bir malını satarak bedelini tahsil ederse bu tahsilâtın haczedilebileceğini. Fakat borçlu haciz edilemeyen mallarını, aynı mahiyette malları iktisap için satmış ise elinde bulunan bedeli haczedilemez olduğunu belirtmiştir<sup>111</sup>. Eğer il özel idaresi, kamu hizmetinde fiilen kullanılan bir malını aynı mahiyette bir mal iktisap etmek için satmamışsa, bu satıştan elde edilen gelir haczedilebilecektir.

İl Özel İdaresi Kanununa göre il özel idareleri borçlanmada bulunabilirler. Ancak bu borç sonucu alınan kredilerden sadece proje karşılığı alınanlar İl Özel İdaresi Kanunu'na göre haczedilmezlik kapsamındadır. Ancak il özel idaresi mallarının haczedilmezliği kısmında verdiğimiz örneklerde genelde il özel ida-

<sup>109</sup> **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s.149; "... son maddesinin de dar yorumlanması gerekip, madde de açıkça haczedilmezlik için "fiilen kamu hizmetinde kullanılma" koşulunun kabul edilmesi karşısında, ... ait bir malın haczedilmezliği ancak fiili durumunun tespiti ile belirlenmelidir. İmar planı vb. bir idari işlem ya da kararla taşınmazın kamu hizmetinin yürütülmesini sağlayacak bir amaç için tahsis edilmesi onun fiilen kamu hizmetinde kullanıldığı sonucunu doğurmayacağından, haczin kaldırılması için yeterli olmaz. Bunun için hakim bizzat taşınmazın başında bilirkişi eşliğinde keşif yaparak haczedilen taşınmazın fiili kullanım durumunu belirlemeli ve bu şekilde sonuca gitmelidir.", **Y12HD**, 21.06.2011 T., 12519 E., 12882 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); "Somut olayda, haczedilen taşınmazların kamu hizmetinde kullanıldığı kabul edilerek haczin kaldırılmasına karar verilmiş ise de; bu taşınmazlar, dosya içerisinde mevcut 19.3.2007 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu edildiğine göre, kamu hizmetinde fiilen kullanıldığı kabulü mümkün değildir. O halde mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.", **Y12HD**, 03.06.2013 T., 12427 E., 20402 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

<sup>110</sup> "Kamu tüzel kişilerinin kamu hukukuna tabi olan ve kamu malları genel başlığı ile ayrık hukuki statüleri bulunan, kamu hizmetlerine veya kamunun ortak ve genel kullanımına tahsis edilmiş mallarının haczi mümkün değildir. Sadece, kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi malları üzerinde haciz muamelesi mümkündür. Kamu tüzel kişilerinin kamu malları ile özel mallarının ayrımı ve kriterleri de pek belli olmadığından haczedilecek mallarını bulmak ve bunun hacze konu olabilecek bir mal olduğunu icra müdürlüklerine ve icra mahkemelerine anlatmak ve ikna etmek alacaklıya düşen, başarılması zor bir külfettir. Üstelik hacze konu olabilecek malların hepsini, bir işlem bir kâğıt üzerinde kamu hizmetlerine tahsis ederek çıkarmak isteyen idarelerin alacaklıları, bir de bu işleme karşı idari yargıdan iptal kararı almak durumundadır." **Gülan**, "Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?", s.22.

<sup>111</sup> **Belgesay**, s.206, No: 405; aynı yönde **Üstündağ**, s.186; "Federal Mahkeme tatbikatında, haczedilemeyen mal yerine kaim olan paranın, yeni bir haczedilemeyen mala tahsis edileceği muhakkak ise veya halin hususiyetlerine göre bu tarzda hareket edileceği kabul edilirse, haczedilemeyecektir.", **Üstündağ**, s.186.



resi bir proje karşılığı borçlanmaktadır. Buna karşılık il özel idaresinin proje karşılığı borçlanmadığı kredileri varsa kanun gereği hacze konu olabilecektir.

İl Özel İdaresi Kanunu, il özel idaresine şartlı olarak yapılan bağışların hacze konu olamayacağını hükme bağlamıştır. Bu yüzden il özel idaresine şartlı bir şekilde bağış yapılmışsa bu haczedilemeyecektir. Ancak il özel idaresine şartsız olarak bağışlar da yapılabilir. İl özel idaresinde şartsız bağışları kabul etmek valinin yetkisindedir (İÖİK m.30/1-1). Bu tür bağışlar İl Özel İdaresi Kanunu'na göre haczedilmezlik kapsamında değildir ve hacze konu olabilir.

İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son hükmünde il özel idaresinin vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemeyeceği belirtilmiştir. İl Özel İdaresi Kanununda sayılan, il özel idaresinin; vergi, resim ve harç benzeri gelirlerinden harici diğer gelirleri şunlardır; "Taşınır ve taşınmaz malların kira, satış ve başka suretle değerlendirilmesinden elde edilecek gelirler, il genel meclisi tarafından belirlenecek tarifelere göre tahsil edilecek hizmet karşılığı ücretler, faiz ve ceza gelirleri, bağışlar, her türlü girişim, iştirak ve faaliyetler karşılığı sağlanacak gelirler ve diğer gelirler (İÖİK m.42/1-d,e,f,g,h). İl özel idaresinin vergi, resim ve harç benzeri gelirlerinden harici olan bu gelirleri, bunların kamu hizmetine tahsis edilmemesi koşuluyla haczedilebilir<sup>112</sup>. Ancak Yargıtay'ın bazı kararla-

<sup>112</sup> "Somut olayda, il özel idaresinin bankalar nezdinde bulunan hesaplarına konulan haczin kaldırılması borçlu idare vekilince icra mahkemesinden talep edilmektedir. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde, Ziraat Bankası Mersin şubesinde bulunan hesaba 1 yıl içinde toplam 386.484,36 TL kira geliri ve hurda bedeli yattığı, Vakıf Bank Mersin şubesindeki hesaba ise 1 yıllık dönem içerisinde toplam 458.263,15 TL ecrimisil kira gelir ve hurda bedelinin yattığı, aynı hesaplara vergi, resim gibi niteliği gereği haczedilemeyen paraların da yattığı, Halk Bankası Mersin Merkez şubesi nezdinde bulunan hesaba ise gelir vergiler ile bunların ferilerininin yattığı tespit edilmiştir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca, borçlu idarenin bankadaki hesaplarındaki vergi, resim, harç gibi niteliği gereği haczi kabil olmayan gelirleri dışında kalan kira geliri niteliğindeki paraların kamu hizmetlerinde fiilen kullanılıp kullanılmadığı belirlenmeden bu hesaplar üzerindeki haczin kaldırılması doğru değildir.", **Y12HD**, 01.06.2010 T., 1139 E., 13422 K. (nakleden **Kuru**, El Kitabı, s.505-506; **MİHDER**, C. 7, S. 19, 2011, s.125-126). "Somut olayda, şikayetçi ... ait Halk Bankası Kartal şubesindeki 757-07100008 numaralı hesabın kira gelirleri hesabı olduğu bankanın 25.6.2010 tarihli yazısından anlaşılmaktadır. Bankadaki bu hesaba yatırılan paraların haczedilememesi için 5393 Sayılı Kanun 15-son maddesi gereği fiilen kamu hizmetinde kullanılması zorunludur. *Mahkemece kira gelirleri için ayrılan bu hesaptaki paraların fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığı araştırılmadan* eksik inceleme ile kira gelirlerine ait hesap üzerindeki haczin kaldırılması şeklinde hüküm kurulması doğru değildir.", **Y12HD**, 14.03.2011 T., 2010/23450 E., 2011/3236 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); "Ancak içme suyu gelirleri vergi, resim, harç niteliğinde olmayıp haczedilmezliğin fiilen kamu hizmetinde kullanıldığıının ispatı ile mümkündür. Bu gelirlerin kamu hizmetinde fiilen kullanıldığı iddia ve ispat edilemediğinden bu hesap üzerine konan haczin kaldırılması yerinde değildir.", **Y12HD**, 21.11.2008 T., 16683 E., 20601 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); "banka hesabına yaklaşık 77.000 TL'nin yattığı ve bu 77.000 TL'nin niteliğinin bildirildiği, buna göre vergi, resim, harç paraları ile su gelirleri olduğu görülmektedir. Mahkemece ... *su gelirlerinin haczedilebileceği de gözönüne alınarak* hesaplardaki 77.000 TL dışındaki paranın niteliğinin

rında paranın haczedilememesi için vergi, resim ve harç niteliğinde olması gerektiği, bunun haricinde kalan paranın niteliği gereği fiilen kamu hizmetinde kullanıldığından bahsedilmeyeceği, yani “fiilen kamu hizmetinde kullanılma” ilkesinin “para” yönünden uygulanabilirliği bulunmadığı bu yüzden vergi, resim ve harç niteliğinde olmayan paraların haczedilebileceği belirtilmiştir<sup>113</sup>. Hatta il özel idaresinin bankadaki kanunen haciz edilemeyen parasının faizi haciz edilebilir<sup>114</sup>.

İl özel idarelerinin, Türk Ticaret Kanununa tabi sermaye şirketlerindeki hisseleri üzerine haciz konulabilir ve bunlar paraya çevrilebilir<sup>115</sup>.

İl özel idaresine karşı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Kapsamında bir takip yapılması durumunda, il özel idaresinin mallarının haczedilebilirliği aynı kanununun 70/1 hükmüne göre belirlenecektir. Kanun maddesine göre; “233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malları hariç olmak üzere Devlet malları ile hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar.” Kanun maddesi önce il özel idaresi mallarını haczedilmezlik kapsamından çıkarmış ancak hemen arkasından hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar haczedilmez diyerek, İl Özel İdaresi Kanunu’nun 7/son hükmü gereği il özel idaresinin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelirleri, vergi, resim ve harçları, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilemez olduğunu belirtmiştir.

İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun’un 7/1 maddesi, il özel idarelerine ödenecek paylardan, il özel idaresinin bazı borçları için kesinti yapılmasına imkân tanımıştır<sup>116</sup>. Madde, bu kanunda, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen paylar vergi hükmünde olduğunu belirtmiş, ancak hemen 7/2’de il özel idareleri ve belediyeler ile bu idarelere bağlı kuruluşların ve

---

... defter ve kayıtları ile banka hesap ekstreleri üzerinde inceleme yaptırılarak gerektiğinde bilirkişiden rapor alınıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” **Y12HD**, 14.10.2010 T., 23311 E., 23349 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); aynı yönde **Y12HD**, 19.01.2010 T., 2009/19384 E., 2010/884 K.; **Y12HD**, 17.11.2011 T., 5405E., 22612 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); **Y12HD**, 21.11.2011 T., 6618 E., 27104 K. (nakleden **Kuru**, El Kitabı, s.504); **Y12HD**, 27.03.2007 T., 3536 E., 5800 K. (nakleden **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s.2364).

<sup>113</sup> Bu konudaki Yargıtay kararları için 64 numaralı dipnota bakınız.

<sup>114</sup> **Kuru**, Haczi Caiz Olmayan, s.298; **Kuru**, İcra ve İflas, C. I, s.786.

<sup>115</sup> **Kaplan**, s.190. İl özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir (İÖİK m.52).

<sup>116</sup> **Gözler**, C. I., s.407.

bunlara ait tüzel kişilerin, 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip edilen Devlete olan borçları, 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında tanımlanan Hazine alacağı niteliğindeki borçları, İller Bankasına olan borçları ile sosyal güvenlik kuruluşlarına olan borçlarına ve 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun geçici 3 üncü, 03.07.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun geçici 5'inci maddeleri kapsamında uzlaşma sağlanmış borçları ile bu maddeler kapsamındaki kuruluşlara olan ve 31.12.2006 tarihi itibarıyla tahakkuk etmiş ve uzlaşma sağlanmamış olan borçlarına karşılık, bu idareler adına her ay genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ayrılacak tutardan, alacaklı idarelerin talebi üzerine, ilgisine göre Maliye Bakanlığı veya İller Bankası tarafından kesinti yapılarak<sup>117</sup> alacaklı idarelere ödenir, şeklinde düzenleme getirmiştir. Bu durum, belediyeye genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan payların haczedilmesinde, İİK'ya göre yapılan takiplerle kamu alacaklarının tahsilinde farklı durum ortaya çıkarmaktadır. Zira İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7/1 maddesine göre kanunda, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen paylar vergi hükmünde olduğu belirtilmiş bunların İİK kapsamında haczedilmeyeceği belirtilmiştir. Bu tür gelirler kamu alacakları söz konusu olduğunda Maliye Bakanlığı veya İller Bankası tarafından kesinti yapılarak alacaklı idarelere ödenirken, İİK kapsamında haczedilmemesi adalet duygusuna uygun düşmemektedir. Zira bu durum, kamu alacakları ve özel şahıs alacakları arasında bir eşitsizlik meydana getirmektedir, çünkü kamu alacaklarının yararlanabildiği bir imkândan, özel şahıs alacaklıları yararlanamamaktadır. Zaten İl Özel İdaresi Kanunu ile alacaklıların tatmin edileceği il özel idaresinin malları sınırlı iken, kanunda açıkça haczedilemeyeceği belirtilmeyen bu tür gelirlerden, özel şahıs alacaklılarının haczettirip tatmin edilme imkânına sahip olamamaları, bu kişiler açısından hak arama hürriyetinin kısıtlanması anlamına gelecektir<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden, il özel idareleri ve belediyeler adına aylık olarak ayrılacak tutardan, ikinci ve üçüncü fıkralara göre yapılacak kesintilerin toplamı, hiçbir şekilde ayrılan tutarların toplamının yüzde 40'ını aşamaz (İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun m.7/4).

<sup>118</sup> "Kamu tüzel kişilerinin alacaklı oldukları durumlarda, bu tüzel kişilerin varlık nedenleri, faaliyetlerinin nitelikleri ve önemleri dikkate alındığından, kamusal alacaklarının özel usullerle bir an önce tahsiline imkân tanıyacak pozitif düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim hukukumuzda, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun bu anlayışı örnek olarak gösterilebilir. Ancak borçlu bir kamu tüzel kişisi olduğunda durum değişmektedir. Alacaklının karşısına fiili ve hukuki birçok engel çıkmaktadır.", **Gülan**, "*Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?*", s.22.

#### IV. HACZİN UYGULANMASI

İcra memuru, İcra ve İflas Kanunu'nun 82/son hükmüne göre haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir. Bu hüküm 6352 sayılı Kanunla<sup>119</sup> İcra ve İflas Kanunu'na eklenmiştir. Bu hükmün gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: “Maddeyle, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması, haczinde ekonomik yarar bulunmayan ya da muhafazasında ve satışında güçlük çekilen eşyaların hacizlerinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Düzenlemeye göre, ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli her türlü eşya, borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için gerekli her türlü eşya ile öğrenci bursları ve diğer kanunlarda haczi yasaklanan mal ve hakların haczedilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, icra memurunun mal ve hakların haczi konusunda değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır. 2004 sayılı Kanunun “Tutanaklar” kenar başlıklı 8'inci maddesine bu Tasarının çerçeve 2'nci maddesiyle yeni bir fıkra eklenerek, icra ve iflas dairelerince verilen kararların gerekçeli olarak tutanaklara yazılması hükmü getirilmiştir. Bu hüküm gereğince, icra memurunun yapacağı değerlendirme sonucu bir şeyin haczedilip haczedilemeyeceği konusundaki kararını gerekçeli olarak verecektir. Böylece icra memurunun keyfi kararlar vermesinin önlenmesi ve denetim kolaylığının sağlanması amaçlanmaktadır.”<sup>120</sup> Kanun değişikliğinden önce her ne kadar kanunda haczedilmeyeceği belirtilen malların haczedilmemesini icra memur takdir edecekken, Yargıtay'ın kanun değişikliğinden önce vermiş olduğu kararlarda icra memurunun bu takdir yetkisi kaldırılmış ve bu tür malların haczedilmesi varsa haczedilmezlik şikâyeti borçluların yerine getirmesi şeklinde bir uygulama gelişmişti<sup>121</sup>. Ancak kanun değişikliği ile

<sup>119</sup> 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun (RG, T. 05.07.2012, S. 28344).

<sup>120</sup> 6352 sayılı Kanunu' un madde gerekçesi.

<sup>121</sup> “İcra müdürü alacaklının talebi doğrultusunda haczi yapmakla mükelleftir. Haciz konusu malların kamuya tahsisli olduğundan bahisle haciz talebini reddetmesi hususunda yasal bir yetkisi yoktur. İcra müdürlüğünce haciz uygulanır, şartları var ise borçlu haczedilmezlik şikâyeti ile merciye başvurup haczin kaldırılması yönünde olumlu bir karar getirmedikçe haciz devam eder.”, **Y12HD**, 09.10.1997 T., 9774 E., 10408 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); “Tüm yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, 506 Sayılı Yasanın 121. maddesi uyarınca, bağlanan emekli maaşlarının haczi mümkün değil ise de, bu husus haciz işleminden sonra, süresiz ve geriye etkili olarak, borçlu tarafından şikâyet konusu yapılabileceğinden ve haczedilmezlik iddiası ancak borçluya tanınan bir hak olduğundan, İcra memurunun bu hükmü değerlendirerek, emekli maaşının haczinin mümkün bulunup bulunmadığı konusunda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.”, **YHGK**, 10.06.2009 T., 12-213 E., 244 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); “Gerek İİK.nun 79.maddesinde, gerekse 85 madde-

gerekçede de belirtildiği gibi icra memuruna haczinin caiz olup olmadığını değerlendirme ve talebin kabulüne veya reddine karar verme takdir yetkisi açıkça tanındığından<sup>122</sup>, icra memuru il özel idaresi malının haczi söz konusu olacağı zaman İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son hükmünde belirtilen mallardan olanları haczetmeyecek, bunun haricinde kalan haczedilebilecek nitelikte olan il özel idaresi mallarını haczedecektir. Nitekim Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında, kanun değişikliğinin etkisiyle, haczedilmezliğin icra memurunca tarafından dikkate alınacağını belirtmiştir<sup>123</sup>. İcra memuru il özel idaresi mallarının haczi konusunda takdir yetkisini kullanırken haciz tutanağında takdir yetkisini neden o yönde kullandığını (neden haczetmediğini ya da neden haczettini) gerekçesini de bildirecektir (İİK m.8/2).

İcra memuru il özel idaresi malını haczederken bu malın haczedilir nitelikte olup olmadığını araştırmalıdır. Aynı şekilde şikâyet yoluyla mahkeme önüne

---

sinde yer alan ifadelerden ortaya çıkan sonuç, haciz isteminin icra memurunca yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ve İcra Memuruna, haczedilecek menkul, gayrimenkul ya da hakların niteliği esas alınarak bunun haczinin mümkün bulunup bulunmadığı konusunda bir takdir yetkisi tanınmadığıdır.” **YHGK**, 18.06.2008 T., 12-433 E., 430 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); aynı yönde **YHGK**, 31.03.2004 T., 12-22 E., 196 K.; **Y12HD**, 14.11.1995 T., 15669 E., 15840 K.; **Y12HD**, 25.02.2005 T., 23 E., 3680 K.; **Y12HD**, 07.06.2011 T., 13429 E., 11832 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014). Yargıtay'ın görüşünün detaylı gerekçeleri ve eleştirileri için bakınız, **Akkaya, Tolga**, “İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu”, DEÜHFD, C. 11, 2009, s.846 vd.. “Yargıtay'ın görüşünün İİK m.82'ye eklenen IV'üncü fıkra hükmü karşısında hukuki dayanağı kalmamıştır.”, **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.278.

<sup>122</sup> **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.278; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s.272. İcra müdürünün haczedilemezlik ve diğer konularda takdir yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız, **Özçelik, Volkan**, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.284 vd.

<sup>123</sup> “İİK.nun 82.maddesine 02.07.2012 tarih ve 6352 Sayılı Kanununun 16.maddesiyle eklenen son fıkra da yer alan “İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.” düzenlemesi karşısında, icra memurunun haczi talep edilen malın bu madde uyarınca haczinin kabil olup olmadığını değerlendirerek, bu doğrultuda haciz talebini yerine getirip getirmeme konusunda takdir yetkisi vardır. Görüldüğü gibi burada tanınan takdir yetkisi, İİK.nun 82.maddesi kapsamında malın haczi kabil olup olmadığı ile sınırlı olup, icra müdürünün bunun dışında, örneğin malın 3.kişiye ait olduğu ya da somut olayda olduğu gibi haciz ihbarnamesi gönderilmesi istenen kişilerin borçluya nazaran 3.kişi sayılamayacakları gerekçesi ile haciz talebinin veya haciz ihbarı gönderilmesi isteminin yerine getirilmesi konusunda herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı tartışmasızdır. Haczi talep edilen malın üçüncü kişiye ait olduğunun iddia edilmesi halinde istihkak prosedürünün uygulanacağı ya da kendisine haciz ihbarı gönderilen kişinin 3.kişi olmadığı yönündeki iddiasını İİK.nun 16.maddesi uyarınca şikâyet yoluyla icra mahkemesinde ileri sürebileceği tabidir.”, **Y12HD**, 15.04.2013 T., 5621 E., 14186 K., (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); aynı yönde **Y12HD**, 04.04.2013 T., 3365 E., 128/21 K.; **Y12HD**, 26.03.2013 T., 2012/27279 E., 2013/11536 K.; **Y12HD**, 12.03.2013 T., 2012/30309 E., 2013/8969 K.; **Y12HD**, 12.02.2013 T., 2012/28045 E., 2013/3913 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

gelmişse mahkeme de bu malın haczedilebilir nitelikte olup olmadığını araştırmalıdır<sup>124</sup>.

Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 6552 sayılı Kanun'un<sup>125</sup> 121. maddesi ile eklenen son fıkra şu hükmü içermektedir: “*İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz.*”. Belediyenin borçlu olduğu bir takipte, haciz aşamasına gelmiş ve alacaklı haciz talep etmişse, icra memuru, haciz kararı almadan, ilk önce belediyeden on gün içinde borca yetecek miktarda haczedilebilecek mal göstermesini isteyecektir. Belediye borca yetecek miktarda haczedilebilecek mal gösterirse haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanacaktır. Eğer belediye on gün içinde yeterli mal beyan etmezse icra memuru, belediyenin haczedilebilir malları üzerinde haciz uygulayacaktır. Ancak bu haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamayacaktır. Bu hükme benzer bir hüküm İl Özel İdaresi Kanununa getirilmelidir. Zira bu sayede alacaklıların borçlu il özel idaresinin haczedilebilir

<sup>124</sup> “Somut olayda, il özel idaresinin bankalar nezdinde bulunan hesaplarına konulan haczin kaldırılması borçlu idare vekilince icra mahkemesinden talep edilmektedir. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde, Ziraat Bankası Mersin şubesinde bulunan hesaba 1 yıl içinde toplam 386.484,36 TL kira geliri ve hurda bedeli yattığı, Vakıf Bank Mersin şubesindeki hesaba ise 1 yıllık dönem içerisinde toplam 458.263,15 TL ecrimisil kira gelir ve hurda bedelinin yattığı, aynı hesaplara vergi, resim gibi niteliği gereği haczedilemeyen paraların da yattığı, Halk Bankası Mersin Merkez şubesi nezdinde bulunan hesaba ise gelir vergiler ile bunların ferilerininin yattığı tespit edilmiştir./5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca, borçlu idarenin bankadaki hesaplarındaki vergi, resim, harç gibi niteliği gereği haczi kabil olmayan gelirleri dışında kalan kira geliri niteliğindeki paraların kamu hizmetlerinde fiilen kullanılıp kullanılmadığı belirlenmeden bu hesaplar üzerindeki haczin kaldırılması doğru değildir.”, **Y12HD**, 01.06.2010 T., 1139 E., 13422 K. (**Kuru**, El Kitabı, s.505-506; **MİHDER**, C. 7, S. 19, 2011, s.125-126). “4.3.2005 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 3. maddesine göre il özel idaresi, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olup, aynı konunun 7. maddesinin son fıkrası uyarınca ise; ‘İl özel idaresinin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelirleri, vergi, resim ve harçları, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilemez.’/ Maddede özel idarelerinin hangi mallarının haczedilemeyeceği sayılmış olmakla, bunların dışında kalanların haczedilebileceğinin kabulü gerekir./ O halde Mahkemece, 17.01.2006 haciz tarihi itibarıyla uygulanması gerekli 5302 s.k.7 /son fıkrası uyarınca haczedilen hesaplar üzerinde gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelir, vergi, resim ve harç, şartlı bağış olup olmadıkları ve hesaplardaki paralar ile haczedilen kiralardan kamu hizmetinde fiilen kullanılıp kullanılmadığı belirlenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hacizlerin kaldırılması yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. ”, **Y12HD**, 27.03.2007 T., 3536 E., 5800 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014; nakleden **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s.2364).

<sup>125</sup> 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun (RG, T. 11.09.2014, S. Mükerrer 29116).

mallarını bulmaları daha kolay olacaktır. Zira alacaklının kendiliğinden il özel idarelerinin haczedilebilir mallarına bulmaları pek kolay olmamaktadır ve alacaklıların haklarına kavuşmaları bu yüzden gecikmektedir. Bir başka açıdan bu sayede il özel idarelerinin kamu hizmeti yapmasının aksatılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Haczedilemez ve kamu hizmetinde kullanılan bir malın haczi ve bu yüzden kamu hizmetinin aksaması mümkün olabilecektir, böyle bir değişiklik bunların önüne geçebilecek niteliktedir.

Uygulamada sık karşılaşılan durumlardan birisi de il özel idarelerinin bankalarda bulunan hesaplarına konulan haciz işlemleridir. İl özel idarelerinin bankada bulunan hesaplarının haczi istendiğinde icra müdürü, bu hesaptaki paranın İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son hükmünde yer alan haczedilemeyecek nitelikte olan gelirlerden olup olmadığını belirlemesi lazımdır. Bu gelirlerden ise haczi uygulamaması, haczedilebilecek nitelikte paralardan ise haciz işlemini yerine getirmesi gerekir. Ancak il özel idarelerinin bankalarda hesap açarken haczedilemeyecek nitelikte gelirleri ayrı bir hesapta haczedilebilecek nitelikte gelirleri ayrı hesapta açmaları lehlerine olacak bir durumdur. Şikâyet yoluyla böyle bir olay mahkemenin önüne gelmişse mahkemede bankadaki paranın niteliğini araştırmalıdır<sup>126</sup>. Yargıtay'ın güncel vermiş olduğu bazı kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına atıf yapılarak, hem haczedilemez hem de haczedilebilir nitelikte kararları havuz hesapta toplaması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmelidir şeklinde kararlarına rastlanmıştır<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> “Bu maddeye göre haczedilmezlik şikâyetinin kabul edilebilmesi için ... ait Ziraat Bankası T. Şubesinde bulunan paraların (fiilen) kamu hizmetinde kullanılması gereklidir. Banka hesabındaki paranın vergi, resim ve harç niteliğinde bulunması veya kamu hizmetinde fiilen kullanıldığıının belirlenmesi halinde yukarıdaki kural esas alınarak haczedilemeyeceği düşünülmelidir. Banka tarafından mahkemeye gönderilen cevapta; hesapta bulunan mevduatların ağırlıklı olarak İller Bankası ödenekleri, personel maaşları, kısmi olarak ... arsa satış bedeli, kesin teminat, emlak vergisi gelirleri ve tahsil gelirlerinden oluştuğu bildirilmektedir. *Mahkemece yapılması gereken iş, haczedilen (bloke konulan) Ziraat Bankası T. Şubesindeki borçlu ... ait hesaplarda bulunan arsa satış bedelinin kaynağı araştırılmalı, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak bu hesaplardan yapılan harcamaların fiilen kamu hizmeti için olup olmadığı üzerinde durulmalı, haczedilmesi mümkün bulunmayan paralar ayrılarak sonucuna göre bir karar verilmelidir.*”, **Y12HD**, 27.03.2008 T., 5106 E., 6180 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); aynı yönde **Y12HD**, 14.10.2010 T., 23311 E., 23349 K.; **Y12HD**, 29.11.2010 T., 15913 E., 27883 K.; **Y12HD**, 15.09.2005 T., 13087 E., 17128 K.; **Y12HD**, 06.10.2005 T., 20379 E., 19096 K.; **Y12HD**, 04.04.2006 T., 3957 E., 6971 K.; **Y12HD**, 27.09.2011 T., 1619 E., 16896 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

<sup>127</sup> “Somut olayda haciz konulan borçlunun banka hesaplarında vergi, resim ve harç gelirleri olduğu gibi haczi kabil paraların da bulunduğu görülmektedir. Haczedilen hesap bu hali ile havuz hesabı niteliğindedir. Hesabın sürekli işlem görüyor olması ve sürekli yatan ve çekilen paraların bulunması karşısında kalan bakiyenin vergi, resim ve harç gelirinden mi, yoksa haczi kabil paralardan mı oluştuğunun belirlenmesine imkân yoktur. Bu şekilde haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan

İcra memurunun il özel idaresinin haczi mümkün olmayan bir malını haczetmesi durumunda il özel idaresi şikâyet yoluna başvurabilir (İİK m.16-18). Şikâyet süresi kural olarak muamelelerin öğrenildiği (haczin öğrenildiği) tarihten yedi gün içinde yapılır. Ancak bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir (İİK m.16). Ancak doktrin ve uygulamada kamu düzeni amacı ile konulmuş hükümlerin ihlali halinde, bu işleme karşı süresiz şikâyet yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir<sup>128</sup>. Kamu yararı amacıyla konulmuş, maddi hukukun emredici hükümlerini ihlal eden işlemler için de, şikâyet bir süreye tabi tutulmamıştır. Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin hüküm, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, bu hükme aykırı olarak yapılan haciz işlemi kamu düzenine aykırıdır ve bu işleme karşı süresiz şikâyet yoluna gidilebilir<sup>129</sup>. Aynı şekilde kanunen haczi kabil olmayan malların haczi halinde şikâyet süreye bağlı değildir<sup>130</sup>. İl özel idaresi mallarının haczedileme-

---

borçlu ..., iddiasını ispat imkânını kendisi kaldırmıştır. Borçlu ... haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını ayrı hesaplarda tutması yerine havuz hesabı oluşturmasının da iyi niyetle bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Böyle bir davranış AİHM'in AİHS'in 6 § 1. ve ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Buna göre borçlunun, hesaplardaki paraların haczedilmezliğini ispatlayamadığının kabulü gerekir. Öte yandan borçlu tarafından haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilme-lidir. O halde mahkemece yukarıda açıklanan nedenlerle şikâyetin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 17.09.2012 T., 8811 E., 26628 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); aynı yönde **Y12HD**, 20.03.2012 T., 2011/ 22082 E., 2012/ 8629 K.; **Y12HD**, 29.12.2011 T., 12638 E., 31476 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014). Ancak bazı kararlarında AİHM kararlarına atıf yapmakta ancak bankadaki paranın niteliğini araştırmalıdır şeklinde kararlarına da rastlanılmıştır. **Y12HD**, 17.11.2011 T., 5405 E., 22612 K.; **Y12HD**, 31.03.2013 T. 1373 E., 10620 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); **Y12HD**, 27.06.2012 T., 4972 E., 22597 K. (nakleden **Kuru**, El Kitabı, s.505).

<sup>128</sup> **Hakan Pekcanitez**, İcra- İflas Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s.85.

<sup>129</sup> **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.279; **Pekcanitez**, s.87; **İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay**, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.77; **Tercan, Erdal**, İcra ve İflas Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2010, s.86. **Y12HD**, 03.05.2007 T, 7275 E., 8868 K.; **Y12HD**, 15.03.1971 T., 1970/12220 E., 1971/ 2933 K.. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

<sup>130</sup> **Pekcanitez**, s.88, dipnot 96; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s.35; **Akkaya**, s.862-863; **Y12HD**, 28.02.2006 T., 732 E., 3781 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014). Ancak Muşul'a göre; tamamen gayri kabili haciz olan bir mal haciz edildiği takdirde, borçlunun bu hacze karşı şikâyetinin süreye tabi olup olmayacağını belirleme için, her somut olayın verileri incelenip irdelenmelidir. Yapılan haczin, borçlu menfaati yanında kamu düzenini, kamu vicdanını, genel ahlakı da yakından ilgilendirip ilgilendirmediği, kısacası kamu menfaatlerinin halelde edip etmediğine bakılmalıdır. İİK m.82'ye aykırı yapılan haciz, sadece borçlu menfaatlerini ilgilendiriyor ise şikâyetin süreye tabi olduğu buna karşılık, borçlu menfaatlerini ihlal yanında kamu menfaatlerini de halelde ediyor ise şikâyetin süresiz olması gerektiği söylenebilir.”, **Muşul**, C. I, s.585 benzer yönde **Kuru**, İcra, s.233; **Üstündağ**, s.187. **Belgesay** ise, haczedilemeyen malların haczinde şikâyetin süreye tabi olduğu görüşündedir, **Belgesay**, s.210, No: 417.



mesi de kamu yararı amacıyla konulması bu yüzden kamu düzeninden olması dolayısıyla, buna aykırı icra memurunun işlemi süresiz olarak şikâyet edilebilir<sup>131</sup>.

Haczi yapan memur, il özel idaresinin bir malının haczinin caiz olmadığına karar verirse, alacaklı bu karara karşı müddeti içinde şikâyet yoluna (İİK m.16) gidebilir<sup>132</sup>.

Hacedilmezlikten feragat, hacizden önceki dönemde geçerli değildir. Böyle bir anlaşma geçerli sayılmayacaktır (İİK m.83a). Ancak, haczi kabil olmayan bir mal veya hak hacedilmişse, ilgililerin şikâyet yoluna başvurmaması halinde, hacedilmezlikten zımnen feragat ettikleri kabul edilir. Hacedilmezlikten feragat açık bir şekilde de olabilir. Hacedilmezlikten feragat hangi takipte yapıldıysa, sadece o takipteki alacaklı bakımından hüküm ifade eder, borçlu diğer alacaklılar için feragat etmiş sayılmaz<sup>133</sup>.

Bir malın haczinin caiz olup olmadığı hakkındaki kararın temyiz edilebileceği, İİK'nın 363/1-4 hükmünde, gerek bu kanuna ve gerek diğer kanun hükümlerine dayanarak, bir malın haczinin caiz olup olmadığına ilişkin icra mahkemesini kararı temyiz edilebilir şeklinde ifade edilmiştir. İcra memurunun bu işlemi (haczi kabiline karar vermesi ya da haczi kabil olmadığına karar vermesi) borçlu veya alacaklı şikâyet konusu yaparsa, bunun hakkında icra mahkemesinin verdiği karar temyiz edilebilir (İİK m.363/1-4). İcra mahkemesinin bu kararının temyiz edilebilmesi için ayrıca takip konusu alacağın İİK m.363'te yer alan parasal değeri aşması şarttır<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> "... verilmekte olan paylar ... vergi ve resimleri hükmündedir. Bu payların 6183 Sayılı Kanunun hükümlerine göre tahsili gereken borçlar dışında niteliği gereği haczi kabil değildir. Bu konu kamu düzenine ilişkin olup, süresiz şikâyete tabidir.", **Y12HD**, 18.05.2004 T., 8782 E., 12844 K., (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014); "Kural olarak, hacedilmezlik şikâyeti süreye tabidir. Ancak ... İller Bankası payı, vergi, resim ve harçları, cenaze arabası, çöp arabası, ambulans ve itfaiye aracı gibi niteliği gereği kendiliğinden kamuya tahsisli malların haczi halinde şikâyet İİK.nun 82/1. maddesi kapsamında kabul edilerek süresiz şikâyete tabidir.", **Y12HD**, 21.10.2005 T., 15996 E., 20551 K.; **Y12HD**, 15.07.2005 T., 11822 E., 15680 K.; **Y12HD**, 28.02.2006 T., 732 E., 3781 K.; **Y12HD**, 08.12.2005 T., 20614 E., 24376 K. (Kazancı İçtihat Bankası, ET. 21.11.2014).

<sup>132</sup> **Kuru**, İcra ve İflas, C. I, s.839; **Kuru**, Haczi Caiz Olmayan, s.27. Haciz talebine rağmen icra memuru hiçbir şekilde hareketsiz kalırsa, yani ne red ne de haciz yönünde karar vermezse, bu eylemine karşı süresiz şikâyet yoluna gidilebilir (İİK m.16/2).

<sup>133</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız **Özbay**, s.544 vd. **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s.279;

<sup>134</sup> **Karlı**, s.503; **Kuru**, İcra ve İflas, C. I, s.841.

## SONUÇ

İl özel idaresinin borçlu tarafta bulunduğu takiplerde, il özel idaresinin malı alacaklılara karşı teminat teşkil edecektir. Ancak İl Özel İdaresi Kanunu il özel idaresinin bazı tür mallarının haczedilmemesini düzenlemiştir. İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son hükmü, genel olarak kamu yararını alacaklıların yararına üstün tutarak bazı il özel idaresi mallarının haczedilmemesini düzenlemiştir. İl özel idaresi, mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere kurulmuş kamu tüzel kişisidir (AY m.127/1). İl özel idaresinin haczedilemeyecek malları ile ilgili düzenleme, mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması için kurulmuş il özel idaresinin, hacizler yoluyla, işlevini yerine getirmesinin önüne geçilmeyi amaçlamaktadır. Ancak İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/son hükmü, İcra ve İflas Kanunu'nun 82/1 hükmüne, yani devlet mallarının haczedilmemesine dair hüküm, nazaran daha esnektir (ileridedir). Zira devletin tüm malları, gerek özel gerekse kamu malları, haczedilmezlik kapsamındayken, il özel idaresinin ise sadece 7/son hükmünde yer alan malları haczedilemeyecektir. Doktrinde devletin tüm mallarının haczedilememesi eleştirilmiştir. Ancak buna rağmen İl Özel İdaresi Kanunu hükmü dar yorumlanmalı ve alacaklıların alacaklarına ulaşamaması sonucunu doğurmamalıdır. Ayrıca alacaklıları mağdur etmemeye yönelik tedbirler alınabilir. Burada 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu<sup>135</sup> örnek olarak verilebilir. Anılan kanunun 3/son hükmüne göre; idarelerce yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanılamaz. Benzer şekilde aynı kanunun 7/3 hükmüne göre; idare kamulaştırma kararı verdikten sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesini kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirir. İdare tarafından, şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10'uncu maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir.

İl özel idaresinin ancak kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilmezlik kapsamındadır. İl özel idaresine ait olan ve kamu hizmetinde fiilen kullanılan malları haczedilebilecektir. Burada il genel meclise tarafından alınmış tahsis kararının önemi, malın fiilen kamu hizmetinde kullanılması durumundadır. İl genel meclisinin tahsis kararına rağmen o mal kamu hizmetinde fiilen kullanılmıyorsa haczedilebilmelidir.

İl özel idaresinin proje karşılığı borçlanma yoluyla almış olduğu gelirlerin haczedilmemesi, genellikle bu borçlanma yoluyla kamu hizmetinin yerine getirilmesidir. Bu yüzden bu borç yoluyla alınan gelirlerin haczedilmemesi kamu

---

<sup>135</sup> Kabul Tarihi 04.11.1983, RG, T. 08.11.1983, S. 18215.

yararının üstün tutulmasına hizmet eder. Ancak il özel idaresi proje karşılığı borçlanmamışsa bu hacze konu olabilecektir. Ancak bu paraların da kamu hizmetinde fiilen kullanılmaması lazımdır.

İl özel idaresine yapılan bağışların hepsi haczedilmezlik kapsamına alınmamıştır. Sadece şartlı olarak yapılan bağışlar haczedilmezlik kapsamındadır. Bunun gerekçesi de bu şartın il özel idaresine bir yükümlülük getirmesindedir. Örneğin, okul yapılması şartı ile bağışlanan bir arsanın haczedilmesi, bu şartın yerine getirilmesine engel olacaktır. Ancak burada bağışlanan ile şartın getirdiği yükümlülük arasında bir kıyaslama sonucu, eğer bağışlanandan şart gerçekleştirildikten sonra ortaya bir değer çıkıyorsa bunun haczi mümkün olabilmelidir. Yani baştan şartlı bağışların tamamının haczedilmemesi yerine, bağışların haczedilmesi ancak şartın yerine getirilmesi amacıyla harekete geçilmesi ve arta bir değer çıkmışsa bunla alacaklının tatmin edilmesi, düzenlemesi daha uygun olabilir niteliktedir.

İl özel idaresinin vergi, resim ve harçlarının, bunların kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla toplanmasından dolayıdır. Bunlar kendiliğinden kamu hizmetine tahsislidir denilebilir. İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7/1 maddesi bu kanunda, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen paylar vergi hükmünde olduğunu belirtmiş, ancak hemen 7/2'de il özel idareleri ve belediyeler ile bu idarelere bağlı kuruluşların ve bunlara ait tüzel kişilerin, 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip edilen Devlete olan borçları, 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında tanımlanan Hazine alacağı niteliğindeki borçları, İller Bankasına olan borçları ile sosyal güvenlik kuruluşlarına olan borçlarına ve 10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun geçici 3 üncü, 03.07.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun geçici 5'inci maddeleri kapsamında uzlaşma sağlanmış borçları ile bu maddeler kapsamındaki kuruluşlara olan ve 31.12.2006 tarihi itibarıyla tahakkuk etmiş ve uzlaşma sağlanmamış olan borçlarına karşılık, bu idareler adına her ay genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ayrılacak tutardan, alacaklı idarelerin talebi üzerine, ilgisine göre Maliye Bakanlığı veya İller Bankası tarafından kesinti yapılarak alacaklı idarelere ödenir, şeklinde düzenleme getirmiştir. Bu durum, il özel idaresine genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan payların haczedilmesinde, İİK'ya göre yapılan takiplerle kamu alacaklarının tahsilinde farklı durum ortaya çıkarmaktadır. Zira İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7/1 maddesine göre kanunda, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu

idarelere verilmesi öngörülen paylar vergi hükmünde olduğu belirtilmiş bunların İİK kapsamında haczedilmeyeceği belirtilmiştir. Bu tür gelirler kamu alacakları söz konusu olduğunda Maliye Bakanlığı veya İller Bankası tarafından kesinti yapılarak alacaklı idarelere ödenirken, İİK kapsamında haczedilmemesi adalet duygusuna uygun düşmemektedir.

Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesi ile eklenen son fıkra şu hükmü içermektedir: *“İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz.”*. Belediyenin borçlu olduğu bir takipte, haciz aşamasına gelinmiş ve alacaklı haciz talep etmişse, icra memuru, haciz kararı almadan, ilk önce belediyeden on gün içinde borca yetecek miktarda haczedilebilecek mal göstermesini isteyecektir. Belediye borca yetecek miktarda haczedilebilecek mal gösterirse haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanacaktır. Eğer belediye on gün içinde yeterli mal beyan etmezse icra memuru, belediyenin haczedilebilir malları üzerinde haciz uygulayacaktır. Ancak bu haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamayacaktır. Bu hükme benzer bir hüküm İl Özel İdaresi Kanununa getirilmelidir. Zira bu sayede alacaklıların borçlu il özel idaresinin haczedilebilir mallarını bulmaları daha kolay olacaktır. Zira alacaklının kendiliğinden il özel idarelerinin haczedilebilir mallarına bulmaları pek kolay olmamaktadır ve alacaklıların haklarına kavuşmaları bu yüzden gecikmektedir. Bir başka açıdan bu sayede il özel idarelerinin kamu hizmeti yapmasının aksatılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Haczedilemez ve kamu hizmetinde kullanılan bir malın haczi ve bu yüzden kamu hizmetinin aksaması mümkün olabilecektir, böyle bir değişiklik bunların önüne geçebilecek niteliktedir.

**KAYNAKÇA**

- Akil, Cenk**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler”, ABD, 2012/2, s.99-119.
- Akkaya, Tolga**, “İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu”, DEÜHFD, C. 11, 2009, s.845-866.
- Akılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil**, Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960.
- Aşık, İbrahim**, “Anayasa Mahkemesi’nin Devlet Mallarının Haczedilmezliği Hakkındaki Kararıyla İlgili İçtihat Notu”, MİHDER, C. 7, S. 20, 2011/3, s.3-12.
- Atay, Ender Ethem**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006
- Belgesay, Mustafa Reşit**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Birinci Bölüm İcra, İstanbul 1948.
- Çağlayan, Ramazan**, İdare Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Duran, Lütfi**, İdare Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Duran, Lütfi**, “Kamusal Malların Ölçütü”, AİD, C:19, S:3, 1986, s.43-52.
- Duran, Osman**, “Belediyeye Karşı Haciz Tatbiki”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’ a Armağan, C. 1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2014, s.755-795.
- Eroğlu, Hamza**, İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1985.
- Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun**, İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2006.
- Gözler, Kemal**, “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Haline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur?”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 122, Şubat 2013, s.37-82.
- Gözler, Kemal**, İdare Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009.
- Gözler, Kemal**, İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref**, Yönetim Hukuku, 23. Bası, Ankara 2005.
- Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut**, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Gülen, Aydın**, “Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir? (Anayasa Mahkemesinin, İcra ve İflas Kanununun 82/1. Maddesine İlişkin Kararın Çağrıştırdıkları)”, İHİD, Y. 16, S. 1, Ocak 1995, s.22-29.
- Gülen, Aydın**, Günışığında Yönetim, Kamu Malları, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.
- Günday, Metin**, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.

- Güngör, Selen**, “*Yerel Yönetimlerin Borçlanmaları*”, Akademik Bakış Dergisi, Sayı 24 Nisan- Mayıs- Haziran 2011, s.1-16 (<http://www.akademikbakis.org/eskisite/24/12.pdf>).
- Gürdoğan, Burhan**, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970.
- Hakyemez, Yusuf Şevki**, “*İl Özel İdarelerinin İşlevi, Organları ve Rollerini*”, Sayıştay Dergisi, Sayı 31, 1998, s.169-183.
- Harman, Esra**, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu Uyarınca Türkiye’ de İl Özel İdaresi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- Kaneti, Selim**, Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Kaplan, İbrahim**, “*Belediye ve İl Özel İdarelerine Ait Gayrimenkuller Üzerinde Bankalar Lehine Kurulan İpotekler ve Bunların Paraya Çevrilmesinde Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sorunlar*”, AÜSBFD, C. 47, S. 3, 1992, s.187-191.
- Karakoç, Yusuf**, Vergi Genel Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Karatepe, Şükrü**, İdare Hukuku, 4. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995.
- Karşlı, Abdurrahim**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Kuru, Baki**, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, AÜHFD, 1962/1-4, C. XIX, s.277-326.
- Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C. I, İcra Hukuku, Ankara 1965.
- Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C. I, İstanbul 1988.
- Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Muşul, Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku, C. I, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Oktar, Ateş**, Vergi Hukuku, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2011.
- Olguç, Senai/ Köymen, Haydar**, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1965.
- Onar, Siddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt: II, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Oskay, Mustafa/ Koçak, Coşkun/ Deynekli, Adnan/ Doğan, Ayhan**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Özay, İl Han**, Günışığında Yönetim, Alfa yayınları, İstanbul 1996.
- Özbay, İbrahim**, “*İcra ve İflas Hukukunda Haczedilmezlikten Feragat (İİK m.83/a)*”, AÜHFD, C. 9, S. 1-2, 2005, s.543-567.
- Özçelik, Volkan** İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Pekcanitez, Hakan**, İcra- İflas Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Postacıoğlu, İlhan E.**, İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982.

- Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer**, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Salihoğlu, Enver**, İl Özel İdaresi, Beta Basım Yayım, İstanbul 2012.
- Tan, Turgut**, İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Tek, Ahmet Ferik/ Ünal, Yenal**, “İdare-yi Umumiye-yi Vilayet ve İdare-yi Hususiye-yi Vilayet Kanunları”, Tarih Okulu Dergisi, Yaz 2009, Sayı IV, s.77-101.
- Tercan, Erdal**, İcra ve İflas Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2010.
- Tortop, Nuri / Aykaç, Burhan / Yayman, Hüseyin / Özer, M. Akif**, Mahalli İdareler, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- Ulukapı, Ömer**, “Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin “4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu” Kapsamındaki Uygulaması”, BATIDER, 1995, C. 18, S. 1-2, s.137-150.
- Umar, Bilge**, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.
- Uyar, Talih**, “Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar”, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s.551-586.
- Uyar, Talih**, İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa 1990.
- Uyar, Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 5, 3. Baskı, 2006.
- Üstündağ, Saim**, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Yıldırım, Mehmet Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis**, İcra Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2012.
- Yılmaz, Ejder**, “Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.601-611.
- Kazancı İçtihat Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)
- TDK Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>





## **TTK M. 636/3 İLE TTK M. 640 HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİYE DAİR BİR İNCELEME**

*Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU\**

### **ÖZET:**

6102 sayılı TTK ile Kanun'daki birçok hukuki müessesede değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler özellikle şirketler hukuku alanında kendini göstermektedir. Türkiye'de sayısal anlamda üstünlüğe sahip limited şirketlerin, anonim şirketlerden ayrılan birçok yönü olduğu gibi benzeştiği noktalar da vardır. Bunlardan birisi de, limited şirkette eskiden beri var olan; ancak anonim şirkete yeni getirilen haklı sebeple fesih müessesesidir. Nitekim limited şirkette bu hukuki kurumun varlığı şirketten çıkma, çıkarılma ve çıkmaya katılma şeklindeki yardımcı hukuki müesseselerle desteklenmişken, ayrıca haklı sebeple fesih kurumuna yer verilmesi, bunlar arasındaki ilişkiyi daha da arttırmıştır. Bu bağlamda TTK m.636/3 ile TTK m.640 hükümleri arasındaki maddi ve usulü bağlantı haklı sebep noktasında farklı ve eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Ancak anonim şirketten ayrı olarak limited şirketteki düzenlemenin, anonim şirkete kıyasla aksayan yönlerinin olup olmadığı da bu değerlendirme sırasında değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Limited Şirket, Haklı Sebeple Fesih, Haklı Sebeple Şirketten Çıkarılma.

### **ABSTRACT:**

Within the number of 6102 Turkish Commercial Code have been modified quite a few in the structure of legal institutions. Those amendments have been made especially in company law. Limited liability company having numerical superiority in Turkey has been differentiated from joint-stock company as well as the common points. One of them is beforehand having been available exclusively to limited liability company is known termination with a valid reason in law. However, the institution being partly made in coming provision for each join-stock company is the centre of interest. Hence, withdraw from partnership, the existence of this institution is undergirded by the institutions like withdrawing from the partnership, the right of squeeze out participate to the right of withdrawing from the partnership. Also stated following institutions have been made a relationship between the institutions called termination with a valid reason in law. In this regard, the material and proceeding

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana bilim Dalı.

relationship between the number of article 636/3 and 640 have been evaluated in a particular and critical point of view. During these evaluation, apart from the joint stock company, the regulation about limited liability company has been evaluated in the halting part of them.

**Keywords:** Limited liability Company, Termination With a Valid Reason, The Right of Squeezeout.

## GİRİŞ

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte kanunun metni üzerinde lafza ve ruha tesir edecek birçok yeni düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerden özellikle anonim şirketlere ilişkin TTK m.531 hükmü uyarınca haklı sebeple şirketin feshine dair açılacak davaya yeni bir hukuki müessese olarak kanun koyucu tarafından yer verildiği görülmektedir<sup>1</sup>. Ancak bu hükmün karşılığı diğer ticaret şirketlerinde olduğu gibi özellikle konumuz açısından önem teşkil eden limited şirketlerde sığ bir düzenlemeden öteye geçememiştir. Kanun koyucu getirdiği yeni düzenleme ile şirketin haklı sebeple feshi konusunda tartışılan birçok konuyu (misalen payın gerçek değerinin ne şekilde hesaplanacağı konusu vb.) hâkime takdir yetkisini kullanırken yardım edici kıstaslar sunarak çözümlenmeye çalışmıştır. Anonim şirketlerde azınlığa tanınan bu hak; limited şirketlerde ortaklara bireysel hak olarak verilmiştir<sup>2</sup>. Bunun dışında anonim şirkette haklı sebeple fesih dolayısıyla duruma uygun başka bir çözüm önerisi olarak ortağın çıkarılması öngörülmüşse de<sup>3</sup> bunun limited şirketten farklı olarak istisnai bir düzenleme teşkil ettiğini belirtmek icap eder<sup>4</sup>. Zira anonim şirketlerde pay sahipliği sıfatının kaybı sınırlı hallere münhasır olarak (payın devri, birleşme, şirketin tasfiyesi, payın itfası ve sermaye ödeme borcunun yerine getirilmemesi dolayısıyla ıskat) gerçekleşir<sup>5</sup>. Oysaki limited şirketlerde

<sup>1</sup> Mehmet **Bahtiyar**, *Ortaklıklar Hukuku (Kısa, Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler-Soru Örnekleri)*, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s.292; Rauf **Karasu**, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.144.

<sup>2</sup> Ünal **Tekinalp**, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları", Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.211; Şükrü **Yıldız**, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s.291.

<sup>3</sup> TTK'da düzenleniş biçimi itibariyle ortağın anonim şirketten çıkarılması sonucunu da içinde barındırmaktadır. *Bakınız.* Ayşe **Sümer**, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Beklerken, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 10-11-12 Mayıs 2012, Cilt: 18, Sayı: 2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s.841.

<sup>4</sup> Haklı nedenlerle fesih kural olarak adi şirketler ile şahıs şirketlerinde söz konusu bir dava hakkı olması nedeniyle istisnai bir hak olarak sınırlı tutulmalı ve sınırlarının iyi belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde bu dava anonim şirketlerde suiistimal edilebilir. *Bakınız.* Erdoğan **Moroğlu**, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler)*, Değerlendirme ve Öneriler, XII Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2012, s.313.

<sup>5</sup> Anonim şirketlerde ortaklıktan çıkarılma mahkeme kararı olmaksızın mümkün olmadığı gibi, limited şirketlerin aksine münferit ve bağımsız dava konusu da yapılamaz. *Bakınız.* Oruç **Hammi Şener**, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.599-600; Karasu, s.167-168.

ortağın çıkması<sup>6</sup>, çıkmaya katılma ve hatta çıkarılması<sup>7</sup> ayrı hükümler halinde düzenlenmiştir<sup>8</sup>. Bu noktada konumuz açısından önem arz eden husus iki müstakil düzenleme (TTK m.636/3 ile TTK m.640) arasındaki ilişki ve bu çerçevede anonim şirkette haklı sebeple fesih noktasında ayrılan yönlerin farklı bir bakış açısıyla ortaya konulması amaçlanmıştır. Bu sayede düzenlemelerin yerindeliliği ve hükümler arası bir hiyerarşinin olup olmadığı da incelenecektir.

## 1. TTK M.636/3 HÜKMÜNÜN ÖZELLİKLERİ VE UYGULAMA ALANI

### 1.1. Genel Olarak

TTK'nın beşinci bölümü'nde "*Sona Erme ve Ayrılma*" başlığı altında genel anlamda "*Sona Erme Sebepleri ve Sona Erme Sonuçları*" alt başlığına ilişkin 636. maddenin üçüncü fıkrasında, her ortağın limited şirketin haklı sebeple feshine ilişkin dava hakkı, TK m.504/2.fikra temelinde aynı ancak daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. TTK m.636/3 uyarınca; "*Haklı sebeplerin varlığı halinde, her ortak mahkemedен şirketin feshini isteyebilir. Mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir.*"<sup>9</sup>. O halde her ortağın, bireysel ve vazgeçilmez nitelikte şirkete ortak olmaktan kaynaklanan şirketin haklı sebeple feshine ilişkin dava hakkı vardır. Hükmün gerekçesine de bakıldığında görülecektir ki; şirketin kişisel niteliği göz önünde tutularak ortağa tanınan bu hakkın TTK m.531 hükmüne paralel olduğu belirtilmişse de payların değerinin hesaplanması noktasında '*karar tarihine en yakın tarihteki*' ibaresinin<sup>10</sup> alınmadığı dikkat çekmektedir<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Çıkmaya ilişkin olarak getirilen yeniliklerden ilki ihtiyati tedbir talebinin istenmesi; ikincisi ise çıkmaya katılmanın düzenlenmesidir. *Bakınız. Ayşe Şahin, "Yeni Türk Ticaret Kanununun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi"*, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.175 vd.

<sup>7</sup> Çıkarılma açısından getirilen yeniliklerden ilki şirket sözleşmesinde genel kurul kararı ile çıkarmanın düzenlenmesine olanak sağlanması iken; ikinci bir yenilik ise çıkarılması söz konusu olan ortağın genel kurulun sözleşmedeki sebeplere dayalı olarak alınan çıkarılma kararına karşı iptal davası açabilmesidir. *Bakınız. Şahin, Çıkma*, s.189-190.

<sup>8</sup> Ortağın çıkması ya da çıkarılması çoğu zaman esas sermayenin azaltılması sonucunu doğurduğundan ayrı bir kurum olarak limited şirketler açısından çıkma ve çıkarılma düzenlenmiştir. *Bakınız. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkinci Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.454.*

<sup>9</sup> *Benzer şekilde TTK m.531 hükmünün birkaç değişiklikle olması gereken hukuk düzeni içerisinde düzenlenmesinin ne şekilde olacağı konusunda bakınız. Moroğlu, s.313.*

<sup>10</sup> Ne var ki hüküm sadece zaman içindeki değer artışlarından pay sahiplerini yararlandırma amacı gütsen de tam aksi yönde etki doğurmuştur. *Bu yüzden dava tarihi itibarıyla rayiç değer tespitinin yapılmasının hakkaniyete uygun olacağı noktasında bakınız. Sümer, s.846. Oysaki Şahin'in de belirttiği üzere karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değer esas alınması usul ve maddi hukuka ilişkin koşul yönünden geçerlidir. Zira ayrılma akçesi alacağı her durumda,*

Oysaki hâkime bu noktada geniş bir takdir yetkisi tanıyan (TMK m.4) hükmün en azından bu çerçevede yardımcı bir kıstas getirmesi yerinde olurdu. Ayrıca usulü boyutla davada alınacak harcın tespitinde pay bedelleri esas alınamaz<sup>12</sup>. Zira dava harcı anonim şirketin fesih davasında alınan harçtır<sup>13</sup>.

Haklı sebeple fesih davası adından da anlaşılacağı üzere ancak mahkeme kanalıyla çözümlenebilecek ve yargılama sırasında itiraz konusu olamayacak ortak-sal bir talep hakkıdır<sup>14</sup>. O halde bir ortağın ya da davacı dışındaki diğer ortakların bir araya gelerek tek taraflı irade beyanı üzerine limited şirketin haklı sebebe dayalı feshi talebi hüküm ve sonuç doğurmaz. Zira buna, ne hüküm ne de hükmün altında yatan gaye izin verir. Şöyle ki; anonim şirketten farklı olarak limited şirkette kişisel unsurların (sermaye şirketi olmasına rağmen) ağır basması yalnızca ortakların arasında değil aynı zamanda özel anlamda alacaklılar, işçiler vb. üçüncü kişilerin menfaati ya da genel anlamda kamunun menfaatinin korunmasını gerektirir<sup>15</sup>. Bu yüzden anonim şirkette azınlığa tanınan bu hak çoğunluğun karşısında bir savunma mekanizması işlevinin yanı sıra şirketin yönetim ve temsilinde ortaya çıkabilecek birtakım aksaklıkları (karar alamama vb.) önleme amacı da

---

en erken mahkeme kararının kesinleşmesi ile doğduğuna ve muaccel hale geldiğine göre, şirketin ödeme yapacağı tarihe en yakın tarihteki ödeme kabiliyetinin ve o tarihe en yakın tarihteki pay değerinin esas alınması gerekir. Aksi halde davanın başına hesaplanan şirket değerinin davanın sonunda doğru düşmesi durumunda başta yüksek değerden hesaplanan ayrımla akcesinin dava sonunda ödenmemesi riski ortaya çıkar. *Bakınız. Şahin, Çıkma, s.199-200. Aynı yönde bakınız. Zeynep Mineliler, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVI, Sayı 3, Ankara 2012, s.111-112. Gerçek değer limited şirketin bilançosuna göre hesaplanacağı ve bu kapsamda yaşayan bir ticaret şirketinin muhtemel satış fiyatlarının esas alınacağı ve bundan borçların iskonto edilip, ayrıca good-will'in hesaba katılacağını söylemek gerekir. Bu noktada uyuşma sağlanamazsa limited şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından gerçek değer hesaplanması icap eder. Mahkemenin verdiği karar kesindir. Bakınız. Tekinalp, Ortaklıklar, s.487.*

<sup>11</sup> *Kanun koyucunun bu noktada bir unutkanlığının bulunduğu ya da hükmün eklenmesine gerek olmadığı konusundaki görüş için bakınız. Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), XII Levha Yayıncılık, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s.551-552.*

<sup>12</sup> Tekinalp, Usul, s.216.

<sup>13</sup> Tekinalp, Usul, s.216.

<sup>14</sup> *Diğer şirketlerde olduğu gibi kolektif şirkette bu hakkın dava yoluyla kullanılabilmesi noktasında bakınız. Ersin Çamoğlu, Kolektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.125; Ali Haydar Yıldırım, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Feshi, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s.57-58; Ayşe Şahin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.56; Nuri Erdem, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (6102 Sayılı Yeni TTK. Hükümlerine Göre), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.165; Karasu, s.144.*

<sup>15</sup> *Aytekin Çelik, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", Batider, Cilt XXV, Sayı 4, Ankara 2009, s.576; Sümer, s.844-845.*

gütmektedir<sup>16</sup>. Nitekim limited şirkette çoğunluk ilkesinin geçerli oluşu ekonomik menfaatler dengesinin çoğunluk pay sahibi tarafına doğru kayması şeklinde gerçekleşir. Tabiidir ki; bazı hallerde (her iki olasılıkta da) şirketin bir an önce feshedilmesi şirketin haklı sebebe dayalı olarak uğradığı zararın hem ortaklar hem alacaklılar açısından müstakbel malvarlığının tasfiye payına bağlı olarak azalması da engellenecektir<sup>17</sup>. O halde haklı sebeple fesih davası her ortağın kanuni hakkı olması dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşılaşılabılır<sup>18</sup>. Bu nedenle hâkime tanınan geniş takdir yetkisi çerçevesinde taraflar arasında makul bir menfaat dengesinin kurulması şarttır<sup>19</sup>. Böylece hâkim tarafından verilen karar ya tespit niteliğinde davanın reddine (yalnızca davanın taraflarını bağlar) ya da davanın kabulü neticesinde (davacı ya da davalı fark etmeksizin tüm pay sahiplerini bağlar) duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözümün üretilmesine<sup>20</sup> veya hâkimin son çare olarak inşai nitelikte şirketin feshine ilişkindir<sup>21</sup>. Bunların dışında şirketin organ eksikliği ve genel kurulun toplanamaması nedeniyle veya hâkimin davanın kuruluşuna aykırılık hallerinde de ortaklığın feshini gerektiren birçok hükmün varlığını da ayrıca belirtmek gerekir<sup>22</sup>.

Kanun koyucu haklı sebeple fesih davasının açılması için davacı ortağın teminat göstermesine gerek duymamıştır<sup>23</sup>. Zaten bu husus, davacı ortağın payını dahi kaybetmesi riskini de içinde barındırması sebebiyle davanın tarafları arasında bir menfaat dengesinin kurulduğu söylenebilir<sup>24</sup>. Ayrıca davacının, davasını terditli olarak açması (bundan kastedilen husus şirketin haklı sebeple

<sup>16</sup> Yıldırım, s.40-41.

<sup>17</sup> Yıldırım, s.41-42.

<sup>18</sup> Yıldırım, s.42-43.

<sup>19</sup> Sümer, s.844; Kendigelen, s.435.

<sup>20</sup> Kararın alternatif bir çözüm üretmesi halinde çözüm ya davacılar için (payların satın alınmasında olduğu gibi) ya da tüm pay sahipleri için geçerli olacak nitelik taşıyabilir (birikmiş karlardan/olağanüstü yedek akçelerden kar dağıtılması gibi). *Bakınız.* Tekinalp, Usul, s.222. Davacı azınlık, çoğunlukta davalı pay sahiplerinin hâkimin takdir yetkisi bağlamında vereceği karar sonucunda ortaklıkla olan hukuki ilişkilerini kesebilir. *Bakınız.* Sümer, s.849. *Gerçekten de davada taraf eşitliği ilkesi gereği hâkimin varacağı sonuç her halükarda son çare ilkesi kapsamında değerlendirilmeyi gerekli kılacağı kanaatindeyim.*

<sup>21</sup> Sevilay Uzunallı, *Anonim Şirkette İşletme Konusu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.158; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s.572 vd. *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Sümer, s.844 vd.; Tekinalp, Usul, s.215. Böylelikle bu hüküm ile fesih alternatif çözümlerin gerisinde kalmıştır. *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.288 ve 296; Şener, s.600; Çelik, s.575.

<sup>22</sup> *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Yıldırım, s.14 vd.

<sup>23</sup> Sümer, s.843. Fesih davasının önemi ve etkisi göz önünde tutularak davacının şirkete verdiği veya vereceği muhtemel zararlar açısından davacılarından uygun bir teminat istenmesine ilişkin hükmeye yer verilmesi uygun olacaktır. *Bakınız.* Moroğlu, s.313.

<sup>24</sup> Sümer, s.847.

feshinin yanında uygun görülmesi halinde fesih yerine uygun alternatif çözümlerin dava dilekçesinde gösterilmesi) şart değildir<sup>25</sup>. Zira hâkim Türk hukukunu re'sen uygulamakla görevlidir<sup>26</sup>.

## 1.2. Hükümün Özelliği ve Uygulama Alanı

Haklı sebeple fesih davasına ilişkin düzenleme şirket sözleşmesinden beklenen menfaatler göz önünde tutularak yalnızca en az iki ortaklı anonim ve limited şirketlere uygulanabilir<sup>27</sup>. Bu hüküm hem ortağa tanınan hak, hem de dava yoluyla kullanılan bir hukuki yol olması nedeniyle iki yönlü incelenebilir. İlk, ortağa tanınan bu hakkın vazgeçilmez (müktesep<sup>28</sup> olmayan), malvarlıksal özellik arz etmeyen ve koruyucu nitelikte bireysel (azınlık değil<sup>29</sup>/sermaye payı oranı ya da itibari değerlerinden ayrı ve bağımsız) bir hak olduğunu genel hatlarıyla ifade edebiliriz. İkincil olarak ise fesih davası şirket açısından tasfiye bağlamında çok ağır sonuçlar doğuracağından hâkim kendisine verilen geniş takdir yetkisini kullanırken son çare<sup>30</sup> ve ölçülülük ilkesine<sup>31</sup> uygun hareket etmelidir<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> Tekinalp, Usul, s.217.

<sup>26</sup> Tekinalp, Usul, s.217.

<sup>27</sup> *Tek kişilik anonim ve limited şirkette haklı sebeple fesih davasının uygulanamayacağı yönünde bakınız.* Sümer, s.840. Oysaki iki kişilik limited şirketlerde tek ortak bu nisabı (TTK m.621/1-h;2) tek başına sağlayabildiği takdirde diğer ortağın çıkarılmasına karar verilebilecektir. *Bakınız.* Şahin, Çıkma, s.192.

<sup>28</sup> Yıldırım, s.47. Sözleşmeyle haklı sebeple feshi sınırlayan hükümler – birkaç örnek vermek dışında- kısıtlanamaz. *Bakınız.* Sümer, s.843; Mineliler, s.98-99. *Aynı yönde bakınız.* Şahin, s.300 vd. Hâkimin fesih kararı vermek yerine fesih talebinde bulunan pay sahiplerinin paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve kendilerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verme yetkisini ortadan kaldıran veya sınırlandıran esas sözleşme hükümleri emredici hükümler ilkesinde sapma anlamına gelir. *Bakınız.* Karasu, s.145. *Ortaklıktan çıkma hakkındaki haklı sebepler açısından da aynı yönde görüş için bakınız.* Şahin, Çıkma, s.179.

<sup>29</sup> *Anonim şirketlerde azınlığa tanınan bu hak açısından azlık grubu için öngörülen oranın düşürülebileceği, hatta tek ortağa kadar indirilebileceği noktasında bakınız.* Sümer, s.843; Çelik, s.586 ve 587. Oysaki bizim de katıldığımız görüş uyarınca en az ifadesi asgari sınırı belirleyen arttırma anlamındadır. Bu yüzden *Moroğlu*'nun da ifade ettiği üzere dava hakkını hâiz olan azınlık oranını esas sözleşme ile düşürülebilmesine kapının açık bırakılması sakıncalıdır. *Bakınız.* Moroğlu, s.313. *Bu iki görüşten farklı olarak TTK m.531 'de öngörülen esas sermayenin en az onda birine sahip olma şartının hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği yönünde bakınız.* Karasu, s.145. Benzer şekilde azlık hakkı yüzdesinin ne düşürebileceği ne yükseltilebileceğinden bahsedilemez. Zira TTK m.531 hükmündeki davanın niteliği buna izin vermediği gibi; TTK m.411'deki genel kurulun toplantıya çağırılması ile karşılaştırılmayacak kadar önemli bir husustaki boşluğun doldurulması TTK m.340 hükmüne aykırılık teşkil eder. *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.287-288.

<sup>30</sup> Haklı sebebin koşullarının olup oluşmadığı; eğer oluştuysa eldeki hukuki imkânlarla - müdürler hakkında sorumluluk davası açılması ya da genel kurul kararların iptali veyahut da esas sözleşmede öngörülen bir hukuki yol var idiyse vb.- herhangi bir çözüm önerisinin getirilip getirilemeyeceğine, aksi halde her topluluğun ortak menfaatine hitap eder şekilde feshe.

Bu çerçevede hâkim kendisine verilen bu takdir yetkisini kullanırken talilik ilkesini<sup>33</sup> dikkate almalıdır. Bununla kastedilen, menfaatler arasında hakkaniyete uygun bir çözüme hükmedilmesi halinde haklı sebebin somut olayın koşullarına ne şekilde etkiye bulunacağına tespitinden ibarettir<sup>34</sup>. Başka bir deyişle talilik ilkesi haklı sebebin bir parçası olup, dava şartı değildir<sup>35</sup>. Zaten haklı sebep konusunda kanun koyucunun kavramın içeriğinin tespitinde bilinçli olarak hüküm içi boşluk yolunu tercih ettiği<sup>36</sup>, aslında hakkaniyet ilkesinin ve özellikle ihtimaller dâhilinde son çare ilkesinin uygulamasıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, son çare ilkesini kat'i şekilde yorumlamaktan kaçınmaktır<sup>37</sup>. Yoksa herhangi bir ortağın-ki bu azınlık da olabilir- payını devretmesi, bedel olarak onu tatmin etmeyecekse veya sözleşmeye dayalı çıkma hakkına sahip değilse, bu hallerde herhangi bir hukuki imkânın kalmadığı görülmektedir. Belirtilen şekilde olduğu gibi diğer hukuki yollara başvurulmaması sebebiyle davanın reddine karar verilemez.

Gerçekten de bir sorunu kesin anlamda çözebilecek bir hukuki yol yerine, ona kısa süreli çözüm oluşturabilecek veya şüpheli gözle bakılacak çözüm önerisinin getirilmesi suretiyle; *' taraflar arasındaki uyuşmazlığı ne şekilde son*

<sup>31</sup> Haklı sebebin ışığında öngörülen tedbir ile ulaşılabilecek çözüm arasında makul anlamda bir çözüm önerisinin üretilip üretilmediği başka bir deyişle kanunun ifadesiyle; *'duruma uygun düşüp düşmediğinin'* tespitine.

<sup>32</sup> Şahin, s.326; Tekinalp, Ortaklıklar, s.289; Mineliler, s.101; Şener, s.596-597; Çelik, s.577. Haklı sebeple fesih davası uygulanmasıyla değil de uygulanma tehlikesinin varlığı neticesinde çoğunluğun haklarını kullanmakta caydırıcı role sahiptir. *Bakınız.* Sümer, s.844. *Bu son husus bize son çare ilkesinin aslında şirketin devamına yönelik alınmış bir güvencenin haklı sebebin ciddi boyutlara varması halinde ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğunu ifade ederek şirketten çıkarılma ile hükmün farkını açıkça ortaya koymaktadır.*

<sup>33</sup> Aslında kastedilmek istenen son çare ilkesinin tamamlayıcısıdır. Zira talilik davanın çözüm yol olarak ikincilliğini gösterir; yoksa son çare ilkesi tüm başvurulacak hukuki yolların çözüm üreteceğinde şüphe duyulmayacak şekilde ve aşamalı olarak tüketilmesi anlamına gelir. Kanaatimizce bu durum hükmün şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesinin bir görünümüdür. Nasıl ki bu aşamadan geçen hüküm maddi anlamda kesin hüküm olarak tarafları kesin olarak bağlıyorsa; fesih hüküm ve sonuçlarını da bu şekilde doğurmaktadır.

<sup>34</sup> *Benzer yönde bakınız.* Yıldırım, s.64; Sümer, s.844.

<sup>35</sup> Somut olayda iptal davası, bilgi alınması, özel denetim yaptırılması gibi yollarla sonuca varmak mümkünse, fesih davasının açılmaması gerektiği, hatta bu hususun re'sen incelenmesi gerektiği; ancak bu yolların tüketilmesinin davanın dinlenilme sebebi olmadığına işaret etmek gerekir. *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s. Tekinalp, Usul, s.213; Oruç, s.215; Yıldırım, s.64; Sümer, s.844; Bahtiyar, s.294; Mineliler, s.107.

<sup>36</sup> Şahin, s.340. *Benzer yönde bakınız.* Sümer, s.844; Bahtiyar, s.293; Karasu, s.144.

<sup>37</sup> Nitekim esas sözleşmede öngörülen çıkma hakkı ile haklı sebeple çıkma davası arasındaki bağlantıda öncelik-sonralık ilişkisi olmadığından dolayı biri diğerinin ön koşulu olarak nitelendirilemez. *Bakınız.* Şahin, Çıkma, s.180. *Aynı yönde bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.496.



*verileceği?*’ sorusu tartışmayı gerektirir<sup>38</sup>. Buradan hareketle, talilik ilkesi haklı sebeple fesih davası açısından bir dava şartı olmadığına göre; davacı ortağın haklı sebeple şirketin feshini talep etmesi de onun kusuruna *kural olarak* bağlı değildir. Zira kanun koyucu bu şekilde düzenleme yapmak isteseydi; TTK m.245/2 hükmünde olduğu gibi<sup>39</sup> kusurlu-kusursuz haller açısından ikili ayrıma giderek dava açma hakkını sınırlayabilirdi. Oysaki bu tarz bir düzenleme yapılmadığı gibi, TTK m.636/3 hükmünden bu tarz bir şartın arandığı da söylene-  
mez<sup>40</sup>. Nitekim davacının kusurlu olup olmadığı, dava sonucunda belli olacağından, haklı sebebin tayininde ancak bir kriter olarak dikkate alınabileceği kanaatindeyim. Şöyle ki; haklı sebeple fesih davası ve bundan bağımsız olan ortaklıktan çıkarılma davası arasındaki bağlantının düğümlendiği noktanın tam da burası olduğu düşüncesindeyim. Bundan kasıt haklı sebeple fesih davasında haklı sebebin somutlaştırılması gereği karşısında ya objektif ya da subjektif nedenlerin varlığı, kusurun tespitinde mihenk noktası olacaktır.

Bu kapsamda *Yıldırım*’ın belirttiği şekilde ortağın genel kurula veya yönetime herhangi bir şekilde itirazda bulunmasına dair bir külfetin<sup>41</sup> de hukuki dayanaktan yoksun olduğunu belirtmek gerekir. Zira *Çamoğlu*’nun haklı olarak belirttiği üzere; şirketin adını ve araçlarını kötüye kullanan veya rekabet yasağını ihlal eden ortak haklı sebebe dayalı şirketin feshini talep edemez; aksi halde hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşı karşıya kalınır<sup>42</sup>. Oysaki *Yıldırım*’ın çelişkili davranma yasağını bir gerekçe olarak göstermesi külfetin bir hukuki sonucu olmayıp; aksine haklı sebebin konusunu teşkil eden hususun/içeriğın farklılaşmasından ileri gelmektedir. Genel hukuk düzeni çerçevesinde ortağın kendi kusurundan dolayı bir şirketin feshini talep etmesi haklı sebebe dayanamaz<sup>43</sup>. Ancak bu husus evleviyetle ortaklıktan çıkarılma noktasında bir haklı sebep teşkil eder.

<sup>38</sup> *Anonim şirketler açısından haklı sebeple fesih davasının yerinde olmadığı konusunda bakınız. Oruç, s.214-215. Eski kanun döneminde haklı sebeple fesih davası kurumuna yer verilmediği yönünde bakınız. Sümer, s.841; Tekinalp, Usul, s.212. Nitekim olumsuz kanun boşluğu bulunduğu ve esas sözleşmede böyle bir hükme de yer verilmediği takdirde haklı sebeple fesih için mahkemeden talepte bulunulamayabilmektedir. Bakınız. Bahtiyar, s.292.*

<sup>39</sup> *Ayrıntılı bilgi için bakınız. Çamoğlu, s.80 vd.*

<sup>40</sup> *TTK m.531 hükmü açısından benzer yönde bakınız. Oruç, s.215.*

<sup>41</sup> *Yıldırım, s.65.*

<sup>42</sup> *Çamoğlu, s.81-82. Başka bir deyişle bir ortağın haklı nedenle şirketin feshi ve tasfiyesini isteyebilmesi için en fazla eşit kusurlu olması gerekir (Y 11.HD’nin 25.05. 2010 tarih ve 2008-12276/5839). Bakınız. Erdoğan Moroğlu/ Abuzer Kendigelen, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 10.bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2104, s.490. Ayrıca haklı sebeple fesih davası açan kişinin bu imkânını tehdit aracı olarak kullanmasını engellemek için en azından TTK m.636/3’e dava masraflarının ve şirketin uğrayacağı zararların kötü niyetli davacıların sorumlu olacağına ilişkin bir düzenlemenin eklenmesi yerinde olurdu. Bakınız. Mineliler, s.110. Aynı yönde bakınız. Çelik, s.588.*

<sup>43</sup> *Çamoğlu, s.128 ve 129; Mineliler, s.103.*

Böylelikle TTK m.636/3 hükmünün objektif nedenlerle gerçekleşen haklı nedenlere dayandığını; oysaki ortaklıktan çıkarılması davasının ise sübjektif nedenlere dayalı olarak açılması gerektiği<sup>44</sup> kanaatindeyim. Bu yüzden kusur unsuru haklı sebeple fesih davasının açılması şartı değildir. Bunun yerine başkaca uygun bir çözümün, yani orantılılık ilkesi çerçevesinde hâkimin şirketi feshi gibi ağır bir sona erme sürecinden kurtararak diğer ortaklarla şirketin devamlılığın sağlanması, takdir hakkını tamamlayıcı bir kriter olarak karşımıza çıkar.

O halde hâkime verilen takdir yetkisi çerçevesinde, davanın esasına girildiği noktada tespitinin yapılabileceği, davacının kusurlu olup olmadığı; kusurlu ise kusurun miktarı ve oranın tespitinden hareketle ya davanın reddine ya da davanın kabulü ile seçimlik haklarından (diğer başkaca uygun hukuki çözümlerden birisine) birisine hâkimin karar vermesi gerekir. Zaten Alman hukukunda haklı sebebi düzenleyen GmbHG §61'de, ortaklık içerisinde meydana gelen haklı sebeplerin, azınlığa ortaklığın sona ermesini isteme hakkı vereceği açıkça belirtilmiştir<sup>45</sup>. Zira ortaklığın ortaklardan ayrı bir kişiliğinin bulunması, haklı sebeplerin içeriği noktasında kritik bir ayrıma gidilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu yüzden olması gereken hukuk açısından haklı sebeple feshe ilişkin düzenlemeyi, istisnai ve son çare niteliğini de dikkate alınarak sınırlı hallere özgülemek gerekir.

Ayrıca belirttiğimiz görüşe dayanak olarak da ortakların kişisel yönünün ağır bastığı limited şirketlere özgü haklı sebeple çıkarılma davasında; çıkarılmanın ortağın iradesine rağmen gerçekleşmesi haline karşılık bir tedbir olarak - fesih yerine-öngörülmesinde gerekli ağırlıkta olup olmadığının belirlenmesi gösterilebilir<sup>46</sup>. Diğer taraftan hâkime verilen geniş takdir yetkisi, davacının talep edebileceği esas ve diğer yan çözümlere ilişkin hususlar noktasında bir sınır, hatta istisna teşkil edecektir. Aksi halde mahkeme, şirketin yerine (onun iç işlerine müdahale etmek suretiyle) karar vermiş olmakta, karar ve yönetim yetkileri icrai yaptırımını olan bir kuruma geçmektedir. Adeta dışarıdan üçüncü bir

<sup>44</sup> Çıkarma davasının, ortağın şahsında meydana gelen veya ortağın diğer ortaklarla ilişkileri ile ilgili olan kişisel haklı sebeplere dayalı olarak açılabilmesi yönünde bakınız. Şahin, Çıkarma, s.194.

<sup>45</sup> Yıldırım, s.146.

<sup>46</sup> Kollektif şirketler açısından ortağın çıkarılmasında kusurun aynı yöndeki etkisi için bakınız. Çamoğlu, s.84. Karasu, yapılacak bir düzenleme ile bir pay sahibinin şirketten çıkarılması müessesinin mümkün hale getirilmesi gerektiği kanaatindedir. Bu nedenle belli haklı sebeplerin oluşması halinde, nitelikli çoğunluğa, haklı nedeni meydana getirmiş olan veya şirketin devamını çekilmez hale getiren pay sahibi veya sahiplerini şirketten çıkarma hakkı tanımak, pay sahipleri arasındaki çatışmaların önlenmesine ve şirket amacının gerçekleşmesine önemli bir katkı sağlayacaktır. Bu takdirde şirketin feshine neden olan pay sahibi değil, şirketin feshini talep eden pay sahipleri şirketten çıkarılabilmektedir. Oysaki haklı nedenle çıkarma kabul edilse, şirketin feshini talep eden pay sahipleri değil; haklı nedeni oluşturan pay sahiplerinin ihracı mümkün olacaktır. Bakınız. Karasu, s.169-170.

kişi şirketin yerine karar almaktadır<sup>47</sup>. Bu yüzden hâkim, dilekçede gösterilen sebeple bağlı olmasa da<sup>48</sup>, diğer başkaca uygun çözümlerin mahiyet ve kapsamının geniş tutulmaması yönünde tercihte bulunmalıdır. Başka bir deyişle buradaki müdahalenin esas sözleşme değişikliğine varacak boyutta olmadığını; örneğin genel kurulun kar payı dağıtımını yapmasını öngörmesi gibi<sup>49</sup> vb. söyleyebiliriz. Ayrılma akçesi karşılığında ortağın şirketten çıkarılmasına karar verilmesi noktasında, belki de şirketin ayrılma payının bedelini ödeyemeyecek durumda oluşu ve esas sermayenin azaltılması halinin diğer pay sahiplerine mevcut durumdan daha fazla zarar vermesi söz konusuysa yapılması gereken hâkimin getirdiği çözümün tek taraflı etkisinin olup olmadığını tespitidir. Aksi halde verilen karar diğer pay sahiplerini dolaylı şekilde etkileyeceğinden, kanaatimce ortaklıktan çıkarılma diye münhasır bir düzenlemenin bundan ötürü kabul edildiği söylenebilir<sup>50</sup>. Hatta *Şahin* de şirketin işletme ve yatırım politikalarının değerlendirilmesini gerektiren konularda mahkemenin karar yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir<sup>51</sup>. O halde verilen bu örneğin de uzun vadede şirket işlerinin gidişatını etkileyeceğinden bahisle -sabit ve tek değişiklik yapısı öngörmediğinden- hâkimin müdahale dışında kaldığını söylemek düşüncemizi destekler mahiyettedir.

Biz bu görüşümüzü hükmün emrediciliği noktasından hareketle de temellendirmek istiyoruz. Bu yüzden kısaca TTK m.579 hükmü çerçevesinde TTK

<sup>47</sup> Nasıl ki şirketin yönetim ve temsilinin yalnızca şirket yönetiminden birisi olmayan/murahhas müdüre tek başına bırakılması mümkün değilse; aynı şekilde mahkemenin de karar vermesinde bir sınırın uygulanması zorunluluk arz eder. Kanaatimce şirketin faaliyet dönemi içerisinde ister olağan ister olağanüstü dönemlerde alınacak kararlarda şirketin yönetim ve temsilinin şirkete yabancı bir kişiye bırakılması söz konusu edilemez. Gerçekten de hâkimin yönetim kurulunun yerine geçerek karar vermesi halen faaliyet döneminde olan bir şirketin iç işlerine müdahale niteliği taşır. Nitekim şirketin yönetim ve temsilinde yetkili olan kişilerin göstermesi gereken özen derecesi açısından tedbirli yönetici kavramının içeriğine yönelik hâkim somut olayın koşulları çerçevesinde tespitte bulunabilir. Yoksa uzun zaman önce alınmış bir kararın, hükmün verildiği tarihte ki koşullar itibarıyla bir değerlendirmeye tabi tutulması hâkimin şirketin yönetiminin başına geçmesinden başka bir anlama gelmeyeceği aşikârdır.

<sup>48</sup> Bu yüzden *Şahin*, TTK m.531 açısından davacıya talep yetkisinin tanınmasını ve hâkimin karar verirken öncelikle belirtilen önerilerin somut olayda bir tedbir mahiyetinde uygulanıp uygulanamayacağını tespit etmesi gerektiğini belirtmiştir. *Bakınız. Şahin*, s.520.

<sup>49</sup> Bu noktada kriter olarak kâr elde edildiği halde dağıtılmaması şeklindeki şirketin devamlı gelişimi için edinilen kârın kanuni yedek akçe olarak ayrılmasında olduğu gibi haklı bir sebebin varlığı aranır. Ancak ne kadarlık bir süre için kâr dağıtımının yapıp yapılmayacağı konusunda kesin bir kıstas yoksa da Sümer üç yıllık sürenin esas alınabileceği kanaatindedir. *Bakınız. Sümer*, s.849. *Benzer yöndeki karar için bakınız. Y.11.HD'nin 24.04.2007 tarih ve 2006-3413/6189. Bakınız. Moroğlu/Kendigelen*, s.489.

<sup>50</sup> Pay sahibinin anonim ortaklıktan çıkarılmasının münferit bir dava olarak öngörülmemesi neticesinde diğer şartların da mevcudiyetiyle birlikte haklı sebeple fesih davası içerisinde ortağın ortaklıktan çıkarılmasına karar verilebileceğini söyleyebiliriz. *Bakınız. Oruç*, s.211.

<sup>51</sup> *Şahin*, s.516.

m.636/3<sup>52</sup> hükmünün uygulanması hali öngörülebilir. Bu bağlamda esas sözleşmede haklı nedenleri sınırlayan birtakım hükümler öngörülebilir mi? Kanaatimizce tek taraflı emredicilik ilkesi çerçevesinde hâkime yol gösterecek şekilde haklı sebeplerin örnek mahiyetinde gösterilmesi mümkündür<sup>53</sup>. Ancak bunun, haklı sebeplerin sadece belli hallere özgü olarak uygulanması ya da bazı hallerin gerçekleşmesi halinde dahi uygulanmayacağını belirtilmesine ilişkin düzenlemelerin geçerli olmaması gerektiği kanaatindeyiz<sup>54</sup>. Zaten bu noktada iki türlü olasılık gündeme gelebilir. O halde kanunda mevcut olan; ancak esas sözleşmeye de dâhil edilen ortaklıktan çıkarılma sebepleri ihdas edilebilir ya da mevcut olanın üzerinde veyahut kanunda sayılmayan hallerin o şirkete özgü getirilmesi söz konusu olabilir. Son olasılıklar açısından konuya yaklaşıldığında denilecektir ki; bu hükümlerin konulması demek ortağın çıkarılması sebebinin sınırlandırılıp; şirketin haklı sebeple feshine bir çözüm yolu olarak gidilebilmesi kanunun dolanılmasından başka bir manaya gelmeyecektir<sup>55</sup>. Zaten haklı sebeple fesih davasının öngö-

<sup>52</sup> Bu bağlamda tartışılması gereken hususun TTK m.636/1 çerçevesinde şirket sözleşmesinde belirtilen haklı sebebin gerçekleşmesi halinde haklı sebebi takdir etme yetkisinin ortağa verilmesi nedeniyle tartışılması gereklidir. *Zira mahkemenin denetiminden çıkan yetkinin suiistimallere yol açabileceği hususunda bakınız.* Mineliler, s.100.

<sup>53</sup> *Bu yöndeki görüş için bakınız.* Sümer, s.843. Zira haklı sebeplerin esas sözleşmede öngörülmesi halinde hâkimin belirtilen sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakması yeterlidir. *Bakınız.* Çelik, s.569. Zaten TTK m.636/1-a bendi uyarınca şirket sözleşmesinde görülen sebeplerden birinin gerçekleşmesiyle birlikte şirketin sona ereceği belirtilmişse de, bunun şirket sözleşmesindeki haklı sebep hallerine de tesir edeceğini söylemek doğru gözükmemektedir. Oysaki *Erdem*, anonim şirketler açısından ayniyet teşkil eden hükmün (TTK m.529/1-c) haklı sebebin mevcudiyeti halinde bu tür bir olgunun vücut bulup bulmadığının mahkeme önünde çözülmesi gerektiğinden bahisle haklı sebeple fesih davası olduğunu ifade etmektedir. *Bu son görüş hakkında bakınız.* Erdem, s.195. Bizce bu görüş genel sona erme ve bu sona ermenin içerisinde buna nazaran özellik arz eden haklı sebeple fesih davasını birbirinden ayırt etmeyi gerektirir. İlkinde esas sözleşme şirket iç ilişkisini ilgilendiren ve ancak hâkime bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından öngörülmesi gereken bir davadır. Oysaki ikinci durumda haklı sebep esas sözleşmeye derç edilse bile hâkim bunun gerçekleşmesinden ziyade şirketin devamı veya onun için öngörülen hukuki yollar açısından haklılık payının olup olmadığı noktasında inceleme yapacaktır. Bu yüzden mahiyeti itibariyle sözleşmeden (genel kurul kararıyla karar alınıyor) ve kanundan kaynaklanıp ortaklık sıfatına bağlanmış haklı sebeple fesih davasını bir tutamayız. Sonuç olarak *Erdem*'in görüşü hukuki kalıpları açısından mahkemelerin yetkisine aykırılık teşkil etmektedir. Zaten yapmış olduğumuz ayırım neticesinde ilk olasılık dâhilinde esas sözleşmeye aykırılık hükmün butlanı sonucunu doğururken (TTK m.622/1 hükmü uyarınca TTK m.447); ikinci durumda ise, TTK m.579 hükmüne aykırılık teşkil etmesi nedeniyle yok hükmündedir.

<sup>54</sup> TTK m.531'deki hâkimin fesihten başka makul çözümlere de hükmedebilmesi kabul edildiğinden ve bu şekilde şirketin devamı amaçlandığından, bu şekilde sözleşmeye konulan hükümlerin doğrudan geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Bu yüzden *Erdem*, hükme somut olayın şartlarına göre esas sözleşmede belirtilen sebebin ortaklığın devamını çekilmez hale getirip getirmediğin hareketle hâkimin bir karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. *Bakınız.* Erdem, s.200. *Aynı yönde bakınız.* Şahin, s.412.

<sup>55</sup> *TTK m.531 hükmü açısından esas sözleşmeye haklı sebeple fesih davası açma yetkisini sınırlandıran veya ortadan kaldıran düzenlemelerin koyulmasının mümkün olmadığı yönünde bakınız.* Çelik, s.569.

rülme gayesi de bu şekilde sekteye uğratılmış olacaktır<sup>56</sup>. Bu yüzden TTK m.640 hükmü kaldırılmak suretiyle anonim şirketteki hükmün niteliğine uygun düştüğü ölçüde esas alınabileceği gibi kanun metninde yeni bir hüküm tesis ederek; belirtilen hallerin istisna edilmesi yoluna başvurulabilir. O halde kolektif şirketteki TTK m.245 ile 255 arasındaki ilişkiyi limited şirketlere tatbik edebiliriz. Bu bağlamda TTK m.255 hükmünün emredici olmadığını; hatta sözleşme ile bu hakkın kısıtlanıp, tamamen kaldırılmasının dahi mümkün iken; TTK m.245 hükmü uyarınca feshi hakkı emredici nitelik taşıdığı sonucuna ulaşılır. Zira menfaatler dengesi ve son çare ilkesi gereği tıpkı TTK m.636/3 ile TTK m.640 hükümleri arasındaki uygulama sırası/ilişkisi bu şekilde çözüme kavuşturulur.

Gerçekten de TTK m.577/1-l hükmü uyarınca öngörülen; ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepleri gösteren hükümlerin, şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı olması<sup>57</sup> aslında esas sözleşmeye derç edilecek hususların sonradan emredici karakter kazandığını gösterir. Başka bir deyişle TTK m.640 hükmü bu çerçevede ele alınmalıdır; yoksa bağlayıcılık kazanan haklı sebepler, fesih davasının uygulanmasında esas alınmazlar.

Kanun koyucu şirketin haklı sebeple feshi davası konusunda özel bir zamaşımı öngörmediğinden, TBK m.126/4 hükmü uyarınca 5 yıllık zamaşımının uygulanması gerekir<sup>58</sup>.

## 2. ORTAKLIKTAN ÇIKARILMA DAVASI (TTK m.640)

### 2.1. Genel Olarak

TTK'nın Beşinci Bölümü'nde üst başlığı "*Sona Erme ve Ayrılma*"<sup>59</sup> ve yan başlığı "*Çıkarma*" olarak düzenlenen TTK m.640 hükmünün üç fıkradan teşek-

<sup>56</sup> *Azınlık haklarının çiğnenmesi noktasında bakınız.* Erdem, s.198.

<sup>57</sup> Limited şirket bakımından şirket sözleşmesine yapılabilecek yani kanunda açıkça cevaz verilen düzenlemeler hakkında TTK m.577'de oldukça kapsamlı bir listeye yer verildiği göz ardı edilmemelidir. *Bakınız.* Kendigelen, s.484.

<sup>58</sup> Oysaki azınlığın elindeki bu etkin silahın keyfi olarak kullanılmasının önlenmesi adına en azından haklı sebep oluşturabilecek maddi vakıaların meydana geldiği tarihten itibaren iki yıllık sürenin-daha kısa zamaşımı- öngörülmesi yerinde olacaktır. *Bakınız.* Sümer, s.847. *Oysaki Kanun'da dava hakkı için bir zamaşımı süresinin belirtilmemiş bulunmasının önemli bir eksiklik olduğu yönünde bakınız.* Moroğlu, s.313. *Hatta hukuk güvenliğinin tehlikeye girmesi açısından limited şirketler bağlamında benzer yöndeki yargı için bakınız.* Moroğlu, s.373. Fesih davasının açılması noktasında esas sözleşmeyle süre sınırlaması getirilemez; meğerki haklı sebebin öğrenilmesinden itibaren dava açmaya yetkili olanların uzun süre sessiz kalmış olması ve davranışları ile dava hakkından feragat ettikleri izlenimi yaratılmış olsun. *Bakınız.* Karasu, s.145. *Bu yüzden haklı sebebin öğrenilmesinden itibaren-oluş tarihi değil- uygun bir süre içerisinde davanın açılmasının gerekliliği yönünde bakınız.* Mineliler, s.114-115. *Aynı yönde bakınız.* Şener, s.597.

<sup>59</sup> *Ayrılma akçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız.* Şahin, Çıkma, s.196 vd.; Kendigelen, s.556 vd.

kül ettiğini belirtmeliyiz. Bu hüküm uyarınca; şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir. Çıkarma kararına karşı ortak, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir. Şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması hali saklıdır. O halde çıkarma, bir ortağın iradesine rağmen şirket ile olan ilişkisine son verilmesidir<sup>60</sup>. Başka bir deyişle verilen çıkarma kararı bozucu yenilik doğurucu nitelikte olup, ortağın paya sahipliğini/mülkiyet hakkını ortadan kaldırır<sup>61</sup>. Çıkarma kararı haklı sebeple fesih davasından farklı olarak son çare değil; buna dahi gereksinim duyulmaksızın diğer ortakların menfaatlerinin göz önünde tutulması neticesinde çekilmez hal alan ortaklık ilişkisini çıkarılan ortak olmaksızın devam ettirilmesi yönünde bir çözüm yoludur<sup>62</sup>.

Bir ortağın şirketten çıkarılma sebeplerinin şirket sözleşmesinde öngörülmesine olanak tanınmıştır. Bu suretle bir taraftan şirkete, kendisi yönünden önemli sebeplerin varlığında, *şahsında bu sebepler gerçekleşen* ortağı şirketten çıkarma ve istediği ortamı yaratma hakkı tanınmış; diğer taraftan da ortaklar açısından hukuk güvenliği sağlandığı belirtilmiştir<sup>63</sup>. Dikkat edilirse “*şahsından kaynaklanan sebepler*” ifadesiyle aslında ortağın şirketten çıkarılması noktasında sübjektif nedenlere istinat edilmiştir. O halde genel hatlarıyla çıkarılma ya şirket sözleşmesinde öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi durumunda genel kurul kararıyla ya da haklı sebeplere dayanılarak şirketin talebi üzerine mahkeme kararıyla gerçekleşir<sup>64</sup>. Ayrıca şirket sözleşmesinde belirtilen sebeplerin haklı sebep teşkil edip etmediği de ortakların iradesinin sonucu olduğundan, hâkimin takdir yetkisinin kapsamı dışında kalır. Başka bir deyişle sebep açısından haklı olma şartı aranmaz<sup>65</sup>.

Haklı sebeple çıkarma davası<sup>66</sup> açısından öngörülme-ancak genel hükümler bağlamında talep edilebilen- ortaklıktan çıkma davasına ilişkin olarak davanın her iki tarafınca talep edilebilen kar payı, rüçhan, oy hakkı, yönetim ve temsil yetkileri ile ek ve yan edim yükümlülüklerinin dondurulmasına dair ihti-

<sup>60</sup> Nihat Taşdelen, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih*, Yetkin yayıncılık, Ankara 2012, s.207; Tekinalp, *Ortaklıklar*, s.494; Şener, s.723 ve 728; Karasu, s.167.

<sup>61</sup> Taşdelen, s.207 ve 208; Sümer, s.845.

<sup>62</sup> *Benzer yönde bakınız*. Taşdelen, s.208.

<sup>63</sup> Gerekeçe, madde 640.

<sup>64</sup> Bilgili/Demirkapı, s.770.

<sup>65</sup> Tekinalp, s.494.

<sup>66</sup> *Şirket sözleşmesinde haklı sebeplerin varlığı halinde çıkarmanın düzenlenemeyeceği noktasında bakınız*. Şahin, Çıkma, s.191.

yati tedbir talebi ayrıca düzenlemeyi gerektirir<sup>67</sup>. Zira haklı sebeple fesih davası içerisinde çıkarılma kararının verilebileceği hallerde davanın konusu fesih olduğundan böylesi bir tedbirin Kanun'a özgü olarak alınması imkân dâhilinde değildir. O halde haklı sebeple fesihden ziyade çoğu durumda ortağın haklı sebeple çıkarılmasının, davanın her iki tarafı açısından daha faydalı olacağı kanaatindeyim (Zira şirket malvarlığının azaltılması engellenmekte ve davanın devamı süresince ortaklık dışında kalan kişinin haklarının korunması için dondurulması gerekebilir)<sup>68</sup>.

## 2.2. Şirket Sözleşmesinde Öngörülen Sebeplerle Çıkarma (TTK m.640/1-2)

Bir ortağın TTK m.640/1 hükmü uyarınca ortaklıktan çıkarılması şirket sözleşmesinde çıkarma sebeplerinin gösterilmesine bağlıdır<sup>69</sup>. O halde şirket sözleşmesiyle öngörülen sebeplerin objektif nitelikte, tarafların karşılıklı menfaatleri açısından açık ve anlaşılır olması gerekir<sup>70</sup>. Çıkarılma sebepleri öngörülmezsizin çoğunluğun elinde bir silah olarak genel kurul kararına dayalı çıkarma yolunun kullanılmasına izin verilmemelidir<sup>71</sup>. Bu yönde sözleşmeye konan şartlar geniş anlamda geçersizlik yaptırımıyla karşılaşır<sup>72</sup>. Zira mahkemeden yapılması istenen tek şey sözleşmeye konan şartın hukuka uygunluğunun değerlendirilerek sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinden ibarettir<sup>73</sup>; aksi durumun kabulü şirketin iç işlerine müdahale ve genel kurulun ikamesi olma anlamına gelir. Bu bağlamda sözleşmede yer alan çıkarma sebeplerinin geniş yorumlanmasına da imkân yoktur<sup>74</sup>. Buradan hareketle ya şirket sözleşmesiyle şirketin kuruluşu aşamasında

<sup>67</sup> Şahin, Çıkma, s.181 -182. Aksi halde ihraç edilen ortağın ortaklık sıfatını yitirmesine rağmen, ihraç kararı iptal edilinceye kadar müzakerelere ve oylamalara katılmasında bir sakınca bulunmaması gerekirdi. *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.494. *Kollektif şirketler açısından ihtiyati tedbir yolunun açık olduğu hususunda bakınız.* Çamoğlu, s.173.

<sup>68</sup> *Buna gerekçe olarak bakınız.* Şahin, Çıkma, s.182; Kendigelen, s.551-552.

<sup>69</sup> *Çıkarmanın bir özel türü olarak payın intikali halinde şirkete tanınan payın gerçek değeri üzerinden satın alma hakkının da kabul edilebileceği yönünde bakınız.* Bilgili/Demirkapı, s.770.

<sup>70</sup> Taşdelen, s.216. *Benzer şekilde sözleşmede öngörülecek çıkarma sebeplerinin objektif, adalete uygun, limited şirketin menfaatleri bakımından gerekli ve isabetli, çıkarılacak ortak yönünden meşruiyete aykırı düşmeyecek, herkes tarafından haklı görülebilecek mahiyette olması gerektiği yönünde bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.494-495; Şahin, Çıkma, s.191.

<sup>71</sup> Şener, s.723.

<sup>72</sup> Şener, s.723; Bilgili/Demirkapı, s.770-771. Aksi halde bundan hareketle genel kurul kararı iptal edilebilir nitelik kazanır. *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.495.

<sup>73</sup> Sebep gerçekleştiyse davanın reddine; aksi halde çıkarma kararının iptalini hükmedilir. *Bakınız.* Şener, s.724 ve 726; Bilgili/Demirkapı, s.770. Zira haklı sebep niteliğinin bulunması veya şirket menfaatlerinin ağır bir şekilde ihlal edilmesi ve sonucunda şirket ilişkisinin çekilmez hale gelmesine gerek yoktur. *Bakınız.* Şahin, Çıkma, s.191. *Aynı yönde bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.494.

<sup>74</sup> Bilgili/Demirkapı, s.771.

(TTK m.577/1-b) ya da sonradan şirket sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle bu sebeplerin getirilmesi mümkündür<sup>75</sup>. Böylelikle ortaklar hangi hallerde şirketten çıkarılacaklarını bilerek hareketlerini ona göre ayarlayacaktır<sup>76</sup>.

Öngörülen birinci yeni fıkranın yanı sıra Türk hukukuna özgü olarak getirilen ve TTK m.255/2 hükmünden esinlenilmiş, TTK m.640/2 hükmüne de göz atılması gerekir<sup>77</sup>. Bu hükme göre; çıkarma kararına karşı ortak noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde iptal davası açabilir<sup>78</sup>. Genel kurul kararıyla çıkarma kararının alındığı genel kurul toplantısına katılan ve çıkarıldığından haberdar olan ortağa da bildirim yapılması gerekir<sup>79</sup>.

Bu iptal davası özel düzenleme niteliğinde olup genel kurul kararlarının iptali davasından ayrılır<sup>80</sup>. Şöyle ki; genel kurulun çıkarma kararının iptali davası TTK m.640/2'ye göre kararın noter aracılığıyla ortağa bildirilmesi tarihinden itibaren üç ay içerisinde açılır<sup>81</sup>. Bu çıkarma kararının iptalini istemek veya bu karara itiraz etmek ortak açısından vazgeçilmez nitelikte olup; kararın oylanmasına çıkarılacak ortak da katılabilir<sup>82</sup>. Zira çıkarma kararının iptalini istemek, TTK m.619'daki oydan yoksunluk halleri kapsamına giremez<sup>83</sup>. Diğer yandan çıkarma kararına yapılan itiraz süresince ortak tüm haklarını korur ve TTK m.577/1-m hükmüne aykırı olarak ortakların bu haklarını kullanmasını engelleyecek tarzda hüküm de konulamaz; meğerki ortak haklarını kullanmaktan tedbir kararı ile yoksun bırakılmış olmasın<sup>84</sup>.

<sup>75</sup> Bu takdirde ilk olasılıkta TTK m.621/1 h bendi uyarınca belirtilen çoğunluk; ikincisinde ise; TTK m.589'da belirtilen çoğunlukla bu yönde bir karar alınabilecektir. *Bakınız.* Yıldız, s.159; Bilgili/Demirkapı, s.771; Şener, s.725.

<sup>76</sup> Gerekece, madde 640.

<sup>77</sup> Şener, s.724.

<sup>78</sup> Şahin, Çıkma, s.193. Zira çıkarma kararı herhalde bir genel kurul kararına dayanacağına göre; bu karar karşı zaten üç ay içinde iptal davası, hatta herhangi bir süreye tabi olmaksızın butlanın tespiti davası açma imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla iptal davası açma bakımından ayrıca bir düzenlemeye kesinlikle yoktur. *Bakınız.* Kendigelen, s.555. *Çıkarma kararına karşı açılacak iptal davasında etki prensibinin haklı olarak uygulanamayacağı noktasında bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.495.

<sup>79</sup> Şener, s.724; Kendigelen, s.555-556.

<sup>80</sup> Bilgili/Demirkapı, s.772.

<sup>81</sup> Genel kurul kararının iptali için aranan menfi oy kullanma ve muhalefetin tutanağa geçirilmesi gerekmemektedir. *Bakınız.* Şener, s.724; Bilgili/Demirkapı, s.772.

<sup>82</sup> Tekinalp, Ortaklıklar, s.495; Bilgili/Demirkapı, s.771.

<sup>83</sup> Ancak şirket sözleşmesiyle çıkartılması istenen ortağın oy hakkının bulunmadığı öngörülebilir (TTK m.571/1-m bendi gereğince) *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.495; Bilgili/Demirkapı, s.771.

<sup>84</sup> Tekinalp, Ortaklıklar, s.495; Bilgili/Demirkapı, s.773.



Çıkarılma kararı verildiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur<sup>85</sup>. Oysaki sebebin gerçekleşmesine rağmen genel kurulun çıkarma kararı vermemesi halinde mahkemeden genel kurulun yerine geçerek karar vermesi beklenemez<sup>86</sup>. Zira TTK m.255/3'teki gibi bir düzenleme limited şirketlerde bulunmamaktadır. Bu bağlamda limited şirketin bir sermaye şirketi olduğu da unutulmamalıdır<sup>87</sup>. Nitekim TTK m.616/1-j bendi gereğince genel kurulun şirket sözleşmesinde belirtilen yetkilen-dirmeyi yerine getirmesi icap eder. Aksi halde genel kurulun devredilemez görev ve yetki sahasına<sup>88</sup> mahkeme müdahale etmiş olacaktır. Bu hükmün öngörülmesinde yatan gaye şirket sözleşmesinde tanınan ortağın çıkarılması hakkının kötüye kullanılmasına engel olmak üzere, çıkartılan ortaklara bir güvence vermektir<sup>89</sup>.

Çıkarılan ortağa tanınan iptal davası aslında yer verilmesine gerekli olmayan bir düzenlemedir. Zira ortağın süre yönünden herhangi bir sıkıntı olmaksızın kendi aleyhinde alınan genel kurul kararının butlanına karar verilmesini mahkemeden talep etmek şeklinde bir seçeneğinin olması hükmün ne kadar gerekli olduğu tartışmasını doğurmaktadır<sup>90</sup>. Bu yüzden sürenin geçirildiği hallerde uzun süre sessiz kalma yoluyla hak kaybı dışında (TMK m.2) ortağın şirketten çıkarılmasına dair genel kurul kararının butlanla batıl olduğunun tespiti istenebilir<sup>91</sup>.

### 2.3. Haklı Sebeplerin Varlığı Sebebiyle Ortağın Mahkeme Kararıyla Çıkarılması (TTK m.640/3)

TTK m.640/1 hükmü uyarınca ortaklar şirket sözleşmesine çıkarma yönünde bir hüküm koymamışlarsa ve haklı sebep de o kişi açısından gerçekleşmişse ortağın şirketten çıkarılabilmesi için şirketin dava açması gerekir<sup>92</sup>. Kanun koyucu şirket ile ortaklar arasında denge kurmak pahasına TTK m.640/3 hükmünü öngörmüştür. Buna göre; şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması hali saklıdır. Haklı sebeplerin ortağın şahsında gerçekleşmesi gerekir<sup>93</sup>. Bu sebeplerin sonradan ortaya çıkması

<sup>85</sup> Tekinalp, Ortaklıklar, s.495.

<sup>86</sup> Bilgili/Demirkapı, s.771; Şahin, Çıkma, s.192.

<sup>87</sup> Bilgili/Demirkapı, s.771-772.

<sup>88</sup> Şahin, Çıkma, s.192.

<sup>89</sup> Yıldız, s.159; Bilgili/Demirkapı, s.772; Şahin, Çıkma, s.192.

<sup>90</sup> Kendigelen, s.555.

<sup>91</sup> Bilgili/Demirkapı, s.772-773.

<sup>92</sup> Yıldız, s.159; Bilgili/Demirkapı, s.773; Şahin, Çıkma, s.193.

<sup>93</sup> Ehliyetsizlik, hastalık, toplumsal kötü adın limited şirkete zarar verecek hale gelmesi, yolsuzluk, şirketin zararına işlem yapılması, limited şirket aleyhine fiktif borç yaratılıp hacizli veya iflaslı takipte bulunulması, şirketin malvarlığına haksız olarak el konulması veya el konulma girişiminde bulunulması gibi. *Bakınız.* Tekinalp, s.496. Bu kapsamda sadakat borcunun ihlali, rekabet yasağına aykırı hareket, hile ve benzeri davranışlar haklı sebebe örnek olarak gösterilebilir. *Bakınız.* Yıldız, s.159; Şener, s.725 ve 726; Taşdelen, s.224-225. Bu yüzden ortağın tüm paylarının elden çıkartılması gerekir. *Bakınız.* Bilgili/Demirkapı, s.774.

da imkân dâhilindedir<sup>94</sup>. Haklı sebeplerin varlığı; ancak şirketin amacına ulaşmasındaki imkânsızlığın ya da önemli şekilde engelleme halinin varlığında ve yahut diğer ortaklar nezdinde ortağın şahsından/davranışından kaynaklanan sebeplerin katlanılmaz bir hal alması sonucunda kabul edilebilir<sup>95</sup>. Bu çerçevede haklı sebebin varlığı için kusur şartı olmazsa olmaz bir unsur olarak değerlendirilemez<sup>96</sup>. Tabiidir ki, ortağın şirkete karşı yasal yollara başvurması, şirketten haklı taleplerde bulunması ya da bilgi alma hakkı çerçevesinde açıklamalar istemesi, çekimser kalınması vb. hallerde haklı sebep şartının gerçekleşmediği aşikârdır<sup>97</sup>.

Haklı sebeplere dayalı olarak çıkarılma davasında mahkemenin vereceği karar, karar tarihinden itibaren yenilik doğurucu bir nitelik kazanır ve hüküm ve sonuçlarını o andan itibaren doğurur<sup>98</sup>. Bunun sonucunda çıkarılan ortak genel kurula katılma, oy kullanma, kâr payı alma haklarını kaybeder<sup>99</sup>. Diğer taraftan ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle ilişkin olarak mahkeme tarafından bir tedbir kararı verilmesi TTK m.638/2 hükmü çerçevesinde istenebilir<sup>100</sup>. Böylelikle çıkarma kararının kesinleşmesine karşılık şirketin menfaati güvence altına alınmış olunacaktır. Hatta haklı sebebin ortadan kaldırılabilmesi alınacak başka tedbirlerin alınmasına bağlı idiye ortağın çıkarılması yoluna başvurulamaz<sup>101</sup>.

TTK m.621/1-h hükmü uyarınca; bir ortağın bu hüküm uyarınca ortaklıktan çıkartılması, genel kurulda temsil edilen oyların en az üçte ikisi ve oy hakkı

<sup>94</sup> *Haklı sebeplerin belirlenmesi açısından kolektif şirket hükümlerinin dikkate alınması gerektiği yönünde bakınız.* Yıldız, s.159; Bilgili/Demirkapı, s.773; Şahin, Çıkma, s.193-194.

<sup>95</sup> Şener, s.725. *Bu kapsamda değerlendirilmek üzere çıkarmaya neden olan haklı sebeplerin varlığının yanı sıra şirketin de bu yüzden zarara uğramış olmasının gerektiği yönünde bakınız.* (YHGK'nın 16.11.2005 tarih ve 11-542/649 sayılı karar). *Bakınız.* Moroğlu/Kendigelen, s.492-493.

<sup>96</sup> Olsa olsa şirketten çıkarılması davasında dayanılan haklı sebebin ortağın kusurlu hareketi ile meydana gelmesi halinde tazminat isteminde bulunulabilir. *Bakınız.* Mineliler, s.104.

<sup>97</sup> Şener, s.726.

<sup>98</sup> Tekinalp, s.496; *Bu karar kesinleşinceye kadar ortağın ortaklık sıfatından doğan hak ve yetkileri devam eder.* *Bakınız.* Yıldız, s.160; Bilgili/Demirkapı, s.774.

<sup>99</sup> Tekinalp, s.496.

<sup>100</sup> Şener, s.727; Bilgili/Demirkapı, s.774. *Moroğlu*, haklı olarak TTK m.638 ile ortağa şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açma hakkının tanınırken; TTK m.636/3 hükmü uyarınca dava ve talep dışında mahkemece şirketten çıkma kararı verilmesinin çelişkili bir düzenleme olduğuna işaret etmiştir. *Bakınız.* Moroğlu, s.373. *Kanaatimizce bu çelişki, aynı müessesenin birden fazla kanun hükmünde uygulama alanı bulmasından ve kanun koyucunun birlik tesis edememesinden ileri gelmektedir.*

<sup>101</sup> *Ortağın yönetim ve temsil yetkisinin alınmasıyla sorun çözülebiliyorsa ortağın çıkarılması yoluna gidilmemesi gerekir.*

bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu<sup>102</sup> ile karar alınmasını gerektirir<sup>103</sup>. Çıkarılması istenen ortak ya gerekli yetersayının sağlanamadığı ya da sebebin haklı olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini isteyebilir<sup>104</sup>. Bu halde genel kurulda gerekli yetersayının toplanamamasından hareketle haklı sebebe dayanarak çıkmayı talep ya da şirketin feshine karar verilmesi istenebilir<sup>105</sup>. Ayrıca genel kurul kararı bu dava açısından ön koşul olduğundan, çıkarma kararının alındığı genel kurul kararının iptali istenebileceği gibi<sup>106</sup>; but-

<sup>102</sup> Önceki kanun döneminde TTK m.551/3 hükmünde düzenlenen bu yetersayı koşulu (Esas sermayenin yarısından fazlasına sahip bulunan ortakların mutlak ekseriyeti tarafından muvafakat edilmek şartıyla şirket, muhik sebeplerden dolayı bir ortağın şirketten çıkarılmasını mahkemeden isteyebilir.) iki türlü soruna yol açıyordu. İlk olarak şahsından haklı sebep doğan ortağın sermayenin en azından yüzde yetmiş beşine veya daha fazlasına sahip olması halinde, diğer ortaklar hiçbir zaman gerekli asgari oya dayalı izni sağlayamayacağından bu ortağın şirketten çıkarılması konusunda dava açılmayacak ve haklı sebeple şirketin feshi dava etmek zorunlu bir hukuki yol olarak tercih edilecektir. Oysaki yeni düzenlemede temsil edilen oyların en az üçte ikisinin bulunması şartı ile bu eksikliğin giderildiğini söyleyebiliriz. İkinci olarak; esas sermaye ifadesinin ne eski ne de yeni düzenlemede değiştirilmemiş olması bu sermayenin ödenmiş olup olmamasına göre bir ayırımın yapıp yapılmaması noktasında tereddütlere mahal verecek niteliktedir.

<sup>103</sup> Yıldız, s.159; Bilgili/Demirkapı, s.773; Mineliler, s.99; Şahin, Çıkma, s.192 ve 195; Kendigelen, s.554-555. TTK m.640/3'te bu yönde bir şart aranmasa da TTK m.616/1-h ve TTK m.621/1-h düzenlemelerinden böyle bir karar alma zorunluluğa ulaşılmaması gerekir. *Bakınız.* Şener, s.725. Yapılan bu düzenlemenin amacı azınlıkta kalan ortakların, çoğunlukta olan ortakları şirketten çıkarma yoluna gitmeleri konusunda önlemleridir. *Bakınız.* Karasu, s.170.

<sup>104</sup> Aynı şekilde mahkemenin şirketin ortağı çıkarmasının en son çare olduğu sonucuna varamadığı halde davayı reddetmesi gerekir. *Bakınız.* Yıldız, s.159; Mineliler, s.99.

<sup>105</sup> Yıldız, s.159; Mineliler, s.99. Oysaki iki kişilik limited şirketlerde haklı sebeple çıkarma davasının açılması halinde bu davanın gerçek taraflarının şirketin her iki ortağı olduğu ifade edilmiştir. Zira burada genel kurul kararının alınmasına da gerek yoktur. *Bakınız.* Şener, s.725. *Aynı yöndeki karar için bakınız.* (Y.11.HD'nin 03.03.2009 tarih ve 7822/2454 sayılı kararı) *Bakınız.* Moroğlu/Kendigelen, s.490. Kanaatimce de Şener'in görüşü genel kurulun bu yönde karar alamama neticesini doğuracağından usul ekonomisi gereğince davanın diğer pay sahibine yöneltilmesinde bir sakınca olmayacaktır. Nitekim bu ortaklardan en azından birisinin müdür olması zorunluluğu karşısında görüşün dayanak bulduğunu söyleyebiliriz. Zaten şirkete yöneltilen talep aslında ortağın kendisine yöneltilmiştir. Burada ya şirketin eski şekliyle devamına ya da ortağın çıkarılması noktasında tek kişilik limited şirketin mevcudiyetine karar verilecektir. Nitekim Yarğıtay'ın yerleşmiş uygulaması niteliğinde olan iki kişilik limited şirketlerde ortaklardan birinin TK m.551 hükmü uyarınca açtığı haklı sebeple çıkma ve çıkarma davalarını reddetmek yönündeki gerekçelerden biri olan tek ortaklı limited şirketin mümkün olmaması gösterilmekteydi. Artık bu gerekçenin yerinde olmadığı aşikârdır. Diğer taraftan genel kurul kararının arandığı haklı sebeple ortağın şirketten çıkarılmasında oy ve sermaye çoğunluğu açısından ayrı ayrı ağırlaştırılmış yeter sayıların aranması azınlık konumundaki ortağın, çoğunluğu oluşturan ortağı çıkarmaması sonucunu doğurmaktadır. *Bakınız.* Şahin, Çıkma, s.195-196. *Zaten TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte iki kişilik limited şirkette ortaklardan birinin şirketten çıkarılması hakkının saklı olduğuna dair bakınız.* (Y.11.HD'nin 16.01.2013 tarih ve 2011-14885/815 sayılı kararı). *Bakınız.* Moroğlu/Kendigelen, s.493.

<sup>106</sup> Ayrıca mahkemenin genel kurulun yerine geçerek ortaklıktan çıkarmaya dair bir karar vermesi kendisinden beklenemez. *Bakınız.* Yıldız, s.160.

lan ve yokluk hallerinin dava sırasında ileri sürülmemesi halinde hâkim tarafından re'sen bu yönde bir tespitin yapılması icap eder<sup>107</sup>.

#### 2.4. Haklı Sebeplerin Her İki Dava Açısından Değerlendirilmesi (Haklı Sebeplerin Sınıflandırılması/Maddi Bağlantı)

Limited şirketin niteliği itibariyle karma bir şirket görünümü çizmesi haklı sebeplerin sınıflandırılması noktasında kolektif şirketlere dair TTK m.245 ve 255 hükümlerinin bir arada değerlendirilmesini gerektirmektedir<sup>108</sup>. Nitekim ortağın kişiliğinden doğan güven ilişkisinin bozulmasına neden olan haller, aynı şekilde ortağın çıkarılmasının da bir sebebi olduğundan haklı sebepleri ortağın şahsına bağlı olup olmamasına göre ikili bir ayrıma tabi tutabiliriz<sup>109</sup>. Bu çerçevede çoğunluğun gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin sebepler ile şirkete dair sebepler ve kişisel sebepler başlıkları altında inceleme konusu yapılabilir<sup>110</sup>. Bu ayrımı yapmamızdaki amaç, makale konusunu teşkil eden iki ayrı hükmün birbirlerinden nasıl ayrılması gerektiğini gösterilmesi ve bunun somutlaştırılmasıdır. Yoksa ortaklığa ilişkin sebepler ile kişisel sebeplerin bir arada ortaya çıkması muhtemeldir<sup>111</sup>. Ancak bizim yukarıda belirttiğimiz görüş TTK m.255 hükmünde açıkça ortağın kendisinden kaynaklanan sebepler olarak belirtildiğinden denilebilir ki; bir ortağın çıkarılması ortağın şahsından kaynaklanmayan nedenlere dayandırılmaz<sup>112</sup>. Şirketin feshini gerektirecek sebebin tek başına kişisel sebep olması haklı nedenle feshi anlamına gelmez. Son çare ilkesi şirketin devamı açısından bir kurtuluş yolu olarak düşünülürken, her nedense kanun koyucu tam tersi bir anlayışla şirketin feshini asgari anlamda kolaylaştırmıştır.

<sup>107</sup> Yıldız, s.159-160; Bilgili/Demirkapı, s.773. *Benzer yönde bakınız.* Karasu, s.171.

<sup>108</sup> Mineliler, s.97; Erdem, s.70. *Anonim şirkette de benzer şekilde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasının gerekliliği yönünde bakınız.* Bahtiyar, s.293. Anonim şirketteki haklı sebep kavramının içeriğini doldururken TTK m.255 hükmünden faydalanılamaz. Zira kişisel motif taşıyan bu sebepler anonim şirketin niteliğine uygun düşmeyecektir. *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.290. Kanaatimce *Tekinalp*'in belirttiği husus limited şirketler bağlamında metinde belirtmiş olduğum şekliyle sebepler noktasında ikili bir ayrım yapmayı zorunlu hale getirmektedir.

<sup>109</sup> *Benzer şekilde bakınız.* Şahin, s.138. *Gerçekten de limited şirket tarafından haklı sebeplerle ortağa karşı çıkarma davası açılmış olması halinde mahkeme kararıyla çıkarılmanın temelinde yatan haklı sebebin ortağın kişiliğinden doğması gerektiği yönünde bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.496.

<sup>110</sup> *Anonim şirketler açısından yapılan ayrım için bakınız.* Şahin, s.139; Bahtiyar, s.293; Karasu, s.144.

<sup>111</sup> Şahin, s.140.

<sup>112</sup> Çamoğlu, s.53.

#### 2.4.1. Çoğunluğun Gücünün Kötüye Kullanılmasına İlişkin Sebepler

Bu sebeplerin ortak özelliği ortakların kişilik alanı dışında, şirkete dair veya şirketin dışında tamamen objektif unsurlar olmasıdır<sup>113</sup>. Çamoğlu'na göre; şirketin amacına ulaşmasını önemli ölçüde güçleştiren fiyat destekleme, döviz veya vergi politikasındaki değişiklikler; yeni buluşlar veya yeni kurulan dev teşebbüsler karşısında şirketin rekabet gücünün yetersiz kalması, devamlı zarar etmesi veya verimsiz çalışma bu kapsamda örnek olarak verilebilir<sup>114</sup>. Yetkinin veyahut gücün kötüye kullanımı ya genel kuruldaki etkin pay sahipleri ya da şirketin yönetiminde söz sahibi genel kurul tarafından kaynaklanır<sup>115</sup>. Hatta sermaye çoğunluğuna sahip olmasa bile imtiyazlı paylar, oy sözleşmeleri, vekâlet toplanması gibi yollarla veya güç boşluğunun sonucu olarak oy çoğunluğuna sahip olan pay sahibi grubunca yetkinin veya gücün kötüye kullanımı gerçekleştirilebilir<sup>116</sup>. Bu çerçevede genel kurul kararının hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmesi veyahut müdürler kurulu kararı sonucunda doğrudan azınlık menfaatlerinin (dolayısıyla şirketin menfaatlerinin) kanunda tanınan amaca aykırı bir şekilde sürekli olarak ihlal edilmesi hallerinde şirketin feshi açısından haklı sebebin gerçekleştiği kabul edilir<sup>117</sup>. Tıpkı iptal ile butlan arasında hiyerarşik anlamda bir ilişkinin varlığı gibi; haklı sebeple fesih ile çıkarılma arasında da bu anlamda bir hiyerarşi olmalıdır. Zira belirli bir ağırlığı olan hüküm ve sonuçlar arasında ayırımın yapılması kullanılan müesseselerin öngördükleri ve varmak istedikleri amaçtan ileri gelir. Belirtildiği üzere belli bir yoğunluğa varmayan ve genel kurul kararının iptaliyle<sup>118</sup> ya da sorumluluk davasıyla giderilebilecek olan eksikliğin her nedense haklı sebeple fesih gibi bir yol ile sonuçlandırılması mümkün değilse<sup>119</sup>; çıkarılma davası içinde aynı durum geçerlidir.

Çoğunluğun azınlık haklarına müdahalesi nedeniyle meydana gelen haklı sebepler kural olarak ortaksal hakların ortağın katılma payıyla doğru orantılı

<sup>113</sup> Çamoğlu, s.51.

<sup>114</sup> Çamoğlu, s.51; Sümer, s.845. *Benzer yönde bakınız.* Mineliler, s.103.

<sup>115</sup> Şahin, s.141.

<sup>116</sup> *Kontrol mekanizmasının işletilmesi kıstasından hareket edilmesi gerektiği yönünde bakınız.* Şahin, s.142.

<sup>117</sup> Şahin, s.148 vd.

<sup>118</sup> Misalen, şirketin uğradığı zararın karşılanması gerekiyorsa ya da şirketin gelişimi için yatırım yapılması ihtiyacı ciddi şekilde ortaya konulmuşsa, bütün ortakların menfaati böyle bir yedek akçe ayrılmasını haklı göstermesi ve bu hususların şirket sözleşmesinde gösterilmesi şartlarının varlığı aranır. Oysaki bu şartlardan biri gerçekleşmemesine rağmen çoğunluk elde edilen kârı yedek akçelere ayırmışsa, bu karar aleyhine iptal davası açılabilirdiğinden haklı sebeple fesih davası yolu kapanmıştır. Aynı olasılığın kazanç payı açısından da geçerli olduğu; ancak burada ilaveten haksız alınan kazanç payının iadesine gidilebileceğini söyleyebiliriz. *Bakınız.* Yıldırım, s.223-224 ve 230-231.

<sup>119</sup> *Bu yöndeki prensip için bakınız.* Şahin, s.155.

olmasından dolayı vücut bulur<sup>120</sup>. Esas sermaye payının itibari değere göre hesaplanmasından (TTK m.618/1) ya da kullanılacak oy miktarının da itibari değere göre belirlenmesinden (TTK m.608/2)<sup>121</sup> aslında şirkette hâkim durumda olmanın nasıl gerçekleşeceği açıklığa kavuşur. İki kişilik limited şirkette sermaye payının çoğunluğuna rağmen genel kurul kararlarının alınması veyahut şirketin temsilinde bir arada bulunulması (birlikte müdürler kurulunu oluşturmaları<sup>122</sup>) bundan müstesnadır<sup>123</sup>. Bu bağlamda çoğunluğun gücü, bir zincirin halkaları şeklinde bağlılık yükümlülüğü (TTK m.613) ve eşit işlem ilkesi (TTK m.627) ile onların bağdaştırıcısı olan hakların sakınılması ilkesi ile kontrol altına alınabilir<sup>124</sup>. Bu takdirde ortaklara tanınan şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi alma ve inceleme hakkı nispi eşitlik çerçevesindeki genel uygulama içerisinde; ortağın elde ettiği bilgileri şirketin aleyhine olacak şekilde kullanması tehlikesinin varlığında; genel kurul ile bu hakkın sınırlandırılması objektif bir haklılık payı yaratacak, bu çerçevede şirketin sırları bağlılık yükümlülüğü uyarınca korunmuş olacaktır. Azınlığın bilgi alma hakkı alelade bir şekilde elinden alınarak önemli ölçüde zarar verici boyuta ulaşırsa<sup>125</sup>; hâkim çığnenen hüküm ile hükmün getiriliş amacını birlikte değerlendirerek zararın telafisinin şirketin feshi dışında herhangi bir yolla mümkün olup olmadığının tespitine çalışacaktır<sup>126</sup>. Böylelikle ortağın ortaklıktan çıkarılması temelde çoğunluğun

<sup>120</sup> Yıldırım, s.203; Sümer, s.845.

<sup>121</sup> Yıldırım, s.203.

<sup>122</sup> Zaten bu halde kendilerine sağlanacak mali haklarla şirketten yeteri kadar kazanç elde etmek dışında azınlığın kar payı alma hakkının içeriği de boşaltılmış olunacaktır. *Bakınız.* Yıldırım, s.226.

<sup>123</sup> Yıldırım, s.203.

<sup>124</sup> *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Yıldırım, s.204 vd.

<sup>125</sup> *Hakların sakınılması ilkesinin uygulanabilmesi için gereken şartlar için bakınız.* Yıldırım, s.210-211. *Tekinalp*, mahkemenin alternatif çözümü uygun bulması halinde haklı sebebin feshi gerektirecek kadar ağır olmasına gerek olmadığı kanaatindedir. *Bakınız.* *Tekinalp*, Usul, s.218. Oysaki daha öncede belirttiğim gibi davanın görülebilmesinin ön şartı haklı sebebin feshi gerektirecek ciddi boyuta varmış olması icap eder. Yoksa davanın zaten o an itibariyle esastan reddedilmesi gerekir. *Tekinalp*'in düşüncesi özellikle de limited şirketler bağlamında ortağın çıkarılması davasını haklı sebeple fesih davası karşısında fer'i hale getiren bir konuma sokar. Bu ise kanun koyucunun amacına tam anlamıyla ters düşer.

<sup>126</sup> Misalen, limited şirketler müdürlerin ücretini belirleme yetkisi genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindedir (TTK m.616/1-f). O halde müdürlerin ücretinin uygun olmayan ölçülerde yani çalışmasının karşılığını aşan azami oranlarda tespiti kar payına haksız müdahale teşkil edebilir. O halde denilebilir ki; şirket ortakları- ki bunlar azınlık olabilir- ücretin tespiti ve miktarının belirlenmesi konusunda genel kurul kararının iptali için dava açabilir. Bu hususta dikkatin çekilmesi gereken yer, hukuka aykırılığın süreklilik boyutuna ve ağırlığına bakılarak hangi davanın açılması gerektiğidir. Ayrıca ortağın tek işide sürekli olarak genel kurul kararlarının iptali için dava açmak değildir. O halde azınlık, hiç veya çok az miktarlarda müdürlere aktarılan yüksek meblağlardaki ücret veya huzur hakları yüzünden zarar görüyorsa şirketin haklı sebeple feshi için dava açabilir. *Benzer yönde bakınız.* Yıldırım, s.227-228. *Haklı sebebin ya anonim şirketin varlığını tehlikeye sokması ya da azlığın haklarını sürekli olarak yok sayıldığı noktasında yoğunlaşması gerektiği yönünde bakınız.* *Tekinalp*, Usul, s.218.

azınlığın haklarını ihlal etmesinden ileri gelmemektedir. Kanaatimce hakların sakınılması ilkesi uygulanabilir nitelikteyse ortağın ortaklıktan çıkarılması kurumun amacına ters düşer.

Limited şirketlerde çoğunluk tarafından azınlığa yönelik tehditler, malvarlığı hakları üzerinde müdahale ile gerçekleştirilir. Bunlardan bazıları şunlardır; kâr payı alma hakkı (TTK m.608/1), tasfiye payına katılma hakkı (TTK m.643 hükmü uyarınca yapılan atf gereği TTK m.543/1), hazırlık devresi faizi alma hakkı (TTK m.609), rüçhan hakkı (TTK m.591) ve bedelsiz pay edinme hakkıdır<sup>127</sup>. İster TTK m.576/1-c bendindeki husustan kaynaklansın ister TTK m.577'de belirtilen hallerden birisine girsin ilk olarak şirket sözleşmesinde kararlaştırılan hususlar oybirliğiyle kabul edildiğinden hiçbir şekilde şirketin feshi açısından tek başına haklı sebep teşkil edemezler; meğerki sonradan şirket sözleşmesinde bir değişikliğe gidilsin<sup>128</sup>. Şirket sözleşmesinde veya arttırma kararında aksi öngörülmemişse, her ortak, esas sermaye payı oranında, esas sermayenin arttırılmasına katılma hakkını haizdir (TTK m.591/1). Genel kurulun sermaye arttırımına ilişkin kararıyla, ortakların yeni payları almaya ilişkin rüçhan hakkı, ancak haklı sebeplerin varlığında ve 621. maddenin birinci fıkrasının e bendi gereğince (temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunmalı) öngörülen nisapla sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Bu hükümde hangi sebeplerin haklı sayılacağı örnek vermek suretiyle sayılmıştır. Bunlar; işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınmaları ve işçilerin şirkete katılmalarıdır. Hatta kanun koyucu bu sebebin şirketin feshi açısından haklı sebep teşkil edeceğini öngörmesinden bahisle rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması yoluyla hiç kimsenin haklı görülemeyecek şekilde yararlandırılmayacağı veya kayba uğratılmayacağı (TTK m.591/2-3.cümle) ifade etmiştir. Bu hükme aykırı alınan kararın iptali ya da müdürlerden alınacak tazminat için sorumluluk davası açılması bir çözüm teşkil etmezse, artık şirketin feshi açısından haklı sebebin gerçekleştiği söylenebilir<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> Yıldırım, s.215; Bahtiyar, s.293. *Anonim şirketler açısından benzer yönde bakınız.* Erdem, s.119 vd.

<sup>128</sup> *Benzer şekilde bakınız.* Yıldırım, s.216-217, 219 ve 222. Burada *Yıldırım*, imtiyazlı pay çıkarılmasının hakkın özüne dokunma niteliğinde olmadığına oybirliğinin aranmamasından hareketle ulaşmakta ve bununla yetinmeyip hakkın kapsamına ilişkin bir müdahaleden söz etmektedir. Öncelikle bir hukuki yapıda kapsam bütüne işaret ettiğinden özden ayrılamaz. O halde kapsama yapılan müdahale (daraltmak ve genişletmek) öze tesir edecektir. Bu yüzden haklı sebebin belirlenmesi açısından hakkın kapsamına mı etki etmiş yoksa öze mi etki etmiş bakmaktan ziyade hakkın niteliğinin hangi menfaat doğrultusunda kullanıldığına bakılması gerekir. Misalen, şirket sözleşmesinde tasfiye payı bakımından imtiyazın kararlaştırılmasına rağmen oransal anlamda azınlığın müstakbel alacak hakkının azaltılması hatta hiçe indirilmesi söz konusu olabilir.

<sup>129</sup> Yıldırım, s.235-236.

Bazı hallerde azınlığın malvarlıksal nitelikteki haklarından ziyade ortaksal hakları (genel kurula katılma-TTK m.619/3'de yalnızca oy kullanmadan belirli durumlara özgü olarak; misalen şirket yönetimine katılmış bulunanların müdürlerin ibrasında çekimser kalması gerektiği gibi; genel kurulda bulunma hakkına hanel getirmediği belirtilmelidir.-, müzakerelere katılabilme ve önerilerde bulunabilme<sup>130</sup>, oy kullanma gibi<sup>131</sup>) vazgeçilemez ve mütesep hak niteliğinde olduğundan bahisle (TTK m.452) şirketin temel yapısıyla doğrudan ilişkili olmasından ileri gelir<sup>132</sup>. Dolayısıyla haklı sebeple fesih davasında bunların da malvarlıksal haklar kadar etkileri mevcuttur. Zira genel kurulda alınacak bir kararın toplantı ve karar yetersayılarıdaki derecelendirmeden hareketle de ne kadar mühim vakıalar üzerinde düğümlendiği gerçeği yadsınamaz. O halde genel kurulu kural olarak müdürler kurulu toplantıya çağıracağından bahisle çoğunluğun müdürler kurulundan teşekkül etmesi olasılığı dâhilinde toplantıya çağrı hiç gerçekleşmeyebileceği gibi (her ne kadar böylesi bir durum olsa da TTK m.617/3 hükmü uyarınca TTK m.411 hükmü gereği; yüzde on paya sahip olan azınlığa mahkeme aracılığıyla genel kurulu toplantıya çağırma hakkı verilmiştir<sup>133</sup>.)<sup>134</sup> genel kurul kararının iptalini veya butlanını gerektiren bir halin varlığı evleviyetle haklı sebeple fesihten önce iptal ve butlan davalarını gündeme getirir. Kanaatimce objektif sebeplerin içerisinde özellikle ortaksal hakların sayılması ortaklarından şahsından ziyade kendilerinin sahip olduğu payların bahşettiği; ancak toplantıya katılma veyahut karar alma sırasında hukuki olanakların dışında kullanılmasından ileri gelir. Başka bir deyişle burada kişisel saikten

<sup>130</sup> Müzakerelere katılma yasağına aykırılığın yaptırımını konusundaki düşüncemiz yalnızca tazminat talebinden ibaret olup, bu kararın geçerliliğine sekte vurulmadığı yönündedir. Bu yüzden ki; tazminatın süreklilik nitelik arz eden bu yasağı karşı yetersiz kalması haline özgü olarak haklı sebeple fesih davasının önü açılmış olunacaktır. *Müzakerelere katılma yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız.* İsmail Özgün **Karaahmetoğlu**, 6102 sayılı *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Temsili*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.231 vd.

<sup>131</sup> Kural, ortakların oy hakkının esas sermaye paylarının itibari değerlerine göre hesaplanmasıdır. Ancak şirket sözleşmesi ile birden fazla paya sahip ortakların oy hakları sınırlandırılabilir. Her halükarda ortak en az bir oy hakkına sahip olmalıdır. Ayrıca şirket sözleşmesiyle itibari değer dikkate alınmaksızın her esas sermaye payının bir oy hakkı verdiği kabul edilebilir; meğerki en küçük esas sermaye payının itibari değeri, diğer esas sermaye paylarının itibari değerleri toplamının onda birinden düşük çıkmasın. O halde TTK m.618/1 ve 2 hükümlerine göre; bazı paylara diğerlerinden farklı olarak oyda imtiyaz tanınması için TTK m.621/1-b bendi uyarınca önemli kararın varlığı arandığından bunu dengelemenin yolu ancak hükümde belirtilen üst sınıra uymakla mümkündür. Aksi halde bunun azınlık tarafından şirket işlerine katılma hakkının yoksunluğa kendisi açısından çekilmez bir hal alması kaydıyla haklı sebeple fesih davası açabileceği kanaatindeyim.

<sup>132</sup> *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Yıldırım, s.236 vd.; Tekinalp, Ortaklıklar, s.474.

<sup>133</sup> *Bu oran sağlanamazsa kıyasen TTK m.410/2 hükmünün limited şirketlere de tatbik edilebileceği yönünde bakınız.* Yıldırım, dipnot, s.239.

<sup>134</sup> *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* 238 vd.



ziyade şirketin işletmesine genel anlamda etki eden ve boyutu çok yönlü olan bir husus söz konusudur.

Azınlığın ortaksal koruyucu nitelikteki haklarına müdahale edilmesi halinde; örneğin çıkarma hakkını sınırlandıran veya kaldıran genel kurul veyahut müdürler kurulu kararları alınmış ise yapılacak olan butlan yaptırımına başvur- maktır<sup>135</sup>. Haliyle bu husus da göstermektedir ki; haklı sebeple fesih davası üze- rinde ortağın çıkarılmasını isteme gibi bir hakkın kullanılması başka bir hukuki yolun saptırılmasıdır. Zaten hâlihazırda son çare ilkesine başvurulmasından önce kanun koyucu, ortağa hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamı dışında kurul kararların butlanını<sup>136</sup> isteme yoluyla sınırsız bir şekilde kendini hukuki himaye altına alma hakkını vermiştir. Ancak ortağın şirketten ayrılması ve pa- yının rayiç bedelini tahsil etmesi hallerinde her zaman için fesih davasına baş- vurmak pratik değildir<sup>137</sup>. Zira hâkimin bu yönde takdir yetkisinin olduğu unu- tulmamalı ve başkaca uygun bir çözüme hükmedebileceği her zaman göz önün- de tutulmalıdır<sup>138</sup>.

Buraya kadar verilen çoğunluğun azınlık haklarına karşı haksız müdaha- lelerin ortak noktasının esasen işletme konusu çerçevesinde düğümlendiği kanaatindeyim. Başka bir deyişle işletme konusunun fonksiyonu yalnızca dış temsil yetkisinin kapsamının çizilmesi açısından değerlendirilecek bir husus değildir. O halde işletme konusuyla kanunen yasaklanmış bir faaliyetin yü- rütülüp yürütülemeyeceği<sup>139</sup>, bu sayede üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi<sup>140</sup>, iç temsil yetkisinin kapsamının ve içeriğinin önceden şirket sözleşmesinde belirtilmesi suretiyle aslında pay sahiplerinin de menfaatlerinin korunma- sı<sup>141</sup>(ki bu şekilde şirketin yönetim ve temsil organının genel kurul onayını alarak konu dışı işlemlere girişmesinin önlenmesi sağlanır. Bu da şirket söz- leşmesi değişikliğinin yönetim ve temsil organının inisiyatifine bırakılma- ması gerekçesiyle açıklanabilir.) vb. birtakım hususların belirlenmesiyle karşı karşıya kalınır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta anonim şirket ile limited şirketlerdeki organlar arası işlevler ayrılığının ne şekilde birbirinden ayrıldığıdır. Başka bir deyişle pay sahipleri kendilerini ya şirke-

<sup>135</sup> Yıldırım, s.247.

<sup>136</sup> Sırasıyla TTK m.622 hükmü uyarınca TTK m.447/1-a; TTK m.644/1-c bendi uyarınca TTK m.391/1-c.

<sup>137</sup> Sümer, s.845.

<sup>138</sup> Başkaca uygun bir çözüm olarak tazminat ödenmesinin öngörülmesi vb. hususlar gösterilebi- lir. *Bakınız.* Sümer, s.845. *TTK m.531 hükmünde hâkime tanınan takdir yetkisinin nesnel ve adil olması gerektiği yönünde bakınız.* Tekinalp, Usul, s.218; Mineliler, s.106-107.

<sup>139</sup> Uzunallı, s.16 vd.

<sup>140</sup> Uzunallı, s.19 vd.

<sup>141</sup> Uzunallı, s.22 vd.

tin kuruluşu aşamasında ya da sonradan iştirak etmeleri hususu, işletme konusu hakkında bilgi sahip olup olmamalarına göre vuku bulan kanaatten hareketle tespit edilebilir<sup>142</sup>. Bu takdirde denilebilir ki; limited şirketlerdeki genel kurulun devredilemez yetki ve görevleri şirket sözleşmesiyle daha esnek bir yapı kazandırılmak suretiyle haklı sebeple feshiyle ilgili örneklerin kapsamı ve ağı da o oranda esnekleşecektir. Başka bir deyişle anonim şirkette sınırlı bir alana hapsolan haklı sebepler; limited şirketlerde daha fazla tatbik alanı bulabilir. Bu da şirket sözleşmesinin esaslı noktalarını ve hükümlerin konuluş amacından hareketle çözümlenebilir. Misalen TTK m.616/2-e bendindeki müdürlerin ve ortakların şirkete karşı bağlılık yükümü ve rekabet yasağı ile bağdaşmayan faaliyetlerde bulunması konusunda onay için gereken iznin verilmesinde olduğu gibi<sup>143</sup> (kanun koyucu her ne kadar işletme konusu kıstasını vermemişse de; anonim şirketlere dair TTK m.396 hükmünden faydalanılması gerekir.) müdürler kurulunun pozisyon itibarıyla şirkete ait olan ticari imkânlarından kendi işi için fayda sağlamasına karşılık şirketin ve dolaylı bir şekilde pay sahiplerinin korunması gerekir<sup>144</sup>. Bu takdirde ağırdan hafife doğru bir netice-i sınırlama yapıldığı hallere özgü olarak işletme konusunun gerçekleştirilmiş olması ya da gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi, işletme konusunun değiştirilmesinde TTK m.621/1-a bendindeki yeter sayılara uyulmasına rağmen genel kurul kararının bir veya birkaç ortağın menfaatine hanel getirecek oluşu olsa olsa ya haklı sebeple çıkma davasında haklı sebebe ya da genel kurul kararlarının iptaline (ki iyi niyetli üçüncü kişilerle bu karara binaen yapılan hukuki işlemlerin akıbetinin ne olacağı hususu tartışmayı gerektirir.) yol açar. Bu yüzden haklı sebeple çıkma davasının olduğu yerde kişisel unsur ağır bastığından haklı sebeple fesih davasının koşullarının gerçekleşmediği kanaatindeyim<sup>145</sup>. Doktrindeki görüşler haklı sebeple fesih ile haklı sebeple çıkma davası arasındaki sebepler noktasında bir benzerliğin olduğu noktasından hareket etmektedir<sup>146</sup>. O halde haklı sebeple çıkma davası için açılacak her dava haklı sebeple feshi davası içerisinde adeta eritilebilir.

Kanaatimce bu ilk hükmün konuluş gayesine aykırı olduğu kadar; hâkimin haklı sebebin derecesinde yapacağı takdirde davanın hukuki niteliğini

<sup>142</sup> Uzunallı, s.24.

<sup>143</sup> TTK m 613/2-2.cümle ve TTK m.626/2. Bu yüzden ortağın bağlılık yükümlüğünü ihlal etmesi veya şirkete karşı olan borçlarını yerine getirmemesi *actioprosocio*'ya haklılık kazandırır. *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.454.

<sup>144</sup> *Benzer şekilde bakınız.* Uzunallı, s.25.

<sup>145</sup> Başka bir deyişle çıkarmayı gerektiren haklı sebep, çıkarılması talep edilen ortağın şahsından kaynaklanmalıdır. *Bakınız.* Taşdelen, s.223.

<sup>146</sup> Yıldırım, dipnot, s.73.

ve konusunu belirler; hatta haklı sebeple fesih davası açılma amacı çerçevesinde ortağın haklı sebeple çıkmasına karar veren mahkemenin verdiği kararın bir kere daha davanın maddi şartları açısından denetlenmeye tabi tutulmasını gerektirir. Zira davayı reddetmesi gerekirken; davanın hukuki şeklini değiştirmek hâkimin görevi olmamalıdır. Bu yüzden TTK m.636/3 kapsamında haklı sebeple fesih davası açan ortağa çıkma davası açma yolunu tercih etmeden bu yola doğrudan başvurması bir itiraz olarak gündeme gelmelidir<sup>147</sup>. Yoksa şirketin devam edeceği yerde ortağın kişisel menfaatinin zarara uğraması arasındaki dengede ikinci lehine kamu menfaati de dolayısıyla aleyhe bir şekilde sekteye uğrayacaktır.

Oysaki biz bu farkı aşikâr şekilde şirketin işletme konusunun değiştirilmesinde, ortakların sorumluluklarının arttırmasında veya uzun süreli kar elde etmekten yoksun bırakılmasına neden olunması hallerinde görebiliriz. Şöyle ki; kamu borçlarından dolayı bir sorumluluğun gündeme gelmesi halinde ortakların payları oranında sorumlu oluşu tahammül edilemez bir hal alabilir<sup>148</sup>. Haliyle bu da haklı sebeple fesih davası açısından öncelikle çıkma hakkının haklı sebebe dayanması noktasında öncelik-sonralıktan ziyade hükmün kendi içerisinde eritme görevi görür. Kısacası *çoğun içinde azı vardır* ilkesinden hareketle fesih noktasına yaklaşan ancak çıkma noktasından uzaklaşan bir haklı sebeple karşı karşıya kalırız. Bu yüzden bir terazinin iki ayrı ucunda ağırlık merkezinin nereye doğru kaydığından hareket edilmesi gerekir. Bu sebebin ağırlığı ve niteliği de hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde şekillenecektir. Son olarak ise en hafif nitelikteki husus şirketin işletme konusunun fiilen değiştirilmesidir. Bu durum esas sözleşme değişikliğindeki prosedürün üstesinden gelinmesine ve haliyle şirketin işletme konusu dışında yaptığı işlemlerden dolayı iyi niyetli üçüncü kişilere karşı kural olarak sınırsız sorumlu olması sonucunu doğurur<sup>149</sup>. Oysaki limited şirketlerde müdürlerin temsil yetkisine getirilen sınırlandırmanın (ultra vires) tamamen kaldırılamamasından hareketle de anonim şirketlerden tam aksi istikamette bir yön seyredeceği düşüncesindeyim<sup>150</sup>. Başka bir deyişle bu halde haklı sebeple fesih davasının açılması hem müdürler aleyhine açılacak sorumluluk davası, hem de müdürlerin azli ve temsil yetkilerinin sınırlandırılması nokta-

<sup>147</sup> Karşıt görüş için bakınız. Yıldırım, s.73.

<sup>148</sup> Yıldırım, s.157-158.Benzer yönde bakınız. Mineliler, s.109.

<sup>149</sup> Yıldırım, s.158.

<sup>150</sup> Başka bir deyişle limited şirket yaptığı işletme konusu dışındaki işlemle bağlı olmadığını iyi niyetli olmayan üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir. Bu takdirde TTK m.371/2'deki meğerki ibaresiyle başlayan istisna limited şirketler bağlamında kural halini almıştır. *Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bakınız.* Karaahmetoğlu, s.126 vd. ve 141.

sında haklı sebep teşkil etmesi<sup>151</sup> veyahut şirketin yapılan işlemlerden dolayı sorumsuzluğu son çare ilkesini devreye sokar<sup>152</sup>.

Yukarıda belirtmiş olduğum görüşü limited şirketin iki zorunlu organdan biri olan genel kurul açısından da tatbik edebiliriz. Şöyle ki; eğer genel kurul toplantıya çağrılmıyor, toplantı yeter sayısı sağlanamıyor veyahut da karar yeter sayısı oluşturulamıyorsa ve belirtilen hususlar süreklilik arz ediyorsa şirketin haklı sebeple feshi istenebilir<sup>153</sup>. Oysaki durum işletme konusu temelinde çoğunluğun ve azınlığın birbirlerine ne şekilde davrandıkları (terazinin hareket yönü) hususu üzerine inşa edilmiştir. Başka bir deyişle azınlık olarak; ağırlaştırılmış toplantı yeter sayısının şirket sözleşmesindeki düzenlemeyle öngörülmesi halinde çoğunluğun toplantı ve karar alma yetisini kaybetmesine yol açılır. Bu misal azınlığın ortak olarak çıkartılması için doğru ve haklı bir sebeptir<sup>154</sup>. Oysaki tam tersi bir durumda şirketin devam özgürlüğünü elinden almaktan başka bir çare yoktur. Zira tıpkı iki kişilik limited şirkette şirketin eşit paylara sahip ortaklar arasındaki karar almanın oybirliğinde düğümlenmesinde olduğu gibi bir daha bir araya gelme şansı yoktur; Haklı sebebin genel kurulun toplanmasına nasıl etki ettiğine bakılmalıdır. Yani bir gündem maddesi kendi içerisinde kanaatimce emredici hükümler ilkesi çerçevesinde şirket sözleşmesiyle istisnaların getirilebileceği hallere özgü olarak özel bir değerlendirmeyi hak eder. Böylelikle şirket bilançosunun onaylanması ve bu kapsamda müdürlerin ibrasına dair kararın alınması gerekli genel kurulda şirket için haklı sebeple feshi sebebi gerçekleşmelidir. Zira bu durumun şirketin yanlış ellerde yönetilmesi ve dışa karşı temsil edilmesi neticesini doğuracağı aşikârdır. Şirket yönetiminin TTK m.577/1-i bendi gereğince çoğunluğun tarafındaki üçüncü bir kişinin eline sürekli bırakılması ve çoğunluk tarafından ibraları yönünde karar alınmasına dair toplantının sürekli engellenmesi hiç şüphesiz haklı sebeple fesih davasına konu teşkil eder<sup>155</sup>. Oysaki belirli ortaklara-azınlık- veto hakkının tanınması (TTK m.577/1-e) kurulun olumlu yönde

<sup>151</sup> Yıldırım, s.158-159.

<sup>152</sup> İkincil çare ya da en son başvurulacak son çare ile kastedilen anonim şirketin feshinin alternatif çözümler karşısındaki durumu idiyse de hâkimi anonim şirketin feshi gibi bir ağır sonuçla karşı karşıya bırakma imkânını elinden almıştır. Bu noktada *Tekinalp*, hâkimin alternatif çözümleri araştırmadan davayı reddetmesinin Yargıtay bakımından bir bozma sebebi olduğunu; davanın ağırlık noktasının yargılama dışı bırakılmasının TTK m.531 hükmüne aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir. *Bakınız. Tekinalp, Usul, s.213-214. Kanaatimce alternatif çözümden bir önceki aşama olan haklı sebebin varlığının tespiti alternatif çözümlerin değerlendirmeye layık olup olmadığına bir kıstas teşkil eder; yoksa feshi haklı kılmayacak bir sebep için usul ekonomisine aykırı olarak davanın mahiyetine de aykırı bir şekilde- taleple bağlılık ilkesine getirilen istisnanın gereğinden fazla genişletilmemesi gerekir- başkaca bir çözüm önerisi getirmek doğru bir yaklaşım olmasa gerek.*

<sup>153</sup> Yıldırım, s.161 vd.

<sup>154</sup> *Benzer yönde bakınız. Yıldırım, s.162-163.*

<sup>155</sup> *Karşıt görüş için bakınız. Yıldırım, s.165.*

karar almasına engel teşkil edeceğinden belirli grubun şirketten haklı sebeple çıkarılması durumu oluşur<sup>156</sup>. Kısacası emredici hükümler ilkesi çerçevesinde terazinin kefesinin azınlık tarafına mı yoksa çoğunluk tarafına mı doğru hareket ettiğinden bahisle sonuca ulaşmak gerekir. Gerçekten de müdürler kurulunun toplantıya çağırma yetkisinin her halükarda müdür sıfatını haiz kişiye verildiği dikkate alındığında, müdürler kurulunun seçiminin çoğunluğun oluşturduğu genel kurul toplantısında şekillenmektedir. Bu yolla çoğunluk azınlığı etkisiz hale getirmektedir<sup>157</sup>. Bu takdirde terazinin kefesi çoğunluk yönünde hareket ettiğinden haklı sebeple fesih davası gündeme gelmelidir.

#### 2.4.2. Kişisel Sebeplere Dayalı Haklı Sebeple Fesih Davası

Limited şirketlerin yapıları itibariyle anonim şirketlerden farklı olarak<sup>158</sup> şirket sözleşmesinde yapılacak birkaç değişiklik ile şahıs şirketlerine yaklaştırılması ve haklı sebeple fesih davasının uygulama alanını genişletmek mümkündür<sup>159</sup>. Tıpkı şirkete ve ortaklara önerilmeye muhatap olma, alım, önalım ve geri alım haklarının tanınmasında, veto hakkının kullanılmasında, ek ödeme ve yan edim yükümlülüğünün öngörülmesinde, ortakların rekabet etme yasağına dair kapsamı olabildiğince genişletilmesinde, birden fazla paya sahip ortakların oy hakkının sınırlandırılmasında, şirket sözleşmesiyle müdürler kurulunun aldığı belirli kararları ve münferit sorunları genel kurulun onayına sunmalarında veyahut ortaklara sözleşmesel çıkma veya çıkarılma hakkının tanınmasında olduğu gibi<sup>160</sup>.

Yukarıda belirtilen birinin veya birkaçının bir arada bulunduğu hallerde ortağın kişisel özellikleri ağır basan limited şirketten bahsedilir. Bunun önemi kendisini objektif ve sübjektif sebepler üzerinde bir ayrıma gidilmesini zorunlu hale getirmesidir. Burada kastedilen kolektif şirkete yaklaştırılmış bir limited şirketin sermaye şirketine has özelliklerden sıyrılması gerektiğidir. Nasıl ki TTK m.245/1'de özellikle belirtilen haklı sebep örneklerinin ortak noktası süb-

<sup>156</sup> Yıldırım, s.86.

<sup>157</sup> Tabiidir ki; genel kurulun olağan ya da olağanüstü toplanmasına rağmen müdürlerin azli ve yerlerini yenisinin seçilmesi, her bir ortağın mahkemedan müdürlerin azli haklı sebebe dayalı olarak talep etmesi, müdürler kurulu toplantısındaki tıkanmanın başkanın oyuna üstünlük tanımak suretiyle üstesinden gelinmesi, müdürlerin kusurlu davranışları sonucu sorumluluk davalarına konu olması hallerinin tüketilmiş olması şartıyla haklı sebeple fesih davası düşünülebilir. *Bakınız.* Yıldırım, s.169-170. *Benzer yönde bakınız.* Çelik, s.578.

<sup>158</sup> Anonim şirketlerin haklı sebeple fesih davasında asıl amaç azınlığı korumak olduğundan bütün pay sahiplerine bu dava açma hakkı tanınmamıştır. Bu yüzden hükümde bunun açıkça belirtilmesi gereklidir. Belirtilmediğinden dolayı çoğunluğun azınlığı sömürmesini bir fesih sebebi olarak kanun metnine derç edilmesi doğru bir çözüm yolu olacaktır. *Bakınız.* Çelik, s.574 ve 575.

<sup>159</sup> Yıldırım, s.179 vd. *Benzer yöndeki örnekler için bakınız.* Erdem, s.71.

<sup>160</sup> *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Yıldırım, s.182 vd.

jektif ağırlıklı kişisel sebepler ise; TTK m.245 hükmündeki haklı sebepleri şahsında barındıran ortağın da, TTK m.255 hükmü uyarınca çıkartılması mümkündür; meğerki TTK m.243/1 hükmü uyarınca TBK m.639/b.7 gerçekleşsin<sup>161</sup>. Başka bir deyişle; her nasılsa sübjektif sebepler<sup>162</sup> şirketin sona ermesine sebebiyet verebiliyorsa, objektif sebeplerin evleviyetle buna yol açacağı düşünülür. Bu takdirde şirket ortaklarına sözleşmeyle ve alınacak bir kararla aksinin kararlaştırılarak şirketin devamına karar verebilme olanağı tanınmıştır. Nitekim bu yolun kapısını aralarken çıkartılan ortağa bu karara karşı iptal davası açma hakkı tanıyarak bir savunma imkânı da tanınmıştır. Böylelikle kanaatimizce limited şirketin şahıs şirketi vasfının ağır bastığı hallerde kolektif şirket hükümleri bağlamında; ancak niteliğine de aykırı düşmeyecek şekilde limited şirketin kendine has sermaye şirketinin özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. Gerçekten de tek kişilik limited şirketin kurulmasına olanak tanınması TTK m.257-258 hükümlerini rafa kaldırmaktadır. Aksi halde haklı sebeple fesih davası kural; haklı sebebe dayalı ortaklıktan çıkarılma davası istisnai bir hal alır ki; düzenlemenin gayesiyle çelişki hâsıl olurdu.

Bu anlatılanlar ışığında şöyle bir yanılgıya<sup>163</sup> da düşülmemesi gerekir. Şirket ortağının kendisinde meydana gelen bir sebepten (ölüm<sup>164</sup>, ortağın mali buhran içerisine girmesi<sup>165</sup>, ağır hastalık vb.)<sup>166</sup> ötürü şirketin ana faaliyet alanındaki

<sup>161</sup> Şener, s.248.

<sup>162</sup> Bu kapsamda değerlendirilmek üzere iş göremezlik, kişisel farklılıklar, tabiiyet farklılıkları ve pay sahipleri sözleşmelerinin ihlal edilmesi kişisel odaklı haklı sebeple feshe örnek olarak gösterilebilir. *Bakınız.* Erdem, s.154 vd.

<sup>163</sup> Bahsetmiş olduğumuz yanılgıyı ortaklıklar hukukundaki haklı sebeplerin tasnifi olan özel ve nesnel nitelikteki haklı sebeplerde görebiliriz. Gerçekten de ortaklık içi özel sebepler, ortaklığın feshi sonucunu doğuran sebeplerin kişiliğinde doğduğu ortaklar dışındaki ortaklara dava hakkı veren sebeplerdir. Diğer taraftan ortaklık dışı adlandırılan nesnel nitelikteki haklı sebepler ise her bir ortağa ortaklığın feshini dava etme hakkını tanımaktadır. *Bu tasnif için bakınız.* Erdem, s.100 ve 101. Benzer şekilde azınlık pay sahipleri açısından şirket ilişkisine devam edilmesinin imkânsız hale gelmesi, şirketin her zaman haklı sebeple feshi sonucunu doğurmaz. Bu nedenle azınlık dışındaki diğer menfaat sahiplerini de göz önünde bulundurarak fesih müessesinden önce daha hafif sonuçları olan ortaklıktan çıkarma müessesine yer vermiştir. *Bakınız.* Çelik, s.583.

<sup>164</sup> *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Yıldırım, s.201-202.

<sup>165</sup> Yan edim yükümünü kişisel çalışma olarak üstlenen şahsın yaptığı işin şirket açısından asli nitelikte oluşu; onun iflası ve payı üzerinde haciz konulması şirket ile olan bağlantısını keseceğinden haklı sebeple fesih gündeme gelebilir. *Bakınız.* Yıldırım, s.201. Benzer şekilde ehliyetsizlik, hastalık, toplumsal kötü adın limited şirkete zarar verecek hale gelmesi, yolsuzluk, şirketin zararına işlem yapılması, limited şirket aleyhine fiktif borç yaratılıp hacizli veya iflaslı takipte bulunulması, şirketin malvarlığına haksız olarak el konulması veya el konulma girişiminde bulunulması gibi. *Bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.496.

<sup>166</sup> *Bu konudaki örnek için bakınız.* Yıldırım, s.195-196. *Benzer yöndeki karar için bakınız.* (Y.11.HD'NİN 11.05.21998 tarih ve 1915/3246 sayılı kararı) *Bakınız.* Moroğlu/Kendigelen, s.493.

iş ve işlemler için olmazsa olmaz (sine quanon) unsurun yitirilmesi şirketin atıl duruma geçmesine sebebiyet verir<sup>167</sup>. Başka bir deyişle kişisel sebebin ortakta vuku bulması her halükarda şirketteki ortağın haklı sebebe binaen çıkartılması anlamına gelmez<sup>168</sup>. Zira burada objektif edim imkânsızlığı o ortağın şahsında meydana geldiğinde, etkisi bütün şirkete yayılmaktadır. Böylece denilebilir ki; ya başta ortağın şahsında münhasıran bir çıkarılma sebebi gerçekleştiğinde ve yahut da sonradan şahsında meydana gelen sebebin şirketin genel anlamda amacına ulaşmasında; özel anlamda ise işletme konusunun gerçekleştirilmesi noktasında objektif imkânsızlığın ortaya çıkmaması gerekir. Aksi halde şirketin haklı sebeple feshi son çare olur<sup>169</sup>.

Bu yanılığ ortadan kaldırıldıktan sonra limited şirkette çok fazla uygulama alanı bulabilecek olan ortaklar arasında kişisel husumetlerin haklı sebeple fesih davasında nasıl değerlendirilmesi gerektiğini açıklığa kavuşturmak icap eder. Zira ortakların birbirlerine iftiralarda bulunması, şantaj yapmaları, birbirlerinin ve hısımlarının hayatlarına (vücut bütünlüğü vb.) kastetmeleri vb. hallerde şirketin devamı imkânsız bir hal alabilir. Buradaki imkânsızlık objektif ise zaten

<sup>167</sup> *Limited şirketlerde başlıca haklı sebep hallerine verilen örnekler için bakınız.* Erdem, s.159 vd. Ortakların hırsızlık, dolandırıcılık suçlarını işlemeleri veya kumar düşkün hallerinin ortaklar arasındaki güven ilişkisini sekteye uğrattığı aşikârdır. Böyle durumlarda *Yıldırım*, güven ilişkisinin davacı ortağın şirketle olan ilişkisini sürdürmesi açısından imkânsız olarak adedmenin yeterli olduğu kanaatindedir. (*Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Yıldırım, s.198 vd.) Kanaatimizce ortaklar arası güven ilişkisinin sekteye uğramasının yanı sıra şirketin faaliyetlerine de devam edememesi gerekir. Yoksa *Yıldırım*'ın görüşü noktasında limited şirketin bir şahıs şirketi olan kolektif şirketten farklı yanı kalmaz idi. Hem ayrıca hâkim ortakların güven sarsıcı eylemlerde bulunması halinde şirketin fonksiyonlarını karar alma mertebesinde ortadan kaldırmadığı iddia edilmiş olsa dahi; bizce çoğunluğun hâkim gücünün karşısında azınlık hakları ya hiç kullanılmamakta ya da hakları kötüye kullanılmaktadır. Bu takdirde de davacı ortak olan azınlığın çıkartılması demek çoğunluğun ödüllendirilmesi manasına gelir. Bu yüzden kişisel husumet ile güven sarsıcı eylemleri aynı düzlemde değerlendirmek akılcı bir çözüm olmasa gerek. Kanaatimizce kişisel husumet güven sarsıcı eylemin içerisinde yer alan ancak çoğunlukla şirketin haklı sebeple feshini gerektirmeyen hallerdir. Oysaki güven sarsıcı eylemlerde çoğunlukla kusur üzerine inşa edilmiş ve sebebin ciddi biçimlerde haklılık boyutuna vardığı bir hal söz konusudur. Bu son halde artık şirketin mevcudiyetini devam ettirmek düşünülemez. Aksi halde iç ilişkideki güven sarsıcı faaliyet dış ilişkiye de yansır ki; kişisel husumet güven sarsıcı eylemler kamu menfaatini de zedeler hale gelir.

<sup>168</sup> *Meydana gelen haklı sebebin ortağın şahsını ilgilendirmesi halinde çıkarma davası için gerekli olan haklı sebebin oluştuğu yönünde bakınız.* Yıldırım, s.83.

<sup>169</sup> Bu konuda açıkça böyle bir ayrıma gitmemiş olmasına rağmen *Uzunallı*'nın TTK m.531 bağlamında verdiği örnekler tamamıyla objektif sebeplerle işaret eder niteliktedir. Bunlar şu şekildedir; üretim faaliyeti için gerekli ham maddenin tedarikinin şüpheli, güç bir hal alması, şirketin faaliyetini önemli ölçüde güçleştirmesi; anonim şirketin hukuka veya ahlaka aykırı bir faaliyet göstermesi, işletme konusunun kanunda öngörülen yetersayılarla değiştirilmesi mümkün olmakla birlikte, konu değişikliğinin bir veya birkaç ortağa zarar verme kastıyla yapılması durumunda, esas sözleşme değişikliğine gidilmeden fiilen konun değiştirilmesi halinde azınlık için şirket ile olan ilişkinin çekilmez bir hal alması halleridir. *Bakınız.* Uzunallı, s.158 ve 159.

sorun yoktur. Asıl sorun şirketin çoğunluk pay sahibinin azınlıktaki ortak üzerinde kişisel husumetin had safhaya ulaşarak<sup>170</sup> şirketin devam edip etmemesi konusunda<sup>171</sup> hâkimin nasıl karar vermesi gerektiği sorunsalı üzerinde yoğunlaşır. Kanaatimce taraflar arası menfaatler dengesini göz önünde tutması gereken hâkimin, iki kişilik limited şirkette şirketin feshine sebebiyet veren ortağın, ortaklığın haklı sebeple feshi davasını açma hakkından mahrum etmesi gerektiği düşünülebilirdi. Tıpkı TMK m.236/2'deki hâkime tanınan takdir yetkisinde olduğu gibi<sup>172</sup>. Ancak bir şirketin varlığını devam ettirmesi ile aile birliğinin devamının sağlanması iki ayrı hukuki kurum olup, farklı bakış açıları içerisinde düzenlenmişlerdir<sup>173</sup>. Gerçekten de evliliğin genel hükümleri ya da boşanma sebebi ve boşanmanın fer'i sonuçları bağlamında maddi ve manevi tazminat olarak diğer ortağın çıkarı yeterince korunmuştur<sup>174</sup>. Hatta edinilmiş mallara katılma rejimindeki eşlerin paylaşım oranlarının kusura bağlanması doğru değildir<sup>175</sup>. Bu durumun benzer şekilde limited şirketin haklı sebeple feshi davasında kural olarak geçerliliği tartışılmaz. Bu yüzden şirketin faaliyetlerinin hâkim ortak tarafından devam ettirilmesi kamu menfaati açısından öncelikli olarak hâkim tarafından göz önüne alınmalıdır<sup>176</sup>. Yoksa burada çoğunluk ile azınlık arasında tercih yapılmasını gerektiren bir hukuki durum olduğu (objektif haklı sebebe dayalı) yanılıgısına düşülebilir.

<sup>170</sup> “Limited şirkette esas sermayenin %75'ine sahip bulunan ortakların şirketin %25 hissesine sahip bir ortağın haklı sebeplerle ortaklıktan çıkarılmasının mahkemeden istenmesi yolunda oybirliği ile aldıkları karar TK'nın 551/3 maddesi anlamında muvafakat niteliğindedir. Bir ortağın davranışları şirket faaliyetlerine sekte verecek ve ızzar edecek ve karşılıklı güveni ortadan kaldıracak nitelikte ise, bu ortağın meydana gelen huzursuzlukta kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın objektif iyi niyet kurallarına göre ortaklıktan çıkarılması gereklidir.” (Y.11.HD'nin 13.04.1989 tarih ve 74/2237 sayılı kararı). *Bakınız.* Moroğlu/Kendigelen, s.493. *Benzer yöndeki görüş için bakınız.* Yıldırım, s.84.

<sup>171</sup> Yıldırım, s.196-197. Yargıtay'ın şahıs şirketlerine özgü olarak ortakların boşanmalarının şirketin haklı sebeple feshi sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir. *Bakınız.* Sümer, s.844.

<sup>172</sup> Hâkim durumdaki kocanın karısını aldatması veya hayata kastı nedeniyle boşanma davasının açılması vb. *Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve ilgili hükme getirilen haklı eleştiri için bakınız.* Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.270 vd.

<sup>173</sup> Kanunun muhtelif yerlerinde farklı hukuki kurumları benzer şekilde görmek mümkündür. Örneğin; (TBK m.584 hükmünde olduğu gibi) evli kişiler açısından fiil ehliyetine getirilen sınırlandırmanın evlilik birliğinde değerlendirilmesi gerekirken; limited şirket müdürü olmanın ayrık tutulması gibi. *Bakınız.* Karaahmetoğlu, s.37-38.

<sup>174</sup> Şıpka, s.272-273.

<sup>175</sup> Şıpka, s.273.

<sup>176</sup> *Çamoğlu*, eğer iki ortak mevcutsa sona ermeye sebebiyet vermemiş olan ortak, diğer ortağa ortaklık malvarlığındaki payının vererek, işletmeyi aynı şartlar altında devam ettirebileceğini ifade etmiştir. Böylelikle kolektif şirketler açısından mümkün olan bu durumun limited şirketler açısından geçerliliği tartışılmaz. *Bakınız.* Çamoğlu, s.175. *Karşıt görüş için bakınız.* Yıldırım, s.198.



### 3. TTK M.636/3 İLE TTK M.640 HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ USULÜ BAĞLANTI

#### 3.1. Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalarımızda ilgili iki hüküm arasında *de legeferenda* açı-  
sından varılan sonuca göre; TTK m.640 hükmü uyarınca açılacak ortağın şirket-  
ten çıkarılmasına ilişkin davanın bahsettiği olanağın TTK m.636/3 bağlamında  
mahkemenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir. Zira bir  
kere anonim şirkette ortaklıktan çıkarılma diye özel anlamda ihdas edilmiş bir  
müessesenin olmaması, bu boşluğun açıkça TTK m.531'de; "...paylarının karar  
tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin  
şirketten çıkarılmalarına ve..." şeklinde ifade edilmesini gerektirmiştir. Yoksa  
kanunda öngörülme-  
yen bir hususa mahkemece herhangi bir hukuki dayanağı  
olmaksızın hükmedilmesi kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil eder.  
Gerçekten de hâkimin duruma uygun düşen<sup>177</sup> ve kabul edilebilir diğer çözümler-  
i<sup>178</sup> (kâr payının dağıtılması, esas sermayenin azaltılması vb. nitelikte) var olan ve  
yazılması maruf ve meşhur olan başvurulabilecek kanuni olanak/çarelerdir. Ayırı-  
ca TTK m.340 hükmü uyarınca; kanunun açıkça sapmaya izin verdiği hallerden  
anlaşılması gerekenin ıskat vb. (çıkarılmayla benzer hüküm ve sonuçları doğuran  
işlemlerin) hukuki yolların hükmün metnine dayanak ve hatta hâkime yol gösteri-  
ci nitelikte bir çıkış noktasına dayanak oluşturmasıdır. Yoksa verilen hükme kar-  
şılık diğer şirketlerden anonim şirketin farkı ortaya koyularak kanuna aykırılık  
sebebiyle kanun yollarına başvurulması en tabii yol olacaktır. Bu kısa açıklama-  
lardan sonra esas olan hususun mevcut düzenleme bağlamında (ki burada kısaca  
ve sırasıyla terditli dava, hâkimin taleple bağlılık ilkesinin istisnası, seçimlik da-  
va, davaların yığılması, mütelahik davalar/ taleplerin yarışması, en son da bekleti-  
ci mesele açısından) ele alınacaktır. Böylelikle de lege lata ve de legeferenda  
arasındaki farklılıklar açığa çıkartılmış olunacaktır.

#### 3.2. Özel Olarak

##### 3.2.1. Terditli Dava

Talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması ko-  
şuluyla; davacının aynı davalıya birden fazla talebini, aralarında aslilik-  
fer'ilik ilişkisi çerçevesinde aynı dilekçede ileri sürmesine *terditli dava* de-

<sup>177</sup> Duruma uygun düşmekten anlaşılması gereken haklı sebeple ilişkili olarak mahkeme kararı-  
nın önermiş olduğu çarenin icrai nitelik arz etmesidir. *Bakınız.* Tekinalp, Usul, s.218-219; Mi-  
neliler, s.112; Çelik, s.578.

<sup>178</sup> Kabul edilebilir olması taraflarca onaylanmasa dahi haklı sebebin işaret ettiği olumsuzluğun  
ortadan kaldırılarak menfaatler dengesini kurması anlamına gelir. *Bakınız.* Tekinalp, Usul,  
s.219; Mineliler, s.112; Çelik, s.578-579.

nir<sup>179</sup>. Bu takdirde mahkeme, davacının asli talebini esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz (HMK m.111/2). O halde TTK m.636/3 bağlamında davacı ortak olarak haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshi mahkemeden istendiği takdirde mahkeme bu taleple bağlı olmayacaktır. Bu yüzden davacı ortak olarak mahkemenin hangi çözüm yoluna hükmedebileceği önceden bilinemeyeceğinden dolayı menfaatin korunması ilkesi gereği davacının asli talebi olan şirketin sona ermesinin yanı sıra fer'i talep olarak ortağın kendisinin ortaklıktan çıkarılması vb. bir talepte bulunması mümkündür.

Peki, belirtmiş olduğumuz hukuki yol mevcut düzen içerisinde ileri sürülebilir mi? Acaba burada ileri sürülen taleplerin dayandığı maddi vakıalarda ve ulaşılmak istenen amaçta bir ayniyet var mıdır? Kanaatimizce ne ulaşılmak istenen amaçta ne de bu yol için öngörülen haklı sebeplerde bir ayniyet ilişkisi aranabilir. Zira kanun koyucu her nedense haklı sebeplerin bir sınıflandırmasını yapmaksızın haklı sebeple fesih davasının içinde ortağın çıkarılması müessesini düzenlemiştir. Diğer taraftan haklı sebeplerin birden fazla olması ve hem objektif hem de sübjektif nedenlerin bir araya gelmesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü terditli davaya bağlanamaz<sup>180</sup>. Burada kutupları zıt iki ayrı hukuki çözümün varlığı aşikârdır. Şöyle ki; bir taraftan şirketin devamı ve ortağın çıkarılması vb. hukuki çözümler; diğer taraftan ise şirketin feshine karar verilmesi gibi ağır bir sonuç ortaya çıkar. Kısacası ne ekonomik ne de hukuki sonuçları bakımından bir birliklik/uyuşma söz konusudur. Bu açıdan ilk bakışta terditli davanın açılmaması düşünülebilir.

Ancak terditli davada dayanılan talepler farklı maddi vakıalara da dayanabilir<sup>181</sup>. Buradan anlaşılması gereken hususun terdit ilişkisi içine dâhil edilmek istenen taleplerin ve bu taleplerin dayanmış olduğu vakıaların birbirine engel olması halinde gerekli bağlantının var olduğunun kabulüdür<sup>182</sup>. O halde davacı ortağın bu şart dâhilinde terditli olarak öncelikle şirketin haklı sebeple feshine; olmadığı takdirde kendisinin ortaklıktan çıkarılmasına karar verilmesi gibi bir

<sup>179</sup> *Terditli dava hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız. Timuçin Muşul, Medeni usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s.13 vd.

<sup>180</sup> *Tekinalp*, aynı yöndeki görüşü farklı bir bakış açısıyla ifade etmiştir. Buna göre; esas olan haklı sebebin sabit oluşudur. Bu şart gerçekleşmiş ise mahkeme serbesttir; ister feshe, isterse uygun gördüğü ve ilgililerce kabul edilebilir alternatif bir çözüme –taraflar istemese bile- karar verebilir. *Bu konuda bakınız. Tekinalp, Usul, s.215-216.*Kollektif şirketler açısından çıkarma davasının fesih davası ile birlikte açılabilmesi olanaklıdır. *Bakınız. Çamoğlu, s.173.*

<sup>181</sup> Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay/** Muhammet **Özekes**, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013, s.473.

<sup>182</sup> Muşul, s.76.

hukuki sonuca ulaşılır<sup>183</sup>. Oysaki sebebin şirketin feshini haklı kılabilecek boyutta ve süreklilikte olmaması halinde mahkeme davanın esastan reddine karar verecektir<sup>184</sup>. Başka bir deyişle artık davaya ikinci yani fer'i talep üzerinden devam edilemeyecektir ki; bu da HMK m.111/2 hükmünün uygulanmayacağı anlamına gelir. Zaten terditli davanın açılması bir kere davacı ortağın kendisinin çıkarılması gibi bir talepte bulunmasının çıkarılma müessesisiyle (ortağın iradesine aykırı olarak gerçekleşmeli/bu yüzden en azından-hiç değilse çıkma hakkının tanınması<sup>185</sup>) ne kadar uyumlu olduğu tartışılabilir kadar böyle bir talepte bulunmak çoğu zaman ortağın kullanmak isteyeceği bir hukuki yol olamaz; meğerki TTK m.640 hükmü buna engel teşkil etsin. Terditli davanın ileri sürülmesi kabul edilseydi eğer; terditli talep yığılmasında, yardımcı talebin derdestliği, asıl talebin, kesin olarak kabul veya red edilmesi bozucu şartına bağlı olduğundan, bunun gerçekleşmesi halinde, terditli talebin derdestliği geçmişe etkili olarak-dava açıldığı tarihten itibaren-sona ermesi gerekirdi<sup>186</sup>. Bu hukuki sonucun terditli davanın açılmaması yüzünden gerçekleşmeyeceği ve haliyle davacı ortağın fer'i talebini ilelebet ileri sürmesine engel teşkil etmediğini görmekteyiz. Demek oluyor ki, hukuk mantığı içerisinde fer'i talep olarak ayrıca

<sup>183</sup> *Ancak bunu tam tersi nitelikte olan ortağın haklı sebeple şirketten çıkmasına karar verilmesini, bu mümkün olmuyorsa şirketin feshine karar verilmesini terditli dava yoluyla ileri sürmesinin mümkün olduğu yönde bakınız. Şahin, Çıkma, s.180.*

<sup>184</sup> *Mineliler*; "Ortağın çıkarılabilmesi için ileri sürülen sebebin feshi gerektiren haklı sebep olması gerekir. Ayrıca hâkimin şirketten çıkarma kararı verebilmesi için davacı ortağın veya ortakların şirketten çıkarılması şirketin feshini haklı kılayacak sebebin ortadan kalkmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır." *Bakınız. Mineliler, s.111. Kendi içerisinde çelişkileri barındırır. Zira davanın görülebilir şartı ile davanın devamı esnasında verilecek feshi dışındaki alternatif çözüm açısından hakkında bulunulacak yargılar farklılık arz eder. Aksi halde ortalıktan çıkarılma haklı sebeple feshi ortadan kaldırılabiliyorsa kanaatimce davaya devam olunmaması gerekir. Bu yüzden de doğrudan TTK m.640 hükmüne başvurulmasından başka bir çare de yoktur. Zaten hâkimin yapması gereken davanın dinlenebilmesi şartının varlığına hükmetmesinden sonra en son çare ilkesi gereği üçlü bir ayırma yapması gerektiği kanaatindeyim. Bunlar sırasıyla kanunda öngörülen diğer hukuki imkânlar, ortaklıktan çıkarılma/çıkma (Benzer yöndeki görüş için bakınız. Mineliler, s.113-114; Çelik, s.576-577) ve en son olarak da feshi olmalıdır. Böylelikle sebep noktasındaki çoğun içinde azı vardır ilkesi ile davaya evleviyetle bakılabilirken; davanın sonucuna etki edecek takdir yetkisinin çerçevesi ancak en hafif tedbirden en ağırına olacak şekilde davanın tarafları arasındaki menfaat dengesi adilane böyle sağlanabilir.*

<sup>185</sup> Doktrinde, hükümde yer verilen çıkarılma kararının, ortağın çıkması şeklinde anlaşılması gerekliliğinde bahsedilse lafza bağlı kalan *Sümer*, buradaki terimin *çıkarılma* olduğunu; ancak sermaye payının ödenmemesi nedeninden bağımsız olduğunu ileri sürmektedir. *Bakınız. Sümer, s.845. (Bizimde katıldığımız görüş uyarınca) Bahtiyar'a göre ise de; ortaklıktan çıkma müessesinin düzenlemeden anlaşılması gerektiği ifade edilebilir. Bakınız. Bahtiyar, s.293; Erdem, s.69. Mehaz Kanunda azlığa anonim şirkette çıkma hakkının tanındığı yönünde bakınız. Tekinalp, Ortaklıklar, s.214. Ki Tekinalp'in deyişle; haklı sebeple fesih davası ortak açısından aynı zamanda bir limited şirketten çıkmanın diğer yüzü (Tekinalp, Ortaklıklar, s.472) ise nasıl olur da kanun koyucu çıkarma müessesini alternatif çözüm olarak hâkime yol gösterici bir kıstas olarak verebilir.*

<sup>186</sup> Muşul, s.67.

hüküm altına alınmış bir müessesenin varlığına rağmen (TTK m.640 hükmünde asli talep olarak karşımıza çıkar.) tekrardan bir hukuki olanak verilmesi hiç doğru olmamıştır. Aksi halde terditli davanın kabulü neticesinde dolayısıyla ortağın şirketten çıkma hakkı engellenmiş olunacaktı.

Terditli dava şarta bağlı dava<sup>187</sup> açmak olarak anlaşılmalıdır<sup>188</sup>. Başka bir deyişle TTK m.640/3 hükmü çerçevesinde taleplerin sırayla incelenip, birincisinin kabul edilmemesi halinde ikincisinin üzerinden karar verilmesi gerekecekti ki; o halde haklı sebeple davanın şartı olarak aranmasının bir anlamı da kalmayacaktı. Bunun dışında davacı ikincil nitelikteki talebini birinci talebin kabul edilmemesine bağlı olarak ileri sürdüğünden hâkimin bu taleple bağlı olması gerekir<sup>189</sup>. Ancak TTK m.640/3 hükmüne bakıldığında hâkimin önünde Kanun'daki birçok hukuki çözüm farklı seçenekler olarak karşısına çıkmaktadır.

### 3.2.2. Hâkimin Taleple Bağlılık İlkesinin İstisnası

Hâkim kural olarak tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; meğerki durumun gereği talep sonucundan daha azına karar vermeyi haklı kılsın. Bu cümlelerin manayı muhalifinden talep sonucundan fazlasına veya başka bir şeye karar verilemez (HMK m.26/1)<sup>190</sup>. Bu son belirtilen hususa kanun koyucu, HMK m.26/2 hükmü uyarınca; TTK m.640/3 ile bir istisna getirmiştir<sup>191</sup>. Bu istisna tam anlamıyla ne taraflarca getirilme ilkesi ne de hâkimin kendiliğinden araştırma ilkesinin mutlak anlamda uygulama alanına girer<sup>192</sup>. Zira hâkimin vereceği karar aslen davacı ortağın talep ettiği şirketin sona erdirilmesine ilişkindir. Bu netice çok boyutlu olup yalnızca zarara uğrayan pay sahiplerini değil, aynı zamanda şirket alacaklılarını da kamu düzeni çerçevesinde koruyan bir hükümdür. Benzer bir düzenlemeyi TMK m.166/4 ve TMK m.170 hükümleri bağlamında görmek mümkündür. Gerçekten de boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanma veya ayrılığa karar verir. Hüküm bu haliyle TTK m.636/3 hükmüne *ya hep ya hiç ilkesi* çerçevesinde benzetilebileceği kanaatindeyim. Başka bir deyişle hâkim ara çözüm bularak evliliğin devamı için ayrılığa hükmetmeyi uygun bu-

<sup>187</sup> Ayrıca mahkemenin de şarta bağlı olarak karar vermesi de düşünülemez. *Bakınız.* Tekinalp, Usul, s.220.

<sup>188</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.474.

<sup>189</sup> Pekcanitez/Muşul/Özekes, s.474.

<sup>190</sup> Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/ Ejder **Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara 2011, s.350.

<sup>191</sup> *Moroğlu, bu hükmün HUMK'un temel ilkesi olan 'hâkimin taleple bağlı olması' temel kuralına (HUMK m.74)'e aykırı olduğuna işaret ederek şirketin haklı sebeplerle feshini talep eden ortağın talebi dışında şirketin kapsına konulması veya diğer bir kararlar karşı karşıya bırakılmasının adaletsiz olduğu yönünde bakınız.* Moroğlu, s.373.

<sup>192</sup> *TMK m.170 hükmü açısından aynı yöndeki görüş için bakınız.* Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.367.

labilir. Bu durumun benzeri hâkimin haklı sebebin varlığı halinde şirketin feshi yerine ortağın şirketten çıkarılmasına karar vermesi halinde de geçerliliği söz konusudur. O halde *çoğun içinde azı vardır* ilkesi gereği denilebilir ki; daha ağır bir yaptırım için öngörülen sebebin gerçekleşmesi daha hafif yaptırım için de evleviyetle haklı sebep teşkil eder.

Lakin her iki hükmün amacı kamu düzenini tesis etmek olsa da, TTK m.636/3'te ekonomik düzenin varlığı ön planda tutulur. Ayrıca dikkat edilirse hâkime tanınan takdir yetkisi TMK'da sınırlı ve katı bir şekilde düzenlenmişken; TTK'da ise "*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme*" şeklindeki ifade ile hâkimin hakkaniyete, ölçülülük, belirlilik ve vicdani kanaatine göre daha geniş bir yelpazede/alanda karar verebileceği öngörülmüştür<sup>193</sup>. Bunun haricinde TMK m.166/4 hükmü uyarınca; boşanma sebeplerinden herhangi birisinin varlığı nedeniyle açılan boşanma davası reddedildikten sonra, kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmesi halinde her ne sebeple olursa olsun müşterek hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin talebi üzerine hâkim boşanmaya karar vermek zorundadır. Demek oluyor ki; artık düzeltilmesi mümkün olmayan ve bir araya gelme umudunun kalmadığı bir evlilikte son çare boşanma davası oluyor.

TTK m.636/3 hükmü açısından da fesih son çare olarak telakki edilse dahi dikkat edilirse kanun koyucu TTK'da; TMK'daki ayrılık gibi ayrıntılı bir hükme yer vermemiş; onun yerine başlı başına hukuki imkânlar olarak sırasıyla çıkma, çıkmaya katılma<sup>194</sup> ve çıkarılmaya<sup>195</sup> ilişkin düzenleme yolunu tercih etmiştir. Başka bir deyişle, ayrılan nokta eşler arasındaki uyumsuzluğun çözümlenemediğine belli bir süreden sonra kesin gözüyle bakılır hale gelindiğine dair bir düzenlemenin yapılmış olması iken; hâkime böylesi bir olanak tanınmamış ve bunun yerine şirkete, şirket sözleşmesine konulacak bir hükümlerle veya davacı ortağın kendisine tanınan imkânla şirketle olan ilişkisini sona erdirme fırsatı

<sup>193</sup> İsviçre'de duruma uygun düşen ve kabul edilebilir çözüm olarak kar dağıtma zorunluluğu, sermaye artırımı, muhalif pay sahiplerinin temsilcilerinin yönetim kuruluna alınması veya bir iştiraklerin bölünmesi örnek teşkil eder. *Bakınız.* Sümer, s.847; Çelik, s.579. Benzer şekilde esas sözleşmenin değiştirilmesi, oy hakkına, bilgi alma hakkına ilişkin düzenlemeler yapılması, genel kurul yerine karar alması, bu kapsamda mevcut yöneticilerin değiştirilmesi, kar dağıtım karar verilmesi, ayrıca müdür vb. hususlarda yönetim kurul kararları alınması, değiştirilmesi ve icrasına hükmedilmesi halleri de çözüm önerileri olarak gündeme gelebilir. *Bakınız.* Bahtiyar, s.293. *Daha fazla örnek için bakınız.* Tekinalp, Usul, s.218. Tam da bu noktada Moroğlu, 'mahkemenin gerekli önlemleri alabilir' hükmünün takdire yer bırakmayacak şekilde 'gerekli önlemleri alır' şeklinde düzeltilmesi gerektiği kanaatindedir. *Bakınız.* Moroğlu, s.373.

<sup>194</sup> *Çıkmaya katılma hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.492 vd.; Şahin, Çıkma, s.182 vd.; Kendigelen, s.554 vd.

<sup>195</sup> *Çıkmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız.* Tekinalp, Ortaklıklar, s.494 vd.; Şahin, Çıkma, s.189 vd.

vermiştir. Diğer yandan hâkimin açıkça TMK m.166/3 ve 4'te boşanma yerine ayrılık kararı vermesi imkânı elinden alınmıştır<sup>196</sup>. Bu son iki halde temelden sarsılma farazi olarak kabul edilmiştir<sup>197</sup>. Hatta eşlerin ayrılığı halinde boşanmaya dair hükümlerin kıyasen tatbik edilmesi gerektiğinden hareketle ve kanun koyucunun TTK'da bu tarz açıklıkla bir tercih yapmayarak TTK m.640 hükmü dışında çıkarılma hakkının ortağa tanınması veyahut hâkime tanınan takdir yetkisi çerçevesinde verilmesi eleştiri konusu yapılmalıdır. Bu takdirde TTK m.640 hükmünün hiç uygulanmaması ve hatta bir çıkış yolu olarak haklı sebeple fesih davasının uygulamasının yerine geçecektir. İşte böylelikle terditli dava olarak nitelendirilmeyişin ikamesi bu yolla evleviyetle üstesinden gelinbilir. Bu ise kanun hükümlerinin dolanılmasından başka bir manaya da gelmez. Kısacası taleple bağlılık ilkesinin istisnası olmasının yanı sıra hâkime verilen takdir yetkisinin genişliği bu hükmün ayırt ediciliğini gösterir.

### 3.2.3. Seçimlik Dava/Karşı Dava

Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması halinde, alacaklı seçimlik dava açabilir (HMK m.112/1). O halde seçimlik dava, ancak seçim hakkının borçluya ait olması halinde mümkündür<sup>198</sup>. Bu yüzden alacaklının borçluya karşı açacağı davada seçimlik olarak talepte bulunma zorunluluğu gündeme gelir<sup>199</sup>.

Seçimlik davada mahkeme, talebin hukuka uygun olduğu sonucuna varırsa, seçimlik mahkûmiyet hükmü verir (HMK m.112/2). Seçimlik mahkûmiyet hükmünü cebri icraya koyan alacaklı, takibin konusunu, mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birisine hasretmek zorundadır (HMK m.112/3).

Terditli davanın konumuz açısından geçerlilik arz etmediğini belirtmiştik. Bunun sonucu olarak seçimlik davanın da kabulüne bu noktada imkân yoktur. Zaten davacı ortağın seçimlik talepte bulunması hâkimin bu taleple bağlı olmasını gerektirmez. Burada taleple bağlılık ilkesinin istisnası gereği davacı ortaktan ziyade hâkime kanun koyucu birçok hukuki çözüm önerisi getirme imkânı verilmiştir<sup>200</sup>. Nitekim seçimlik davada hüküm altına alınması istenen aslında iki talep bulunmaktadır<sup>201</sup>. Zira borçlunun seçim hakkından dolayı alacaklının tek bir talep

<sup>196</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.122.

<sup>197</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.122.

<sup>198</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.283. Bu takdirde, alacaklı seçim hakkına sahip ise, hukuki niteliği itibarıyla inşai bir hak olan seçme hakkını kullanmak suretiyle öncelikle borç konusunu belirli hale getirecek; borçlu bu edimi yerine getirmeye yanaşmıyorsa, ona karşı seçimlik dava değil; basit bir eda davası açacaktır. *Bakınız.* Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.475.

<sup>199</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.283.

<sup>200</sup> Sümer, s.847; Kendigelen, s.434-435; Mineliler, s.114; Şener, s.599; Çelik, s.581.

<sup>201</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.476.

hakkında dava açması düşünülemez<sup>202</sup>. Yoksa seçim hakkını kendisi kullanmış olur<sup>203</sup>. Hem burada yerine getirilmesi istenen edime son kısımda karar verecek merci de mahkeme olacağından, davalı şirketin seçimlik borçlarından birini yerine getirmesiyle borcundan kurtulması bu bağlamda değerlendirilemez. O halde geriye tek bir olasılık kalmaktadır. Bu da şirketin davacı ortağa karşı dava (HMK m.132) ile bir talepte bulunmasıdır<sup>204</sup>. Haksızlığa uğradığını düşünen ve haklı sebebin ortaklığın işlerinden ileri geldiğinden bahisle TTK m.636/3 hükmü uyarınca açılacak bir haklı sebeple fesih davasına karşılık olarak; TTK m.640/3 hükmünün saklı tutulmasının nedeni bu şekilde açıklanabilir. Böylelikle hâkimin dolayısıyla da olsa takdir yetkisine bir sınırlandırılma getirilmiş olmakla kalmamakta, aynı zamanda çıkarılma hakkının asıl tanınması gereken tarafa verilmesiyle taraflar arasındaki menfaat dengesi davada korunmuş olmaktadır.

TTK m.640 hükmündeki haklı sebeple TTK m.636/3'teki haklı sebeplerin müşterekliğinden değil; aksine sebebin kişisel/objektif ayrımına gidilmesi suretiyle hâkime yol gösterilmektedir. Kanaatimce kanun koyucunun bu hükmü öngörmesi haklı sebeple fesih davasıyla bağlantı kurulması ve sınırlı sayıda sayılmamış olan çözümlerin mümkün olduğunca tarafların talepleri üzerinden sonuca bağlanması amaçlanmıştır. Haliyle hâkimin taleple bağlılık ilkesine (nasıl ki ayrılık için dava açılması halinde boşanmaya karar verilemiyorsa) getirilen istisnanın tarafların lehine zayıflatıldığı görülecektir. O halde karşı davanın şartlarının bu iki hüküm açısından oluşup oluşmadığına bakılmalıdır.

Öncelikle karşı davanın açıldığı sırada asıl davanın varlığını koruyor olmasının yanı sıra derdestliği aranır<sup>205</sup>. Bu bağlamda karşı davanın esasa cevap süresi içinde açılması icap eder<sup>206</sup>. Bu yüzden davacı ortağın şirkete karşı açtığı davada hüküm verilmiş, feragat, kabul, geri alma veyahut açılmamış sayılma gibi işlemler söz konusu ise şirketin açacağı dava bağımsız bir haklı sebebe dayalı ortağı ortaklıktan çıkarma davasıdır<sup>207</sup>. Ayrıca karşı davanın, asıl davanın açıldığı mahkemede görülmesi gerekir<sup>208</sup>. Böylelikle asıl dava ile karşı dava aynı yargı koluna tabi olması şartı da gerçekleşir<sup>209</sup>. Ayrıca her iki dava açısından TTK m.1521/1 hükmü uyarınca; limited şirketlerde, ortakların şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından kaynak-

<sup>202</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.476.

<sup>203</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.476.

<sup>204</sup> *Benzer yönde bakınız.* Yıldırım, s.86 vd.; Şahin, s.267 vd.

<sup>205</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.547.

<sup>206</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.547.

<sup>207</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.547; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.544.

<sup>208</sup> *Karşı davanın asıl davanın görüldüğü asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde bakınız.* Yıldırım, s.426-427; Sümer, s.847. *Haklı sebeple fesih davasının mutlak ticari dava olduğu yönünde bakınız.* Mineliler, s.106.

<sup>209</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.545.

lanan davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağından bahsedilmektedir<sup>210</sup>. O halde davacı ortağın dilekçesinin şirkete tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde cevap dilekçesiyle ya da başka bir dilekçeyle şirketin karşı dava açması gerekir<sup>211</sup>. Bu sayede asliye ticaret mahkemesi asıl olarak geçerli ve uzun zaman alan yazılı yargılama usulünün yerini davanın bir an önce çözüme kavuşturulmasını amaçlayan ve hâkim tarafından re'sen gözetilen bir kural almıştır<sup>212</sup>.

Karşı dava açısından derdestlik dışında karşı davada ileri sürülen talep ile asıl talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması şartı<sup>213</sup> taleplerin hukuki niteliği buna müsait olmadığından gerçekleşmez. Ancak kanun koyucu bunun yerine bir ikame şart olarak davalar arasında bir bağlantının varlığından (HMK m.132/1-b) da bahsetmiştir. Bu bağlantı ya davanın açılma sebeplerinin aynı veya benzer olmasından veyahut da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkilemesi halinde davalar arası bağlantı şartının varlığı kabul edilir (HMK m.166/4)<sup>214</sup>.

Karşı davada da asıl davada olduğu gibi bir hukuki yarar aranır. Burada evleviyetle şirketin varlığını devam ettirebilmesi ve ortağın haklı sebebin gerçekleşmesi bakımından kastının yahut zarar verme amacı güdüldüğünün kanıtlanmasında hukuki yararın varlığı kabul olunur. Nasıl ki davalının alacağı, davacının alacağından daha düşük olduğunda karşı dava açmak yerine talebini, asıl davada sadece savunma olarak ileri sürmesi gerekiyorsa<sup>215</sup>; burada tam aksine bir miktar karşılaştırması yapılamasa da menfaat dengeleri açısından şirketin hukuki yararının öne çıktığı söylenebilir. Bu takdirde denilmelidir ki; haklı sebeplerin haklılığı noktasında ayniyet varsa da, sebeplerin oluşumu (tam anlamıyla) müşterek değildir. Ancak iki dava arasında öyle bir sıkı bağ vardır ki; ya şirket ortaksız devam edecektir ya da şirket tamamen sona erecektir. Bu yüzden karşı dava açısından bağlantının varlığı kabul edilir.

Şirketin savunma olarak böyle bir talepte bulunması yerine karşı dava açmasının şöyle bir yararı olacaktır. Tek bir dosya üzerinde davaların birlikte incelenip (ön inceleme ve tahkikat aşamalarının müşterek olması) karara bağlanması, karşı davanın müstakil bir dava olmasından bahisle asıl dava ne sebeple sona ererse ersin karşı davanın görülmesine engel olmaması ve ayrı ayrı başvuru kanun yolları neticesinde kesinleşen hükümlerin (şirketin davada haklı çıkması halinde hem yargılama masrafları açısından hem de ortağın şirkete karşı yönelteceği iyi niyetli olmayan taleplerin sona erdirilmesi noktasında) kamu

<sup>210</sup> Yıldırım, s.429; Sümer, s.847; Mineliler, s.106.

<sup>211</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.551.

<sup>212</sup> Yıldırım, s.429.

<sup>213</sup> *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Kuru/Arslan/Yılmaz, s.548; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.544-545.

<sup>214</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.549; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.544.

<sup>215</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.545.



düzeni ve bu bağlamda şirket alacaklıları açısından hukuki güvencelerin sağlanmasına katkıda bulunmuş olunacaktır. Neticede bu şartlar gerçekleşmeden şirket karşı dava açacak olursa, mahkeme talep üzerine yahut re'sen karşı davanın asıl davadan ayrılmasına; gerekiyorsa dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir (HMK m.132/2). Şirketin açtığı karşı davaya karşılık davacı ortağın bir daha dava açması düşünülemez.

### 3.2.4. Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)

Davaların yığılması, terditli davadan aslilik-fer'ilik noktasında<sup>216</sup> ayrılırken; karşı dava ile de taleplerin görüleceği mahkeme bağlamında<sup>217</sup> benzeşmektedir. Böylelikle davacı görünüşte tek dava açsa da gerçekte talep sayısı kadar dava olacaktır<sup>218</sup>. Bu şekildeki dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin her birinin kanıtlanması açısından vakıaların teker teker incelemeden geçirilmesi gerekir<sup>219</sup>.

Davaların yığılmasından söz edilebilmesi için ayrıca karşı davadaki gibi talepler arası ekonomik veya hukuki bağlantının varlığı da şart değildir<sup>220</sup>. Kanaatimce bu şartların akıbeti TTK m.636/3 hükmü açısından geçerlilik arz etmez. Zira bir kere bu hükümdeki tek ve asli olan fesih talebi üzerinden dava şekillenmektedir. Davanın amacı da bu çerçevede şekillenmektedir. Bu yüzden hâkime tanınan takdir yetkisinin içerisinde ayrıca ve özellik arz eder şekilde ortağın çıkarılmasını bir çözüm önerisi olarak öngörmenin çelişkili olduğu kanaatindeyim.

Burada olması gereken şekliyle şu söylenebilir; “*Davacı ortak şirketin haklı sebeple feshini mahkemeden talep ederse, ortağın ortaklıktan çıkarılmaması olasılığı dâhilinde ayrıca bağımsız olarak TTK m.639/1 hükmü uyarınca haklı sebeplerden dolayı çıkma talebini ileri sürebilmelidir.*” Başka bir deyişle olması gereken hukuk düzeni içerisinde davacı ortağın bu talebi bu şekliyle ileri sürülmesi gerekir. Yoksa mahkeme her ne olursa olsun son kararı vermesi halinde, çıkarılma şirketlerde esasen genel kurul kararıyla veyahut şirket sözleş-

<sup>216</sup> Terditli davada, davaların yığılmasından farklı olarak davacı ortağın davalı şirkete-Davalı şirket olup husumetin tüzel kişiliğe yöneltilmesi gerekir. Bu halde şartlara göre hâkim dava sırasında şirketi temsil etmek üzere kayyım tayin edebilir; meğerki haklı sebep yönetim kurullundan kaynaklanmış olsun. *Bakınız.* Sümer, s.843; Çelik, s.586. Dava sadece haklı sebepte esas etken olan pay sahibine karşı ikame edilmişse dava husumetten reddolunur. *Bakınız.* Tekinalp, Usul, s.215. *Benzer yöndeki Yargıtay kararı için bakınız.* (Y.11.HD'nin 11.10.2012 tarih ve 2010-11758/15799 sayılı kararı). *Bakınız.* Moroğlu/Kendigelen, s.490; Mineliler, s.105; Erdem, s.71.- karşı ileri sürebileceği birden fazla talep olmasına rağmen talepler arası aslilik-fer'ilik ilişkisi bulunmamaktadır. *Bakınız.* Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.478.

<sup>217</sup> Birlikte ileri sürülen taleplerin tümünün asliye ticaret mahkemesinde görülebilir olması davaların yığılması ile karşı davanın birleştiği noktadır. *Bakınız.* Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.478.

<sup>218</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.477.

<sup>219</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.477.

<sup>220</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.477.

mesinde öngörülen sebeplerle gerçekleştiğinden dolayı; ortağın mahkeme kararına karşı yapabileceği veyahut başvurabileceği hukuki koruyucu tedbirin olmadığını belirtmek gerekir. Burada kastettiğim TTK m.640/2 hükmü gibi bir kuruluş imkânıdır. Eğer talep bu şekilde ileri sürülecek olursa dava sürecinde delillerin ikamesi ile tahkikat aşaması müşterek olduğundan usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine büyük ölçüde katkı sağlanabilir<sup>221</sup>.

### 3.2.5. Mütelahik Davalar (Yarışan Haklara Dayalı Davalar)

Davacı ortağın, dava dilekçesindeki talebini veya taleplerini belirli bir hukuki sebebe değil de; bu talebi veya taleplerini haklı gösteren birden fazla hukuki sebebe dayandırması halinde mütelahik dava gündeme gelir<sup>222</sup>. Bu takdirde yukarıda belirtmiş olduğumuz davalardan farklı olarak birden çok hukuki sebebe dayalı tek bir talebin gündeme gelmesi söz konusudur<sup>223</sup>. Kanaatimizce mütelahik dava limited şirketin haklı sebeple feshi davası açısından tek bir olasılıkta gündeme gelebilir. O da dava dilekçesinde davacı ortağın hem birden fazla hukuki sebebe dayanması hem de objektif ve sübjektif sebeplerin kümülatif olarak bulunması halidir. Böylece hâkim, davacının bildirdiği hukuki sebeplerle bağlı olmayıp, davacının dayandığı vakıya uygulanacak kanun hükmünü (TTK m.636/3 ve 640/1) re'sen araştırıp bulmak ve uygulamakla yükümlü olduğundan hakların yarışması halinde de davacının yarışan kanun hükümlerini eksik veya hiç göstermemiş olmasının bir önemi yoktur<sup>224</sup>. Bu takdirde de hâkimin yarışan kanun hükümlerinden davacı için daha elverişli olan kanun hükmünü kendiliğinden gözetip uygulaması gerekir<sup>225</sup>. Haliyle, eğer davacı doğrudan TTK m.636/3 hükmüne dayanarak şirketin haklı sebeple feshine dair davayı açmış idiyse; hâkimin, takdir yetkisi çerçevesinde yol gösterici unsur olarak mütelahik davayı göz önüne almasında fayda vardır. Zaten mahkeme dava taraflarının ortaya koymuş olduğu hukuki sebeplerle bağlı olmadığı gibi, birden fazla hukuki sebebi göstermesi de durumu değiştirmez<sup>226</sup>.

### 3.2.6. Bekletici Mesele

Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari bir makamın tespiti yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir. Bir davanın incelenmesi

<sup>221</sup> Davaların yığılmasının bu işlevi için bakınız. Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.477.

<sup>222</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.285; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.493

<sup>223</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.285; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.493.

<sup>224</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.285

<sup>225</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.285; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.494.

<sup>226</sup> Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.494.

ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir (HMK m.165). Böylelikle derdest olan dava ile yeni açılacak dava arasındaki ayrıma da dikkat etmek gerekir<sup>227</sup>. O halde zorunlu bekletici hallerin dışında ihtiyari olarak gündeme gelecek bir bekletici meselenin varlığı limited şirketin haklı sebeple feshi davasında gündeme gelebilir<sup>228</sup>. Şöyle ki; ortakların nezdinde gerçekleşen bir sebep dolayısıyla ortaklık görevinin ifasının imkânsız hale gelmesi ve şirket ilişkisinin devamının çekilmez bir hal alması durumunda (gerçek kişi ortak açısından cezayı gerektiren fiil; tüzel kişi ortak açısından idari yaptırımı gerektiren fiil vb. hallerde) hâkimin TTK m.636/3 hükmü uyarınca açılacak davada bu hususları bekletici mesele yapması icap eder. Herhalde bu ikinci davaların başka bir mahkemede açılması gerektiği gibi; ikinci davada kesin olarak karara bağlanacak olan hukuki ilişkinin kısmen veya tamamen bekletilecek davaya etki etmesi<sup>229</sup> gerekir<sup>230</sup>. Aksi halde ön sorun müessesesi gündeme gelebilir<sup>231</sup>. Bekletici meselenin konumuz açısından önemi hâkimin takdir yetkisini kullanırken ‘*Acaba ne yönde karar verebilirim?*’ sorusuna cevap vermesini kolaylaştırmasıdır<sup>232</sup>. Öyle ki; bu husus hakkındaki karar hâkimin davadan el çekmesine sebep olabileceği gibi; verilen karar da nihai nitelikte olacaktır<sup>233</sup>. Diğer taraftan el çekmeyi gerektirmeyen hallerde davaya devam edilir ki bu halde verilen karar ara karardır<sup>234</sup>. Kanaatimce objektif ve sübjektif sebep ayırımından hareketle veyahut sebeplerin yarışmasında hangisine öncelik verileceği bu sayede çözüme kavuşturabilir.

<sup>227</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.491-492; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.607.

<sup>228</sup> Misalen şirket hakkında iflasın ertelenmesi davası açılmış idiye, iflas erteleme davasını bekletici mesele sayarak, fesih davasına bakabilmek için iflas ertelemenin sonuçlandırılmasının beklenmesi gerekir. Zaten iflas kararı verilecek olursa fesih davasının konusuz kalacağı da buna işaret eder. *Bakınız.* Sümer, s.849.

<sup>229</sup> *Davaya fiili veya hukuki olarak etki eden sebeplerin geniş yorumlanması gerektiği yönünde bakınız.* Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.609.

<sup>230</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.487 vd.

<sup>231</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.487 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.606.

<sup>232</sup> Dikkat edilmelidir ki; ticaret mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile ceza mahkemesinde görülmekte olan bir dava arasında bağlantı varsa, hukuk mahkemesi, ceza davasının sonuçlanmasını bekletici sorun yapabilir. Ancak bu halde hukuk mahkemesi, ceza davasının sonuçlanmasını mutlaka bekletici mesele yapmak zorunda da değildir. Buna karşın ceza mahkemesindeki tahkikat daha ileri bir aşamada ise ve ceza davasında verilecek kararın hukuk mahkemesini ileri bağlaması ihtimali var ise, hukuk mahkemesi, ceza davasının sonuçlanmasını bekletici sorun yapabilir. *Bakınız.* Kuru/Arslan/Yılmaz, s.489.

<sup>233</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.603.

<sup>234</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.603.

## SONUÇ

Anonim ve limited şirketler bağlamında ortak olan haklı sebeple fesih davası müessesesi tek kişilik sermaye şirketlerinin de kabulüyle daha fazla önem kazanmıştır. Özellikle de haklı sebeple ortağın şirketten çıkartılması kurumunun yanında haklı sebeple fesih davasına ayrıca yer verilmesinin ne kadar gerekli olduğu da hem teorik hem de pratik anlamda eleştirilmeyi gerektirir. Zira alternatif çözümlü bir davada istisnaen hâkimin taleple bağlı olmamasını sağlarken; bir hükmün diğer hükmü Kanun'un uygulama alanı dışına itmesine tanık olmaktayız. Hiçbir hüküm uygulanamaz hale gelmek için konulmaz. Tam aksine, hükümler arası uyumu sağlayacak şekilde taraflar için en adaletli çözümü üretmek için öngörülürler. Zaten haklı sebeple fesih davasının anonim şirketler açısından azınlık ile çoğunluk arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmek gibi bir çaresi olamaz. Aksi halde hüküm, çoğunluk 'hem suçlu hem güçlü' olarak davalı şirketin tarafında yer alıp davacı ortağın –çoğunlukla azınlık olarak- şirketten çıkarılmasına karar verilmesinde olduğu gibi hükmün ulaşmak istediği sonucu engelleyen bir duruş sergiler. Kanaatimizce hüküm içerisinde yapılmak istenen kısacası şu şekilde olmalıdır; öncelikle ortaklıktan çıkarma dediğimiz müessese tıpkı kollektife özgü olarak kişisel sebeplere özgülenmelidir. Sonrasında haklı sebeple fesih davası açısından objektif yani ortağın dışında gerçekleşen ve şirket ile olan bağlantısını diğer ortaklar açısından ciddi boyutlara varır şekilde çekilmez hale getiren sebeplerin öngörülmesi gerekir<sup>235</sup>. Biz bu niteliklerin daha çok emredici hükümler ilkesine aykırı, kanunun ortaklara olanak olarak bahsettiği<sup>236</sup> hükümlere göre ayırt edebiliriz.

Asıl sorun bu sebeplerin birlikte gerçekleşmesi halinde ne olacağıdır. Kanaatimizce TBK m.60 hükmü uyarınca<sup>237</sup> sebeplerin yarışması hükümlerini

<sup>235</sup> Erdem'in vardığı ortaklığın işletme konusunun imkânsız hale gelmesi sebebiyle ortaklığın sona ermesinin ancak ortaklık dışındaki olaylar neticesinde bütün pay sahipleri için değerlendirilebilecek nesnel imkânsızlık olduğunun kabulü ile objektif sebeplerin infisaha; sübjektif sebeplerin ise haklı sebeple feshe yol açar düşüncesi kanaatimizce yerinde değildir. *Bu son görüş hakkında bakınız.* Erdem, s.145. Zira sonuç bakımından aynı etkiyi doğuran bir hususta sebepte farklılığa gitmek kanun koyucunun öngördüğü düzenlemenin amacı olamaz. Ortaklık içi ve dışı sebeplerin ayrımı kendisini ortaklıktan çıkarılma ile fesih davası arasındaki ilişkide kendisini gösterir. Yoksa işletme konusunun gerçekleştirilmesinin imkânsız hale gelmesindeki yatan sebebin ortadan kaldırabilir nitelikte oluşu şirketin sona erme sebebinden muaf tutabilir.

<sup>236</sup> Özellikle şirket sözleşmesiyle bağlayıcılık kazandırılacak niteliği haiz hükümler kastedilmektedir. Bu bağlamda rüçhan hakkına dair sınırlandırma, bağlılık, rekabet yasağı vs. gündeme gelebilir.

<sup>237</sup> TBK m.60: "Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir." *TBK m.60 hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız. Vedat Buz, "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m.60 Üzerine Düşünceler"* Batider, Cilt XXIX, Sayı 2, Ankara 2013.

uygulamak gerekir. Böylelikle bu noktada zarar görene değil; hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasında yardımcı bir kıstas olarak objektif mi yoksa sübjektif nedenlerden ötürü haklı sebeple fesih davasının açıldığına bakılarak bir sonuca ulaşılması icap eder. Gerçekten de davacı ortaklığın haklı olduğu durumlarda kendisine en fazla yarar sağlayacak olan başta alternatif çözüm önerilerinin; en son çare olarak da artık şirketin feshi yoluna gidilmesi gerekir. Böylelikle sebeplerin birbirini itmesi (hükümlerin birbirlerini dışlaması) söz konusu edilemeyeceği gibi<sup>238</sup> sebepler arasında menfaat noktasındaki dengeyi en iyi sağlayacak giderimin yapılması imkânı da davacı ortağa tanınmış olmaktadır<sup>239</sup>. İleri sürmüş olduğum çözüm önerisi haklı sebeple çıkarma davası ile haklı sebeple fesih davası içerisinde adeta butlan-iptal etkisi<sup>240</sup> yaratarak hâkime yol gösterici nitelik arz edecektir<sup>241</sup>. Ama davacının talepte bulunurken talebini terditli ileri süremeyeceğini; talebin hâkimi bağlamayacağını her somut olayın koşulları çerçevesinde göz önüne almasında fayda vardır.

---

<sup>238</sup> Buz'a göre; "Bu hüküm birden fazla sorumluluk sebebinin şartlarının gerçekleştiği ve söz konusu sorumluluk sebebinin şartlarının gerçekleştiği ve söz konusu sorumluluk sebeplerinden birinin yan hükümlerinde tazmini talep edilebilecek zarar türlerine bağlandığı durumlarda uygulama alanı bulabilecektir." *Ayrıntılı bilgi için bakınız.* Buz, s.47.

<sup>239</sup> Davacının ileri sürdüğü talep, mahkeme tarafından kabul veya reddedilirken; mahkemenin hangi hukuki gerekçelere dayandığına davacının karışması söz konusu değildir. Aksi halde her hüküm tesisinde davacının arzusunu sormak gerekirdi. Bu yüzden hâkim tarafların nitelendirmeleriyle bağlı olmaksızın olaya uygulanacak hukuki sebebi re'sen belirler. *Bakınız.* Buz, s.51 vd.

<sup>240</sup> 'Butlanın ikincilliği ilkesi' kastedilmektedir.

<sup>241</sup> TBK m.60 hükmü ile aslında somut olayda birden fazla sorumluluk sebebinin şartlarının gerçekleştiği hallerde bu sebeplerden birinin daha fazla tazminat talep etme imkânını tanımasına rağmen zarar görenin dava dilekçesinde daha az tazminat talep edebileceği sebebe dayanması söz konusudur. Yoksa "...zarar gören aksini istemiş olmadıkça..." şeklinde bir cümlenin hükme ilavesi söz konusu değildir. *Bakınız.* Buz, s.50 ve 51.

**KISALTMALAR****HD** : Hukuk Dairesi**HGK** : Hukuk Genel Kurulu**HMK** : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu**m.** : Madde**TBK** : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu**TK** : 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu**TMK** : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu**TTK** : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu**Vb.** : Ve benzeri**Y.** : Yargıtay

**KAYNAKÇA**

- Bahtiyar** Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku (Kısa, Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler-Soru Örnekleri)*, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Bilgili** Fatih / **Demirkapı** Ertan, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- Buz** Vedat, "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m.60 Üzerine Düşünceler" *Batider*, Cilt XXIX, Sayı 2, Ankara 2013.
- Çamoğlu** Ersin, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Çelik** Aytekin, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", *Batider*, Cilt XXV, Sayı 4, Ankara 2009.
- Erdem** Nuri, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (6102 Sayılı Yeni TTK. Hükümlerine Göre)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Karaahmetoğlu** İsmail Özgün, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Temsili*, Seçkin yayınevi, Ankara 2014.
- Karasu** Rauf, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Kendigelen** Abuzer, *Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)*, XII Levha Yayıncılık, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012.
- Kuru** Baki / **Arslan** Ramazan / **Yılmaz** Ejder, *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı*, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara 2011.
- Mineliler** Zeynep, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XVI, Sayı 3, Ankara 2012.
- Moroğlu** Erdoğan, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler)*, Değerlendirme ve Öneriler, XII levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2012.
- Moroğlu** Erdoğan / **Kendigelen** Abuzer, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Güncelleştirilmiş 10. bası İstanbul, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Muşul** Timuçin, *Medeni usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.
- Pekcantez** Hakan / **Atalay** Oğuz / **Özekes** Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013.
- Sümer** Ayşe, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Beklerken, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 10-11-12 Mayıs 2012, Cilt: 18, Sayı: 2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.

- Şahin** Ayşe, “Yeni Türk Ticaret Kanununun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Şahin** Ayşe, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Şener** Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Şipka** Şükran, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Taşdelen** Nihat, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih*, Yetkin yayıncılık, Ankara 2012.
- Tekinalp** Ünal, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013; (Tekinalp, Usül).
- Tekinalp** Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkinci Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013; (Tekinalp, Ortaklıklar).
- Uzunallı** Sevilay, *Anonim Şirkette İşletme Konusu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Yıldırım** Ali Haydar, *6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Feshi*, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- Yıldız** Şükrü, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Şirketler Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.



# BASIN İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ GAZETECİLERİN İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

*Arş. Gör. Aslıhan KAYIK\**

## ÖZET:

Çalışmanın konusu, 9.8.2002 tarihinde 4773 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize girmiş olan ve 4857 sayılı İŞ Kanunu'nda da kabul edilmiş bulunan iş güvencesi kurumunun, m.116'nın yapmış olduğu atıf nedeniyle, 1952 tarih ve 5953 sayılı Basın İŞ Kanunu'na tabi işçiler açısından uygulanmasıdır. İŞ güvencesi kurumunun hangi işçiler açısından uygulanacağını tespit edilmesi noktasında, Basın İŞ Kanunu'na hangi işçilerin tabi olduğu tespit edilecektir. Buradan hareketle gazetecilik vasfına kimlerin sahip olduğu ve gazetecilik vasfına sahip olan kişilerden kimlerin Basın İŞ Kanunu kapsamına dâhil olduğu belirlenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Gazeteci, İŞ Güvencesi, Fikir ve Sanat İŞi, Enformasyon, Güncellik, Basın İŞ Kanunu, Çalışmanın İçeriği.

## ABSTRACT:

The subject of this study is the appliance of job security system which was entered in our judicial system on date 9.8.2002 with Code No. 4773 and which was accepted in Labor Law with Code No. 4857, by the reason of reference of Art. 116; in terms of employees who are subject to Press Labor Code on date 1952 with Law No. 5953. It will be identified by the scope of the law; on which employees are in appliance scope, in terms of employees who are subject to Press Labor Law. Hence, it will be identified that; who has the journalism qualification and among these, who will be included in scope of Press Labor Law.

**Keywords:** Journalist, Job Security, Intellectual and Artistic Work, Information, Actuality, Press Labor Law, Content of the Studying.

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (aslihan kayik@erciyes.edu.tr)

## I. GİRİŞ

Basın çalışanları tüm çalışma zorluklarına rağmen 1952 yılında 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun<sup>1</sup>(Basın İş Kanunu) yürürlüğe girene kadar haklarını güvenceye alan bir iş kanununa sahip değildiler. 5953 sayılı Kanun ile basın çalışanları için özel düzenleme getirilmiş ve daha sonra 4.1.1961 tarih ve 212 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle basın çalışanlarının hakları güvence altına alınmaya çalışılmıştır. İş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle Basın İş Kanunu'nun kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

Çalışmada öncelikle Basın İş Kanunu kapsamı ve kapsam belirlenirken dikkate alınacak olan kriterler anlatılmaya çalışılacaktır. Sistematikte eş zamanlı olarak iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilme şartlarına, Basın İş Kanunu açısından değinilecektir.

## II. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ

### A. Genel Olarak

Bilindiği üzere iş güvencesi kavramı 09.08.2002 tarih ve 4773 sayılı Kanun<sup>2</sup> ile hukuk sistemimize girmiş bulunmaktadır. Bu güvence, yürürlükte bulunan 22.05.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu<sup>3</sup> tarafından da kabul edilmiştir. Her ne kadar iş güvencesi hükümleri mevzuatımızda yer almakta ise de nihai anlamda işçinin işe iadesini sağlamaya yönelik hükümler mevcut değildir. Bu sebepten dolayı İş Kanunu'nda getirilmiş olan koruyucu hükümlerin, işini kaybetme korkusu olan ve nihai olarak işe iade edilemeyeceği ihtimalini de bilen işçiler açısından işlevselliği tartışmalıdır. Aynı durum Basın İş Kanunu kapsamında çalışan gazeteciler için de söz konusudur<sup>4</sup>.

4857 sayılı İş Kanun'un 116. maddesi ile 5952 sayılı Basın İş Kanunu'nun 6. maddesi değişikliğe uğrayarak; "İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29'uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır." fıkrası eklenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 116. Maddesi ile yapılan değişiklik sonucu, iş güvencesine ilişkin hükümler Basın İş Kanunu'na tabi gazeteciler açısından da uygulama bulacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu ile 5952 sayılı Basın İş Kanunu arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi söz konusu değildir. Her iki Kanun da özel nitelikli kanun-

<sup>1</sup> RG., 20.06.1952, S. 8140.

<sup>2</sup> RG., 15.08.2002, S. 24847.

<sup>3</sup> RG., 10.06.2003, S. 25134.

<sup>4</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Seçkin**, Gülcan, Ulusal Medyada Haber Üretim Sürecinde Çalışan Gazetecilerin Ekonomik ve Sosyal Statüsü Üzerine Bir Alan Araştırması, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara 2004, s.215-219.

lar olup, bu kanunlarda boşluk olması durumunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulanma alanı bulacaktır. Öncelikle Basın İş Kanunu'nun kapsamı belirlenerek bundan faydalanabilecek olan gazetecilerin kimler olduğunun tespiti yapılması gerekmektedir. Bu sebeple çalışmada iş güvencesinden faydalanabilme şartları temel alınarak, esas olarak iş güvencesinden faydalanabilecek olan işçilerin kimler olduğunun tespiti yoluna gidilecektir.

## B. İş Güvencesinden Faydalanabilme Şartları

### 1. Basın İş Kanununa Tabi Olmak

#### a. Genel Olarak

İş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmek için İş Kanunu'na ya da Basın İş Kanununa tabi olmak gerekmektedir. 5953 sayılı Basın İş Kanunu, İş Kanunu'nun 116. maddesi ile değiştirilen hükmü olan m.6/f.son'da; "İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29'uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır." denilmek suretiyle Basın İş Kanunu kapsamına dahil olarak çalışan gazetecilerin de iş güvencesi hükümlerinden faydalanması sağlanmıştır. Bu sebeple İş Kanunu'nun ilgili maddelerinde yer alan hükümler Basın İş Kanunu kapsamında kalan gazeteciler açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple öncelikle Basın İş Kanunu kapsamına kimlerin, hangi gazetecilerin girdiğinin tespiti yapılması gerekmektedir. Basın İş Kanunu bu konuda birinci maddesinde "Kanunun şümülü" başlığı altında belirleme yapma yoluna gitmiştir. Bu belirleme yapılırken basın organlarında çalışanlardan sadece fikir ve sanat işlerinde çalışanlar bu kapsama dahil edilmişlerdir<sup>5</sup>. Bu kapsamda çalışanların tespiti noktasında ise çeşitli kriterler söz konusudur<sup>6</sup>.

#### b. Basın İş Kanunu'nun Kapsamı

##### aa. Genel Olarak

Ülkemizde iş sözleşmesi ile başkasına bağımlı olarak çalışanlar ile ilgili yasal güvence getiren ilk Kanun, kabul edildikten bir yıl sonra 15.06.1937'de yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanunu'dur<sup>7</sup>. 3008 sayılı Kanun işçiyi, bedeni çalışması fikri

<sup>5</sup> **Demir**, Arif Cuma, Açıklamalı ve İçtihatlı İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Ankara 2010, s.21; **Ertekin**, Özkan, İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, Ankara 2012, s.232.

<sup>6</sup> **Çelik**, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul 2003, s.14; **Kar**, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2011, s.58; **Soyer**, Polat, İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s.29; **Özcan**, Durmuş, İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara 2013, s.145; **Mollamahmutoglu**, Hamdi/ **Astarlı**, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012, s.290; **Centel**, Tankut: İş Güvencesi, İstanbul 2013, s.30; **Gökçe**, Erdal: Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s.49.

<sup>7</sup> **RG.**, 15.06.1936, S. 3330.

çalışmasına üstün veya eşit olarak tanımladığından dolayı fikir ve sanat işi ile uğraşanlar kapsam dışı kalmıştır. Gazetecilerin temel çalışma koşullarını düzenleyen temel kanun ise, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar ile Çalıştıranlar Arasında Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'dur. Son olarak 04.01.1961 tarihinde kabul edilen 212 sayılı kanun ile önemli değişiklikler geçiren Basın İş Kanunu, eksikliklerle dolu ve günümüz ihtiyaçlarını karşılamaktan yoksun bir düzenlemedir<sup>8</sup>.

Basın İş Kanunu m.1 ile kanunun kapsamına dahil olanlar belirlenmeye çalışılmıştır. Kanun hükümlerinin Türkiye'de yayımlanan gazete ve mevkutelerle<sup>9</sup> haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu'ndaki "işçi" tanımı haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanacağı öngörülmüştür. Kanunda gazetecinin de tanımı yapılarak kanunun kapsamındaki fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığında çalışanlara "gazeteci" denilmiştir. Kanunun tanımına göre gazeteci sayılabilmek için kanunda öngörüldüğü şekilde Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkuteler ile haber ve fotoğraf ajanslarında çalışıyor olmak ve fikir ve sanat işi yapıyor olmak gerekmektedir. Bu nedenle Türk vatandaşı bile olsa yabancı basın yayın organlarının Türkiye'de bulunan muhabirleri ya da temsilcileri Basın İş Kanunu kapsamında işçi olarak kabul edilmemektedir. Ancak süreli yayın<sup>10</sup> ya da basın ajansının sahibi Türk vatandaşı olabileceği gibi yabancı da olabilir<sup>11</sup>.

#### bb. Gazeteci Olma, Gazeteci Tanımının Unsurları

Gazeteci, Basın İş Kanunu kapsamına giren bir veya birden fazla işyerinde, Basın İş Kanunu'na tabi iş sözleşmesine (basın iş sözleşmesine<sup>12</sup>) göre ve başlı-

<sup>8</sup> **Çolak**, İlker Nusret, Kitle İletişim Hukuku, Ankara 2007, s.66; **Gökçe**, Sibel, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2007, s.3; Zira Kanununun eski tarihli olması ve yeterli düzenlemeler içermemesi sebebiyle, değişmesine yönelik olarak Ankara ve Erzurum'da çalıştaylar yapılmıştır ve ortak bir platformda buluşmaya çalışılmaktadır.

<sup>9</sup> Türk Dil Kurumuna göre "mevkute", belli zaman aralıkları ile çıkan yayın, süreli yayın, periyodik anlamlarına gelmektedir, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts), E.T. 28.12.2014; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2014, s.212.

<sup>10</sup> Süreli yayın, belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını ifade etmektedir, **Karaca Gökçek**, Nuray/ **Günaydın**, Barış, Gazetecilerin Ücretli Tatil ve Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 15, Y. 2007, s.912; **Narmanhoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012, s.90.

<sup>11</sup> **Akyiğit**, Ercan, 1475 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, s.569; **Sümer**, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013, s.214; Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s.288; Narmanhoğlu, s.91; **Çalık**, Şefik: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005, s.161.

<sup>12</sup> TBK'dan hareketle Basın İş Sözleşmesi, gazetecinin (işçinin) işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. 4857 sayılı İş Kanununda yer alan iş sözleşmesi tanımından yola çıkarak Basın İş Sözleşmesi, bir tarafın (gazetecinin) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafında ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.

ca geçim kaynağını teşkil etmek üzere ücret karşılığı fikir ve sanat işlerinde çalışan kişidir<sup>13</sup>.

#### aaa. Basın İş Kanunu Kapsamına Giren İşyerlerinde Çalışma

5953 sayılı Kanun m.1’de yer alan, “Bu kanunun şumulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığında çalışanlara gazeteci denir.” düzenlemesi ile gazetecinin tanımını yapmıştır. Buna göre Basın İş Kanunu kapsamında çalışan bir gazeteci olabilmek için Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında çalışmak bu çalışmanın fikir ve sanat işinde olması, çalışmanın ücret karşılığında yapılıyor olması ve çalışanın İş Kanunu kapsamında işçi olmaması şartlarının bulunması gerekmektedir. Türkiye’ de yayınlanmadan ne anlaşılması gerektiği hususu yeterli açıklıkta değildir. “Yayınlanma” ifadesini, Türkiye’de basılma ve ortaya çıkma olarak anlamak gerekmektedir. Haber ajanslarının gazete ve dergi gibi yayın yapmaları söz konusu olmadığından dolayı, merkezi yurtdışında bulunan bir haber ajansının Türkiye’de faaliyette bulunması, burada çalışanlar hakkında Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulanması noktasında yeterli değildir. Çeşitli kaynaklardan gelen haberlerin toplandığı, derlendiği ve servis edilerek hizmet verildiği ajans merkezinin de Türkiye’de bulunması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>14</sup>.

Kanunda yer alan gazeteci tanımı yetersiz olup, kişinin gazeteci sayılabilmesi için başka gelirleri mevcut olsa da ağırlıklı olarak geçimini bu meslekten temin etmesi gerekmektedir. Zira gazetede hukuk köşesi bulunan bir avukatın, ayda bir kez sağlık köşesinde yazıları yayımlanan doktorun gazeteci sayılabilmesi mümkün değildir. Gazetede çektiği resimler yayımlanan fotoğrafçının, karikatüristin, bulmaca köşesini hazırlayan kişinin sırf gazetede yayını olması sebebiyle gazeteci sayılması söz konusu olmadığından gazeteci statüsünün belirlenmesinde başka ölçütlerin aranması zorunludur<sup>15</sup>.

#### bbb. Gazete, Süreli Yayın, Haber Ajanslarında veya Özel Radyo ve Televizyonlarda Çalışma

Basın İş Kanunu’nun kapsamı belirlenirken, gazetecilik vasfına sahip olmak için çalışılabilecek olan yerler sınırlı olarak sayılma yoluna gidilmiştir. Buradan hareketle gazetecinin sadece gazete, süreli yayın veya haber ve fotoğraf ajanslarında çalışması yeterli değildir; bunun yanında diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde gazeteci olarak kabul edilmektedir.

<sup>13</sup> Şakar, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2005, s.281; Akyiğit, s.567; <http://bianet.org/bianet/medya/158121-fikret-ilkiz-gazeteci-kimdir-ozluk-haklari-nedir>, E.T.25.12.2014.

<sup>14</sup> Süzek, s.212; Sümer, s.31; Kar, s.59.

<sup>15</sup> Gökçe, Sibel, Basın İş Sözleşmesine Göre Gazetecinin Hakları ve Mesleki Sorunları (Basın), Ankara 2010, s.17.

Bir gazeteci, bir gazete veya süreli yayında çalışabileceği gibi birden çok gazete ve süreli yayında çalışabilir. Gazete ve süreli yayınların yanı sıra haber ve fotoğraf ajanslarında çalışan kişiler de gazeteci olarak kabul edilmiştir. Haber ajanslarının görevi, güncel haberleri bulup, derlemek ve ücret karşılığında gazete, radyo ve televizyon istasyonları gibi haber işletmelerine servis etmektir<sup>16</sup>.

Sözlü ya da elektronik basın olarak da adlandırılan radyo ve televizyonlarda çalışan gazetecilerin çoğu, ne yazık ki ilk zamanlar kanun kapsamında görülmezken, doktrin ve yargı kararlarının desteği ile artık kanun kapsamında kabul edilmektedirler<sup>17</sup>. Zira artık günümüzde insanların gündemi takip etme noktasında kullandıkları yöntem de dikkate alındığında, burada çalışanlar hakkında da Basın İş Kanununun uygulanması gerekecektir<sup>18</sup>.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun<sup>19</sup> m.23'te; "Medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartlı personelin asgarî sayısını Üst Kurul belirler. Bu personel 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna tabidir." şeklinde düzenleme yer almaktadır. Haberle ilgili birimlerde çalışanların kanun kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesinde çalışanın Basın İş Kanunu'nda belirlenen kapsam dahilinde bir fikir ve sanat işi ile uğraşıp uğraşmadıklarının dikkate

<sup>16</sup> Sümer, s.33.

<sup>17</sup> "...Günlük veya çok kısa aralıklarla yayımlanan, günlük haber ileten nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi de gerekir. Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Somut olayda davalı işveren internet ortamında gazetecilik faaliyetlerini yürütmüş ve davacı da iki gazetenin koordinatörlüğünü yapmıştı...", **Y9HD**, 2006/33909 E., 2007/11104 K., 17.4.2007 T., Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 27.12.2014.

<sup>18</sup> "... Günlük veya çok kısa aralıklarla yayımlanan, günlük haber ileten nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazete ve mevkutenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazete ve mevkutenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazete ve mevkutenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazete ve mevkutenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Yargıtay'ca elektronik gazetelerin yayın koordinatörlüğünü yapan bir çalışanın 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun kapsamında gazeteci olduğu kabul edilmiştir...", **Y21HD**, 2010/9667 E., 2011/2190, K. 14.3.2011 T., Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 25.12.2014; Şakar, s.269.

<sup>19</sup> **RG**. 3.3.2011, S.27863.

alınması ve buna göre çalışana uygulanacak kanunun belirlenmesi yoluyla problem çözülecektir<sup>20</sup>.

Böylece meslekleri gazetecilik olan, aynı işi yapan, fakat çalıştıkları işyerleri farklı olduğu için farklı mevzuata tabi olan üç gazeteci grubu ortaya çıkmaktadır:

- Yazılı basında veya özel radyo ve TV'lerin haber birimlerinde olup Basın İş Kanununun tabi olanlar,
- TRT'de görev yapıp Devlet Memurları Kanunu'na ve Devlet memuru statüsünü düzenleyen mevzuata tabi olanlar,
- Özel radyo ve TV'lerde haber birimleri dışında çalışıp 4857 sayılı İş Kanununa tabi olanlar.

İş sözleşmesi niteliği tespitinde esaslı unsur olduğu için, eser veya yayın sözleşmesine göre çalışan "Serbest gazeteciler", ister yazılı basında ister elektronik basında çalışsınlar, Basın İş Kanunu kapsamına girmezler. Bunlara Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır<sup>21</sup>.

2001 tarihli Basın Kartları Yönetmeliği'ne<sup>22</sup> göre "basın kartı" sahibi olmasının kişinin gazeteci olup olmadığına tespitinde kullanıldığı belirtilmekle beraber, bu her zaman doğru sonuca götürmemekte, karine niteliği taşımaktadır. Zira gazetecilik mesleğine mensup olmayan bir kesim de bu kartları kullanabilmektedir. Basın Kartı Yönetmeliği m.22'de gazetecilik mesleğine yakınlıkları nedeniyle "basın mesleğini temsil edenler" olarak tanımlanan kişiler de basın kartı alabilmektedir. Bu nedenle Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılıp sayılmadığının tespitinde sarı basın kartının olup olmamasını ölçü olarak almak tek başına yeterli olmayacaktır. Ancak Basın Kartları Yönetmeliği'ne göre verilen basın kartına sahip olmak önem taşır. Basın kartı, her şeyden önce, kişinin gazeteci kimliğinin ispatı olarak algılanır. Ayrıca bu kart ile gazeteci, resmi toplantıları izleyebilme, her türlü olay ve toplantı yerine serbestçe girebilme, posta işlemlerinde ya da trafikte

<sup>20</sup> Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s.289; Akyiğit, s.568; Gökçek Karaca/ Günaydın, s.912; "...Fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya ilgili alanlarda çalışmayı ifade eder. Buna göre, yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Ancak aynı tür işyerlerinde teknik sorumlu, şoför, sekreter, muhasebe elemanı, satış ve pazarlama gibi işlerde çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilemezler..." **Y21HD**, 2010/9667 **E.**, 2011/2190 **K.**, 14.3.2011 **T**; **Y9HD**, 2006/33909 **E.**, 2007/11104 **K.**, 17.4.2007 **T.**, Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, **E.T.** 25.12.2014.; Gökçe, s.18.

<sup>21</sup> Şakar, s.270; Demir, Fevzi, s.119.

<sup>22</sup> **RG.**, 23.03.2011, S. 24351.

öncelikler gibi, mesleğini daha iyi yapabilmesini sağlayan pek çok kolaylıklardan yararlanır<sup>23</sup>.

### ccc. Fikir ve Sanat İşinde Çalışma

Basın İş Kanunu m.1’de gazeteci tanımı olarak, bu kanunun kapsamına giren her türlü fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denilir, denmektedir. Kanunun kapsamından Türkiye’de yayımlanan gazete, süreli yayın veya haber ve fotoğraf ajanslarındaki çalışmalar anlaşılmaktadır. 3008 sayılı İş Kanunu, sadece bedenen ya da bedeni faaliyeti fikri faaliyetine üstün olanları kapsadığı için, “fikir ve sanat işlerinde çalışma” ifadesi bir ölçüde işe yaramakta idi. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu’nda bedenen çalışma, fikren çalışma ayrımı yürürlükten kalkmıştır. Bundan dolayı Basın İş Kanunu’nda yer alan ve gazeteciği tanımlayan, fikir ve sanat işlerinde çalışma ifadesinin sınırlı etkisi de ortadan kalkmıştır. Örneğin bu tanıma göre gazetede çalışan muhabir ile avukat arasında ayırım yapabilmek ve hangisinin İş Kanunu’na, hangisinin Basın İş Kanunu’na tabi olduğunu belirleyebilmek olanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple buradaki fikir ve sanat işi yapmak ile kastedilen fikren çalışmanın bedenen çalışmanın önüne geçmiş olmasıdır. Basın İş Kanunu hem fikir işçilerini hem de sanat işi ile uğraşanları kapsamına almaktadır. Buna göre yazar, muhabir, haber programı sunucusu ve program yapımcısı, redaktör, fotoğrafçı, karikatürist, çevirmen gibi gazetecilik işi ile uğraşanlara Basın İş Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Buna karşılık gazetede çalışan ancak fikir ve sanat işi yapmayanlar Basın İş Kanunu’na değil 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olmaktadır<sup>24</sup>.

Bir gazetede fikir ve sanat işinde çalışanlar açısından yapılan işin niteliğinin önemli olup olmaması açısından değişik görüşler hakimdir. Bunlardan bizim de katıldığımız görüşün sahibi olan Sümer’e göre; maddede zikredilmekte olan “fikir ve sanat işi” kavramından gazetecilerin yaptıkları işi, gazetede sadece fikir veya sadece sanat işi yapan kişilerden ayırt etmeye yarayan ve bütün olarak değerlendirildiğinde gazetecilik mesleğini anlatan bir ifade olarak kabul etmek gerekir. Aksi takdirde gazetecinin hem fikir hem de sanat işini birlikte yürütmesini beklemek mümkün değildir. Bir gazetede muhasebe işinde çalışan kişinin veya sağlık köşesinde soruları cevaplayan doktorun yaptığı işin “fikir işi”; şiir köşesinde şiirleri yayınlayan kişinin yaptığı işin “sanat işi” olduğu şüphesizdir. Fakat belirtilen bu faaliyetler gazetecilik vasfını kazandırmamaktadır. Gazetecilik vasfı belirlenirken haber, bilgi verme ve aktüelitate ölçütlerinden

<sup>23</sup> Süzek, s.213; Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s.290; Gökçe, s.19; Şakar, s.285; Sümer, s.29; [http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202\\_chk\\_tebliğ.htm](http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202_chk_tebliğ.htm), E.T. 26.12.2014.

<sup>24</sup> İÇEL, Kayıhan/ Ünver, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2007, s.218; Gökçe, s.15; Kar, s.59; Y9HD, 2006/33909 E., 2007/11104 K., 17.4.2007 T., Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 25.12.2014; Süzek, s.212; Narmanlıoğlu, s.101; Demir, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2014, s.119.



faydalanılması da gerekmektedir. Buradan hareketle gazetede muhasebe, reklam, satış, personel, pazarlama, ulaştırma gibi yardımcı teknik ve hizmet alanlarında çalışan kişiler gazeteci olarak sayılamayacaktır<sup>25</sup>. Fikir işçisi-beden işçisi ayrımı yapay bir ayırım olmakla beraber, gazeteciliğin bir fikir çalışması olduğunu belirtmekte yarar vardır. Böylece en azından gazetecinin fikri çalışmasının ağırlıkta olduğu belirtilmiş olmaktadır. Bu sayede örneğin, bir gazetede çalışan yazar kadrosu ile gazetenin basım işleri ile uğraşan personeli arasında ayırım yapılabilecek ve bu ikinci grupta yer alanların gazeteci sayılmamaları sağlanabilecektir. Aynı şekilde, bu suretle bir takım teknik işlerde çalışanlar bakımından da sorun çözülmüş olacak, bunların gazeteci sayılamayacakları hususu açıklığa kavuşmuş olacaktır<sup>26</sup>.

Yazar, muhabir, foto muhabiri, redaktör, ressam, karikatürist, sayfa sekreteri, servis şefi, çevirmen, düzeltmen gibi gazetecilik mesleğiyle doğrudan ilgili bir “fikir ve sanat” işinde çalışanlar Basın İş Kanunu anlamında gazeteci sayılırlar, buna karşılık; bir gazete işletmesinin ilan, satış, muhasebe gibi servislerinde çalışanlar bir fikir işi yapsalar dahi, gazetecilik mesleğinden değildirler<sup>27</sup>.

Yargıtay’ın çeşitli kararlarında gazeteci olarak sayılan kişilerin gazeteci olup olmadığının tespiti yoluna gidilmiştir. Buna göre; özel bir televizyonda haber programı yapımcısı ve sunucusu olarak çalışan kişi, haber ajansı istihbarat şefi, özel radyo ve televizyon kanalında haber muhabiri, haber ajansı muhabiri, gazete yazı işleri müdürü, prodüktör, fotoğrafçı, haber yönetmeni, gazete düzeltmeni, spor sayfası sekreteri, gazete haber merkezi müdürü, gece editörü, kameran gazeteci olarak sayılmıştır<sup>28</sup>.

Söz konusu kanun maddesinde fikir ve sanat işi denilmesindeki maksat, yapılan işin, bir haberin yazılması gibi tümüyle fikirsel işin veya bir çizimin yapılması gibi sanatsal işin, bir arada değerlendirilebilmesinin sağlanmasıdır. Aslında Basın İş Kanunu’nun fikir işinden ayırmak istediği ve fikir ve sanat işlerinde çalışma demekle kastettiği, yapılan fikri ve sanatsal çalışmanın, adına enformasyon denilen özel bir konuda yapılmasıdır. Yani, haber ya da bilgi öğelerinin araştırılması, toplanması, sınıflandırılması, geliştirilmesi, yorumlanması, redaksiyonu gibi enformasyonun çeşitli düzeylerinde yapılan çalışmalar, gazetecilik mesleğinin konusunu ve fikir işçiliği içinde özel yerini oluşturur.

<sup>25</sup> Sümer, s.40; [http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202\\_chk\\_tebliğ.htm](http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202_chk_tebliğ.htm), E.T. 26.12.2014.

<sup>26</sup> **Şuğle**, Mehmet Ali, İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001, s.63; Süzek, s.213.

<sup>27</sup> Şakar, s.282.

<sup>28</sup> Sümer, s.42; **Y9HD**, 2004/25706 E., 2005/21144 K., 14.6.2005 T.; **Y21HD**, 2006/8173 E., 2006/7907 K., 11.7.2006 T., **Y9HD**, 2008/30660 E., 2009/ 8953 K., 31.3.2009 T.; **Y9HD**, 2007/14130 E., 2008/8314 K., 14.4.2008 T., Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 25.12.2014.

Burada, bir haberin ya da bilgi ögesinin soruşturulmasından ve/veya keşfinden yazımına ve kamunun bilgisine sunulmasına kadar geçen süreç içinde yapılan fikri çalışmadan bahsedilmektedir<sup>29</sup>.

Kanunda sanat işinin, fikir işinden ayrı olarak kullanılmış olması ile gazetecilik mesleğine yönelik sanatsal çalışmalarda bulunanlar kastedilmiştir. Burada sanat işinin ayrılığından bahsederken, içinde hiçbir fikri faaliyetin olmadığı, fikirsel faaliyetten tümüyle arınmış bir sanatsal çalışmadan söz etmek mümkün değildir. Kuşkusuz ki her sanatsal çalışma bünyesinde fikri bir etkinliği de barındırmaktadır. Basın İş Kanunu'nda sanat işi ifadesi kullanılırken, gazeteciliğe yönelik resim, çizim, karikatür gibi sanat yönü ağır basan bazı işler kastedilmiş ve bu tür çalışmalarda bulunanların da gazeteci sayılacakları belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla gazetecilik mesleği sadece haberlerin yazılı olarak iletilmesi ile sınırlı değildir. Haberlerin her türlü anlatım yoluyla iletilmesi kabul edilmelidir. Yani sadece edebi anlatım değil, grafik veya fotografik anlatımlar, hatta günümüzde görsel işitsel anlatımlarda gazeteci sayılmak için yeterlidir<sup>30</sup>.

#### cc. Gazetecinin Çalışmasının İçeriği

Basın İş Kanunu'nda gazetecilerin çalışmasının içeriğine yönelik herhangi bir bilgi verilmemiştir. Bir kimsenin gazeteciliğini belirleyen ölçüt, bu kimsenin görmekte olduğu çalışmanın içeriğidir. Doktrin tarafından çalışmanın içeriği açısından enformasyon ve aktüalite kavramlarına başvurulmaktadır.

#### aaa. Enformasyon

Bir kimsenin Basın İş Kanunu'na tabi olup olmadığını belirlemede kullanılacak ölçütlerin başında enformasyon<sup>31</sup> kavramı gelmektedir. Gazetecilik çalışması adına enformasyon denilmekte olan bir alanda yapılmaktadır. Haber, sadece günlük olan ya da son saate ilişkin ve hemen yayımlanmazsa temel özelliğini kaybeden, güncelliğini yitiren bir bilgidir. Enformasyon ise bir süreci ifade etmekte olup, bir haberin ya da bilgi ögesinin soruşturulmasından ve/veya keşfinden yazımına ve kamunun bilgisine sunulmasına kadar geçen uzunca bir süreci oluşturur. Bu sürecin içinde, haber ya da bilgi ögelerinin araştırılması, toplanması, sınıflandırılması, geliştirilmesi, yorumlanması, redaksiyonu gibi çeşitli aşamalar yer almaktadır. Gazeteci bütün bu aşamaların hepsini tek başına gerçekleştirip, yorumlayıp yazabilir. Yani baştan sona ortaya koyabilir ya da son

<sup>29</sup> Şuğle, s.66.

<sup>30</sup> Şuğle, s.66.

<sup>31</sup> Türk Dil Kurumunda "enformasyon", haber alma, haber verme, haberleşme şeklinde tanımlanmıştır, <http://www.tdk.gov.tr/>, E.T. 28.12.2014; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz**, Malik, Enformasyon ve Bilgi Kavramları Bağlamında Enformasyon Yönetimi ve Bilgi Yönetimi, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, Sayı 49, Yıl 1-2009, s.95-118; **Tokgöz**, Oya, Temel Gazetecilik, Ankara 1981, s.15.

işlem olan konuyu yazma işlemini gerçekleştirmekle yetinebilir. Basın İş Kanunu'nda yer alan, fikir ve sanat işlerinde çalışma ifadesi, ancak bu işlerin bu aşamalardan herhangi birinde yapılmasıyla anlam bulur<sup>32</sup>.

Enformasyon ölçütünün kullanılmasının önemi, gazetecinin söz gelimi bir gazetede yazı yazan diğer kişilerden ayrılması noktasıdır. Gazetede yazısı yayımlanan herkesin gazeteci sayılıp sayılmayacağını, enformasyon ölçütünü kullanarak bulabiliriz. Örneğin, bir avukat ya da hekimin gazeteye haftada bir kez ya da daha fazla yazı yollayıp, kendi meslekleriyle ilgili olarak bilgi verdiklerinde okurların, bu mesleklerin konularına ilişkin olarak sorularını yanıtladıklarında gazeteci sayılacaklar mıdır sorusu, enformasyon ölçütü ile çözümlenebilecektir. Eğer bu avukat ya da hekimin gazetede yayımlanan yazıları, salt bir hukuk ya da tıp bilgilerini içeren yazılardan ibaretse, bu kişiler gazeteci sayılmayacaklardır. Enformasyon ile ilişkisi bulunmayan işleri gazetecilik çalışması olarak değerlendirmemek gerekir. Ancak enformasyon ölçütü tek ölçüt değildir. Özellikle, gazeteye sürekli ve düzenli yazı yazan ve başlıca işi ve geliri bu olan kişiler bakımından, enformasyon ölçütü daha esnek bir biçimde ele alınmalıdır<sup>33</sup>.

#### **bbb. Güncellik (Aktüalite)**

Güncellik gazetede yazı yazan kişinin gazeteci sayılıp sayılmayacağını belirlemede kullanılan diğer bir ölçüttür. Tazelik, günün olayları, günün konuları gibi anlamlar taşıyan güncellik kavramı, esasen büyük ölçüde enformasyon kavramının içinde yer almakla birlikte bazı hallerde tek başına kullanılabilen bir ölçüt olmaktadır. Bu durum özellikle, okuyucuyu bilgilendirmek amacıyla yazılan tarihsel bir belge ya da tarihi bir olayın anlatımında söz konusudur. Bir kimsenin gazetecilik statüsünden yararlanabilmesi için, bu kimsenin çalışmasının kamuoyuna bilgi sunma amaçlı olması ve bu çalışmanın az ya da çok güncellik ile ilişkisinin bulunması gerekir. Örneğin, tarihi olayları süreli bir yayında nakleden bir kişinin, bu olayların günümüz olayları ile bağlantıları kurulmadığı sürece, gazetecilik uğraşısında bulunduğu söylenemez. Burada yapılmakta olan iş geçmiş bir takım olayların anlatımından ibarettir. Bu nedenle böyle bir çalışmanın sahibi olan kişiye gazeteci sıfatı tanımak yerinde olmayacaktır. Ancak güncellik ölçütü de katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Bu ölçüt başka ölçütlerle ele alınmalı ve özellikle, gazeteye sürekli ve düzenli yazı yazan veya çizen ve başlıca işi ve geliri bu olan kişiler bakımından, daha esnek bir biçimde değerlendirilmelidir<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Şuğle, s.71.

<sup>33</sup> Şuğle, s.71.

<sup>34</sup> Şuğle, s.76.

#### dd. Ücret Karşılığı Çalışma

Ücret, İş Kanunu açısından iş sözleşmesinin asli unsurlarından birisidir. Basın İş Kanunu tarafından da fikir ve sanat işinde ücret karşılığı çalışma şartı getirilmiş olduğundan gazetecinin ücret karşılığı çalışıyor olması da kanunun uygulanma alanının belirlenmesinde belirleyici unsurdur. Ücret, Basın İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinin asli unsurlarından biridir. Basın İş Kanunu'nda ücret tanımının yer almaması nedeniyle genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'na bakılması gerekmektedir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda da bir tanım yer olmadığından İş Kanunu'nda yer alan tanıma bakmak gerekecektir. Yani İş Kanunu'nda yer alan ücrete ilişkin tanım Basın İş Kanunu'na tabi gazeteciler bakımından da uygulama alanı bulacaktır<sup>35</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'na nispeten Basın İş Kanunu'nda gazeteciler lehine hükümler getirilmiştir. Mesela; Basın İş Kanunu kapsamında çalışan gazetecinin her ay ücretini peşin alması gerekmektedir. Sözleşme kapsamında olmayan işlerin yapılması durumunda işveren tarafından gazeteciye ayrıca ücret verilmelidir (m.15/2). Kanunda gazetecilerin terfi süreleri ile ilgili azami bir sınır getirilmiş olup, bu iki yıllık azami sürenin taraflar arasında daha kısa bir süre olarak belirlenmesi de mümkündür<sup>36</sup>.

#### ee. Başlıca Geçim Kaynağının Gazetecilik Olması

Gazetecinin mesleği dışında başka bir iş yapması konusunda yasal bir engel bulunmaması nedeni ile başka bir işle uğraşması mümkünse de<sup>37</sup>; ağırlıklı olarak hangi işi yaptığı ve kamu oyunda hangi mesleki faaliyeti ile öne çıktığı hususlarının gazeteci tanımlanmasında ölçü olarak alınması gerekmektedir<sup>38</sup>.

#### ff. 4857 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Olma

Basın İş Kanunu m.1'de Kanunun, İş Kanunu'ndaki işçi kapsamı dışında kalan kişilere uygulanacağı yönünde açık düzenleme mevcuttur. Bu nedenle Basın İş Kanunu'nun uygulanabilmesi için gazetecinin İş Kanunu'ndaki kanun kapsamında olmak için gerekli şartları taşımaması, bedeni çalışmasının fikri

<sup>35</sup> Sümer, s.89.

<sup>36</sup> "...Basın mesleğinde çalışan işçilerin kararlaştırılan ücretleri her ay peşin olarak ödenir. İlave ücretlerin sigorta priminin ödenmesi mecburidir. Bu nedenle dava konusu olayda ayın tamamında çalışma olmadığından söz edilerek yüzde beş fazlaya dair isteğin reddi hatalıdır..." **Y. 9. HD.**, 2001/7724 E., 2001/13896 K., 18.9.2001 T., Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 27.12.2014; Şakar, s.284; Gökçe, s.20.

<sup>37</sup> Basın İş Kanunu m.13' e göre; "Gazeteci işverenle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarıda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir".

<sup>38</sup> Aksi görüş için Bkz. Akyiğit, s.568 ve **Akyiğit**, Ercan, Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), Cilt 24, Sayı 3-4-5, Yıl: 2003, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, s.7; Gökçe, s.21; Kar, s.59.

çalışmasından üstün olması gerekmektedir. Basın İş Kanunu, özel türde bir fikir veya sanat işçiliğini esas almakta, başka bir anlatımla konusunu fikir işçiliği içinde özel bir yeri olan gazetecilik mesleği oluşturmaktadır<sup>39</sup>.

#### gg. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışıyor Olmama

Basın İş Kanunu m.2 ile getirilmiş olan hükümlerle, 1. maddenin kapsamında bulunup da devlet, vilayet, belediyeler ve iktisadi devlet teşekkül ve müesseseleriyle sermayesinin yarısından fazlası bu teşekküllere ait şirketlerde çalışan memur ve hizmetliler hakkında bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Yani sayılan kamu tüzelkişileri Basın İş Kanunu açısından işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Buradan hareketle bu işyerlerinde çalışanlar da gazeteci olarak sayılmayacaktır<sup>40</sup>. Kamu tüzel kişileri, memur ya da idari personel yanında işçi statüsünde olan kişileri çalıştırabilirler. Dolayısıyla bu yerlerde iş sözleşmesi ile çalışan ve çalışması gazetecilik çalışması niteliğinde olanlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Sözü edilen bu kişiler özel hukuka tabi olmalarına, gazetecilik çalışması yapmalarına rağmen, sözleşmeleri Basın İş Kanunu'na tabi iş sözleşmesi sayılmayacak ve kendileri Basın İş Kanunu'na tabi olmayacaktır<sup>41</sup>.

#### 2. İşyerinde Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerini düzenleyen m.18' e bakıldığında "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az 6 aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." hükmü ile iş güvencesinin kapsamına girecek gazetecilerin belirlenmesi noktasında sınırlamalar getirilmiştir.

Gazetecinin çalıştığı işyerinde 30 işçi ölçütünün tespit edilmesinde, çalışanların İş Kanunu ya da Basın İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın, toplam çalışan sayısının dikkate alınması gerekir. Bu noktadan hareketle, bir gazetede çalışan gazeteci ve diğer işçilerin sayısının otuzdan fazla olması, gazetecinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için kafi olup, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilme Basın İş Kanunu kapsamına giren bir işyerinde otuz ve daha fazla gazeteci çalışması şartına bağlı değildir<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Gökçe, s.21; Şakar, s.285; Şuğle, s.77; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s.7; Narmanlıoğlu, s.101.

<sup>40</sup> Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s.290; Sümer, s.49; Narmanlıoğlu, s.92.

<sup>41</sup> Gökçe, s.13; Şuğle, s.78.

<sup>42</sup> Sümer, s.151; Kılıçoğlu, Mustafa/ Şenocak, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s.160; Özcan, s.146; Narmanlıoğlu, s.495; Demir, Fevzi, s.292; Akı, Erol/ Altıntaş, Olcay/ Bahçivancılar, İbrahim: Uygulamada İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s.18; Centel, s.37; Gökçe, Erdal, s.56; Ağer, İlker: Türk Çalışma Yaşamında İş Güvencesi, Ankara 2006, s.52; Çalık, s.163.

İşyerinde memur, stajyer, çırak, meslek eğitimi gören öğrenci, alt işverenin işçisi, ödünç işçi olarak çalışanlar bu sayının belirlenmesinde dikkate alınmaz<sup>43</sup>.

İşçi sayısını belirlerken işyeri kavramı baz alınmıştır. Bu nedenle Basın İş Kanunu anlamında işyeri tanımını incelemekte fayda vardır. İşyeri kavramı açıkça Basın İş Kanunu'nda tanımlanmamakla birlikte 1. maddeden hareket edildiğinde; Türkiye'de yayınlanan ve fikir ve sanat işi yapılan gazete, süreli yayın, haber ve fotoğraf ajansları ile özel radyo ve televizyonların haberlerle ilgili birimleri, işyeri olarak tanımlanabilir. Ancak genel olarak gazetecilerin bahsedilen işyerlerinin fiziki alanında her zaman bulunamayabileceği bundan dolayı da gazetecinin işini yaptığı yerin değişkenlik göstereceği göz ardı edilmemelidir<sup>44</sup>.

Basın İş Kanunu'nun kapsamına sınırlama getiren 2. maddeden hareket edildiğinde ise işyeri tanımı konusunda olumsuz bir tespit yapmak mümkün olacaktır. İlgili maddeye göre, Devlet, vilayet belediyeler ve İktisadi Devlet Teşekkül ve Müesseseleriyle sermayesinin yarısından fazlası bu teşekküllere ait şirketlerde istihdam edilen memur ve hizmetliler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanamaz.

Gazetecinin işini ifa edeceği yer noktasında ise özellikle gazeteciler için büro veya basımevinde çalışanlarda olduğu gibi sabit bir işyeri belirlemek güçlük arz etmektedir. Teknolojik imkanlar da göz önünde bulundurulduğunda, gazetecilerin gazeteye hiç gelmeden de mesleklerini ifa edebildikleri gözlemlenmektedir. Bu sebeple tele çalışma<sup>45</sup> gazeteciler tarafında sıklıkla başvurulan yöntemlerden birisidir<sup>46</sup>.

İş Kanunu'nda baz alınmış olan işçi sayısının tespiti yapılırken 4. fıkraya bakıldığında, işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde çalışan işçi sayısının bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceği düzenlemesi getirilmiştir.

### **3. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemini Olması**

İş güvencesini belirleyen İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasında bu hükümlere tabi olacak gazetecilerin altı aylık kıdemini olması şartı getiril-

<sup>43</sup> Demir, s.31; Sümer, s.153; Ertekin, s.189; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s.289; Kar, s.143; Soyer, s.38; Demircioğlu, Murat/ Centel, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2005, s.172; Kılıçoğlu/ Şenocak, s.163.

<sup>44</sup> Akyiğit, s.569; Sümer, s.51.

<sup>45</sup> Tele Çalışma, bilgisayar ve iletişim teknolojisindeki gelişmelerin ortaya çıkardığı atipik çalışma şekillerinden birisidir. Bu çalışma türünde asıl işyeri dışında, bu işyeri ile arasında elektronik iletişim ağı bulunan bir (uydu) büro ya da evde iş görme borcu yerine getirilmektedir, Süzek, s.270; Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s.424.

<sup>46</sup> Sümer, s.79; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s.8.

miş, 4. fıkrasında ise, işçinin altı aylık kıdemini aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilerek hesaplanacağı düzenlenmiştir<sup>47</sup>.

Gazetecinin altı aylık kıdemini belirlemede aynı işyerinde İş Kanunu'na göre işçi ve Basın İş Kanunu'na göre gazeteci sıfatları ile çalışmış olduğu tüm sürelerin birleştirilmesi gerekmektedir. Önemli olan burada "işçi" sıfatı ile çalışmak olup, bu işçilik sıfatının hangi kanuna tabi olduğu önemli değildir. Hiç şüphe yoktur ki söz konusu işyerinde iş sözleşmesine tabi olmaksızın geçirilen sürelerin altı aylık kıdemini belirlemede bir önemi söz konusu olmayacaktır<sup>48</sup>.

Altı aylık kıdemini hesabında fasıllı çalışmalar söz konusu ise bunların birleştirilmesi yoluna gidilmektedir. Zira kanunda altı aylık kıdemden bahsedilmiş olup bu kıdem aralıksız olması gerektiği yönünde bir düzenleme yer almamıştır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>49</sup>.

Süzek'e göre, "İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir" hükmünden "veya" bağlacı nedeniyle "değişik işyerleri" ibaresi çıkarılırsa, geriye işverenin işyerinde geçen süreler birleştirilir hükmü kalır. Kesintisiz geçen sürelerin birleştirilmesi söz konusu olamayacağına göre, hükmü "işverenin işyerinde geçen fasıllı süreler birleştirilerek hesap edilir" şeklinde anlaşılması gerekir<sup>50</sup>.

Altı aylık kıdemini belirlemede gazetecinin Basın İş Kanunu'na tabi iş sözleşmesinin ya da iş sözleşmesinin devam ettiği süre esas alınır. Bundan dolayı iş sözleşmesinin askıda olduğu dönem de altı aylık kıdemini hesabında dikkate alınır<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> **Y9HD**, 2007/27731 **E.**, 2008/7815 **K.**, 8.4.2008 **T.**, Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, **E.T.** 27.12.2014; Kar, s.184; Soyer, s.33; Demircioğlu/ Centel, s.172; Kılıçoğlu/ Şenocak, s.166; Narmanlıoğlu, s.498; Demir, Fevzi, s.293; Akı/ Altıntaş/ Bahçivancılar, s.18; Centel, s.45; Gökçe, Erdal, s.64; Ağer, s.52; Çalık, s.162; Çelik, s.20.

<sup>48</sup> Demir, s.36; Sümer, s.156; Özcan, s.147.

<sup>49</sup> **Y9HD**, 2008/36062 **E.**, 2008/26704 **K.**, 13.10.2008 **T.**, Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, **E.T.** 27.12.2014; Demir, Fevzi, s.293; Centel, s.48; Gökçe, Erdal, s.68.

<sup>50</sup> **Sarper** Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2014, s.562; Ertekin, s.157; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.290; "...davacı işçinin davalılara ait işyerinde iki dönem halinde çalışması söz konusudur. Sosyal Sigortalar Kurumu işe giriş belgesine göre çalıştığı süre 291 gündür. 4857 sayılı İş Yasasının 18. Maddesinin dördüncü fıkrasına göre, işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. Böyle olunca mahkemenin altı aylık kıdem süresinin gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermesi hatalıdır...", **Y9HD**, 2003/15650 **E.**, 2003/14623 **K.**, Kar, s.184; **Y9HD**, 2005/37159 **E.**, 2006/363 **K.**, 17.1.2006 **T.**, Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/>, **E.T.** 27.12.2014.

<sup>51</sup> Sümer, s.155; Demir, s.37; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.877.

#### 4. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak

İş Kanunu m.2' ye göre, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denilmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere işveren vekili tanımı geniş tutulmuş olup bu sebeple işveren vekili sayısı genellikle çokluk arzedecektir. İşveren vekili sıfatını taşımasına rağmen özünde işçi olan bu kişilerin iş güvencesi hükümlerinden faydalanmalarını sağlamak için hepsinin değil sınırlı bir kısmının bu güvenceden yararlanamayacağı belirlenmiştir. İş Kanunu m.18/f. son' a bakıldığında; "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 20'inci maddeler 25'inci maddenin son fıkrası uygulanamaz". Fıkradan da anlaşılacağı üzere sadece iki grup işveren vekilinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanması engellenmiştir. Bunların tespit edilmesinde ise önemli olan verilen sıfat olmayıp, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününe yönetip yönetmediği ya da işyerinin bütününe yönetip işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkilerinin olup olmadığıdır<sup>52</sup>.

Buradan hareketle bir gazetenin genel yayın yönetmeni ve yardımcıları ile gazetenin gazeteci işe alma ve çıkarma yetkisine sahip örneğin Ankara temsilcisi hakkında iş güvencesi hükümleri uygulanmaz<sup>53</sup>.

#### 5. Belirsiz Süreli İş Akdinin İşverence Feshedilmesi

İş Kanunu m.18' e göre iş güvencesi hükümlerinden basın iş hukuku bağlamında, sadece Basın İş Kanunu'na tabi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar faydalanabilecektir. Sözleşmenin tarafları, iş ilişkisini belli bir süreye bağlı olmaksızın yapmış olmaları durumunda, Basın İş Kanunu

<sup>52</sup> Demir, Fevzi, s.296; Özcan, s.149; Süzek, s.565; **Göktaş**, Seracettin, İşveren Vekilinin İş Güvencesi, Çalışma ve Toplum 2009/1, s.61 vd.; Sümer, s.157; Demir, s.37; Ertekin, s.233; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.292; Kar, s.235; Soyer, s.43; Demircioğlu/ Centel, s.172; "...davacı dava dilekçesinde işyerinde genel müdür yardımcısı olarak görev yaptığını, iş ahdinin haksız feshedildiğini belirterek işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacının işveren vekili olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkeme savunmayı yerinde görerek davacının işveren vekili olduğunu kabul ederek, davanın reddine karar vermiştir. Dosya içerisinde mevcut görev tanımı belgesine de davacının işyerindeki görevinin "teknik başkan" olduğu belirtilmiştir. Ayrıca işyerinde işçi alma ve çıkarma vs.gibi görevlerinden bahsedilmemiştir. Keza dosya içerisinde davalı yönetimini gösteren belgede de davacının sıfatı teknik müdür olarak gösterilmiştir. Bu durumda davacının 4857 sayılı Kanunun 18/son maddesinde açıklandığı gibi işveren vekili olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme ve tarafların delillerin toplanıp işin esasına girilerek sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir..."", Kılıçoğlu/ Şenocak, s.175; Narmanlıoğlu, s.501; Centel, s.49; Gökçe, Erdal, s.70; Çalık, s.161.

<sup>53</sup> Sümer, s.158.



m.5'te ifadesini bulan "müddeti muayyen olmayan" belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olacaktır.<sup>54</sup>

Basın İş Kanunu'na tabi iş sözleşmesinin tarafları sözleşmeye açıkça süre koyarak belirli süreli iş sözleşmesi meydana getirmedikleri sürece yapılan sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmesi olacaktır. Mesela, ilk genel seçimlere kadar çeşitli bölgeleri dolaşmak, oralardan haberler toplamak ve analizler yapmak üzere işe alınan bir gazetecinin iş sözleşmesi belirli süreli olup, iş güvencesi hükümlerinden faydalanması mümkün değildir.<sup>55</sup>

### III. SONUÇ

Mevcut olan Kanunlardan dolayı uygulamada iş sözleşmesi ile çalışmasına rağmen, farklı kanunlara tabi işçi grupları oluşmuştur. Çalışan bu grupların özellikleri dikkate alındığında daha özel nitelikte Kanunlar tabii ki yapılabilir. Ancak bu Kanunlar aracılığıyla özellik arz eden grubun korunması yoluna gidilmesi daha doğru olacaktır.

Farklı kanunlara tabi olmalarına rağmen işçiler açısından iş güvencesi bağlamında ortak hükümlerin uygulanması söz konusudur. İş güvencesi hükümlerinin haricinde Basın İş Kanunu'nda kimi kısımlarda 4857 sayılı İş Kanunu'na atıflar yapılarak bu kanunun uygulanması sağlanmaktadır. Ancak bu yeterli bir uygulama değildir. Zira iş sözleşmesi ile çalışmasına rağmen gazeteciler açısından aleyhe bir durum yaratılmıştır.

Yine kanunun uygulama alanı dikkate alındığında kamu sektöründe çalışan işçi statüsündeki gazeteciler ile özel sektörde çalışan gazeteciler arasında da farklı düzenlemelerin uygulanması söz konusudur. Burada da işçi genel tanımının altında aynı özel tanıma sahip gazeteciler arasında, çalışmış oldukları kurumun hukuki statüsü dikkate alınarak farklı hükümlerin uygulanması yoluna gidilmiştir.

İş Kanunu ile Basın İş Kanunu arasında genellik-özellik ilişkisi söz konusu değildir. Her iki kanun da özel nitelikteki kanunlardır. Basın İş Kanunu'nun sadece belli özelliklere haiz gazetecilere uygulanma imkanı söz konusudur. Gerek İş Kanunu gerekse Basın İş Kanunu'nda boşluk olması durumunda genel

<sup>54</sup> "davacının davalı işyerinde belirli süreli hizmet akdi ile çalıştığı anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Yasasının 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesinden yararlanabilmek için işçinin belirsiz süreli iş akdi ile çalışması gerekir. Mahkemece bu husus göz önünde bulundurulmadan yazılı şekilde işe iade kararı verilmesi hatalıdır...", **Y9HD.**, 2005/5743 **E.**, 2005/8280 **K.**, 14.3.2005 **T.**, Kılıçoğlu/ Şenocak, s.135; Demircioğlu/Centel, s.172; Kar, s.202; Soyer, s.29; Narmanlıoğlu, s.495; Demir, Fevzi, s.295; Gökçe, Erdal, s.52; Çalık, s.163.

<sup>55</sup> Ertekin, s.139; Sümer, s.63.

kanun niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Farklı işçi grupları arasında farklı hükümlerin uygulanması noktasında, söz konusu Kanunlar birleştirilebileceği gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre daha özel nitelik taşıyan 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun revize edilmesi ya da baştan hazırlanması yoluyla daha tatminkar ve adil sonuçların doğması söz konusu olabilir. Kabul edilmiş olduğu dönemde yürürlükte bulunan 3008 sayılı İş Kanunu'na göre gazeteciler açısından daha lehe hükümler düzenleyen Kanun, değişen İş Kanunları karşısında bu lehe olan durumunu kaybetmiştir. Aynı zamanda 5953 sayılı Kanun 1952 tarihli olup, çağın ihtiyaçlarına da cevap verememektedir.

## **KAYNAKÇA**

- Ağer**, İlker, Türk Çalışma Yaşamında İş Güvencesi, Ankara 2006.
- Akyiğit**, Ercan, Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), Cilt 24, Sayı 3-4-5, Yıl: 2003, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi.
- Akı**, Erol/ **Altıntaş**, Erol/ **Bahçivancılar**, İbrahim, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul 2005.
- Akyiğit**, Ercan, 1475 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000.
- Centel**, Tankut, İş Güvencesi, İstanbul 2013.
- Çalık**, Şefik, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005.
- Çelik**, Nuri, İş Güvencesi, İstanbul 2003.
- Çelik**, Nuri/ **Caniklioğlu**, Nurşen/ **Canbolat**, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014.
- Çolak**, İlker Nusret, Kitle İletişim Hukuku, Ankara 2007.
- Demir**, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2014.
- Demir**, Arif Cuma, Açıklamalı ve İçtihatlı İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Ankara 2010.
- Demircioğlu**, Murat/ **Centel**, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2005.
- Ertekin**, Özkan, İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, Ankara 2012.
- Gökçe**, Sibel, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2007.
- Gökçe**, Sibel, Basın İş Sözleşmesine Göre Gazetecinin Hakları ve Mesleki Sorunları (Basın), Ankara 2010.
- Gökçe**, Erdal, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, İstanbul 2008.
- Göktaş**, Seracettin, İşveren Vekilinin İş Güvencesi, Çalışma ve Toplum 2009/1.
- Kar**, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2011.
- Karaca Gökçek**, Nuray/ **Günaydın**, Barış, Gazetecilerin Ücretli Tatil ve Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 15, Y. 2007.
- Kılıçoğlu**, Mustafa/ **Şenocak**, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
- Narmanlıoğlu**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/ **Astarlı**, Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2012.
- İçel**, Kayıhan/ **Ünver**, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2007, s.218.
- Özcan**, Durmuş, İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara 2013.
- Seçkin**, Gülcan, Ulusal Medyada Haber Üretim Sürecinde Çalışan Gazetecilerin Ekonomik ve Sosyal Statüsü Üzerine Bir Alan Araştırması, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara 2004, s.215-219.

**Soyer**, Polat, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.

**Sümer**, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013.

**Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2014.

**Şakar**, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2005.

**Şuğle**, Mehmet Ali, İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001.

**Tokgöz**, Oya, Temel Gazetecilik, Ankara 1981.

**Yılmaz**, Malik, Enformasyon ve Bilgi Kavramları Bağlamında Enformasyon Yönetimi ve Bilgi Yönetimi, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, Sayı 49, Yıl 1-2009.

**Linkler:**

<http://bianet.org/bianet/medya/158121-fikret-ilkiz-gazeteci-kimdir-ozluk-haklari-nedir>.

[http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202\\_chk\\_tebliğ.htm](http://www.istanbulbarosu.org.tr/komisyonlar/230202_chk_tebliğ.htm).

<http://www.kazanci.com>.

<http://www.tdk.gov.tr/>

# **Kamu Hukuku/ Public Law**

---



# HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE SUÇU BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÇATIŞMASI

*Arş. Gör. Abdülbaki GİYİK\**

## ÖZET:

Hekim ile hasta arasında sağlıklı bir ilişki kurulmasının en önemli şartlarından birisi, hastanın hekime açıkladığı sırların korunacağı yönündeki güvendir. Bu nedenle, Türk Hukuku'nda hekimlere sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak, açıklanan sırrın bir suça ilişkin olması durumunda, hekime sırrı açıklama yönünde görev de yüklenmekte ve dolayısıyla hekimin bu iki yükümlülüğü arasında çatışma yaşanmaktadır. Söz konusu çatışmada hangi yükümlülüğe üstünlük tanınacağı ise, yürürlükteki hukuk kurallarının yorumlanması sonucu belirlenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Mesleki Sır, Güven, Yükümlülük, Suçu Bildirmeme.

## ABSTRACT:

One of the most important conditions to establish a healthy relationship between patient and physician is trust which is related to the secrecy of patient. Therefore, the Turkish law was brought obligation of professional discretion in terms of the physicians except slur a crime to the law enforcement institutions. In this case, the obligation of professional discretion and obligation of slur a crime conflict each other. Under these circumstances, choosing between professional discretion and criminal information is determined to depend on positive law.

**Keywords:** Professional Secrecy, Confidence, Responsibility, Slur a Crime.

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

## GİRİŞ

Demokratik hukuk devletlerinde, işlenen suçların ortaya çıkarılmasına yönelik işlemleri kamusal organlar yapmakta; özel kişiler ise belli başlı muhakeme işlemleri dışında bu sürecin dışında kalmaktadır. Ancak, özel kişilerin *tamamen* sürecin dışında bırakılması, ilgili makamların çoğu suçtan haberdar olamaması ve dolayısıyla işlenen suçların bir kısmının yetkili makamlara ulaşmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumu göz önünde bulunduran bazı ülkeler, önceden belirlenmiş şartların gerçekleşmesi durumunda bireylere işlenen suçları ihbar etme yükümlülüğü getirmektedir. Nitekim Türk Hukuku'nda da; TCK m.278 ile bütün bireylere, m.279 ile kamu görevlilerine, m.280 ile de sağlık mesleği mensuplarını suç bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak suç bildirme yükümlülüğünün istisnasız bir mükellefiyet olarak kabul edilmesi de bazı olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilecektir. Örneğin, bir kimsenin yakın akrabalarını ihbar etmek zorunda bırakılması, söz konusu yükümlülüğün çoğu zaman yerine getirilmemesi ve aile bireylerini koruma yönündeki doğal dürtülerine yenik düşen insanların cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. Yine sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğüne de sahip bulunması, suç bildirme ve sır saklama yükümlülüklerinden hangisini yerine getirmesi gerektiği konusunda bazı tereddütler yaşanmasına neden olabilir. Bu tür olumsuz sonuçların önüne geçmek amacıyla, hukukumuzda belli başlı düzenlemeler yapılmış ve olası tereddütler bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

Sağlık mesleği mensuplarının hastalarıyla sağlıklı bir ilişki kurulabilmesi için, hastaların görevlilere güvenmesi gerekmektedir. Zira hekime veya tedaviyle ilgilenen diğer sağlık mesleği mensubuna sır olarak kabul edilebilecek açıklamalarda bulunan kişinin, açıkladığı bu bilginin korunması yönündeki inancının tam olması gerekmektedir. Aksi durumda, hekimler ile bireyler arasında, hastalığın tedavisi için gerekli olan bilgilerin aktarılması bakımından bazı sorunlarla karşılaşılması ve dolayısıyla tedavinin olumsuz sonuçlanması ihtimali gündeme gelecektir. Bu nedenle, mevzuatımızdaki çeşitli hükümlerle hekimlere sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Hekimlerin kanun koyucu tarafından getirilmiş sır saklama yükümlülüğüne uymaması ise, özel hukuk hükümleri uyarınca tazminat tehdidiyle karşılaşmaları ve TCK m.136 hükmünde düzenlenen *verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme* suçundan sorumlu tutulmaları sonucunu doğurabilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, mevzuatla hekimlere getirilmiş yükümlülüklerden biri suç bildirme yükümlülüğüdür. TCK m.280'e göre, hekimler ve diğer sağlık mesleği mensupları işlenmiş bir suç ile ilgili belirtiyile karşılaştığında durumu ilgili makamlara bildirmek zorundadır. Bu durumda, hekimlerin suç bildirme yükümlülüğü ile sır saklama yükümlülüğünün çatışması gündeme



gelebilecektir. Çalışmamız kapsamında da, sözü edilen çatışmada hangi yükümlülüğe öncelik verilmesi gerektiği gerekçesiyle birlikte ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda, öncelikle hekimin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili bilgi verilecek; ardından TCK m.280 hükmünün unsurları ortaya konulmaya çalışılacak ve nihayet çalışmanın son kısmında, sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğü ile sır saklama yükümlülüğü arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır.

## I. HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### A. Hekim İle Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki açıdan<sup>1</sup> ortaya konulması, söz konusu ilişkiye taraf olanların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir<sup>2</sup>. Bu nedenle, sır saklama yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı açıklamalara yer verilmeden önce, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ortaya konulmalıdır. Zira hekimlere getirilen bir yükümlülük ve bu yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda uygulanacak yaptırımların kaynağı, taraflar arasındaki ilişkiden bağımsız bir şekilde ortaya konulamaz. Bu açıdan bakıldığında, hasta ile hekim arasındaki hukuksal ilişkinin sır saklama yükümlülüğüne kaynaklık ettiği, sır saklama yükümlülüğünün hasta ile hekim arasındaki ilişkinin bir sonucu olduğu ifade edilebilir.

<sup>1</sup> İnceleme konumuz bakımından hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuksal boyutuyla ele alınması zorunlu ise de; bu durum, taraflar arasındaki ilişkinin salt hukuksal bir boyut taşıdığı anlamına gelmemektedir. Hasta ile hekim karşılaştığında hukuksal olarak incelenme gereği duyulmayan ilişki türleri de ortaya çıkabilir. Örneğin, doktorun hastasının rızasını almadan tedaviye girişmesi hukuki açıdan incelemeye tabi tutulabilir bir davranış iken; doktorun hasta ile konuşma tarzı hakaret veya tehdit boyutuna varmadığı sürece hukukun ilgi alanına girmeyecektir. Bu kapsamda, doktrinde de hasta ile hekim arasındaki *ilişki modelleri* incelenmeye tabi tutulmakta ve tıbbi müdahale kavramının tıbbi, hukuksal ve etiksel yöne sahip disiplinler arası bir kavram olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin, hastaya hangi tedavi yönteminin uygulanacağı hususundaki seçim tıp ilminin konusunu oluştururken; hekimin sır saklama yükümlülüğü etik ilkeler üzerine inşa edilmiştir. Hukuk ise ancak hekimin yanlış tedavi yöntemini seçmesi veya sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde devreye girmektedir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. **ÖZLÜ** Tevfik, "Hasta Hekim İlişkisi", I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.67 vd.; **KAYA** Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", TBB Dergisi, S. 100, Y. 2012, s.46 vd.; **ÖZPINAR** Berna, "Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, C. 90-103, Y. 2008, s.90; **BIGGS** Hazel, "Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis", I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.53.

<sup>2</sup> **KAYA** Mine, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi", TAAD, C. 1, S. 8, Y. 2012, s.47.

Hasta ile hekim arasındaki ilişki *genelde* bir sözleşmeden kaynaklanır<sup>3</sup>. Bu sözleşme ile hekim hastada mevcut olan bir hastalığı tıp ilminin öngördüğü esaslar çerçevesinde teşhis ve tedavi etmeyi; hasta ise yapılan bu teşhis ve tedavi neticesinde hekime belli bir ücret ödemeyi üstlenmektedir<sup>4</sup>. Ancak taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde ileri sürülmüş farklı fikirler söz konusudur.

Konu hakkında ileri sürülmüş ilk görüşe göre, hasta ile hekim arasında bir *hizmet akdi* kurulmaktadır. Zira sözleşme ile hekim hastasına bir hizmet sunmakta; hasta da sunulan bu hizmet karşılığında doktora belli bir miktar ücret ödemektedir<sup>5</sup>, <sup>6</sup>. İkinci görüş ise, özellikle hekimin protez, diş dolgusu veya estetik ameliyat<sup>7</sup> türünden operasyonları üstlendiği durumlarda, aradaki ilişkinin *eser sözleşmesi* niteliğinde olduğunu savunmaktadır<sup>8</sup>. Büyük ölçüde kabul gören bir diğer görüş, hekim ile hasta arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin

<sup>3</sup> **ÖZTÜRKLER** Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. B., Ankara 2006, s.55; **DEMİR** Mehmet, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.153; **ERMAN** Hasan, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 6, İstanbul 1998, s.143; **ÖZPINAR** Berna, “Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.41.

<sup>4</sup> **AKARTEPE** Alpaslan, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.13. (Yayına Hazırlayanlar: **BAYGIN** Cem/ **UÇAR** Metin/ **BÜYÜKAY** Yusuf)

<sup>5</sup> **DONAY** Süheyl, “Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S. 10, Y. 1968, s.44-45.

<sup>6</sup> Alman Hukuku’nda da hekim ile hasta arasında yapılan sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğu fikri hâkimdir. Bu konuda daha fazla açıklama için bkz.: **TEMEL** Erhan, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki İlişki”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.231.

<sup>7</sup> Estetik ameliyatlara hekimler tarafından gerçekleştirilen diğer operasyonlar arasındaki farklardan en önemlisi, estetik ameliyatlarda tedavi amacından ziyade güzelliğin sağlanması amacıyla yapılmasıdır. Yine estetik ameliyatlarda bedensel rahatsızlıkların giderilmesi gibi bir amaç söz konusu değildir. Bu nedenle, estetik amaçlı girişimlerin tıbbi müdahale olmadığı yönünde ileri sürülmüş görüşler bulunmaktadır. Ancak estetik amaçlı girişimlerde de neşter kullanıldığı ve estetik amaçlı operasyonların ruh sağlığını koruduğu gerekçesiyle bu fikre karşı çıkmaktadır. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **ÖZER** Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.243 vd; **TEMEL**, s.228.

<sup>8</sup> **BORAN** Bedia, “Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.254; **REİSOĞLU** Safa, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu (V), İstanbul 1983, s.12.

uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>9</sup>. Ancak bu yazarlardan bir kısmı, teşhis ve tedaviye yönelik sözleşmenin esas itibarıyla vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmakla birlikte; hekimin belli bir sonucu meydana getirmeyi üstlendiği durumlarda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>10</sup>. Konu hakkındaki son görüş ise, tedaviye yönelik anlaşmayı *sui generis* bir sözleşme türü olarak nitelendirmektedir<sup>11</sup>. Bununla birlikte, hastanın özel bir hastaneye başvurması durumunda, hasta ile hekim arasında her hangi bir sözleşme ilişkisinin doğmayacağı, bu ihtimalde hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi adı verilen *karma nitelikli* bir sözleşmenin oluşacağı gözden kaçırılmamalıdır<sup>12</sup>. Buna ek olarak, tıbbi müdahalenin kamuya ait bir sağlık kuruluşunda meydana gelmesi durumunda da hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisinin meydana gelmediği belirtilmelidir<sup>13, 14</sup>.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin bazı durumlarda sözleşme dışındaki borç kaynaklarından doğması da mümkündür. Buna göre, hekim hasta ile aralarında her hangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı olaylarda, hekimin hastaya verdiği zararlar bakımından *haksız fiile* ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bununla birlikte, taraflar arasında her hangi bir sözleşmenin kurulmadığı bir olayda, hekim hastanın hayatını kurtarmak veya hastaya yönelik ağır bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla hareket etmiş ise, haksız fiile ilişkin hükümler değil; vekâletsiz iş görme kurumuna ait hükümler uygulanacaktır<sup>15</sup>. Bütün bunlara ek olarak, hekimin sözleşme öncesi görüşmeler nedeniyle hastaya verdiği zararlar bakımından da sorumlu tutulması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> ÖZTÜRKLER, s.56 vd; DOĞAN Cahid, “Sağlık Haklarından Hekimin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.114; OZANOĞLU Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Y. 2003, s.55;

<sup>10</sup> AYAN Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s.51; DOĞAN Murat, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (Mersin 2009), s.41 vd; AKARTEPE, s.20-21.

<sup>11</sup> ATABEK Reşat/SEZEN Merih, “ Hekimin Mesuliyeti ”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 2, Y. 1954, s.143 vd.

<sup>12</sup> ERMAN, s.153.

<sup>13</sup> HAKERİ Hakan, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.162.

<sup>14</sup> Bireylerin kamu hastanelerinden aldığı sağlık hizmet neticesinde zarar görmesi durumunda, gerek ceza hukuku gerek tazminat hukuku bakımından izlenmesi gereken yolla ilgili farklılıklar söz konusu olacaktır. Şöyle ki, kamu hastanesinde görev yapan bir hekimin, hastaya verdiği zarar dolayısıyla ceza mahkemesinde yargılanması için 4483 Sayılı kanun gereğince ilgili makamdan izin alınması gerekmektedir. Yine, verilen zarar ile ilgili tazminat davası doktora değil; idareye karşı açılacaktır.

<sup>15</sup> DOĞAN (Murat), s.43.

<sup>16</sup> DEMİR, s.153.

## B. Sır Kavramı

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün sınırları hakkında sağlıklı bir fikir edinebilmek için, öncelikle sır kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Aksi durumda, hekimlerin hastalarıyla ilgili yaptığı her açıklamanın sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği kabul edilebilir. Böyle bir kabul ise, hekimin, hastalığın tedavisinde özellikle kendi alanı dışındaki sorunlarla karşılaştığı durumlarda, meslektaşlarına danışma hususunda gerektiğinden daha temkinli davranmasına ve dolayısıyla tedavinin çoğu zaman başarıyla sonuçlanmasına sebebiyet verecektir.

Sır; hukuki, etik ve ahlaki deontolojik yönü olan disiplinler arası bir kavramı teşkil etmektedir<sup>17, 18</sup>. Bu nedenle, sır kavramı açısından yapılacak tanım, bu kavramla ilgili değerlendirmenin yapıldığı alana göre değişiklik arz edecektir. Örneğin, tıp ilmiyle uğraşan kişiler, hasta tarafından hekime açıklanan sırların korunmasını, daha çok tedavinin başarıya ulaşması ve hasta ile hekim arasında güven ilişkisi kurma amacına özgülerken<sup>19, 20</sup>; hukukçular konuya *mahremiyet* ve *özel hayat* açısından yaklaşmaktadır<sup>21, 22</sup>. Bu nedenle, bütün disiplinler açısından kabul görececek bir sır kavramının ortaya konması güçlük arz etmekte-

<sup>17</sup> **TÖRENLİ ÇAKIROĞLU**, Murat, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, DEÜHFD, C. 12, S. 2, Y. 2010, s.170. Ayrıca bu konuda bkz. **BIGGS**, s.53.

<sup>18</sup> Aşağıda da belirtileceği üzere, hekimin sır saklama yükümlülüğü pozitif hukuk düzenlemelerinin yanı sıra Hipokrat Yemini ve Meslek Etiği Kurallarında da düzenlenmiştir. Bu durum, sır saklama yükümlülüğünün disiplinler arası bir kavram olmasının en büyük kanıtı olarak kabul edilebilir.

<sup>19</sup> **AYDIN** Erdem, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/sir\_saklama.doc, e.t. 16.04.2014.

<sup>20</sup> Tıp ilmiyle uğraşan kişilerin ortak şikâyetlerinden birisi, hukuk kurallarının oluşturulması sırasında, tıp mesleği ile ilgili gerçeklerin göz ardı edilmesidir. Bu kapsamda, inceleme konularımız arasında yer alan TCK m.280 hükmünün tıp mesleği açısından sakıncaları olduğu da bir fikir olarak dile getirilmektedir. Bu eleştiriler, sır saklama yükümlülüğüne, disiplinlerin farklı bakış açılarıyla yaklaşmasının doğal bir sonucudur. Konu hakkında daha fazla açıklama için bkz. **ÖRNEK BÜKEN** Nüket, “Etik ve Hukuk Açısından, Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.41-42.

<sup>21</sup> Bkz. **DERYAL** Yahya, “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008, s.71.

<sup>22</sup> Bilim dalları sır saklama yükümlülüğüne farklı açılardan yaklaşmış olsalar da; bu durum, söz konusu disiplinlerin birbirlerini hiçbir şekilde etkilemediği anlamına gelmemektedir. Nitekim, 765 Sayılı TCK m.198 hükmüyle sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerin, bu yükümlülüklerine aykırı davranması suç olarak kabul edilmiş ve yaptırma tabi tutulmuştur. Yine, 5237 Sayılı TCK’da 765 Sayılı TCK m.198 hükmünün doğrudan karşılığı bulunmasa da; aynı kanununun 134 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan suç tipleriyle aynı korumanın sağlandığı sonucuna ulaşılabılır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **DERYAL**, s.77-78.

dir. Bununla birlikte, kavramın genel çerçevesini çizmek adına ortalama bir tarifi yapılması da zorunludur.

Sır kavramı sözlükte, “varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey”<sup>23</sup> biçiminde tarif edilmektedir. Doktrinde ise, sırla ilgili yapılmış birbirinden farklı tanımlar söz konusudur<sup>24</sup>. Örneğin, Doğan’a göre, “açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şey”<sup>25</sup> sır kapsamında iken; Özdemir, “herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyeti diğer menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususları”<sup>26</sup> sır olarak kabul etmektedir. Büyükay’a göre ise sır, “bir kimsenin görmek, işitmek veya hissetmek suretiyle öğrendiği, saklı ve gizli tutulması gereken şey”<sup>27</sup> olarak tanımlanabilir.

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere, bir bilginin sır olarak kabul edilebilmesi için üçüncü kişilerce bilinmemesi gerekir. Dolayısıyla, herkes tarafından bilinen şeyler sır kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>28</sup>. Yine, hekimin mesleğiyle bağlantılı olmaksızın öğrendiği bilgiler de sır olarak kabul edilemeyecektir<sup>29</sup>. Buna göre, hekimin mesleğiyle bağlantılı olarak öğrendiği bilgiler hastalıkla ilgili olsun ya da olmasın sır saklama yükümlülüğü kapsamında iken; hekimin mesleğinden bağımsız olarak öğrendiği bilgiler, kişinin her hangi bir hastalığı ile ilgili olsa bile sır saklama yükümlülüğü kapsamında değildir. Ancak, bu durum hekimlerin meslekleri dışında öğrendiği bilgileri istedikleri gibi açıklama hürriyetine sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Bazı durumlarda hekimin mesleği ile ilgili olmaksızın edindiği bilgileri açıklaması suç teşkil edebilir. Örneğin, hekimin bir arkadaşının iktidarsız olduğunu çevresindeki insanlara bildirmesi durumunda, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinden söz edilemese de; hakaret suçunun olduğu kabul edilebilir. Yine, bu ihtimalde hekim ile birey arasında her hangi bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da, hekimin haksız fiile dayanan sorumluluğundan bahsedilebilir.

<sup>23</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5347e2b8441914.33750987](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5347e2b8441914.33750987), e.t. 11.04.2014.

<sup>24</sup> Öğretide, kişilerin yaşam alanının “ortak yaşam alanı”, “özel yaşam alanı” ve “gizli yaşam alanı” olmak üzere üç bölüme ayrıldığı ve başka kişilerin öğrenmemesi gereken alanın “gizli yaşam alanı” olduğu ifade edilmektedir. Bkz. GÜNER Semih, “Sır Saklama Yükümlülüğü”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2000, S. 3, s.44-45.

<sup>25</sup> DOĞAN (Murat), s.51.

<sup>26</sup> ÖZDEMİR Hayrunnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2011, s.194.

<sup>27</sup> BÜYÜKAY Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Y. 2004, s.386.

<sup>28</sup> HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 4. B., Ankara 2012, s.470.

<sup>29</sup> BÜYÜKAY, s.387.

Sır saklama yükümlülüğü, salt hekim açısından geçerli olmayıp; hekimin tedavide yardımcı kişi olarak yararlandığı ebe, hemşire, hasta bakıcı gibi kişiler bakımından da söz konusudur<sup>30</sup>. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği m.21 hükmünde de, "...Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için ayrıca hastanın rızası alınır" ifadelerine yer verilerek dolaylı bir biçimde bu hususa işaret edilmiştir.

Hekimin sır saklama borcu, hasta dışındaki bütün üçüncü kişiler açısından geçerlidir. Bu borç tedavinin bütün aşamalarında geçerli olup; hastanın ölmesi de söz konusu yükümlülüğü sona erdirmemektedir<sup>31</sup>.

Sır saklama yükümlülüğü kapsamında tartışılması gereken ve uygulamada ortaya çıkan sorunlardan birisi, teşhis ve tedavi esnasında hastanın yakınlarından birisinin muayene yapılan ortamda bulunup bulunamayacağıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, *Hasta Hakları Yönetmeliği* m.21/1-c hükmünde, tıbben sakınca bulunmayan hallerde, hastanın bir yakınının muayene yapılan ortamda bulunabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sözü edilen düzenlemede, hastanın yakınının muayene ortamında bulunup bulunamayacağına belirlenmesinde, ortada korunması gereken bir sır olup olmadığı değil; hastanın yakınının o ortamda bulunmasının tıbben sakınca taşıyıp taşımadığı kriter olarak belirlenmiştir. Bu hüküm, mevcut haliyle, tıbbi sakıncanın bulunmadığı hallerde, hasta istemese bile hekimin hasta yakınına muayene yapılan ortama alabileceği şeklinde yorumlanabilse de; söz konusu yönetmeliğin aynı maddesinin bir sonraki bendinde (*Hasta Hakları Yönetmeliği* m.21/1-d), hastanın mahremiyet hakkının, tedavi ile doğrudan ilgisi olmayan kişilerin muayene ortamında bulunmamasını da kapsadığı belirtilerek konu hakkında çıkabilecek olası tereddütler giderilmeye çalışılmıştır.

### C. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğünün Kaynakları

Hekime sır saklama yükümlülüğü getiren normların büyük çoğunluğu, yurtdışı yer verilen sözleşme türlerine ilişkin normlarda değil; diğer ulusal ve uluslararası kurallarda yer almaktadır. Bu nedenle, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşme dışı unsurlardan, örneğin haksız fiilden veya vekâletsiz iş görme hükümlerinden kaynaklanması, hekimin sır saklama yükümlülüğünü bertaraf etmemektedir<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> AYAN, s.162

<sup>31</sup> TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, s.172.

<sup>32</sup> BÜYÜKAY, s.384.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinin düzenlendiği TBK m.502 vd. hükümlerinde açık bir şekilde düzenlenmemiştir<sup>33</sup>. Bununla birlikte, doktrinde, vekâlet sözleşmesinin vekile yüklediği *sadakat ve özen yükümlülüğünün* sır saklama yükümlülüğünü de içerdiği ve dolayısıyla hekimin sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak hastanın sırlarını saklaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>34</sup>.

Ulusal mevzuatımızda hekime sır saklama yükümlülüğü yükleyen düzenlemelerin başında *Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi* gelmektedir. Nitekim bu düzenlemenin 4. maddesine göre; “(1) *Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez. (2) Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz*”. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Mahremiyete Saygı Gösterilmesi* başlığını taşıyan 21. maddesinde de hekimin sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiştir:

*“Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*

*Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;*

a) *Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,*

b) *Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,*

c) *Tibben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,*

d) *Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,*

e) *Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,*

f) *Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.*

*Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.*

*Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için ayrıca hastanın rızası alınır”.*

<sup>33</sup> YILDIRIM M. Fadıl, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.58.

<sup>34</sup> DOĞAN (Murat), s.51.

Aynı yönetmeliğin 20. maddesine göre ise; “İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir”<sup>35</sup>.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesinde de sır saklama yükümlülüğü açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır<sup>36</sup>:

“Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelememesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.

Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir”.

Yukarıda yer verilen pozitif düzenlemeler dışında, 1982 Anayasası’nın 20. maddesi ile Türk Medeni Kanun’un 23 ve 24. maddelerinin hekimin sır saklama yükümlülüğü açısından kaynak niteliğinde olduğu savunulmaktadır<sup>37</sup>.

Hekime sır saklama yükümlülüğü getiren kurallar salt ulusal mevzuatla sınırlı kalmamış; birçok uluslararası belgede de sır saklama yükümlülüğü ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, 1981 yılında yayımlanan Lizbon Bildirgesi m.4’de “Hasta, kendisiyle ilgili tüm tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekiminden bekleme hakkına sahiptir” denilerek sır saklama yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Yine 1994 yılında Amsterdam’da düzenlenen II. Avrupa Hasta Haklarını Geliştirme Bildirgesi’nin Mahremiyet ve Özel Hayat başlıklı 4.1. maddesinde “Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümünden

<sup>35</sup> Hasta hakları yönetmeliğinin 20. maddesi, 08.05.2014 tarih ve 28994 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m.5 ile değiştirilmiştir. Sözü edilen değişiklikten önce 20. madde şu şekilde düzenlenmişti: “İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir”.

<sup>36</sup> Yine bu konuda bkz. Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları m.31.

<sup>37</sup> HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s.469 vd.



*sonra bile gizli olarak korunmalıdır*” ifadelerine yer verilerek, bir kez daha sır saklama yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır<sup>38</sup>.

Sahip olduğu önem sebebiyle, sır saklama yükümlülüğüne Hipokrat Yemini-  
ninde de ayrıca yer verilmiştir: “*Gerek sanatımın icrası sırasında gerekse in-  
sanlarla gündelik ilişkideyken edindiğim bilgileri ortalığa saçmayacağım, bir  
sır olarak saklayacağım ve kimseye açmayacağım*”<sup>39</sup>.

Yukarıda yer verilen hükümlerde, salt hekimin sır saklama yükümlülüğü dü-  
zenlenmiş; bu yükümlülüğe aykırı davranan hekimin hangi hukuki yaptırımlarla  
karşılaşacağı ile ilgili bir değerlendirme ise yer verilmemiştir. Öğretide, hekimin  
sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, hastanın bu yüzden uğra-  
dığı maddi ve manevi zararın giderilmesi gerektiği; bu kapsamda hekim ile hasta  
arasındaki hukuki ilişkiye göre, sözleşmenin ihlaline ya da haksız fiile ilişkin  
normların uygulanacağı ve tedavi sözleşmesi özel hastane ile yapılmış ise hem  
hekimin hem de hastanenin sırrın açıklanmasından sorumlu tutulabileceği ifade  
edilmektedir<sup>40</sup>. Ancak, hekimin söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranmasının  
ceza hukuku açısından da ayrıca ortaya konulması gerekmektedir.

765 Sayılı Mülga TCK m.198 hükmünde, “(1) *Bir kimse resmi mevki veya  
sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sır  
vakıf olup ta meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya ka-  
dar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur. (2) Eğer zarar  
vaki olmuş ise cezayı nakdi elli liradan az olamaz*” ifadelerine yer verilerek, bi-  
reylerin sahip oldukları sıfatları sebebiyle nedeniyle öğrendikleri bilgileri açıkla-  
ması açık bir şekilde suç olarak kabul edilmişti. 5237 Sayılı TCK’da ise hekim ya  
da diğer meslek gruplarına dâhil olan kişilerin, bu sıfatları nedeniyle öğrendikleri  
bilgileri açıklaması açık bir şekilde suç olarak kabul edilmemiştir. Bununla birlik-  
te, doktrinde, hekimin bu sıfatı sebebiyle öğrendiği sırları hukuka aykırı bir şekil-  
de açıklaması halinde, TCK m.136 hükmünde düzenlenen *verileri hukuka aykırı  
olarak verme veya ele geçirme* suçunun oluşacağı ifade edilmektedir<sup>41</sup>.

#### **D. Sır Saklama Yükümlülüğünün İstisnaları**

Sır saklama, hekimlerin en önemli ödevlerinden birisi olsa da; istisnadan  
mücerret değildir. Doktrinde, hekimin sır saklama yükümlülüğünün mutlak bir  
kural olmadığı, kimi durumlarda hekimin sır saklama yükümlülüğünün tama-

<sup>38</sup> TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, s.165-168.

<sup>39</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/Hipokrat\\_Yemini](http://tr.wikipedia.org/wiki/Hipokrat_Yemini), e.t. 11.04.2014.

<sup>40</sup> BÜYÜKAY, s.64.

<sup>41</sup> AKÇAKOCA Mehmet, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk”, EÜHFD, C. II, S. 1-2, Y. 2007, s.112.

men kalktığı, kimi durumlarda ise sınırlandırıldığı genel bir kaide olarak kabul edilmektedir.

Sır saklama yükümlülüğünün istisnalarından ilki, hasta tarafından aleyhine açılmış bir davada hekimin kendini savunmasıdır. Buna göre, hekim hasta tarafından açılan bir davada, kendisi savunmak amacıyla hasta hakkındaki bilgileri açıklayabilir<sup>42</sup>. Hekime açılan davanın özel hukuk davasıyla kamu davası olması arasında fark yoktur. Örneğin; ameliyat edilen hastanın, rızası alınmadan kendisine tıbbi müdahale yapıldığını bildirecek suç duyurusunda bulunması ve tazminat davası açması durumunda, hekim hem yaralama suçu ile ilgili savunmasını yaparken; hem hukuk davasında hastanın rızasını aldığını ispat etmeye çalışırken hastanın rahatsızlığıyla ilgili bilgileri açıklayabilir. Bununla birlikte, açıklanan bilgiler ile hekimin savunması arasında sıkı bir ilişki olmalı, yani sırlar savunma yapmak amacıyla açıklanmış olmalıdır<sup>43</sup>.

Bazı bulaşıcı hastalıklar açısından da hekimin sır saklama yükümlülüğüne istisna getirilmiştir. 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.57'ye göre “*Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler **vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar**. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir”.* Yine aynı Kanun'un 104. maddesinde, frengi hastalarının ilgili birimlere bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. TCK m.195 hükmünde de, yukarıda yer verilen hükümlere paralel olarak, bulaşıcı hastalıkların görüldüğü yerlerin karantinaya alınabileceği, yetkili merciler tarafından verilmiş karantina kurallarına uymayan bireylerin cezalandırılacağı düzenleme altına alınmıştır.

Bulaşıcı hastalıklar konusunda tartışma yaşanan konulardan birisi AIDS'tir. Zira UHK m.57 ve ilgili diğer düzenlemelerde AIDS ile ilgili her hangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu durumda, kendisine gelen hastanın AIDS olduğunu anlayan hekimin bunu ilgili makamlara ve hastanın yakınlarına, örneğin eşine bildirmek zorunda olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Doktrinde, hastada

<sup>42</sup> DOĞAN (Murat), s.53.

<sup>43</sup> YILDIRIM, s.61.

bulunan rahatsızlığın üçüncü kişilerin hayatı açısından ciddi bir tehlike oluşturması durumunda, hekimin durumu yetkili makamlara ve hastanın yakınlarına bildirmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>44</sup>. Dolayısıyla hekimin hastasının HIV virüsü taşıdığını ilgili makamlara ve hastanın yakınlarına bildirmesi durumunda sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Doktrinde, hastanın sırrın açıklanmasına yönelik rıza göstermesinin de sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir<sup>45</sup>. Nitekim doktrindeki bu fikre paralel olarak, 5271 Sayılı CMK m.46/2 hükmünde, hastanın rızasının bulunması durumunda hekimin tanıklık yapmasının zorunlu olduğu belirtilmiş ve dolayısıyla hekimin sır saklama yükümlülüğüne bir istisna daha getirilmiştir.

Doktrinde, hekimin ihbar yükümlülüğü de (TCK m.280), sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olarak kabul edilmektedir<sup>46</sup>. İhbar yükümlülüğü ile sır saklama yükümlülüğü arasındaki ilişkinin niteliği ve bu iki yükümlülüğün çatışması halinde hekimin nasıl bir yol izlemesi gerektiği, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## II. HEKİMİN SUÇU BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### A. Genel Olarak Suçu Bildirme Yükümlülüğü

Kanun koyucu belli amaçlardan yola çıkarak bireylere bazı yükümlülükler yüklemekte; bireylerin söz konusu yükümlülüklere uymamasını ise hukuki yaptırımlarla sağlamaya çalışmaktadır. Bu yaptırımların çoğu özel hukuka ait müeyyideler olmakla birlikte; bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi istisnaen ceza hukukuna ait yaptırımlarla yerine getirilmeye çalışılmaktadır. Kanun koyucunun ceza hukukuna ait yaptırımlarla bireyleri yapmaya zorladığı yükümlülüklerden birisi de suçu bildirme yükümlülüğüdür. Nitekim 5237 Sayılı TCK'nın 278. maddesinde tüm bireylere, 279. maddesinde kamu görevlilerine ve nihayet 280. maddesinde sağlık mesleği mensuplarına suçu bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Çalışmamızın asıl konusunu bahsi geçen normlardan TCK m.280 hükmü oluşturmakla birlikte, aralarındaki yakın ilişki nedeniyle TCK m.278 ile ilgili de açıklayıcı bilgiler verilmeye çalışılacaktır. TCK m.278 ile ilgili yapılacak olan söz konusu bu açıklamalar, bünyesine uygun düştüğü oranda TCK m.280 için de geçerli olacaktır. Ancak konunun daha anlaşılır bir şekilde ortaya konulabilmesi için, söz konusu suç tiplerinin açıklanmasından önce, icrai ve ihmali suç ayırımı üzerinde durulacaktır.

<sup>44</sup> BÜYÜKAY, s.390.

<sup>45</sup> HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s.471.

<sup>46</sup> TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, s.175.

Hareketin şekline göre suçlar, *icrai* ve *ihmali* suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>47</sup>. Failin dış dünyaya etki etmesi şeklinde ortaya çıkan icrai harekete karşın; ihmali hareket, failin elinde olmasına rağmen, mevcut bir olayın meydana gelmesine müdahale etmemesi anlamına gelmektedir<sup>48</sup>. İcrai suçlar açısından yasa bireylere *yapma* emri verirken; ihmali suçlarda *yap* emri vermektedir<sup>49</sup>. İcrai hareket, dış dünyada değişikliğe neden olduğundan fiil doğal olarak belirlenirken; ihmali suçlarda, fiil ancak *normatif* olarak bilinmektedir<sup>50</sup>.

İhmali suçlar, saf ihmali suçlar ve garantörsel ihmali suçlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>51</sup>. Garantörsel ihmali suçlarda fail, saf ihmali suçlardan farklı olarak, belli bir neticeyi önlemek açısından *özel* bir yükümlülük altındadır<sup>52</sup>.

Ceza kanunlarında düzenlenen suç tiplerinin çoğu icrai davranışla işlenmektedir. Bununla birlikte, kanun koyucu bazı suç tiplerinin ihmali davranışla işlenebileceğini de kabul etmektedir<sup>53</sup>. İşte kanun koyucunun ihmali davranışla işlenebileceğini kabul ettiği suç tiplerinden birisi de TCK m.280 hükmünde düzenlenen *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi* suçudur.

Suçtu bildirmeme suçu<sup>54</sup>, 5237 Sayılı TCK'nın ikinci kitabının dördüncü kısmının adliyeye karşı suçlar başlığını taşıyan ikinci bölümünde yer alan 278. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "(1)İşlenmekte olan bir suçtu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

<sup>47</sup> ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. B., Ankara, 2013, s.233.

<sup>48</sup> KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. B., Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.367-368.

<sup>49</sup> CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu İle İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. B., İstanbul, 2008, s.246.

<sup>50</sup> ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. B., Ankara, 2012, s.217.

<sup>51</sup> HAKERİ Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.99.

<sup>52</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.236.

<sup>53</sup> HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 16. B., Ankara, 2013, s.150; HAFIZOĞULLARI Özen/ ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, 6. B., Ankara, 2012, s.198.

<sup>54</sup> Doktrinde, TCK m.278 hükmünün yerinde bir düzenleme olduğu; ancak her türlü suçun ihbarının bir yükümlülük olarak belirlenmesinin hükmün uygulama alanını daralttığı, örneğin imara aykırı bir inşaat yapılması durumunda, bu inşaatın yapıldığı yerden geçen, burada ikâmet eden herkes hakkında TCK m.278 gereği re'sen kamu davası açılması gerektiği, böyle bir şeyin de fiilen imkânsız olduğu ileri sürülmektedir. Bahsi geçen açıklamalar için bkz. ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler (Madde 235-345)*, 5. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.5525.

lr. (2)İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3)Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır. (4)Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükümlenmez. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır<sup>55</sup>.

Doktrinde, TCK m.278 hükmünün koruduğu hukuki değer konusunda ileri sürülmüş farklı fikirler söz konusudur. İlk görüşe göre, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlanması halen mümkün olan suçla hangi hukuki yarar korunuyor ise, bu suçla da o hukuksal yarar korunmaktadır<sup>56</sup>,<sup>57</sup>. Yine aynı görüşe göre, suçla ikinci derecede adliye de korunmaktadır<sup>58</sup>. Dolayısıyla TCK m.278 hükmü ile işlenmiş bir suçun kovuşturulması değil; işlenmekte olan suçun veya işlenen bir suçun ortaya çıkardığı olumsuz neticelerin büyümesinin önlenmesi amaçlanmaktadır<sup>59</sup>. Konu hakkındaki ikinci fikir, TCK m.278 hükmünün adliyeye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmesinden yola çıkarak, suçla adliyenin görevinin yapmasının ve işleyişinin sağlanmasının korunduğunu savunmaktadır<sup>60</sup>. Son görüşe göre ise, TCK m.278 ile toplumsal yararların yanında, suç mağdurunun ya da suçtan zarar görenin çıkarları korunmaktadır.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.06.2011 tarih ve E. 2010/52 K. 2011/113 Sayılı kararı ile, TCK m.278 hükmünün Anayasa m.38/5 hükmüne aykırı olduğuna ve bu nedenle iptaline karar vermiş; kanun koyucu Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını göz önünde bulundurarak maddeyi yeniden düzenlemiş; bu kapsamda maddeye 4. fıkra hükmü eklenmiştir.

<sup>56</sup> TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, 2013, s.1003.

<sup>57</sup> Bu görüş dikkate alındığında, TCK m.278 hükmü ile korunan hukuki yarar, işlenen veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlanması halen mümkün olan suçla göre değişecektir. Örneğin işlenen kasten yaralama suçu yetkili makamlara bildirilmediği takdirde TCK m.278 ile *vücut dokunulmazlığı*, öldürme suçu bildirilmediğinde *yaşam hakkı*, zimmet suçu bildirilmediğinde ise *kamu işleyişinin güvenilirliği* suçla korunan hukuki yarar olacaktır. TCK m.278'in oluşması için işlenen veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlanması halen mümkün olan suç tipi ile ilgili her hangi bir kısıtlama getirilmediğinden, başka bir deyişle, bütün suçların bildirilmemesi TCK m.278 hükmünü oluşturacağından, TCK m.278 hükmünün 5237 Sayılı TCK ve suç ve ceza içeren bütün kanunlardaki tüm hukuki değerleri koruduğu anlamı ortaya çıkacaktır.

<sup>58</sup> ERDEM Mustafa Ruhan, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)", TBB Dergisi, Sayı 80, Y. 2009, s.107-108.

<sup>59</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1003.

<sup>60</sup> DÖNER İsa, *Suçlu Bildirmeme Suçu (TCK M. 278)*, AÜEHFD, C. IX, S. 3-4, Y. 2005, s.70.

<sup>61</sup> MALKOÇ İsmail, *Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 242-345)*, C. IV, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2013, s.4391-4692.

Suçu bildirmeme suçunun faili herkes olabilir<sup>62</sup>. Bununla birlikte, suç bil-dirmeyen kişinin kamu görevlisi olması durumunda TCK m.279, sağlık mesleği mensubu olması halinde ise 280. maddenin uygulanacağı gözden kaçırılmama-lıdır<sup>63</sup>. Ancak, TCK m.279 ve m.280 hükümlerinin uygulanabilmesi için, işlen-mekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte meydana getirdiği neticeler halen sınırlandırılabilir olan suçun görevle bağlantılı bir şekilde öğrenilmiş olması gerekir. Aksi durumda, fail kamu görevlisi veya sağlık mesleği mensubu olsa dahi TCK m.279 veya TCK m.280 değil; TCK m.278 uygulama alanı bulacaktır<sup>64</sup>. Doktrinde de, suçun failinin kamu görevlisi ve sağlık mesleği mensubu dışındaki bir kişi olabileceği yönündeki fikrin hatalı olduğu, TCK m.278 ile işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte meydana getirdiği neticenin sınırlanması halen mümkün olan suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü geti-rildiği; TCK m.279 ve 280 hükmünde ise işlenmiş bir fiilin varlığından söz edildiği ifade edilmektedir<sup>65</sup>. Yine, bir suç işleyen faile, işlediği bu suçta yetkili makamlara bildirme yükümlülüğünün yüklenemeyeceği ve dolayısıyla bir suç işleyen kişinin o suçta bildirmemekten ayrıca sorumlu tutulamayacağı unutul-mamalıdır<sup>66</sup>. Son olarak, TCK m.278/4 hükmü ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerin cezalandırılmayacağını belirtilmesinin, bu kişilerin suçun faili olarak kabul edilmesine engel olmadığı, bu kişiler hakkında sadece şahsi cezasızlık haline yer verildiği belirtilmelidir<sup>67</sup>.

TCK m.278 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticeleri sınırlandırılacak bir fiilin varlığı zorunludur. Dolayısıyla, suç işlenmiş ve suçun meydana getirdiği neticeler de sınırlandırılabilir neticeler değilse bireylerin bildirim yükümlülüğünden bahsedilemez<sup>68</sup>. Örneğin, A şahsının B'yi öldürüp onu bir yere gömdüğünü gören C, durumu yetkili makamlara bildirmede TCK m.278'den değil; şartları oluşmuşsa TCK m.284/2 hükmünden sorumlu tutulacaktır. Zira bu durumda suçun işlenmesi tamamlanmış ve suç sonucunda oluşan neticelerin sınırlandırılması olanağı kalmamıştır. TCK m.278 ile asıl inceleme konumuz olan TCK m.280 bu açıdan farklılık arz etmektedir. Sağlık mesleği mensubunun suçta bildirme yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için, suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması yeterlidir. Buna ek olarak, söz konusu

<sup>62</sup> YAŞAR Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. VI, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.8012.

<sup>63</sup> DÖNER, s.71.

<sup>64</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.8012.

<sup>65</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1004.

<sup>66</sup> MALKOÇ, s.4692.

<sup>67</sup> Bkz. ve krş. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1005.

<sup>68</sup> MALKOÇ, s.4693.

suç ile meydana gelen neticelerin sınırlandırılması olanağının bulunması gerekmektedir<sup>69</sup>.

## B. Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi

Kanun koyucu, bir taraftan hekimlere sır saklama yükümlülüğü getirip hekimlerin bu yükümlülüğe aykırı davranmasını TCK m.136 ile suç olarak kabul etmiş; diğer taraftan, hekimlere suçu ihbar yükümlülüğü getirerek söz konusu yükümlülüğe aykırı davranmayı bu kez TCK m.280 ile suç olarak düzenlemiştir. Bu durumda, hekimin suçu bildirmemesinin *ilk görünüşte* TCK m.136'da düzenlenen *verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*; suçu bildirmemesinin, yani sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmasının ise TCK m.280 hükmünde düzenlenen *sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi* suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılabılır. Böyle bir kabul ise, hekimin bu iki yükümlülükten birisini yerine getirmemesinin her halükârda suç oluşturacağı anlamına gelecektir. Hâlbuki böyle bir sonuç hukukun bütünlüğü ilkesi karşısında kabul edilemeyecektir. Bu nedenle, hekimin sır saklama ve suçu bildirme yükümlülüğü arasındaki ilişkinin hukukun bütünlüğü ilkesi ile bağdaşır biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Bu noktada, öncelikle Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi suçu incelenmeye çalışılacak; ardından belirtilen yükümlülükler arasındaki ilişki irdelenecektir.

### 1. Genel Olarak

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, 5237 Sayılı TCK'nın ikinci kitabının, millete ve devlete karşı suçlar ve son hükümler başlıklı 4. kısmında yer alan TCK m.280 hükmü ile düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; (1) *Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.*

Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “*Madde, mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin öğrendikleri suçları ihbar yükümlülüklerini getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu ihbar yükümlülüğü, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı değildir. Örneğin, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler açısından da mevcuttur. Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadır. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde, yukarıdaki madde hükümleri uygulanacaktır*”.

<sup>69</sup> Bkz. ERDEM, dn. 41.

## 2. Korunan Hukuki Yarar

Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi gereğince, suçla ilgili işlemleri kanunla yetkilendirilen kamusal makamlar yerine getirmek zorunda olsa da; kanun koyucu, adli mekanizmanın çalışmasını geciktirecek veya engelleyecek fiilleri cezalandırma ihtiyacı duymuş ve suçu bildirmemeyi suç olarak kabul etmiştir<sup>70</sup>. Bu açıdan bakıldığında, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuyla, herhangi bir kamusal sıfat taşımayan kişilerin, sınırlı da olsa adli sürece dâhil edildiği söylenebilir. Bu kapsamda, kanun koyucunun özel kişileri adli sürece katmaktaki amacı, başka bir deyimle suçla hangi hukuki yararın korunduğu ortaya konulmalıdır.

TCK m.280 hükmü ile hangi hukuki yararın korunduğu konusunda sağlıklı bir fikir edinebilmek için suçun düzenlendiği yerin dikkate alınması gerekmektedir. Doktrinde de, TCK m.280 hükmünün adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş olmasından yola çıkılmakta ve haklı olarak suçla *adliyenin* korunduğu ifade edilmektedir<sup>71</sup>. 765 Sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 Sayılı TCK'da sağlık mesleği mensubuna başvuran kişinin işlenmiş olan suçun faili ve mağduru olması arasında her hangi bir fark gözetilmediğinden, TCK m.280 ile bireyle- rin sağlık hakkının korunduğu söylenemez<sup>72</sup>.

## 3. Suçun Unsurları

### a. Suçun Objektif Unsurları

#### aa. Fail ve Mağdur

TCK m.280'de düzenlenen suçun faili sağlık mesleği mensubu kişilerdir<sup>73</sup>. Sağlık mesleği mensubuna dâhil olan kişilerden anlaşılması gereken aynı hükmün ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, sağlık mesleği mensubu; tabip, dış tabibi, eczacı, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerdir<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> ÇAKMUT Özlem Yenerer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)", Doç. Dr. Mehmet SOMER'in Anısına Armağan, MÜHF-HAD, Yayına Hazırlayan: Murat Yusuf AKIN, İstanbul, 2006, s.1052.

<sup>71</sup> ARSLAN Çetin/ AZİZAĞAOĞLU Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s.1123; ERDOĞAN Yavuz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu", <http://www.suchukuku.com/icerik.php?id=56>, e.t. 28.04.2014, s.2.

<sup>72</sup> ZAFER Hamide, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", İÜHFM, C. LXXI, S. 1, Y. 2013, s.1334.

<sup>73</sup> KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.782.

<sup>74</sup> TCK m.280/2 hükmünde de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu suçu bildirmekle yükümlü kişileri hekimlerle sınırlandırmamıştır. Ancak inceleme konumuzu hekimlerin yükümlülükleri oluşturduğundan, çalışmada belirtilen ifadeler öncelikle hekimler açısından dikkate alınmalıdır.



Maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, suçun faili olabilecek kişiler sınırlanmamış; sayılan kişiler dışındaki sağlık mesleği mensuplarının da fail olabileceği düzenleme altına alınmıştır<sup>75</sup>. Bu husus, hükümde yer verilen *diğer kişiler* ibaresinden anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kanunilik ilkesi gereğince fail sıfatının kime ait olduğunun genel ifadelerden kaçınılarak belirlenmesi gerektiği, maddenin bu yönüyle kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmelidir.

Maddede fail olabilecek kişiler sağlık mesleği mensuplarıyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, hastanelerde çalışan ve sağlık mesleği mensubu olmayan temizlikçi, güvenlik görevlisi gibi kişiler suçun faili olamayacaktır. Bu kişilerin karşılaştıkları suçları yetkili makamlara bildirmemesi halinde şartları oluşmuşsa TCK m.279 ve m.278 uygulama alanı bulabilecektir. Bu kapsamda tartışılması gereken hususlardan birisi de hasta bakıcıların suçun faili olup olamayacağıdır. TCK m.280/2’de fail olmak için *sağlık hizmeti vermek* yeterli görülmüştür. Hasta bakıcılar da sağlık hizmeti verdiği için kanımızca suçun faili olarak kabul edilmelidirler.

Veteriner hekimlerin suçun faili olup olamayacağı konusunda doktrinde farklı fikirler söz konusudur. Hükümde fail olabilecek kişilerle ilgili sınırlama getirilmediğinden yola çıkan *Ünver*, veteriner hekimlerin de suçun faili olabileceğini kabul etmektedir<sup>76</sup>. TCK m.280 ile insan sağlığının korunmasının esas alındığını belirten diğer yazarlar ise veteriner hekimlerin fail olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır<sup>77</sup>. Kanaatimizce, madde metninde bildirilmesi gereken suçla ilgili bir sınırlamaya yer verilmediğinden veteriner hekimlerin de suçun faili olabileceği kabul edilmelidir. Bu kapsamda, tedavi için kendisine getirilen hayvana karşı suç işlendiğini gören veteriner hekimin de bildirim yükümlülüğüne sahip olduğu kabul edilmelidir.

TCK m.280/2’de belirtilen kişilerin suçun faili olarak kabul edilebilmeleri için, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair kanun çerçevesinde söz konusu mesleği yürütme yetkisine sahip olmaları gerekir<sup>78</sup>. Aksi halde, TCK m.278 veya m.279 uygulanacaktır<sup>79</sup>. Her ne kadar, doktrinde bu durumda 1219 Sayılı kanun m.25 hükmünde düzenlenen suçun oluşacağı

<sup>75</sup> ERDOĞAN, s.2.

<sup>76</sup> ÜNVER Yener, *Adliye Karşı Suçlar (TCK m.267-298)*, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. B., Ankara, 2012, s.327.

<sup>77</sup> EREM Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993, s.2582; ÇAKMUT, s.1335.

<sup>78</sup> BULUT Pınar, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, İstanbul Barosu Yayınları- Sağlık Hukuku Makaleleri, 2012/03, s.86.

<sup>79</sup> ÜNVER Yener, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, ROCHE Sağlık Hukuku Günleri, 7 Bölge 7 Nokta, İstanbul 2007, C. I, Tebliğler, s.138.

ileri sürülmüş ise de<sup>80</sup>; söz konusu hükümler bireylerin suçu bildirmemesi değil; yetkisiz olarak hekimlik yapılması veya hekimlik tavrı takınılması cezalandırıldığından tarafımızca bu görüşe iştirak edilememektedir.

Suçun faili ile bağlantılı tartışmaların yaşandığı hususlardan bir diğeri, sağlık mesleği mensubunun aynı zamanda kamu görevlisi olması durumunda uygulanacak hükmün belirlenmesidir. Zira TCK m.279 hükmünde kamu görevlilerinin suçu bildirmemeleri belli şartlarda ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir. Bu durumda, sağlık mesleği mensubu ve kamu görevlisi sıfatını aynı anda taşıyan kişinin suçu bildirmemesi ihtimalinde hangi hükmün uygulanması gerektiği ortaya konulmalıdır.

Bu konu hakkında ileri sürülen ilk fikre göre, kamu görevi yerine getirip getirmediğine ve devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşunda çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın, sağlık mesleği mensubu her kişi hakkında TCK m.280 hükmü uygulanacaktır<sup>81</sup>. Bu görüş kabul edildiğinde, TCK m.279'un sağlık görevlileri dışındaki kamu görevlileri tarafından işlenebileceği sonucuna ulaşılabilecektir. İkinci görüşe göre ise, kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi halinde, TCK m.279 ile TCK m.280 arasında fikri içtima kuralları uygulanmalıdır<sup>82</sup>. TCK m.280'in gerekçesindeki ifadelerden yola çıkan ve tarafımızca da iştirak edilen son görüş ise, sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olması durumunda TCK m.279 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>83</sup>.

*Ünver*, belirtilen bu son görüşün kabul edilmesinin kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları aleyhine olduğunu, zira TCK m.279'un aksine TCK m.280 hükmünde sağlık mesleği mensuplarına görevleriyle bağlantılı olarak öğrendikleri tüm suçları bildirme yükümlülüğünün getirildiğini ve böylece sivil bir kimseye kamu görevlisinden daha fazla sorumluluk yüklendiğini haklı olarak ifade etmektedir<sup>84</sup>. Bununla birlikte, kanun koyucunun TCK m.280 hükmündeki suçu işleyen kişiye daha az ceza öngördüğü ve dolayısıyla belirtilen sakıncanın kısmen de olsa giderilmeye çalışıldığı ifade edilmelidir.

Sağlık mesleği mensubunun fail olarak kabul edilebilmesi için, hastanın kendiliğinden hekime başvurmuş olması gerekmektedir<sup>85</sup>. Örneğin, hekimin mağdura karşı cinsel saldırı suçunun işlenip işlenmediğini belirlemek amacıyla

<sup>80</sup> Bkz. **EREM**, s.2582.

<sup>81</sup> **KOCA** Mahmut, "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2012, s.127; **DÖNER**, s.72.

<sup>82</sup> **ZAFER**, s.1337.

<sup>83</sup> **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s.8041; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s.5539.

<sup>84</sup> **ÜNVER**, *Adliye Karşı*, s.329.

<sup>85</sup> Aksi fikir için bkz. **ERDOĞAN**, s.4.

adli makamlarca görevlendirildiği bir olayda, mağdura karşı cinsel saldırı suçunun işlendiğini anlamasına rağmen aksi yönde rapor sunması halinde, TCK m.257 değil; TCK m.280 oluşacaktır<sup>86</sup>. Zira TCK m.257 diğer suç tiplerinin oluşmadığı durumlarda uygulanma kabiliyetine sahiptir<sup>87</sup>.

Olayla ilgilenen ve suçu bildirmeyen sağlık mesleği mensubu sayısının birden fazla olması ihtimalinde, her sağlık mesleği mensubu TCK m.280'den ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır<sup>88</sup>. Ancak bu sağlık görevlilerinden her hangi birisinin suçu bildirmesi durumunda, diğer sağlık görevlileri bildirimde bulunmasa dahi sorumluluklarından söz edilemeyecektir<sup>89</sup>.

Hekim ve diğer sağlık mesleği mensupları kendileri tarafından işlenmiş suçları bildirmek zorunda değildir<sup>90</sup>. Zira Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasına göre; “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınların suçlayan bir beyanda bulunmaya zorlanamaz”. Buna göre, hastayı ameliyat ederken taksirle ölümüne sebebiyet veren hekim, taksirinin farkında olsa bile ilgili makamlara bu durumu bildirmek zorunda değildir. Ancak hekimle birlikte tedaviye katılan diğer kişiler *hekim tarafından işlenen suçu* bildirmek zorundadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TCK m.278 açısından Anayasa m.38/5 hükmüne aykırılık iddiasında bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesi açılan iptal davasında mahkemenin gerekçelerini yerinde bularak söz konusu hükmü iptal etmiştir<sup>91</sup>. Bunun üzerine, TCK m.278 hükmüne 4. fıkra eklenmiş ve tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerin suçu bildirmemeleri halinde cezalandırılmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu noktada tartışılması gereken husus, TCK m.278/4 hükmüne benzer bir düzenleme içermeyen TCK m.280 açısından Anayasa m.38/5 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Anayasa m.38/5 hükmü, ceza hukuku alanında doğrudan uygulanma kabiliyetine sahiptir<sup>92</sup>. Bu nedenle, TCK m.280 hükmünde benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, Anayasa m.38/5'in sağlık mesleği mensupları için uygu-

<sup>86</sup> Bu ihtimalde TCK m.204/2 hükmünün de oluşacağı ve yine TCK m.212 gereğince meydana gelen suçlar arasında gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>87</sup> **ÖZGENÇ İzzet/ ŞAHİN** Cumhuriyet, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, GÜHFD, C. VI, S. 1-2, Y. 2003, s.193; **GÖKCAN** Hasan Tahsin, *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK m.247-266)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.55; **KARTAL** Pınar Memiş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, MÜHF-HAD, s.1380.

<sup>88</sup> **ERDOĞAN**, s.8.

<sup>89</sup> **MALKOÇ**, s.4699.

<sup>90</sup> **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s.5540.

<sup>91</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 30.06.2011 tarih E. 2010/52 K. 2011/113 sayılı kararı.

<sup>92</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Genel Hükümler*, s.41-42.

lanmaması sonucunu doğurmamalıdır<sup>93</sup>. Aksi halde, Anayasa m.10 ve TCK m.3 hükümlerinde düzenlenen *eşitlik* ilkesine aykırı davranılmış olunacaktır. Örneğin, babası B'nin arkadaşı C'yi rehin tuttuğunu öğrenen fabrika işçisi A, durumu yetkili makamlara bildirmediğinde cezalandırılmayacakken; kendisine gelen yaralıyı tedavi eden hekim, hastayı yaralayan kişinin babası olduğunu öğrenip durumu yetkili makamlara bildirmediğinde cezalandırılacaktır. Verilen iki örnek olayda, fabrika işçisi ile doktor *aynı sebeple* bildirimde bulunmamaktadır. Söz konusu olaylarda fabrika işçisini cezalandırmayıp doktoru cezalandırmak eşitlik ilkesine aykırıdır. Ancak doktrinde, Anayasa m.38/5 hükmünün kişilerin adli makamlar önünde ifade verirken baskıya maruz kalmalarına engel olmak amacıyla getirildiği, normun maddi hukuka ait olmayıp bireyler açısından usuli bir güvence yarattığı, kanun koyucunun işin doğasına uygun olarak bu hali şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlemesi gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>94</sup>.

Anayasa m.38/5'te, kişinin kanunda gösterilen yakınlarından bahsedilmiştir. Hükümde geçen *yakın* kavramından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. İlk fikre göre, buradaki yakın kavramı, TMK'nın kan ve kayın hısımlıklarına ilişkin hükümleri dikkate alınarak belirlenmelidir<sup>95</sup>. Tarafımızca da iştirak edilen ikinci görüş ise, Anayasa m.38/5'te geçen yakın kavramının, CMK m.45/1'de gösterilen kişileri kapsadığını savunmaktadır<sup>96</sup>. Aksi halde sağlık mesleği mensuplarının *sorumsuzluğunun* kapsamı genişletilmiş olunacaktır.

Kişinin TCK m.280'den sorumlu tutulabilmesi için, bildirimde bulunmadığı anda sağlık mesleği mensubu olması yeterlidir. Daha sonradan bu sıfatın kaybedilmesi, TCK m.280 yerine TCK m.278 hükmünün uygulanmasını gerektirmez.

TCK m.280'de düzenlenen suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir<sup>97</sup>. Sağlık mesleği mensubu tarafından bildirilmeyen suçun mağduru, kendisine karşı işlenen bu suçu bildiremeyecek durumdaysa; örneğin uzun süre koma halinde kalmış ise TCK m.280 hükmündeki suç açısından suçtan zarar gören olarak kabul edilmeli ve kendisine davaya katılma hakkı tanınmalıdır.

#### bb. Hareket

Failin görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir *belirti* ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara *bildirmemesi* veya *geç bildirmemesiyle* suç oluşur<sup>98</sup>. Hükümde *bildirmemek* ve *geç bildirmeye* yer verildiği için, TCK

<sup>93</sup> ÇAKMUT, s.1056.

<sup>94</sup> ZAFER, s.1346.

<sup>95</sup> ÇAKMUT, s.1056.

<sup>96</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.790.

<sup>97</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.782.

<sup>98</sup> BULUT, s.86.

m.280 seçimlik hareketli suçtur<sup>99</sup>. Yine madde metni dikkate alındığında, TCK m.280 hükmünün gerçek ihmali suç olarak düzenlendiği sonucuna ulaşılabilir<sup>100</sup>.

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için, işlenen suça tanık olması gerekmektedir. Önemli olan, failin suçun işlendiği yönünde belirti ile karşılaşmış olmasıdır. Sağlık mesleği mensubunun belirti ile karşılaştığı anda suçu bildirme yükümlülüğü doğmakta; yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya geç yerine getirilmesi durumunda ise suç tamamlanmaktadır<sup>101</sup>.

Suçun hareket unsuru ile ilgili ortaya konulması gereken hususlardan belki de en önemlisi, *bildirmemek* ve *geç bildirmek* hususlarından ne anlaşılması gerektiğidir. Hemen belirtmek gerekir ki, failin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeden, yetkili makamların işlenen suçtan haberdar olması, her zaman suçun oluştuğu anlamına gelmemelidir. Kanunda, konu hakkında açık ifadeler yer almamakla birlikte, sağlık mesleği mensubunun öncelikle kendisine başvuran hastayla ilgilenmesi; ardından suçu bildirme yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir<sup>102</sup>. Çünkü, sağlık mesleği mensubunun asıl görevi suçu bildirmek değil; kendisine başvuran kişilerin sağlık sorunları ile ilgili gerekli girişimlerde bulunmaktır. Ancak, hekimin tek başına gerekli tıbbi girişimlerde bulunabildiği durumlarda, diğer sağlık mesleği mensuplarının yetkili makamlara suçu bildirmesi gerekmektedir.

Kanunda bildirmemek ve geç bildirmekten söz edilmiş; bildirim anı ile ilgili her hangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Bu durumda, yetkili makamlara yapılan bildirim geç yapılmış bir bildirim olup olmadığını hâkim her somut olayın şartlarını göz önünde bulundurarak takdir edecektir<sup>103</sup>. Örneğin, 112 acilden aranan hekimin tedavi için gittiği köy yerinde karşılaştığı suçu her hangi bir iletişim aracını kullanma imkânı bulamadığı için sonradan bildirmesi durumunda suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Buna karşın, şehir merkezinde çalıştığı hastanede, göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği suçu engel sebep bulunmadığı halde, gerekli tıbbi girişimleri yaptıktan günler sonra bildiren hekimin sorumlu tutulması gerekmektedir. Bununla birlikte, 5271 Sayılı CMK m.159'da şüpheli ölüm ihbarının *derhâl* bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, şüpheli ölümü bildirim yükümlülüğünün doğması için, hekimin ölümün şüpheli olup olmadığını anlayacak kadar sürenin geçmiş olması gerektiği, kanunda geçen *derhâl* kelimesinin ölümün şüpheli olduğunun belirlenmesinden sonraki süreç açısından geçerli olduğu kanaatindeyiz.

<sup>99</sup> ZAFER, s.1342-1343.

<sup>100</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.783.

<sup>101</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.783.

<sup>102</sup> BULUT, s.89.

<sup>103</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.8042.

TCK m.280'e göre, hekimin suçu bildirme yükümlülüğünün doğması için, suça ilişkin belirtinin *görevin yapıldığı sırada* öğrenilmiş olması gerekmektedir. Ancak, görevin yapıldığı sırada öğrenilen suça ilişkin belirtinin, sağlık mesleği mensubunun göreviyle ilgili olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Yani burada tartışılacak husus, suçu bildirme yükümlülüğünün doğması için, belirtinin görev sırasında öğrenilmiş olmasının yeterli olup olmadığı, başka bir deyişle, görev sırasında öğrenilen bilginin görev sebebiyle de öğrenilmiş olmasının gerekip gerekmediğidir. Örneğin, muayenehanede olduğu sırada arkadaşı tarafından telefonla aranan hekim, kendisini arayan arkadaşının bir suç işlediğini öğrenmiş ve suçu bildirmemişse TCK m.280'den sorumlu tutulacak mıdır?

Konu hakkındaki ilk fikre göre, failin suçu görev sırasında öğrenilmiş olması yeterli olup; öğrenilen suçun failin yerine getirdiği sağlık hizmeti ile bağlantılı olması gerekmektedir<sup>104</sup>. Ancak genel kabul gören ve tarafımızca da savunulan görüşe göre, TCK m.280 hükmünden söz edilebilmesi için, sağlık mesleği mensubunun belirtiyi taşıyan kişi ile *sağlık hizmeti* nedeniyle temas kurmuş olması gerekmektedir<sup>105</sup>. Aksi halde TCK m.278 ve 279'e ek olarak TCK m.280 hükmüne yer verilmesine gerek kalmayacaktır.

Kanunda, bildirilmesi gereken suçun ağırlığı ve niteliği ile ilgili her hangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle, kasten veya taksirle işlenen; re'sen ya da şikâyet üzerine kovuşturulan; tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bütün suç tiplerinin sağlık mesleği mensubunca bildirilmesi gerekmektedir<sup>106</sup>. Hâlbuki 765 Sayılı TCK m.530 hükmüne göre, sağlık mesleği mensubu sadece şahıslara karşı işlenen suçları bildirmek zorundaydı<sup>107</sup>. Yine, işlenen suç tipinin erteleme, uzlaşma ya da hükmün açıklamasının geri bırakılması kararı verilebilecek yahut seçenek yaptırımlara çevrilebilecek nitelikte ceza içeren bir suç tipi olması, sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğünü bertaraf etmemektedir. Ancak bildirim yükümlülüğü sadece suçlar bakımından öngörülmüştür. Bu nedenle, hekimin kabahat nevinden fiilleri bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>108</sup>. Yine sağlık mesleği mensubunun salt özel hukuk yaptırımı gerektiren fiilleri bildirme zorunluluğu yoktur. Hatta eylemin kabahat oluşturması veya salt özel hukuka ait yaptırımları gerektirmesi halinde, hekimin sır saklama yükümlülüğü nedeniyle bildirimde bulunmaması gerekmektedir.

Tartışılması gereken hususlardan birisi de, sağlık mesleği mensubunun bildirmediği fiilin sonradan suç olmaktan çıkarılması halinde TCK m.280'den

<sup>104</sup> ERDOĞAN, s.4.

<sup>105</sup> KOCA, s.125; MALKOÇ, s.4699.

<sup>106</sup> ZAFER, s.1341-1342; KOCA, s.125.

<sup>107</sup> ÇAKMUT, s.1059.

<sup>108</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.784.

sorumluluk tayin edilemeyeceğidir. Kanımızca, bildirilmeyen fiilin suç olmaktan çıkarılması halinde, TCK m.7/1 hükmü dikkate alınmalı ve suç olmaktan çıkarılan eylemi bildirmeyen sağlık mesleği mensubu sorumlu tutulmamalıdır. Zira bildirilmeyen fiilin suç olmaktan çıkarıldığı durumlarda, failin *bildirmeme* eylemi de suç vasfını yitirmiş olacaktır. Sağlık mesleği mensubu tarafından bildirilmeyen eylemin, sonradan suç haline getirilmesi durumunda da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Buna göre, bildirilmediği tarihte suç teşkil etmeyen bir eylemin, sonradan suç haline getirilmesi durumunda sağlık mesleği mensubunun eylemi bildirme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira Anayasa m.38/1'e göre, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez". Yine TCK m.7/1'e göre, "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz...". Bu durumlarda eylemi bildirme yükümlülüğünün kabul edilmesi, sağlık mesleği mensuplarının mevzuatı takip etme yükümlülüklerini de beraberinde getirecektir. Hâlbuki TCK m.280'in amacı sağlık mesleği mensuplarının hukuk bilgisi artırmak değil; adliyenin korunmasını sağlamaktır.

Sağlık mesleği mensubunun göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği suç açısından dava veya ceza zamanaşımı süresinin dolmuş olması ihtimal dâhilindedir. Bu durumda sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı üzerinde de ayrıca durmak gerekmektedir. Her ne kadar kanunda bildirilmesi gereken suç tipiyle ilgili her hangi bir ayırım yapılmamış olsa da; TCK m.280 hükmü ile korunan hukuki yararın adliye olduğu, zamanaşımına uğramış bir suçun söz konusu olduğu durumlarda da fail hakkında dava açılmayacağı veya hükmedilen cezanın infaz edilemeyeceği göz önünde bulundurulduğunda sorumluluğun söz konusu olmadığı kabul edilmelidir.

765 Sayılı TCK'da, ihbarın sağlık mesleği mensubuna tedavi için başvuran kişiyi takibata maruz bırakabileceği durumlarda, suçu bildirme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmişti. 5237 Sayılı TCK'da ise, bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, sağlık mesleği mensubu, kendisine başvuran kişi ister suç işlemiş olsun, ister bu kişiye karşı bir suç işlenmiş olsun eylemi bildirmek zorundadır<sup>109</sup>. Doktrinde, 5237 Sayılı TCK m.280'de 765 Sayılı TCK'daki benzer düzenlemeye yer verilmemesinin bireyleri hastaneye gitmekten ve tıbbi yardımdan alıkoyacağı ifade edilmekte ve düzenleme bu açıdan eleştirilmektedir<sup>110</sup>.

Suçun şüpheye yer bırakılmayacak şekilde tespiti sağlık mesleği mensubunun değil; adli makamların yükümlülüğüdür. Bu nedenle, sağlık mesleği men-

<sup>109</sup> HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s.797.

<sup>110</sup> ÇAKMUT, s.1060.

subunun bildirim yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için, suçun işlenmiş olduğundan emin olması gerekmemektedir<sup>111</sup>. Bildirim yükümlülüğü açısından önemli olan, failin suçun işlendiği yönünde *belirti* ile karşılaşmış olmasıdır<sup>112</sup>. İşlenmiş bir suçla ilişkin belirti bazen zımnen de anlaşılabilir<sup>113</sup>. Zira belirtinin önemli özelliklerinden birisi, olayı “*dolayısıyla*” ortaya koymasındır<sup>114</sup>.

TCK m.280’de *belirti* ifadesine yer verilmiş olması karşısında, sağlık görevlisinin suçu belge veya beyan delillerinden öğrenmiş olması halinde bildirim yükümlülüğü olup olmadığı ayrıca ortaya konulmalıdır. Kanımızca, buradaki *belirti* ifadesi, belge veya beyan delilinin suçu bildirme yükümlülüğüne esas alınmasını önlemek için değil; bildirme yükümlülüğünün doğması için suçun işlendiği yönünde kesin delillerin varlığının *gerekmediğini*<sup>115</sup> belirtmek için kullanılmıştır. Bu nedenle, belge veya beyan delinin söz konusu olduğu durumlarda da sağlık mesleğinin suçu bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde, özellikle psikiyatristlerin görevleriyle bağlantılı olarak öğrendikleri suçları bildirmemele-ri gerekecektir. Zira psikiyatristler hastalarıyla çoğu zaman konuşarak iletişime geçmekte, hastalarına karşı veya hastaları tarafından işlenen suçları da onların *beyanlarıyla* öğrenmektedir<sup>116</sup>.

TCK m.280’e göre, sağlık mesleği mensubu suç işlendiği yönündeki belirtiyi *yetkili makamlara* bildirmelidir. Yetkili makam, bildirim üzerine soruşturmaya başlayacak veya yapılan bildiri soruşturma merciine bildirecek olan makamdır<sup>117</sup>. İhbar ve şikâyetin yapılabileceği makamları düzenleyen CMK m.158/1-4 hükümlerine göre; “(1) *Suçla ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. (2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilir (3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye’nin elçilik be konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir. (4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir*”.

<sup>111</sup> ZAFER, s.1342.

<sup>112</sup> Doktrinde, kanundaki belirti kavramının teknik anlamda belirti olarak anlaşılması gerektiği ve dolayısıyla suçun belge veya beyan delilinden öğrenilmesi halinde sağlık görevlisinin TCK m.280’den kaynaklanan bildirim yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir: ZAFER, s.1339.

<sup>113</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.8043.

<sup>114</sup> BULUT, s.87.

<sup>115</sup> Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğünden bahsedilmesi için delilin gerekli olmadığı konusunda bkz. ÜNVER, *Adliye Karşı*, s.333.

<sup>116</sup> Konu hakkında daha fazla açıklama için bkz. ÜNVER, *Adliye Karşı*, s.335.

<sup>117</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.5539.



Sağlık mesleği mensubunun işlenen bildirim CMK m.158 hükmünde yer verilenler dışındaki bir makama, örneğin mesleğin yürütüldüğü özel hastane müdürlüğüne yapması halinde yükümlülük yerine getirilmiş olmayacaktır<sup>118</sup>. Ancak, failin suç ihbarını almaya yetkili makam konusunda yanılması halinde failin suça yönelik kastının ortadan kalktığı kabul edilmelidir<sup>119</sup>.

Sağlık mesleği mensubunun suçu yetkili makamlara bildirmesinden sonra, bildirim alan görevlilerin konuyla ilgili gerekli işlemleri yapmaması, ihmal gösteren bu kişiler hakkında TCK m.280 hükmünün uygulanması gerektirmez. Zira bu kişiler sağlık mesleği mensubu değildirler. Bu durumda, işlem yapılması konusunda ihmal gösteren kamu görevlileri hakkında TCK m.257/2 hükmü uygulama alanı bulabilecektir<sup>120</sup>.

Hastanede kolluk görevlisinin bulunması durumunda, bildirim hastane polisine yapılması yeterlidir. Bu ihtimalde, kolluk makamlarının ihbar hatları aracılığıyla ayrı bir bildirim yapılmasına veya ihbarın resmi evrak yoluyla iletilmesine gerek bulunmamaktadır.

#### **b. Suçun Manevi Unsuru**

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu, kasten işlenebilen suçlar arasındadır<sup>121</sup>. Dolayısıyla eylemin taksirle işlenmesi halinde suçtan söz edilemeyecektir<sup>122</sup>.

TCK m.280 hükmünün olası kastla ihlal edilip edilmeyeceği hususunda farklı fikirler söz konusudur. İlk görüşe göre, failin görevini yaptığı sırada suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, işlenen suçu ilgili makamlara bildirmemesi veya geç bildirmesi gerektiğinden, suç ancak doğrudan kastla işlenebilir, olası kastla işlenemez<sup>123</sup>. Tarafımızca da iştirak edilen ikinci fikir ise, suçun olası kastla işlenebileceğini savunmaktadır<sup>124</sup>. Zira TCK m.280'de herhangi bir amaç ya da saik unsuruna yer verilmemiştir.

Sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı belirtilerin suçtan meydana gelip gelmediği konusunda yanılması halinde, TCK m.30/1 hükmü nedeniyle failin kastı kalkacak ve dolayısıyla TCK m.280 oluşmayacaktır<sup>125</sup>. Yine hekimin bildi-

<sup>118</sup> ZAFER, s.1344.

<sup>119</sup> ERDOĞAN, s.5.

<sup>120</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.5529.

<sup>121</sup> HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s.799.

<sup>122</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.8045.

<sup>123</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.789.

<sup>124</sup> ÜNVER, *Adliye Karşı*, s.347; BULUT, s.90.

<sup>125</sup> ZAFER, s.1345-1346.

rimin yapılacağı makam konusunda yanılması halinde de kastının kalkacağı kabul edilmektedir.<sup>126</sup>.

### c. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK m.280, adliyeye karşı suçlar arasında düzenlendiği için, suç *mağdurunun* suçun ihbar edilmemesi yönünde talepte bulunması hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez<sup>127</sup>. İşlenen suçun şikâyet üzerine kovuşturulan bir suç olması durumunda da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, sağlık mesleği mensubunun bildirmek zorunda olduğu suç tipleriyle ilgili her hangi bir ayırım yapılmamış ve dolayısıyla failin göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği tüm suç tiplerini bildirmek zorunda olduğu kabul edilmiştir.

Suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olarak tartışılması gereken hususlardan birisi de, CMK m.45-46 hükümleridir. Söz konusu hükümlerde tanık ile sanık arasında belli bir derecede yakınlık bulunması veya tanığın belli meslek gruplarına dâhil olması durumunda, kişilerin tanıklıktan çekinebileceği açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Doktrinde, belirtilen hükümlerden yola çıkan bazı yazarlar, sağlık mesleği mensubunun bu durumda bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını savunurken<sup>128</sup>; karşıt görüşte olan yazarlar, CMK m.45-46 hükümleriyle TCK m.280 hükmü arasında her hangi bir çatışma olmadığını ve dolayısıyla hekimin bu durumlarda da bildirim yükümlülüğünün bulunduğu savunmaktadır<sup>129</sup>.

Kanımızca, TCK m.280 ile CMK m.45 ve 46 arasındaki ilişki ayrı ayrı incelenmelidir. CMK m.45 hükmünde, tanık ile şüpheli/sanık arasında belli derecede yakınlık bulunması halinde, tanığın tanıklık yapmaktan çekinebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, tanığın sağlık mesleği mensubu olup olmaması ile ilgili bir değerlendirmeye yer verilmemiş; kanunda belirtilen yakın ilişki çekinme için yeterli görülmemiştir. Yine An. m.38/5 hükmünde, “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” ifadelerine yer verilmiştir. Doktrinde Ünver’in de belirttiği üzere, CMK m.45 ile TCK m.280 arasında çelişki bulunmamaktadır<sup>130</sup>. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünden bahsedilmesi için olaya *tanık* olması gerekmektedir. TCK m.280 açısından önemli olan, hekimin veya diğer sağlık mesleği mensubunun

<sup>126</sup> BULUT, s.91. Yine aynı hususun TCK m.278 hükmü bakımından da geçerli olduğu konusunda bkz. DÖNER, s.80.

<sup>127</sup> ÜNVER, *Adliyeye Karşı*, s.345.

<sup>128</sup> Bkz. KOCA, s.126; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.5540; ERDOĞAN, s.7.

<sup>129</sup> ÜNVER, *Adliyeye Karşı*, s.345-346; BULUT, s.92.

<sup>130</sup> ÜNVER, *Adliyeye Karşı*, s.345-346.

suçun **işlendiği** yönünde bir *belirtiyle* karşılaşmış olmasıdır. Hâlbuki CMK m.45 hükmünde *tanıktan* söz edilmiştir. Yine, CMK m.45'e göre, kişinin tanıklıktan çekinme hakkını kullanabilmesi için, *şüpheli veya sanık* ile aralarında belli bir yakınlığın bulunması gerekmektedir. TCK m.280 açısından ise, sağlık mesleği mensubunun görevi sebebiyle karşılaştığı kişinin *fail* veya *mağdur* olması arasında her hangi bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla, TCK m.280 CMK m.45 hükmüne nazaran daha geniş uygulama alanına sahiptir.

Bununla birlikte, sağlık mesleği mensubunun görevi sebebiyle karşılaştığı kişinin fail olması ve fail ile sağlık mesleği mensubu arasında CMK m.45 anlamında bir yakınlık bulunduğu durumlarda çözümün nasıl olacağı ayrıca ortaya konulmalıdır. Kanımızca, burada her ne kadar TCK m.280 sebebiyle sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğü bulursa da; Anayasa m.38/5 suçun bildirilmemesi bakımından bir *hukuka uygunluk sebebi* olarak kabul edilebilir. Yani sağlık mesleği mensubu ile görevi sebebiyle karşılaştığı failin yakın akraba olması durumunda eylemi hukuka uygun hale getiren norm öncelikle An. 38/5 hükmüdür. CMK m.45 ise, salt yakın kavramının çerçevesinin ortaya konulması bakımından dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, kanun koyucunun konu hakkındaki tartışmaları bertaraf etmek adına, TCK m.278/4 hükmüne benzer bir hükme TCK m.280 hükmünde de yer vermesi isabetli olacaktır.

Sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı kişi arasında CMK m.45 anlamında her hangi bir ilişki bulunmaması durumunda ise CMK m.46 hükmü tartışılmak zorundadır. CMK m.46/1-b hükmüne göre; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler ile ilgili olarak tanıklıktan çekinebilecektir. Dikkat edilirse, CMK m.46/1-b hükmünde hekimin tanıklıktan çekinmesi için dayanak yapılan husus, sağlık mesleği mensuplarının **hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgilerdir**. TCK m.280 anlamında bildirilmek zorunda olunan husus ise hasta veya hastanın yakınlarıyla ilgili bilgiler olmayıp; suçun işlendiği yönündeki *belirtilerdir*. Suçun işlendiği yönündeki belirtinin ise, hasta veya hastanın yakınları ile ilgili bilgiler kapsamında bulunmadığı açıktır.

#### 4. Kusurluluğu Etkileyen Sebepler

Sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle kusurlu sayılması ve dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için, bildirim yükümlülüğünü yerine getirebilecek durumda olması gerekmektedir. Yükümlülüğün yerine getirilmesinin failden beklenemediği durumlarda kişi hakkında kınama yargısında bulunmak mümkün değildir<sup>131</sup>.

<sup>131</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.799.

Sağlık mesleği mensubunun, acil olan hastaya müdahale etmesi nedeniyle bildirim konusunda ihmal göstermesi halinde zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>132</sup>. Ancak zorunluluk halinin sadece acil hastaya müdahale eden sağlık görevlileri bakımından uygulama alanı bulabileceği; bildirim yapma imkânına sahip olan diğer sağlık mesleği mesleklerinin bildirim yükümlülüğünün bu durumda devam ettiği gözden kaçırılmamalıdır.

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğü açısından uygulama alanı bulabilecek bir diğer düzenleme TCK m.28 hükmüdür<sup>133</sup>. Söz konusu hükme göre; “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kişiye ceza verilmaz. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili Sayılır*”. Örneğin, çıkan çatışmada yaralanan teröristin tedavi olmak amacıyla sağlık kurumuna gelmesi ve polise haber verilmesi durumunda bildirimde bulunan kişiyi öldüreceğini belirtmesi halinde, suçu bildirmeyen failin cezalandırılmasından söz edilemeyecektir.

## 5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### a. Teşebbüs

TCK m.280’deki suç, failin suçu bildirmesi gereken anda bildirmemesi veya geç bildirmesi ile tamamlanır<sup>134</sup>. Ancak TCK m.280 hükmünde düzenlenen suç açısından teşebbüse ilişkin kuralların uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili doktrinde farklı fikirler söz konusudur. İhmali suçlar açısından teşebbüsten söz edilemeyeceğini savunan yazarlara göre, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu teşebbüse müsait değildir<sup>135</sup>. İkinci görüşe göre ise, özellikle maddede belirtilen geç bildirmek eylemi açısından teşebbüsten söz etmek mümkündür. Buna göre; dolaylı failin bildirimi engellediği durumlarda, bildirim gecikmiş sayılması için geçmesi gereken zaman bitmeden dolaylı failce gerçekleştirilen engelleyici fiilin ortadan kaldırılması ve suçun bildirilmesi halinde teşebbüs hükümleri; failin kendi iradesiyle bildirmeme eyleminden vazgeçmesi halinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmalıdır<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> ZAFER, s.1347.

<sup>133</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.791.

<sup>134</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.8045.

<sup>135</sup> ÇAKMUT, s.1057; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.791.

<sup>136</sup> ÜNVER, *Adliye Karşı*, s.348. Yine bu konuda bkz. ERDOĞAN, s.7.

**b. İştirak**

TCK m.280 gerçek özgü suçtur<sup>137</sup>. Dolayısıyla suça müşterek fail olarak sadece sağlık mesleği mensupları iştirak edebilir. Sağlık mesleği mensubu olmayan kişiler ise, TCK m.40/2 hükmündeki düzenleme sebebiyle, suça sadece azmettiren veya yardım eden olarak katılabilirler.

Yine geç bildirimden söz edildiği durumlarda, suçu ilk öğrenen sağlık mesleği mensubu ile sonradan öğrenen sağlık mesleği mensupları arasında iştirak ilişkisi olup olmadığı araştırılmalı; iştirak ilişkisinin tespit edilemediği hallerde faillerden her biri müstakil fail olarak sorumlu tutulmalıdır.

**c. İçtima**

Sağlık mesleği mensubunun, göreviyle bağlantılı olarak gerçekleştirdiği tıbbi müdahale sırasında aynı kişiye karşı işlenmiş *birden fazla suç* olduğunu öğrenmesi ve bu suçları bildirmemesi durumunda tek suç oluşur<sup>138</sup>. Ancak bu ihtimalde tek suçtan söz edilebilmesi için, sağlık mesleği mensubunun birden fazla suçu aynı anda öğrenmiş olması gerekir. Aksi durumda, yani failin her suçu ayrı zamanlarda öğrendiği hallerde, gerçek içtima veya durum göre zincirleme suça ilişkin TCK m.43 hükmü uygulanmalıdır.

Hekimin aynı suç işleme kararı çerçevesinde hareket ederek, öğrendiği farklı suçları bildirmemesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanır<sup>139</sup>.

Doktrinde, sağlık mesleği mensubunun birden fazla kişiye karşı suç işlendiğini öğrenmesine rağmen suçu bildirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin (TCK m.43/1-2) uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>140</sup>. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, TCK m.280 açısından suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir<sup>141</sup>. Böyle olunca sağlık mesleği mensubunun bildirmediği suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş olsa da; fail bir kez bildirimde bulunarak yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacağından<sup>142</sup> tek suçun işlendiği kabul edilmelidir. Örneğin, yaralı olarak hastaneye getirilen kişinin, kavga ettiğini ve bu kavga esnasında 3 kişiyi öldürdüğünü bildirmesine rağmen, sağlık mesleği mensubunun ilgili makamları durumdan haberdar etmemesi halinde sağlık mesleği mensubunun tek suçtan sorumlu tutulması gerekir. Bu ihtimalde suçun mağduru öldürülen kişiler kabul edilerek TCK m.43/1 veya TCK m.43/2 hükmü uygulanamaz. Zira TCK m.43/1 hükmünün uygulanması için,

<sup>137</sup> BULUT, s.93-94.

<sup>138</sup> ZAFER, s.1348.

<sup>139</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.5540.

<sup>140</sup> BULUT, s.95. Yazar, aynı sayfanın izleyen satırlarında tek suçun oluşacağından bahsetmektedir.

<sup>141</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s.782.

<sup>142</sup> ZAFER, s.1348-1349.

suçun aynı kişiye karşı *farklı zamanlarda* işlenmiş olması zorunludur. Bu ihtimalde ise sağlık mesleği mensubu 3 suçu da aynı anda öğrendiği için üç suçla ilgili bildirim yükümlülüğünü bir kerede yerine getirmek zorundadır. TCK m.43/2'nin uygulanması için ise, suçun *birden fazla kişiye karşı* işlenmesi gerekir. Ancak birden fazla kişiye karşı işlenen suçun bildirilmemesi durumunda mağdur toplumu oluşturan herkeştir, yani bu ihtimalde ortada tek mağdur vardır. Sözü edilen suç farklı zamanlarda işlense ve sağlık mesleği mensubu da bu suçları farklı zamanlarda öğrenseydi zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilirdi<sup>143</sup>.

Sağlık mesleği mensubunun göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği suç, ilgili makamlar tarafından zaten biliniyorsa, TCK m.280 hükmünden sorumluluk tayin edilemez. Bu durumda şartları gerçekleşmişse *Suçluyu Kayırma* (TCK m.283) veya *Tutuklu, Hükümlü veya Suç Delillerini Bildirmeme* (TCK m.284) suçlarından sorumluluk belirlenecektir.

#### 6. Yaptırım-Kovuşturma

TCK m.280 hükmüne göre suçu bildirmeyen sağlık mesleği mensubu 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Hükümde hapis cezasının alt sınırı ile ilgili her hangi bir ibareye yer verilmemiş olsa da; TCK m.49/1 gereği, cezanın alt sınırı 1 ay olarak kabul edilmelidir.

TCK m.280 açısından öngörülen hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olduğundan seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Yine hükmolunan cezayla ilgili erteleme veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi de ihtimal dâhilindedir.

TCK m.280 hükmü re'sen kovuşturulan suçlar arasındadır. Yine suçun faili kamu görevlileri dışındaki sağlık mesleği mensupları olduğundan yargılanmaları için izin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Son olarak, 5235 Sayılı Kanun m.11 gereğince, faili yargılamakla görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğu ifade edilmelidir.

### III. HEKİMİN SIR SAKLAMA VE SUÇU BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜKLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

#### A. Genel Olarak Sorunun Ortaya Konulması

Yukarıda da ifade edildiği üzere, hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, TCK m.136 karşısında sorumluluğu cihetine gidilebilecektir. Yine sağlık mesleği mensubunun göreviyle bağlantılı olarak işlendiğini öğrendiği suçu yetkili makamlara bildirmemesi durumunda TCK m.280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu oluşacaktır.

<sup>143</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.5540.

Bu durum, ilk bakışta hekimin iki yükümlülükten birisini yerine getirmesinin her halükarda suç oluşturacağı izlenimi yaratmaktadır.

Bu durumda, ortaya çıkan sorunun çözümü açısından belirlenmesi gereken iki husus bulunmaktadır:

1. Hekim ve diğer sağlık mesleği mensuplarının görevleriyle bağlantılı olarak öğrenmiş olduğu bütün bilgiler işlenmiş bir suça mı yöneliktir?
2. Hekimin göreviyle bağlantılı olarak öğrenmiş olduğu bilginin bir suçun işlenmiş olduğu bilgisini içermesi durumunda; sır saklama ve suçu bildirme yükümlülüklerinden hangisine öncelik tanınmalıdır?

### **B. Öğrenilen Verinin Suç Bilgisi İçermesi**

Sağlık mesleği mensuplarının öğrendiği verilerin çoğu, hastalığın teşhis ve tedavisiyle ilgili olup her hangi bir suç bilgisini içermeyen yalın bilgilerden ibarettir. Bu durumlarda, hekimin sır saklama yükümlülüğünün bir gereği olarak öğrendikleri bilgileri soruşturma-kovuşturma makamları ve diğer üçüncü kişilerle paylaşmamaları gerekmektedir. Aksi halde, bilgileri paylaşan kişi TCK m.136 hükmünden sorumlu tutulacaktır.

Öğrenilen bilginin suçla ilgili olması durumunda, suçu bildirme ve sır saklama yükümlülüklerinden hangisine üstünlük tanınacağı ise farklı ihtimallere göre değerlendirilmelidir:

- İşlenmiş bir suçla ilgili zamanaşımının dolmuş olması halinde sağlık mesleği mensubuna suçu bildirme yükümlülüğü yüklenmemeli, yani TCK m.280 hükmünde belirtilen suç, zamanaşımı dolmamış suç olarak anlaşılmalıdır. Zira bu ihtimalde suç bildirilse dahi suçu işleyen kişinin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Bu görüşe, kanun koyucunun TCK m.280’de bildirilmesi gereken suçla ilgili her hangi bir ayırım yapmadığı, örneğin şikâyete tabi bir suçun dâhi bildirilmek zorunda bulunduğu bir itiraz olarak ileri sürülebilirse de; TCK m.280 ile korunan hukuki yararın adliye olduğu, zaman aşımına uğramış bir suçun bildirilmesinin ise adliye açısından olumlu bir sonuç doğurmayaacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Yine işlenmiş suçun şikâyete tabi olması durumunda, şikâyet hakkı olan kişinin bu hakkını kullanması ve dolayısıyla failin cezalandırılması ihtimal dâhilindedir. Ancak zamanaşımının dolduğu durumlarda suçu işleyen failin cezalandırılması söz konusu olamayacaktır. Burada sağlık mesleği mensuplarının işlenmiş bir suçla ilgili olarak zamanaşımının dolup dolmadığını bilebilecek hukuki donanıma sahip olmadığı da düşünülebilir. Kanımızca, sağlık mesleği mensubunun suçun işlenmesi üzerinden çok zaman geçtiğini düşünerek suçu bildirmemesi ve fakat gerçekte zamanaşımının dolmamış olması durumunda TCK m.280 hükmündeki suç açısından hata hükümleri uygulanmalı ve fail cezalandırılmamalıdır. Ancak zamanaşımının uygulanmadığı suç tipleri ile ilgili olarak tabi ki farklı şekilde düşünülmelidir.

Özetle, sağlık mesleği mensubunun işlendiği yönünde belirtilerle karşılaştığı suçla ilgili zamanaşımının dolmuş olması ihtimalinde, sır saklama yükümlülüğüne üstünlük tanınmalı ve hekim suçu bildirmek zorunda bırakılmamalıdır. Aksi halde, bildirilmeyen suçun faili cezalandırılmadığı halde, bu suçu bildirmeyen sağlık mesleği mensubu cezalandırılmış olunacaktır.

- Hekimin suçu bildirme yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için bir suçun işlendiği yönündeki belirti ile karşılaşmış olması gerekmektedir; yani, suçun geçmişte işlenmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, sağlık mesleği mensubunun gelecekte işlenecek bir suç tipiyle ilgili belirtilere vakıf olması durumunda TCK m.280'den kaynaklanan bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Örneğin, psikologa giden kadının eşinin kendisini sürekli dövdüğünü, artık dayanmadığını ve ilk fırsatta onu öldüreceğini hekime söylemesi durumunda, hekim salt kadına karşı işlenen suçları bildirmekle yükümlüdür. Bu durumda, kadın tarafından kocasına karşı işlenecek suçla ilgili bildirim yapılmaması halinde TCK m.280 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Bununla birlikte, hekimin bu tür olaylarda suçu bildirme yükümlülüğünün bulunmaması, işleneceği bildirilen suç tipiyle ilgili kişileri uyarmasına engel teşkil etmemelidir. Özellikle işlenecek suçun ve işlenme olasılığının çok ciddi olduğu durumlarda, hekim veya suç işleneceğini öğrenen sağlık mesleği mensubunun ilgili kişileri uyarması durumunda eylem hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu yönde düzenleme içeren Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları m.9/2'ye göre de, "*Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir*".

- Sağlık mesleği mensubunun suç işlendiği yönünde belirti ile karşılaştığı ve sözü edilen suçun zamanaşımına uğramadığı durumlarda, TCK m.280 hükmü ile hekime sır saklama yükümlülüğü getiren normların çatışması gündeme gelecektir. Bu durumda, bahsi geçen normlar arasındaki çatışmanın nasıl giderilmesi gerektiği ile ilgili bilgi verilmeden önce hekime sır saklama yükümlülüğü getiren normlardan bazıları tekrar aktarılacaktır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.4: "*(1)Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, **kanuni mecburiyet olmadıkça** ifşa edemez. (2)Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz*".

Hasta Hakları Yönetmeliği m.21: "*Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*

*Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;*

a) *Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,*



b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için ayrıca hastanın rızası alınır”.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.20: “**İlgili mevzuat hükümleri** ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir”.

Kanun koyucu, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin sağlıklı bir biçimde devam etmesini sağlamak ve özel hayatın gizliliğini temin etmek amacıyla, yukarıda belirtilen hükümlerle hekime sır saklama yükümlülüğü getirmiştir. Ancak hekimin sır saklama yükümlülüğünün istisnasız bir biçimde uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirecektir. Bu nedenle, belli durumlarda hekimin sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığı yine kanun koyucu tarafından düzenleme altına alınmıştır. Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.4 hükmünde, **kanuni mecburiyet olmadıkça** ifadesine yer verilerek, hekimin sır saklama yükümlülüğünün istisnasız bir biçimde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği m.20’de **ilgili mevzuat hükümlerinin** öngördüğü durumlarda hastanın sağlık durumunun belli kişileri bildirileceği düzenlenerek, hekimin sır saklama yükümlülüğünün mutlak bir yükümlülük olmadığı bir kez daha vurgulanmıştır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü ile suçu bildirme yükümlülüğünün çatışması halinde hangi yükümlülüğe öncelik tanınacağı yukarıda yer verilen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.4 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m.20 hükmünden yola çıkılarak belirlenebilir. Buna göre; söz konusu iki hüküm dikkate alındığında, TCK m.280 ile sağlık mesleği mensubuna getirilen suçu bildirme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olarak kabul edilmelidir. Zira, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.4 hükmünde de belirtildiği üzere, sır saklama

yükümlülüğüne **kanunla** istisna getirilebilir. Bu durumda, TCK m.280 sır saklama yükümlülüğüne kanunla getirilmiş bir istisna olarak kabul edilmelidir. Nitekim doktrinde de TCK m.280 hükmünün sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olduğu ileri sürülmektedir<sup>144</sup>.

## SONUÇ

Hekim ile hasta arasındaki ilişki genelde vekâlet sözleşmesinden kaynaklanır. Ancak bazı istisnai durumlarda aradaki ilişkiye vekâletsiz iş görme veya haksız fiile ilişkin kurallar da uygulanabilmektedir. Yine hekimin kamuya ait bir sağlık kuruluşunda çalışması durumunda hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkinin doğmadığı ileri sürülmektedir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü vekâlet akdinin düzenlendiği TBK m.502 vd. hükümlerinde açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak TBK'da sır saklama yükümlülüğüne yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olmadığı, vekâlet sözleşmenin vekile yüklediği sadakat ve özen borcunun sır saklama yükümlülüğünü de içerdiği haklı olarak kabul edilmektedir. Yine, hekim ile hasta arasındaki ilişkiye bazen haksız fiil veya vekâletsiz iş görmeye ilişkin kuralların uygulandığı göz önünde bulundurulduğunda, TBK'da sır saklama yükümlülüğünün açık bir şekilde düzenlenmesi durumunda bile, getirilen düzenlemeler haksız fiil veya vekâletsiz iş görme durumlarında uygulanamayacaktı. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, sır saklama yükümlülüğünü Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.4 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m.21 hükümlerinde düzenlemiştir. Belirtilen bu ulusal düzenlemelerin yanında, uluslar arası belge niteliği taşıyan düzenlemelerde ve Hipokrat Yemininde de sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiştir. Sözü edilen düzenlemeler, hasta ile hekim arasında sağlıklı bir ilişkinin kurulabilmesi ve yapılacak olan tedavinin başarıya ulaşması için hayati önem taşımaktadır. Zira tedavinin başarıya ulaşması için hastanın hekime güvenmesi gerekmektedir. Bu güvenin sağlanması için gerekli şartlardan en önemlisi ise, hastanın hekimle paylaştığı sırların korunacağına ilişkin inancıdır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması özel hukuk açısından tazminat sorumluluğunu; ceza hukuku açısından ise TCK m.136'da düzenlenmiş bulunan suç oluşturur.

İşlenmiş olan suçları belirleme görevi soruşturma/kovuşturma organlarına ait olsa da; kanun koyucu TCK m.278 – 280 hükümlerinde kişilere suçları bildirme görevi yüklemiştir. Sözü edilen düzenlemelerden 278. maddede herkese, 279. maddede kamu görevlilerine ve 280. maddede ise sağlık mesleği mensuplarına suç bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

<sup>144</sup> YILDIRIM, s.61; DOĞAN (Murat), s.53; TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, s.175.

Sağlık mesleği mensuplarının aynı zamanda sır saklamakla yükümlü olması, bu iki yükümlülükten hangisini öncelikli olarak yerine getireceği noktasında tereddütlere sebebiyet vermektedir. Zira, hekimin öğrendiği sırları açıklaması TCK m.136'dan sorumlu tutulmasına ve tazminat ödemek zorunda bırakılmasına sebebiyet verirken; öğrenilen suçun bildirilmemesi TCK m.280 hükmündeki suçu oluşturacaktır. Bu noktada belirtilen yükümlülüklerden hangisine üstünlük tanınacağına ortaya konulması gerekmektedir.

Sağlık mesleği mensubunun hastaları ile ilgili olarak öğrendiği bilgilerin çoğu işlenmiş bir suçla ilgili değildir. Bu ihtimalde, hekimin sır saklama yükümlülüğünün bir gereği olarak öğrendiği bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmaması gerekmektedir. Asıl tartışılması gereken husus, öğrenilen bilginin işlenmiş bir suçla ilgili belirtiler içermesidir.

Sır saklama yükümlülüğünün istisnasız bir biçimde uygulanması da hasta tarafından paylaşılan sırrın açıklanması kadar olumsuz neticelere sebebiyet verebilir. Bu nedenle, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.4 hükmünde *kanundan* kaynaklanan mecburiyetlerden söz edildiği hallerde hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmiştir. Tüzükte bahsedilen kanuni mecburiyetlerden birisi de, TCK m.280'de düzenlenmiş bulunan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçudur.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.4 ile TCK m.280 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; hekimin suça ilişkin bir belirti ile karşılaştığı durumlarda suçu bildirmesi gerektiği ve dolayısıyla bu halde suçun bildirilmesinin hekimin TCK m.136'dan sorumlu tutulmasına engel teşkil ettiği ifade edilebilir. Zira işlenmiş bir suçun ortaya çıkarılıp cezalandırılmasında salt bildirimde bulunulan suçun mağdurun değil; bütün toplumun menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle, hekimin suçu bildirme yükümlülüğünün sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olduğu kabul edilmelidir.

**KAYNAKÇA**

- AKARTEPE** Alpaslan, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- AKÇAKOCA** Mehmet, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk”, EÜHFD, C. II, S. 1-2, Y. 2007.
- ARSLAN** Çetin/ **AZİZAĞAOĞLU** Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.
- ARTUK** Mehmet Emin/ **GÖKCEN** Ahmet/ **YENİDÜNYA** A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. B., Ankara, 2013.
- ARTUK** Mehmet Emin/ **GÖKCEN** Ahmet/ **YENİDÜNYA** Ahmet Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler (Madde 235-345)*, 5. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- ATABEK** Reşat/**SEZEN** Merih, “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 2, Y. 1954.
- AYAN** Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara 1991.
- BIGGS** Hazel, “Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- BORAN** Bedia, “Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- BULUT** Pınar, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, İstanbul Barosu Yayınları- Sağlık Hukuku Makaleleri, 2012/03.
- BÜYÜKAY** Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Y. 2004.
- CENTEL** Nur/ **ZAFER** Hamide/ **ÇAKMUT** Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu İle İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. B., İstanbul, 2008.
- ÇAKMUT** Özlem Yenerer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, Doç. Dr. Mehmet SOMER’in Anısına Armağan, MÜHF-HAD, Yayına Hazırlayan: Murat Yusuf AKIN, İstanbul, 2006.
- DEMİR** Mehmet, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- DERYAL** Yahya, “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- DOĞAN** Cahid, “Sağlık Haklarından Hekimin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- DOĞAN** Murat, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (Mersin 2009).

- DONAY** Süheyl, “Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S. 10, Y. 1968.
- DÖNER** İsa, *Suç Bildirmeme Suçu (TCK M. 278)*, AÜEHFD, C. IX, S. 3-4, Y. 2005.
- ERDEM** Mustafa Ruhan, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, TBB Dergisi, Sayı 80, Y. 2009.
- ERDOĞAN** Yavuz, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu”, <http://www.suchukuku.com/icerik.php?id=56>, e.t. 28.04.2014.
- EREM** Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993.
- ERMAN** Hasan, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 6, İstanbul 1998.
- GÖKCAN** Hasan Tahsin, *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK m.247-266)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- GÜNER** Semih, “Sır Saklama Yükümlülüğü”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2000.
- HAFIZOĞULLARI** Özen/ **ÖZEN** Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, 6. B., Ankara, 2012.
- HAKERİ** Hakan, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- HAKERİ** Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 16. B., Ankara, 2013.
- HAKERİ** Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- HAKERİ** Hakan, *Tip Hukuku*, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 4. B., Ankara 2012.
- KARTAL** Pınar Memiş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, MÜHF-HAD.
- KAYA** Mine, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi”, TAAD, C. 1, S. 8, Y. 2012.
- KAYA** Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 100, Y. 2012.
- KOCA** Mahmut, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2012.
- KOCA** Mahmut/ **ÜZÜLMEZ** İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. B., Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KOCA** Mahmut/ **ÜZÜLMEZ** İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- MALKOÇ** İsmail, *Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 242-345)*, C. IV, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2013.
- OZANOĞLU** Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Y. 2003.

- ÖRNEK BÜKEN** Nüket, “Etik ve Hukuk Açısından, Ulusal ve Uluslararası Bildirge-lerde Hasta Hakları”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- ÖZDEMİR** Hayrunnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2011.
- ÖZER** Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- ÖZGENÇ** İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. B., Ankara, 2012.
- ÖZGENÇ** İzzet/ **ŞAHİN** Cumhur, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, GÜHFD, C. VI, S. 1-2, Y. 2003.
- ÖZLÜ** Tevfik, “Hasta Hekim İlişkisi”, I. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- ÖZPINAR** Berna, “Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- ÖZPINAR** Berna, “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, C. 90-103, Y. 2008.
- ÖZTÜRKLER** Cemal, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Seçkin yayınları, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. B., Ankara 2006.
- REİSOĞLU** Safa, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu (V), İstanbul 1983.
- TEMEL** Erhan, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki İlişki”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara 7-8 Kasım 2008), Ankara Barosu Yayınları, Y. 2008.
- TEZCAN** Durmuş/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **ÖNOK** R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, 2013.
- TÖRENLİ ÇAKIROĞLU**, Murat, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, DEÜHFD, C. 12, S. 2, Y. 2010.
- ÜNVER** Yener, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, ROCHE Sağlık Hukuku Günleri, 7 Bölge 7 Nokta, İstanbul 2007, C. I, Tebliğler.
- ÜNVER** Yener, *Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m.267-298)*, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. B., Ankara, 2012.
- YAŞAR** Osman/ **GÖKCAN** Hasan Tahsin/ **ARTUÇ** Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. VI, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- YILDIRIM** M. Fadıl, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- ZAFER** Hamide, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, Y. 2013.

## **HASTANIN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI VE İDARENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

*Arş. Gör. Altı YEŞİLYURT\**

### **ÖZET:**

Kişisel verilerin korunması ulusal ve uluslararası birçok hukuki metinde kendine yer bulmuş güncelliğini koruyan bir kavramdır. Kişisel sağlık verileri, özellikli koruma gerektiren veri kategorileri arasında sayılmış, bu verilerin işlenmesi özel şartlara bağlanmıştır. Mevzuatımızda, hastanın kişisel verilerinin toplanması, kaydı, saklanması, korunması ile ilgili birtakım düzenlemeler mevcuttur. Çalışmamızda veri koruma hukuku çerçevesinde mevcut düzenlemeler değerlendirilmiş ve etkin koruma için idarenin yükümlülükleri tespit edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kişisel Veri, Hassas Kişisel Veri, Kişisel Sağlık Verisi, Sağlık Verilerinin Korunması, İdarenin Yükümlülükleri

### **ABSTRACT:**

The protection of personal data is a concept that preserves the actuality found itself in many national and international legal texts. Personal health data have been counted among the categories of data which require special protection, the processing of this data is connected to specific conditions. The patient's personal data collection, registration, number of regulations related to the preservation and protection is available in Turkish Law System. In this context, these notions/ duties has been interpreted and designated within the framework of data protection law and designated requirements for effective protection.

**Keywords:** Personal Data, Sensitive Personal Data, Personal Health Data, Protection of Health Data, Obligations of Administration

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

## GİRİŞ

Teknolojinin ve hukukun gelişmesine bağlı olarak daha önce tartışılmayan yeni kavramlar hukuk terminolojisine girmektedir. Kişisel verilerin korunması da bu kavramlardan biridir.

Hukuk sistemlerinde kişilik en yüksek ve saldırılara en açık değer olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan hukuk sistemleri, kişiliğe saygı ile kişilik hakkının saldırı öncesi ve sonrası korunması için gerekli tedbirleri almak zorundadır<sup>1</sup>. “Belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin bütün bilgileri”<sup>2</sup> ifade eden kişisel veri kavramının da gerek kişiliğin korunması gerek özel hayat kapsamında saldırılara karşı korunması gerekmektedir.

Anayasamızın 65. maddesi devlete; bireylere sağlık hizmetlerinin sunulması ve bireylerin sağlığının korunması bakımından büyük bir mükellefiyet yüklemiştir. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmekten imtina etmesi düşünülemez<sup>3</sup>. Söz konusu sağlık hizmetinin sunumu sırasında birey hakkında birçok bilgi toplanmakta ve işlenmektedir. Toplanan bu bilgiler kişisel veri niteliğinde bilgilerdir. Kişisel verilerden bir kısmı diğer kişisel veri türlerine göre daha etkin koruma gerektirmektedir. Bu veri türüne “hassas kişisel veri”<sup>4</sup> denilmektedir. Kişinin sağlık verileri de hassas veri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle sağlık verilerinin diğer veri türlerine göre daha özel ve etkin şekilde korunması gerekmektedir.

Her ne kadar mevzuatımızda kişisel sağlık verilerin korunması konusunda idareye etkin tedbirler alma ödevi yükleyen pozitif hukuk kuralları yürürlükte olmasa da Anayasa m.20’de ve uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeler, çeşitli kanunlarda yer alan özel hükümler ve etik kuralları gereği idare sağlık hizmetinin sunumu nedeniyle kayıt altına alınan kişisel verilerin mahremiyetini,

<sup>1</sup> **Mustafa Dural/Tufan Ögüz**, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, İstanbul 2009, s.93.

<sup>2</sup> 24 Temmuz 2012 tarihli ve 28363 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde, Avrupa Birliği tarafından çıkarılan 95/46/EC sayılı “Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif”in 2/a maddesinde, “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin 2(a) maddesinde, OECD tarafından 1980 yılında yayımlanan Rehber İlkelerin 1/b maddesinde kişisel veri yukarıda belirtilen şekilde tanımlanmıştır.

<sup>3</sup> **Fatih Birtek**, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 3-4, Y. 2007, s.123.

<sup>4</sup> Bu adlandırma Avrupa Birliği uygulamasında görülmektedir. Avrupa Birliği Direktifi’nin 8. maddesi, “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin 6. maddesi ve “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Transferi Konusunda Bireylerin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi”nin 8. maddesi hassas kişisel veri kategorisine yer veren düzenlemelerdir.



gizliliğini ve güvenliğini sağlamalı, hukuka aykırı olarak kullanımını engelleyecek denetimleri yapmalı, gerekli tedbirleri almalıdır.

## I. KİŞİSEL VERİ

Ulusal ve uluslararası birçok hukuki metinde tanımlandığı şekliyle kişisel veri; “*belirli veya belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi*”yi ifade etmektedir<sup>5</sup>. Avrupa Birliği’nde kişisel verilerle ilgili ilk düzenleme olan 1995/46 sayılı Direktif’in 2. maddesinde kişisel veri; “*Kimliği belirtilen veya belirlenebilen bir kişiyle ilgili bilgi*” olarak tanımlanmıştır. 2008 yılında Bakanlar Kurulu tarafından kararlaştırılıp Meclise sunulan ancak hala görüşülmeyi bekleyen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı<sup>6</sup> m.3’te kişisel veri; “*belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler*” şeklinde tanımlanmışken; 26.12.2014 tarihinde meclise sunulan Tasarının<sup>7</sup> 3. maddesinde kişisel veri; “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>8</sup>.

### A. Kişisel Verinin Unsurları

Ulusal ve uluslararası metinlerde genel olarak tanımlandığı şekliyle kişisel verinin üç temel unsuru vardır; veri, kimliği belirli veya belirlenebilir kişi ve verinin kişiye ait olması. Uluslararası belgelerde kişisel veri, “*personal data*” olarak ifade edilmiştir. Burada yer alan “*data*” ifadesi Türkçe’ye kimi araştırmacılar tarafından “*veri*” kimileri tarafından ise “*bilgi*” olarak çevrilmiştir. Collins terimler sözlüğünde “*data*”, Türkçe’ye “*veri*” olarak çevrilmiştir<sup>9</sup>. Veri

<sup>5</sup> 24 Temmuz 2012 tarihli ve 28363 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde, “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin 2(a) maddesinde, OECD tarafından 1980 yılında yayınlanan Rehber İlkelerin 1/b maddesinde kişisel veri yukarıda belirtilen şekilde tanımlanmıştır.

<sup>6</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 7.04.2008 tarihinde kararlaştırılan, 22.04.2008 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>, E.T. 25.09.2014.

<sup>7</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 3.11.2014 tarihinde kararlaştırılan, 26.12.2014 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1009.pdf>, E.T. 25.01.2015.

<sup>8</sup> Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik’te kişisel veri şu şekilde tanımlanmıştır; “*Kişisel veri: Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri*” ifade eder. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.16405&MevzuatIliski=0&sourceXMLSearch=E.T.25.09.2014>.

<sup>9</sup> Collins Terimler Sözlüğü, <http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/data?showCookiePolicy=true> E.T. 25.09.2014.

kavramı hem bilgiyi hem de birtakım sayısal değerleri kapsar. Sayısal değerler de kişiyi tanımlamaya yaramaktadır. Mesela telefon numarası, IP adresi sayısal bir değerdir ve kişiyi tanımlamaya elverişlidir. Bilgiyle birlikte kişiyi tanımlayan sayısal değerlerin de koruma altına alınması gerektiği için kanaatimizce de “bilgi” yerine “veri” kavramının kullanılması daha uygundur.

### 1. Veri ve Bilgi Kavramları

Kişisel veri kavramının temel unsurunu oluşturan veri kavramının anlamını ve bilgi ile enformasyon kavramları arasındaki farkı ortaya koymak gerekmektedir. Bu nedenle enformasyon ve bilgi kavramını tanımlayacak olursak; anlamının geniş kapsamlı ve çok yönlü olması sebebiyle bilgi kavramı üzerinde genel bir tanım olmamakla birlikte<sup>10</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Sözlükte bilgi; “bilgi işlemde kullanılan uzlaşımsal kurallardan yararlanarak kişinin veriye yönelttiği anlam” şeklinde tanımlanmıştır<sup>11</sup>. Enformasyon; “danışma, tanıtma, haber alma, haber verme, haberleşme”<sup>12</sup>, veri ise “olgu kavram ya da komutların iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimsel ve uzlaşımsal bir gösterimi” olarak tanımlanmıştır<sup>13</sup>. Enformasyon ve bilgiye temel teşkil eden veri, tek başına bir anlam ifade etmese de belirli bir hedef doğrultusunda işlemden geçirildikten sonra işlevsel hale gelmektedir<sup>14</sup>.

Veri; “bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgi” anlamına gelmektedir<sup>15</sup>. Kişisel veri tanımındaki her türlü bilgi kavramı oldukça geniş kapsamlı bir ifadedir. 2008 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 3. madde gerekçesinde<sup>16</sup>; kanun kapsamına giren kişisel verilerin yalnızca

<sup>10</sup> **Atıla Erkal**, “Genel Olarak Bilgi ve Bilgi Teorisi Çerçevesinde Bilginin Hukuktaki Anlamı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, Y. 2009, s.26.

<sup>11</sup> TDK Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bilimsanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&kelimeget=bilgi&hngget=md](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&kelimeget=bilgi&hngget=md) E.T. 26.09.2014.

<sup>12</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54d34ee8a6f215.54002657](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54d34ee8a6f215.54002657) E.T. 26.09.2014.

<sup>13</sup> TDK Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54d34e33320787.42806138](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54d34e33320787.42806138) E.T. 26.09.2014.

<sup>14</sup> **Ahmet Boz**, “Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye ABD ve AB Örnekleri”, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2014, s.6-7.

<sup>15</sup> **Ersan Şen**, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 3, Y. 2009, s.1197.

<sup>16</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 7.04.2008 tarihinde kararlaştırılan, 22.04.2008 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Madde Gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>, E.T. 26.09.2014.

bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgileri değil, aynı zamanda kişinin akli, psikolojik, fiziki, kültürel, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgileri de kapsadığı belirtilmiştir. Yani bir kimsenin özel hayatı ve aile yaşamına ilişkin bilgiler kişisel veri niteliği taşıdığı gibi bu kimsenin iş ilişkileri ile ekonomik ve sosyal yaşamına ilişkin bilgiler de kişisel veri olarak kabul edilmelidir<sup>17</sup>. Mesela kişinin öğrenimine, işine, görevine, gelirin, borçlarına, mallarına, eserlerine, görüşlerine, düşüncelerine, inançlarına vb. ilişkin bilgiler kişisel veri kavramına dâhildir. Yine telefon numarası<sup>18</sup>, elektronik posta adresi, parmak izi, DNA, adres, sosyal güvenlik numarası, hesap numarası<sup>19</sup>, fotoğrafı<sup>20</sup>, banka bilgileri, sosyal ağ web sitelerindeki mesajları<sup>21</sup>, IP numarası<sup>22</sup> kişisel veri kapsamındadır<sup>23</sup>. Bu bilgilerden kişinin etnik kökeni, dini, inancı, sağlığı, cinsel yaşamı, siyasal görüşleri özel nitelikleri dolayısıyla duyarlı bilgiler

<sup>17</sup> **Hüseyin Can Aksoy**, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişiler Hukuku Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s.13.

<sup>18</sup> Yargıtay 12. CD.'nin 10.06.2013 tarihli kararına göre "...saniğin, eşiyle ilişkisi olduğunu düşündüğü, katılan adına arkadaşlık sitelerinde üyelik işlemleri yaparak, elektronik posta adresi oluşturduğu sitelerde, katılanın bilgisi ve rızası dışında, ona ait cep telefonu ve evde kurulu telefon numaraları ile msn adresini yazıp, katılanın fotoğraflarını koyduğunun iddia edilmesi karşısında, kanıtlanması halinde eylemin, 5237 Sayılı TCK'nın 136/1. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı..." belirtilmiştir. Yargıtay 12. CD. E. 2012/19748, K. 2013/15776, T. 10.06.2013, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T. 26.09.2014).

<sup>19</sup> **Doğan Kılınç**, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", AÜHFD, 61 (3) 2012, s.1094.

<sup>20</sup> Yargıtay 12. CD. 11.9.2012 tarihli kararında kişinin görüntüsünü kişisel veri saymıştır ve kararda şu şekilde ifade edilmiştir; "...bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, kişisel veri olduğunda kuşku bulunmamaktadır..." Yargıtay 12. CD. E. 2012/17703, K.2012/18222, T.11.09.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T. 26.09.2014).

<sup>21</sup> **Aydın Akgül**, "Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerin Korunması", Danıştay Dergisi, Sayı:133, Yıl: 2013, s.24.

<sup>22</sup> Avrupa Adalet Divanı'nın Promusicae kararına göre, "bilgisayar IP numarası" da kişisel veri kapsamındadır. Açıklama için bkz. **Aydın Akgül**, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2014, s.41.

<sup>23</sup> Yargıtay 12. CD.'nin 10.06.2013 tarihli kararında "kişisel veri" kavramı açık bir biçimde tanımlanmıştır. Karara göre "*kişisel veri*" kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevreyle paylaştığı nüfus bilgileri (TC kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi), adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA'sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kalan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerekir." Yargıtay 12. CD. E. 2013/10672, K. 2013/15772, T. 10.06.2013, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T. 26.09.2014).

sayılır ve daha katı koruma önlemlerine tabi tutulur<sup>24</sup>. Bir “veri”nin “kişisel veri” olarak kabul edilebilmesi için, “bir kişiyi tanımlaması, onu diğerlerinden ayırması ve bir kimsenin kendine has bazı özelliklerini ortaya koyması” gerekmektedir<sup>25</sup>. Bu bağlamda kişisel veriler, özünde bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve onu karakterize eden verilerdir<sup>26</sup>.

Bilginin nesnel veya öznel nitelikte olması, o bilginin kişisel veri niteliği taşıyıp taşıyamaması açısından önemli olmadığı gibi herhangi bir bilginin kişisel veri niteliği taşıması için gerçeklik veya doğruluğunun kanıtlanmış olması koşulu da aranmamaktadır<sup>27</sup>.

Değinilmesi gereken bir husus da verilerin işlenmesi konusudur. Tasarıda kişisel verilerin işlenmesi: “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen, otomatik olan veya olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>28</sup>.

Tasarının 3. madde gerekçesinde belirtildiği gibi kişisel verilerin işlenmesi kavramı geniş bir alanı kapsamaktadır, buna göre kişisel verilerin toplanmasından başlayarak tüm işlem türleri tanım kapsamına girmekte ve kişisel verilerin korunması yalnızca dijital ortamda bulunanları değil, elle tutulan bilgileri de kapsamaktadır<sup>29</sup>.

## 2. Kimliği Belirli veya Belirlenebilir Bir Kişi

### a. Kişi Kavramı

Kişisel verilerin korunması kapsamında kişi kavramına kimlerin gireceğine ilişkin olarak uluslararası doktrinde ve mevzuatta görüş birliği bulunmamaktadır<sup>30</sup>. Nitekim Avrupa Birliği ülkelerinin kişisel verilere ilişkin kanunlarındaki kişisel veri tanımlarında bilginin kiminle ilişkili olduğuna yönelik kişi kavramı birbirinden farklılık göstermektedir<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 3.11.2014 tarihinde kararlaştırılan, 26.12.2014 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 6. madde Gerekçesi, <http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/362939.pdf> E.T. 10.01.2015.

<sup>25</sup> Hale Akdağ, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2013, s.6.

<sup>26</sup> Akgül, Kişisel Sağlık Verileri, s.24.

<sup>27</sup> Aksoy, s.16.

<sup>28</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 3.11.2014 tarihinde kararlaştırılan, 26.12.2014 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m.3.

<sup>29</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 3.11.2014 tarihinde kararlaştırılan, 26.12.2014 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Madde Gerekçesi.

<sup>30</sup> Bu konudaki tartışmalar ve görüşler hakkında bakınız, Aksoy, s.18.

<sup>31</sup> Akgül, Kişisel Verilerin Korunması, s.14.

Kişisel veriler gerçek kişilerle ilgili olabileceği gibi tüzel kişilerle de ilgili olabilir. Ancak gerçek ve tüzel kişilerin aynı hukuki korumaya tabi tutulup tutulmaması konusu tartışmalıdır<sup>32</sup>. Bu durum veri koruma yasalarında ilgili kişi konusundaki düzenleme farklılıklarının altında yatan sebeptir. Bazı yazarlar, verilerin işlenmesinden etkilenen menfaatlerin yalnızca gerçek kişilerin menfaatleriyle sınırlı olmadığını tüzel kişilerin de koruma kapsamına alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>33</sup>. Aksi görüşe göre ise özel hayat yalnızca gerçek kişilerle ilgilidir, tüzel kişiler içinse ticari gizliliğin korunması söz konusudur. Bu nedenle sadece gerçek kişilerin bu korumadan yararlanması gerekmektedir<sup>34</sup>. Kanaatimizce şirket, banka gibi tüzel kişilerin verileri ticari sır kapsamında korunmaktadır. Bu nedenle kişisel verilerin korunmasına kapsamında “kişi” kavramına dahil edilmemelidir. Ancak dernek, vakıf gibi kar amacı gütmeyen tüzel kişiler kişisel verilerin korunması kapsamında korumaya tabi tutulmalıdır. Mesela bir derneğin üyelerinin kim olduğu, kimlerin bağış yaptığı bilgisi derneğin kimliğini belirli kılıp, karakterize edebilecek niteliktedir. Bu nedenle dernek, vakıf gibi kar amacı gütmeyen tüzel kişilerin korumadan yararlanması gereklidir.

Hastanın kişisel verileri başlığı altında hastanın ancak gerçek kişi olabileceği bilgisinden yola çıkarsak veri koruması kapsamına tüzel kişilerin dahil olup olmaması gerektiği konusunu tartışmaya gerek yoktur.

Son olarak değinilmesi gereken konu kişisel verilerin korunması kapsamına ölmüş kişilerin dahil olup olmadığı hususudur. Direktif kişisel verilerin yalnızca gerçek kişilerle ilgili olduğunu kabul etmişse de ülkeler iç hukuklarında direktifi genişletici düzenleme yapabilirler. Nitekim bu konuda birçok ülke farklı düzenlemeler getirmiştir<sup>35</sup>. Hasta hakları yönetmeliği mahremiyet ölümle bitmez demektir(m.21/3). Kanaatimizce ölmüş kimseler de koruma kapsamında olmalıdır.

#### **b. Kimliği Belirli veya Belirlenebilir Olmak**

Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel,

<sup>32</sup> **Durmuş Tezcan**, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.8, Y. 1991, s.389.

<sup>33</sup> **Douwe Korff**, “Study on The Protection of The Rights and Interests of Legal Persons With Regard to the Processing of Personal Data Relating to Such Persons”, Final Report, Commission of the European Communities, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/studies/files/20000202\\_rights\\_interests\\_legal\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/studies/files/20000202_rights_interests_legal_en.pdf), s.43, E.T. 30.09.2014.

<sup>34</sup> **Tezcan**, s.389.

<sup>35</sup> **Aksoy**, s.20.

sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir<sup>36</sup>.

Kişinin kimliğini belirlemede temel nokta isminin bilinip bilinmemesi değil, grup içinde diğerlerinden ayırt edilebilmesidir. Herhangi bir ölçütün bir kimseyi diğerlerinden ayırt edilebilir kılıp kılmayacağı her somut olayın özellikleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Örneğin yaygın bir soyadı bir kişiyi sınıftaki diğer öğrenciler arasında belirlenebilir kılmaya yeterliyken bütün ülke çapında belirlenebilir kılmada yeterli değildir. Hatta siyah giyinmiş adam ifadesi gibi belirsiz bir bilgi kimliği belirlenebilir kılma niteliğinde olmamakta birlikte, trafikte bekleyenler arasında bir kişiyi belirlenebilir kılacaktır<sup>37</sup>. Aynı şekilde kişinin ayakkabı numarası, eşinin mesleği tüm ülkede kişiyi belirli kılmaya yeterli değilken<sup>38</sup>, belli bir grup içinde kişiyi belirlenebilir kılmaya yeterlidir. Bu yüzden herhangi bir bilginin kişiyi belirlenebilir kılıp kılmayacağı meselesi her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Belirlenebilir olma konusunda isimsiz (anonymous), isimsizleştirilmiş (anonymised) ve takma isimli (pseudonymised) verilere de değinilmesi gerekmektedir. İsimsiz verilerle bir kişinin kimliğini belirli kılmak mümkün değildir. İsimsizleştirilmiş veriler belirli bir kişiyle ilgilidir, bilginin kimle ilgili olduğu belli değildir ancak kişinin kimliği tespit edilebilir. Takma isimli verilerde bilginin kime ait olduğu yalnızca ilgili kod çözümlenerek belirlenebilir<sup>39</sup>. İsimsiz verilerde kişiye direkt ve dolaylı erişim alanlarını tümüyle yok edilmiştir. Bu açık bir şekilde isim, vatandaşlık numarası, telefon numarasını, posta kodunu, semti yok etme şeklinde olabilir. İsimsizleştirilmiş ve takma isimli verilerde ise, kişi bağlantısı yok edilmiştir. Kişi bağlantısını yok etme kişiye direkt ve dolaylı erişim alanlarını tümüyle yok etmeyip, ana veri tabanından başka bir yerde saklamadır; yani veri tabanı ikiye bölünür. Fakat aslında yok etme değil, verilerin

<sup>36</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 7.04.2008 tarihinde kararlaştırılan, 22.04.2008 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 3. madde Gerekçesi.

<sup>37</sup> **Douwe Korff**, “Comparative Study on Different Approaches to New Privacy Challenges in Particular in the Light of Technological Developments”, Working Paper no:2, Commission of the European Communities, [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/new\\_privacy\\_challenges/final\\_report\\_working\\_paper\\_2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/new_privacy_challenges/final_report_working_paper_2_en.pdf) s.45-46, E.T. 01.10.2014.

<sup>38</sup> Bazı meslekler kişinin eşini tüm ülke çapına belirli kılabilir. Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Bakanlık gibi.

<sup>39</sup> **Korff**, New Privacy Challenges, s.48.

başka bir yerde saklanması söz konusudur<sup>40</sup>. Yani isimsiz verilerde kimliği belirlemek mümkün değildir. İsimsizleştirilmiş verilerde kimlik belirlenebilir, takma isimli veriler ise kodlar aracılığıyla çözülebilir<sup>41</sup>. Bu nedenle isimsiz verilerin koruma altına alınması gerekmemekle birlikte isimsizleştirilmiş ve takma isimli veriler koruma altına alınmalıdır.

## II. HASSAS KİŞİSEL VERİLER

Bazı veriler başkalarınca öğrenilmeleri halinde özellikleri gereği ilgili kişinin mağduriyetine yol açabilecek ve ayrımcılık tehlikesi oluşturacak nitelikte hassas verilerdir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 6. maddede özel niteliği olan kişisel veriler sayılmakta ve genel kural olarak bu verilerin işlenmeyeceği düzenlenmektedir. Buna göre kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlığı veya cinsel hayatıyla ilgili veriler özel niteliği olan veri olarak kabul edilmektedir. Özel nitelikteki verilere dolaylı da olsa erişim imkanı veren veriler de madde kapsamındadır<sup>42</sup>.

Avrupa Birliği Direktifi 8. maddesinde de genellikle hassas veri olarak tabir edilen genel durumun çok üstünde hukuki korumaya tabi tutulan veriler olduğundan bahsedilmektedir. Bu veriler; ırk veya etnik köken, politik görüş, din, felsefi düşünce, sendikal üyelik, sağlık verileri, cinsel sorunlardır<sup>43</sup>.

Avrupa Konseyi'nin düzenlemelerinden "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi"<sup>44</sup> ve "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şa-

<sup>40</sup> **Melih Kırılıdoğ**, "Elektronik Sağlık Kayıtlarında Teknolojik Gelişmeler, Kullanım Alanları, Amaç ve Yasa Dışı Kullanımlar", Kişisel Sağlık Verilerine Mesleki Yaklaşımlar Çalıştayı, İstanbul 2013, s.65.

<sup>41</sup> **Korff**, New Privacy Challenges, s.48.

<sup>42</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 3.11.2014 tarihinde kararlaştırılan, 26.12.2014 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 6. madde gerekçesi.

<sup>43</sup> **Korff**, New Privacy Challenges, s.73.

<sup>44</sup> Madde 10. (Özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı)

"1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.

3. İstisnai durumlarda, 2'nci paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir."

hısların Korunmasına Dair Sözleşme<sup>45</sup> tıbbi veriler açısından koruma sağlayan ve hastanın verilerini özellikli veri kategorisinde sayan düzenlemelerdir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 15.5.2012 tarihli kararında sağlıkla ilgili verilerin hassas veri olduğu ifade edilmiştir<sup>46</sup>.

Kişisel sağlık verileri nitelikleri itibarıyla hassas kişisel veri kategorisinde yer almaktadır. Hassas veri kategorisinde yer alan veriler, diğer verilere göre daha sıkı koruma tedbirleriyle korunmaktadır. Bu nedenle hastanın hangi verilerinin kişisel veri kapsamına dâhil olduğunun saptanması korumadan yararlanacak verilerin tespiti bakımından önemlidir.

### A. Hassas Veri Olarak Hastanın Kişisel Verileri

Hastanın<sup>47</sup> kişisel verileri, hastaya ait olup da sağlık meslek mensubuna aktarılan veya herhangi bir şekilde bu kişiler tarafından hukuka uygun olarak öğrenilen ve hastanın başkaları tarafından duyulmasını istemeyeceği bilgileri şeklinde ifade edilebilir<sup>48</sup>.

2002 yılında Washington'da yapılan Dünya Hekimler Birliği (DHB) Genel Kurulu'nda kabul edilen bildirmede kişisel sağlık bilgileri, "*kişinin bedensel ya da zihinsel sağlığına ilişkin kayıtlı edilmiş tüm bilgiler*" olarak tanımlanmıştır<sup>49</sup>.

Mahremiyet kurallarının koruduğu sağlık bilgileri, bireye ilişkin bilenebilir sağlık verileri olarak ifade edilmekte ve bu kapsamda cinsiyete ilişkin bilgiler de dâhil de olmak üzere bireyin geçmiş, mevcut ve gelecekteki fiziksel veya

<sup>45</sup> Madde 6 (Özellikli veri kategorileri)

"İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşesini, politik düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkumiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar.

<sup>46</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 15.05.2012 tarihli kararı; "*sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir. Biyometrik (Kişinin kendine özgü fiziksel veya biyolojik niteliklerine dayalı olarak insanların kimliğini tespit için dijital teknolojiden faydalanma bilimi) veriler de kişisel veriler arasındadır...*". Yargıtay 12. CD. E. 2011/20072, K. 2012/12126, T. 15.05.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T. 02.10.2014).

<sup>47</sup> "Hasta" kavramı, Hasta Hakları Yönetmeliği 4/1-b bendinde tanımlanmıştır. Buna göre; "*Hasta: Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi*" ifade eder. Hasta kavramı yalnızca tedavi olan kimseleri ifade etmez. Bu kişiler yanında teşhis ve tanı için sağlık kurumlarına başvuranları da kapsar. Bu bağlamda

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 15. maddesi uyarınca sağlık raporu almak için sağlık kurumuna başvuran kişi de hasta kapsamında değerlendirilmelidir.

<sup>48</sup> **Hakan Hakeri**, Tıp Hukuku, Ankara 2013, s.798.

<sup>49</sup> Dünya Hekimler Birliği Sağlıkla İlgili Veri Tabanına İlişkin Bildirge, <http://www.ttb.org.tr/TD/TD109/23.php>, E.T. 02.10.2014.



ruhsal sağlık durumu, bireye sağlık hizmeti sağlanması veya bireye sağlanan sağlık hizmeti için geçmişte, hâlihazırda ya da gelecekte yapılacak ödemeleri kapsadığı gibi birçok genel tanıtıcıları da kapsamaktadır (ad, adres, doğum tarihi, sosyal sigorta numarası gibi)<sup>50</sup>.

Healthcare Information and Management Systems Society (HIMSS) tarafından yapılan tanıma göre kişisel veri kapsamına kişinin kimlik bilgileri yanı sıra hastanın cinsiyeti, progres notları, sorunlar, tedaviler, yaşam belirtileri (hayati bulgular, uyarılar), tıbbi özgeçmiş, bağışıklamalar, laboratuvar verileri ve radyoloji raporları ile bedenine ilişkin biyolojik-genetik bilgileri (hücre, uzuv, kan ve DNA) girmektedir<sup>51</sup>.

Tüm bunların yanında tanımda belirtildiği gibi zihinsel sağlık kapsamında elde edilmiş verilerde kişisel sağlık verileridir. Bir psikiyatrisin hastasıyla görüşmesi sonucu edindiği bilgiler de kişisel veri kapsamına girdiğinden koruma kapsamında olmalıdır.

Sonuç olarak sağlık alanında kişisel veri, sağlık personeli tarafından edinilen her türlü bilgi olarak tanımlanabilir. Kişisel veri, sadece sağlık personeline aktarılan bilgileri değil, kişinin bir hekimi, hastaneyi ziyaret etmesinden kaynaklanan kayıtları da kapsamaktadır<sup>52</sup>. Nitekim kişisel veri kavramının geniş yorumlanması gerektiği savunulmakta ve hastanın muayene olduğu bilgisi de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu nedenle suç işlendiği yönünde belirti olmadığı müddetçe hekim, hastayı muayene ettiği bilgisini paylaşmamalıdır<sup>53</sup>.

### III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE İDARENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### A. Kişisel Verilerin Korunması

İnsanın kendisi hakkında, özel yaşamı ile aile mahremiyeti konusunda başkalarının değer yargıları oluşturmalarına esas teşkil edebilecek nitelikte bilgilerin, kendisinden habersiz veya yanlış biçimde toplanması ve bunların düzeltilmesi olanağına sahip bulunmaması zayıfın kuvvetli tarafından ezilmesi sonucunu yaratır<sup>54</sup>. Hukuk düzeni buna müsaade etmemeli, zayıfı kuvvetlinin ihlalleri karşısında koruyacak düzenlemeleri yürürlüğe koymalıdır.

<sup>50</sup> Leyla Keser Berber/ Mahir M. Ülgü/ Cüneyd Er, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul 2009, s.81.

<sup>51</sup> Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi” <http://www.kisiselsaglikverileri.org/32-saglik-hizmetlerinde-kisisel-veri-toplanmasi-korunmasi-ve-degerlendirilmesi.html> E.T. 12.10.2014.

<sup>52</sup> Hakeri, s.798.

<sup>53</sup> Hakeri, s.799.

<sup>54</sup> Tezcan, s.386.

Hubmann'a göre kişinin hayat alanı üç kısımdan oluşmaktadır. Bunlar kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, bunun dışındaki kişilere kapalı olmasını istediği "giz alanı", kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler içinde olduğu sınırlı sayıda kişilerle paylaşmak istediği "özel alanı" ve kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı kamuya açık "ortak alanı"dır<sup>55</sup>.

İşte burada mahremiyet kavramı ile özel yaşamın gizliliği arasındaki ayırım daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır: Mahremiyet kişinin gizli ve özel alanını kapsamakta iken, özel yaşam mahremiyeti de içine alan bir üst kavramı ifade etmektedir ve özel yaşamın gizliliği hakkı kişinin mahrem alanının dışındaki kamuya açık alanını da koruma altına almaktadır<sup>56</sup>. Hukuk düzeni özel yaşamın gizliliğini koruma altına alarak, kişilerin hem mahrem alanlarını hem kamuya açık alanlarını korumaktadır.

Kişisel verilere yönelik saldırılar temelde üç gruptan gelebilir: bireyler ve kişi toplulukları, çeşitli gruplar ve özel teşebbüsler ile devletler. Bireylerden gelebilecek saldırılara baktığımız zaman sağlık alanında kişisel verilere yönelik saldırılar sağlık meslek mensuplarından gelebilir<sup>57</sup>. Bireylere başka bireylerden gelen saldırılar temelde medeni hukuk kapsamında kişilik haklarıyla ilişkilidir. Bu saldırıların suç niteliğinde olması durumunda ise ceza hukuku devreye girecektir. Çeşitli gruplar ve özel teşebbüsler, piyasada güçlerini ve işlem hacimleri arttırmak, müşterilerine daha iyi hizmet vermek ve hepsinin temelinde kârlılıklarını yükseltmek amacıyla geniş oranda kişisel veriler toplamakta ve bunları işlemektedir. Son olarak devletlerin, suçluluğu önleme, terörle mücadele, vatandaşlarına daha iyi hizmet sunma gibi nedenlerle, tuttuğu verilerin yarattığı hukuksal sorunlar bulunmaktadır<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> **Serap Helvacı**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s.62.

<sup>56</sup> **Uğur Ersoy**, Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009, s.10-11.

<sup>57</sup> Sağlık meslek mensubu olanlar Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu Ek madde 13'te tespit edilmiştir. Bunlar; tabipler, diş hekimleri, sünnetçiler, ebeler, hastabakıcı hemşireler, klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, pedogog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve oryöz teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti, iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyenidir.

<sup>58</sup> **Elif Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Doktora Tezi), Ankara 2010, s.6.

Hastanın kişisel verilerine saldırı genel olarak devlet, sağlık meslek mensubu ve üçüncü kişilerden gelebilir.

Ülkemizde bel ağrısı yakınmasıyla sağlık kurumuna başvuran hastayı aynı gün medikal malzeme satan firmanın telefonla arayıp korse pazarlaması, gazetelere yansıyan habere göre; ev telefonu aranan aileye bekâr kızlarının TC kimlik numarası söylenerek hamilelik takibi için aile hekimine gitmesi gerektiği bildirilmesi sıradan olaylardandır. Kolay erişilen bu veriler nedeniyle kişilerin sigortacılık, sağlık, ticaret ve iş hayatında haksız işlemlere tabi tutulabilmesi mümkündür. SGK'nın toplanan verileri Data-Med adlı şirkete sattığı iddialarının<sup>59</sup> basına yansması üzerine verilerin anonimleştirilerek satıldığına ilişkin açıklama kamuoyunu ve hekimleri tatmin etmemiştir<sup>60</sup>.

Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına hizmet edebilecek kişisel verilerin korunması kanunu yürürlükte olmasa bile Anayasanın bazı hükümleri, özel kanunlarda yer alan hükümler ile Türkiye'nin taraf olduğu ve insan haklarının korunmasına ilişkin birtakım uluslararası sözleşmeler yoluyla kişisel verilerin belli bir ölçüde korunması söz konusu olabilmektedir.

### 1. Anayasa

Anayasanın “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmı oldukça geniş bir temel haklar listesi içermektedir (Anayasa m.12-74). Herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz devredilmez vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu belirten Anayasa, temel hak ve özgürlüklere bir anayasa normu niteliği kazandırmıştır<sup>61</sup>. Kişisel verilerin korunması anayasal bir normdur.

Anayasanın “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine 2010 yılında eklenen üçüncü fıkrasında<sup>62</sup>, kişisel verilerin korunması anayasal bir hak olarak kabul edilmiş ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının kapsamı da düzenlenmiştir<sup>63</sup>. Maddeye göre kişisel verilerin korunması hakkı

<sup>59</sup> <http://www.sgk.com.tr/1090-Haber1-75-milyonun-saglik-verilerinin-satisi-tam-gaz--devam-ediyor.html> E.T. 13.10.2014.

<sup>60</sup> **Hüseyin Soysal**, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması”, Türkiye Psikiyatri Derneği Bülteni, C. 16 S. 3, Y.2013, s.10.

<sup>61</sup> **Aksoy**, s.93.

<sup>62</sup> “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” Anayasa m.20/3.

<sup>63</sup> Her ne kadar kişisel verilerin korunması Anayasaya 2010 yılında girse de bu tarihten önce de kişisel veriler korunmaktaydı. Mesela TCK 2005 yılı itibarıyla m.135 vd. maddeleri uyarınca kişisel verileri korumaktaydı. Bu durum kanun koyucunun asli düzenleme yetkisine dayanmaktadır. Kanun koyucu anayasaya aykırı olmamak üzere ilk elden düzenleme yapabilir.

kişisel verilerle ilgili bilgilendirilme, erişim, düzeltme ve sildirme hakkı ile kişisel verilerin amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme haklarını kapsar.

Kişi manevi varlığını korumak için kural olarak kişisel verilerini işleyen herkese karşı kişiliğinin korumasını isteyebilecektir. Kişi ancak çevresinin kendisi hakkında sahip olduğu bilgilerin bilincinde olarak manevi varlığını koruyabilecektir. Bu sebeple de hangi kişisel verilerinin kime veya kimlere iletileceğini kontrol edebilme hakkına sahip olmalıdır. Yani veri koruması hakkı kişiye hangi kişisel verilerinin kim tarafından ve kimin için hangi amaçla elde edildiğini öğrenme hakkı verecektir. Kişinin rızası ve hukuka uygun bir amaç olmaksızın elde edilen verilerin işlenmesi kişilik hakkını ihlal edecektir<sup>64</sup>.

Anayasa'nın 20. maddesinin son cümlesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanun ile düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organı doğrudan ve ilk elden düzenleme yapamaz. Anayasa Mahkemesi'nin 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun, "Kurum, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir" hükmünü içeren 51. maddesinin iptaline ilişkin olarak vermiş olduğu, 9.4.2014 tarih, E. 2013/122 ve K. 2014/74 sayılı kararında<sup>65</sup>; Anayasa'nın 20. maddesinin son fıkrası ile kişisel verilerin güvence altına alınmış olduğunu, kişisel verilerin kaydedilmesi, işlenmesi ve silinmesi gibi hususların mutlak surette "kanun" ile düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

<sup>64</sup> Başalp, s.100-101.

<sup>65</sup> 26.7.2014 tarih ve 29072 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Kararda "kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgilerini ifade etmektedir. Bu bağlamda, adı, soyadı....telefon numarası...görüntü ve ses kayıtları...gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğinin serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi, daha önce birbirinden ilişiksiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkanlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması, verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması....gibi etkenler günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenleri" hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır." denilmektedir.

## 2. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı

Bir temel hak ve özgürlük olarak Anayasa ile güvence altına alınan kişisel verilerin korunması hakkına ve bu hakkın içerisinde yer alan kişisel sağlık verilerinin korunmasına yönelik yapılacak düzenlemelerin ancak ve ancak kanunla yapılabileceği<sup>66</sup> belirtilmiş olmasına rağmen Türk Hukuku'nda kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir kanun bulunmamaktadır. Meclise sunulan kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunu tasarısı yasallaşmayı beklemektedir.<sup>67, 68</sup>

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı üzerinde 1990'lı yıllardan beri çalışılmaktadır<sup>69</sup>. En son olarak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 3.11.2014 tarihinde kararlaştırılan, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 26.12.2014 tarihinde meclise sunulmuştur.

Tasarı'nın 6. maddesi 2/e bendinde özel nitelikli veri olan sağlık verilerinin; “*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin yönetimi ve finansmanı*

<sup>66</sup> Akgül, Kişisel Sağlık Verileri, s.28.

<sup>67</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.sorgu\\_yonlendirme,e.t.05.02.2015](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme,e.t.05.02.2015).

<sup>68</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ile ilgili ilk çalışmalar 1989 yılında başlamış ve 2000'li yıllara kadar çeşitli tasarılar hazırlanmış ancak çalışmalar sonuçlandırılmamıştır. 2000 yılında kurulan komisyonun da tasarısı çalışmalarını tamamlayamaması üzerine 30/03/2004 tarihli Bakan oluru ile Prof. Dr. Bahri Öztürk başkanlığında yeni bir Komisyon oluşturularak Tasarı hazırlık çalışmalarına devam edilmiştir.

Bu Komisyon tarafından hazırlanan Tasarı, kamu kurumları, üniversiteler ve sivil toplum örgütleri de dahil olmak üzere toplam 53 kuruluşa görüşe gönderilmiş, Başbakanlık aşamasında da tekrar görüş alınmıştır. Gelen görüşler üzerinde çalışmalarını tamamlayan Adalet Bakanlığı, Tasarıyı 28/07/2006 tarihinde Başbakanlığa göndermiştir. Tasarı, Başbakanlık tarafından 22/4/2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilmiştir. Tasarı, 02/05/2008 tarihinde esas komisyon olarak Adalet Komisyonuna gönderilmiştir. Tasarı, 07/05/2008 tarihinde Meclis Adalet Komisyonu tarafından alt komisyona havale edilmiştir. Alt Komisyon tasarısı ile ilgili birkaç toplantı yaptıktan sonra yoğun gündem nedeniyle çalışmalarına ara vermiş ve Adalet Alt Komisyonunda bulunan tasarısı, araya TBMM Seçimlerinin girmesi nedeniyle yasalasamayınca İçtüzüğü'nün 77. maddesi gereğince hükümsüz sayılmıştır. Bunun üzerine, Adalet Bakanlığı tarafından 15/09/2011 tarihinde Başbakanlığa yazılan yazıyla Tasarının yenilenmesinin uygun olacağı bildirilmiştir. Bu sırada, Bakanlık bünyesinde bir çalışma grubu oluşturulmuş, bu çalışma grubu mevcut Tasarıyı getirilen eleştiri ve öneriler doğrultusunda yeniden kaleme almış ve yeni Tasarı 08.06.2012 tarihinde Başbakanlığa gönderilmiştir.(Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Hakkında Bilgi Notu, [http://www.tbmm.gov.tr/arastirma\\_komisyonlari/bilisim\\_internet/docs/sunumlar/Adalet%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Kanunlar%20Genel%20M%C3%BCd%C3%BCrl%C3%BC%4%9F%C3%BC29-05-2012.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/arastirma_komisyonlari/bilisim_internet/docs/sunumlar/Adalet%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Kanunlar%20Genel%20M%C3%BCd%C3%BCrl%C3%BC%4%9F%C3%BC29-05-2012.pdf) s.2-3, E.T. 15.01.2015.)

<sup>69</sup> Elif Küzeci, “*Kişisel Sağlık Verileri ve Hukuki Haklar*”, Kişisel Sağlık Verilerine Mesleki Yaklaşımlar Çalıştayı, İstanbul 2013, s.22.

*amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler tarafından işlenmesi” kabul edilmiştir<sup>70</sup>.*

Hüküm Anayasa 20. maddesinde yer alan “kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde işlenebilir” hükmüne uygun olarak kişisel verilerin hangi amaçla toplanacağını belirtmiş, amacı sınırlandırmıştır. Sadece kanunda sayılan amaçlar için veri toplanıp, işlenebilecektir. Aynı şekilde veri işleyebilecek kişiler de sınırlı sayıda kanunda sayılmıştır. Maddeye göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunmayan kişiler veri toplayıp işleyemez.

Tasarının 7. maddesinde kanuna uygun olarak işlenmiş verilerin, işlenmesini gerektiren sebep ortadan kalkmış ise veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından<sup>71</sup> silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. Maddede verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikte gösterileceği belirtilmiştir. Veri koruma hukuku açısından önemli ve gerekli bir düzenlemedir. Toplanan veriler süresiz şekilde saklanmamalıdır. Tasarıda süre sınırı getirilmemiş, işlenmesini gerektiren sebebin ortadan kalktığı durumlarda verilerin silineceği, yok edileceği veya anonim hale getirileceği düzenlenmiştir. Tasarıya azami süre sınırı getirilmesi uygulama açısından maddenin etkinliğini artıracaktır.

Anayasanın 20. maddesinin son fıkrası gereği Tasarının yasalaşması gerekmektedir. Çünkü yürürlükte bulunan ve kişisel verilere ilişkin hüküm ihtiva eden pek çok yönetmelik hukuka aykırı<sup>72</sup> ve asli düzenleme yetkisinin yasama

<sup>70</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 7.04.2008 tarihinde kararlaştırılan, 22.04.2008 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 7. maddesi 2/f bendinde “*koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin; sağlık kurumları, sigorta şirketleri, sosyal güvenlik kurumları, işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler, sağlıkla ilgili okul ve üniversiteler tarafından ilgili kanunlara uygun olarak, hukuken veya meslek kurallarına göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan sağlık personeli veya eşdeğer seviyede sır saklama yükümlülüğü altındaki bir başka kişinin gözetimi altında işlenmesi*” kabul edilmişti.

<sup>71</sup> Veri sorumlusu “*birim, kurum veya kuruluşlarda veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, m.3.

<sup>72</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 06.03.2014 tarih ve YD itiraz No. 2013/819 sayılı kararına göre: “*İdarelerce, gelişen teknolojinin kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması amacıyla, kamu kesiminde kullanılmaya başlanması mümkün olmakla birlikte, teknoloji kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması ve uygulamasının ilgili Anayasal düzenleme uyarınca belirli bir yasal çerçeve içine oturtulması, konuya ilişkin usul ve esasların yasa hükmü ile tespit edilmesi ve yine Anayasa’daki ve uluslararası metinlerdeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere uygun olması gerektiği kuşkusuzdur. Pozitif hukukumuzda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak Anayasanın 20. Maddesi hükmü çerçevesinde yürürlüğe konulmuş yasal bir düzenleme bulunmadığı gi-*

organına ait olduğu temel kuralını ihlal etmektedir. Veri korumasına ilişkin çerçeve yasanın bir an evvel yasalaşması önemli ve gereklidir.

### 3. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

5510 sayılı Kanun'un, "Sağlık hizmeti sunucularının kayıt ve bildirim zorunluluğu ve kontrol yetkisi" başlıklı 78. maddesinin birinci fıkrasında; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile sözleşmesi olan, tüm sağlık hizmeti sunucularının, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen bilgileri, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na göndermek zorunda olduğu; ikinci fıkrasında genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişinin sağlık bilgilerinin gizliliğinin esas olacağı hükmü yer almaktadır.

Sağlık bilgilerinin ne şekilde korunacağı, ulusal güvenlik nedeniyle sağlık bilgisi paylaşımına açılmayacak kişilerin tespiti ilgili Bakanlıkların önerisi üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından tespit edilir. Bu kişi ve grupların sağlık bilgilerinin nasıl tutulacağı ilgili kuruluşların görüşleri alınarak hazırlanacak yönetmelik<sup>73</sup> ile düzenlenir hükmüne yer vermiştir.

Maddede sağlık hizmetinden yararlanan kişilerinin sözleşmede yer alan bilgilerinin Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na gönderilmesi gerektiği, ikinci fıkrada ise sağlık bilgilerinin gizliliğinin esas olduğu belirtilmiş, bilgilerin ne şekilde korunacağı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından tespit edilir denmiştir. Ayrıca bilgilerin nasıl tutulacağı hazırlanacak yönetmelikle belirlenir denilerek oldukça geniş düzenleme yetkisi idareye bırakılmıştır. Anayasa m.20/son fıkrası hükmüne göre, kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenmelidir. Kanun hükmünün konuyu yönetmeliğin düzenleme alanına bırakması Anayasa m.20/son fıkrası hükmüne aykırıdır. Anayasanın açıkça kanunla düzenlenmesini belirttiği alanda yürütme organı doğrudan ve ilk elden düzenleme yapmamalıdır.

---

*bi....kanunda davalı kuruma yetki veren bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bağlamda, Anayasa'nın yukarıda alıntısı yapılan hükümleri ve uluslararası metinler uyarınca güvence altına alınan ve kanunla düzenlenmesi gereken kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak uygulamanın sınırlarını, kişisel verinin nasıl depolanıp kullanılacağını tespit eden usul ve esasları gösteren bir düzenleme olmadan çıkarılan dava konusu Yönetmelik hükmünde hukuka uyarlık bulunmamaktadır."* denilmektedir. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T.14.10.2014).

<sup>73</sup> Genel Sağlık Sigortası Verilerinin Güvenliği ve Paylaşımına İlişkin Yönetmelik, RG, T. 11.07.2012, S. 28350.

Sosyal Güvenlik Kurumunun avuçiçi kimlik tarama uygulamasının<sup>74</sup> Anayasaya uygunluğuna değinmek gerekmektedir. 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu 67/3 şu şekildedir; “Ayrıca genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunludur.” 1/3/2012 tarihli ve 6283 sayılı Kanunun 1. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “nüfus cüzdanı” ibaresinden önce gelmek üzere “biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya” ibaresi eklenmiştir. Kanun maddesi bu şekildeyken Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği “...nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya verilmiş ise Kurum sağlık kartı belgelerinden biri ile kimlik tespiti ve biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması zorunludur.” diyerek kimlik doğrulama için hem resmi belge ibrazını hem biyometrik kimlik doğrulaması yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Avuçiçi kimlik tarama uygulaması biyometrik kimlik doğrulama yöntemleri arasında yer almaktadır. Biyometrik yöntemler, ölçülebilir fizyolojik ve bireysel özellikleri aracılığıyla gerçekleştirilen ve otomatik şekilde doğrulanabilen kimlik denetleme tekniklerini ifade etmektedir. Bu yöntemler arasında par-

<sup>74</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından hastanelerde ve sağlık merkezlerinde zorunlu hale getirilen ve Biyometrik Kimlik Doğrulama Sistemi adı verilen uygulamadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği

“1.6 - Kimlik tespiti

(1) Sağlık kurum ve kuruluşlarınca, kişilerin müracaatı aşamasında, acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya verilmiş ise Kurum sağlık kartı belgelerinden biri ile kimlik tespiti ve biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması zorunludur. Kimlik tespiti, biyometrik kayıt işlemi veya biyometrik kimlik doğrulama işlemini usulüne uygun yapmayan ve bu nedenle bir başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından ödenen tutar geri alınır.

(2) 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamında sağlanan yardımlardan ücretsiz faydalananların, sağlık kurum ve kuruluşlarına birinci fıkrada belirtilen belgeleri ibraz edememeleri halinde 2828 sayılı Kanun kapsamında bulduklarını gösterir belgeye göre gerekli işlemler yürütülecek sonrasında söz konusu belgelerin ibrazı ilgili Kurumdan istenecektir.

(3) Kapsamdaki kişilerin kendi adına bir başkasının sağlık hizmeti almasını veya Kurumdan haksız bir menfaat temin etmesini sağlaması yasaktır. Bu fiilleri işleyenlerden Kurumun uğradığı zararın iki katı kanunî faiziyle birlikte müştereken ve müteselsilen tahsil edilir ve ilgililer hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri doğrultusunda suç duyurusunda bulunulur.” [http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/tr/mevzuat/yururlukteki\\_mevzuat/tebligler](http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/tr/mevzuat/yururlukteki_mevzuat/tebligler) E.T. 10.01.2015.



mak izi tanıma, avuç içi tarama, el geometrisi tanıma, iris tanıma, yüz tanıma, retina tanıma, DNA tanıma gibi yöntemler bulunmaktadır. Tüm bu yöntemler kullanılarak bireyin kimliği tespit edilebilmekte, kendine has özellikleri, kişisel verileri kayıt altına alınabilmektedir.

Parmak izi, avuç içi damar izi, retina gibi biyometrik verilerin kişisel veri kapsamında korunan verilerdir. Kişisel veriler Anayasa'nın 20. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Anayasa m.20'de kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemeyeceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla kişisel verinin işleyişi ile ilgili olarak, genel hatlarıyla da olsa, usul ve esasların kanunla belirlenmesi Anayasal bir zorunluluk bulunmaktadır. Bu nedenle, mevcut düzenleme hukuka aykırıdır.

Nitekim Danıştay 15. Dairesi Sağlık Uygulama Tebliğinin 1.6- Kimlik Tespiti başlıklı bölümünün 1. paragrafının 1. cümlesinde geçen "*ve Biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması zorunludur*" ibaresi ile 2. cümlesinin tamamının ve 1.6.1- Biyometrik Kimlik Doğrulama İşlemi başlıklı bölümünün 1 ve 2 no.lu paragraflarının iptali istemiyle açılan davada yürütmeyi durdurma kararı vermiş<sup>75</sup> ve 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu 67. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "... Biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması ve/veya..." ibaresinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme henüz karar vermemiştir<sup>76</sup>.

"Bilgi ve belge isteme hakkı, bilgi ve belgelerin Kuruma verilme usulü" başlıklı 100. maddede kanunda sayılan kurumların Devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak hâller ile özel hayat ve aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa Kurum tarafından kişilerin sosyal güvenliğinin sağlanması, 6183 sayılı Kanuna göre Kurum alacaklarının takip ve tahsili ile bu Kanun kapsamında verilen diğer görevler ile sınırlı olmak üzere istenecek her türlü bilgi ve belgeyi sürekli ve/veya belli aralıklarla vermeye mecbur oldukları düzenlenmiştir. Maddenin devamında bilgi ve belgelerin kuruma verilme usulü düzenlenmiştir.

<sup>75</sup> Danıştay 15. Dairesi ise 2014/4562E sayılı ve 11.09.2014 tarihli kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T. 12.01.2015).

<sup>76</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2014/180, Danıştay 15. Daire.

#### 4. Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişisel verilerin korunması ve veri güvenliğinin ihlali halinde sorumluların cezalandırılması amacıyla bazı düzenlemeler yapılmıştır. “Kişisel verilerin kaydedilmesi” başlıklı 135. maddede “*hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verileceği*” hüküm altına alınmıştır<sup>77</sup>. İkinci fıkrada ise “*kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkrada uluslararası hukuki metinlerde düzenlenen hassas kişisel verilere benzer şekilde hassas kişisel veriler sayılmış ve hassas veri olan sağlık durumlarına ilişkin bilgilere de ikinci fıkrada yer verilmiştir.

Her türlü özel veya resmi kuruluşlarca kişisel veriler kaydedilmektedir ancak bu kişisel verilerin ilgili kurumlar dışında başka kişi ve kurumlarca ele geçirilmesi ya da kaydedilmesi halinde bu suç oluşacaktır. Kişilerin rızası alınarak kaydedilen bilgilerin amaçları dışında kullanılması da suç oluşturacaktır. Bu suç Avrupa Konseyi kapsamında hazırlanan ve 28 Ocak 1981 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin iç hukukumuzdaki yansımalarıdır<sup>78</sup>.

136. madde uyarınca kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır<sup>79</sup>. 136. madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Kanun gereği, mağdurun rızası veya meslek icabı kayıt altına alınan veri, hangi hukuka uygun amaçla kaydedilmişse sadece o amaç çerçevesinde kullanılabilir. Bunun dışında hangi nedenle olursa olsun veriyi hukuka aykırı olarak ele geçiren kişi 136. maddede tanımlanan suçu işlemiş sayılacaktır<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Kanunun ilk halinde yer alan “*altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmü, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un( RG, T.06.04.2014, S. 28933) 3. maddesiyle “*altı aydan*” ibaresi “*bir yıldan*” şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>78</sup> **Gökhan Taneri**, *Hasta Hakları*, Ankara 2014, s.318.

<sup>79</sup> Kanunun ilk halinde yer alan “*bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmü, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un( RG, T.06.04.2014, S. 28933) 4. maddesiyle “*bir yıldan*” ibaresi “*iki yıldan*” şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>80</sup> **Şen**, s.1209.

Nitelikli hallerin sayıldığı 137. maddede kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarının işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır şeklinde düzenlenmiştir. Burada geçen meslek ve sanatın kamusal ya da özel olmasının suçun oluşumuna etkisi yoktur<sup>81</sup>. Hükme göre hekimler, psikiyatristler, eczacılar ve diğer sağlık meslek mensupları, mesleklerinin icrası sırasında öğrendikleri kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydeder, başkalarına verir veya yayarlarsa ceza yarı oranda artırılabacaktır.

“Verileri yok etmeme” başlıklı 138. maddenin birinci fıkrasında Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir hükmüne yer verilmiştir<sup>82</sup>. İkinci fıkrasında suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır hükmüne yer verilmiştir<sup>83</sup>.

Türk Ceza Kanunu’nun sayılan hükümleri kişisel veriler konusunda ortaya çıkarabilecek suiistimal ve hukuka aykırılıkların önüne geçilmesi bakımından önemlidir. Hatta TCK’nın 135. ve 136. maddelerinde düzenlenen kişisel verilerin kayda alınması ve hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi ya da ele geçirilmesi suçlarına ilişkin belirlenen cezaların artırılması, kişisel verilere yönelik bilinci ve saygıyı artıracak, bu verilerin korunması açısından caydırıcılık işlevi görecektir.

## 5. Ceza Muhakemesi Kanunu

CMK’nın “moleküler genetik incelemeler” başlıklı 78. maddesinin birinci fıkrasında “75 ve 76’ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır” hükmü yer almaktadır. CMK’nın 75. ve 76. maddeleri beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını düzenler. Bu

<sup>81</sup> **Yavuz Erdoğan**, “Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi(m.135, 136, 137, 138)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 2, Y. 2013, s.590.

<sup>82</sup> Kanunun ilk halinde yer alan “altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir” hükmü, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un( RG, T.06.04.2014, S. 28933) 5. maddesiyle “altı aydan” ibaresi “bir yıldan” şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>83</sup> Bu fıkra kanuna, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un( RG, T.06.04.2014, S. 28933) 5. maddesiyle eklenmiştir.

maddeye göre, elde edilen örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için, inceleme yapmanın bir suç sebebiyle zorunlu olması gerektiği düzenlenmiştir. Bunun dışında elde edilen örnekler üzerinde amaç dışında tespit yapılması yasaklanmıştır.

“Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği” başlıklı 80. maddede; “75, 76 ve 78. madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir” hükmü yer almaktadır. Maddeyle inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Elde edilen verilerin kullanım amacı sınırlandırılmış, gizliliğinin esas olduğu ve ihtiyaç kalmayan verilerin yok edilmesi hususu düzenlenmiştir.

“Fizik kimliğin tespiti” başlıklı 81. maddede “üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur. Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir” hükmü yer almaktadır. Bu maddeye göre elde edilip dosyaya konulanlar kişisel veri kapsamındadır. İhtiyaç kalmayan verilerin derhal yok edileceğinin düzenlenmesi veri koruma hukukuna uygundur.

CMK'nın 82. maddesinde; 75-81. maddelerde öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usullerin yönetmelikle gösterileceği belirtilmiş ve bu maddeye dayanarak Adalet Bakanlığı tarafından 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

#### **6. Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**

663 sayılı KHK'nin bilgi toplama işleme ve paylaşma yetkisi adlı 47. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir; “Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği

olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıta ile toplama, işleme ve paylaşmaya yetkilidir.”

İkinci fıkrasında; “Bakanlık ve bağlı kuruluşları işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile ancak bu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkili olması halinde ve görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabilir” hükmü yer almaktadır.

KHK'nin 47. maddesinin özellikle birinci fıkrasında Sağlık Bakanlığı'na verilmiş paylaşma yetkisi sınırlandırılmamıştır. Söz konusu fıkra da yer alan düzenlemeye göre Bakanlık topladığı bütün verileri özel kişiler ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşabilir. Bu durum ölçülülük ilkesine aykırıdır. İkinci fıkraya göre; üçüncü kişilerin ve kamu kurum ve kuruluşlarının verilere erişebileceği kanun ile düzenlenmişse, Bakanlık görevlerini yapmalarına yetecek derecede veriyi paylaşılabilir. İkinci fıkra da düzenleme birinci fıkraya nispeten daha iyidir. Ancak yine de veri koruma ilkelerine aykırı ve veri koruma mevzuatının gerisindedir<sup>84</sup>.

Söz konusu KHK'nin “bilgi toplama işleme ve paylaşma yetkisi” başlıklı 47. maddesinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, 14.02.2013 tarihli ve E:2011/150, K.2013/30 sayılı kararıyla; Anayasa'nın ikinci kısmının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde yer alan 20. maddesiyle güvenceye bağlanan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin düzenlemeler içeren dava konusu kuralların Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırılığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir<sup>85</sup>.

Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, Bakanlığa verilen paylaşma yetkisinin genişliğinden, bu şekilde veri paylaşımının ölçülülük ilkesine aykırı olduğundan bahsetmemiştir. Mahkeme, temel hakların KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle hükmü iptal etmiştir. Kişisel verileri yönelik bilinci ve saygıyı artırmak adına paylaşma yetkisinin genişliğine ve ölçülülük ilkesine aykırılığa da değinilmesi gerekmektedir. Ancak 12.07.2013 tarihinde kabul edilen ve 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 6495 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 73/h-3'üncü maddesi ile 663 sayılı KHK'nin 47. maddesine iptal edilen hükümler aynı şekilde yeniden eklenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, temel hakların KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle iptal ettiği hüküm kanunla aynı şekilde yeniden eklenecek Mahkeme kararında belirtilen hukuka aykırılık bertaraf edilmiştir. Şekli

<sup>84</sup> Konuya “Kişisel Verilerin Paylaşılması” başlığı altında değinilecektir.

<sup>85</sup> Anayasa mahkemesi, 14.03.2013, E:2011/150, K.2013/30, R.G, T. 25.06.2013, S. 28688.

anlamda hukuka uygun hale getirilen bu hüküm, maddi anlamda Anayasaya ve veri koruma hukukuna aykırılık teşkil etmektedir.

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesi Sağlık Bakanlığı teşkilatında yer alan Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne ilgili mevzuat çerçevesinde kişisel verilerin korunması ve mahremiyetin sağlanması için düzenleme yapma görevi vermiştir<sup>86</sup>. KHK'nin 11. maddesi Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'ne, sağlık alanında kullanılan bilişim sistemleri ve iletişim teknolojileri ile ilgili ülke çapında politika, strateji ve standartları belirleme, uluslararası gelişmeleri izleme, veri ve bilgi akışını içeren her türden bilgi sistemleri ve projelerini yapmak ve yaptırmak görevini vermiştir<sup>87</sup>.

### 7. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Nizamnamenin<sup>88</sup> 4. Maddesinde “*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz*” hükmü yer almaktadır. 1960 tarihli Nizamnamenin bu hükmünde hekim ve dış hekimlerinin sır saklama yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Kanuni zorunluluk olmadıkça meslek ve sanatın icrası suretiyle öğrenilen sırların paylaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Hekim, hastayı tedavi ederken hastayla ilgili kişisel veri niteliğinde birçok bilgiye vakıf olmaktadır. Nizamnamenin çıkarıldığı dönemde kişisel verilerin korunması kavramı ülkemizde gündemde olmadığı için sadece hekimin sır saklama yükümlülüğünden bahsedilmiş, veri toplanması, korunması, paylaşılmasına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir.

### 8. Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü

Hasta tedavisine bağlı olarak ilaçlarını temin ederken ilişki kurmak mecburiyetinde bulunduğu eczacı ya da sağlık alanında hizmet veren diğer kişi ya da kurumlara bilgi vermek zorunda olabilir<sup>89</sup>. Mahremiyet her zaman ve her yerde saklanmalı ve garanti edilmelidir. Eczanedeki üçüncü şahıslara ne tedaviyi ne

<sup>86</sup> Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Veri Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik Taslağı hazırlanmıştır, <http://www.sb.gov.tr/TR/belge/1-17634/kisisel-saglik-verilerinin-islenmesi-ve-veri-mahremiyet.html>. E.T. 14.10.2014.

<sup>87</sup> Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü tarafından Bilgi Güvenliği Politikaları Yönergesi ve Bilgi Güvenliği Politikaları Kılavuzu hazırlanmıştır. <https://bilgiguvenligi.saglik.gov.tr/Home/Yonerge> E.T. 14.10.2014.

<sup>88</sup> 13.01.1960 tarih ve 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, T. 19.02.1960, S. 10436.

<sup>89</sup> Cahid Doğan, “*Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s.141.

de hastayı ilgilendiren konular açıklanmamalıdır<sup>90</sup>. Nitekim Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü'nün<sup>91</sup> 4. maddesi şu şekildedir; “*eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça, ifşa edemez.*”

Eczacılar da sır saklama yükümü altında olup, SGK bilgilerini gizli tutmak zorundadırlar. Nitekim CMK 46/1-b bendi eczacılara da hastanın kişisel verilerini korumak amacıyla tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır. Eczacıların yanı sıra yanlarında çalışan kalfalar, eczanede bulunan ziyaretçiler, özel şahıslar, diğer servis elemanları, ilaç mümessilleri ve eczane ile ilgili olmayan şahıslarda sır saklama yükümlüsüdürler<sup>92</sup>.

### 9. Hasta Hakları Yönetmeliği

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin<sup>93</sup> ilkeler başlığını taşıyan 5. maddesinde “*Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” hükmü yer almaktadır. “Mahremiyete Saygı Gösterilmesi” başlıklı 21. maddede hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu düzenlenmiştir.

“Bilgilerin gizli tutulması” başlıklı 23. madde şu şekildedir, “*sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.*”

*Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.*

*Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kişilerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.*

*Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz”.*

İlk cümlede sağlık hizmeti sunumu nedeniyle edinilecek bilgilerin kanunun izin verdiği hallerde açıklanacağı; maddenin devamında ise, verilerin açıklanmasında kişinin rızasının bulunması sağlık personeline sınırsız açıklama yetkisi vermeyeceği düzenlenmiştir. Kişinin rızası bulunmadığı ve kanunun öngörme-

<sup>90</sup> **Mebrure Değer**, “*Hastane Eczacılığında Sır*”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi C. 5, S. 3, Y. 1997, s.135.

<sup>91</sup> 9.7.1968 tarih ve 6/10314 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, T. 27.7.1968, S. 12961.

<sup>92</sup> **Değer**, s.135.

<sup>93</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği, RG, T. 01.08.1998, S. 23420.

diği hallerde kişiye zarar verebilecek bilgilerin açıklanması halinde hukuki ve cezai sorumluluğun gerekeceği belirtilmiştir.

“Hastayla ilgili bilgilerin hastaya verilmesi ve kullanımı” başlıklı 31. maddedeki düzenlemeye göre hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir. Hasta dosyalarında hastanın birçok verisi bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı hassas kişisel veri kategorisinde yer alan verilerdir. Düzenleme dosya mahremiyetini sağlamayı, verileri yetkisiz üçüncü kişilerden korumayı amaçlamaktadır. Ayrıca hekimin yapacağı araştırmalarda kişinin kimlik bilgilerini saklı tutması yönündeki düzenleme önemlidir.

### 10. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği<sup>94</sup>’nin “poliklinik hizmetleri” başlıklı 7. maddesi şu şekildedir; “*Poliklinik muayenelerinde gizlik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kuralına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir.*”

Polikliniklerde her gün yüzlerce hasta muayene edilmektedir. Bu hastaların belli bir sıra içinde fakat hızlı bir şekilde muayene edilmesi gerektiğinden her bir hastaya çok kısa süre ayrılmakta, hem de hastalar birbiri yanında giyinip soyunmak zorunda kalmaktadır. Hastalar gruplar halinde muayeneye alınmaktadır ki bu durum mahremiyet hakkının ve özel yaşamın ağır bir ihlalidir<sup>95</sup>. Aynı şekilde koğuş sistemi geçerli olan odalarda yapılan teşhis ve tedavi çoğunlukla kamuya açıktır ve bu durum mahremiyet ilkesini ihlal etmektedir<sup>96</sup>. Bunun yanı sıra koğuş sistemi uygulanan hastanelerde, hastaların teşhis ve tedavisi sırasında kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgileri üçüncü kişiler de duymaktadır.

Uygulamada hasta dosyaları genellikle hasta odalarında yer almaktadır. Bu durum koğuş sistemi uygulanan hastanelerde kişilerin sağlık bilgilerine, üçüncü kişilerin erişimi konusunda özellikle ziyaretçi saatlerinde daha büyük tehdit oluşturmaktadır. Kişisel sağlık verilerinin hassas veri kategorisinde olduğu göz önüne alındığında bilgilerin bu şekilde yetkisiz üçüncü kişilerin erişimine açık halde bulundurulması veri korumasından uzak bir uygulamadır.

<sup>94</sup> 10.9.1982 Tarih ve 8/5319 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, T. 13.1.1983, S. 17927 Mük.

<sup>95</sup> **Yahya Deryal**, “Hasta Hakları Bağlamında Mahremiyet ve Özel Hayata Saygı”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s.83.

<sup>96</sup> **Gökhan Taneri**, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu, Ankara 2014, s.317.



### 11. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın<sup>97</sup> "sır saklama yükümlülüğü" başlıklı 9. maddesi şu şekildedir:

*"Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir".*

Hekimlerin mesleklerini icra ederken hastalarından öğrendikleri sırrı açıklamamaları etik ilke olarak kabul edilmiştir. Burada hastanın ölümünün sır saklama yükümünü ortadan kaldırmayacağı belirtilerek ölmüş kişilerin de korunması gerektiği düşüncesi benimsenmiştir. Kişinin rızası veya sırrın saklanması hasta veya üçüncü kişilerin hayatını tehlikeye sokacak ise hekim, hasta ile ilgili bilgileri açıklayacaktır. Ancak bu durumda hekim sınırsız şekilde bilgileri açıklayamaz, hastanın kişilik haklarını zedelemeyecek derecede bilgi açıklayabilir.

Yasal zorunluluk durumunda hekimin düzenlediği raporların sır saklama yükümünü ihlal etmediği ve hekimin tanıklık ve bilirkişilikten çekinebileceği düzenlenmiştir. Hüküm, hekimin sır saklama yükümü açısından gerekli etik ilkeleri ihtiva etmektedir.

### 12. Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları

Sağlık kavramı içine bedensel sağlıkla beraber ruhsal sağlık da girmektedir<sup>98</sup>. Ruh sağlığını iyi hissetmeyen şahıs, hekime korkusuzca başvurabilmeli ve anlatacağı sırların aralarında kalacağına ilişkin herhangi bir tereddüt yaşamamalıdır<sup>99</sup>. Türkiye Psikiyatri Derneği'nin hazırladığı Ruh Hekimliği Meslek Etiği Kuralları'nın<sup>100</sup> "sır saklama yükümü" başlıklı 6. maddesinde herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağıltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgilerin hasta-hekim ilişkisi çerçevesinde saklı tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

<sup>97</sup> Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, [http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31), E.T. 17.10.2014.

<sup>98</sup> Aydın Zevkliler, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 1983, s.9.

<sup>99</sup> Doğan (Cahid), s.139.

<sup>100</sup> Ruh Hekimliği Meslek Etiği Kuralları, <http://www.psikiyatri.org.tr/upload.aspx?upload=311>, E.T. 21.10.2014.

“Kitle iletişim araçları ve sır saklama yükümü” başlıklı 7. maddede ruh hekiminin, klinik ortamında hastaların kimliğini tespit edecek şekilde görüntü alınmasına, kitle iletişim aracında yayınlanmak amacıyla hastayla konuşma yapılmasına aracı olmaması, müsaade etmemesi gerektiği düzenlenmiştir. Bir kişinin psikiyatri kliniğinde muayene olduğu bilgisi dahi kişisel veridir. Muayene olma bilgisi, kişinin sağlık durumuna ilişkin bir bilgi olduğu için hassas veriler arasında yer almaktadır. Ruh Hekimliği(psikiyatri) Meslek Etiği Kurallarının 7. maddesi kişisel verileri koruma amacına hizmet etmektedir.

### 13. Hekimin Sır Saklama Borcu

Hipokrat Andı’nda, “*Tedavi sırasında ya da hatta tedavi dışında, insanların yaşamlarına ilişkin, dışarıya yayılmaması gereken şeyler görür ya da işitirsem, bunları kendime saklayacağım ve sözünü etmeyi ayıp sayacağım.*” sözü yer alır<sup>101</sup>. Hipokrat Andı’nda yer alan bu söz hekimin sır saklama yükümünü açıklamaktadır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün sınırları hakkında sağlıklı bir fikir edinebilmek için, öncelikle “sır” kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Aksi durumda, hekimlerin hastalarıyla ilgili yaptığı her açıklamanın sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir. Sır; hukuki, etik ve ahlaki, deontolojik yönü olan disiplinler arası bir kavramı teşkil etmektedir<sup>102</sup>. Bu nedenle, bütün disiplinler açısından kabul görecektir ortak bir sır kavramının ortaya konması güçtür. Doktrinde sır kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır; ancak biz genel olarak “*açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şey*”<sup>103</sup> olarak tanımlayabiliriz.

Hastaya ait sır dediğimizde sadece hastanın sağlığı ile ilgili özel bilgiler değil, buna ilaveten kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik ve mali durumunu içeren bilgiler dahi sır kapsamında anlaşılmalıdır<sup>104</sup>. Sır kapsamında yer alan bu bilgiler kişisel veridir ve bunlardan bir kısmı hassas veri kategorisinde yer almaktadır. Bu nedenle hekimin sır saklama yükümü kişisel verilerin korunması amacıyla hizmet etmektedir.

Hekimin mesleğin icrası sırasında hastanın kendinden veya hısımlarından doğrudan doğruya veya dolayısıyla öğrendiği, gerek tıbbi gerek tıbbi olmayan

<sup>101</sup> Vikipedi, Hipokrat Andı, [http://tr.wikipedia.org/wiki/Hipokrat\\_Yemini](http://tr.wikipedia.org/wiki/Hipokrat_Yemini), E.T. 11.10.2014.

<sup>102</sup> **Maral Törenli Çakıroğlu**, “*Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu*”, DEÜHFD, C. 12, S. 2, Y. 2010, s.170.

<sup>103</sup> **Murat Doğan**, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (Mersin 2009), s.41.

<sup>104</sup> **Törenli Çakıroğlu**, s.171.

hususlar sır sayılır<sup>105</sup>. Hastanın herkese anlattığı veya doğası gereği açık olan bilgiler mesela hastanın bir bacağının olmaması felçli olması gibi bilgiler sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmemelidir<sup>106</sup>. Ya da mahkeme bir şahsın belirli bir hastalığından dolayı kısıtlanmasına karar vermiş ve bu karar da ilan edilmiş ise, hekimin bu bilgiyi başkalarına söylemesi sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak değerlendirilmemelidir<sup>107</sup>. Hekimin özel hayatında elde ettiği bilgiler, ayrıca resmi bir hasta hekim ilişkisi olmaksızın örneğin komşunun hekime asansörde karşılaştığında şikâyetlerini belirtmek üzere aktardığı bilgiler de sır saklama kapsamında değildir<sup>108</sup>.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü hasta ile aralarında yapmış oldukları sözleşme gereği olabileceği gibi bu yükümlülük aynı zamanda şahsiyet haklarına saygılı davranmanın da doğal neticesidir. Bireyin olduğu kadar hekimin ailenin ve de toplumun korunan menfaatleri söz konusu olabilmektedir<sup>109</sup>. Hastanın özel bir hastaneye başvurması durumunda, hasta ile hekim arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi doğmayacaktır. Bu ihtimalde hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi adı verilen karma nitelikli bir sözleşme oluşacaktır. Bu sözleşmenin tarafı doktor değil hastanedir. Eğer tıbbi müdahale kamuya ait bir sağlık kuruluşunda özellikle bir kamu hastanesinde meydana gelmesi durumunda hasta bir kamu hizmeti almış olur ve devletin sorumluluğuna gidilir<sup>110</sup>.

Tıbbi sorumluluk hukukunda tıpkı hekimin sır saklama yükümü gibi hastane işletmecisi ve hastanede çalışan tüm personelin de, bakım ve tedavi hizmetlerinin ifası sürecinde hasta ile ilgili olarak edinilen ve gizlilik niteliği bulunan her türlü bilgiyi üçüncü kişilere aktarmama yükümü vardır<sup>111</sup>. Tedaviyi bizzat yürüten hekim sır saklama yükümü altında olmakla birlikte bilgisine müracaat edilen hekimler, maiyetinde çalışan asistanlar, ebe, hemşire, hasta bakıcı ve idari memurlar da bu yükümlülük altındadırlar. Örneğin doğum için hastaneye müracaat eden bekar bir kadın için sır saklama yükümlülüğü bütün bu kimseler için söz konusu olmalıdır<sup>112</sup>.

<sup>105</sup> **Hans Langmack**, “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü”, çeviren; **Erdener Yurtcan**, İÜHFİM, C.39, S.1-4, Y. 1974, s.455.

<sup>106</sup> **Hakeri**, s.800.

<sup>107</sup> **Yusuf Büyükay**, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S.1-2 (2004), s.387.

<sup>108</sup> **Hakeri**, s.801.

<sup>109</sup> **Büyükay**, s.383-384.

<sup>110</sup> **Doğan**(Murat), s.42.

<sup>111</sup> **Mehmet Demir**, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, s.236.

<sup>112</sup> **Büyükay**, s.387-388.

Sır saklama, hekimlerin en önemli ödevlerinden birisi olsa da; istisnaları bulunmaktadır. Hekimin sır saklama yükümlülüğü mutlak bir kural değildir. Kimi durumlarda hekimin sır saklama yükümlülüğü tamamen kalkar, kimi durumlarda ise sınırlanır. Hukuka uygun sır açıklamaları şu şekildedir;

İlk olarak sır sahibi hastanın kendisine ait sırların açıklanmasına rıza göstermesi en temel hukuka uygunluk hallerinden biridir<sup>113</sup>. Ancak kişinin rızasının bulunması hekime kişinin bilgilerini sınırsız olarak açıklama hakkı vermez. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde, bilginin açıklanması kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğurması halinde, hastanın rızasının bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmayacağı düzenlenmiştir. Rızaya dayalı bilgi açıklaması kişilik hakkının sınırları dâhilinde ölçülü bir şekilde kullanılmalıdır.

İkincisi ise Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. Hekimler halk sağlığını yakından ilgilendiren durumlarla karşılaştıklarında söz konusu durumu ilgili yetkili makama bildirmekle yükümlüdürler. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57, 97, 107, 114. maddelerinde yer alan bazı bulaşıcı tehlikeli hastalıkların duyurulması gerekmektedir<sup>114, 115</sup>.

Üçüncüsü zorunluluk halidir. Hekimin mesleğini icra ederken öğrendiği hastaya ait bir sır, üçüncü kişilerin hayatları ya da sağlıkları için ciddi bir tehdit

<sup>113</sup> Törenli Çakıroğlu, s.174.

<sup>114</sup> Hayrunisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S.1, Y. 2010, s.158.

<sup>115</sup> UHK m.57'ye göre “Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir”. Aynı Kanun 97. maddesinde sıtmalı hastaların, 104. maddesinde frengi hastalarının, 107. maddesinde zührevi hastalığa sahip olanların, 114. maddede veremli hastaların ilgili birimlere bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. UHK m.57 ve ilgili diğer düzenlemelerde AIDS ile ilgili her hangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu durumda, kendisine gelen hastanın AIDS olduğunu anlayan hekimin bunu ilgili makamlara ve hastanın yakınlarına (örneğin hastanın eşine) bildirmek zorunda olup olmadığı ortaya konulmalıdır. 1985 yılında bildirilen ilk HIV(+) olgunun ardından, Sağlık Bakanlığı Genelgesi ile HIV/AIDS bildirimini zorunlu hastalıklar listesine alınmıştır. 1986 yılında tüm kan ve kan ürünlerinin HIV yönünden taranmasına ilişkin genelge yürürlüğe girmiş ve 1987'de serolojik testler yapılmaya başlanmıştır. 1994 yılında ise HIV/AIDS bildirimleri, kodlu hale getirilmiştir.

oluşturursa hekimin durumu yetkili mercilere ve ilgili şahıslara bildirmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>116</sup>.

Dördüncü hal bilirkişiliktir. Hekim, bilirkişi olarak tayin edilmişse hastayı muayene edip tespit ettiği hususları düzenlemiş olduğu bir raporla mahkemeye sunmak zorundadır. Bu durumda sır saklama yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır<sup>117</sup>. Hekim, bilirkişi olarak atanması durumunda hasta ile alakalı tüm tetkikleri, hastanın kendisine anlattığı tıbbi sırları objektif olarak mahkemeye sunmak zorundadır, bu durumda meslek sırrını açıklama suçu oluşmayacaktır<sup>118</sup>.

Hasta tarafından hekime karşı açılan davada, hekimin kendisi savunmak amacıyla hasta hakkındaki bilgileri açıklayıp açıklayamayacağı<sup>119</sup> ve tedavi ücretini tahsil edemeyen hekimin bu amaçla açtığı davada hastaya ait bilgileri açıklayıp açıklayamayacağı konusu tartışmalıdır<sup>120</sup>. Kanaatimizce hekim, ölçülü olmak kaydıyla ispata yetecek bir kısım verileri açıklamalıdır.

5271 sayılı CMK m.46/1-b hükmünde de, hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne işlerlik sağlama adına, hekimlerin tanıklıktan çekinebileceği düzenlenmiştir; yine aynı maddenin ikinci fıkrasında hastanın rızasının bulunması durumunda hekimin tanıklık yapmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Tanıklıktan çekinme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 249. maddesinde de CMK m.46/1-b hükmüne benzer şekilde düzenlenmiştir. Hüküm şu şekildedir; *“Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler”*.

Hekimin ihbar yükümlülüğü de (TCK m.280) sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olarak kabul edilmektedir. Yaralanmış, zehirlenmiş veya saldırıya uğramış bir kimseyi tedavi eden hekimin olayı adalete bildirmesi mağdura ait bir sırrı açıklama anlamına gelmez. Çünkü sır mağdura ait olmayıp saldırıyı yapan kişi için önemlidir<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> **Büyükcay**, s.390.

<sup>117</sup> **Törenli Çakıroğlu**, s.178.

<sup>118</sup> **Doğan**(Cahid), s.127.

<sup>119</sup> Hasta tarafından hekime karşı açılan davada, hekimin kendisi savunmak amacıyla hasta hakkındaki bilgileri açıklayabileceği yönünde bkz. **Doğan** (Murat), s.53.

<sup>120</sup> **Büyükcay**, s.390.

<sup>121</sup> **Cemal Öztürkler**, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s.293-294.

Son olarak ferdileştirme yapılmaksızın yapılan açıklamalar şayet şartlara göre ferdileştirme mümkün değilse; mesela bilimsel eserlerde olduğu gibi isim zikretmeksizin yapılan bildirmelerin de hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir<sup>122</sup>.

#### 14. Hasta Mahremiyeti

Özel yaşam ya da mahremiyet genel olarak kişilerin yalnız başına kalabildikleri istedikleri gibi düşünüp davranabildikleri başkalarıyla hangi yer zaman ve koşullarda ne ölçüde ilişki ve iletişim kuracaklarına bizzat kendilerinin karar verebildikleri bir alanı ve bu alan üzerinde sahip olunan hakkı ifade eder<sup>123</sup>. Mahremiyet sosyal ilişkilerde bireyler ve kurumlar arasında bir mekanizma olarak anlaşılmakta ve modern anlamıyla yalnız bırakılma hakkı olarak tanımlanmaktadır<sup>124</sup>.

Mahremiyet, tıpta hastanın kişisel ve gizlilik düşüncesine saygının gelişmesine ve tıbbın temel bir amacı olan hastanın sağlık bakımından geliştirilmesi üzere iki amaca hizmet eder. Kişisel ve gizlilik düşüncesine saygının bir sonucu olarak, hastanın en özel fiziksel ve psikolojik sırları mahcubiyetini ve hassasiyetini azaltmak için gizli tutulur<sup>125</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "mahremiyete saygı gösterilmesi" başlıklı 21. maddesinde hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu, her türlü tıbbi müdahalenin hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edileceği, eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınacağı düzenlenmiştir.

Bu hastaların muayeneleri sırasında bir yakınlarının yanlarında bulunması ve tedavi ile doğrudan ilgisiz kişilerin odada bulunmaması düzenlenmiştir. Hatta araştırma hastanelerinde stajyer veya öğrencilerin bulunmasını reddetmesi bir hasta hakkı olarak tanınmış olmasına rağmen uygulamada buna pek fazla riayet edilmediği gözlenmektedir<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Langmack, s.462.

<sup>123</sup> Mehmet Yüksel, "Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 58, S. 1, Y.2003, s.182.

<sup>124</sup> Gürsoy Akça/ Doğa Beşer, "Karanlığın Yok Oluşu" Gelişen Teknolojinin Gizlilik ve Mahremiyet Üzerindeki Etkileri", Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Bahar 2011 S; 26, s.24.

<sup>125</sup> M. Cumhuri İzgi, "Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri", Türkiye Biyoetik Dergisi, C.1, S.1, Y. 2014, s.33.

<sup>126</sup> Deryal, s.83.

### 15. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Veriler

4 Kasım 1950 yılında Roma'da imzalanan ve Türkiye tarafından da 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmış bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygı başlığını taşımaktadır. Bu maddenin birinci fıkra hükmüne göre "*herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*"<sup>127</sup>. Sözleşmede kişisel verilerle ilgili bir hüküm yoktur ancak mahkeme konuyla ilgili ilk kararlarından itibaren bireyin özel yaşamıyla ilgili bilgilerin toplanmasını ve gizli bilgi kütüğünde saklanmasını ve bu tür bilgilerin ilgililere verilmesini sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir<sup>128</sup>.

25.02.1997 tarihli Z-Finlandiya kararı kişisel ve tıbbi bilgilerin 8. maddenin korunması altında olduğuna hükmedilmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>129</sup>. Dava konusu olay HIV hastası olan başvuran hakkındaki tıbbi bilgilerin cinsel saldırıyla ilgili dava sırasında ifşa edilmesidir<sup>130</sup>.

Mahkeme'ye göre, sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi, Sözleşme'ye taraf devletlerin yasal sistemlerinde temel bir prensiptir. Bu konunun önemi sadece bireyin mahremiyet hakkıyla değil, aynı zamanda tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine güveniyle de ilgilidir. Böylece gizliliği korumamak tıbbi yardıma ihtiyaç duyan kişilerin, uygun tedaviyi görmeleri için gerekli olan kişisel bilgileri açıklamalarını veya işin başından tıbbi yardıma başvurmalarını caydıran sonuçlar doğurabilir. Mahkeme, bu durumun sadece söz konusu kişilerin sağlığını tehlikeye atmakla kalmayacağını, aynı zamanda bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplum sağlığını da tehlikeye atacağını belirtmiştir. Tıbbi verilerin korunması konusunda bir hastanın ve genel olarak toplumun hakları, bir suçun soruşturulması ve yargılanmasında ve yargılamanın kamuya açık olmasının yararından daha az ağırlıklı olabilir. Her bir dava, özel içeriğine göre değerlendirilmeli ve devletin bu konudaki takdir hakkı göz önünde bulundurulmalıdır<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya 2003, s.199.

<sup>128</sup> Osman Doğru/ Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Ankara 2013, s.6.

<sup>129</sup> Berber/ Ülgü/ Er, s.108.

<sup>130</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kişisel Verilerin Korunması Bilgilendirme Notu, Temmuz 2012 [http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel\\_veriler.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel_veriler.pdf), E.T. 13.11.2014.

<sup>131</sup> Dutertre, s.216-217-218.

Z-Finlandiya davasında Mahkeme, şahidin tıbbi kayıtlarının ifşasının, 8. maddenin 2. fıkrasındaki anlamıyla<sup>132</sup>, mahkeme açısından “gerekli” olduğuna karar vermiştir. Ancak Mahkeme, temyiz mahkemesi kararında şahidin adının ve HIV statüsünün yayınlanmasının herhangi bir meşru amaç için gerekli olmadığına karar vermiştir. Davacının tıbbi kayıtlarının detaylarını (HIV statüsü) içeren dava dosyalarının, 10 yıl sonra kamuya açık hale gelmesinden ve 10 yıl sonra söz konusu kişinin hala hayatta olma olasılığı olmasından yola çıkarak da Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır<sup>133</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 04.12.2008 tarihli S. ve Marper - Birleşik Krallık Davası’nda başvuranların haklarında açılan dava sürecinde alınan parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin, beraat etmelerine ve başka bir davada ceza kovuşturmasına yer olmadığına karar verilmesine rağmen süresiz biçimde tutulmasına devam edilmesi yüzünden 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>134</sup>.

Mahkeme, kişilerin parmak izleri, biyolojik örnekleri ve DNA profilleri gibi kişisel verilerinin saklanmasına ilişkin ayrıntılı hukuksal incelemeler ve karşılaştırmalar yaptıktan sonra, başvuranlar gibi suçlu olduğundan şüphelenilen fakat mahkûm edilmemiş kişilerin parmak izleri, biyolojik örnekleri ve DNA profillerinin muhafaza edilmesinde kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge sağlanamadığını, savunmacı devletin kabul edilebilecek takdir marjını aşmış olduğunu, uygulamanın demokratik bir toplumda gerekli görülemeyeceğini ve başvuranların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi haklarına orantısız şekilde saldırı oluşturduğunu kabul ederek savunmacı devletin AİHS’nin 8. maddesine aykırı hareket ettiğine karar vermiştir<sup>135</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 27.08.1997 yılında M.S. - İsveç Davası’nda başvuranın geçirdiği kürtaj hakkında bilgi içeren tıbbi kayıtların sosyal güvenlik kurumuna iletilmesinde 8. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığı: söz

<sup>132</sup> 8. maddenin 2. fıkrası şu şekildedir; “*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlilik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörölmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir*”. Dutertre, s.239.

<sup>133</sup> **Ursula Kilkelly**, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz), Almanya 2001, s.68-69.

<sup>134</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kişisel Verilerin Korunması Bilgilendirme Notu, Temmuz 2012.

<sup>135</sup> **Mehmet Can Akyol**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi S. ve Marper Birleşik Krallık Davası Kararı(Başvuru no: (Başvuru no.30562/04 ve 30566/04) Strazburg 4 Aralık 2008, <http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m8/sveMarperBirlesikKrallik.pdf> s.30-31, E.T. 13.11.2014.



konusu kurum, başvuranın sırf yararlanmasına yönelik tazminat talebini incelemekten sorumlu olduğu için ilgili kliniğin başvuranın tıbbi kayıtlarını iletmek için ilgili ve yeterli nedeni olduğu belirtilmiştir<sup>136</sup>. Mahkeme davada, hak talebinde bulunan bir kişinin sigortadan yararlanması için tıbbi geçmişine ait bilgilerin Devletin tıbbi kurumları tarafından sosyal sigorta yetkililerine verilmesinin meşru olduğuna karar vermiştir. İfşa edilen bilgilerin sigorta talebiyle ilgili olduğu, bir gizlilik yükümlülüğü olduğu ve bilgilerin istismarı durumunda personele özel ve/veya ceza davası açılabileceği için Mahkeme bu önlemi orantılı bulmuştur<sup>137</sup>.

### 16. Biyotıp Sözleşmesi

TBMM tarafından 5013 sayılı kanun numarasıyla 03.12.2003 tarihinde, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunla kabul edilen Biyotıp Sözleşmesinin “özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı” başlıklı 10. maddesi şu şekildedir:

*“1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*

*2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.*

*3. İstisnai durumlarda, 2'nci paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir.”*

Anayasamızın 20. maddesi son fıkrasında yer alan düzenlemeyle Sözleşmenin düzenlemesi benzer hükümler içermektedir.

### 17. Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme

108 numaralı Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından 29 Ocak 1981 yılında Strasbourg'ta imzalanmıştır.

Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin, m.5/b ve e bentlerine göre, kişisel veriler:

*“b- Belli ve meşru amaçlar için kaydedilmeli ve kaydedilme amacına aykırı şekilde kullanılmamalıdır;*

<sup>136</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Bilgi Notu, Temmuz 2012, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel\\_veriler.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel_veriler.pdf), E.T. 13.11.2014.

<sup>137</sup> Kil Kelly, s.69-70.

*e- İlgili kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçim altında ve kaydedildikleri kaydedilme amacı için gerekli görülen süreyi aşmayacak bir süre için muhafaza edilmelidir.”*

Sözleşmenin amacı *her biri tarafın ülkesinde uyrukluğ u veya ikametgâhı ne olursa olun her bir gerçek kişinin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendisiyle ilgili kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında özel hayata saygı hakkını güvence altına almaktır*<sup>138</sup>.

Sözleşme yalnızca otomatik işleme tabi tutulan verileri kapsamakta ve en önemlisi taraf devletler bakımından bağlayıcı nitelik taşımaktadır<sup>139</sup>.

Bakanlar Kurulunca 21.07.2014 tarihinde kararlaştırılan “Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı” 01.08.2014 tarihinde meclise sunulmuştur. Tasarı şu anda meclis komisyonundadır<sup>140</sup>.

Sözleşme 1981 yılında imzalanmıştır ancak Türkiye henüz sözleşmeyi uygun bulmamıştır. Sözleşmeyi imzaladığı halde kanunu çıkarmayan tek Avrupa Konseyi üyesi ülke Türkiye’dir. Kanun tasarısı 2014 yılında Meclise sunulmuş hala komisyonda beklemektedir. Sözleşmenin uygun bulunup yürürlüğe konulması otomatik işleme tabi tutulan verilerin korunması bakımından önemlidir.

### **18. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü İlkeleri**

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), 1980 yılında özel yaşamın korunması ve kişisel verilerin sınır ötesi akışına ilişkin yönlendirici ilkeleri yayınlamıştır. OECD üyeleri bakımından herhangi bir bağlayıcılık taşımayan bu ilkeler ulusal düzeydeki veri koruma yasalarının birbiri ile uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır<sup>141</sup>.

### **19. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İlkeleri**

Birleşmiş Milletler teknolojideki ilerlemeye bağlı olarak 1990 yılında bağlayıcı olmayan bir tavsiye yayımlayarak kişisel veri dosyalarının bilgisayar aracılığıyla işlenmesinde genel ilkeler öngörmüştür. Düzenleme üye devletlerin asgari bir standartta buluşmasını hedeflemektedir<sup>142</sup>.

<sup>138</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf>, m.1, E.T. 22.10.2014.

<sup>139</sup> Aksoy, s.5.

<sup>140</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.sorgu\\_yonlendirme](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme) E.T. 22.10.2014.

<sup>141</sup> Aksoy, s.4

<sup>142</sup> Başalp, s.24-25

## 20. Avrupa Birliği Direktifleri

Kişisel verilerin korunması konusunda çıkarılan en etkili özel koruma düzenlemesinin 24 Ekim 1995 tarih ve 95/46/EC sayılı, “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi” olduğu söylenebilir<sup>143</sup>. Avrupa Birliği’nin 1995 yılında yayınladığı 95/46/EC sayılı direktifin ardından söz konusu direktifi tamamlayıcı nitelikte başka direktifler de yayınlanmıştır. Tamamlayıcı olarak 15 Aralık 1997 tarih ve 97/66/EC sayılı “Haberleşmenin Gizliliği Direktifi”ni çıkarmıştır<sup>144</sup>. Benzer bir düzenleme 12.07.2002 tarih ve 2002/58/EC sayılı “Özel Yaşamın Gizliliği ve Elektronik Haberleşme Direktifi” ile yapılmıştır. Bu direktifin, 95/46/EC sayılı Direktifi elektronik iletişim alanında tamamlayıcı özelliği bulunmaktadır<sup>145</sup>. Ayrıca 15 Mart 2006 tarih ve 2006/24/EC sayılı “Kamuya Açık Haberleşme Hizmetleri veya Kamu Haberleşme Şebekesi ile Bağlantılı Olarak Üretilen veya İşlenen Verilerin Saklanması İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi” de 2002/58/EC sayılı direktifin bir tamamlayıcısı olarak kabul edilmiştir<sup>146</sup>.

Bunun yanında 15 Şubat 2007 tarihinde Avrupa Birliği ulusal veri korunması görevlilerinden oluşan Article 29 Çalışma Grubu “Elektronik Sağlık Kayıtlarında Yer Alan Sağlığa İlişkin Verilerin İşlenmesine İlişkin Çalışma Dokümanı”nı yayınlamıştır. Çalışma Grubu elektronik sağlık kayıt sistemleri bakımından uygulanacak veri korunması yasal çerçevesinin yorumuna ilişkin olarak rehberlik etmekte ve bazı genel ilkeleri açıklamaktadır. Doküman ayrıca elektronik sağlık sistemlerinin kurulmasında göz önünde bulundurulması gereken veri korunması istekleri ile aynı şekilde ilgili koruma önlemlerine de işaret etmektedir<sup>147</sup>.

## 21. Avrupa Konseyi’nin Tavsiye Kararları

Avrupa konseyinin birçok tavsiye kararı yayınlamıştır. Bunlardan bazıları şunlardır; 13 Şubat 1997 tarihli Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin R(97) 5 No.lu Tavsiye Kararı, Telekomünikasyonda Veri Korunması Hakkındaki Ulusla-

<sup>143</sup> Akgül, Kişisel Verilerin Korunması, s.212.

<sup>144</sup> Akgül, Kişisel Verilerin Korunması, s.215.

<sup>145</sup> Başalp, s.24.

<sup>146</sup> Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Parlamentosu’nun, Kişisel Verilerin Tutulmasına İlişkin 15 Mart 2006 tarih ve 2006/24/EC sayılı Veri Tutulmasına İlişkin Direktif’i (Data Retention Directive) 8 Nisan 2014 tarihinde yürürlükten kaldırmıştır. Avrupa Adalet Divanı, 8 Nisan 2014 tarihli kararı ile, Direktif hükümlerinin Avrupa Temel Hakları Şartı’nın 7. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesine aykırı olduğu ve kişisel veri mahremiyetini ihlal ettiği kanaatine ulaşarak Direktifi yürürlükten kaldırmıştır (par. 34-36). Karar metni için bkz. **Grand Chamber**, Digital Rights Ireland Ltd. (C-293/12) v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0293&rid=1> E.T. 13.01.2015.

<sup>147</sup> Berber/ Ülgü/ Er, s.137.

rarası Çalışma Grubu'nun "Elektronik Sağlık Kayıtlarının Online Kullanılabilirliğine İlişkin Çalışma Tablosu", AB Komisyonunun bilimde ve yeni teknolojilerde etİge ilişkin Avrupa Grubunun görüşü: Bilgi Toplumunda Sağlığa İlişkin Etik Sorunlar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye devletlere yönelik Sigorta Amaçlarıyla Kişisel Verilerin Toplanması ve İşlenmesi Hakkında Tavsiye Kararı Rec (2002)9, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye devletlere yönelik Ödeme ve İlişkili Diğer İşlemlerde Kullanılan Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki R(90) 19 No.lu Tavsiye Kararı'dır.

## **B. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında İdarenin Yükümlülükleri**

### **1. Kişisel Verileri Koruma Kurulu**

Veri koruma otoriteleri kişisel verilerin korunması açısından güvence sağlayan en önemli unsurlardandır. Veri koruma kanunu bulunan 99 ülkeden 85'inde veri koruma otoritesi oluşturulmuştur. Uluslararası düzenlemelerde bu otoritelerin üzerlerine düşen görevi gerektiği şekilde yerine getirebilmeleri için bağımsız (independent), tarafsız (impartial) ve teknik kapasite açısından yetkin ve yeterli (technically competent) yapıda oluşturulmalarına vurgu yapılmıştır<sup>148</sup>.

Kişisel verilerin etkin şekilde korunması için ülke düzeyinde teşkilata ihtiyaç vardır. Adalet Bakanlığı tarafından 08.06.2012 tarihinde Başbakanlığa gönderilen, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nda bağımsız bir kişisel verileri koruma kurulu kurulacağı belirtilmiştir.

Tasarının 18. maddesinde bu kanunla verilen görevleri yapmak üzere, bağımsız bir Kişisel Verileri Koruma Kurulu oluşturulacağı, 19. maddesinde Kurul'un görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Görevleri şunlardır; kişilik hakları ihlâl edilenlerin başvuruları hakkında karar vermek, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin konularda düzenleyici işlemleri hazırlamak, veri koruma hukuku alanındaki gelişmeleri takip etmek ve bunların uygulanması için gerekli önlemleri almaktır.

Tasarının 15. maddesine göre Kişisel Verileri Koruma Kurulu Genel Sekreterliği'nin veri kütüğü sicili tutması gerekmektedir. Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin veri kütüğü kurmadan önce sicile kaydolmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme sayesinde kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişiler kayıt altında tutulacaktır.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca 7.04.2008 tarihinde kararlaştırılan, 22.04.2008 tarihinde meclise sunulan Kişisel Verilerin

<sup>148</sup> Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu'nun 27.01.2013 tarih ve 2013/3 sayılı Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Ulusal ve Uluslararası Durum Değerlendirmesi ile Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Gerçekleştirilen Denetim Çalışmaları Raporu.; <http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk56.pdf>, s.791, E.T. 03.11.2014.

Korunması Kanunu Tasarınının 19. maddesinde kişisel verileri koruma kuruluna ön inceleme yapma görevi verilmişti. Şu an mecliste bulunan tasarıda ön incelemeye yer verilmemiştir. Hükme göre kurul, gerçek ve tüzel kişiler veri işleme başlamadan önce bir ön inceleme yapar, ön inceleme sonuçlanmadan veri işlemesi yapılamaz. Bu düzenleme verisi işlenecek kişilerin, kişiliklerine, temel hak ve özgürlüklerine yönelik risk taşıma ihtimali olan ve kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelere uygun olmayan ve sağlık verileri için gerekli koşulları taşımayan veri işlemlerini tespit etmek bakımından gerekli olduğu için şu an mecliste bulunan tasarıda ön incelemeye yer verilmemesi eksikliklerdir.

## 2. Veri İşleme Yetkisi Kanunla Tanınmış Olmalıdır

Kamu hizmeti sunan idarelere, kişisel verilerin kaydedilmesine ve işlenmesine olanak tanıyan (yetki veren) açık bir yasal düzenleme bulunmalıdır<sup>149</sup>. Yasal dayanak olmadan kişisel verilerin kaydedilmesi ve işlenmesi hukuka aykırıdır<sup>150</sup>.

Kişisel verilerin işlenebilmesi için, esas olarak hukuksal bir temelin bulunması (şekli izin kaydı) zorunludur ve bu yasal düzenlemenin ilgilinin kişisel verilerinin korunması hakkına müdahaleyi içerik olarak haklı kılması gerekmektedir<sup>151</sup>. Kişisel verilerin kaydedilmesi ancak bu kaydetme veri toplamının yasal amacı için gerekli ise söz konusu olmalıdır<sup>152</sup>.

<sup>149</sup> Yapılan işlemlerin kayıtlarının tutulması gerektiği Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda (R.G.'de yayın 14.04.1928) 72. maddede belirtilmiştir. Buna göre hastaların isim ve hüviyetlerini kayda zorunludur. Özel Hastaneler Yönetmeliği (R.G.'de yayın 27.03.2002), m.48, m.34 ve 50'inci maddelerinde kayıt zorunluluğu öngörülmüştür. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde (13.1.1983 tarihli ve 1927 sayılı R.G. ve değişiklik 05.05.2005 tarihli ve 25806 sayılı R.G.) m.66-70, m.71-76 ve 81-87'inci maddelerde kayıt zorunluluğu öngörülmüştür.

<sup>150</sup> "İdarelerce, gelişen teknolojinin kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması amacıyla, kamu kesiminde kullanılmaya başlanması mümkün olmakla birlikte, teknoloji kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması ve uygulamasının ilgili Anayasal düzenleme uyarınca belirli bir yasal çerçeve içine oturtulması, konuya ilişkin usul ve esasların yasa hükmü ile tespit edilmesi ve yine Anayasa'daki ve uluslararası metinlerdeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere uygun olması gerektiği kuşkusuzdur. Pozitif hukukumuzda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak Anayasanın 20. Maddesi hükmü çerçevesinde yürürlüğe konulmuş yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi....kanunda davalı kuruma yetki veren bir düzenleme yer almamaktadır.

*Bu bağlamda, Anayasa'nın yukarıda alıntısı yapılan hükümleri ve uluslararası metinler uyarınca güvence altına alınan ve kanunla düzenlenmesi gereken kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak uygulamanın sınırlarını, kişisel verinin nasıl depolanıp kullanılacağını tespit eden usul ve esasları gösteren bir düzenleme olmadan çıkarılan dava konusu Yönetmelik hükmünde hukuka uyarluk bulunmamaktadır."* denilmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 06.03.2014 tarih ve YD itiraz No. 2013/819 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T. 13.10.2014).

<sup>151</sup> **Oğuz Şimşek**, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2008, s.99.

<sup>152</sup> **Şimşek**, s.99.

Veri toplama amacı dışında, meşru bir amaçla kaydetme ancak bu tür bir kaydetmenin toplama amacına izin veren yasal düzenleme tarafından öngörülmesiyle söz konusu olabilir. Amaca aykırı ya da yasal amaca dayanmayan kaydetmeler hukuka aykırıdır<sup>153</sup>.

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak, açık kanun hükmüyle herhangi bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, kişisel verilerin kaydedilemeyeceği açıktır. Anayasamızın 13. maddesine göre; özgürlük asıl, sınırlama ise istisnadır<sup>154</sup>. Bu nedenle, bir temel hak ve hürriyeti sınırlayan kanun hükmü bulunmadığı müddetçe özgürlüğe müdahale edilmesi hukuka aykırıdır. Bir temel hak, kanun ile açıkça sınırlanmadıkça, bu hakkın kullanılması engellenemeyeceği gibi, bu hakka kamu otoriteleri tarafından müdahale de edilemez.

Kişisel sağlık verisi toplayacak kişi ve kurumlar tespit edilmeli, bu kişi ve kurumlar dışındaki kişi ve kurumların veri toplamasına engel olunmalıdır. Nitekim Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 6. maddesinde kişisel sağlık verilerinin sır saklama yükümü altında bulunan kişiler tarafından işlenebileceği düzenlenmiştir. Kanuni dayanak olmaksızın yetkisiz kişilerce veri toplanması Anayasa'ya aykırıdır. İdare gerekli denetimleri yaparak kanuni dayanak olmaksızın yetkisiz kişilerce veri toplanmasına ve işlenmesine engel olmalıdır.

### 3. Kişisel Verilerin Toplanmasında Amaç, Asgarilik ve Verilerin İmhası

Öncelikle hastanın verilerinin toplanmasındaki amaç dikkate alınarak amaçla bağdaşmayan veri toplamalarına engel olunmalıdır. Yani toplanan veriler ancak anılan amaç için önemli olmaları sebebiyle işlenmelidir. Toplanacak kişisel veri miktarının sınırlı tutulması yani asgarilik ilkesi açısından amacın belirlenmesi önemlidir.

Sağlık Bakanlığı'nın sağlıkta dönüşüm programı kapsamında hazırladığı Sağlık.NET, sağlık kurumlarında elektronik ortamda üretilen verileri, doğrudan üretildikleri yerden, standartlara uygun şekilde toplamayı, toplanan verilerden tüm paydaşlar için uygun bilgiler üreterek birinci, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde verim ve kaliteyi arttırmayı hedefleyen, entegre, güvenli, hızlı ve genişleyebilen bir bilgi ve iletişim platformu<sup>155</sup> olarak tanımlanmaktadır.

<sup>153</sup> Şimşek, s.99.

<sup>154</sup> Nihat Bulut, "4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi", AÜEHFD, C. V, S. 1-4, Y. 2001, s.41; İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1994, s.68.

<sup>155</sup> 25 Soruda 'Sağlık NET 2' Sistemi <http://www.istabip.org.tr/icerik/net2sorucevap.pdf>, E.T. 13.10.2014.

Sağlık.Net'in sağlık sektöründe sorunların ve önceliklerin belirlenmesinde, önlemlerin alınmasında, sektör kaynaklarının, çalışma ve yatırımların planlanmasında, sunulan sağlık hizmetlerinin kalitesinin değerlendirilmesinde aldığı rolün yanı sıra bilimsel araştırma ve çalışmalarda kullanılmak üzere yeterli düzeyde veri toplayacak ve işleyecek bir fonksiyon üstlendiği belirtilmiştir<sup>156</sup>.

Sağlık.NET 2 sistemi, kamu ve özel bütün sağlık kuruluşlarını hastayla ilgili birçok bilgi toplayıp merkezi sisteme göndermekle yükümlü tutmaktadır. Sistemin toplayıp merkezi sisteme göndermekle yükümlü tuttuğu bilgiler yalnızca bildirim zorunlu hastalıklara ilişkin değildir. Bunların yanı sıra istenen bilgiler içinde; kimlik, adres, iletişim bilgileri, hamilelik testleri, sağlık geçmişi, özrürlük durumu, medeni hal, alkol-madde-sigara kullanımı, iş, meslek, öğrenim durumu, eğitim kurumuna devam etme durumu, gelir durumu, ailesinde intihar girişimi, cinsel partner bilgileri, kişisel bakım, kişisel hijyen, mahkumiyet/tutukluluk durumu, hastalık şikayetleri, hastanın öyküsü (anemnezi), bütün tetkik sonuçları, tetkik istenen kurumlar, 15-49 yaş arası kadınların, doğum, düşük türü ve sayıları, kadın sağlığı işlemleri, kullanılan aile planlaması yöntemi, gebelik tespiti sonuçları, son adet tarihi, babanın kan grubu, gebe olduğu tespit edilmiş olsun ya da olmasın, doğum ya da düşükle sonuçlanan tüm gebelikler, ağız ve diş sağlığı ile ilgili tüm koruyucu hekimlik, teşhis ve tedavi işlemleri ve daha pek çok bilgi yer almaktadır<sup>157</sup>. Bu bilgiler arasında alkol-madde-sigara kullanımı, sağlık geçmişi gibi kişinin sağlığıyla ilgili olup, hassas kişisel veri kategorisinde yer alan bilgiler de bulunmaktadır.

Sağlık Bakanlığı tarafından hastaların bütün sağlık verilerinin kişilerin kimlikleri anlaşılabilir biçimde ve sınırlandırılmadan toplanması uluslararası ve ulusal alandaki kişisel verileri koruyucu düzenlemelere aykırıdır. Nitekim Danıştay bir kararında kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri kamu hizmeti sırasında, hizmetten yararlanan kişilerin bazı kişisel verilerine ulaşmalarının hizmetin yürütülebilmesi için zorunluluk taşıdığını belirtmiştir. Ancak, ulaşılan bu kişisel verilerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin, tümünün yazılı bir şekilde kayıt altına alınmasının, Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık oluşturacağını, sadece hizmetin yürütülebilmesi için gerekli olan bilgilerin kayıt altına alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> <http://www.e-saglik.gov.tr/belge/1-33811/sagliknet-hakkinda.html>, E.T. 13.10.2014

<sup>157</sup> İstanbul Tabip Odası Hukuk Bürosu, "25 Soruda Sağlık.NET 2 Sistemi", <http://www.istabip.org.tr/icerik/net2sorucevap.pdf>, E.T. 13.10.2014.

<sup>158</sup> "Anayasanın 20. maddesinde, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı, kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya

Ayıklanmadan veri toplanması yanında Sağlık.NET 2 sistemi verileri merkezi olarak tek bir bilgisayar ortamında, tek bir fiziksel veri tabanında tutmaktır. Bu durum iki yönden sorunludur. Birincisi sistemin merkezi olmasıdır. Sistem merkezi olduğu için bir noktadan tüm verilere ulaşmak mümkündür. Bu nedenle bütün veriler kopya edilmeye müsait hale gelmektedir. İkinci sorun da hem doktor hem de hasta açısından sistemin zorunlu olmasıdır<sup>159</sup>.

Mevcut durumda bilgilerin bu şekilde kayıt altına alınmasının, demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak kabul edilmesi mümkün değildir ve Sağlık.NET 2 uygulaması başta Anayasa'nın 20. maddesi olmak üzere hukuka aykırı bir uygulamadır. Bilgi içeriklerinin sınırlandırılması, azaltılması ve ayıklanmasının yanı sıra, ad ve soyadın kodlanması, sadece hasta ve hekimin göreceği şekilde şifrelenmesi, bilgilerin korumalı başka bir veri tabanına kaydedilmesi gibi pek çok araç kullanılarak amaca elverişli şekilde hasta verileri işlenebilir.

Veri toplanması yanında toplanan verilerden kullanım dışı kalan kişisel veriler imha edilmelidir. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu'nun 27.01.2013 tarih ve 2013/3 sayılı Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Ulusal ve Uluslararası Durum Değerlendirmesi ile Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Gerçekleştirilen Denetim Çalışmaları Raporu'nda bu hususa değinilmiş ve şu şekilde ifade edilmiştir; *“kişisel verilerin üçüncü kişilerin eline geçmemesi için, kullanım dışı kalan veya mülkiyeti devredilen üzerine kişisel veri kaydedilmiş donanımların güvenli şekilde imhası veya bu donanımlar üzerindeki verilerin güvenli şekilde silinmesi gerekmektedir. Denetim kapsamındaki kurumlardan sadece birinde kullanım dışı kalan elektronik kayıt ortamlarının güvenli imhası ile ilgili yazılı politikanın bulunduğu, ancak bu kurumda da imha işlemi yerine getirmesi gereken personelin politikadan habersiz olduğu ve politikayı uygulamadığı tespit edilmiştir”*<sup>160</sup>.

---

*kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği kurala bağlanmıştır. ... Kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri kamu hizmeti sırasında, hizmetten yararlanan kişilerin bazı kişisel verilerine ulaşmaları hizmetin yürütülebilmesi için zorunluluk taşımaktadır. Ancak, ulaşılan bu kişisel verilerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin, tümünün yazılı bir şekilde aylık periyotlarla kayıt altına alınması, Anayasa'nın 20. maddesi ile korunan özel hayatın gizliliğine aykırılık oluşturacağı gibi; tüm kişisel bilgilerin, her zaman, yürütülen hizmet için gerekli olduğundan söz edilemeyeceği açıktır. Bu durumda, sadece hizmetin yürütülebilmesi için gerekli olan bilgilerle ilgili olarak bir sınırlama getirilmeksizin, özel hayat ve aile hayatına ilişkin bilgilerin kartekse işlenemeyeceği belirtilmeksizin görüşmelere ait tüm kişisel verilerin kartekslere işlenmesini düzenleyen Yönerge'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”* Danıştay 10. Dairesi E. 2011/7001, T.14.10.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T. 13.11.2014).

<sup>159</sup> Kırıldoğ, s.69.

<sup>160</sup> Devlet Denetleme Kurulu Raporu, s.809.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 04.12.2008 tarihli S. ve Marper - Birleşik Krallık Davası'nda başvuranların haklarında açılan dava sürecinde alınan parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin, beraat etmelerine ve başka bir davada ceza kovuşturmasına yer olmadığına karar verilmesine rağmen süresiz biçimde tutulmasına devam edilmesi yüzünden 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>161</sup>. Mahkeme, kişilerin parmak izleri, biyolojik örnekleri ve DNA profilleri gibi kişisel verilerinin saklanmasına ilişkin ayrıntılı hukuksal incelemeler ve karşılaştırmalar yaptıktan sonra, başvuranlar gibi suçlu olduğundan şüphelenilen fakat mahkûm edilmemiş kişilerin parmak izleri, biyolojik örnekleri ve DNA profillerinin muhafaza edilmesinde kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge sağlanmadığını, savunmacı devletin kabul edilebilecek takdir marjını aşmış olduğunu, uygulamanın demokratik bir toplumda gerekli görülemeyeceğini ve başvuranların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi haklarına orantısız şekilde saldırı oluşturduğunu kabul ederek savunmacı devletin AİHS'in 8. maddesine aykırı hareket ettiğine karar vermiştir<sup>162</sup>.

3473 sayılı Muhafazasına Lüzum Kalmayan Evrak ve Malzemenin Yok Edilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun<sup>163</sup> kapsamına giren kurum ve kuruluşların<sup>164</sup>, ellerinde bulundurdıkları arşiv malzemesi ile arşivlik malzemeyi korumak, tasnif edip saklamak, yönetmelikte belirtilecek bekletme ve saklama süreleri sonunda Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü'ne teslim etmek ve muhafazasına lüzum kalmayan evrak ve malzemeyi yok etmekle mükellef oldukları hükmü yer almaktadır. Ayrıca arşiv malzemesi ile arşivlik malzemenin temlik tasarruflar amacıyla kullanılamayacağı, tahrip ve tahrif edilemeyeceği ve yurt dışına çıkartılamayacağı hüküm altına alınmıştır(m.1 ve m.3). Kanunun 4. maddesinde kanun kapsamına giren kurum ve kuruluşların kurum arşivlerinde yapılacak ayıklama ve imha işlemleri için, bünyelerinde ayıklama ve imha komisyonları teşkil edeceği belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlemenin kapsamına bazı kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile özel kanunlarla kurulan kamu bankaları ve teşekkülleri girmektedir. Sağlık alanında özel hastaneler de kişisel veri toplamaktadır. Özel hastaneler 3473 sayılı Kanun kapsamına alınmamıştır. Kişilerin verilerinin süresiz

<sup>161</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kişisel Verilerin Korunması Bilgilendirme Notu, Temmuz 2012.

<sup>162</sup> **Akyol**, s.30-31.

<sup>163</sup> 3473 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 28.9.1988, RG, T. 4.10.1988, S. 19949.

<sup>164</sup> "Genel ve katma bütçeli dairelerle (saklama, ayıklama ve imha işlemleri kendi mevzuatına tabi olmak kaydıyla Cumhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve Milli İstihbarat Teşkilatı hariç) mahalli idareler, üniversiteler ve bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kuruluşlar, kamu iktisadi teşebbüsleri, özel kanunlarla kurulan kamu bankaları ve teşekküllerden, elinde arşiv malzemesi ve arşivlik malzeme bulunduran kurum ve kuruluşların..."

şekilde depolanması kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Hassas veri kategorisinde yer alan kişisel sağlık verilerinin uzun süre saklanmaması, amaç hasıl olduktan sonra bu verilerin imhası gerekmektedir. Hasta verilerini toplayıp işleyen tüm kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kuruluşlar için geçerli olmak üzere belirli süreler geçtikten sonra toplanan verilerin imhası standarda bağlanmalıdır.

#### 4. Kişisel Verilerin Paylaşılması

Kişisel verilerin korunması sadece kurum içi tedbirlerin alınması ile sağlanamamaktadır. Kişisel verilerin kurumlar arası paylaşımı da, verilerin korunması açısından önemli bir konuyu teşkil etmektedir. Kurumlar arası paylaşımın niteliği ve şekli kişisel verilerin korunması açısından önemlidir.

Devlet Denetleme Kurulu raporunda; diğer kamu kurumları ve özel kesim ile veri paylaşımında, hukuki dayanağın bulunup bulunmadığı, verilerin talep eden kurum için gerekliliği, talep edilen verinin ilgili kurumun hizmet gerekleri ile orantılı düzeyde olup olmadığı gibi hususlarda yeterli analiz yapılmadan ve etkin karar mekanizmaları oluşturulmadan veri paylaşıldığı yer almaktadır<sup>165</sup>. Bazı kamu kurumlarının sahip olduğu verileri çevrimiçi (online) olarak kamu ve özel kesim kurum ve kuruluşları ile paylaştıkları belirtilmiştir. Ancak veri paylaşım talebinde bulunan kurum ve kuruluşların, çevrimiçi olarak ilgili kurumdan alacağı kişisel verilerin güvenliğini sağlama konusundaki yeterliliğinin araştırılmadığı, bu hususun veri paylaşım protokollerine de ya hiç, ya da yeterince yansıtılmadığı, paylaşılan verileri alan kurumdaki güvenlik düzeyi ile ilgili olarak, genellikle herhangi bir çalışma ve araştırmanın yapılmadığı belirtilmiştir<sup>166</sup>.

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi" başlıklı 47. maddesi şu şekildedir;

*“(1) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıta ile toplama, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir.*

*(2) Bakanlık ve bağlı kuruluşları işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile ancak bu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkili olması halinde ve görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabilir.*

<sup>165</sup> Devlet Denetleme Kurulu Raporu, s.796.

<sup>166</sup> Devlet Denetleme Kurulu Raporu, s.796.

(3) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkilidir. İlgili kişi ve kuruluşlar istenilen bilgileri vermeye yükümlüdür.

(4) Sağlık personeli istihdam eden kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişiler, istihdam ettiği personeli ve personel hareketlerini Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

(5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin hususlar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”.

Maddeye göre Bakanlık ve bağlı kuruluşları bütün özel ve kamu sağlık kurum ve kuruluşlarından sağlık hizmeti alanların, kişisel bilgilerini ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıta ile toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir. Maddenin ikinci fıkrasında Bakanlık ve Bağlı Kuruluşlarının işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile görevlerinin gereği olarak ve görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabileceği belirtilmiştir. Maddede düzenlendiği şekliyle Bakanlığın paylaşma yetkisinin sınırı yoktur. Bakanlığın topladığı kişisel sağlık verilerini diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla ve özel kişi ve kurumlarla paylaşması gereksiz ve veri koruma ilkelerine aykırıdır.

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları, verilere erişiminde yarar bulunan kurumlarla verileri paylaşabilmelidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 27.08.1997 yılında M.S. - İsveç Davası'nda başvuranın geçirdiği kurtaj hakkında bilgi içeren tıbbi kayıtların sosyal güvenlik kurumuna iletilmesinde 8. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığı; söz konusu kurum, başvuranın sırf yaralanmasına yönelik tazminat talebini incelemekten sorumlu olduğu için ilgili kliniğin başvuranın tıbbi kayıtlarını iletmek için ilgili ve yeterli nedeni olduğu belirtilmiştir<sup>167</sup>. Mahkeme davada, hak talebinde bulunan bir kişinin sigortadan yararlanması için tıbbi geçmişine ait bilgilerin devletin tıbbi kurumları tarafından sosyal sigorta yetkililerine verilmesinin meşru olduğuna karar vermiştir. İfşa edilen bilgilerin sigorta talebiyle ilgili olduğu, bir gizlilik yükümlülüğü olduğu ve bilgilerin istismarı durumunda personele özel ve/veya ceza davası açılabileceği için Mahkeme bu önlemi orantılı bulmuştur<sup>168</sup>.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hastaların kişisel verilerine erişmesi gerekli ve yararlıdır. Ancak kararda da belirtildiği gibi Sosyal Güvenlik Kurumu bu verilerin gizlilik ve güvenliğini sağlamalı, başka kişi ve kurumlarla

<sup>167</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Bilgi Notu, Temmuz 2012, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel\\_veriler.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel_veriler.pdf), E.T. 13.11.2014.

<sup>168</sup> Kil Kelly, s.69-70.

paylaşmamalıdır. Sosyal Güvenlik Kurumu dışındaki diğer sigorta şirketleri ile sağlık kurumları arasındaki bilgi akışı da kişisel veriler açısından önem arz etmektedir. Hastaların kişisel sağlık verileri, hastaların sigorta şirketleri ile paylaşılmaktadır. Burada sorun sigorta şirketleri tarafından hasta dosyalarının bir düzenleme olmadan, altyapısı olmadan, sınırlaması olmadan incelenmesidir<sup>169</sup>.

Kişisel verileri koruma hukukunun temel mantığı bakımından Bakanlığın paylaşma yetkisi yasal sınırlamalarla daha da güvenceli hale getirilmelidir. Kişinin, sağlık hizmeti almak amacıyla verdiği bilgilerinin başka amaç için kullanılmaması esas olmakla birlikte KHK'nin bu hükmü<sup>170</sup> yürürlükte olduğu sürece en azından paylaşılacak bilgiler sınırlandırılmalıdır. Hangi amaç için veri talep ediliyorsa o amacı gerçekleştirmeye yetecek ölçüde verinin iletilmesi esas olmalıdır. Bu da kurumlar arası paylaşımında asgarilik anlamına gelir.

Bunun yanında bilgiler paylaşılmadan önce ilgili kişiden izin alınmalı ve kişi bilgilerinin hangi kurumla paylaşıldığını bilmelidir. Başbakanlık tarafından yayınlanan Birlikte Çalışılabilirlik Esasları Genelgesinde; *“kişisel verilerin, bilgiyi temin eden kurum dışında diğer kurumlarca kullanılmasında bilgiyi veren kullanıcının izni esastır. Bilgilerin korunmasından ve amacı dışında kullanılmamasından bilgiyi temin eden ve kullanan tüm kurum ve kuruluşlar ortak şekilde sorumludur. Teknoloji seçimlerinde, bu yönde mahremiyeti sağlayıcı çözümlere gidilmelidir”* şeklinde düzenlemeye gidilmiştir (m.1.3.5.2.)<sup>171</sup>.

Genelgede de ifade edildiği gibi verilerin kişinin izniyle paylaşılması veri koruması hukukunun amacına daha uygun olacaktır. Ayrıca verilerin paylaşıldığı kurum veya kuruluşların da aynı derecede bilgi güvenliği sağlayabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Aksi halde veriyi asıl olarak işleyen kurumun almış olduğu güvenlik önlemlerinin önemi kalmayacaktır. Kurumlar arası paylaşımında güvenliği sağlamak için kurumlar arasında ortak bir gizlilik ve güvenlik

<sup>169</sup> **Gürkan Sert**, *“Kişisel Sağlık Verilerine Mesleki, Etik Yaklaşımlar”*, Kişisel Sağlık Verilerine Mesleki Yaklaşımlar Çalıştayı, İstanbul, 2013, s.13.

<sup>170</sup> Söz konusu kararnamenin bilgi toplama işleme ve paylaşma yetkisi başlıklı 47. maddesinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, Bakanlığa verilen paylaşma yetkisinin genişliğinden, bu şekilde veri paylaşımının ölçülülük ilkesine aykırı olduğundan bahsetmemiştir. Mahkeme, temel hakların KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle hükmü iptal etmiştir. Ancak 12.07.2013 tarihinde kabul edilen ve 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 6495 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 73/h-3'üncü maddesi ile 663 sayılı KHK'nin 47. maddesine iptal edilen hükümler aynı şekilde yeniden eklenmiştir.

<sup>171</sup> E-Dönüşüm Türkiye Projesi Birlikte Çalışılabilirlik Esasları Rehberi, Sürüm 2.1, [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wpcontent/uploads/2014/04/Birlikte\\_Calisabilirlik\\_Esaslari\\_Rehberi\\_2.1.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wpcontent/uploads/2014/04/Birlikte_Calisabilirlik_Esaslari_Rehberi_2.1.pdf) s.6, E.T. 28.10.2014.

politikasının belirlenmesi, güvenlik standardı sağlayamayan kurumlarla verilerin paylaşılmaması gerekmektedir<sup>172</sup>.

Bunun yanında paylaşılan verilerin anonimleştirilmesi veya takma isimle paylaşılması da koruma açısından alınabilecek önlemlerdendir. İsimsiz verilerle bir kişinin kimliğini belirli kılmak mümkün değildir. İsimsizleştirilmiş veriler (anonim veriler) belirli bir kişiyle ilgilidir, bilginin kimle ilgili olduğu belli değildir<sup>173</sup>. Ancak isimlendirilmiş verilerde kişinin kimliği tespit edilebilir. Takma isimli verilerde ise bilginin kime ait olduğu yalnızca ilgili kod çözülerek belirlenebilir<sup>174</sup>. Hastanın verilerinin doğrudan paylaşılması yerine anonimleştirilerek veya takma isimle paylaşılması koruma açısından daha uygundur.

Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Veri Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik Taslağı'nın<sup>175</sup> 6. maddesinde veri paylaşımının esasları düzenlenmiştir. Madde şu şekildedir;

*“(1) Kişisel sağlık verisini işlemek üzere isteyen kişi veya kuruluşlar, yazılı veya ispatlanabilir elektronik ortamda veri sorumlusuna veri paylaşım talebini bildirir. Veri sorumlusu talebi, mevzuatla tanımlanmış görevlerin ifa ve icrasına uygunluğu açısından değerlendirerek uygun görmesi halinde veri paylaşımını yapar. Veri paylaşım talebinde; kurum/kuruluş, kişi adı soyadı, iletişim bilgileri, veri işleme amacı ve hukuki dayanağı, istenilen verinin içeriği ve kapsamı belirtilir.*

*(2) Alıcı, paylaşım ile elde ettiği verileri 5'inci madde hükümlerine uygun şekilde işlemek ve bu verileri her kullanımında ilgili veri sorumlusunu kaynak göstermek zorundadır.*

*(3) Kişisel sağlık verilerinin uluslararası kuruluşlarla paylaşımına uluslararası hukuka uygun olarak Bakanlıkça izin verilebilir. Uluslararası kuruluşların, Avrupa Birliği veri koruması mevzuatına uygun seviyede bir korumayı garanti etmesi ve gerekli güvenlik önlemlerinin alındığını Bakanlığa yazılı olarak bildirmesi zorunludur”.*

<sup>172</sup> TBD Kamu-BİB Kamu Bilişim Platformu X, Kişisel Verilerin Korunması 2. Çalışma Grubu, [http://www.tbd.org.tr/usr\\_img/cd/kamubib15/raporlarPDF/RP2-2008.pdf](http://www.tbd.org.tr/usr_img/cd/kamubib15/raporlarPDF/RP2-2008.pdf) s.62, E.T. 28.10.2014.

<sup>173</sup> CMK' da moleküler genetik incelemede incelemeyi yapacak bilirkişiye incelenecek bulgunun, ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verileceği düzenlenmiştir. (CMK m.79) Kişisel verilerin korunması açısından mevzuat için gerekli ve ileri bir uygulamadır.

<sup>174</sup> **Korff**, New Privacy Challenges, s.48.

<sup>175</sup> Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Veri Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik Taslağı, <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-17634/kisisel-saglik-verilerinin-islenmesi-ve-veri-mahremiyet-.html> E.T. 30.10.2014.

Maddede; mevzuatta öngörülmüş olması halinde, veri sorumlusunu uygun görmesi durumunda ilgili kurum/ kuruluşun adı soyadı, iletişim bilgileri, veri işleme amacı ve hukuki dayanağı, istenilen verinin içeriği ve kapsamı belirtilecek kurumlar arası veri paylaşımının yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddede atıf yapılan kişisel sağlık verilerinin işlenmesi esaslarını düzenleyen 5. maddede genel kurallar belirtilmiş ve söz konusu maddeler bu haliyle tam bir koruma sağlamaktan uzaktır. Madde hükmüne göre, veri paylaşımı veri sorumlusunun takdirine bırakılmıştır. Takdir yetkisinin denetlenmesinin güçlüğü dikkate alındığında geniş bir takdir yetkisi vermek yerine, sınırlandırılmış bir takdir yetkisi vermek veri koruma ilkelerine daha uygun olacaktır.

Kurumlar arası veri paylaşımında gerekli bir düzenleme olan asgari güvenlik tedbirlerine taslakta yer verilmemiştir. Ancak veri güvenliği için verinin paylaşılacağı kurumun asgari güvenlik tedbirlerini almış olduğunun ve bu verileri koruyabilecek niteliğe sahip olduğunun anlaşılması halinde veri paylaşılacağı şeklinde düzenlemeye gidilmelidir.

Taslakta veri paylaşırken anonimleştirmeye ya da takma isimle paylaşmaya ilişkin hüküm de yer almamaktadır. Yalnızca kişisel sağlık verilerinin işlendikten sonra yayımlanması halinde anonimleştirmeye yer verilmiştir. Taslağın 5. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre işlenen kişisel sağlık verileri anonim hale getirilerek yayımlanabilir. Yayımlanırken aranan anonimleştirme şartı paylaşımında da kural haline getirilmelidir.

DDK denetim raporunda da değinildiği gibi, veri paylaşımına ile ilgili bir diğer husus verilerin taşınabilir elektronik ortamlar vasıtasıyla paylaşımıdır. Raporunda durum şu şekilde ifade edilmiştir; “Denetim çalışmaları sırasında kamu kurumlarının sahip oldukları pek çok kişisel ve hassas veriyi CD, DVD, taşınabilir bellek gibi taşınabilir elektronik ortamlar kullanarak çevrimdışı paylaştıkları görülmüştür. Çevrimiçi veri paylaşımında sorgu kayıtları aracılığı ile kontrol imkanı bulunmasına rağmen, çevrimdışı paylaşılan veriler üzerinde herhangi bir kontrol imkanı da kalmadığından, bu verilerin paylaşımına ilişkin gerekli güvenlik önlemlerinin alınması büyük önem taşımaktadır.

Buna rağmen, bazı örneklerde milyonlarca kişinin kimlik ve adres bilgisinin bulunduğu bilgilerin şifrelenmeden, kopyalanmaya karşı herhangi bir güvenlik önlemi alınmadan CD ortamında iletildiği; söz konusu verilerin ilgili kurumda hangi güvenlik önlemleri alınarak muhafaza edileceği ve kullanılabilirliği, çoğaltılıp çoğaltılamayacağı, söz konusu bilgilere olan ihtiyacın ortadan kalkması durumunda taşınabilir elektronik ortamın ne şekilde imha edileceği gibi hiçbir güvenlik hususunun belirlenmediği tespit edilmiştir”<sup>176</sup>.

<sup>176</sup> Devlet Denetleme Kurulu Raporu, s.799.

Bu şekilde yapılan veri paylaşımı da bir standarda dayandırılmalıdır. Kimlerle bu şekilde veri paylaşımında bulunulabileceği tespit edilmeli, bu kişiler dışında kimsenin erişimine izin verilmemelidir. Bu amaçla şifreleme gibi uygun güvenlik tedbirleri alınmalıdır. Bu amaçla kullanılan şifreler titizlikle belirlenmeli, kolay tespit edilebilir nitelikte olmamalıdır. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1996 tarihinde kabul edilen ve HIPAA (The Health Insurance Portability and Accountability Act) olarak bilinen "Sağlık Sigortasında Taşınabilirlik ve Denetlenebilirlik Yasası" yol gösterici nitelikte olabilir. Yasa sağlık bilgilerinin elektronik yollardan nasıl paylaşılacağını düzenlemektedir. Bu yasa tıbbi verilerin paylaşımında bir bakıma iyi bir fırsat sunarken aynı zamanda bir başkası tarafından kayıtlara erişilmek istenildiğinde önüne engeller (blokajlar) koymaktadır. Yasanın temel amaçları bireylere sağlık bakım sigortalarında daha büyük erişimi sağlamak, sağlık verilerinin mahremiyetini korumak, sağlık hizmet sektöründeki tüm sunucular yönünden standardizasyon ve verimliliği teşvik etmektir<sup>177</sup>.

#### 5. Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması Açısından Hastane Kamera Kayıtları

Hastanelerde güvenliği sağlamak için kullanılan güvenlik kameraları, sağlık çalışanlarına şiddet olaylarının artması üzerine yaygınlaşmış, muayene odalarına bile kamera konulmaya başlanmıştır<sup>178</sup>. Kameralar vasıta ile elde edilen görüntüler kişisel veri kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 11.9.2012 tarihli kararında "kişisel veri kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerektiği; bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, kişisel veri olduğunda kuşku bulunmamakta..."<sup>179</sup> denilerek görüntünün kişisel veri olduğu benimsenmiştir.

Muayene, teşhis ve tedavinin yapıldığı alanlar hem hastanın hem de doktorun mahremiyet alanıdır. Bu alanlarda kamera kaydının alınması, birçok yasal düzenlemeyle hastaya tanınmış mahremiyet hakkının ve özel hayatın açık ihlalidir. Hastanın mahremiyeti ihlal edilmemiş olsa dahi kameralar vasıtasıyla elde edilen ve bir kişinin hangi poliklinikte muayene olduğunu gösteren görüntü dahi

<sup>177</sup> Mehmet Demir, "Kişiliğin Korunması ve Sağlık Hukuku Açıklarından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ejder Yılmaz'a Armağan, C.I, Ankara 2014, s.746.

<sup>178</sup> Hakeri, s.170.

<sup>179</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 11.9.2012, E. 2012/17703, K. 2012/18222; (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T. 30.10.2014).

kişisel veri kapsamında değerlendirilmelidir. Kişisel verilerin korunması açısından kameralar hastanenin her yerini göstermemelidir. Muayene odası, poliklinik önü gibi alanlar kamera görüş alanı dışında bırakılmalıdır.

Nitekim bu konuda Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü 07.02.2008 tarihinde Fotoğraf ve Kamera Çekimleri konulu genelge yayınlamıştır<sup>180</sup>. Genelgede sağlık kurum ve kuruluşlarının huzur ve sükûnet içerisinde hizmet verebilmesi ve mahremiyet haklarının korunması için, kurum/kuruluş sahasında fotoğraf ya da kamera çekimi yapılmaması, kurum/kuruluş amirinin onayı ve geçerli bir gerekçe olmadan bu tür faaliyetlere izin verilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından güvenlik kameraları hakkında nispeten daha geniş kapsamlı düzenleme içeren 02.10.2012 tarihli "Güvenlik Kameraları ve Biometri Teknolojisinin Kurumumuza Bağlı Sağlık Tesislerinde Kullanılması" konulu genelge yayınlanmıştır<sup>181</sup>.

Genelgede; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'nın özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümler içerdiği, bu hükümlere göre insan hayatının, gizli veya sadece paylaşılmak istenen kişilere açık olan "*özel hayat*" ile bunun dışında kalan "*genel, müşterek hayat*" olmak üzere ikiye ayrıldığı belirtilmiştir. Toplumun diğer fertleriyle paylaşılan alanlar dışındaki özel hayatın, her türlü müdahaleye karşı koruma altına alınması istisnalar olmakla birlikte esastır. Bu istisnaların sayıldığı Türk Ceza Kanunu'nda, aleni olmayan konuşma ve görüntüleri izinsiz kaydedenler hakkında müeyyideler öngörüldüğü belirtilmiştir.

Hastanelerde kamuya açık ve müştereken istifade edilen, herkesin izne tabi olmaksızın rahatlıkla girip çıkabileceği bina giriş ve çıkışı, koridor gibi alanların müşterek alanlar olduğu, hukuken korunacak gizliliği ve sırrı olmayan bu alanlarda güvenlik gerekçesiyle kamera sistemi kurulmasına mani olmadığı, ancak hasta ve çalışan güvenliği için böyle bir sistem kurulurken muayene, teşhis, tedavi ve hastayla doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca kameraların, herkesin görebileceği yerlere kurulacağı ve bu alanların 24 saat izlendiği uyarısının da asılması gerektiği belirtilmiştir.

Hastane yöneticileri genelgede düzenlendiği şekliyle kişisel verilere ve mahremiyet hakkına saygı çerçevesinde kamera kaydı alınmasını sağlamalı, kişisel verileri koruma hukukuna ve hasta haklarına aykırı olacak şekilde kişilerin özel alanı ihlal edilmemelidir.

Kamera kayıtları konusunda değinilmesi gereken bir diğer husus basın mensuplarının kamera kaydı almasıdır. Basın mensuplarının sağlık kuruluşla-

<sup>180</sup> <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-1954/saglik-hizmetleri-genel-mudurlugu.html>, E.T. 30.10.2014.

<sup>181</sup> [http://www.tdb.org.tr/tdb/v2/ekler/SB\\_TKHK\\_kisisel\\_mahremiyet\\_02.10.2012.pdf](http://www.tdb.org.tr/tdb/v2/ekler/SB_TKHK_kisisel_mahremiyet_02.10.2012.pdf), E.T. 30.10.2014.



rından görüntü alıp alamayacakları hususunda bu kuruluşların idarecilerinin tereddüdünü ortadan kaldırmak için Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü 07.02.2008 tarihinde yayınladığı fotoğraf ve kamera çekimleri konulu genelge ile kamera ve fotoğraf çekimi yasaklanmıştır. Ancak kurum yöneticisinin izni ve geçerli bir gerekçe ile izin verileceği düzenlenmiştir.

Haber alma özgürlüğü basına yasa ile tanınmış bir haktır. Bu çerçevede haberlerin doğru ve süratli bir biçimde alınması ve yine basın kanalıyla objektif olarak yansıtılması engellenmemelidir. Ancak basın görüntü alırken, haber yaparken hasta haklarına duyarlı ve özenli olmalı, mevcut işleyişi ve hizmeti aksatmamalıdır. Aksi takdirde basın mensuplarının muhatabından izin almadan çektikleri, hasta haklarına aykırı görüntüler de kişisel veri kapsamına dahil edilmelidir. Basın mensuplarının sağlık kuruluşlarından görüntü alması ve işlemesi ancak veri güvenliğine ilişkin tedbirlere, mesleki davranış kurallarına uygun olması ve basın özgürlüğü ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti sınırları çerçevesinde kalması halinde hukuka uygun sayılır.

#### **6. Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması Açısından Koşuş Sistemi Uygulaması**

Çok sayıda hastanın aynı odada kalmasına koşuş sistemi denilmektedir. Tıbbi müdahale gerçekleştirilirken hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Koşuş sisteminin kullanıldığı hastanelerde çok sayıda hasta aynı odada kalmakta, muayene, pansuman, bilgilendirme gibi birçok işlem diğer hastaların yanında yapılmaktadır. Bu durum kişinin sağlığı ile ilgili olan ve başkalarının bilmesini istemeyeceği bilgileri odada bulunan diğer kişilerin öğrenmesine sebep olduğu için kişisel verileri koruma hukukuyla bağdaşmamaktadır. Aynı zamanda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesi ve Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7. maddesinde düzenlenmiş bulunan mahremiyet hakkını ihlal etmektedir.

Etkin bir veri koruması ve hasta haklarına riayet için koşuş sisteminden vazgeçilmesi gerekmektedir. 2000'li yılların başından beri koşuş sisteminden vazgeçileceği gündemi meşgul etmektedir. Tamamen kaldırılmasa bile en azından hastalara pansuman, bilgilendirme gibi işlemler başka odada yapılmalıdır<sup>182</sup>.

#### **7. Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması Açısından Hasta Dosyası ve Hasta Bilgi Formu**

Hasta bilgi formu ve hasta dosyası, hassas kişisel verileri ihtiva eden belgelerdir ve titizlikle korunmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 09.07.1991 yılında, Chave - Fransa Davası'nda başkalarının sağlığını ve hak ve özgürlüklerini, korumak üzere tasarlanmış kişisel dosyalar, ilgili gizlilik ve erişim kuralla-

<sup>182</sup> Hakeri, s.165.

ryla korunur demiştir. Dava konusu olan psikiyatri hastanesine zorla yatırılması hakkında bilgi içeren dosyanın psikiyatri kliniğinin dışından sadece belirli kate-  
gorideki kişilerin erişimine açık olabileceğini belirtmiştir<sup>183</sup>.

Sağlık Bakanlığı tarafından 06.11.2001 tarihinde yürürlüğe konulan Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi<sup>184</sup> 4. maddesine göre hasta dosyası: yataklı tedavi kurumlarına müracaat eden hastaların, muayene, teşhis ve tedavi evrakının muhafaza edildiği; A4 kâğıdı boyutlarında, kenarlarında (EK-1) ve (EK-2)'de düzenlenen forma uygun renkli şeritler bulunan kartondan imal edilmiş ve iki kapaktan oluşan telli saklama aracı şeklinde tarif edilmiştir. Aynı yönergenin 12. maddesine göre hasta dosyasında şu evraklar bulunmalıdır; hasta kabul kağıdı, tıbbi müşahede ve muayene kağıdı, derece kağıdı, hasta tabelası, röntgen istek kağıdı ve raporları, laboratuvar istek kağıdı ve tetkik raporları, ameliyat kağıdı, hastanın muayene istek formu, çıkış özeti.

Etkin bir tedavi için sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi tıbbi araştırmalar için hasta dosyası tutulması gereklidir. Ancak hasta dosyalarının tutulmasının gerekliliğinin yanı sıra veri güvenliğinin sağlanması da gereklidir.

Kağıt dosyalarla ilgili işleyişteki mevcut duruma bakıldığında sağlık hizmeti sunanların da sağlık hizmeti alanların da mahremiyete beklentisi ve kaygısı dikkate değer ölçülerde yüksek değildir. Kağıt ortamdaki hasta dosyaları ile elektronik hasta dosyaları arasındaki en önemli farklardan biri güvenlikle ilgilidir. Elektronik ortamdaki hasta kayıtlarından binlercesine çok kısa sürede ulaşmak mümkündür<sup>185</sup>. Bu nedenle bu verilerin güvenliğinin sağlanması oldukça önemlidir.

Başka bir konu hasta dosyalarının koşuğa bulundurulmasıdır. Uygulamada hasta dosyaları koşuğa tutulmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği 16. maddesinde hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosya ve kayıtların sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebileceği düzenlenmiştir. Dosyalar koşuğa tutulduğu zaman isteyen herkes hastanın bilgilerine kolayca erişebilecektir. Özellikle ziyaret saatlerinde odalarda bulunan dosyaların yetkisiz kişilerden korunması güçlük arz etmektedir. Hastaya ait verilerin korunabilmesi için dosyaların mümkün olduğunca koşuğlarda tutulmaması gerekmektedir.

Hasta dosyaları hasta taburcu edildikten sonra genellikle adli inceleme amaçlı, idari inceleme amaçlı ve araştırma amaçlı kullanılmaktadır. Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nin 1. madde-

<sup>183</sup> Chave - Fransa Davası 09.07.1991 tarihli karar, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"dmdocnumber":\["828313"\],"itemid":\["001-84765"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{), E.T. 13.11.2014.

<sup>184</sup> Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi, [http://www.ttb.org.tr/mevzuat/?option=com\\_content&view=article&id=228:yatak..](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/?option=com_content&view=article&id=228:yatak..), E.T. 13.11.2014.

<sup>185</sup> Berber/ Ülgü/ Er, s.321.

sinde dokümanların hastaların daha sonraki başvurularında veya araştırmacılar veyahut adli makamlarca her istenildiğinde hazır bulundurulacağı ifade edilmiştir. İdari amaçlı kullanımdan yönergede söz edilmemiştir. Hasta dosyalarının hasta taburcu olduktan sonraki kullanımlarında belirli kurallara uyulmalıdır.

Yönergenin “tıbbî istatistik ve kodlama bölümü” başlıklı 13/1-b bendine göre tıbbî araştırmalarda dosyalar, vekil dosya<sup>186</sup> ve zimmet karşılığı araştırmacıya verilir. Uygulamada hasta dosyaları asistanlar, doktorlar tarafından araştırma amaçlı hastane dışına çıkarılmaktadır günlerce getirilmemektedir. Bu durum veri güvenliği açısından tehdit edicidir. Elbette asistanların ve doktorların tıp ilminin gelişmesi bakımından hasta dosyalarını incelemesi zaruridir ancak bunun gelişigüzel olması değil bir standarda bağlanması gereklidir.

Yönergedeki söz konusu düzenleme dosyanın zimmet karşılığı araştırmacıya verileceği şeklindedir. Veri koruması açısından söz konusu düzenleme ayrıntılı ve yeterli değildir, daha detaylı şekilde düzenleme yapılmalıdır. Hastane arşiv sorumlusu öğretim elemanları ve asistanların araştırma veya tez amacı ile talepte buldukları dosyaların kontrolünü yapıp anonim hale getirmelidir. Hasta dosyalarında hastaların ismi ve diğer kişisel bilgilerinin tamamı yer almamalıdır sadece hastalıkla ilgili bilgiler yer almalıdır. Araştırmacıda kaç dosya olduğu bilinmelidir. Tek seferde alınabilecek dosya sayısına standart bir düzenleme getirilmeli ve dosyaların takibi arşiv görevlisi tarafından yapılmalıdır.

Bunun yanı sıra hastaya kişisel sağlık bilgilerini araştırma amacıyla kullanma izin belgesi imzalatılması veri koruma hukuku ve veri sahipliği ilkelerine daha uygundur. Araştırma yapılmadan önce kişiden izin alınması amacıyla Koç Üniversitesi Etik Kurulları tarafından bir form hazırlanmıştır<sup>187</sup>. Formda araştırmanın adı (eğer araştırma adı hastanın gizlilik haklarını ihlal edecekse Etik Kurul Onay Numarası), araştırmacının adı soyadı, sorumlu araştırmacı, sorumlu araştırmacının telefon ve e-posta adresi, destekçi/fon veren kuruluş (eğer fon verilmişse), formun amacı<sup>188</sup>, hangi kişisel sağlık bilgilerinin toplama

<sup>186</sup> Yönerge'nin 4. maddesinde “*Vekil Dosya: Arşivden çıkarılan dosyaların dosya izleme fişiyle takip edilmesi amacıyla, asıl dosyanın yerine geçici olarak konulan ve asıl dosya ile aynı ebatlardaki, biri A4 kağıdı boyutunda diğeri büyük cebin üstünde dosya izleme fişinin konulacağı şeffaf iki ayrı cebi olan, (EK-3)'deki forma uygun olarak düzenlenen; araştırma için alınan ve diğer birimlere gönderilenlerin ayrı renkte olduğu plastik dosyayı; ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>187</sup> Koç Üniversitesi onam formu, <http://www.kisiselsaglikverileri.org/88-koc-unv-onam-formu.html>, E.T. 04.11.2014.

<sup>188</sup> Bu başlık altında sağlık bilgilerinin kullanılmasını ve açıklanmasını koruma altına alındığı, araştırmacının, araştırma ekibinin ve araştırma destekçisinin sağlık bilgilerini araştırma projesi kapsamında nasıl kullanabilecekleri açıklanmaktadır.

nıp/paylaşılacağı<sup>189</sup>, kişisel sağlık bilgilerinin nasıl kullanılacağı, bu formu imzalamaya mecbur olmadığı, iznin belirli bir süreyle sınırlı olduğu ve iptal edebileceği bilgilerine yer verilmiş, en son da imza kısmı düzenlenmiştir. Formu ilgili kişi kendi imzalamaya yetkili değilse ebeveyn veya yasal temsilci etik kurul uygun görürse imzalayabilir. Etkin bir veri koruma hukukunun ve veri sahipliğinin amacına hizmet bakımından, kişisel sağlık bilgilerini araştırma amacıyla kullanma izin belgesinin tüm kamu ve özel hastanelerde kullanılmasının zorunlu tutulması faydalı olacaktır.

Hasta bilgi formunda genellikle dosya numarası, hastanın adı soyadı, doğum yeri, baba-anne adı, adresi, telefonu, TC. kimlik numarası, doğum tarihi, cinsiyet ve medeni hal, kan grubu, yakınının telefonu ve hangi bölümde hangi tanı konulduğu ve tedavi uygulandığı, giriş çıkış tarihi yer almaktadır. Yani hasta bilgi formu, birçok kişisel veriyi ihtiva eden bir belgedir.

Hasta formunda uygulama açısından önemli olan husus doktor anamnez<sup>190</sup> yazarken hastanın anlattığı her şeyi yazacak mıdır? Hastaya alerjileri, kullandığı ilaçlar, geçmiş tıbbi hikaye, en son ne yediği ve aciliyetin sebebi sorulur<sup>191</sup>. Doktor hastanın anlattığı her şeyi aynen yazmamalıdır. Hastadan veya yakınlarından edindiği bilgileri ayıklamalı, hastalıkla/teşhisle ilgisi olan veya olabilecek bilgileri yazmalı, hastalıkla ilgisi olmayan bilgileri yazmamalıdır.

Hasta bilgi formu konusunda değinilmesi gereken bir diğer husus da hastanın durumuyla ilgili isteyen herkese bilgi verilip verilmeyeceğidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre hastanın sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Ancak gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir. Yönetmeliğin 20. maddesi ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hastaya, sağlık durumu hakkında kendisine, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteme hakkı tanınmıştır.

Hastaların tetkik ve tedavi sırasında elde edilen bilgilerinin sağlık çalışanı dışında üçüncü kişilerle paylaşımındaki sorunların giderilmesi, hukuki açıdan hekim ve hastaların zor durumda kalmasının önlenmesi amacıyla; hasta yatışı sırasında

<sup>189</sup> Burada hastanın kullanılmasını istediği kişisel bilgilerini açıklamayı istenmiştir ve hastaya alternatifler sunulmuştur. Hasta belirteceği bir hastalık, durum ya da belirttiği tarih aralığındaki kişisel sağlık bilgilerinin kullanımına izin verebileceği gibi tüm kişisel sağlık bilgilerinin kullanımına da izin verebilir.

<sup>190</sup> Anamnez; hastanın problemini belirlemek amacıyla kendisinden veya ailesinden alınan bilgilerdir.

<sup>191</sup> **Sinan Yenal**, "Anamnez Alma", <http://www.pdflibrary.org/pdf/anamnez-alma-dokuz-eylul-universitesi-www-deu-edu-tr-2.html>, E.T. 04.11.2014, s.24.

yatış kağıdına hastanın kendi el yazısı ile kendisi ve hastalığıyla ilgili bilgi almasında sakınca olmayan yakınlarının isim ve soyadlarını yazmaları istenmelidir<sup>192</sup>.

Denizli Devlet Hastanesi'nde, 06.11.2008 tarihinde hasta hakları kurulunda; bir fizik tedavi uzman hekiminin klinikte yatan hastasının tanısını (romatizma) hasta yakını olarak düşündüğü hastanın işverenine söylemesi iddiası ile ilgili başvuru görüşülmüş, bu dosya kapsamında hasta hakları kurulunun 'yatışı yapılacak hastalarda yatış sırasında hastalığı ile ilgili bilgi verilebilecek kişilerin isimleri alınıp hastaya imzalatılması' önerisi üzerine çalışma başlatılmıştır. Konu kurum kalite ve performans ekibinde görüşüldükten sonra çözüm olarak hasta yatış formuna 'hastalığım hakkında bilgi verilebilecek kişiler aşağıda yazılmıştır' ibaresinin altına hastalığı ile ilgili bilgi almasında sakınca olmayan yakınlarının isim, soyadlarını ve yakınlık derecelerini yazmaları önerilmiş, bunun üzerine hasta yatış formunun 15.11.2008 tarihinden itibaren yapılan revizyonu ile bilgi işleminden tüm birimlere dağılımı sağlanmıştır<sup>193</sup>. Bu uygulama, Denizli Devlet Hastanesinde 2008 tarihinden itibaren uygulanmaktadır. Rastgele örnekleme ile alınan 200 yatan hastanın %39'unun 3 isim, %38'inin 1 isim, %19'unun 2 isim yazdığı belirlenmiştir. Hastaların belirttiği isimlerde; %74'ünün 1. derece yakınları olduğu, %19'unun 1. derece yakınları dışında isimler verdiği, %6'sında sadece kendi ismini verdiği saptanmıştır. Alınan örneklem grubunda 4 veya daha fazla yakınının adını yazan hastaya rastlanmamıştır<sup>194</sup>.

Çıkan sonuçlara bakıldığında hastalar da kendisiyle ilgili bilgilere herkesin erişmesini istememektedir. Hastaların veri güvenliğinin sağlanması için örnek teşkil eden bu uygulamanın tüm kamu hastaneleri ve özel hastanelerde zorunlu hale getirilmesi yararlı olacaktır.

### **8. Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması Açısından Kamu Hastanelerine İhale ile Tıbbi Cihaz Temin Edilmesi**

Hastanelerde; hastalığın tanısı, önlenmesi, izlenmesi, tedavisi amacıyla birçok tıbbi cihaz kullanılmaktadır. Sağlık bakanlığı tarafından 07.06.2011 tarihinde yayınlanan Tıbbi Cihaz Yönetmeliği<sup>195</sup>'nin 3/1-o bendinde tıbbi cihaz tanımlanmıştır<sup>196</sup>.

<sup>192</sup> **Ramazan Canural/ Nalan Gökalp/ Gülseren Ekici/ Nevin Şahin**, "Sağlık Hizmetlerinde Hasta Mahremiyeti: Hasta Sağlık Bilgilerinin Paylaşımı", Sağlık Bakanlığı Performans Yönetimi ve Kalite Geliştirme Daire Başkanlığı, Uluslararası Sağlıkta Performans ve Kalite Kongresi Bildiriler Kitabı Cilt:2, 19-21 Mart 2009 Antalya, s.55.

<sup>193</sup> **Canural/ Gökalp/ Ekici/ Şahin**, s.58.

<sup>194</sup> **Canural/ Gökalp/ Ekici/ Şahin**, s.59.

<sup>195</sup> Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, RG, T.07.06.2011, S.27957.

<sup>196</sup> Tıbbi cihaz 3. maddede şu şekilde tanımlanmıştır; "Tıbbi cihaz: İnsanda kullanıldıklarında asli fonksiyonunu farmakolojik, immünolojik veya metabolik etkiler ile sağlamayan fakat fonksiyonunu yerine getirirken bu etkiler tarafından desteklenebilen ve insan üzerinde; 1) Hastalığın ta-

Tanı, teşhis, tedavi, önleme amacıyla kullanılan bu tıbbi cihazların kamu hastanelerinde ihale ile tedarik edildiği durumlar kişisel veriler açısından önem arz etmektedir. İhale ile tıbbi cihaz temin edilmesinin veri güvenliğine bakan yönü; tıbbi cihazın kullanımına başlandığı günden itibaren birçok hastanın verileri kaydedilmekte ve sözleşmede kararlaştırılan süre dolunca tıbbi cihazlar tedarikçiye hastaların verileriyle birlikte teslim edilmektedir.

Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin "Gizlilik" başlıklı 20. maddesi şu şekildedir; "*Bakanlık, onaylanmış kuruluş ve bu Yönetmeliğin uygulanmasına katılan bütün taraflar, görevlerini yerine getirirken temin ettikleri bütün bilgilerin gizliliğini sağlar. Ancak, Bakanlığın diğer ülke yetkili kuruluşları ve onaylanmış kuruluşlar ile karşılıklı bilgi paylaşımı ve uyarı sistemi kapsamındaki yükümlülükleri saklıdır. Ayrıca gizlilik mahiyetine haiz bu bilgiler, kamu sağlığının ve düzeninin gerektirdiği hallerde, adli ve ilgili üst mercilerin talebi üzerine, Bakanlığa bilgi verilmek suretiyle açıklanabilir*". Yönetmeliğin bu maddesinde gizliliğin sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 01.03.2010 tarihinde Tıbbi Cihazlarla İlgili Mal ve Hizmet Alımı İşlemleri konulu<sup>197</sup>, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından 19.11.2012 tarihinde Tıbbi Cihazlarla İlgili Mal ve Hizmet Alımları konulu genelge<sup>198</sup> yayınlanmıştır ancak bu genelgelerde bilgi güvenliği ile ilgili hükümlere yer verilmemiştir.

Sağlık Bakanlığı tarafından 16.10.2006 tarihinde yayınlanan Bilgi Sistemleri konulu genelgenin<sup>199</sup> 3. maddede veri teslimi konusu düzenlenmiştir<sup>200</sup>. İhale

---

*nısı, önlenmesi, izlenmesi, tedavisi veya hafifletilmesi ya da 2) Yaralanma veya sakatlığın tanısı, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya mağduriyetin giderilmesi ya da 3) Anatomik veya fizyolojik bir işlevin araştırılması, değiştirilmesi veya yerine başka bir şey konulması veyahut 4) Doğum kontrolü kullanılmak üzere imal edilmiş, tek başına veya birlikte kullanılabilen, imalatçısı tarafından özellikle tanı ve/veya tedavi amaçlı kullanılmak üzere imal edilmiş ve tıbbi cihazın amaçlanan işlevini yerine getirebilmesi için gerekli olan yazılımlar da dahil, her türlü araç, alet, teçhizat, yazılım, aksesuar veya diğer malzemeleri" ifade eder.*

<sup>197</sup> Tıbbi Cihazlarla İlgili Mal ve Hizmet Alımı İşlemleri Hakkında Genelge (2010/11) <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-10051/tibbi-cihazlarla-iligili-mal-ve-hizmet-alimi-islemleri-h.html>, E.T. 10.11.2014.

<sup>198</sup> Tıbbi Cihazlarla İlgili Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Genelge <http://www.tkhk.gov.tr/Dosyalar/2ac5fd5d77bb4fa08d179b7160a0ec31.pdf>.

<sup>199</sup> Bilgi Sistemleri Hakkında Genelge, [http://www.ihs.gov.tr/indir/mevzuat/genelgeler/G\\_16102006\\_1.pdf](http://www.ihs.gov.tr/indir/mevzuat/genelgeler/G_16102006_1.pdf) E.T. 10.11.2014.

<sup>200</sup> 3. madde şu şekildedir; "*Hizmet alımı yoluyla tedarik edilen yazılımların bir sonraki ihale döneminde kullanım dışı kalması durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple, hastane bilgi sisteminde tutulan veriler Türkçe karakter içermeyen (ö, ü, ç, ş, ğ, ı, İ) ancak Türkçe alan ve tablo adlarına sahip ve anlaşılır tablolarda tutulmalıdır. Veriler teslim edilirken tablo yapıları, ilişkileri, anahtar alanlar ile ilgili bilgiler doküman halinde verilerle birlikte teslim edilmelidir. Teslim edilecek veri içinde firmaya ait know-how sayılabilecek herhangi bir yazılım kodu (trigger, procedur, vb) yer almamalıdır. Teslim eden firma veri tutarlılığının sağlanması ve data*

ile tıbbi cihaz temin edilirken ihale şartnamesine veri güvenliğinin sağlanmasıyla ilgili hükümler konulmalıdır.

İş bırakılırken, kayıtlı tüm veriler hiçbir surette, hiçbir zaman işi bırakan firmada kalmak üzere kopyalanamayacağı, çıktı alınamayacağı, firma sunucularına aktarılamayacağı, ifşa edilemeyeceği, aksi davrandığı tespit edilenler hakkında Türk Ceza Kanununun İlgili hükümlerine<sup>201</sup>, ayrıca ihale mevzuatına aykırı davranmaktan dolayı Kamu İhale Mevzuatı hükümlerine göre idare tarafından hukuki süreç başlatılacağı ihale şartnamesine konulmalıdır. Böylece ihale şartnamelerine konulacak gerekli hükümlerle, ihale ile temin edilen tıbbi cihazlar kira süresinin bitiminde teslim edilirken hasta verilerinin güvenliği sağlanacaktır.

## SONUÇ

Kişisel verilerin korunması ulusal ve uluslararası birçok hukuki metinde kendine yer bulmuş güncelliğini koruyan bir kavramdır. Kişisel sağlık verileri, özellikli koruma gerektiren veri kategorileri arasında sayılmış bu verilerin işlenmesi özel şartlara bağlanmıştır. Mevzuatımızda hastanın kişisel verilerinin korunması ile ilgili birtakım düzenlemeler mevcuttur ancak bu düzenlemeler kişisel verilerin korunması gerektiğini belirtmekten öteye geçememiş, hastanın verilerinin korunması açısından yeterli tedbirleri öngörmemiştir. Yani söz konusu düzenlemeler normatifliğin ötesine geçememiştir.

Kişisel veri toplanmasında birtakım genel ilkeler belirlenmeli ve veri işleyecek idareler veri koruması için gerekli olan idari, fiziksel ve teknik tedbirleri almalı ve idarenin denetimi altında veri işlemelidir. Sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin verilerinin usulüne uygun şekilde işlenmesi ve sağlık hizmet sunucularının bu konudaki denetimi idarenin sorumluluğundadır.

---

*kayıbı olmaması için, teslim ettiği verilerle ilgili tablo adetleri, tablolardaki kayıt sayılarını içeren özet bir raporu tutanak ile kurum idaresine ve yeni firmaya teslim etmelidir. Teslim edilecek veriler txt, csv, excel, vb formatında olmayıp kurumda çalışan orijinal veri tabanı formatında sadece veriler(data-only) olacak şekilde, kolay ve sorunsuz okunabilir bir medya (Taşınabilir Harddisk, vb.) üzerinde 2 kopya teslim edilmelidir. Okunmasında sorun olabilecek tape, kartuş, vb. kullanılmamalıdır. Yeni kurulacak sistemler için şartnamelerde; Yazılımın sahibi olan firmanın kuruma ait verileri (Legacy), kendi kuracağı veri tabanına aktarması şartı konacaktır. Veri aktarımı çalışmaları ise yeni programın kurum hizmetlerinde kullanılmaya başlanmasından önce yaptırılacak ve aktarımın sağlıklı bir şekilde yapılabildiğine dair testler önceden tamamlanmış olacaktır. Bu şartın sağlanıp sağlanmadığının tespiti için önceki firma, yeni firma ve kurum idaresinden yeterli sayıda personelin katılımıyla bir komisyon kurulacak, kurum idaresince gerek görülmesi halinde bir başka kurumdan da bu komisyona üyeler davet edilecektir.”*

<sup>201</sup> Bu hükümler şunlardır;

“Kişisel verilerin kaydedilmesi” başlıklı TCK m.135, “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” başlıklı TCK m.136, “Nitelikli haller” başlıklı TCK m.137, “Verileri yok etmeme” başlıklı TCK m.138, “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması” başlıklı TCK 140. madde.

Kanuni dayanak olmaksızın yetkisiz kişilerce veri toplanması Anayasa'ya aykırıdır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 6. maddesinde kişisel sağlık verilerinin sır saklama yükümü altında bulunan kişiler tarafından işlenebileceği düzenlenmiştir. İdare gerekli denetimleri yaparak kanuni dayanak olmaksızın yetkisiz kişilerce veri toplanmasına ve işlenmesine engel olmalıdır.

Kanuna dayanan veri toplamlarında da verilerinin toplanmasındaki amaç dikkate alınarak amaçla bağdaşmayan veri toplamlarına engel olunmalıdır. Veri toplama asgarilik ilkesi gereği bilgi içeriklerinin sınırlandırılması, azaltılması ve ayıklanmasının yanı sıra, ad ve soyadın kodlanması, sadece hasta ve hekimin göreceği şekilde şifrelenmesi, bilgilerin korumalı başka bir veri tabanına kaydedilmesi gibi pek çok araç kullanılarak hasta verilerinin güvenli şekilde işlenmesi sağlanmalıdır.

Toplanan kişisel verilerin süresiz şekilde depolanması kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Hassas veri kategorisinde yer alan kişisel sağlık verilerinin uzun süre saklanmaması, amaç hasıl olduktan sonra bu verilerin imhası gerekmektedir. Hasta verilerini toplayıp işleyen tüm kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kuruluşlar için geçerli olmak üzere belirli süreler geçtikten sonra toplanan verilerin imhası standarda bağlayan düzenleme yapılmalıdır.

Veri koruma hukuku açısından kurumlar arası paylaşım da önemlidir. Öncelikle kurumlar arası veri paylaşımı kanunda öngörülmesi halinde ve kanunda öngörülen amaçla yapılmalıdır. Hangi amaç için veri talep ediliyorsa o amacı gerçekleştirmeye yetecek ölçüde verinin iletilmesi esas olmalıdır. Bunun yanında bilgiler paylaşılmadan önce ilgili kişiden izin alınmalı ve kişi bilgilerinin hangi kurumla paylaşıldığını bilmelidir. Ayrıca verilerin paylaşıldığı kurum veya kuruluşların da aynı derecede bilgi güvenliği sağlayabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Aksi halde veriyi asıl olarak işleyen kurumun almış olduğu güvenlik önlemlerinin önemi kalmayacaktır. Kurumlar arası paylaşımında güvenliği sağlamak için kurumlar arasında ortak bir gizlilik ve güvenlik politikasının belirlenmesi gerekmektedir. Bunun yanında hastanın verilerinin doğrudan paylaşılması yerine anonimleştirilerek veya takma isimle paylaşılması koruma açısından daha uygundur.

Hastanelerde bulunan güvenlik kameraları, koğuş sistemi uygulaması, hasta dosyası, hasta bilgi formu ve son olarak kamu hastanelerinde ihale ile tıbbi cihaz temini veri güvenliğini ihlal edebilecek niteliğe sahiptir. Kişisel verilerin korunması açısından kameralar hastanenin her yerini göstermemelidir. Muayene odası, poliklinik önü gibi alanlar kamera görüş alanı dışında bırakılmalıdır. Koğuş sistemi uygulaması kaldırılmalı, tamamen kaldırılmasa bile en azından hastalara pansuman, bilgilendirme gibi işlemler başka odada yapılmalıdır. Hasta dosyalarının özellikle ziyaretçi saatlerinde korunması güç olduğu için koğuşta bulundurulmaması gereklidir. Hasta dosyalarının hasta taburcu edildikten sonra



adli, idari inceleme ve araştırma amaçlı kullanılması ayrıntılı şekilde düzenlenmelidir. Dosya üzerinde inceleme yapılmadan önce hastaya kişisel sağlık bilgilerini araştırma amacıyla kullanma izin belgesi imzalatılması ve bunun tüm sağlık kurumlarında kullanımının sağlanması veri koruma hukuku ve veri sahipliği ilkelerine uygun düşecektir. Hastaların tetkik ve tedavi sırasında elde edilen bilgilerinin sağlık çalışanı dışında üçüncü kişilerle paylaşımındaki sorunların giderilmesi amacıyla hasta yatışı sırasında yatış kağıdına hastanın kendi el yazısı ile kendisi ve hastalığıyla ilgili bilgi almasında sakınca olmayan yakınlarının isim ve soyadlarını yazmaları istenmelidir. Bu uygulamanın tüm sağlık kurumlarında zorunlu hale getirilmesi yararlı olacaktır. İhale ile tıbbi cihaz temin edilirken ihale şartnamesine veri güvenliğinin sağlanmasıyla ilgili hükümler konulmalıdır. Şartnameye iş bırakılırken, kayıtlı tüm verilerin hiçbir surette, hiçbir zaman işi bırakan firmada kalmak üzere kopyalanamayacağı, çıktı alınamayacağı, firma sunucularına aktarılamayacağı, ifşa edilemeyeceği gibi hükümler konularak, ihale ile temin edilen tıbbi cihazlar kira süresinin bitiminde teslim edilirken hasta verilerinin güvenliği sağlanmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- Akça, Gürsoy/ Beşer, Doğa**, “*“Karanlığın Yok Oluşu” Gelişen Teknolojinin Gizlilik ve Mahremiyet Üzerindeki Etkileri*”, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Bahar 2011, Sayı 26, s.19-42.
- Akdağ, Hale**, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2013.
- Akgül, Aydın**, “*Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerin Korunması*”, Danıştay Dergisi, Sayı: 133, Yıl: 2013, s.21-45, (Akgül, Kişisel Sağlık Verileri).
- Akgül, Aydın**, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2014, (Akgül, Kişisel Verilerin korunması).
- Aksoy, Hüseyin Can**, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişiler Hukuku Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.
- Akyol, Mehmet Can**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi S. ve Marper Birleşik Krallık Davası Kararı(Başvuru no: (Başvuru no.30562/04 ve 30566/04) Strazburg 4 Aralık 2008, <http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-kararinceleme/m8/sveMarperBirlesikKrallik.pdf> s.30-31, E.T. 13.11.2014.
- Birtek, Fatih**, “*Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 3-4, Y. 2007, s.81-128.
- Boz, Ahmet**, “*Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye ABD ve AB Örnekleri*”, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2014.
- Bulut, Nihat**, “*4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi*”, AÜEHFD, C. V, S. 1-4, Y. 2001, s.37-64.
- Büyükcay, Yusuf**, “*Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S.1-2 (2004), s.383-396.
- Canural, Ramazan/ Gökalp, Nalan/ Ekici, Gülseren/ Şahin, Nevin**, “*Sağlık Hizmetlerinde Hasta Mahremiyeti: Hasta Sağlık Bilgilerinin Paylaşımı*”, Sağlık Bakanlığı Performans Yönetimi ve Kalite Geliştirme Daire Başkanlığı, Uluslararası Sağlıkta Performans ve Kalite Kongresi Bildiriler Kitabı Cilt: 2, 19-21 Mart 2009 Antalya, s.55-59.
- Değer, Mebrure**, “*Hastane Eczacılığında Sır*”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi C. 5, S. 3, Y. 1997, s.133-135.
- Demir, Mehmet**, “*Kişiliğin Korunması ve Sağlık Hukuku Açıklarından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ejder Yılmaz’a Armağan, C.I, Ankara 2014, s.743-753.
- Demir, Mehmet**, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010.

- Deryal, Yahya**, “*Hasta Hakları Bağlamında Mahremiyet ve Özel Hayata Saygı*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s.71-84.
- Doğan, Cahid**, “*Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s.105-149.
- Doğan, Murat**, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (Mersin 2009), s.41-60.
- Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Ankara 2013.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Turan**, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, İstanbul 2009.
- Dutertre, Gilles**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya 2003.
- Erdoğan, Yavuz**, “*Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükmülerinin Değerlendirilmesi(m.135, 136, 137, 138)*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 2, Y. 2013, s.569-632.
- Erkal, Atilla**, “*Genel Olarak Bilgi ve Bilgi Teorisi Çerçevesinde Bilginin Hukuktaki Anlamı*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, Y. 2009, s.11-30.
- Ersoy, Uğur**, Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009.
- Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku, Ankara 2013.
- Helvacı, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001.
- İzgi, M. Cumhuri**, “*Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri*”, Türkiye Biyoetik Dergisi, C.1, S.1, Y. 2014, s.25-37.
- Kaboğlu, İbrahim**, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1994.
- Keser Berber, Leyla / Ülgü, Mahir M. / Er, Cüneyd**, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul 2009.
- Kılınç, Doğan**, “*Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması*”, AÜHFD, 61 (3) 2012, s.1089-1169.
- Kırhdoğ, Melih**, “*Elektronik Sağlık Kayıtlarında Teknolojik Gelişmeler, Kullanım Alanları, Amaç ve Yasa Dışı Kullanımlar*”, Kişisel Sağlık Verilerine Mesleki Yaklaşımlar Çalıştayı, İstanbul 2013, s.58-87.
- Kilkelly, Ursula**, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz), Almanya 2001.
- Korff, Douwe**, “*Comparative Study on Different Approaches to New Privacy Challenges in Particular in the Light of Technological Developments*”, Working Paper no:2, Commission of the European Communities, <http://ec.europa.eu/justice/>

policies/privacy/docs/studies/new\_privacy\_challenges/final\_report\_working\_paper\_2\_en.pdf, E.T. 01.10.2014, (Korff, New Privacy Challenges).

- Korff, Douwe**, “Study on The Protection of The Rights and Interests of Legal Persons With Regard to the Processing of Personal Data Relating to Such Persons” Final Report, Commission of the European, [http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/document/studies/files/20000202\\_rights\\_interests\\_legal\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/document/studies/files/20000202_rights_interests_legal_en.pdf), E.T. 30.09.2014.
- Küzeci, Elif**, “*Kişisel Sağlık Verileri ve Hukuki Haklar*” Kişisel Sağlık Verilerine Mesleki Yaklaşımlar Çalıştayı, İstanbul 2013, s.16-24.
- Küzeci, Elif**, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Doktora Tezi), Ankara 2010.
- Langmack, Hans**, “*Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü*”, çeviren; **Erdener Yurtcan**, İÜHFM, C.39, S.1-4, Y. 1974, s.451-464.
- Özdemir, Hayrunnisa**, “*Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S.1, Y. 2010, s.125-164.
- Öztürkler, Cemal**, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.
- Pekşirin, Hülya**, “*Kişisel Verilerin Korunması*”, Türkiye Bilişim Şurası Hukuk Çalışma Grubu Raporu, Ankara, <http://tr.scribd.com/doc/19952426/1-Bilisim-Surasi-Hukuk-Raporu>, E.T. 26.09.2014.
- Sert, Gürkan**, “*Kişisel Sağlık Verilerine Mesleki, Etik Yaklaşımlar*”, Kişisel Sağlık Verilerine Mesleki Yaklaşımlar Çalıştayı, İstanbul, 2013, s.7-15.
- Soysal, Hüseyin**, “*Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması*”, Türkiye Psikiyatri Derneği Bülteni, C. 16 S. 3, Y. 2013.
- Şen, Ersan**, “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 3, Y. 2009, s.1197- 1213.
- Şimşek, Oğuz**, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2008.
- Taneri, Gökhan**, Hasta Hakları, Ankara 2014.
- Taneri, Gökhan**, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu, Ankara 2014.
- Tezcan, Durmuş**, “*Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.8, Y.1991, s.385-392.
- Törenli Çakıroğlu, Maral**, “*Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu*”, DEÜHFD, C. 12, S. 2, Y. 2010, s.159-181.
- Yenal, Sinan**, “Anamnez Alma”, <https://www.google.com.tr/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=anamnez%20alma> E.T. 04.11.2014.
- Yüksel, Mehmet**, “*Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 58, S. 1, Y.2003, s.181-213.

**Zevkliler, Aydın**, “*Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 1983, s.1-37.

#### İNTERNET KAYNAKLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Bilgi Notu, Temmuz 2012, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel\\_veriler.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel_veriler.pdf), E.T. 13.11.2014.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu’nun 27.01.2013 tarih ve 2013/3 sayılı Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Ulusal ve Uluslararası Durum Değerlendirmesi ile Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Gerçekleştirilen Denetim Çalışmaları Raporu;, <http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk56.pdf>, E.T. 28.10.2014.

**Grand Chamber**, Digital Rights Ireland Ltd. (C-293/12) v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0293&rid=1> E.T. 13.01.2015.

İstanbul Tabip Odası Hukuk Bürosu, “25 Soruda Sağlık.NET 2 Sistemi”, <http://www.istabip.org.tr/icerik/net2sorucevap.pdf>, E.T. 13.10.2014.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “*Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi*” <http://www.kisisesaglikverileri.org/32-saglik-hizmetlerinde-kisisel-veri-toplanmasi-korunmasi-ve-degerlendirilmesi.html>.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Hakkında Bilgi Notu, [http://www.tbmm.gov.tr/arastirma\\_komisyonlari/bilisim\\_internet/docs/sunumlar/Adalet%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Kanunlar%20Genel%20M%C3%BCd%C3%BCrl%C3%BC%C4%9F%C3%BC29-05-2012.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/arastirma_komisyonlari/bilisim_internet/docs/sunumlar/Adalet%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Kanunlar%20Genel%20M%C3%BCd%C3%BCrl%C3%BC%C4%9F%C3%BC29-05-2012.pdf), E.T. 15.01.2015.

Sağlık. NET Hakkında, <http://www.e-saglik.gov.tr/belge/1-33811/sagliknet-hakkinda.html>, E.T. 13.10.2014

TBD Kamu-BİB Kamu Bilişim Platformu X, Kişisel Verilerin Korunması 2. Çalışma Grubu, [http://www.tbd.org.tr/usr\\_img/cd/kamubib15/raporlarPDF/RP2-2008.pdf](http://www.tbd.org.tr/usr_img/cd/kamubib15/raporlarPDF/RP2-2008.pdf), E.T. 28.10.2014.



**Tez Özeti/  
Abstract of Thesis**

---





# İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN SULH YOLUYLA ÇÖZÜLMESİ\*

*Arş. Gör. Dr. Aynur CİDECİGİLLER\*\**

## GİRİŞ

İdari faaliyetlerin etkili bir şekilde işletilebilmesi, hem faaliyetin gereği gibi yapılabilmesi hem de faaliyet yerine getirilirken bireylerin bir hak kaybına uğramamalarını gerektirmektedir. Herhangi bir sebeple idarenin yapmış olduğu faaliyetlerin hukuka aykırı olduğunu veyahut da hukuka uygun olsalar dahi bu faaliyet sebebi ile bir zarara uğradığını iddia eden bireyler, yargı organlarına başvurarak bu hukuka aykırılığın giderilmesini ve doğan zararlarının telafisini isteyebilirler.

Hukuk devleti açısından idarenin, faaliyetleri sebebi ile doğan zararlardan genel olarak sorumlu olduğu bugün için tartışma götürmez bir gerçektir. Bireyler doğan zararlarının giderilmesini sağlamak için idareye karşı bir dava açmak sureti ile bunu sağlayabilecekleri gibi idarenin bu sorumluluğu üstlenerek mevcut ihlalin giderilmesini yargı dışı çözüm yolları ile de sağlayabilmeleri mümkündür. Bu açıdan yargı organlarına başvurmak en etkili ve güvenli yol olarak görülse de yargı organlarının günümüz itibari ile iş yükünün fazlalığı ve davaların istenilen düzeyde makul süre içinde çözülememesi ve dolayısı ile bireylerin haklarına arzu ettikleri düzeyde ve sürede ulaşamamaları sebebi ile yargılamaya alternatif ve bazen de yargı süreci içerisinde yürütülen bir takım çözüm metotları ile uyuşmazlıkların giderilmesi yöntemleri son yıllarda ön plana çıkmıştır.

Yargı dışı çözüm yöntemleri bireylerin kendi aralarındaki uyuşmazlıklar açısından önemli olduğu idari birimlerin taraf olduğu uyuşmazlıkların giderilmesi açısından da son derece önemli mekanizmaları teşkil etmektedirler.

İdari birimlerin tarafı olduğu adli veya idari uyuşmazlıkların yargısal olarak çözümlenmesine gerek olmaksızın ya da bu süreç zarfında kesin hüküm verilmeden önce uyuşmazlıkların, yargı yoluna başvurulmaksızın yargı dışındaki bir takım uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözümlenmesi hem yargı organlarının iş yükünün

---

\* Bu çalışma Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM danışmanlığında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora programı kapsamında 14.10.2014 tarihinde kabul edilen doktora tezinin özeti şeklinde hazırlanmıştır.

\*\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

azaltılması hem de daha pratik ve seri şekilde yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri olmaları itibari ile hem idare hem de uyuşmazlık tarafı olan bireyler açısından oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple günümüzde uyuşmazlıkların yargı dışı çözüm yolları ile giderilebilmesi giderek daha fazla tercih edilmeye başlanmış ve bu konuda giderek daha fazla düzenleme yapılmaya başlanmıştır.

Genel olarak alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri olarak adlandırılan yargı dışı çözüm yöntemleri özel hukuk uyuşmazlıklarının mahiyeti gereği başta arabuluculuk, müzakere, tahkim olmak üzere çok çeşitlidir. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından da, bu uyuşmazlıkların mahiyetine uygun düştüğü oranda idari itiraz, tahkim, kamu denetçisine başvurma, uzlaşma - uzlaştırma yolu ile uyuşmazlıkların çözülmesi gibi bir takım yöntemlerin taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesine katkı sağladıkları görülmektedir.

Özellikle idarenin taraf olduğu idari uyuşmazlıklar açısından yargı dışı uyuşmazlık çözme metotlarının çeşitli sebeplerle kısıtlı olarak uygulanma imkânı bulunduğu görülse de layıkıyla uygulanırsa bu tür çözüm yöntemlerinin en az yargısal çözüm yolu kadar uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayan çözüm yolları olduğu anlaşılır. Üstelik bu yollar yargı yolu ile kıyaslandığında hem daha basit prosedürlere bağlı olarak yürütülmeleri hem daha masrafsız yöntemler olmaları hem de uyuşmazlığın yargı yolu ile kıyaslandığında daha kısa sürede giderilmesine ve böylece tarafların haklarına daha kısa sürede kavuşmalarına imkân tanımaları açısından oldukça işlevsel çözüm yöntemleri olarak kabul edilmektedirler.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların yargı dışı yollardan giderilebilmesine imkân tanıyan düzenlemelerden önemli bir tanesi idare ile uyuşmazlığın tarafı olan bireyin uyuşmazlığın çözümünü karşılıklı müzakere ederek çözümlenmesine imkân tanıyan sulh yoludur.

4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesine imkân tanımakta idi. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile ortadan kaldırılmasına imkân tanıyan sulh müessesesi 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin<sup>1</sup> çıkarılarak 4353 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılması üzerine artık KHK hükümlerine tabi olarak gerçekleştirilebilecektir.

<sup>1</sup> 659 Sayılı 2011 tarihli Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, RGS 28103, RGT 02.11.2011

Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idari birimlerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun bir şekilde yerine getirilmesinin ve bu tür hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesi amacıyla çıkarılan Kanun Hükmünde Kararname, 4353 sayılı kanunu yürürlükten kaldırmış bu sebeple konunun yeniden ele alınarak değerlendirilmesi gereği doğmuştur.

İdarenin taraf olduğu gerek adli gerekse idari uyuşmazlıklarda yargısal çözüm yolu işletilmeden önce veya adli uyuşmazlıklar açısından yargısal mercilere başvurulmasından sonra 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında belirtilen esaslar çerçevesinde idarelerin sulh yolunu işleterek taraf oldukları uyuşmazlıklarını giderebilmeleri mümkündür. Bu sebeple çalışmamızda genel olarak idare hukuku açısından yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri değerlendirildikten sonra uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak sulh yolu ve idare hukuku açısından bu çözüm yolunun ne şekilde uygulanacağı hususu ele alınacaktır.

## **I. GENEL OLARAK YARGI DIŞI ÇÖZÜM YOLLARI VE İDARE HUKUKUNDAKİ DÜZENLEME ÖRNEKLERİ**

### **A. Yargı Dışı Çözüm Yolları Kavramı**

Mahkemelerin iş yükü giderek artmakta bu durumda yapılan yargılamanın umulan sürede ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesine imkân tanınmamaktadır. Mahkemelerce yapılan yargılamalar maalesef uzun zaman almakta dolayısı ile bireylerin haklarına geç ulaşmalarına sebep olmaktadır. Diğer taraftan yargılama süreci ve bu süreçte yaşanan çeşitli zorluklar uyuşmazlık taraflarını yıpratmakta ve taraflar arasında ne yazık ki dostane bir ilişkinin sürdürülmesine imkân vermemektedir. Uyuşmazlıkların giderilmesi için yargı organlarına başvurmak etkili bir yol olarak görülse de yargı organlarının iş yükünün fazlalığı ve davaların istenilen düzeyde ve makul süre içinde çözülememesi sebebi ile bireylerin haklarına uygun şekilde kavuşamamaları yargılamaya alternatif bir takım metotlarla uyuşmazlıkların giderilmesine yönelik ihtiyaçları artırmıştır. Uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan dava dışı usuller genel olarak alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı olarak adlandırılmaktadır<sup>2</sup>.

Amerika Birleşik Devletlerinde adalete ulaşma hareketlerinin bir sonucu olarak özellikle 1970'lerden sonra görülmeye başlanan ve mahkemede yargılama aşamasına geçmeden tarafların aralarındaki uyuşmazlığı müzakere ederek çözmelerine imkân tanınması ile Alternatives Disputes Resolution ya da kısaca

<sup>2</sup> ÖZBEK Mustafa, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), Birinci Bölüm Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller", **TBB Dergisi**, S. 56, 2005, s.91.

ADR olarak bilinen uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı ortaya çıkmıştır<sup>3</sup>. Bu yöntemlerin ortaya çıkmasında Amerikan yargı sisteminin bakabileceğinin çok üzerinde olan iş yükü etkili olmuştur<sup>4</sup>.

Yargı öncesi çözüm usullerinin uygulanması hem vatandaşların idareyle olan ilişkilerini sağlamlaştıracak hem de yargı organlarının iş yükünün azaltılması konusunda önemli katkılar sağlayacaktır<sup>5</sup>.

Tarafların geleneksel yargılama yöntemlerine başvurmalarına gerek kalmaksızın aralarındaki uyuşmazlığı gidermelerini sağlayan yöntemler genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak ifade edilebilir<sup>6</sup>. Bu yöntemler en genel anlamda taraflar arasındaki uyuşmazlığı en kısa sürede, en mantıklı ve makul biçimde ve mümkün olduğu kadar kısa sürede gideren yöntemlerdir<sup>7</sup>.

Alternatif çözüm yöntemlerinin faydaları genel olarak şu şekilde sıralanabilir; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde uyuşmazlığın giderilmesi için yapılacak görüşmeler tarafların uygun göreceği bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilebilecektir; taraflar bu çözüm yöntemlerine ilişkin süreçleri denemekle bir şey kaybetmezler aksine bu yöntemde her iki taraf da kazanır, kaybeden yoktur<sup>8</sup>.

Yargılama süreçleri katı iken bu yargı dışı çözüm yöntemleri yargılamaya göre esnek yöntemlerdir ve yargılamanın hâkim kararı ile ilerlemesine karşılık bu yöntemler taraflara uyuşmazlık çözüm sürecinde ve sonucu üzerinde daha

<sup>3</sup> ÖZBEK Mustafa, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, **AÜHFD**, C. 1, S. 2, 2002, s.136 – 137; ÖZBAY, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, **EÜHFD Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan**, C. X, S. 3 - 4, 2006, s.461 – 463; BİLGİN Hikmet, “Anglosakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Bahar 2009, S. 10, s.17.

Amerika’da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişiminin ayrıntılı açıklaması için ayrıca STONE Katherine, “Alternative Dispute Resolution”, **Encyclopedia in Legal History**, Research Paper No; 04 - 30, Oxford University Press 2004, p. 1 – 7.

<sup>4</sup> ZOLLERS, Frances, “Alternative Dispute Resolution and Product Liability Reform” **American Business Law Journal**, Vol. 26, Iss.3, 1988, p. 479.

<sup>5</sup> ODYAKMAZ Zehra / ÇINARLI Serkan, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Ankara Orion Kitabevi, 2013, s.18.

<sup>6</sup> MARTIN Elizabeth, **Oxford Dictionary of Law**, Fifth Edition, England Oxford University Press, 2001, p. 24; ATLAS, Nancy / HUBER, Stephen / HUBER, Wendy, **Alternative Dispute Resolution: The Litigator’s Handbook**, American Bar Association 2000, s.2.

<sup>7</sup> ARNAVAS, Donald, **Alternative Dispute Resolution For Government Contract**, Chicago CCH Incorporated, 2004, s.1 – 2; STIPANOVICH, Thomas, “ADR and The Vanishing Trial: The Growth and Impact of Alternative Dispute Resolution” **Journal Of Empirical Legal Studies**, Vol. 1, Iss.3, November 2004, p. 843; WECKSTEIN, Donald, “The Purposes of Dispute Resolution: Comparative Concepts of Justice”, **American Business Law Journal**, Vol. 26, Iss.3, 1988, p. 605.

<sup>8</sup> SPEGEL Nadja, “Alternative Dispute Resolution; A New Era in Dispute Management?” **Legaldade** May 1994, Vol. 6, Issue 2, 1994, p. 1.

büyük oranda kontrol sahibi olma imkânı sağlamaktadır<sup>9</sup>. Üstelik bu yöntemlerle uyuşmazlıklar uyuşmazlık taraflarınca kolaylıkla giderilebileceği için bu yöntemler yargılama yoluna kıyasla daha az maliyetle ve daha kısa sürede sonuç vermektedirler<sup>10</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin diğer olumlu yönleri olarak taraflar arasındaki iyi ilişkileri korumaları, gizliliği sağladıkları için güvenilir olmaları, taraflar açısından sürecin olumlu sonuçlanabilme ihtimalinin yüksek olması, düşük maliyetli olmaları ve süreci daha fazla kontrol etme imkânı sağlayan yöntemler olmaları ve daha birçok olumlu özellik sıralanabilir<sup>11</sup>.

## B. Kamu Hukuku Açısından Yargı Dışı Çözüm Yolları

Yargı dışı çözüm yolları her ne kadar genel anlamda özel hukuk uyuşmazlıkları için söz konusu olsa da kamu hukukunun mahiyetine uygun düşüğü oranda bu alanda da yargı dışı çözüm yollarının uygulandığı görülmektedir.

Kamu hukukunda yargı yoluna başvurulmadan önce ve belki de yargı yoluna başvurulmasını gerektirmeyecek şekilde uyuşmazlığı gidermelerine imkân tanıyan çözüm usulleri genel olarak şu şekilde gözden geçirilebilir<sup>12</sup>:

- Türk hukukunda idari itiraz olarak da ifade edilen muhatabın idareden bir talepte bulunması ile başlatılan iç inceleme,
- İdare ile ilgilinin arasındaki uyuşmazlığı üçüncü bir kişinin katılımına gerek bulunmaksızın karşılıklı anlaşmaya varmak amacı ile görüşmeleri, tartışmalarını ifade eden müzakere,

<sup>9</sup> STIENSTRA Donna / WILLGING Thomas, **Alternatives to Litigation Do They Have A Place In The Federal District Courts?** Federal Judicial Center, 1995, p. 14.

<sup>10</sup> PARTRIDGE, Mark, **Alternative Dispute Resolution: An Essential Competency For Lawyers**, Oxford University Press, 2009, s.13; MACKIE, Karl, **A Handbook of Alternative Dispute Resolution**, Routledge 2013, p. 4; FOGEL Jeremy, “How To Make Control Of The Runaway Litigation Train?” **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol. 5, Iss.2, 2005, s.377; ROSENBERG Joshua / FOLBERG Jay, “Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis”, **Stanford Law Review**, Vol. 46, No.6 July 1994, p. 1487; NIEMIC, Robert / STIENSTRA, Donna / RAVITZ, Randal, **Guide To Judicial Management of Cases In ADR**, Federal Judicial Center, 2001, p. 22; HEISE, Michael, “Why ADR Programs Aren’t More Appealing: An Empirical Perspective” **Journal Of Empirical Legal Studies**, Vol. 7, Iss.1, March 2010, p. 66.

<sup>11</sup> MEADOW, Carrie Mekel, “Ethics In ADR: The Many Cs of Professional Responsibility and Dispute Resolution” **Fordham Urban Law Journal**, 2000 – 2001, p. 981 – 986; “American College of Trial Lawyers”, **Handbook on Alternatives For Dispute Resolution**, March 8, 1991, <http://www.actl.com/Content/NavigationMenu/Publications/AllPublications/default.htm> et; 18.07.2014; ARMSTRONG, Phillip “Why We Still Litigate?” **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol. 8, Iss.3, 2008, s.379.

<sup>12</sup> ODYAKMAZ / ÇINARLI, a.g.e. s.29 – 42; ÖZBEK Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. B. Ankara Yetkin Yayınları 2009, s.689.

- Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için tarafsız bir üçüncü kişinin konu ile ilgili tavsiye ve görüşlerini açıklayarak çözüm usulüne katılmasını sağlayan uzlaştırma usulü,
- Uyuşmazlığın giderilmesi görüşmelerine uzlaştırmacıdan daha aktif bir şekilde katılan ve tarafların uyuşmazlıklarını gidermeleri açısından daha aktif bir rol oynayan arabuluculuk,
- Tarafların yukarıda belirtilen herhangi bir uyuşmazlık çözüm yöntemini denemeleri ve bunun sonucunda anlaşmak sureti ile uyuşmazlığı ortadan kaldırmaları durumunda söz konusu olan müzakereye dayalı anlaşma usulü,
- Mevcut uyuşmazlığı çözüme gücü bulunan hakemlerin oluşturduğu devlet yargısı dışında kalan yargısal usulü ifade eden tahkim,
- İdari faaliyetle ilgili olanlarla karar alınmadan önce gerçekleştirilebilen toplantı usulü,
- İdarenin eylem ve işlemlerini denetleyerek idareye ve vatandaşlara tavsiyelerde bulunma yetkisine sahip Kamu Denetçiliği Kurumu.

Genel olarak bu şekilde ifade edilebilecek düzenlemelerin somut olarak idare hukuku açısından düzenleme imkânı bulduğu örneklere de ayrıca bakmakta fayda bulunmaktadır.

### **C. İdare Hukukunda Yargı Dışı Çözüm Yollarına İmkân Taniyan Düzenlemeler**

İdare hukukunda uyuşmazlıkların yargı dışı yollardan giderilmesine imkân tanıyan düzenleme örneklerine şu düzenlemeler gösterilebilecektir.

- 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname gereğince kararname kapsamındaki idarelerin taraf olduğu adli ve idari uyuşmazlıkların sulh yolu,
- Vergi hukukunda mükellefle vergi dairesinin anlaşarak aralarındaki uyuşmazlığı sonlandırmalarına hizmet eden uzlaşma yolu, hata düzeltme yolu,
- Köy Kanununda uyuşmazlıkların, tarafların anlaşmaları ve köy ihtiyar heyetlerinin arabuluculuğu ile giderilmelerini sağlayan hükümler,
- Kamulaştırma Kanununda öngörülen satın alma usulü, idarenin başka bir idarenin sahip olduğu taşınmaz malı elde etmesine imkân tanıyan 30. maddesi hükmü,
- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının denetim ve kontrolle görevli memurları tarafından devamlı mahiyetteki işyerlerinde yapılan asgari işçilik incelemesi sonucunda tespiti yapılan ve sigortalılarca sebep olunmayan fark sigorta primine esas kazanç matrahı üzerinden gecikme cezası ve gecikme zammı ile

birlikte hesaplanacak sigorta primi ve buna bağlı uygulanacak idari para cezalarında, konuya ilişkin raporun Kurumun ilgili birimine gönderilmesinden önce işverenle kurum başkanlığı arasında yapılabilecek uzlaşma,

- Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında gerçekleşen tecavüzlerin durdurulması için mülki amir tarafından yapılabilecek müdahaleler,
- İdari başvurular yolu ile özellikle İdari Yargılama Usulünde öngörülen düzenlemeler çerçevesinde yapılacak başvurular aracılığıyla uyuşmazlıkların giderilmesi yolu,
- Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarına kanuni düzenlemeler gereğince tanınan uyuşmazlık çözüm yolu ile uyuşmazlıkların giderilmesi,
- Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile giderilmesine imkân tanıyan tahkim yolu,
- Doğrudan bir uyuşmazlık çözüm yolu olmamakla birlikte uyuşmazlığın giderilmesi açısından önemli rol oynayacak kamu denetçiliği kurumu.
- Ve diğer birçok düzenleme kamu hukuku açısından uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurulmadan evvel giderilmesine hizmet etmektedir.

## II. SULH KAVRAMI VE İDARE HUKUKU AÇISINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Sulh iki tarafın karşılıklı istekleriyle, aralarında var olan çekişmeyi ortadan kaldırmaları veya çekişmenin ortaya çıkmasına engel olmaları şeklinde tanımlanabilir<sup>13</sup>.

Yasal düzenlemelerde düzenlensin ya da düzenlenmesin sulh olma yani temel olarak belli bir uyuşmazlık konusu üzerinde tarafların uzlaşma halinde olarak uyuşmazlıklarını ortadan kaldırmaları günlük hayatta sıkça kullanılan bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uyuşmazlıkların yargı kararı verilmesi dışında giderilmelerini sağlayan ve bir sorun çözme yöntemi olarak barışçıl çözüm yollarından biri olarak ifade edilebilecek sulh kurumu iki tarafın aralarında var olan uyuşmazlığı karşılıklı fedakârlıkları ile tarafların kendi sorunlarını kendilerinin çözmeleri esasına dayanan mahkeme huzurunda ya da mahkeme dışında gerçekleştirilebilen bir uzlaşma hali olarak da ifade edilebilecektir<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> YILMAZ Ejder, **Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü**, Yenilenmiş 3. baskı, Ankara Yetkin Yayınları 2005, s.632.

<sup>14</sup> ABACI DÖRTOK, Zeynep, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, Güz – 2006, S. 20, s.106.

Sulh Hukuk Muhakemeleri Kanununun 313. maddesinde şu şekilde yer almıştır;

*“ Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.*

*Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir.*

*Dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dâhil edilebilir.*

*Sulh, şarta bağlı olarak da yapılabilir”.*

Sulh sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluştuğundan ve tarafların birbirlerine karşı bir takım fedakârlıklarda bulunmaları esasına dayandığından tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmekte ve Borçlar Kanununun ilgili hükümleri gereğince yapılabilmektedirler<sup>15</sup>. Mahkeme huzurunda yapılan sulhların ise mahkeme tutanağına geçirilmek taraflara okutulup imzalatılmak gibi bir takım şekli koşulları bulunmaktadır<sup>16</sup>.

Hukuki mahiyeti itibariyle bir özel hukuk kurumu olarak değerlendirebileceğimiz sulh yoluna kamu hukuku kökenli düzenleme örneklerinde de rastlayabilmekteyiz. İdarelerin sulh olabilmelerine imkân tanıyan düzenleme örneklerinden bir kaçışu şekilde sıralanabilecektir.

659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılan 4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişikliklerin Yapılmasına Dair Kanunun 30 ve 31. maddelerinde uyuşmazlıkların davaya ve icraya intikal ettirilip ettirilmediği açısından ikili bir ayırım yapılarak sulh yolu ile giderilebileceği belirtilmiştir.

Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun<sup>17</sup> hükümlerine göre terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının sulh yolu ile karşılanması için yapılan başvurular incelenecektir.

<sup>15</sup> YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)** Yen. 11. B. İstanbul Beta Yayınevi, 2012, s.14.

<sup>16</sup> Yarg. 11. HD E:2001/2135 K:2001/4185 Tarih: 14.05.2001; Yarg. 9. HD, E. 2008/9306, K. 2008/5747, T. 24.03.2008. (Kazancı İçtihat bilgi bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> erişim tarihi; 03.05.2013), KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. B. C. IV, İstanbul Demir Yayıncılık 2001, s.3798.

<sup>17</sup> 5233 Sayılı 2004 tarihli Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, RGS. 25535, RGT 27.7.2004.



Kamu Hukuku kökenli uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesine bir diğer örnek Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryollarının Ölüm veya Yaralanmalarla Neticelenen Kazalarda Hak Sahiplerine Sulh Yolu İle Verilebilecek Maddi ve Manevi Tazminat Esaslarının Düzenlenmesine Ait Yönetmelik<sup>18</sup> hükümleridir.

Sulh sözleşmesinin idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bağlamında da gerçekleşmesi mümkün olacaktır. Bu açıdan İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesi ile de bağlantılı bir şekilde düşünmek gerekirse idarenin taraf olduğu uyuşmazlık sulh yolu ile dava açılmasından sonra mahkeme huzurunda gerçekleştirilecek olur ise bu durumda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık idarenin taraf olduğu bir uyuşmazlığın tarafı ile oturulup uyuşmazlığın giderilmesi için anlaşılması halinde mahkeme dışında gerçekleştirilecek sulh söz konusu olacaktır. Bu durumda idare, 659 sayılı Kararnamenin kapsamı içerisinde ise bu konudaki genel düzenleme niteliğinde bulunan Kararnamenin uygulanması gerekecektir. Kararnamenin kapsamı dışında bırakılan idarelerin ise Kararname kapsamında sulh olma imkânları bulunmamakla beraber bu idarelerin idari başvurular aracılığıyla uyuşmazlıklarını barışçıl bir şekilde gidermeleri mümkündür. Ancak çeşitli sebeplerle bu kurumların işlerlik kazanamadığı görülmektedir.

### **III. İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARDA SULH YOLU VE 659 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEDEKİ DÜZENLEMELER**

#### **A. Genel Olarak**

Bireylerin özellikle idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkları yargı yoluna başvurmaksızın idari mercilerle uzlaşarak aralarında halletmeleri vatandaşların idareye güven duymalarını da sağlayacaktır. Bu güven ise idarenin yapacağı kamu hizmetlerinde daha dikkatli olmasını ve böylece kamu hizmetlerinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesi sonucunu doğuracaktır. Eğer ki idare haksız olduğunu bildiği durumlarda dahi vatandaşın doğan zararını tazmin etmek için mahkeme kararını bekler yani uyuşmazlığı gidermek için yargı organlarının uyuşmazlığı gidermelerini bekler, uyuşmazlığı çözme konusunda bir sorumluluk almaktan kaçınır ise bu durum vatandaş idareden soğutmaktan başka bir çözüme yaramayacaktır<sup>19</sup>. Bu açıdan uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak sulh, hem mahkemeye başvurulmaksızın uyuşmazlığın çözülebilmesini sağlar

<sup>18</sup> TCDD Ölüm veya Yaralanmalarla Neticelenen Kazalarda Hak Sahiplerine Sulh Yolu İle Verilebilecek Maddi ve Manevi Tazminat Esaslarının Düzenlenmesine Ait Yönetmelik (1976), TCDD yönetim kurulunun 22/267 sayılı kararı ile kabul edilmiştir.

<sup>19</sup> BALKAR, Kemal Galip, “İdare ile Halk Arasındaki Münasebetler”, *AÜSBFD*, C. XVIII, Mart 1963, s.431.

hem de yargı yoluna başvurulduktan sonra mahkemelerdeki uzun süren yargılamaların kısa sürede sonlandırılarak tarafların haklarına kısa sürede kavuşmalarını sağlayacaktır. Bu amaçla getirilen önemli düzenlemelerden biri 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleridir.

659 sayılı kararname genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay dâhil) ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesi amacını taşımaktadır. Bu amaçla kararname idarenin taraf olduğu hem adli hem de idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesi konusunda düzenlemeler içermektedir. Adli uyuşmazlıklar açısından sulh kararnamenin 9 ve 10. maddelerinde düzenlenmişken idari uyuşmazlıklarda sulh 12. maddede düzenlenmiştir.

### **B. İdarenin Taraf Olduğu Adli Uyuşmazlıklarda Sulh**

Kararname kapsamında idarenin taraf olduğu adli uyuşmazlıklardan anlaşılması gereken idarenin taraf olduğu adli yargıda görülen bir uyuşmazlıktır. Bu husus kararnamenin madde gerekçesinde de aynen belirtilmiştir.

*“Madde ile taraflar arasında adli yargı mercilerine intikal etmiş veya henüz etmemiş uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesi amacıyla sulhe davet müessesesi düzenlenmektedir.”<sup>20</sup>*

Burada önemle üzerinde durulması gereken husus idarenin taraf olduğu adli uyuşmazlıklarda sulh yönteminin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda belirtilen esaslar dairesinde görülecek olmasıdır. Bu açıdan adli yargıda görülen veya görülmesi gereken ve idarenin de tarafı bulunduğu uyuşmazlıklarda sulh kurumu medeni usul hukukunda sulh olarak belirlenen durumları kapsamaktadır. Bu açıdan örneğin dava açmadan veya icra takibine başlanmadan önce idare ve karşı tarafça imzalanan sulh tutanağı mahkeme dışında yapılan sulh anlaşması olarak kabul edilecekken dava açtıktan veya icra takibine başladıktan sonra yapılan sulh anlaşması ise Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş bulunan mahkeme huzurunda yapılan sulh anlaşması hükmünde olup Kanunun ilgili hükümlerine tabi olarak değerlendirilecektir.

Taraflarca uyuşmazlık yargı organları önüne götürülmeden önce veya yargı organları önüne götürülmekle beraber yargılamanın dışında sulh olunması ilam

<sup>20</sup> 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname 9. madde gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0516.pdf> et; 25.10.2013.

hükmünde kabul edilmemektedir. Buna karşılık idare ve uyuşmazlığın diğer tarafı olan kişi arasında dava açmadan veya icra takibine başlanmadan önce 659 sayılı kararname kapsamında sulh olunmasına ilam niteliğinde olma gücü tanınmıştır.

Sulh tutanağının ilam niteliğinde belge olarak kabul edilmesi sulh kararının verilmesi sürecine ilgili idari birimlerin de rahatlıkla katılmalarını sağlamak ve böylece sulh kararının sağlıklı bir şekilde alınmasına katkı sağlamak amacı ile getirilmiş, kamu görevlilerinin Sayıştay denetimi karşısında korunmalarını sağlayacak önemli bir düzenlemedir<sup>21</sup>.

İdarelerin tarafı olduğu adli uyuşmazlıklarda yapılacak sulh çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutulabilecektir. Adli uyuşmazlıklarda sulh dava açmadan veya icra takibine başlanmasından önce veya sonra, idarenin ya da uyuşmazlığın diğer tarafınca yapılacak başvuru ile gerçekleştirilebilecektir.

### **C. İdarenin Taraf Olduğu İdari Uyuşmazlıklarda Sulh**

Kararnamenin 12. maddesinde yer alan idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesine dair esaslar gereğince idari işlemler dolayısı ile haklarının ihlal edildiğini iddia edenler ve idari eylemler sebebi ile haklarının ihlal edildiğini iddia edenler tarafından sulh başvurusu yapılabilir. Dolayısı ile idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesi amacıyla yapılacak başvuruların hem idari işlemler hem de idari eylemler sebebi ile zarara uğradığını iddia eden kişilerce yapılması mümkün olacaktır. Bu imkân tam yargı davaları ile paralel olarak bu davaların açılması için gerekli olan hak ihlali koşulluna tabi tutulmuştur.

İdari uyuşmazlıklar sebebi ile yapılacak sulh başvuruları idari faaliyetin idari işlem mi, bir idari eylem şeklinde mi gerçekleştiğine göre farklı şekillerde yürütülecektir. Zira idari eylemden bir zarar doğduğu iddiası söz konusu ise kararname kapsamında bu eylemin mahiyeti, idarenin bu eylem sebebi ile bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, zararın miktarı ne şekilde giderileceği vs. daha ayrıntılı bir şekilde tespit edilecektir. İdari sözleşmeler ve bu sözleşmelerin uygulanması sebebi ile doğan zararların giderilmesi için yapılacak sulh başvuruları ise 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında düzenlenmemiştir. Kararname kapsamında idari uyuşmazlıklarda sulh olunmasına ilişkin durumlar şu şekilde tespit edilebilecektir.

<sup>21</sup> ÇOLAK N. İlker, “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları”, **İdari Yargıda Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi, Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2012**, Ankara Danıştay Yayınları, Yayın No: 83, s.105.

- İdari uyuşmazlıklar sebebi ile yapılacak başvuru sadece idari işlem veya eylemler sebebi ile hak ihlaline uğradıklarını iddia eden bireyler tarafından yapılabilecektir.
- İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesi gereğince idari eylemler sebebi ile yapılacak ön karar başvuruları sulh başvurusu olarak kabul edilecektir.
- Sulh başvurusu dava açma süresi içinde yapılabilecek ve yapılan başvuru dava açma süresini durduracaktır. Başvuru sonuçlanmadan dava açma yoluna başvurulamayacağı gibi başvurunun altmış gün içinde sonuçlandırılması gerekmektedir. Aksi halde istek reddedilmiş sayılır. Ancak bu altmış günlük sürede uyuşmazlığın değerlendirilmesinin yapılması ve arzu edilen sonuca ulaşılması gerekirse bilirkişi yoluna vs.de başvurulabileceğinden oldukça zor bulunmakta bu sebeple de düzenlemede tarafların onayı ile öngörülen bu sürenin uzatılabileceğine dair bir hükmün bulunmaması bir eksiklik olarak görülebilecektir<sup>22</sup>. Bu sebeple Kanun Hükmünde Kararnamede bu konuda bir düzenlemenin eklenmesi önerilebilecektir.
- Sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilir. Bu Kanun Hükmünde Kararnameye uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna gönderilir. Sulh başvurularının incelenmesinde, başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemde doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir.
- Tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde idare ve istemde bulunanın sulh olmaları halinde buna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. İmzalanan bu tutanak ilam hükmündedir.

İdarelerin taraf oldukları uyuşmazlıklarda sulhe davet ve sulh yoluyla uyuşmazlıkların giderilmesi imkânı getirilmekle idarelere karşı açılacak davaların ve idarelerin bireylere karşı açacakları davaların azaltılması, adli uyuşmazlıklarda dava açıldıktan ve icra takibine başlandıktan sonra sulh yoluna gidilmesi ile de davaların daha kısa sürede bitirilmesi sağlanarak yargı organlarının iş yükünün azaltılmasına böylelikle katkı sağlanması hedeflenmektedir<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> ODYAKMAZ / ÇINARLI, a.g.e. s.94; ÇINARLI Serkan, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Ankara Orion Kitabevi, 2013, s.50.

<sup>23</sup> 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname genel gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0516.pdf> et; 25.10.2013

#### IV. İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARDA YAPILAN SULH ANLAŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Feragat ve kabulün aksine sulh, iki tarafın da rızasını gerektirdiği için bir sözleşmedir<sup>24</sup>. Bu açıdan ister özel hukuk alanında yapılsın isterse kamu hukuku bağlamında yapılsın sulh her şeyden önce karşılıklı olarak iki tarafın anlaşmaları esasına dayandığından hukuki mahiyeti itibariyle bir sözleşme niteliğindedir.

İdare tarafından özel hukuk kişilerinin yaptığı sözleşmelere benzer şekilde özel hukuk kurallarına uygun olarak yapılan sözleşmeler genel olarak idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri şu özellikleri taşımaktadır<sup>26</sup>;

- Özel hukuk hükümlerine tabidirler.
- Eşitlik ilkesi geçerlidir.
- Sözleşmenin yapımı aşamasındaki idarenin tek yanlı olarak yaptıkları hazırlık işlemlerinden kaynaklanan davalar idari yargı kolunda görülür.
- Sözleşme yapıldıktan sonra çıkan uyuşmazlıklar adli yargı kolunda giderilecektir.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından idare hukuku kurallarına dayanılarak yapılan sözleşmeleri ise genel olarak idari sözleşme olarak tanımlamak mümkündür<sup>27</sup>. Bir sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu tespit edebilmek için her şeyden önce kanunda bu konuda bir nitelendirme bulunup bulunmadığına bakmak gerekmektedir<sup>28</sup>. Kanunda bu tarz bir nitelendirme yok ise bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için şu koşulları taşıması gerekmektedir<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara AÜHFY 1978, s.356; ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara, AÜHFY 1972, s.23; ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara AÜHFY Yayın No. 442, 1972, s.278.

<sup>25</sup> YILDIRIM Ramazan, **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Konya Mimoza Yayınları, 2006, s.224 – 225; ODYAKMAZ Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri,” **GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan**, C. 2, S. 1 – 2, Haziran – Aralık 1998, s.146.

<sup>26</sup> YILDIRIM Ramazan, **Türk İdarî Rejimi Dersleri, Cilt II**, 2. B. Konya Mimoza Yayınları 2014, s.95.

<sup>27</sup> TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Gün. 2. B. Ankara Turhan Kitabevi, 2013, s.294.

<sup>28</sup> Bu nitelendirme doğrudan sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi sureti ile olabileceği gibi, sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi sureti ile veya sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tabi olacağı yargı düzeninin belirlenmesi sureti ile de yapılabilecektir. GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, 2. B. Bursa Ekin Kitabevi, 2009, s.11 – 13.

<sup>29</sup> Dan. 10.D.nin 11.04.2005 tarih ve E. 2004/12712, K. 2005/1612 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 12.05.2014.

Danıştay başka bir kararında bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için gerekli olan kriterleri sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; söz-

- Sözleşmenin sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması,
- Taraflardan birinin idare olması ve
- Kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.

Bu kriterler kümülâtiftir yani sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelendirmek için bütün kriterlerin hepsinin aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı konusunda herhangi bir kanuni düzenleme bulunmuyor ise yukarıda belirtilen kriterler itibari ile bir değerlendirmede bulunmak gerekmektedir. İdarenin taraf olduğu sulh sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda kanuni açıdan herhangi bir düzenleme bulunmadığı için sulh sözleşmesinin de bu kriterler açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

İlk olarak sözleşmenin konusu itibari ile bir değerlendirmede bulunmak gerekir. Belirtildiği üzere idari sözleşmelerin konusu kamu hizmetinin görülmesi amacına ilişkindir. Oysa sulh sözleşmesinin konusu idarenin tarafı bulunduğu bir uyuşmazlığın taraflar arasında barışçıl bir şekilde uzlaşma hali içinde giderilmesine yöneliktir.

İkinci olarak değerlendirilmesi gereken sözleşmenin taraflarıdır. İdari sözleşmelerin taraflarından en az birinin idare olması gerekmektedir. Sulh sözleşmesinin taraflarından biri de idaredir.

Üçüncü olarak değerlendirilmesi gereken kriter ise sözleşmede kamu hukukunu aşan özel hukuk ayrıcalık ve yükümlülüklerinin bulunması gerektiği koşuldur. İdarenin tarafı olduğu sulh sözleşmesinde bu tarz hükümler bulunmamaktadır. İdarenin tarafı olduğu adli uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesinde idare ile uyuşmazlığın diğer tarafı olan birey karşılıklı olarak fedakârlıklarda bulunarak anlaşmaya varmaktadırlar. Diğer taraftan idarenin tarafı olduğu idari uyuşmazlıklarda ise uyuşmazlığın tarafı olan birey idarenin faaliyeti sebebi ile zarara uğradığını ve somut olarak belirttiği talebinin idarece karşılanmasını bunun karşılığında idare aleyhine dava açmaktan vazgeçeceği bilinci ile hareket ederek bir icapta bulunurken uyuşmazlığın diğer tarafı olan idare kendisinin bu

---

leşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir şeklinde ifade etmiştir. Dan. 13.D.nin 27.11.2006 tarih ve E. 2005/5304 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 12.05.2014.

“İdari yargının görev alanı; idare hukuku kuralları içinde, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle açılan davaların görüm ve çözümüyle sınırlıdır. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur. Danıştay 10. Dairesinin 11.4.2005 tarih ve E. 2004/12712 K. 2005/1612 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 12.05.2014.

konuda bir sorumluluğunun bulunduğu kanısına varırsa uyuşmazlığı gidererek sulh anlaşmasına imza atmış olmaktadır. Dolayısı ile sulh sözleşmesi idareye özel hukuku aşan ayrıcalık ve yükümlülükler vermemektedir.

Kriterler itibari ile ayrıntılı bir şekilde değerlendirildiği üzere idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların giderilmesine dair yapılan sulh sözleşmesi idarenin özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Çünkü bu sözleşmede idare taraf olarak bulunmaktadır. Fakat sulh sözleşmesinin konusu idarenin taraf olduğu uyuşmazlığı gidermeye yönelik olmasına rağmen taraflar arasında kamu hukukunu aşan durumlar söz konusu değildir. Bütün bu sebeplerle idarenin taraf olduğu sulh sözleşmesi idarenin özel hukuk sözleşmelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ**

Uyuşmazlıkların yargısal yoldan çözüm yolu, klasik uyuşmazlık çözüm yöntemidir ve mahkemelerce yapılan yargılama faaliyetini ifade etmektedir. Bireyler açısından güven veren ve uyuşmazlığın tarafların dışında tamamen bağımsız ve objektif bir şekilde giderilmesi esasına dayanan yargısal çözüm yolu, bugün için çeşitli sebeplerle ilk sırada tercih edilmesi gereken bir çözüm yolu olmaktan uzaktır. Bu sebepler şu şekilde sıralanabilir: Mahkemelerin iş yükü giderek artmakta bu durumda yapılan yargılamanın umulan sürede ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesine imkân tanımamaktadır. Mahkemelerce yapılan yargılamalar maalesef uzun zaman almakta dolayısı ile bireylerin haklarına geç ulaşmalarına sebep olmaktadır. Diğer taraftan yargılama süreci ve bu süreçte yaşanan çeşitli zorluklar uyuşmazlık taraflarını yıpratmakta ve taraflar arasında maalesef dostane bir ilişkinin sürdürülmesine imkân vermemektedir. Bu sebeplere eklenebilecek birçok sebeple birlikte yargısal denetim yolunun artık beklentileri karşılayamayacak hale gelmesi ile yargısal çözüm yolu dışında bir takım alternatif çözüm yöntemleri arayışı başlamıştır. Bu arayışın bir sonucu olarak yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı hukuk gündemine gelmiştir.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda uygulanabilecek yargı dışı çözüm yolları yargısal çözüm yollarına oranla giderek daha fazla tercih edilen yöntemler olmaktadır. Bu çözüm yolları genel olarak uyuşmazlığın bağımsız mahkemeler dışında yani yargılama faaliyeti dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilmesini ifade eder. Bu çözüm yöntemleri uyuşmazlık tarafları arasında iyi ilişkilerin sürdürülebilmesi açısından önemli olduğu kadar uyuşmazlığın giderilmesine sağladığı katkılarla da oldukça etkili yöntemlerdir.

Genel olarak ve özellikle idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda bu çözüm yöntemlerinin sağladığı yararların başlıcaları şu şekilde sıralanabilir:

- Yargı dışı çözüm yöntemlerinin hem ortaya çıkış amacı hem de sağladığı en önemli fayda mahkemelerde giderek artan iş yükünün azaltılmasını sağlamaya yöneliktir.

- Daha önce de belirtildiği üzere bu çözüm yöntemleri taraflar arasındaki iyi ilişkilerin sürdürülebilmesi açısından önemlidir. Taraflar arasındaki dostane ilişkiler bu çözüm yöntemleri sayesinde desteklenip kuvvetlenebilir.
- Uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla giderilmesi yargısal çözüm yöntemlerine oranla aleni olmayan bir şekilde sağlandığı için bu çözüm yöntemleri gizliliğin sağlanması açısından da önemlidir.
- Bu çözüm yöntemleri uyuşmazlıkları daha kısa sürede giderebildikleri için tarafların istedikleri sonuca ulaşmalarını kolaylaştırır.
- Bu çözüm yöntemleri, yargısal çözüm yöntemlerinde idarenin sadece hukuka uygunluk açısından denetlenebilmesine rağmen, hem hukuka uygunluk hem de yerindelik açısından denetlenmesine imkân sağlar.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından uygulanabilecek yargı dışı çözüm yöntemleri idari başvurular yolu ile uyuşmazlıkların giderilmesi, müzakere, uzlaştırma, arabuluculuk, tahkim, kamu denetçiliği yolları olmak üzere oldukça çeşitlidir. Bu yöntemlerden biri de sulh yoludur. Esasen bu yöntemlerin hepsinin amacı taraflar arasında uyuşmazlığın giderilmesidir.

Sulh, uyuşmazlık taraflarının uyuşmazlığı gidermek konusunda karşılıklı olarak yaptıkları görüşmelerin olumlu sonuçlanarak tarafların uyuşmazlığı sonlandırmak için anlaşmalarını ifade etmektedir. Bir özel hukuk kurumu olarak uzun süredir uygulama alanı bulan sulh tanımsal olarak ve belli başlı esasları ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Davaya son veren taraf işlemlerinden biri olarak feragat ve kabulle birlikte kanunda yer alan sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilebilmesi açısından anlaşılması gereken idare ile uyuşmazlık tarafı bulunan birey arasında uyuşmazlığın yargı organları önüne götürülmeden karşılıklı olarak oturulup anlaşılıp uyuşmazlığın giderilmesinin sağlanmasıdır. Bu açıdan örneğin vergi hukukunda vergi idaresi ile yükümlü arasında verginin veya vergi cezasının azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması konusunda yaptıkları uzlaşma idarenin taraf olduğu bir uyuşmazlığın giderilmesine yönelik olarak yapılan sulh anlaşmasıdır. İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesi gereğince idari eylemlerden doğan zararların giderilmesi konusunda idari eylemden zarar gören bireyin yapmış olduğu ön karar başvurusunun idare tarafından uygun görülerek zararın bu şekilde karşılanması da örneğin bir sulh anlaşmasıdır.

Üyelik sürecimizin devam ettiği Avrupa Birliği de, çıkarmış olduğu tavsiye kararlar, ile genelde bütün mahkemelerin özelde idari yargının iş yükünün azal-



tılmasına yönelik olarak bir takım önerilerde bulunmuştur. Bu önerilerden önemli bir kısmı idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda yargı yoluna başvurulmasının dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılmasının teşvik edilmesine yöneliktir. Özellikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 16 Eylül 1986 tarihli Mahkemelerin Aşırı İş Yükünü Önleyici ve Azaltıcı Tedbirler Hakkında Üye Devletlere Yönelik 12 Sayılı Tavsiye Kararı uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda sulh yolunun önemine vurgu yapmaktadır.

İdarenin taraf olduğu gerek adli gerekse idari uyuşmazlıklarda yargısal çözüm yolu işletilmeden önce veya yargısal mercilere başvurulmasından sonra 659 Sayılı Kararname kapsamında belirtilen esaslarla idarenin sulh yolunu işletebilmesi mümkündür. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ek I ve II sayılı cetvelde yer alan idareleri kapsayacak şekilde düzenlenen Kanun Hükmünde Kararname, idarelerin hem adli hem de idari uyuşmazlıklarını kapsayacak şekilde dava açmadan veya açılmış dava sırasında sulh yolu ile gidermeleri esasına dayanmaktadır.

Kararnamenin 9. maddesine göre idarelerin adli yargı yerlerinde dava açmadan veya icra takibine başlamadan önce uyuşmazlığın diğer tarafını sulhe davet etmek sureti ile taraf olduğu adli bir uyuşmazlığı sulh yolu ile gidermesi mümkün iken adli bir uyuşmazlığın tarafı olan idareye karşı da dava açmadan ya da açılmış bir dava sırasında uyuşmazlığın diğer tarafı olan birey içinde yapılabilecektir.

Kararnamenin 12. maddesi gereğince idari işlemler ve idari eylemler sebebi ile doğan bir zararın giderilmesi için de uyuşmazlığın tarafı olan birey tarafından sulh başvurusunda bulunulabilecektir. Bu açıdan idari eylemler sebebi ile İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesi gereğince yapılan ön karar başvuruları da sulh başvurusu olarak kabul edilecektir.

Hem adli hem de idari uyuşmazlıklarda sulh yoluna başvurulması durumunda işlemeye başlamış olan kanuni süreler duracak ve altmış gün içinde sulh başvurusu sonuçlandırılmayacak olursa süreler yeniden işlemeye başlayacaktır. Sulh görüşmelerinin olumlu bir şekilde sonuçlandırılması durumunda da taraflarca imzalanacak sulh tutanakları ilam niteliğinde kabul edilecektir.

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde idarelerin taraf olduğu uyuşmazlıkları sulh yolu ile gidermelerinin mümkün olacağı açıktır. Ancak idarenin taraf olduğu bir uyuşmazlığın dava sırasında veya yargılamadan tamamen bağımsız bir yer ve zamanda gerçekleşmesi durumunda, kapsamında bulunan idareler açısından 659 sayılı Kararname kapsamında mı yoksa İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinin yaptığı yollama sebebi ile kısmî kabul kısmî feragat olarak değerlendirilerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun mu uygulanacağına iyi belirlenmesi gerekmektedir. Zira 31. maddede HUMK'un sulh hükümlerine atıf bulunmamaktadır.

Yargılamanın görülmesi sırasında idare ile adli uyuşmazlığın tarafı arasında anlaşmaya varılarak sulh olunması halinde uygulanacak olan hükümler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun davaya son veren taraf işlemi olan sulh ile ilgili hükümleridir. İdari uyuşmazlıklar açısından yargılama sırasında sulh olunması durumunda ise kanaatimce sulhu, tarafların uyuşmazlık konusunu kısmî kabul kısmî feragatleri ile sonlandırmaları olarak tanımlandığından uyuşmazlığı bu şekilde sonlandırmak daha uygun bulunmaktadır.

Yargılama faaliyetinin dışında yargılamayla bağlantısı olmaksızın kararname kapsamındaki idareler açısından idare ile faaliyetin muhatabı olan birey arasında gerçekleştirilecek olan mahkeme dışı sulh ise 659 sayılı Kararname kapsamında değerlendirilerek kararnamenin hükümlerine tabi tutulacaktır.

İdarelerin tarafı olduğu gerek adli gerekse de idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesi açısından uygulanacak hükümlerin uyuşmazlığı giderme konusunda ve etkisi açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki düzenlemede idarenin tarafı bulunduğu uyuşmazlığın kesin bir şekilde ilam kuvveti ile giderilmesi esasına yöneliktir.

Uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesi konusunda getirilen düzenlemelerden doğan beklentiler oldukça yüksektir. Her şeyden önce dava açmak sureti ile uyuşmazlıkların giderilmesinden farklı olarak sulh başvurusunun altmış günlük bir süre içinde sonuçlandırılması esasının getirilmesi ile uyuşmazlığın mümkün olduğunca kısa bir süre zarfında sonlandırılması konusunda beklenti uyandırmaktadır.

Sulh görüşmelerinin olumlu sonuçlandırılması durumunda taraflar arasında imzalanan sulh tutanağı ilam hükmünde kabul edilmektedir. Bu açıdan uyuşmazlığı mahkeme hükmü kuvvet ve etkisi ile gidermesi yönünden de oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Sulh olunması halinde doğrudan doğacak olan ilk sonuç idarenin taraf olduğu bir uyuşmazlığın ortadan kaldırılmasıdır. Adli uyuşmazlıklar açısından söz konusu uyuşmazlığın giderilmesi anlaşma tutanağında belirtilen tutar kadar bir hakkın tanınması, menfaatin terki, bir şeyin verilmesi, yapılması ya da yapılmaması konusunda anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerini kapsar. Buna karşılık idari uyuşmazlıklar açısından uyuşmazlığın giderilmesi idari işlem veya idari eylem sebebi ile doğan zararın giderilmesini ifade etmektedir. Söz konusu bu düzenlemeler çerçevesinde idare ile uyuşmazlığın diğer tarafı olan birey kararnamede belirtilen kapsamda uyuşmazlıkları giderme konusunda anlaşıkla- rı sulh anlaşmasının içeriğini belirleme konusunda bir serbestîye sahiptir.

“İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde

istenebilir” hükmünü içeren İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi gereğince idari işlemle ilgili ihlal edilen menfaatinin giderilmesini isteyebilecektir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesi gereğince idari eylemler sebebi ile doğan zararın giderilmesi için idari eylemi gerçekleştiren idareye bir başvuruda bulunulabilecektir. Bu açıdan mevcut düzenlemeler kapsamında idarenin tarafı olduğu bir uyuşmazlığın giderilmesi için ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Ancak mevcut düzenlemeler idarenin tarafı olduğu bir uyuşmazlığı giderme konusunda yetersiz kalmaktadır.

Her şeyden önce idari makamlar idari bir uyuşmazlığın giderilmesi konusunda bir başvuru ile karşılaştıklarında sorumluluk almaktan kaçmaktadırlar. İdarenin haksız olma ihtimalinin düşük görülmesi, haklı olsa dahi gerçekleştirdiği faaliyet sebebi ile bir zarar doğduğunda bu zararın giderilmesinde çekingen davrandığı görülmektedir. Kamu görevlileri böyle bir başvuru ile karşılaştıklarında zararı gidermek için mahkeme kararını bekleme yolunu tercih etmektedirler. Kamu görevlilerinin sorumluluk olarak doğan zararı gidermeye olumlu bakmaları durumunda da idarelerin bütçelerinde bu tarz bir zararın giderilmesi konusunda ödenek de bulunmayabilir. Sulh yolu ise bu sorunların büyük bir kısmını giderebilecek niteliktedir.

İdarenin taraf olduğu bir uyuşmazlığın sulh yolu ile giderilmesi için yapılan ve kabulü uygun görülen başvurular Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonuna gönderilecektir. Komisyon başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemde doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarını bilirkişi incelemesi dâhil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapmak ve olayla ilgili bilgisi bulunan kişiler dinlenmek sureti ile tespit edecektir. Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun inceleme sonunda hazırlayacağı rapor karar vermeye yetkili mercilere sunulur. Bu mercilerin sulh başvurusunu kabul etmesi halinde başvuru sahibine, hazırlanan sulh tutanağının imzalaması için en az onbeş günlük süre verilir. Sulh tanımsal olarak uyuşmazlık taraflarının karşılıklı olarak sorunun giderilmesi konusunda uzlaşarak anlaşmalarını ifade etmektedir. Bu durumda başvuruların komisyon tarafından değerlendirilmesi ve bir hak ihlalinin bulunup bulunmadığı eğer böyle bir ihlal var ise ihlalin ne şekilde giderileceği tek taraflı olarak tespit edileceğinden karşılıklı uzlaşmadan bahsetmek mümkün değildir.

Birden fazla idare hak ihlaline sebep olmuşsa ortak Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu kurulabilecektir. Ancak ne 659 sayılı Kararnamede, ne de Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’de ortak komisyonun nasıl oluşturulacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Kararnamedeki düzenlemelere yönelik diğer eleştiriler şunlardır:

İptal davası açılabilir durumlar yani menfaat ihlalinin bulunduğu durumlarda kararname kapsamında sulh yoluna başvurulması mümkün bulunmamaktadır.

İdari uyuşmazlıklarda sulh yolu sadece idari faaliyet sebebi ile hak ihlaline uğrayan vatandaşlarca yapılabilen buna karşılık idarenin idari faaliyet sebebi ile sulh yoluna başvurma imkânı bulunmamaktadır. Faaliyeti sebebi ile doğan zararı kendi isteği karşılamak istemesi ve buna yönelik olarak faaliyetten zarar gören bireyi kendi isteği sulh yoluna davet etmesi uygar bir idareden beklenmektedir. Ancak kararnamede bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Adli uyuşmazlıklarda sulh başvurusu hem dava açıldıktan veya icra yoluna başvurulduktan sonra hem de dava açılmadan veya icra yoluna başvurulmadan önce yapılabilir. Buna karşılık dava açıldıktan sonra idari uyuşmazlıklar sebebi ile sulh yoluna gidilebilmesine imkân bulunmamaktadır.

İdari uyuşmazlıklarda sulh başvurusu yapıldığında Kararnamenin 12. maddesi kapsamında işlemeye başlamış olan dava açma süresinin duracağından bahsedilmiştir. İdari işlemler açısından dava açma süresi işlemin tebliği tarihinden itibaren başlayacağından idari işlemler sebebi ile sulh başvurusu yapıldığında dava açma süresi duracaktır. Fakat idari eylemlerde dava açma süresi İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesine göre hesaplanmaktadır. 13. madde gereğince yapılacak başvuru üzerine alınan ön karar tarihinden itibaren dava açma süresi başlayacaktır. Ön karar başvurusu da Kararname kapsamında sulh başvurusu olarak kabul edileceğinden ortada sulh başvurusu yapılması sebebi ile durması gereken bir dava açma süresi bulunmamaktadır. İdari eylemler sebebi ile sulh başvurusu yapıldığında başvurunun dava açma süresini durduracağına dair hüküm idari eylemlerde zaten işlemeye başlamış bir dava açma süresi bulunmaması sebebi ile eleştirilmiştir.

Sulh başvurusunda bulunan ya da kendisine sulh daveti gönderen vatandaşlar idare karşısında hukuki bilgi açısından güvencesiz konumdadır. Bu sebeple bireylere kararname kapsamında sulh sürecinin yürütülmesi sırasında hukuki yardım imkânının tanınmamış olması da kararnamedeki bir diğer eksikliklerdir.

Kararnameye ve düzenlemeye her ne kadar eleştiriler getirilse de olumlu yönleri yadsınmaz.

İnisiyatif almaktan korkan bu sebeple vatandaşların başvurularını olumsuz sonuçlandırıp, vatandaşın isteği doğrultusunda işlem yapmak için mahkeme kararını bekleyen bir idare yerine zarar doğurucu faaliyeti sebebi ile vatandaşla uzlaşma yoluna giren, hem vatandaşın uzun ve zahmetli yargılama sürecinden

kurtaran hem de mahkeme kararı gibi icra edebileceği bir güvence sağlayan sulh yolu oldukça tercih edilebilir yöntem olmaktadır. Ancak bunun için tarafların bu konuda bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlığı son çare olarak mahkeme yolu ile gidermek isteyen bireyler her zaman avukat yardımından istifade etmeyebilirler. Bu açıdan sulh yolu kişiler açısından da oldukça elverişli bir yol olacaktır. Bireylerin bu tür olumlu çözüm usullerinin varlığından haberdar edilmesi ve işleyişi konusunda bilgi sahibi olmaları önemlidir. Gerekirse konuya ilişkin bilgilendirici kamu spotlarının televizyonlarda yayınlanması, konuya dikkati çekmek ve farkındalığı artırmak için bilgilendirici broşürlerin hazırlanması akla gelen ilk önerilerdir.

Sulh yoluna teşebbüs etmenin haksızlığı baştan kabul etmek olmadığı aksine hakkı ihlal edilen ilgilinin yönetimle olan dostane ilişkilerin sürdürülebilmesi açısından iyi niyetli olduğunun kabul edilmesi gerektiği bilinci hem birey hem de kamu görevlilerin nezdinde yerleşmelidir.

Kamu görevlilerinin yargı yoluna başvurulmadan önce uyuşmazlıkların kurum tarafından giderilmesi konusunda eğitimleri de oldukça önemlidir. Böyle bir başvuru ile karşılaşan kamu görevlisi bireyi doğru bir şekilde yönlendirebilmeli, dava yoluna gitmek konusunda düşüncesi olan bireyi sulh yolunun varlığı konusunda bilgilendirebilecek kapasiteye sahip olacak donanımda olmalıdır. Hukuk birimleri içinde uyuşmazlıkları gidermek için yapılacak başvuruları inceleyecek ya da gerekirse doğrudan idare adına başvuruda bulunabilecek özel birimler oluşturulmalıdır. Avukatların da bu konuda bilgi sahibi olmaları müvekkillerinin uyuşmazlıklarını en kısa sürede gidermek ve doğan zararlarını mümkün olduğunca kısa sürede gidermelerini sağlayacaktır. Hukuk fakültesi ders müfredatında, hakkın her zaman yargı yoluna başvurarak elde edilebileceğinin doğru olmadığı günümüz koşullarında kaçınılmaz bir yargı olduğu bilincini yerleştirmek için arabuluculuk, uzlaştırma, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları vs. gibi derslerin yer alması da artık büyük bir gereklilik olmuştur.

Belirtilen çözüm ve değişiklik önerilerimizin dikkate alınması dileğiyle idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların yargı dışı yollardan giderilmesi konusunda daha fazla düzenleme yapılması konusunda çalışmaların yapılması ve gerekli mevzuat açısından değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

**KAYNAKÇA**

- ABACI DÖRTOK, Zeynep, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, Güz – 2006, Sayı 20, s.105 - 115.
- “American College of Trial Lawyers”, **Handbook on Alternatives For Dispute Resolution**, March 8, 1991, <http://www.actl.com/Content/NavigationMenu/Publications/AllPublications/default.htm> et; 18.07.2014;
- ARMSTRONG, Phillip “Why We Still Litigate?” **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol. 8, Iss.3, 2008, s.379 - 384.
- ARNAVAS, Donald, **Alternative Dispute Resolution For Government Contract**, Chicago CCH Incorporated, 2004.
- ATLAS, Nancy/HUBER, Stephen/HUBER, Wendy, **Alternative Dispute Resolution: The Litigator’s Handbook**, American Bar Association 2000.
- BALKAR, Kemal Galip, “İdare ile Halk Arasındaki Münasebetler”, **AÜSBFD**, C. XVIII, Mart 1963, s.431 - 434.
- BİLGİ Necip/ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara AÜHFY 1978.
- BİLGİN Hikmet, “Anglosakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Bahar 2009, S. 10, s.16 - 24.
- ÇINARLI Serkan, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Ankara Orion Kitabevi, 2013.
- ÇOLAK N. İlker, “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları”, **İdari Yargıda Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi, Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2012**, Ankara Danıştay Yayınları, Yayın No: 83, s.97 – 118.
- FOGEL Jeremy, “How To Make Control Of The Runaway Litigation Train?” **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol. 5, Iss.2, 2005, s.377 - 384.
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. I, 2. B. Bursa Ekin Kitabevi, 2009.
- HEISE, Michael, “Why ADR Programs Aren’t More Appealing: An Empirical Perspective” **Journal Of Empirical Legal Studies**, Vol. 7, Iss.1, March 2010, p. 64 - 96.
- KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. B. C. IV, İstanbul Demir Yayıncılık 2001.
- MEADOW, Carrie Mekel, “Ethics In ADR: The Many Cs of Professional Responsibility and Dispute Resolution” **Fordham Urban Law Journal**, 2000 – 2001, p. 979 – 990.
- MACKIE, Karl, **A Handbook of Alternative Dispute Resolution**, Routledge 2013.
- MARTIN Elizabeth, **Oxford Dictionary of Law**, Fifth Edition, England Oxford University Press, 2001.
- NIEMIC, Robert/STIENSTRA, Donna/RAVITZ, Randal, **Guide To Judicial Management of Cases In ADR**, Federal Judicial Center, 2001.
- ODYAKMAZ Zehra/ÇINARLI Serkan, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Ankara Orion Kitabevi, 2013.

- ODYAKMAZ Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri,” **GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan**, C. 2, S. 1 – 2, Haziran – Aralık 1998, s.141 – 195.
- ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara, AÜHFY 1972. (Sulh olarak kısaltılmıştır.)
- ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara AÜHFY Yayın No. 442, 1972. (Yargılama Hukuku olarak kısaltılmıştır.)
- ÖZBAY, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, **EÜHFD Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan**, C. X, S. 3 - 4, 2006, s.459 – 475.
- ÖZBEK Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. B. Ankara Yetkin Yayınları 2009.
- ÖZBEK Mustafa, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), Birinci Bölüm Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller”, **TBB Dergisi**, S. 56, 2005, s.90 - 132.
- ÖZBEK Mustafa, “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, **AÜHFD**, C. 1, S. 2, 2002, s.121 – 162.
- PARTRIDGE, Mark, **Alternative Dispute Resolution: An Essential Competency For Lawyers**, Oxford University Press, 2009.
- ROSENBERG Joshua / FOLBERG Jay, “Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis”, **Stanford Law Review**, Vol. 46, No.6 July 1994, p. 1487 – 1551.
- SPEGEL Nadja, “Alternative Dispute Resolution; A New Era in Dispute Management?” **Legaldade** May 1994, Vol. 6, Issue 2, 1994, p. 1 - 4.
- STIENSTRA Donna / WILLGING Thomas, **Alternatives to Litigation Do They Have A Place In The Federal District Courts?** Federal Judicial Center, 1995.
- STIPANOVICH, Thomas, “ADR and The Vanishing Trial: The Growth and Impact of Alternative Dispute Resolution” **Journal Of Empirical Legal Studies**, Vol. 1, Iss.3, November 2004, p. 843 – 912.
- STONE Katherine, “Alternative Dispute Resolution”, **Encyclopedia in Legal History**, Research Paper No; 04 - 30, Oxford University Press 2004, p. 1 – 7.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Gün. 2. B. Ankara Turhan Kitabevi, 2013.
- WECKSTEIN, Donald, “The Purposes of Dispute Resolution: Comparative Concepts of Justice”, **American Business Law Journal**, Vol. 26, Iss.3, 1988, p. 605 - 624.
- YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)** Yen. 11. B. İstanbul Beta Yayınevi, 2012.
- YILDIRIM Ramazan, **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Konya Mimoza Yayınları, 2006.
- YILDIRIM Ramazan, **Türk İdarî Rejimi Dersleri, Cilt II**, 2. B. Konya Mimoza Yayınları 2014.
- YILMAZ Ejder, **Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü**, Yenilenmiş 3. baskı, Ankara Yetkin Yayınları 2005.
- ZOLLERS, Frances, “Alternative Dispute Resolution and Product Liability Reform” **American Business Law Journal**, Vol. 26, Iss.3, 1988, p. 479 - 510.

