

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Temmuz 2019 • Sayı 39 • Yıl: 11



yayin.taa.gov.tr

39



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

39

YIL: 11, SAYI: 39, TEMMUZ 2019
www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER

Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR

Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ / Hâkim

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Fethullah SOYUBELLİ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Musa TANRISEVEN

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR

Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Menekşe ÖRME - Hüseyin ÖZTÜRK

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taa.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna yayin.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNÇİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGİN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜYEN
Prof. Dr. M. Fatih UŐAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŐ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŐİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

| | |
|--|------------|
| Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU - Prof. Dr. Bayram UZUN - Dr. Öğr. Üyesi Okan YILDIZ | 1 |
| Kamulaştırmaz Hukuki El Atma Kavramının İncelenmesi ve Muhtemel Çözüm Yaklaşımlarının Geliştirilmesi <i>Investigation of Disappling Zoning Plan comes from Legal Confiscating without Expropriating and Developing the Possible Solutions for Them</i> | |
| Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER | 29 |
| Hukukta “Öz” Arayışları ve İslam Hukukunun Metafizik Karakteri <i>Seeking the Essence of Law and the Metaphysical Character of Islamic Law</i> | |
| Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL - Arş. Gör. Arif KALKAN | 45 |
| Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler <i>De Lege Lata and De Lege Ferenda Thoughts on Product Liability in Turkey</i> | |
| Dr. Öğr. Üyesi Nazlı TÖRE | 83 |
| Yatırım Yoluyla İkamet ve Vatandaşlık <i>Residence and Citizenship Through Investment</i> | |
| Dr. Öğr. Üyesi Rumeysa AKGÜN - Arş. Gör. Dr. Tuba YÜCEER KARDEŞ - Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ | 109 |
| Kadın Mahkûmların Sosyodemografik Özelliklerine Göre Problem Çözme Becerisinin İncelenmesi Üzerine Bir Çalışma <i>A Study on the Investigation of the Problem Solving Skill According to the Sociodemographic Properties of Femalesconvicts</i> | |
| Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YÖRDEM | 129 |
| Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu <i>Legal Responsibility of Physician due to Improper Medical Practice</i> | |
| Arş. Gör. Kendal DENİZ- Doç. Dr. Ufuk GENÇEL..... | 157 |
| Vergi Kabahatleri Açısından Sahte Belge Düzenleme veya Kullanma Fiili ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri <i>The Problems and Solution Suggestions Regarding to False Document Arrangement or Use in Terms of Tax Misdemeanors</i> | |

Dr. Didem BAŞAR.....189

Hekimin Embriyonik Kök Hücre Naklinden Dolayı Kişisel Sorumluluğu

Physicians Legal Liability from Stem Cell Transplantation

Bünyamin ÇİTİL.....215

Rödövans Sözleşmesinin Maden Hukukundaki Yeri ve Mali Yükümlülükler

The Role in Miniglaw on the Redeavance Agreements and Financial Obligations

Serkan TURGUT243

Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi

Functioning of Special Committee of Preferred Shareholders at Corporations

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

KAMULAŞTIRMASIZ HUKUKİ EL ATMA KAVRAMININ İNCELENMESİ VE MUHTEMEL ÇÖZÜM YAKLAŞIMLARININ GELİŞTİRİLMESİ

Investigation of Disappling Zoning Plan comes from Legal Confiscating without Expropriating and Developing the Possible Solutions for Them

Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU* - Prof. Dr. Bayram UZUN
Dr. Öğr. Üyesi Okan YILDIZ*****

Geliş Tarihi: 12.12.2018 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Kamulaştırmaz el atma kavramı Türk Hukuk Sistemi'ne 1956'da girmiştir. 1983 tarihli Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesi ile düzenlenmiş tek kamulaştırmaz el atmaya dayanak yasa metni, 2003'de Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. Buna karşın, kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin ifadesi kamulaştırma kanununa eklenerek yasal kimlik kazanmıştır. Ayrıca bu olgunun varlığı 2026 tarihine kadar da ötelenmiştir. Daha sonraki düzenleme ile bu tarih sınırlaması da kaldırılmıştır. Yani kamulaştırmaz el atmanın ilerleyen yıllarda devam etmesi hukuki bir kimlik kazanmıştır. Ardından, 6475 sayılı Yasa ile kamulaştırmaz hukuki el atma davalarında 07.09.2021'e kadar hüküm vermek hukuken imkânsız hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kanun maddesini Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir. Şu anda hukuki el atmaya ilişkin dava açmak için yasal bir engel kalmamıştır. Bunun yanında, hukuki el atmaya ilişkin bazı kavram yanlışları da mevcuttur. Bazı parseller; sit alanı, jeolojik sakıncalı alan, tarımsal niteliği korunacak alan sınırları içinde kalabilir.

ABSTRACT

The term of "Legal Confiscating without Expropriating" was first introduced to the Turkish Legal System in 1956. The legal text of "Legal Confiscating without Expropriating", regulated by Article 38 of Expropriation Law in 1983, was cancelled by the Constitutional Court in 2003. However, the term compensation for "Legal Confiscating without Expropriating" was added to the expropriation law, so this term gained legal statue. In addition, the existence of this phenomenon was postponed till 2026. This date limitation was also abolished by the later amendment. In other words, it has become legal for the following years. Because of subsequent law numbered 6475, it was legally impossible to give a court decision for Legal Confiscating without Expropriation until 7 September 2021. The Constitutional Court cancelled this article on the ground that it was against the Turkish Constitution. Therefore, there is no barriers to go to court assertion with about "Legal Confiscating without Expropriating" since that time. In addition, there are some misconceptions about the topic. Some parcels are located in the border of natural or artificial site area, geological objectionable area or agricultural protected area.

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği Bölümü Kamu Ölçmeleri(Arazi Yönetimi) ABD, KTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD, Trabzon, yecoruhlu@ktu.edu.tr, Sorumlu Yazar, ORCID ID: 0000-0002-8673-603X

** Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği Bölümü Kamu Ölçmeleri(Arazi Yönetimi) ABD, KTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD, Trabzon, buzun@ktu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6492-6820

*** Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği Bölümü Kamu Ölçmeleri(Arazi Yönetimi) ABD, KTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD, Trabzon, okan.yildiz@ktu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7664-5361

Bu tip parseller, buldukları konum veya özellikleri nedeniyle imar planında DOP/KOP donatılarına tahsis edilebilir. Bu durumda hukuki el atma varlığından söz etmek pek mümkün gözükmemektedir. Bu konuda uygulamada bazı yanlış uygulamalar ve kavram yanlışları da mevcuttur. Ayrıca, hukuki el atmanın olduğu alanlarda da bir takım önlemlerin alınması elzemdir. Uygulama imar planı olan alanlarda ivedi olarak arsa ve arazi düzenlemelerinin re'sen yapılması en kalıcı çözüm olarak bilinmektedir. Konuya ilişkin daha geniş perspektifli kalıcı çözümler getirmek de gerekmektedir. Aksi takdirde, kamu kurumları ciddi maddi yükler altında kalacaktır. DOP/KOP donatısına isabet eden kadastro parsellerine, sit sertifikası benzeri imar hakkı verilmesi veya plandaki tüm kadastro parsellerine 12,5 metreye kadar yapılaşma hakkı verilmesi ve imar hakkı transferi sisteminin geliştirilmesi önerilerin bir tanesidir. Bu konuda araştırma yapacak araştırmacılara, alternatif yöntemlerin geliştirilmesi ve uygulanması adına uygulama ve hukuki araçları içeren alanlarda çalışma yapmaları önerilmektedir.

Due to their location or features, these type of parcels can be allocated to public areas such as park, road, green area, school area etc. in zoning plan. In this case, it is not possible to put up with an idea about the existence of "Legal Confiscating without Expropriating". There are also some wrong implementations and misconceptions. In addition, it is essential to take some measures in areas where there is "Legal Confiscating without Expropriating". Land Readjustment is legally known known as the most permanent solution for "Legal Confiscating without Expropriating" in case of being zoning plan in such areas. It is also necessary to bring permanent solutions with a wider perspective to the subject. Otherwise, public institutions will be subject to substantial financial burdens. It should be discussed to put into practice some solutions for those parcels in public areas in zoning plan, such as granting up to construction right to all cadastral parcels up to 12,5 metre in height, and granting up some right just like abolished "Natural Site Certificate" and also development of zoning right transfer system. It is recommended that those researchers, who want to study in these type of areas, should be taken practice and legal instruments into account in the name of development and implementation of alternative methods.

Anahtar kelimeler: Mülkiyet hakkı, kamulaştırma, hukuki el atma, uygulama imar planı

Keywords: land ownership, expropriation, legal confiscating without expropriation, zoning plan

GİRİŞ

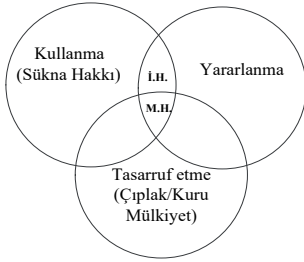
Türk Dil Kurumu mülkiyeti; "sahiplik" olarak, sahipliği de "kendisinin olan bir şeyi yasa çerçevesinde istediği gibi kullanabilme hakkı, iyelik" olarak tanımlar¹. Bir başka tanımda mülkiyet; hem bir şeyin kendisini, hem de o şeyin üzerindeki hak ve sorumlulukları anlatmakta kullanılır². Mülkiyet; elinde bulunduranın özelliğine göre özel ve kamu mülkiyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³. Ayrıca mülkiyet hakkı Anayasası'nın 35. Maddesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 683.

¹ URL-1, Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>. 02.01.2018.

² Leonard, R. ve Longbottom, J., 2000. Land Tenure Lexicon, A Glossary of Terms from English and French Speaking West Africa, International Institute for Environment and Development, London, 75s.

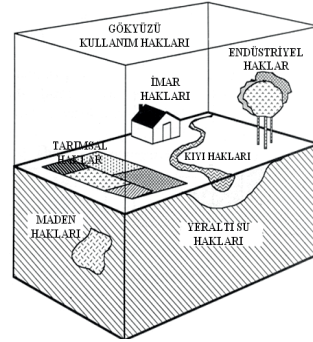
³ Bruce, J. W., 1998. Tenure Brief, Review of Tenure Terminology, Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages,, Madison.

Maddesi ile güvence altına alınmıştır. Diğer taraftan uluslararası hukuk^{4,5} mülkiyet hakkını temel insan hakkı olarak dikkate almıştır. Sınırsız bir aynı hak olan ve anayasal normlara göre sadece kamu yararı ile kısıtlanabilen⁶ mülkiyet hakkı; sahibine “kullanma”, “yararlanma” ve dilediği gibi “tasarruf etme” yetkilerinin hepsini birden verir. Şekil 1’de sunulan bu üç yetkiden bir veya ikisini birden elinde bulunduran kişi, sınırlı aynı hak (intifa, sükna vb.) sahibi olarak ifade edilir.



Mülkiyet Hakkı: M.H.
Intifa Hakkı: L.H.

Şekil 1. Mülkiyet Hakkının Bileşenleri



Şekil 2. Mülkiyet Hakkının Boyutu¹

Mülkiyet hakkının, kadastro yoluyla, sınırlandırılması sonucu oluşan taşınmaz mallar (teknik olarak kadastro parseli) kadastro haritasında iki boyutlu olarak gösterilmektedir. Oysa gerçekte, taşınmaz mal mülkiyeti şekil 2 ile gösterildiği üzere üç boyutlu bir kavramdır. İlk olarak Dale ve McLaughlin tarafından 1988⁷ yılında ortaya atılan, Uluslararası Haritacılar Birliği (FIG) tarafından benimsenen bu kavram arazi nesnesi (land object) olarak ifade edilir. Buna göre mülkiyet hakkı, şekil 1 ve 2’de sunulan, 3 boyutlu kübik bölgede, medeni kanunda tanımlanan kullanma-yararlanma-tasarrufta bulunma yetkisinin kullanılmasıdır⁸. Mülkiyet hakkı hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği en geniş, en kapsamlı, en mutlak bir hâkimiyet hakkıdır⁹. Mülkiyet hakkı “Hak” kavramsal modelinde sınırsız aynı hak olarak tanımlanmaktadır (Şekil 3). Ancak sınırsız bir aynı hak olmasına

⁴ URL-2, Universal Declaration of Human Rights, All Human Rights for All, Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1948-1998), <http://www.un.org>. 05.01.2018.

⁵ URL-3, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Registry of the European Court of Human Rights, Rome, 39s. 04.01.2018.

⁶ Ayaydın Cem, 1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2010.

⁷ Dale, P. ve McLaughlin, J. D., 1988, *Land Information Management*, Clarendon Press, Oxford.

⁸ Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., «3B Kadaströ Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi», Ankara Barosu Dergisi, cilt.73, ss.397-420, 2015

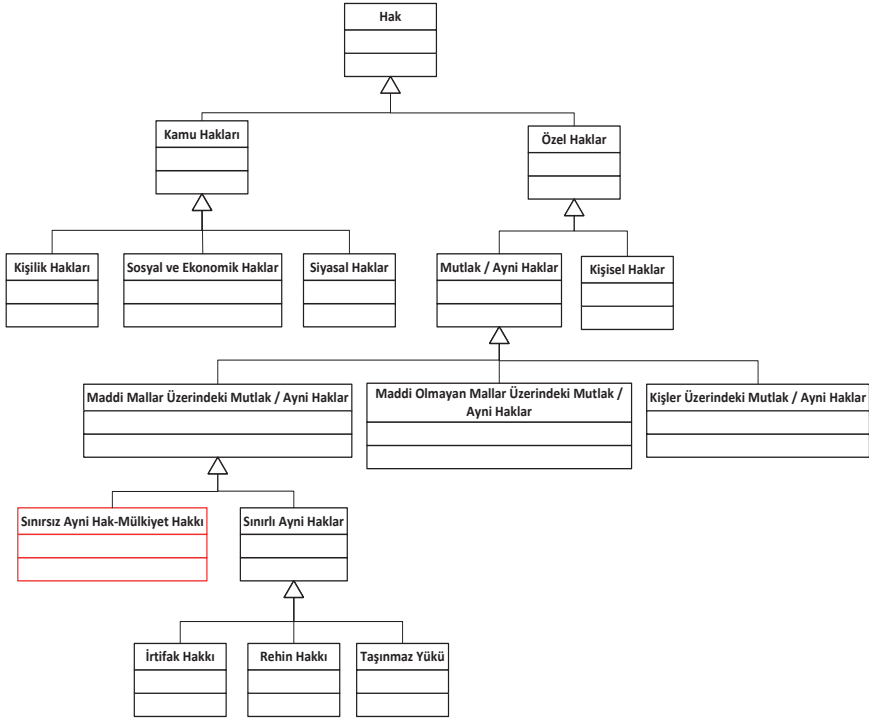
⁹ Eren F., 2012. Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Sayfa.4, Ankara

rağmen, Anayasa ve Medeni Kanun hükümleri doğrultusunda, malikine bazı sorumluluklar ve ödevler yüklenmiştir. Malik, eşya üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme imkânına sahiptir. Aktif yetki olarak bilinen bu yetki ile malik eşya üzerinde, yasaların öngördüğü biçimde olmak üzere, dilediği gibi tasarruf eder.

Mülkiyet hakkının sınırlanması konusunda ise üç önemli ilke bulunmaktadır.

- Mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olmaması,
- Bu hakkın kullanılmasında dürüstlük kurallarına uyma zorunluluğu,
- Özel kanunların getirdiği diğer sınırlayıcı hükümler (3194, 2863 vb.).

Şekil 3. Hak kavramı ve Mülkiyet Hakkının Sınıfsal Gösterimi



Yasalar mülkiyet hakkını koruma altına almak için malike bazı yetkiler tanımıştır ki bunlara koruyucu yetkiler denir. Bu yetkiler malike istihkak davası, müdahalenin men'i gibi davalar açma imkânı verir. Bu davalar aynî niteliktedir ve zamanaşımına uğramazlar¹⁰. Normlar Hiyerarşisini benimseyen ülkemizde günümüzde taraf olduğu yazılı hukuk kurallarına uygun olarak mülkiyet ve kamu yararı ilişkisine dayalı iş ve işlemleri yürütülmektedir.

Yürütme organı temsilcilerinin (Merkezi İdareler, Belediye, Özel İdare vs.) faaliyetlerinde kuşkusuz hukuk kurallarına uygunluk ve kazanılmış haklara saygı esastır. Bu ilke, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır¹¹. Toplumsal yarar gözetilerek alınan idari karar ve eylemlerle, kişilerin mülkiyet hakkının kullanılmasına engel olmak malike ölçüsüz şekilde ödev yüklenmesi anlamına gelir. Zira ödevin haktan fazla olması, mülkiyetin niteliğine, tarifine ve tarihi gelişimine aykırıdır¹². Nitekim Avrupa Adalet Divanı 1 nolu Ek Sözleşmenin 1. maddesinin ihlaline ilişkin davalarda karar verilirken, önce bu bölüm kapsamına giren bir mülkiyet hakkının (bir mal ve mülkün) mevcut olup olmadığı, daha sonra mülkiyete bir müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediği ve son adım da bu müdahalenin hukuka uygunluğu incelenmektedir¹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kamulaştırmaz el atma iddiasının olduğu bir davada öncelikle müdahalenin varlığını tespit eder. Daha sonra da bu müdahalenin meşruiyetini inceler. Eğer müdahalenin meşru olmadığını tespit ederse mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verebilmektedir¹⁴.

Kamu Yararı ve Kamulaştırma

Bilindiği gibi mülkiyet hakkı kamu yararı ile kısıtlanabilmekte, hatta tazminat karşılığında ortadan kaldırılabilmektedir. Bunun yöntemlerinden biri kamulaştırmadır. Kamulaştırma kelimesinin sözlük anlamı; istimlâk, kamu yararı gözetilerek şahsa ait taşınmazların belli bir proje amacına göre yol, okul, hastane ve bunun gibi kamunun ortak kullanımı ihtiyacına hizmet verme

¹⁰ URL-4, 2018. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Tapu Sicili Uygulamaları, Ankara, 113s. https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjCwLrSr77YAhVBoBQKHUXKAccQFggpMAA&url=https%3A%2F%2Ftkgm.gov.tr%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ficerik%2Ftapu_sicili_uygulamari_2014_0.pdf&usg=AOvVaw2hKo8Co1 AOiVbStn_slcOe

¹¹ Başpınar Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Syf 101.

¹² Tezcan, M. 2013. Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmazsız El Atma, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.402.

¹³ Sever, Ö. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmazsız El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012, 1-19.

¹⁴ Yücel, Ö. 2010. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kamulaştırmazsız El Atma. *Adalet Yayınevi, Ankara*.S. 2.

amacıyla ilgili kanun hükümlerinin uygulanması işlemidir^{15,16}. Kamulaştırmanın yapılabilmesi için “*kamu yararı*” bulunması gerekir. Başka bir deyişle, kamulaştırmayı meşrulaştıran durum kamu yararadır. Sıkça kamuoyunun gündemini meşgul eden kamu yararı, mevzuat ve doktrinde tanımı tam olarak yapılmamış, zamana ve mekâna göre içeriği değişebilen bir kavramdır¹⁷. Günümüzde kamu yararı, kesin olarak tanımlanamaz bir hale dönüşmüş, hatta zaman zaman çoğunluğun çıkarlarına uygun düşen bir öneriye¹⁸ kılıf olma özeliğine bürünebilmektedir. Kamu yararı kavramı, “dar ve geniş anlamda kamu yararı”,¹⁹ “hukuki ve siyasi anlamda kamu yararı”²⁰ şeklinde yaklaşıma tabi tutularak içeriği belirlenmeye çalışılmaktadır. Kamu yararı kavramını şu alt başlıklarla sınıflandırmak mümkündür²¹ :

- Genel ve kapsayıcıdır
- Toplum yararı ile uyumludur.
- Kamu hizmeti de kamu yararadır.
- Sınırlama nedenidir.
- Toplum yararadır, üstündür, değişkendir.
- Nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı gerektirir.

Kamu yararı; öğretilerde, mevzuatta ve içtihatla bulunduğu yer ve anlam bakımından farklı şekillerde değerlendirilmektedir²². Anayasa’da “...*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” şeklinde bir düzenlemeye sahip olup, “*kamu yararı*” söz konusu olduğunda temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanabileceği hükmü mevcuttur. Bu kavramın yargı tarafından açıklanması gerektiğine ilişkin şu ifadeler yer vermiştir²³. Kamu yararı, 1789 Fransız Devriminden sonra “*ortak iyilik*” kavramının yerini almıştır. İngiltere’de “*public interest*” olarak yer bulmuş bir kavramdır. Türk Anayasa Mahkemesi, kamu yararını, “*kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak*”²⁴ olarak

¹⁵ URL-1, Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>. 02.01.2018.

¹⁶ URL-5, Haritacılık Sözlüğü, Harita Genel Komutanlığı Resmi İnternet Sitesi, http://www.hgk.msb.gov.tr/sozluk/turkce_sorgu.asp. 05.01.2018.

¹⁷ Göven, Y. (2015). Kamulaştırma İşlemlerinde “Kamu Yararı”. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(1), 247-262.

¹⁸ Hayek Fredrich A.: Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük., C.2, Çev. M. Erdoğan, Ankara 1995.

¹⁹ Kutlu M. İdari Bir İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Ankara 1992.

²⁰ Nazaroğlu Y., Haşan Ü., Kamulaştırma, Ankara 1975, s.21 vd.; AK1LLIOĞLU, s.4.

²¹ Akıllıoğlu, Tekin, Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD, Lütfi DURAN’a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, Yıl.9, 1988.

²² Saraç, O. (2002). Kamu yararı kavramı. *Maliye Dergisi*, 139, 1-11.

²³ Gül, İ. (2014). Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı. *Ankara Barosu Dergisi*, 535-550.

²⁴ Tekin A. 1991 “*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, S:2, 1991, s.11

tanımlaya gelmiştir. Kamu yararı kavramının anayasal yargıda ve akademik ortamda kamu menfaati olarak kullanılması yaygındır. Kamu yararının objektif bir tanımı bulunmamakta, anılan kavram “*zamana ve yere göre farklılık*” göstermektedir²⁵. Çok yönlü ve zaman içinde değişebilen kamu yararı kavramı şöyle de özetlenmiştir²⁶. “...*Kamu yararı kavramı durağan ve içeriği somut bir kavram olmadığından sürekli gelişmekte olan dinamik bir kavramdır.*”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Kamulaştırma

1987 yılında Türkiye AİHM’e bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu tarihten sonra insan hakları kavramı önemli aşama kaydetmiştir. 2010 yılında anayasal bireysel başvuru hakkının tanınması bu kapsamda bir öneme sahiptir²⁷.

Bilindiği üzere, mülkiyet hakkının kısıtlanması ile ilgili olarak *Sporrong ve Lönnroth* olayı, AİHM ve ülkemiz yüksek yargı kararlarına dayanak teşkil etmiştir. Bu konu, Adalet Divanı AİHS 1.No Ek Protokolün 1.maddesi çerçevesinde incelenmiş, kamulaştırmazsız el atma ile kamulaştırmanın aynı nitelikte olduğu vurgulanmıştır²⁸.

Başka bir örnek ise Jahn ve Diğerleri olayıdır. Bu örnekte, Doğu Almanya’da 1945 yılında toprak reformu çerçevesinde belirli şartlarda kullanmak üzere kişilere araziler verilmiştir. 1990 da taşınmazlar üzerindeki tüm kısıtlılıklar kaldırılmıştır. Daha sonra taşınmazların, vergi dairelerine bedelsiz devirleri istenmiştir. Bu talebi divana konu eden kişilerin haklarının ihlal edildiği Adalet Divanınca oybirliğiyle karara bağlanmıştır.

Bir başka örnek ise I.R.S. ve diğerleri olayıdır. Bu olayda, resmi bir kamulaştırma yapmaksızın, fiili el atmaya hukuki düzenlemeyle meşruiyet kazandırılmasının, kamulaştırmazsız el atma sayılmasına önemli bir örnek teşkil ettiği bilinmektedir. *Frowein’e göre*, mülkiyete müdahale eden devlet düzenlemelerine karşı sözleşmeden kaynaklanan kapsamlı bir korumanın varlığına dikkat çekmiştir. Kamulaştırmazsız el atma fiili 1. Nolu Ek Protokolünün 1/2. maddesinin kapsamının haricinde tutulması halinde üye devletlerin mülkiyete hukuken müdahalede bulunmaksızın, kullanımı sınırlayan, maliklerin mülkiyet haklarını kullanımlarını fiilen ortadan kaldıracak şekilde idari kararlar

²⁵ Bkn.Lami Bertan Tokuzlu, “*Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü*”, Sibel İnceoğlu (ed.), İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ankara, 2013, s,518 Yazar her ne kadar yukarıda alıntı yapılan makalesinde kamu yararı kavramına denk düşen Fransızca “*l’interet general*” kelimesini/karamını kullanmış ise de Fransız İdarî yargılama Kanununun da bu ibare “*l’intérêt public*” olarak kullanılmaktadır. Bkn. “*Code de justice administrative*” <http://legislationline.org/topics/country/30/topic/83>, (Erişim, 14/12/2013).

²⁶ Gül, İ. (2014). Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı. *Ankara Barosu Dergisi*, 535-550.

²⁷ Nalbant, A. 2015. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı 32 (2015) 423-442

²⁸ Sever, Ö. 2012. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmazsız El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012, 1-19.

alabilmelerinin yolunun açılması tehlikesinden bahsetmiştir²⁹.

Gelinsky, Fromont's'a göre, sözleşmede sadece normal kamulaştırmanın düzenlendiğinin kabul edilmesi sözleşmenin etkin hukuk koruması sağlaması için uygun olmayacaktır. İdare tarafından hedeflenmiş olsun ya da olmasın, mülkiyet hakkının ihlali tehlikesi ortaya çıktığında Sözleşmenin koruyucu mekanizmasının devreye girmesi gerekir. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin amacı ise, bireylerin hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Genel olarak kamulaştırmasız el atma, idarenin usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve de geçici işgal koşulları bulunmadığı halde özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atmasıdır³⁰

Kamulaştırmasız El Atma

Kamulaştırmasız el atma fiili, idarenin -yasal dayanak olmaksızın- taşınmaz üzerinde fiilen tasarrufta bulunması şeklinde olabileceği gibi, bir idari işlemle mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin kullanılamaması şeklinde de ortaya çıkabilir³¹. Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare yasalara aykırı bir şekilde bir kimsenin taşınmaz malına el koyarak³², üzerinde yapı yaparak veya imar planında o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlarsa, idare taşınmaz mala kamulaştırmasız el koymuş sayılır³³. El atmanın ortaya çıkabilmesi için bu fiilin kamulaştırma yetkisine sahip bir idare tarafından yapılmasının yanı sıra, sahiplenme kastı ile yapılması, devamlı olması, fiilen veya hukuken yapılmış olması şartlarının da gerçekleşmesi gerekmektedir³⁴.

El atmanın hukuken yapılmasının yöntemlerinden biri de imar planıdır. İmar planı ve kamulaştırma kavramlarını birlikte ele almak gerekmektedir. Zira kamulaştırma planlı alanlarda, planı uygulama araçlarından biridir. İmar planı uygulama yöntemleri zorunlu ve gönüllü olmak üzere sınıflandırılmaktadır (Şekil 4). Gönüllü uygulamalar taşınmaz sahiplerinin talebi ve onayıyla gerçekleştirilirken, zorunlu uygulamalar kamu gücüyle re'sen yapılan uygulamalardır.

²⁹ Sever, Ö. 2012. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmasız El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012, 1-19.

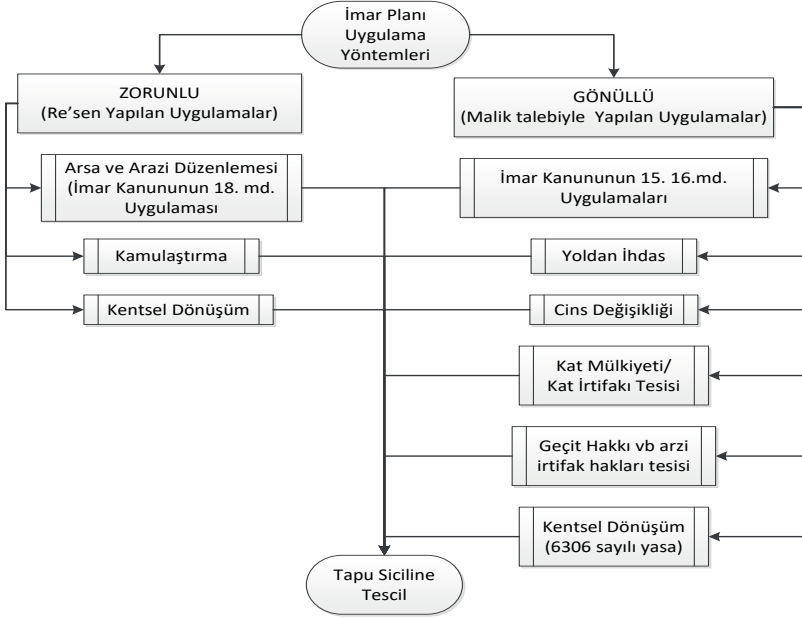
³⁰ Günday, M. 2011. İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara.

³¹ Tezcan M.2013. Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmasız El Atma", Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.402.

³² Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ocak 2013.

³³ Arcak, A. 1987. Kamulaştırmasız Elkoyma ve Yeni Hükümler, (1987), s. 23.

³⁴ Karademir, D., 2014. Kamulaştırmasız El Atma, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, YUHFD Vol. XI No. 2 (2014), 930-960.



Şekil 4. İmar Planı Uygulama Teknikleri (³⁵den uyarlandı)

Bu yöntemleri uygulamaksızın taşınmaz mal mülkiyetine yapılan müdahaleler kamulaştırmaz el atma, hukuki el atma vb sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Özel mülkiyette bulunan taşınmazların yola dönüştürülmesi sebebiyle ilk olarak ortaya çıkan kamulaştırmaz el atma³⁶16.05.1956 gün 1-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararıyla hukuk sistemimize girmiştir. Yargıtay bu kararında; taşınmazına hiçbir kamulaştırma işlemi yapılmadan el atılmışsa malikin men'i müdahale davası açabileceğini vurgulamıştır. Ayrıca malik fiili duruma razı olarak mülkiyet hakkının devrine karşılık taşınmazın bedelini istiyorsa, taşınmaz bedelinin tahsili istemli dava da açabileceğini kabul etmiştir.

Kamulaştırmaz el atma konusunu düzenleyen tek hukuki yazılı kaynak 1983 tarihli Kamulaştırma Kanununun 38. Maddesidir. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi tarafından 10 Nisan 2003 tarih ve E.2002/112, K.2003/33 sayılı kararı ile bu madde iptal edilmiştir. Ancak bu konuda da hukuki bir boşluk ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, 2010 tarihli 5999 sayılı Kanun, Kamulaştırma Kanunu'na "kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin" başlığı altında geçici

³⁵ Uzun B., "Using Land Readjustment Method As An Effective Urban Land Development Tool In Turkey", Survey Review, vol.41, pp.57-70, 2009

³⁶ Giritli İ., Akgüner T., 1987. İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 63.

6. madde olarak eklenmiştir³⁷. Yapılan değişiklikle tazminat ödenmesini objektif esaslara bağlama, mülkiyet hakları ellerinden alınanların mağduriyetini giderme, idarenin mali yükünü en aza indirme ve uzlaşma yolunu öncelikli kılma hedeflenmiştir³⁸. Buna göre sadece tazminat davası açılabilirken, men müdahale ve istihkak davası açabilme imkânı ortadan kalkmıştır. Bu konunun gerekçesini şu şekilde ifade etmektedir. *“5999 sayılı kanunun öncelikli amacı; imar planından sonra yasal süre içerisinde planı uygulamayan, takas veya kamulaştırma yoluna gitmeyerek yıllarca eylemsiz kalarak taşınmaz sahibini mağdur eden idarenin, taşınmaza müdahalesinin önlenmesidir. Bu nedenlerle taşınmaz malikleri bu yerin bedelinin tazmin talebinde bulunabileceklerdir. Taşınmaz maliklerinin tazmin talebi var ise; öncelikle idare ile uzlaşma yoluna gidilmesi, teklif edilecek, uzlaşma kabul edilmediği takdirde taşınmaz malikleri dava yoluna gidebilir”*³⁹.

Kamulaştırmazsız el atma sorunsalını çözmek için çıkartılmış yasal düzenlemelerin yetmediği görülmüştür. Zira mevcut bu mevzuat genel geçer kurallar içermek yerine, geçmişteki olayları *“bir defaya mahsus”* olmak üzere yasal bir çözüme kavuşturmakla sınırlı kalmıştır. Eş bir söyleyişle bunlar, bir nevi *“af kanunu”* özelliği taşımaktadırlar. Bu durum, 5999 sayılı Kanun için de geçerlidir. Çünkü bu Kanun’la getirilen düzenlemeler geçmişin yanında geleceği de düzenlemekle birlikte, bunu 2026 yılı ile sınırlandırmış olduğu için bu düzenlemelerin bizatihi kendisi de sorunu kökten halletmek gibi bir iddia içermemektedir. Kesin çözüm, idarelerin kamulaştırmazsız el atma fiillerine tevessül etmemeleridir. Ancak, her nasılsa, ülkemizde kamulaştırmazsız el atma fiilleri hiç eksik olmamıştır ve öyle olmaya da devam edecek gibi görünmektedir. Konuya ilişkin olarak yürürlüğe konulan birtakım özel yasal düzenlemeler de sorunu kökten halletme potansiyeli ve iddiası taşımadıklarına göre yapılması gereken bir çözüm geliştirmektedir⁴⁰.

İmar Planı ve Kamulaştırma

Hukuki el atma konusunu daha ziyade planda tablo 1 ile sunulan DOP ve KOP alanına isabet eden parseller oluşturmaktadır. Dolayısıyla, bu alanlara isabet eden parsel sahipleri açısından bir kısıtlılık söz konusudur. Buna ilişkin olarak İmar Kanunu, planının 3 aylık süre içinde 5 yıllık imar programı ile tatbik edilmesini yani planın re’sen 5 yılda uygulanmasını öngörmektedir. Bunun yanı

³⁷ Tural, E. 2016. Kamulaştırmazsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7),1127-1132.

³⁸ Ünlü, U. 2012. Kamulaştırmazsız El Koyma Sebebiyle Tazmine Yönelik Yasal Düzenlemenin Getirdikleri, *Terazi Hukuk Dergisi*Sayı:68|Nisan 2012, 60-63

³⁹ Tural, E. 2016. Kamulaştırmazsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7),1127-1132.

⁴⁰ Kaplan, G. 2012. Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmazsız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar, *TBB Dergisi* 2012 (99) 125-1250.

sıra, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği uyarınca, plansız bir alandaki taşınmaz sahibi de taşınmazı üzerinde dilediği gibi imar ve ihya işlemi yapamamaktadır. Bilindiği üzere, parselin yola cephe oluşu, parsel derinliği ve cephe şartı ile bahçe mesafeleri ve yükseklik şartları, yani kısıtları mevcuttur.

Tablo 1. Tescil Bağlamında DOP ve KOP donatı alanlarının irdelenmesi^{41,42}

| | <i>DOP Donatıları</i> | <i>KOP Donatıları (Kamu Tesis Alanları)</i> |
|-------------------|-----------------------|---|
| MEB | İ.Ö.,O.Ö., Lise | Meslek Yüksekokulu, Üniversite |
| Yol | İmar Yolları | Otoyol |
| Park (Yeşil Alan) | Park (Yeşil Alan) | Kent koruluğu, Kent ormanı |
| Otopark | Açık Otopark | Katlı otopark, Bölge otoparkı |
| Çocuk Bahçesi | Çocuk Bahçesi | Lunapark |
| İbadet Yeri | İbadet Yeri | Protokol Camii |
| Karakol | Karakol | Emniyet Müdürlüğü, Cezaevi |
| Açık Pazar Alanı | Açık Pazar Alanı | Katlı pazar alanı |
| Semt Spor Sahası | Semt Spor Sahası | Kapalı spor tesisi, Stadyum |

TARTIŞMA

İdarenin taşınmazı uzun süreli kısıtlamasının kamulaştırmaz el atma niteliğinde olabilmesi için mülkiyet hakkının verdiği; kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin önemli ölçüde ve sürekli olarak kısıtlanması gerekmektedir. Uygulamada imar planında DOP/KOP donatı alanlarına isabet eden ve uzun süre(5 yılı aşkın) kamu tarafından edinilemeyen taşınmazda, malikin ileriye yönelik tasarruflarda bulunma hakkı olmadığı gibi, mülkünü rayiç bedel üzerinden değerlendirme hakkı da bulunmamakta veya kısıtlanmaktadır. Zira İdare işlemlerini yaparken mülkiyet hakkına halel getirmemesi gerekmektedir. Bu durum imar planı ve uygulamaları için de aynen geçerlidir. *“Özellikle uygulamada ödenek yokluğu bahane edilerek veya idarenin gerekli işlemleri tesis etmemesine bağlı olarak kamulaştırmanın zamanında gerçekleştirilmesi, mülkiyet hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirerek kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açmakta ve Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin kısıtlanmasına veya ortadan kaldırılmasına sebep olmaktadır”*. Bundan dolayı, gerek fiili ve gerekse de hukuki el atmalar, sonuçları itibarıyla aynı niteliktedir. Böylece, her iki durumda dahi kamulaştırmaz el atma vardır, denilir.⁴³

⁴¹ Uzun B., Çelik Şimşek N., 2015. Upgrading of illegal settlements in Turkey; the case of North Ankara Entrance Urban Regeneration Project, Habitat International, vol.49, pp.157-164

⁴² Uzun B., Cete M., Palancıoğlu H.M., 2010. Legalizing And Upgrading Illegal Settlements In Turkey vol.34, pp.204-209

⁴³ Çabri, S. 2011. Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun

Bilindiği üzere planlı sahalarda DOP/KOP donatı alanlarına isabet eden kadastro parsellerinde, (i) açılmak üzere olan, (ii) açılmış keşif işlemleri tamamlanmış, (iii) bilirkişi raporları yazılmış, (iv) karara çıkmış veya (v) dava konusu edilme potansiyeli olan taşınmazlar bulunmaktadır. Bu davaların hepsinin karara bağlanması durumunda kamu kurumlarının altından kalkması maddi açıdan kolay olmayacak sonuçlara katlanmasına sebebiyet vereceği açıktır. Yapılan yasa değişikliği bu anlamda 5 yıl da olsa sorunu ötelemek yanında, çözüm sunmak adına çok büyük önem arz etmektedir. Taşınmaz malikleri açısından bakıldığında; taşınmaz mülkiyetine yapılan hukuki el atmanın 5 yıl daha ötelenmesi şüphesiz anayasal bu hakkın kısıtlanması olarak yorumlanabilirdi⁴⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesine Ankara ve Adana İdare Mahkemelerinin başvurusu ile, 6745 sayılı kanununun 34.maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 11.maddenin iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesinin 2016/196 esas 2018/34 karar sayılı ve 28.03.2018 tarihli kararı, 25.05.2018 tarihli Resmi Gazete’ de yayımlanmış ve söz konusu kanun maddesi Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir.

Hukuki El Atmanın Varlığı ve Husumetin Yönlendirilmesi

Kamulaştırmasız el atma fiili sadece imar planı ile ilgili olmayıp, bazen de 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu⁴⁵ gibi özel yasalardan da ortaya çıkabilmektedir. Bir İdarenin herhangi bir taşınmaza, imar planı yoluyla hukuki el atması veya fiili el atması arasında, mülkiyet hakkı ihlali noktasında nitelik açısından bir fark bulunmamaktadır. Her ikisi de kişinin mülkiyet hakkına müdahaledir, özel hukuk anlamında haksız fiildir ve kişiye Medeni Kanun m.683’ün, Borçlar Kanunu m.49’un, 16.5.1956 tarihli ve 1956/1 E. 1956/6 K. sayılı İBK’nın sağladığı ve adli yargı kapsamına giren davaları açma hakkı verir⁴⁶. Oysa imar planı veya koruma amaçlı imar planları ile bazı taşınmazlarda meydana gelen yapılaşma yasağı her zaman hukuki el atma vardır savını desteklemeyebilir. Örnek olarak, jeolojik sakıncalı alan⁴⁷, kültür varlığı, sit alanı⁴⁸, tarımsal niteliği korunacak alan (TNKA)veya riskli alan olarak belirlenen bir bölge eğer imar planında da bu özelliklerinden dolayı

15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV, 1–2 (2011) 77-104.

⁴⁴ Çoruhlu Y.E.,Yildiz O., 2018. İmar Planı Uygulanmamasından Kaynaklı Hukuki El Atma: Alternatif Bir Çözüm Yaklaşımı, ASOS 4.Uluslararası Hukuk Sempozyumu, ANTALYA, TÜRKİYE, 3-5 Mayıs 2018.

⁴⁵ Tezcan, M. 2013. Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmasız El Atma, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.401.

⁴⁶ Karademir, D., 2014. Kamulaştırmasız El Atma, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, YUHFD Vol. XI No. 2 (2014), 930-960.

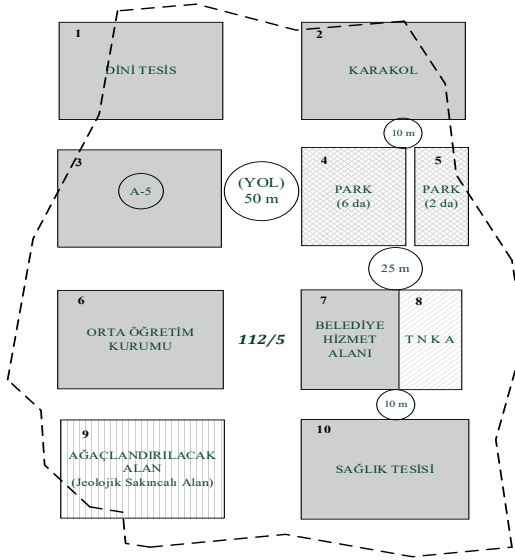
⁴⁷ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin E. 2012/19414 K. 2013/133 ve 15.1.2013 tarihli ilamı

⁴⁸ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin E. 2011/7655K. 2011/16558 ve 18.10.2011 tarihli ilamı

yapılaşmaya uygun olmayan fonksiyonlara tahsis edilmişse burada hukuki el atma varlığından söz etmek pek mümkün gözükmemektedir. Zira planı yapan idare bu tip taşınmazlara verdiği imar fonksiyonu (DOP vb.) idarenin kendi arzu ve isteği ile değil, taşınmazın veya toprağının doğal özelliğinden dolayıdır. Dolayısıyla idarenin keyfiyeti söz konusu değildir. Burada toprağın veya taşınmazın özel durumu söz konusudur. Eş söyleyişle bu alanda plan yapılmasaydı dahi, yine bu tip taşınmazların özelliklerinden dolayı ne plansız alanlar imar yönetmeliği uyarınca ne de başka bir şekilde yapılaşma yapılması mümkün olmayacaktı. Burada idarenin tasarrufu olan plandan ziyade, taşınmazdan gelen özellik hukuki el atmayı çağrıştırmaktadır. Ancak bu tip özel durumların olduğu taşınmazların hukuki el atma olup olmadığı noktasında daha detaylıca değerlendirilmesi, taşınmazın koruma statüsü kazanma tarihi, koruma statüsünün yapılaşmaya etkisi gibi durumlar tek tek ele alınarak değerlendirildikten sonra hukuki el atma varlığının tartışılması gerekmektedir. Bu anlamda hukuki el atmanın varlığının tespit edilmesi ve husumetin yönlendirilmesi kavramsal bir model ile şekil 5 ile görselleştirilerek detaylar tablo 2 ile açıklanmıştır.

Kavramsal olarak tasarlanan şekilde 112 ada 5 nolu kadastro parselinin edinim tarihi 2005, 1/1000 ölçekli uygulama imar planının yürürlük tarihi ise 2011 olarak kurgulanmıştır. İmar Kanunu uyarınca uygulama imar planının yürürlük tarihinden itibaren beş yıl içinde uygulanması yasal zorunluluktur. Diğer taraftan da taşınmaz malikince hukuki el atma iddiasının oluşması için de edinim tarihinden itibaren beş yıl geçmesi de ayrıca gerekmektedir. Bu gerekçeler göre en erken 2016 yılı itibarıyla hukuki el atma varlığından söz edilebilir. Ancak husumetin kime yönlendirileceği imar fonksiyonlarına göre değişmektedir. Kavramsal şekilde 4 nolu park fonksiyonlu imar adası 6da büyüklüğünde olmasından dolayı husumet Büyük Şehir Belediyesine yönlendirilirken, 5 nolu park fonksiyonlu imar adası 2da büyüklüğünde olmasından dolayı husumet İlçe Belediyesine yönlendirilmelidir. 9 nolu jeolojik sakıncalı alan özelliğinden dolayı ağaçlandırılacak alan fonksiyonlu imar adası için hukuki el atma varlığından söz edilemez. Çünkü bu tip alanlar zemin ve toprak yapısına göre alınan bilimsel raporlar doğrultusunda, uygulayıcı kurumun iradesi dışında, planlanmak zorundadır. Benzer yaklaşım mera, TNKA, arkeolojik sit alanı vb. alanlar için de geçerlidir.

Şekil 5. Hukuki El Atmada Husumetin Yönlendirilmesi Tasarımı



Tablo 2. İmar Fonksiyonlarına Göre Husumetin Yönlendirildiği Kurumlar

| İmar Ada No | Fonksiyon | Hukuki El Atma | Husumet |
|-------------|--|----------------|------------------------------|
| 1 | Dini Tesis | Var | İlçe Belediyesi |
| 2 | Karakol | Var | Maliye Hazinesi |
| 3 | Yapı Adası | Yok | Yok |
| 4 | Park | Var | Büyükşehir Belediyesi |
| 5 | Park | Var | İlçe Belediyesi |
| 6 | Orta Öğretim Kurumu (Lise) | Var | Maliye Hazinesi / Özel İdare |
| 7 | Belediye Hizmet Alanı | Var | İlçe/Büyükşehir Belediyesi |
| 8 | Tarımsal Niteliği Korunacak Alan | Yok | Yok |
| 9 | Ağaçlandırılacak Alan (Jeolojik Sakıncalı Alan) | Yok | Yok |
| 10 | Sağlık Tesisi | Var | Maliye Hazinesi |
| | Yol (50 m, Çevre Yolu veya Karayolu Şehir Geçişleri) | Var | Karayolları Genel Müdürlüğü |
| | Yol (25 m) | Var | Büyükşehir Belediyesi |
| | Yol (10 m) | Var | İlçe Belediyesi |

Bu tip bir dava açılmadan önce husumet yukarıdaki şekil ve tabloda da sunulmak üzere mutlaka araştırılarak ele alınmalıdır. Bazı yargı kararları bu görevin hâkimin görevleri arasında olduğunu vaaz etmektedir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nda; meydan, bulvar, cadde ve anayolları yapmak, yaptırmak, bakım ve onarımını sağlamak Büyükşehir Belediyelerinin görevleri arasında ifade edilmiştir. 5998 sayılı Yasayla değişik 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde ise, diğer il ve ilçe belediyelerin görevleri verilmiştir. Öte yandan, Büyükşehir Belediyesinin sorumluluk alanında hangi genişlikte bulvar, cadde ve anayollar ile hangi büyüklükteki (park, yeşil alan, mezarlık, ibadet yeri vb. gibi) kamusal sosyal donatı alanlarının yer alacağı da Büyükşehir Belediye Meclislerince karara bağlanmaktadır, böylece büyükşehir ve ilçe belediyelerinin görev, yetki ve sorumlulukları da belirlenmektedir. Buna ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin E. 2015/14645 K. 2016/264 sayılı kararında; ... kamulaştırma ve düzenleme yapma yetkisinin 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanununun 7. maddesinin (g) bendi gereğince ..ilçe Belediyesine verilen yollardan olup olmadığı hususu araştırılarak sorumlu idarenin belirlenmesi gerektiği ... hüküm altına alınmıştır⁴⁹. Bu nedenle, böylesine bir kamusal donatı alanı ile ilgili olarak önce husumetin yönlendirileceği belediye belirlenmelidir. Öte yandan imar planı ile özgülenmiş diğer kamusal alanlara ilişkin sorumlu idarelerin belirlenmesi bağlamında da husumetin yönlendirilmesi açısından ilgili kamusal donatı ile ilgili olası kurumun kuruluş ve teşkilatları hakkındaki yasal mevzuatın irdelenmesine ihtiyaç vardır. Nitekim imar planında sağlığa ilişkin hastane, dispanser, sağlık ocağı gibi kullanımlara ilişkin tasarruflarda yetkinin Sağlık Bakanlığında bulunduğu; eğitim kurumlarına ilişkin ise yetkinin Milli Eğitim Bakanlığına ait olduğu bilinmektedir.

Planlı Alanlarda Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Hukuki El Atma İlişkisi

Mülkiyet hakkı, günümüz modern anayasalarında ve ulusalüstü insan hakları hukukunda kendine bir insan hakkı olarak yer bulmuştur⁵⁰. Gerek İslam hukuku, gerekse Osmanlı ve Türk hukukuna göre taşınmaz mülkiyeti, malikin

⁴⁹ 40 mt'lik ana arter niteliğinde imar yoluna ilişkin kamulaştırma davasında husumetin araştırılmasına ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin E. 2009/2716 K. 2009/5449 sayılı kararına bakınız.

16 metre genişliğindeki imar yoluna ilişkin kamulaştırma davasında husumetin araştırılmasına ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 2012/27003 K. K. 2013/4535 sayılı kararına bakınız.

1/1000 ölçekli imar planında "kent park" alanı kamulaştırma davasında husumetin araştırılmasına ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin E. 2017/5122 K. 2017/10306 sayılı kararına bakınız.

⁵⁰ Gemalmaz Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S.1-2, 2011.

kullanmasında yarar olduğu ölçüde, altındaki arz ve üstündeki hava tabakasını kapsar. Dolayısıyla malikin, kullanmasında yarar olmayan kısımlar açısından herhangi bir mülkiyeti söz konusu değildir. Buna göre, arazi üzerine yapılacak tesisler, malikin kullanımını engellemiyorsa ya da maliki veya taşınmazı etkileyerek taşınmazın değerinde herhangi bir azalış meydana getirmiyorsa malike tazminat ödenmesi gerekmez. Bunun aksine, yapılan tesisler nedeniyle malikin kullanımının engellenmesi ya da malikin veya taşınmazın etkilenecek taşınmazın değerinde herhangi bir azalış meydana gelmesi durumunda tazminat konusu gündeme gelmelidir⁵¹. Bu hakkın kullanılması kanunla sınırlanabilmektedir. Bu kanunların başında ve en önemlisi şüphesiz kamulaştırma kanunu olup, çalışma özelinde ele alınan İmar Kanunu'dur. Bunun dışında Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, Vakıflar Kanunu, Kıyı Kanunu, Afet Riskli Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun, Belediye Kanunu/73md.vb.mülkiyeti kısıtlayan diğer mevzuatlar olarak dikkati çekmektedir. Ancak Anayasada kamu yararı ile mülkiyet hakkının sınırlanabileceği ilkesine karşın, bazı yazarlar bu konuda farklı fikirlere sahiptir. Örnek olarak, *“Düzenleme ortaklık payı gibi İmar Kanunu'ndan kaynaklanan hukukî kamulaştırmasız el atmaların da aslında hukukî olduğunu söylemek çok doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Dolayısıyla İmar Kanunu'nun idareye görev ve yetki veren bu konudaki düzenlemelerinin kaldırılması ve idarenin imar uygulamaları neticesinde ihtiyaç duyduğu özel mülkiyetteki gayrimenkulleri de kamulaştırma yoluyla mülkiyetine geçirmesi hukuka uygun olacaktır”*⁵². ifadesi verilebilir. Oysa imar kanununda ifade edilen ve üst limiti %40 olan DOP oranı, düzenlemeye giren taşınmazların, düzenleme sonrası oluşacak değer artışı karşılığında⁵³; altyapı ve üstyapı hizmetlerinden yararlanamayan, şekilsiz, yapılaşma izni olmayan kadastro parsellerinin, altyapı ve üstyapı hizmetlerinden yararlanan, imar mevzuatına uygun, biçimli imar parselleri olmasına imkân vermektedir⁵⁴. Dünyada birçok gelişmiş ülkede uygulanan bu yöntemi hukuki el atma olarak nitelemek, gerektirdiği özel ve teknik bilgi açısından pek mümkün gözükmemektedir. Buna karşın Gözler'in vurguladığı üzere *“men'i müdahale kararı neticesinde, yolun trafiğe kapanması, köprü, viyadük, tünel yahut bir*

⁵¹ Şimşek, S. 2015. Taşınmaz Mülkiyetinin Dikey Kapsamı: Anayasa Mahkemesinin Kamulaştırma Kanunu ile İlgili K. 2015/49 Sayılı İptal Kararının Eleştirisi, Terazi Hukuk Dergisi, 10, 109, 67-73

⁵² Avcı, M. 2015. Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorununa Kısa Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi • Ocak 2015, 57-76.

⁵³ Yomralıoğlu T., Uzun B., Nişancı R., “Land ReadjustmentNaTurquia (Türkiye Arsa Arazi Düzenlemesi)”, in: Metodos De PlanejamentoUrbano: Projects de Land Readjustment e RedesenvolvimentoUrbano, MarioMachadoVieiraFilho, Eds., Paulo'sComunicação e ArtesGraficasLtda, Sao-Paulo, pp.205-210, 2009

⁵⁴ Uzun B., “Using Land Readjustment Method As An Effective Urban Land Development Tool In Turkey”, SURVEY REVIEW, vol.41, pp.57-70, 2009

hizmet binasının yıktırılması gibi, kamu hizmetini kesintiye uğratacak ve milli servetin zarar görmesine yol açabilecek durumlar ortaya çıkacaktır. Mülkiyet hakkının korunması adına bunların görmezden gelinmesi doğru değildir⁵⁵. hususları da ayrıca irdelenmelidir. Bu tip durumda olan taşınmazlar özelinde kamulaştırmasız el atma fiiline karşı taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını korurken, oluşan kamu yararı ve toplum yararını da akamete uğratmadan veya maliyetini artırmadan bir çözüm yolu araştırılması tartışılmalıdır.

Plansız Alanlarda Hukuki El Atma

Ülkemizde parsel bazında 60 milyona dayanmış bir taşınmaz stoku, ya planlı veya da plansız alanda yer almaktadır. Yeni Büyükşehir Kanunu ile birlikte İstanbul ve Kocaeli illerinde olduğu gibi il sınırları bütünüyle belediye sınırı olmuştur. Böylece, bu illerde köy kalmamış, her köy mahalle olmuştur. Yasa gereği tüm birimler belediyelere bağlandıklarından hepsinin belediye hizmetlerini alması gerekliliği hâsıl olmuştur. Başka bir deyişle, yol ve su hizmeti alan ve belediye hizmetlerinden yararlanan, bu 30 ildeki taşınmazların hepsi arsa sayılabilecek taşınmaz statüsüne kavuşmuştur, ifadesi teorik olarak yanlış olmaz. Elbette burada Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu uyarınca; tanımlanmış tarım arazileri arazi vasıflarını korumaktadırlar⁵⁶. Nitekim planlı alanlarda da Tarımsal Niteliği Korunacak Alanlar olabilmektedir⁵⁷. Yine plansız alanlardaki taşınmazlardan olup da, yoğun yerleşim alanında olmayan ve belediye hizmetlerinden yararlanmayanlar arazi vasfında taşınmazlar olarak nitelenmektedir. Tüm bunlar ışığında plansız alanlardaki imar faaliyetlerinin Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği hükümlerine⁵⁸ göre yürütüldüğü de bilinmektedir.

Yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatların mülkiyet hakkı ile ilgili hükümlerine bakıldığında kamu yararıyla veya kanunla bu hakkın sınırlandırabileceği hususu göze çarpmaktadır. O zaman; plansız bir alanda yer alan taşınmazlardan gerek “yerleşik alan” içinde gerekse de dışında yer alan, yola cephe şartı yanında, parsel cephe genişliği ve derinliği şartlarını taşımayan taşınmaz malikleri açısından hukuki el atma olgusundan bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir. Zira hukuki el atma ile ilgili olarak verilen yargı kararları, uygulama imar planı olması yanında bu planının zaman çizelgesine (imar programına) bağlanmamış olması nedeniyle mülkiyet hakkının idarenin keyfiyetine bırakılması sonucunda hükme bağlanmıştır.

⁵⁵ Gözler, K., İdare Hukuku, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, 996s.

⁵⁶ Çoruhlu Y.E.,Yildiz O., 2017. Geographical database for object-oriented land division modelling in Turkey, Land Use Policy, vol.68, pp.212-221, 2017

⁵⁷ Yıldiz O., Çoruhlu Y.E., Biyik C., “Registration of agricultural areas towards the development of a future Turkish cadastral system”, LAND USE POLICY, vol.78, pp.207-218, 2018

⁵⁸ Resmi Gazete, 1985. Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği, Tarih: 02.11.1985, Sayı: 18916

Ancak bilindiği üzere, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan ve plâni bulunmayan alanlardaki yapılaşmalar ile ilgilenmektedir. Bu yönetmeliğin ilgilendiği alanların onaylı Çevre Düzeni Planı (ÇDP) kapsamında kalması halinde, çevre düzeni planı kararlarına uyulur⁵⁹. Yani, plansız alanlarda ÇDP ile de mülkiyet hakkı kısıtlanabilmektedir. Ancak, bilindiği gibi 1/100000 ölçekten başlayan ÇDP'ler 1/25000 ölçeğe kadar büyütülebilmektedir. Taşınmaz mülkiyetine etki edebilmesi için planının uygulama imar planı niteliğinde olması Kamulaştırma Kanunu hükümleri ve yargı kararları uyarınca hüküm altına alınmıştır.

Üst Ölçekli İmar Planlarında Hukuki El Atmanın Varlığı

Diğer bir soru konusu ise 1/25000'den 1/5000'e kadar hazırlanabilen nazım imar planının⁶⁰ mülkiyet hakkını kısıtlar nitelikte olup olmamasıdır. Uygulama imar planı niteliğinde olmayan 1/5000 ve daha küçük ölçekli planlarla da taşınmaza hukuki olarak el atılabilir mi? Bu soru son derece önemli ve yanıtlanması gereken bir soru olarak tartışılmalıdır. 1/5000 ve daha küçük ölçekli bu planlar uygulama kabiliyeti çoğu zaman olmayan ve mülkiyete ilişkin parsel sınırlarını içermeyen planlardır. Ancak buna rağmen, dere, yol, şev, tepe gibi bazı coğrafi işaretlerin kesişim ve veya bitişğinde olan taşınmazların bu tip planlardan çıkartımı mümkündür. Ayrıca, 1/5000 ölçekli plana bakarak bazı taşınmazların DOP veya KOP donatı alanlarında kaldığı çok rahat söylenebilir. Ancak bu zamana kadar 1/5000 ve daha küçük ölçekli planlara dayanılarak, uygulama imar planı olmaksızın, taşınmaza hukuki el atma vardır iddiası ile açılmış bir dava örneğine de rastlanılamamıştır. Bu durum, Kamulaştırma Kanununun 41.maddesine 6745 sayılı yasanın 33.maddesi ile eklenen hükümden de anlaşılmaktadır.

Planın Uygulanması, Gecekondu-İmar Barışı ve Muvakkat İnşaat Şerhi Çözümleri

Bilindiği üzere özellikle kent merkezlerinde uygulanmayan imar planları nedeniyle açılan davalardaki kıymet takdirleri piyasa şartları uyarınca çok yüksek rakamları bulmaktadır. Bu fiyatların ödenmesi sadece planın tatbikini sağlamakta, kişilerin mülkiyet hakkına yapılan hukuki el atmayı sonlandırmaktadır. Ancak, kamu yararı ve toplum yararı açısından ele alındığında, ödenen bu bedellere göre efektif bir kullanım kamu yararı veya toplum yararı sağlanmakta mıdır? Eş bir söyleyişle hukuki el atılan taşınmazın kamu yararı ve/veya toplum yararı uyarınca kullanımının elzem olması durumunda zaten ilgili kurumca ya re'sen yapılan uygulama ile taşınmaz edinilir, ya da fiili el atma ile taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunulurdu.

⁵⁹ Resmi Gazete, 1985. Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği, Tarih: 02.11.1985, Sayı: 18916

⁶⁰ Ersoy, M. 2007. İmar Mevzuatımızda Planlama Kademeleri ve Üst Ölçek Planlama Sorunu. Bölgesel Kalkınma ve Yönetişim Sempozyumu, TEPAV, ODTÜ Mimarlık Fakültesi Yayını ss. 215-231.

Oysa kamu adına işlem yapan kurumlarca bu iki yolunda tüketilmemesi bu tip taşınmazların her ne kadar imar planı ile DOP/KOP donatı alanı olarak tahsis edilmiş olsa da bu taşınmazlara elzem bir şekilde ihtiyaç hâsıl olmadığı sonucunu akla getirir. Ancak, mülkiyet hakkını fiili veya hukuki el atmaya maruz bırakmadan korumak yanında, kamu kaynaklarını da kullanırken kamu yararı ve toplum yararını da son derece hassas bir şekilde gözeterek işlem tesis etmek, kamu kurumlarından beklenmektedir.

Danıştay 6.Dairesinin kararı⁶¹ ile gecekondulu alanlarında 12,5 metre yüksekliğe yani 3 Kat'a kadar gecekondulu olabileceğine dikkat çekilmiştir. 12,5 m.yi aşan durumlarla ilgili haksız zenginleşme olgusunun olabileceğine işaret edilmiştir⁶². Geçmişten günümüze gelen imar affı kanunları ve son olarak yürürlüğe konulan imar barışı dikkate alındığında, taşınmaz maliklerinin kendi parsellerine inşa ettikleri yapılar dışındaki yapılarına dahi yapı kayıt belgesi alabildikleri bilinmektedir. Hal böyle iken kendi taşınmazına yapı yapma izni verilmeyen ve bu taşınmazından dolayı bir hak elde edemeyen veya bu hakkı ötelenen taşınmaz maliklerinin durumunun farklı alternatiflerle ele alınması tartışılmalıdır.

Tartışılması gereken diğer bir husus ise İmar Kanunu'nun Umumi hizmetlere ayrılan yerlerde muvakkat yapılar başlıklı 33.maddesi uyarınca re'sen planının tatbik edilmediği taşınmaz maliklerine taşınmazları üzerinde geçici ruhsat ile muvakkat inşaat izni verilmesidir. Bilindiği gibi bu durum sadece belli alanlara tahsis edilmiş taşınmazlar için 10 yıl ile sınırlıdır. Bu tip taşınmazlar için taşınmaz malikine alternatif bir değerlendirme şekli olarak bu mevzuat hükmünün de sunulması malikin mülkiyet hakkını kullanması adına tartışılabilir kılınmalıdır.

Kamulaştırmasız El Atmada Yasal Süreç

Bilindiği gibi 18.06.2010 tarihli ve 5999 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici altıncı madde ve 25.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun geçici ikinci maddesi⁶³ ile eklenen hükümlerle 09.10.1956-25.02.2026⁶⁴ tarihleri arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi halinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde (geçici 6. madde) hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde

⁶¹ Danıştay 6.Dairesinin 2004/ 4546 esas ve 2006 / 4296 karar sayılı ve 03.10.2006 tarihli kararı

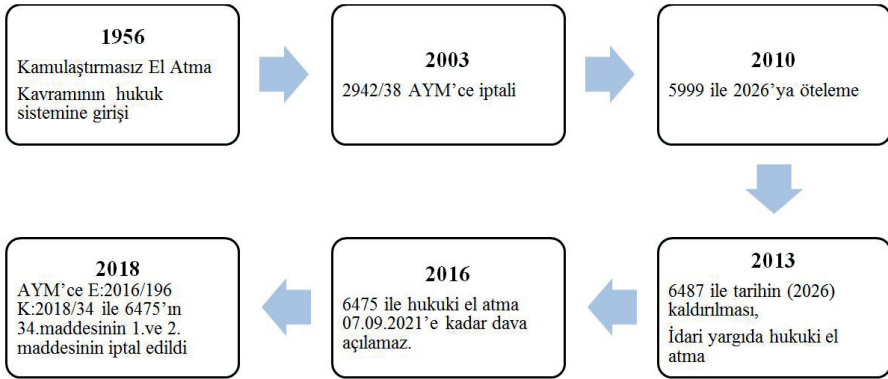
⁶² Danıştay 6.Dairesinin 2004/ 4546 esas ve 2006 / 4296 karar sayılı ve 03.10.2006 tarihli kararı

⁶³ Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi. Ancak benzer hükümler 6487 sayılı yasa ile yürürlüğe konuldu.

⁶⁴ 6487 sayılı yasa ile bu 25.02.2026 tarihi kaldırılarak ki bu tarihin ucu açık bırakıldı.

öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır. Kamu idarelerine ait taşınmazlar açısından ele alındığında; bir vakıf taşınmaza herhangi bir kamu kurumunca İdare izni ve bilgisi dışında kamulaştırmasız el atılması durumunda 5999 ve 6487 sayılı kanunlardan önce olduğu gibi tespit yapılarak ilgili idare aleyhine kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası açılması imkânı artık bulunmamaktadır. Kamu idarelerine ait taşınmazlar açısından; 5999 ve 6487 sayılı kanunlardan sonra açılması hedeflenen kamulaştırmasız el atma davalarında öncelikli olarak anlaşma İdareler arası uzlaşma usulü getirilmiştir. Böylece idarelerin 6 aylık bir süre içinde uzlaşma görüşmelerine davet edilmesi, daha sonra da yine 6 aylık bir süre içinde de uzlaşma görüşmelerinin olumlu ya da olumsuz bir şekilde sonuçlandırılarak sürecin yazılı bir tutanağa bağlanması ilkesi benimsenmiştir⁶⁵.

20.08.2016'da kabul edilen ve 07.09.2016 tarihli ve 29824 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6475 sayılı Kanunla, Kamulaştırma Kanununa eklenen ek madde 1 uyarınca, imar planı yoluyla taşınmaz mülkiyetine yapılan hukuki el atmalara karşı 07.09.2021 tarihine kadar hüküm vermek hukuken imkânsız hale getirilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesine Ankara ve Adana İdare Mahkemelerinin başvurusu ile 6745 sayılı kanunun 34.maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 11.maddenin iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesinin 2016/196 esas 2018/34 karar sayılı ve 28.03.2018 tarihli kararı, 25.05.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış ve söz konusu kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı⁶⁶ olduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir. Tüm bu bilgiler birlikte ele alındığında kamulaştırmasız el atma kavramı ile ilgili aşağıdaki şekil 6 konunun geçmişten günümüze süregelen hayat hikâyesini ortaya koymaktadır.



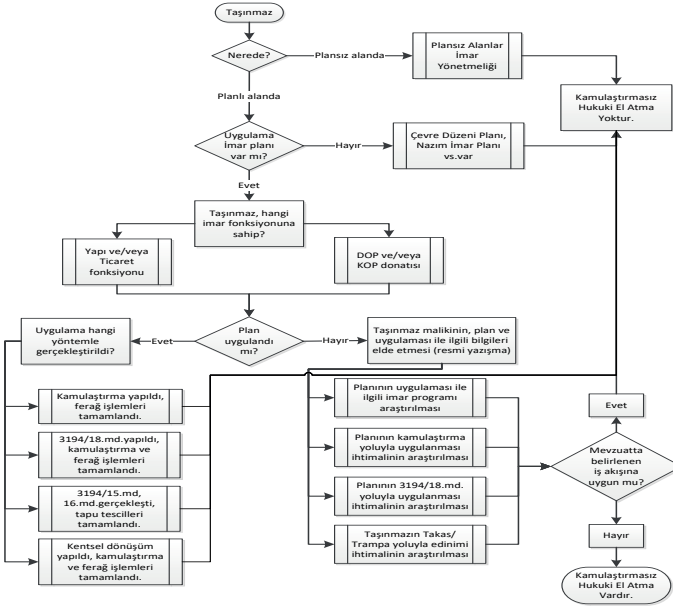
Şekil. 6 Türkiye kamulaştırmasız el atma kavramının kronolojik süreci

⁶⁵ Çoruhlu Y.E., Demir O., "Vakıflarda Kamulaştırma Süreçlerinin Araştırılması", Ankara Barosu Dergisi, cilt.72, ss.20-54, 2014.

⁶⁶ Çoruhlu Y.E.,Yıldız O., "İmar Planı Uygulanmamasından Kaynaklı Hukuki El Atma: Alternatif Bir Çözüm Yaklaşımı", ASOS 4.Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Antalya, Türkiye, 3-5 Mayıs 2018.

Kamulaştırmasız Hukuki El Atmanın Tespit Edilmesi İş Akış Süreci

Bir taşınmaz yönelik hukuki el atmanın varlığı tespit edilirken hangi incelemeler yapılmalıdır? Bu tespite yönelik hazırlanan iş akış şeması şekil 7'de sunulmuştur.



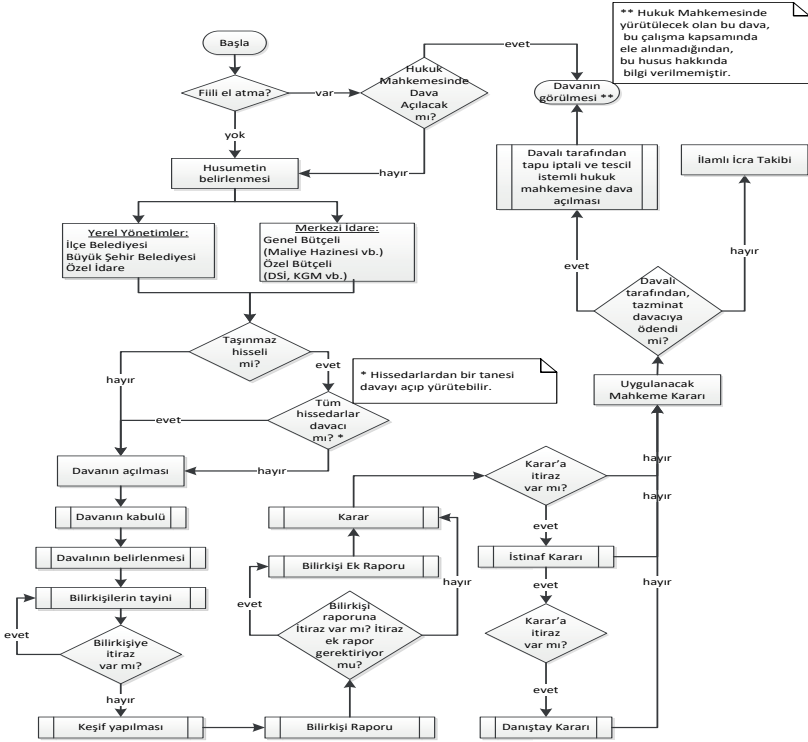
Bundan sonraki süreçte hukuki el atmaya ilişkin olarak yürütülecek olan işleyiş ise merak konusudur. Zira hukuki el atma konusunda verilen idare mahkeme kararı tek başına yeterli midir? Bu karar ile ne yapılabilir? Ne yapılamaz? Ayrıca ele alınarak tartışılmalıdır. Hukuki el atmanın varlığı yanında taşınmaza eğer bir fiili el atma varsa bu durumda taşınmaz maliki önce fiili el atmadan kaynaklı kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat istemli davayı hukuk mahkemesinde açabilir. Bu durumda proje bütünlüğü ilkesi uyarınca hukuki el atılan taşınmaz bölümü de dava kapsamına alınacağından bu dava ile hem fiili ve hem de hukuki el atma sorununu yargıya taşıyabilir. Hukuki el atma olarak konu idari yargıya taşınmadığında, olası iş akışı şekil 8 olarak sunulmuştur.

Hukuki El Atmada Yargılama Süreci

Taşınmazı hisseli veya müstakil (tekil) mülkiyette olması bu tip davaları etkilememektedir. Davanın açılmasında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus idari yolların tüketilmesidir. İdarenin tüm alternatif çözüm yollarına-kamulaştırma, trampa, arsa ve arazi düzenlemesi- kapısını kapamış olduğunun

ispatı davanın ön şartı olarak elzemdir. Bu durumda dava açmadan önce ilgili kuruma tüm bu alternatifleri içerecek şekilde uygulama yapılması yönünde yazı yazıldığı, ardından alınan olumsuz yanıtlara dayanılarak davaların açıldığı görülmektedir. Bilirkişi olarak; konunun özünde uygulama imar planı ve bu planı anlayarak yorumlayacak olan şehir plancısı ile bu planı kadastro ve tapu bilgileri ile birlikte tatbik ederek uygulayacak olan harita mühendisleri mutlaka belirlenmelidir. Bunun dışında bilirkişi, taşınmazın ve imar fonksiyonunun özelliğine göre diğer mesleki disiplinlerden seçilebilir. Ancak Kamulaştırma Kanunu'nda belirtildiği üzere bu bilirkişilerden bir tanesi yine taşınmaz değerlendirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış uzman veya SPK lisanslı değerlendirme uzmanı olmalıdır.

Mahkeme kararı eğer hukuki el atmaya ve buna ilişkin tazminata hükmetmişse bu kararın tatbiki gerekmektedir. Bu noktada davalı kurum bedeli ödemişse ödediği bedele karşı ilgili taşınmazın kendi adına tescili için hukuk mahkemesinde tescil davası açmaktadır. Ancak bedeli ödemediği takdirde, davacı sadece ilamlı icra takibi yapabilmektedir. Bundan sonraki süreçte davacının hakkını nasıl alacağı veya alması gerektiği yönünde bir tartışma yapılması da gereklidir. Bu konu salt hukuk konusu olduğundan bu araştırma ve tartışmayı konunun uzmanları olan hukukçular yapmalıdır.



Şekil 8. Hukuki El atmada İdare Mahkeme Süreci

SONUÇLAR VE ÖNERİLER

Çalışma konusu olan “hukuki el atma”ya en temel sebep, uygulama imar planlarının re’sen veya talebe bağlı (gönüllü) olarak tatbik edilmemesidir. Eğer, bu planlar tatbik edilmiş olsaydı, kadastro parsellerinin sınırları evirilerek imar adası içinde imar parsel sınırlarına dönüşmüş olurlardı. Bu durumda da DOP/KOP donatı alanları oluşturulmuş olur, DOP alanları zaten planının tatbiki ile kamu kurumları adına tescil edilir veya tescil harici bırakılarak devletin hüküm ve tasarrufu altında kalır ve bu alanlarda hukuki el atmadan söz etmek imkânsız hale gelirdi. KOP alanları ise kamulaştırılmak üzere imar parsellerine dönüşürdü. Bu durumda sadece KOP alanları için hukuki el atma varlığından söz edilebilirdi.

Diğer bir husus ise, hazırlanan planların uygulanmasında planı ortaya koyan kamu otoritesinin yani devletin planın getirdiği katma değerden hiç yararlanamamasıdır. Şöyle ki, ham bir kadastro parseli maliki, taşınmazının plansız bir alanda olması durumunda plansız alanlar imar yönetmeliği şartlarını taşınması sonucu kısıtlı da olsa bir yapı yapabilmektedir. Buna karşın aynı kadastro parseli planlı bir alandaysa, plan uyarınca DOP/KOP donatı alanında da kalabilmektedir. Diğer bir senaryo ise yapılaşmaya uygun bir imar adasına da taşınmazının isabet etmiş olmasıdır. Bu iradeyi ortaya koyan hiç şüphesiz kamu otoritesidir. Kamu otoritesi ortaya koyduğu bu iradeden en azından taşınmaz maliki kadar yararlanamıyor sorusu şu an cevapsız durumdadır. Burada ele alınması ve üzerinde araştırma yapılması gereken diğer bir konuda hiç şüphesiz bu olgudur.

Yasal Kısıtlılıklar başlığı altında verilen birçok yasa metni ile düzenlenen ve mülkiyet hakkını kısıtlayan hüküm Anayasa’da yer etmiştir. Mülkiyet hakkı her ne kadar sınırsız bir aynı hak olsa da, buradaki sınırsızlıktan kasıt kullanma-yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin malik tarafından kullanılmasıdır. Bunu yaparken de kamu yararına uygun şekildeki, yani kanunla getirilen kısıtlamalara uymak zorunda olup, toplum yararına aykırı durumlara da sebebiyet vermemesi malikten beklenmektedir. Taşınmaz maliklerinin taşınmazını kullanırken kendilerine tanınan mülkiyet hakkı ve taşınmazlarından istifadelerine ilişkin kişi yararı her zaman kamu yararından ve toplum yararından küçük ve önemsizdir. O zaman, kanun koyucu kamu yararı ile ve kanunla her zaman taşınmazın kullanımını kısıtlayabilir. İmar planının uygulayıcının keyfiyetine göre tatbik edilmesi, malikin taşınmazı ile ilgili geleceğe yönelik tasarruflarını öngörememesi hukuki el atmaya dayanak olarak değerlendirilmektedir. Ancak, taşınmazın yani toprağın cins ve özelliğinden dolayı özel yasaları uyarınca sit alanı, jeolojik sakıncalı alan vb. kısıtlılıklara sahip olması ve bunlara bağlı olarak planda DOP/KOP donatılarına tahsis edilmesi de hukuki el atmaya sebep olmaz. Yani, bir tarım toprağı olan kadastro parselleri üzerine tahsis edilmiş Tarım Niteliği Korunacak Alan fonksiyonu ile jeolojik açıdan sakıncalı bir kadastro parseli üzerine tahsis

edilmiş ve işlenmiş Ağaçlandırılacak Alan fonksiyonu ifadesi hukuki el atma sebebi olamaz.

Bir kamulaştırma işleminde kamu yararı var mıdır? Yok mudur? Noktasında idare mahkemesinin yaptığı işlem kamu yararı vardır veya yoktur demekle sınırlıdır. Hukuki el atma olgusunda ise idare mahkeme hukuki el atma vardır, dedikten sonra taşınmaz kıymet takdirine kadar uzun bir yolu takip etmektedir. Ancak idare mahkeme kararının uygulaması yine hukuk mahkemesi ile mümkün olabilmektedir. Hal böyle iken neden idare mahkeme uzun süren ve sonuç olarak kendi başına tapu siciline varıncaya kadar tüm adımlarını tamamlatamayacağı bir süreç ile karşı karşıya bırakılıyor. Bu süreç tıpkı kamulaştırma işleminde kamu yararı kararı ile kısıtlı kalınması gibi, hukuki el atma varlığı ile sınırlandırılmalıdır. Hukuki el atma varlığının sadece idare mahkemesine bırakılması da bir öneri olarak sunulmaktadır.

Sonuç söz, hukuki el atmaya ilişkin Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararından sonra hukuki el atma kavramına yargı makamlarının nasıl bakacağı merak konusudur. Ancak, diğer bir merak konusu olgu ise bu tip durumlara karşın başta belediyeler olmak üzere kurumların izleyeceği tutumdur. Yukarıda getirilen genel çözüm yaklaşımlarından sonra, uygulayıcı kurumların ivedi olarak planları tatbik ederek hukuki el atma sorununu bertaraf etmeleri beklenmektedir. Aksi takdirde telafisi güç ve belki de imkânsız sonuçlar, kamu adına ortaya çıkabilir. Zira Cumhuriyetin başlarında kent-kır nüfus dengesi tam tersine dönmüş, yani ülkenin neredeyse tamamı kentsel topraklara dönüşmüştür. Buna bir de büyükşehir düzenlemeleri eklenince kentsel toprakların gelecek yıllarda daha da artması kaçınılmaz olacaktır. Kentsel toprakların artması ile uygulama imar planlarının kapsamının da genişleyeceği açıktır. Eğer, hukuki el atma sorunu benzer şekilde devam ederse bu senaryoya göre problemler de daha da artacaktır. Bu nedenle, yasa koyucu tarafından da uygulama imar planı olan birimlerde bunların bir an önce tatbik edilmesi adına birtakım yasal düzenlemeler yapılması beklenmektedir.

Eğer bir hukuki el atma varsa, idare taşınmaz maliklerine farklı alternatifler sunulmalıdır. Plandaki her bir taşınmaz malikine detayları yukarıda sunulduğu üzere 3 kat imar hakkı verilmesi, imar haklarının belirlenen bölgeler özelinde başka parsellere (jeolojik sakınca olmaması kaydıyla) transferi imkânının sağlanması, mülga sit sertifikası gibi uygulama ile imar hakkı havuzu oluşturulması ve bu havuzun kamu tarafından belirli bölgelerde kullanılması ve ihale mevzuatı ile imar hakkı satışı, bu tip alanlarda kanuni ipotek yürürlüğe alınması gibi alternatifler önerilmelidir. Gerekirse DOP'un artırılması, DOP ve KOP alanlarının yeniden ele alınması gibi açılımlarla planların tatbiki önündeki engellerin bertaraf edilmesi de ele alınmalıdır. Bu konuda araştırma yapacak araştırmacılara, alternatif yöntemlerin geliştirilmesi ve uygulanması adına uygulama ve hukuki araçları içeren alanlarda çalışma yapmaları önerilmektedir.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD, Lütfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, Yıl.9, 1988.
- Arcak, A. 1987. Kamulaştırmasız Elkoyma ve Yeni Hükümler, (1987).
- Avcı, M. 2015. Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorununa Kısa Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi • Ocak 2015, 57-76.
- Ayaydın Cem, 1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2010.
- Başpınar Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler.
- Bruce, J. W., 1998. Tenure Brief, Review of Tenure Terminology, Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages,, Madison.
- Çabri, S. 2011. Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV, 1–2 (2011) 77-104.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ocak 2013.
- Çoruhlu Y.E., Demir O., "Vakıflarda Kamulaştırma Süreçlerinin Araştırılması", Ankara Barosu Dergisi, cilt.72, ss.20-54, 2014
- Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., 2015. 3B Kadastro Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi, Ankara Barosu Dergisi, cilt.73, ss.397-420.
- Çoruhlu Y.E., Yıldız O., 2017. Geographical database for object-oriented land division modelling in Turkey, Land Use Policy, vol.68, pp.212-221, 2017
- Çoruhlu Y.E., Yıldız O., "İmar Planı Uygulanmamasından Kaynaklı Hukuki El Atma: Alternatif Bir Çözüm Yaklaşımı", ASOS 4.Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Antalya, Türkiye, 3-5 Mayıs 2018.
- Dale, P. ve McLaughlin, J. D., 1988, Land Information Management, Clarendon Press, Oxford.
- Eren F., 2012. Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara.
- Ersoy, M. 2007. İmar Mevzuatımızda Planlama Kademeleri ve Üst Ölçek Planlama Sorunu. Bölgesel Kalkınma ve Yönetişim Sempozyumu, TEPAV, ODTÜ Mimarlık Fakültesi Yayını ss. 215-231.
- Giritli İ., Akgüner T., 1987. İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Göven, Y. (2015). Kamulaştırma İşlemlerinde "Kamu Yararı". Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 1(1), 247-262.

- Gemalmaz Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S.1-2, 2011.
- Gözler, K., İdare Hukuku, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009
- Gül, İ. (2014). Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 535-550.
- Günday, M. 2011. İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara.
- Hayek Fredrich A.: Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük., C.2, Çev. M. Erdoğan, Ankara 1995.
- Kaplan, G. 2012. Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar, TBB Dergisi 2012 (99) 125-1250.
- Karademir, D., 2014. Kamulaştırmasız El Atma, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, YUHFD Vol. XI No. 2 (2014), 930-960.
- Kelsen, Hans, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, Devlet Kuramı İçinde (Der. Cemal Bali Akal), Dost yy, Ankara, 2000.
- Kuluçlu E., 2008. Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, Sayı: 71 (Ekim-Aralık 2008), 3-22.
- Kutlu M. İdari Bir İşlim Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Ankara 1992.
- Leonard, R. ve Longbottom, J., 2000. Land Tenure Lexicon, A Glossary of Terms from English and French Speaking West Africa, International Institute for Environment and Development, London.
- Nalbant, A. 2015. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı 32 (2015) 423-442.
- Nazaroğlu Y., Haşan Ü., Kamulaştırma, Ankara 1975, s.21 vd.; AK1LLIOĞLU, s.4.
- Saraç, O. (2002). Kamu yararı kavramı, Maliye Dergisi, 139, 1-11.
- Sever, Ö. 2012. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmasız El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012, 1-19.
- Şimşek, S. 2015. Taşınmaz Mülkiyetinin Dikey Kapsamı: Anayasa Mahkemesinin Kamulaştırma Kanunu ile İlgili K. 2015/49 Sayılı İptal Kararının Eleştirisi, Terazi Hukuk Dergisi, 10, 109, 67-73
- Tekin A. 1991 “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, S:2, 1991, s.11
- Tezcan, M. 2013. Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmasız El Atma, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.402.

Total, E. 2016. Kamulaştırmazsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (7),1127-1132.

URL–1, Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>. 02.01.2018.

URL–2, Universal Declaration of Human Rights, All Human Rights for All, Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1948-1998), <http://www.un.org>. 05.01.2018.

URL–3, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Registry of the European Court of Human Rights, Rome, 39s. 04.01.2018.

URL - 4, 2017. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Tapu Sicili Uygulamaları, Ankara, 113s. https://www.google.com.tr/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjCwLrSr77YAhVB0BQKHUXKAaccQFggpMAA&url=https%3A%2F%2Ftkgm.gov.tr%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ficerik%2Fekleri%2Ftapu_sicili_uygulamari_2014_0.pdf&usg=AOvVaw2hKo8Co1AOiVbStn_slcOe

URL–5, Haritacılık Sözlüğü, Harita Genel Komutanlığı Resmi İnternet Sitesi, http://www.hgk.msb.gov.tr/sozluk/turkce_sorgu.asp. 05.01.2018.

Uzun B., 2009. Using Land Readjustment Method As An Effective Urban Land Development Tool In Turkey, Survey Review, vol.41, pp.57-70

Uzun B., Çelik Şimşek N., Upgrading of illegal settlements in Turkey; the case of North Ankara Entrance Urban Regeneration Project, Habitat International, vol.49, pp.157-164

Uzun B., Cete M., Palancıoğlu H.M., 2010. Legalizing And Upgrading Illegal Settlements In Turkey, Habitat International, vol.34, pp.204-209

Ünlü, U. 2012. Kamulaştırmazsız El Koyma Sebebiyle Tazmine Yönelik Yasal Düzenlemenin Getirdikleri, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:68|Nisan 2012, 60-63

Yıldız O., Çoruhlu Y.E., Biyik C., “Registration of agricultural are a stowards the development of a future Turkish cadastral system”, Land Use Policy, vol.78, pp.207-218, 2018

Yomralıoğlu T., Uzun B., Nişancı R., “Land Readjustment Na Turquia (Türkiye Arsa Arazi Düzenlemesi)”, in: Metodos De Planejamen to Urbano: Projects de Land Readjustment e Redesevolvimento Urbano, Mario Machado Vieira Filho, Eds., Paulo’s Comunicação e Artes Gráficas Ltda, Sao-Paulo, pp.205-210, 2009

Yücel, Ö. 2010. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kamulaştırmazsız El Atma. Adalet Yayınevi, Ankara.

(Footnotes)1 Dale, P. ve McLaughlin, J. D., 1988, Land Information Management, Clarendon Press, Oxford.

HUKUKTA “ÖZ” ARAYIŞLARI VE İSLAM HUKUKUNUN METAFİZİK KARAKTERİ

Seeking the Essence of Law and the Metaphysical Character of Islamic Law

Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER*

Geliş Tarihi: 15.04.2019 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Hukukun özü nedir, ya da hukuki norma bağlayıcılık gücü veren nedir? soruları ne zaman sorulsa cevap ampirik alanın ötesine; transandantal, metafizik ya da teolojik alana taşmaktadır. Bu alan kimi zaman transandantal olarak nitelendirilmiş kimi zaman da metafizik hatta teolojik alan olarak tanımlanmıştır. Bu konudaki cevapları ampirik alanda arayan teoriler de yok değildir. Bu çalışmamızda hukukun aşkın/transandantal kaynağını savunan teorilerin bilimsel zemini ile İslam hukukunun metafizik zeminini felsefi açıdan bir karşılaştırmaya tabi tutacağız. Hukukun özünü transandantal bir zeminde temellendiren teoriler; “bilimsel” kategoride değerlendirilirken, aynı zeminde dikey boyutta metafizik ya da teolojik alanda paradigma inşa eden İslam hukukunun “bilimsellik” dışında mütalaa edilmesi felsefi açıdan tutarlı bir yaklaşım değildir. Ayrıca bu çalışmamızda bir hedef de; İslam hukukunun metafizik kaynaklı oluşunun felsefi zemin açısından bilimsel bir temellendirmeye elverişli olmadığı yönündeki ithamların felsefi açıdan tutarsızlığının ortaya konulmasıdır. Burada son derece önemli olan husus hukukun, transandantal-metafizik kaynaklı oluşu ya da bu şekilde temellendirilmesinin, sadece İslam hukukuna ilişkin bir özellik olmadığının ortaya konulmasıdır. Ayrıca hukukun özü ya da hukuku bağlayıcı kılan otoritenin kaynağı sorgulandığında konunun kaçınılmaz olarak metafizik alana çıkacağı gerçeği konusunda bir farkındalık oluşturmaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, hukukun özü, metafizik, aşkın, etik.

ABSTRACT

What is the essence of the law, or what is giving a power of binding to the legal norm?... When these questions are asked, the answer transcends the transcendental, metaphysical, or theological field beyond the empirical field. This field is described sometimes transcendental, metaphysical, or theological. On the other hand, there are also theories looking for this issue in the empiric field. In this study, we will compare philosophically the scientific basis of theories defending the transcendental resources of the law and the metaphysical basis of Islamic law. While the theories that describe the essence of law on a transcendental basis are evaluated in the scientific category, it is not a philosophically coherent approach to consider Islamic law as “non-scientific” that constructs a paradigm in the metaphysical or theological field on the same basis. Furthermore, another aim of our study is to reveal the philosophical inconsistency of the allegations that Islamic law is not suitable for a scientific basis in terms of philosophical ground. The most important point here is to expose the fact that law is based on metaphysical-transcendental is not only a feature of Islamic law. Another point is to create awareness about the fact that the subject will inevitably lead to the metaphysical field when questioning the essence of the law or source of the authority.

Keywords: Islamic law, Essence of Law, metaphysic, transcendental, ethic.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, sahan.yildirimer@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7204-5609

GİRİŞ

Hukuk felsefesi tarihi boyunca ortaya çıkmış hukuk teorileri; normun etik değer yüklü olmasını zorunlu görenler ve buna karşı çıkanlar şeklinde ikili bir tasnife tabi tutulmuşlardır. Bu çalışmamızda; İslam hukuku perspektifli bir yaklaşım içinde olacağımız düşüncesiyle, hukuk normunun etik değer taşımamasını zorunlu gören teoriler grubunda yer aldığımız kanaati doğaldır. Fakat İslam hukuku, felsefi zeminde bu teorilerden tümüyle farklılık arz etmektedir. Bu teorilere çalışmamızda yer vermemizin temel iki sebebi vardır. İlki, teolojik kaygıları olmayan hukuk teorilerinin hukukun özü, bağlayıcılığın esası ve etik değere ilişkin konularda ampirik alemin üstünde ya da ötesinde bir zemin arayışları ile ulaştıkları sonuçları İslam hukuk felsefesinin verileri ile karşılaştırmaktır. İkincisi ise, İslam hukukunun metafizik kaynaklı oluşunun felsefi zemin açısından bilimsel bir temellendirmeye elverişli olmadığı yönündeki ithamların felsefi açıdan tutarsızlığının ortaya konulmasıdır. Hukukun etik değer taşımamasının gereğini savunan ve bu değerlerin transandantal âleme ilişkin veriler olmasını teorilerinin temeline yerleştiren bu akımların bilimsel açıdan meşruiyetleri hiç de sorgulanmamıştır. Konu İslam hukukuna gelince; ya dogmatik olduğu ya da metafizik kaynaklı olduğu gerekçesi ile bilimselliğe konu olamayacağı yönünde ön yargılar oluşturulmuştur. Bu çalışmamızda, taşıdığı ahlaki ve etik değerler bakımından İslam hukukunun felsefi zemini, bahse konu bu teorilerin felsefi zemininden daha tutarlı olduğu kolaylıkla fark edilecektir. Gerek İslam hukuku gerekse bu teorilerde, hukukun değer yüklü olması, ortak kabuldür. Burada temel ayrışma noktası bu teorilerin “değer”i aşkın âleme ilişkin bir veri olarak konumlandırımları ile İslam hukukunun bu alana ilişkin kabulünün farklılığıdır. Hukukun değer yüklü olmasını savunan fakat seküler bir ön kabul ile hareket eden bu teori savunucularının aşkın alem için ara formlar ve bu formlara ilişkin kavramlar ile tutarlı bir paradigma inşası için ortaya koydukları argümanların incelemeye değer olduğunu düşünmekteyiz.

HUKUKTA METAFİZİĞİN GEREKLİLİĞİ VE HUKUKİ POZİTİVİZM ELEŞTİRİSİ

Teolojik ve metafizik boyutlu tüm hukuk teorileri Rönesans ve onu izleyen Aydınlanma Çağı ile birlikte çok önemli krizler yaşadılar. Kimi düşünce sistemleri alanda varlığını yitirdi kimileri de derin yaralar aldı. İslam hukuk düşüncesi de kabul etmek gerekir ki bu akımların etkisine maruz kaldı. Batı’da modern zamanlarda tüm bu süreçlerin dışında kalamayan hukuk, kuramsal olarak bilimin ve onun rasyonalitesinin hakim olduğu ve bilimsel olmaya çalışan ya da en azından bilimin rasyonalitesine boyun eğen pozitivist bir hukuki yaklaşımın etkisine girmiştir. Modern hukuk, pratikte gerçekleşen kodifikasyonlar hareketi ile de, bilimsel rasyonalitenin doğadan topluma yönelen bilme, kontrol etme ve dönüştürme ideolojik-politik etkinliğinden bağımsız düşünülemez

bir pozitif hukuk yaratma olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında anlaşılması gereken nokta şudur: modern zamanlarda batı toplumlarındaki hukukun ve bilimin çok özel tarihi bizlere, batı rasyonalitesinin doğaya bakışının onun hukuka da bakışını derinden etkilediğini göstermektedir. Bu neden-sonuç ilişkilerine bağlı rasyonalitenin doğaya ilişkin dönüştürme arzusu modern teknolojiyi yaratırken, aynı rasyonalitenin birey ve toplumu değiştirmeye yönelik ideolojik-politik ve disiplinler tavrı hukuku da salt bir tekniğe indirecek her türlü unsuru içerisinde taşımaktadır. Esasen son iki yüzyılda hukuk felsefesinde gördüğümüz, hukuku salt ve saf bir norm bilimi olarak ele almaya veya hukuku emirlere ve yaptırımlara indirgemeye çalışan, moral-pratik rasyonaliteye değil bilimin kavramsal araçsal rasyonalitesine dayalı hukuksal pozitivist görüşler bu hususu teyit etmektedir. Modern zamanlarda geldiğimiz nokta itibarıyla, doğaya yönelik hegemonik, ideolojik ve politik yaklaşımlardan uzak saf bir bilme isteğine dayalı bir bilim kuramının varlığı anlayışı naif ve gerçeklikten uzaktır. Bu bağlamda, hukuku bilim ya da salt norm, emir veya yaptırım olarak gören pozitivistik hukuk teorilerinin moral ve metafizik unsurlardan arınmış, ideolojik-politik kaygılardan uzak saf bir hukuk yaratma gayretleri de aynı ölçüde naif ve gerçek dışıdır. En başta hukuka yönelik bu tavrın bizatihi kendisi ideolojik bir tavidir. Son iki yüzyıldır hukuki pozitivism ile yaratılan ve inanılan sürecin kendisi metafiziktir.

Bu anlamda, hukukun moral-pratik rasyonalitesinin bilim ve teknolojinin kavramsal-aracsal rasyonalitesinin politik ve ideolojik egemenliğinden kurtarılması gerekmektedir. Bu kurtuluş hukukun yeniden moral-pratik alanın sınırları içerisine çekilmesi demek olacaktır. Kuşkusuz bu çekiliş hukuk açısından bir gerileme olmayacaktır. Aksine bu çekiliş hukuku ait olduğu yere yani moral ve pratik alana geri döndürecektir. Bu alan moral değerlerin olduğu kadar pratiğin ve deneyimlerin alanı da olduğu için hukuk yaşam denilen çok boyutlu fenomenolojik etkinlikle zenginleşen ve özgürleştiren bir fenomen olarak karşımıza çıkabilecektir.¹

Hukuksal pozitivism akımı², sosyo-ekonomik yapı ve değer sorunlarını

¹ Sezgin Seymen Çebi, "Antik Yunan'da ve Modern Batı Toplumlarında Hukuk ve Bilime Eleştirel Bir Bakış", *HFSA23* s. 111-112.

² "Hukuksal pozitivism tarih boyunca aslında kurulu düzenin korunması, devlet otoritesinin sağlanması amacıyla çeşitli isim ve düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Devlet iradesinin üstünlüğü, içte ve dışta herhangi bir güçle sınırlanmayan egemen devlet anlayışı çağlar boyunca tarih sahnesinde görülmüştür. Bunların hepsi hukuksal pozitivist düşünceyi dile getirmektedirler. Felsefi pozitivismle birlikte, ideolojilere bilimsel bir kimlik verilebilme fırsatı çıkmış ve pozitivist sözcüğü benimsenmiştir. Böylece iradeci, devletçi hukuk anlayışı "bilimsellik" kavramı arkasına sığınmıştır." Niyazi Öktem, "Hukuksal Pozitivism Akımı", (*i.Ü.H.F.M.*), *Yıl 1977, Cilt 43, Sayı 1-4*, s. 283. Pozitivistler, hukukun kaynağını güce, zorlamaya ve yaptırımı uygulayabilecek otoriteye bağlarlar. Devletçi hukuk kuramıyla pozitivism burada paralel gitmektedir. Zeynep Özlem Üskül Engi, "Olan Hukuk - Olmayan

görmezlikten gelerek hukuku norma, yasamanın ve kolektivitenin iradesine indirgemiş, onu hukuk ötesi elemanlardan bağımsız ele almıştır. Hukuk yalnızca «somut olgudur» denmiş, ona kaynak olan sosyo-ekonomik ilişkiler savsaklanmış, “olması gereken”, “adalet” ve “değer” kavramları karşısında kayıtsız kalınmıştır. Hukuksal pozitivizmle, felsefi pozitivizmin ortaklaşa özellikleri, her ikisinin de «gözlemlenebilir»le uğraşmasından gelmektedir. Ancak, toplumsal olaylar da gözlemlenebilir bir olguyken, hukuksal pozitivizm buna kayıtsız kalmakta, yalnız ve yalnız yasaman istencinin (irade) «gözlemlenebilir» liğiyle yetinmektedir.

Hukuksal pozitivizme karşı yapılan eleştirinin temeli bu anlayışın metafiziği dikkate almamasıdır. Oysa metafiziğe başvurmaksızın gerçekliğin saptanım olanağı moral alan için söz konusu edilemez. Bu nedenle de, metafiziği içermeyen hukuk teorileri, gerçeği saptama yeteneğinden yoksundurlar. Buradaki metafiziğin anlamı, bir şeyin, yer ve zaman bileşimindeki duyularımızla algılanan varlığının yanı sıra bir de yer ve zamanı aşan bir varlığa sahip bulunduğudur. İşte moral alana ilişkin her konu gibi hukukun esası, metafiziğe başvurmayı zorunlu kılmaktadır. Bu manada hukuk insan iradesi karşısında bağımsız bir varlığa sahip bulunmakta, irade ise zaten var olan bir şeyin gerçekleştirilmesine başka bir ifadeyle; reelleştirilmesine araç olmaktadır.

XX. yüzyıldaki Doğal Hukuk Rönesans'ının önemli temsilcilerinden Louis Le Fur'a göre; metafizik alan insan tarafından yaratılmadığı cihetle, hukuk da insan iradesi karşısında bağımsız bir varlığa sahip bulunmaktadır. Öyleyse yapılacak ilk iş, ampirik alemin ötesinde yer alan hukuk realitesini kavramaya çalışmak olmalıdır. Çünkü hukuk, insanın kendi yapıtı olmayan bir şeyi aklıyla keşf etmesidir yoksa bir icat değildir. Hukuku bu şekilde metafizik alana ilişkin bir olgu olarak gören bu anlayışa göre; insan, kendi yapıtı olmayan hukuku sadece ortaya çıkarmaktadır.³ Fransız hukuk düşünürü Le Fur'un hukuk, icat olunmamakta, keşfolunmakta; zira insan, kendi yapıtı bulunmayan hukuku sadece ortaya çıkarmaktadır⁴ ifadeleri İslam hukukçularının kıyas tanımlarken kullandıkları ifadeleri çağrıştırmaktadır. İslam hukukçularına göre kıyas; ortak illete dayandığı için bir hükmün ilkten konulması değil, naslarda potansiyel olarak var olan hükmün açığa çıkarılmasıdır. Başka bir ifadeyle bu işlem esas itibariyle bir hükmün isbâtı yani ilkten konulması olmayıp naslarda var olan hükmün açığa çıkarılmasıdır. Yani kıyas bir hükmü ispat etmez, izhar eder, açığa çıkarır. Usulcülerin “Kıyas hükmü isbat etmez, izhar eder” yani ilkten

Hukuk”, *HfSA23*, s.157.

³ Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1971, c. I, s. 21.

⁴ Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 99.

hüküm koymaz mevcut olan hükmü açığa çıkarır, sözünün anlamı da budur.⁵ Le Fur'e göre de hukuksal pozitivizm, genellikle kabullenildiği gibi, yönetmenin, yani ampirik bir birey ya da kurulun iradesine dayalı bir hukuk görüşüdür. Böyle bir görüş ise gerek ontolojik, gerek epistemolojik ve gerekse etik yönden tamamıyla yanlıştır. Her üç bakımdan da hukuk, asla bir irade bildirimine indirgenemez. Hukuksal pozitivizmin temel yanılması, etik alanda objektivite ve dolayısıyla da realitenin var olmadığı inancından hareket etmesidir.⁶

Hukuksal pozitivizmin ahlâki açıdan temel eleştiri noktası, kötü hukuka uymayı da zorunlu kabul etmesidir. İyi-kötü hukuk ayırımı yapan hukuksal pozitivistler dahi, kötü olanlarının sosyo-moral gereksinmelere ters düşmekle birlikte gene de hukuk olduğunu söylerler. O halde ahlâka ters düşen bir hukuk kuralı da bu anlayışa göre hukuksaldir. Oysa hukuk ahlâksızlığa zorlayamaz; ahlâka ters düşen kuralın hukuk olduğunu kabul etmemiz durumunda, yaptırımla donatık bir hukuk kuralı bizi ahlâksızlığa zorlayabilecektir. Belki de hukuksal pozitivizmin en önemli yanılığı ve tehlikelerinden birisi, ahlaksızlığın hukukça belgelenimini olanaklı kılmasıdır. İşte bu yanılığı ve tehlike, esasta, hukukun metafizik realitesini hesaba katmamaktan doğmaktadır. Hukuki pozitivizmin kendisi ahlaksızlığı içermekte olup yönetmenin her dediğini kabul etmeyi tavsiye etmekle pek de ahlaklı bir davranışı yansıtmamaktadır.⁷ Oysa *Ahlâka dayanmayan bir hukuk sisteminin, insan davranışlarında gerçek bağlayıcı bir gücü olamaz. Pozitif hukukun üstünde, mantıkî bir geçerlik nedeni olarak bulunacak temel norm gibi bir hipotez de, insan davranışlarını bağlayıcılık konusunda asla yeterli değildir; böyle bir hipotez, mantıkî niteliğinden ötürü davranışları değil, sadece düşünceyi bağlayabilir.*⁸

Tanrı kozmolojik anlamda her şeyin sebebi olduğu gibi hukuk idesi ve ahlakın da sebebidir. Böylece tabii kanunlar dediğimiz fizik dünyaya ait kanunlar ile insanların ve toplumların ihtiyaç duyduğu, sosyal, hukuki ve ahlaki düzenlemeler, genel prensipler olarak aynı kaynaktan çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle kozmik alan ile teşrii alan kaynak olarak birleşmektedir. Nitekim Krauss da hukuku, âlemin Allah tarafından tesis edilmiş olan *ahlâki nizamının bir unsuru olarak kabul eder. Ona göre hukuk, ebedi hakikat olarak bir tek prensip içinde idrak edilmelidir. Bu yolda felsefi bir ispat, ancak tek bir prensibin yardımıyla mümkündür. Bu prensip de; sonsuz ve mutlak varlık düşüncesi, yani Allah fikri olmalıdır. Allah bütün varlığın esasıdır. Bu sebeple hukukun da, ancak Allah'ın varlığı içinde idrak edilip temellendirilmesi zaruridir.*

⁵ H. Yunus Apaydın, *Fıkıhın Kaynakları*, Ay Yayınları, Ankara 2018, s. 122.

⁶ Tarık Özbilgen, "Louis Le Fur'ün Hukuk Görüşü", (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 1969, Cilt 35, Sayı 1-4, s. 355 – 356.

⁷ Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 101

⁸ Vecdi Aral, "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 1974, Cilt 40, Sayı 1-4, s. 527.

*Allah hukukun idrakini temin eden yegâne prensiptir. Allah idesini tanıyan kimse, Allah’ın aynı zamanda hukukî idrakin temeli olduğunu ve adaletin, O’nun ve bütün aklî varlıkların temel vasfı olduğunu mantıkî zorunluluk olarak kabul etmelidir.*⁹ Hukukun hedefini ahlakî paralelde değerlendirenlere göre hukuk, sosyal yaşamın ahlaksal değerlere göre düzenlemeyi amaçlayan, maddesel yapıtımla donatma elverişli davranış kuralları arasındaki ilişkiler kompleksidir. Başka bir ifadeyle hukuk, bir sosyal realiteyi, etik değerler açısından düzenleyen normlar sistemidir.¹⁰ Bu manada hukuk, normatif bir düzenlemeyi deyimlediğinden dolayı, “olan” ı değil “olması gereken” i gösterir. Dolayısıyla, hukukun betimlediği düzen, eylemsel bir düzen olmayıp, gerçekleşmesi gereken ideal bir düzendir; böylece hukukun varlık nedeni, “olan”ın “olması gereken” etik değerler doğrultusunda belirlenmesidir.¹¹ Bu tanım çerçevesinde görüş belirten hukukçulara göre; *hukuku yalnızca eylemsel olarak belli bir normun yürürlükte olmasıyla tanımlayan ve savunan bir görüş, hukukun bağlayıcılığının temeli sorununu açıklayamaz.*¹²

İslam hukuk düşüncesinde metafizik bir öge de ahlaktır. Hukuk ile ahlak arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu manada hukuk nasıl metafizik kaynaklı ise aynı şekilde ahlak da metafizik kaynaklıdır. Ampirik fenomenler karşısında bağımsız bir niteliktedir. Bu ahlak anlayışının tabii hukuk düşüncesinde de hakim olduğu gerekçesi ile tabii hukuk teorisini savunan bir kimsenin pozitivist olamayacağı ifade edilmiştir. Çünkü tabii hukuk anlayışı; *vahyedilmiş bir ahlâka inancın hukuk sahasına tatbikinden başka bir şey değildir. Bu ise, pozitivist felsefeci tarafından reddedilen bir faraziyedir. Felsefede pozitivist olan bir kimsenin tabii hukuk teorisini benimsemesi mümkün değildir.*¹³ *Hakikatte de, tabii hukuk taraftarı bütün katolik hukukçuların, gayrişuuri veya tahteşsuuri olarak, tabii hukuku bu şekilde telâkki ettikleri yani ahlakı, vahyedilmiş bir olgu olarak kabul ettikleri aşikârdır.*¹⁴

Metafiziğe karşı çıkanların temel yanığı noktası, metafiziğin doğa bilimlerinde geçersizliğine ilişkin savlarını sosyo-moral alana aktarma yönündeki tutumlarıdır. Hukukun metafizik varlığı, deontolojik ve teleolojik mahiyetinden doğmaktadır. Deontolojik, sosyolojik hukuku; teleolojik yönse, metafizik hukuku jüstifiye etmekte, yani doğrulamaktadır. Son olarak denilebilir ki, sosyolojik hukuk, eşyanın doğasına; metafizik hukukunsa,

⁹ Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1952, s. 15.

¹⁰ Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 28.

¹¹ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 55. Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1992, s. 90.

¹² Gürbüz, s. 41

¹³ Marcel Waline, “Felsefi, Hukuki ve İctimai Pozitivizm”, (Çev. Münci Kapani) (A.Ü.H.F.D.), *Yıl 1951, Cilt 8, Sayı 3*, s. 179.

¹⁴ Waline, s. 180.

insanın doğasına indirgenebileceğidir.¹⁵ Hukukun metafizik kaynaklı oluşu ona deontolojik ve teleolojik bir boyut getirmektedir. Hukukun metafizik varlığına seküler bir bakış açısıyla bakan günümüz hukuk felsefecilerine göre, hukukun metafizik varlığı, deontolojik (gereksel) ve teleolojik (ereksel) mahiyetinden doğmaktadır. Bu deontoloji (gereksellik), sosyal realiteyi de aşan bir takım ereklere göre alındığında söz konusu olan, artık, hukukun metafizik varlığıdır. Böylece deontolojik yön, sosyolojik hukuku; teleolojik yön ise, metafizik hukuku jüstifiye etmekte yani doğrulamaktadır.¹⁶

NORMUN İÇERİĞİ SORUNU

Hukuk felsefesi tarihinde hukukun varlık bütününe oluşturan öğeler konusu, hukuk teorilerini belirleyen temel unsur olmuştur. Kimileri bu bütünü oluşturan öğeleri; norm, sosyal olgu ve etik değer olarak üç boyutlu bir yapı olarak tarif ederken kimileri de bunlardan sadece birini merkeze alarak hukuku tanımlamışlardır. Bu teorilerden hukuksal pozitivizm; hukukun varlık bütününe materyal –eylemsel, pozitif- norma, normativizm; kendisel norma, doğal hukuk; etik değere, sosyolojik hukuk teorisi ise; sosyal realiteye indirgemıştır. Hukukun varlık bütününe oluşturan öğelerden normun ön plana çıkmasının temel sebebi şudur: norm, hukukun en yüzeysel boyutunu biçimlemekte ve bu bakımdan da hukuka bakan, ilk önce norm ile karşılaşmaktadır. Bu durum hukukun normdan ibaret olduğu yanılgılarına da sebep olmaktadır. Bundan dolayı kimi zaman hukukun diğer boyutları tali düzeye indirgenmiş böylece norma öncelik verilmiş, kimi zamanda diğer boyutlar tümüyle yok sayılabilmektedir. Hukuka teknik bir perspektiften bakan bu anlayış sahiplerinin önermesi şudur: hukukun sosyal bir olgu oluşu ya da etik değer taşıdığı veya taşımaması gerektiği tezleri inkâr olunabilir ancak norm olduğu, hiçbir şekilde inkâr olunamaz. Başka bir ifadeyle; hukuk, normatif realitenin dışında ele alınamaz, incelenemez. Bundan dolayı da norm, hukukun asıl ve vazgeçilmez tek boyutudur. Elbette norm olmadan, gerçek anlamda bir hukuk yoktur, ancak eksik bir hukuk vardır. Ama sosyal olgu ya da etik değer olmaksızın da, tam bir hukukun varlığından söz edilemez, bu halde de eksik bir hukuk vardır.¹⁷

Hukuku tek boyuta indirgeyen anlayışları eleştiren kimi hukuk felsefecileri çözüm olarak bunların tümünü bir araya getiren bir teori üretmişlerdir. Fakat bu boyutlardan hangisinin öncelenmesi gerektiği hususunu tartışırken bu hiyerarşide eşitler arasından öncelik mi yoksa dikey boyutta bir üstünlük mü olduğu konusunda farklı yorumlarda bulunmuşlardır. Ancak temel öğenin etik olması gerektiği konusunda paradigmalarını inşa edenler normun içeriğini belirleyen temel unsurun etik olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Hukuk

¹⁵ Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 100-101.

¹⁶ Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 100.

¹⁷ Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 34.

normunun etik değer taşıması gerektiğini savunan hukuk felsefecileri farklı perspektiflere sahip olmuşlardır. Kimileri; doğal hukuk teorisi eksenli bir yaklaşımla bir “ide” olarak adalet değerini aşkın bir alanda konumlandırarak hukuk düşüncesini aşkın bir âlemde mütalaa etmiştir. Kimileri ise etiğin hem objektif bir değer olabilmesi hem de transandantal bir nitelik taşıyabilmesini bir arada götürebileceği bir paradigma oluşturma çabası içinde olmuş ancak bu aşkın boyutun asla metafizik ve teolojik boyutta olmamasına özen göstermiş; dolayısıyla seküler anlayışı ısrarla vurgulamışlardır. Bir diğer grup ise bu normun etik değer vurgusunu yaparken değerın zorunlu metafizik kaynağına vurgu yapmışlar ve değerın içeriğini belirleyen ilahi bir otoriteye işaret etmişlerdir. Değerın aşkın boyutunu belirsiz bir “ide” olarak tanımlayan doğal hukuk teorisini savunanlar her zaman ve her dönemde tanım içeriği sürekli değişken bir değeri algılayarak çelişkili bir tutum içinde olmuşlardır. Normun etik değer taşımasının zorunluluğunu savunan bir diğer grup ise bu değerın içeriğini belirleyicisinin metafizik bir otorite olmaması gerektiğinde ısrar etmişlerdir. Bu konuda tıkanıklığı aşmak için ara bir boyut ve ara bir kavram; “transandantal” ile bunu aşmanın yollarını aramışlardır. Ancak seküler bir bakış açısında olduklarını da ısrarla vurgulamışlardır.

HUKUK NORMUNUN ETİK DEĞERİ VE ETİK DEĞERİN OBJEKTİVİTESİ SORUNU

Tarih boyunca insan akli, hukuk ve ahlak gibi kavramların özünü, esasını arama çabası içinde olmuştur. Rölativistler bu kavramların görelî şeyler olduğunu iddia ederken, değer objektivizmine inananlar ise, değer yargılarının bir öz ve esasın olduğunu savunmuşlardır.¹⁸ Hukukun ya da normun etik değerle donanımlı olmasının zorunluluğunu iddia eden hukuk felsefecilerinin odaklandıkları temel bir husus vardır. O da; “değer” olarak ifade edilen olgunun niteliği konusudur. Bu konuda önemli bir ayrıntı göze çarpmaktadır. Bunlara göre “değer yargıları”nı “realite yargıları”ndan ayırmak gerekir. En temel ayrıca; realite yargıları objeye, değer yargıları ise, onu veren süjeye aittir. Bu ayırım kolaydır. Ancak süje’ye aitmiş gibi görünen değer yargılarının da kendi içinde ayrışması gerekir. Asıl felsefi anlamda zor olan da budur. Burada temel belirleyici olan kriter, süjenin obje hakkındaki yargısında “olması gereken” ayrımına dikkat etmek gerekir. Örneğin, bir doğa görünümünü hakkında “güzel” yargısına varıldığında yapılan iş, bir durumun saptanımı gibi gelmekte ve dolayısıyla da bir “olması gereken”den söz edilmemektedir. Oysa burada bir saptanım yoktur; zira bir takım renk ve biçimler armonisi hakkında bir süje, kendine ait bulunan bir yargıda bulunmaktadır. Yani verilen yargı, objeye değil, süjeye aittir ve değer yargılarını realite yargılarından ayıran da budur.

¹⁸ M. Niyazi Öktem, *Fenomenoloji ve Hukuk (Hukukun Özü Sorunu)*, Doğu Matbaası, İstanbul 1982, s. 25.

Realite yargılarında, örneğin, A yuvarlaktır, üç kilodur, B den küçüktür .. derken saptama yapılmakta; objeye ait olan özellikler hakkında yargı verilmektedir. Kısaca, realite yargıları, objeye; değer yargılarıysa – onu veren – süjeye aittir. Bir sorun da buradaki “süje”nin belirleniminde düğümlenmektedir. Bir “süje”nin verdiği yargının, o süjeden çıkmış olması ile aynı yargının o süjeye ait olması arasında çok önemli bir fark vardır. Zira bir yargının bir süjeden çıkmış olması, o süjeye aidiyetini içermez.

Hukuk normunun konmasında amaç bir ölçüt getirmektir. Böylece bir model nesne alınır ve diğer nesnelere bu modele uygun olup olmadığı saptanır. Burada yapılan iş bir değerlendirmedir, değer yargısı vermektir. Eğer somut durum belirlenen bu ölçüte uygun ise pozitif bir değer yargısına sahip olur ve “iyi” olarak nitelendirilir. Tersi durumda ise negatif olarak “kötü” olarak nitelendirilir. Ancak burada temel sorun “ilk iyi” ya da “ilk ölçüt”ün nereden geldiğidir. Bu konuda kaynağı yerleşik (meknî), pozitif âlemde gören anlayış olduğu gibi aşkın (müteâl) âlemde gören anlayış da vardır. Bu konuda ilk görüşü savunanlara yönelik değerlendirme daha önce yapılmıştı. İkinci anlayışı savunanların ortak bakışa sahip olduğu söylenemez. Zira bu görüş sahiplerinden kimileri bu değerlerin kaynağını aşkın âlem olarak belirlerken; iki hususta somut sonuçlar ortaya koyamamaktadırlar. İlki; aşkın âleme ilişkin bu değerlerin algılanmasında objektivite sorunudur. Bu değerlerin aşkın âlemde algılanmasında, değer ile özne arasındaki ilişki kurmanın yolu olarak “sezgi” ye dayandırılmaktadır. Oysa sezgi mahiyeti itibarıyla karışık ve muğlak bir kavramdır. Genel geçer normlar üzerine inşa edilecek olan hukukun bu şekilde belirsizlik üzerine bina edilmesi düşünülemez. Bir diğeri ise subjektif nitelikteki bu sezgilerden objektif nitelikte ortak bir algı alanının varlığının kanıtlanmasının güçlülüğüdür. Zira her öznenin sezgi yolu ile aynı değeri ortak bir standartta algılaması mümkün değildir. Sezgi kavramının tanımı konusunda henüz bir ittifak sağlanmamış ise de bilimin öznesi ile bilimin nesnesi arasındaki ilişkinin “rastlantısal” olduğu gerçeği, genel kabul niteliğindedir. Öznenin nesne ile birleşip hakikati bulması olarak tarif edilen sezgide mantıksal bir yol izlendiği söylenemez çünkü sezgi, zamanın akışı içinde, eylem ve duyguların bilinçsiz (nedenini bilmeksizin) anımsanmasıdır.¹⁹

Normun etik değer yüklü olmasını savunan ancak bu “değer”in metafizik /teolojik alana ait olmamasına özen gösteren seküler yaklaşımlı kimi hukuk felsefecileri, bu değerlerin ait olduğu mercii tespitinde farklı bir kavram üzerinden bir paradigma oluşturmaya çalışmışlardır. “Değer”in genel geçer ve objektif bir karakterde olmasını sağlamak için ampirik süje-intelijibl süje ayırımına giderek böylece hem değerlerin aşkın olmasını sağlamış olacaklar hem de kişiden kişiye değişmeyen objektif bir veri olarak kabul edeceklerdir. Burada odak ifade

¹⁹ Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, Met/Er Matbaası, İstanbul 1988, s. 19.

“intellijibl süje” kavramıdır.²⁰ Bu kavramı kullanan hukuk felsefecileri seküler bir bakış açısına sahip ise bunun ait olduğu alan olarak transandantal alanı belirlemişler, bu alanın; metafizik/teolojik alan olmadığına özellikle vurgu yapmışlardır. İntellijibl kavramını kullanırken seküler bir bakış açısında olmayan kimi hukuk felsefecileri ise bunun metafizik/teolojik bir alana aidiyetini kullanmaktan çekinmemişlerdir. Hatta bu transandantal alan için “aşkın ilahi boyut” ifadesini kullanırken, “intellijibl süje” yi de “insanın manevi/ruhi alanı” olarak nitelendirmişlerdir.

Hukuk felsefesi açısından “bir değerın kaynağı ya da ait olduğu süje” ile “değerın çıktığı süje” nin bir birinden ayrı değerlendirilmesinin önemi üzerinde durmuşuk. Burada “değerın ait olduğu süje” nin tespitinde ya da kabulünde İslam hukuk felsefesi açısından önemli bir ayrışım söz konusudur. Metafizik ya da teolojik nitelikli İslam hukukunda hem hukuki hem de ahlaki davranış kurallarında “değer” yargılarının kaynağı Yüce Şarı’dır. Bu değer içerikleri; belirsiz, transandantal bir alanda soyut süje’de beliren gnostik, sezgisel bir nitelikte değildir. Vahyin somut örneklerinden çıkarılan ancak kaynağı “vahyi bilgi” olan objektif yargılardır. Bundan dolayı bu çerçeve, hangi ekolden olursa olsun tüm İslam hukukçularının ittifak ettikleri alandır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu değerleri, objektif nitelikte, kişiden kişiye değişmeyen bir çerçevede tutmak isteyen seküler bakış açısına sahip hukuk felsefecileri, ara bir ifade “intellijibl süje”²¹ kavramını üreterek bu değerlerin metafizik/dini/

²⁰ Bu tür kategorik ayırmada isabetli bir tanıma rastlayamadığımızı ifade etmek isterim. Örneğin Özbilgen, “ampirik süje ile intellijibl süje’nin bir birinden farklı olduğunu” (Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Dersleri*, s. 240) ve bu farkı bilmenin hukuk felsefesi açısından çok önemli olduğunu vurgularken diğer yandan bu kavramları açıklamakta zorlanmaktadır. “İnsan alanında, biri ampirik –somut, reel- insan ve bunu karşılayan ampirik süje vardır ki bu, bireydir; bir de intellijibl süje vardır ve bu da –kendisel- insandır –insanın kendisidir-. Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 354. Ayrıca “ide ve değerlerin metafizik varlıklar olduğunun savlanması, hemen “merdut” damgasını vurmaya hak kazandırmaktadır. Nedeni de genel filozofide –ontolojide- metafiziğin kanıtlanamaz (gayri kabili ispat) bulunuşudur. Örneğin transandan yerine metafizik deymi kullanmakla, çözümünü olanaklı bir sorun, olanaksız sayılmaktadır.” Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Dersleri*, s. 246. Transandan ve intellijibl süje’nin aşkın niteliğini kabul eden Özbilgen, bunların kanıtlanabilir nitelikte olduğunu kabul ederken teolojik/metafizik alanla ilgili bilgilere geldiğinde ise bunların kanıtlanamaz nitelikte olduğunu iddia etmesi yöntem açısından tutarlı bir yaklaşım değildir.

²¹ Orhan Münir Çağlı, *intellijibl kavramını insanın manevi boyutu ve insanın ruhu anlamında kullanır. Ayrıca bu alandaki idrak yetisini “ilâhî” olarak tanımlar ve yukarıdaki kullanımın aksine metafizik hatta teolojik alandaki bir değer olarak ifade eder: “Burada bahis konusu olan insan, muhtelif ve mütenevvi psikolojik hususiyetler arz eden fâni, müşahhas fertler hâlinde tezahür eden amprik insan değil, bilâkis amprik insanlarda tecelli eden intellijibl insan, düşünen süje, mahziyet ve hürriyetle muttasıf gayri fâni insan ruhudur. Bu sonucusu iç âlemle dış âlemi ihata eden namütenahi, mahz iç âlemde mekindir. «Namütenahi insan» tâbiri ile kast olunan şey, kevnî hakikatle normatif ve manevî hakikatin hâmilli «kafanın nizamı ve kalbin nizamı» tabirleriyle sembolize edilen ilim ve imanın, akıl ve vicdanın, hak*

teolojik alanla ilişkisini kesmenin yollarını aramışlardır. “Değer yargısı, ampirik süje’ye –bireye- değil ve fakat intelligibil süje’ye –insana- bağımlı bulunmakta ve bu bakımdan da, insanla kaim (var) olmakla birlikte, bireyden bireye değişmemektedir. Metafizik ve transandantal kavramları arasında ayırım yapan Özbilgen’e göre; eğer sosyo-moral değerlerin hukuk normu için zorunluluğu iddia edilecekse bu değer alanı mutlaka transandantal olmalı asla metafizik olmamalıdır. Zira metafizik, ontolojiye özgü bir konu iken, transandantal, aksiyolojiye özgü bir konudur.²² Sonuç olarak intelligibil süje’nin değer algısı sübjektif nitelikte ise de müellife göre bu bir çeşit objektivite yaratmaktadır. “*Ahlaktaki sübjektivite, böyle intelligibil sübjektivitedir; intelligibil insana –kendisel insana- bağıllıdır. Bunun için de bireylerin davranışlarındaki ahlaksallık, kendi vicdanlarına değil ve fakat –intelligibil, kendisel- insanın vicdanına göre değerlendirilir. Ancak intelligibil sübjektivite, bir çeşit objektivite yaratmakta ve dolayısıyla da bir süjeye –insana—görelikle- bağıllıkla- (izafeten) var olan ahlak, bütün insanlar –bireyler- için özdeş bulunmaktadır. Eğer biz ahlaki sensibl –ampirik- süjeye yani bireye bağıllıkla (izafeten) varsaysaydık, bu taktirde birlik sağlanamayacak; her bireyin davranışı, kişisel eğilimleri doğrultusunda değerlendirilecekti.*²³ Ahlakın bu ara forma ait bir değer olarak apriori kabulü ile metafizik/teolojik alana ilişkin bir değer olarak apriori kabulü arasındaki fark belirgin değildir. Başka bir ifadeyle etik değeri metafizik ve teolojik alana ait bir veri olarak kabul etmenin çekincesini taşıyanlar başka bir alanda inşa ettikleri değerlerde apriori bir ön kabul vardır.

Hukuk; ister metafizik isterse transandantal alana ilişkin olgu olarak görülsün hukukun aşkın boyutunu kabul eden tüm teorilerin karşılaştıkları en güç soru; varlığı iddia edilen bilginin elde edilme yollarıdır. Bu bilgiyi elde etmenin yolu; akıl mı, deney mi, sezgi mi yoksa ilahi dinlerde olduğu gibi vahiy midir? Bu alanda elde edilen bilginin objektif değeri nedir? Burada temel sorun hukuku aşkın bir âleme ilişkin bir veri/muta olarak gören teorilerin bu bilgiyi elde etmenin yolları olarak objektif bir özne gösterememiş olmalarıdır. Sezgisel bilgiyi işaret eden hukuk teorisyenleri bu bilgiyi elde etmenin yolları konusunda tutarlı bir paradigma oluşturamamışlardır. Metafizik/teolojik odaklı yaklaşımların bilgi yöntemlerine mesafeli dururken diğer yandan da bir sistem oturtamamış olmaları ilginçtir. Bu değerleri aşkın âleme ilişkin birer veri olarak görenler bu değerlerin algılanmasında objektif bir zemin

ve adaletin, hülâsa felsefe, ilim, din, ahlak, hukuk ve estetiği ihtiva eden kıymetler âleminin hâdimi ve zâmini olan varlıktır; kâinat ve transandansın (mütealiyetin), entelijibilite ve trans- intelligibilitenin hürriyetin aktüalize oldukları insandır, işte bu namütenahi insan ve insaniyet, mekân - zaman âlemine gelirken beraberimizde getirdiğimiz ilâhî bir şeydir. Orhan Münir Çağlı, “Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği) ve Hukuk İdesi”, (İ.Ü.H.F.M.), Yıl 1958, Cilt 23, Sayı 3-4, s. 387, 429.

²² Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 247.

²³ Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 354.

bulmakta güçlük çekmiş, değer ile özne arasındaki ilişki kurmanın yolu olarak “sezgi” ye işaret etmişlerdir. Daha önce kısmen ifade ettiğimiz gibi sezgi, mahiyeti itibariyle karışık ve muğlak bir kavramdır. Genel geçer normlar üzerine inşa edilecek olan hukukun bu şekilde belirsizlik üzerine bina edilmesi düşünülemez. Normun etik değer yüklü olmasını zorunlu gören ve bu değerlerin metafizik hatta teolojik alana ilişkin bir veri olarak kabul eden Çağal da “sezgiye dayalı bir idrakin hiçbir zaman güven telkin etmediğini” ifade eder.”²⁴ Hukukun kaynağının metafizik boyutunu temel alan İslam hukuku bu bilgiyi elde etme yolu olarak aracı kaynak Peygamberleri kabul etmektedir. Peygamberlik olgusu tarih boyunca çokça tekrarlanan bir gerçekliği deyimlediği için objektif bir bilgi düzenin kabulüne dayanır. Kur’an ayetleri tekrarlanan bu durumun teolojik açıdan ikna edici gücüne işaret ederken aynı anda bu durumu, epistemolojik açıdan kesinlik katmanı için bir zemin olarak sunar.²⁵

METAFİZİK BİLGİNİN ALGILANMA SORUNU VE AMPİRİK SÜJE-İNTELLİJİBL SÜJE AYRIMI

Seküler bakış açısını temel bir yönelim olarak kabul eden ancak aynı anda etik değeri hukuk normunu oluşturan temel öğelerden biri olarak kabul eden hukuk felsefecileri, bu değere objektif bir nitelik kazandırmakta güçlük çekmişlerdir. Etik değerlerin kaynağını araştırdıkça ampirik alanın dışında metafizik hatta teolojik bir alanda yol aldıklarını görmüşlerdir. Bu konuda teolojik ya da metafizik alana ilişkin verileri kullanmamak adına temel argümanları şu olmuştur: Etik değer ampirik alemin aşmalı ancak metafizik ve teolojik bir alana da ulaşmamalıdır. Metafizik alan yerine aşkın boyutu ifade etmek için *transandantal boyutu* bu alan için savunulabilir bir zemin olarak görmüşlerdir. Öte yandan etik değerlerin objektif bir nitelik ifade edebilmesi için ampirik süje-intelijibl süje ayrımı yaparak algıda objektivite elde etmenin yollarını aramışlardır. Çünkü değer yargısının ampirik süjeye ait olduğu kabul edilirse bu durumda bireyden bireye değişim söz konusu olacaktır. Eğer değer yargısının intelijibl süjeye ait olduğu kabul edilirse objektif bir alan açılmış olacaktır. Bu ayrımı yapanlar insanın manevi boyutunu ilahi metafizik alana ilişkin bir veri olmak yerine bir yönüyle ampirik diğer yönüyle de ampirik olmayan bir tanımlama yapmışlardır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki intelijibl süje olarak tanımlanan bu soyut süjenin ortak değer algısının objektif kimliğini doğrulayacak elde somut bir verinin olmadığı da muhakkaktır.

Ülkemizde doğal hukuk teorisini İslamî teoloji perspektifi üzerine inşa etmeye çalışan Orhan Münir Çağal, *ampirik süje-intelijibl*²⁶ *süje* ayrımına,

²⁴ Orhan Münir Çağal, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 292.

²⁵ De ki: “Ben peygamberlerden ilk defa gelmiş biri değilim.” Ahkâf suresi, 46/9.

²⁶ Çağal, intelijibl kavramını insanın manevi boyutu anlamında kullanır. Bu alandaki idrak

teolojik zemine uygun düşecek şekilde üçüncü bir boyut; ‘trans-intelijibl sūje’yi ekler. Konuyu seküler bir zeminde tartışan meslektaşlarının aksine o, konuyu metafizik zeminde hatta teolojik bir çerçevede değerlendirir. Çağıl, aşkın boyutu ifade etmek için intelijibl ve trans-intelijibl kavramlarını kullanır. Bu kategorik ayırmada, “teolojik söylemle; ruh ve ruhun ölümsüzlüğüne vurgu yapar. Ona göre insanın ölümlü (fâni) tarafının yanında bir de ölümsüz (gayr ı fâni) tarafı vardır. Başka bir ifadeyle; ampirik (ben)in yanında intelijibl ben (mutlak ben) vardır. Dış âlemde fizik, fizyolojik ve psikolojik boyutları ile ampirik insanı, iç âlemde yine psikolojik ve fakat aynı zamanda ruhanî, manevî ve normatif boyutları ile intelijibl insanı, nihayet bu her iki âlemi ihata eden sonsuzluk boyutu ile trans-intelijibl insan vardır. Bunun gibi müspet hukukta ampirik insanla, hukuk ilminde (hukuk mefhumunda) intelijibl insanla, hukuk felsefesinde (hukuk idesinde) hem intelijibl insanla hem de trans-intelijibl insanla karşılaşırız.”²⁷ Çağıl, intelijibl ben alanını apriorik olarak betimlerken; ampirik alanı aposteriorik olarak betimler.²⁸ İnsanın ölümsüzlük (gayr ı fâni) tarafını vücuda getiren intelijibl insan, insan mevzuunda son merci değildir. Bu da trans-intelijibl insana ve bu yoldan da hür, mutlak, namütenahi ruha bağlıdır. İnsanın intelijibl ve trans-intelijibl cephesi namütenahi ruha bağlı olduğu için ölümsüzdür.²⁹

Çağıl, mistik bir yaklaşımla; metafizik âlemi kavramanın yolu olarak insan ruhunu elverişli bir zemin olarak görür. Bu konuda ilahi kaynaklı dinlerin kabullerini referans olarak gösterir: “Allah’ın birliğine dayanan dinlere göre ruh, ebedidir yani ölümsüzdür. Mademki ruh, ebedîdir, o hâlde ilahî bir niteliktedir ve tekrar Tanrı’ya dönecektir. İnsanın, fizik âlemde yaşarken hem yaratılmış beden yönü hem de ölümsüz ruh yönüne sahip olarak yaşamaktadır. Bir yönüyle ampirik (maddi), diğer yönüyle de intelijibl (mânevi) özelliğe sahiptir. Mahlûk

yetisini ise “ilâhî” olarak tanımlar ve metafizik hatta teolojik alandaki bir değer olarak ifade eder: “Burada bahis konusu olan insan, muhtelif ve mütenevvi psikolojik hususiyetler arz eden fâni, müşahhas fertler hâlinde tezahür eden amprik insan değil, bilâkis amprik insanlarda tecelli eden intelijibl insan, düşünen sūje, mahziyet ve hürriyetle muttasıf gayr ı fâni insan ruhudur. Bu sonuncusu iç âlemle dış âlemi ihata eden namütenahi, mahz iç âlemde mekândır. «Namütenahi insan» tâbiri ile kast olunan şey, kevnî hakikatle normatif ve manevî hakikatin hâmilî «kafanın nizamı ve kalbin nizamı» tabirleriyle sembolize edilen ilim ve iman, akıl ve vicdanın, hak ve adaletin, hülâsa felsefe, ilim, din, ahlak, hukuk ve estetiği ihtiva eden kıymetler âleminin hâdimi ve zâmini olan varlıktır; kâinat ve transandansın (mütealiyetin), enteñijibilite ve trans- intelijibilitenin hürriyetin aktüalize oldukları insandır, İşte bu namütenahi insan ve insaniyet, mekân - zaman âlemine gelirken beraberimizde getirdiğimiz ilâhî bir şeydir. Çağıl, “Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı”, s. 387,429.

²⁷ Orhan Münir Çağıl, “Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler”, (İ.Ü.H.F.M.) Yıl 1959, Cilt 24, Sayı 1-4, s. 388 – 431.

²⁸ Orhan Münir Çağıl, “Stammler’in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi”, (İ.Ü.H.F.M.), Yıl 1951, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 316 – 349.

²⁹ Çağıl, “Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı” s. 381 – 440.

tarafı, eni boyu bir mezara sığan ve orada çürüyen maddesi, manevi tarafı ise, maddi kozmosu aşan manevi nefsi yani ruhudur.” Ona göre; “varlığın intellejibl (zihnen kavranabilen) kısmı, somut niteliği nedeniyle araştırmaya konu olabilmekte iken, trans-intellejibl kısmı (zihin ötesi) ise bilimsel olarak tahkike uygun değildir, fakat insanın manevî (ahlâki) cehdine açıktır. Buna rağmen insan ruhu çoğu defa bu hududu tanımamakta ve onun ötesine geçmek, onu aşmak için bir takım gizli kapılan zorlamaktadır. Bu durum, insanın kâinattaki güç ve mesuliyetli metafizik durumuna bir delildir. İnsaniyet, sonsuz insan düşüncesinin ışığında, kavranmalıdır. O sonsuz insan; sadece «intellejibl ben» e ve dünyaya değil, aynı zamanda metafiziğe açılan bir kapıdır. O müşahhas insan, hem kendisiyle hem fizik dünya ile hem de metafizik âlemlerle; mekânın her noktasında ve zamanın her ânında, fasılasız bir karşılaşma halindedir. Böylece kendi zatı, kâinat ve Allah bilinci ile yani immanans ve transandantal; intellejibl ve trans-intellejibil bir bilinç içinde aktüel hale gelmektedir.”³⁰ Ayrıca insan, “*normatif şuur*”a sahiptir. Bu, insanın her türlü tecrübenden önce, yani “apriori” olarak haiz olduğu bir kabiliyettir. Bu, insanın iç varlık metafiziğinin bir ifadesidir. İnsan, norm şuru ile doğru ile yanlış, olumlu ile olumsuz, günah ile sevabı, iyi ile kötüyü, haklı ile haksızı birbirinden ayırır.³¹

SONUÇ

Hukuk felsefecileri her ne zaman normun özü konusunu ele alsın ya da hukukun meşruiyetinin kaynağını tartışsın, konu “aşkın/müteal/metafizik” bir alana gelip durmaktadır. İfade edilsin ya da edilmesin hukuk felsefesi açısından etik, ahlak, adalet vb. kavramlar kullanılacaksa, çıkacak yol ister transandantal olarak tanımlansın ister metafizik kavramıyla ya da teoloji kavramı ile ifade edilsin Tanrı odaklı bir alanda felsefi zemin aranacaktır. Aslında hukukta vazgeçilemeyen “adalet” kavramının da felsefi zemini aynı şekilde Tanrı’ya çıkmaktadır. Bu konuda da çıkmaz yola girmek istemeyen ya da girmemekte ısrar eden hukuk felsefecileri “adalet” in kaynağı olarak soyut ve tanımsız bir zemini işaret ederler ki o da, “ide” kavramı ile ifade edilen içeriktir. Seküler bakış açısını temel bir yönelim olarak kabul eden ancak aynı anda etik değeri hukuk normunu oluşturan temel öğelerden biri olarak kabul eden hukuk felsefecileri, bu değere objektif bir nitelik kazandırmakta güçlük çekmişlerdir. Etik değerın kaynağını araştırdıkça ampirik alanın dışında metafizik hatta teolojik bir alanda yol aldıklarını görmüşlerdir. Bu konuda temel argümanları şu olmuştur: Etik değer ampirik aleminde aşmalı ancak metafizik ve teolojik bir alana da ulaşmamalıdır. Metafizik alan yerine aşkın boyutu ifade etmek için

³⁰ Orhan Münir Çağıl, “Faust Tragedyası Zaviyesinden “Goethe’nin Hayat ve İnsan Anlayışının Kültür Dünyası İçin Filozofik Mana ve Kıymeti”, (İ.Ü.H.F.M.), Yıl 1985, Cilt 51, Sayı 1-4, s. 389 vd.

³¹ Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 136.

transandantal boyutu bu alan için tanımlamışlardır. Öte yandan etik değerın objektif bir nitelik ifade edebilmesi için ampirik süje-intelijibl süje ayrımı yaparak algıda objektivite elde etmenin yollarını aramışlardır. Çünkü değer yargısının ampirik süjeye ait olduğu kabul edilirse bu durumda bireyden bireye değişim söz konusu olacaktır. Eğer değer yargısının intelijibl süjeye ait olduğu kabul edilirse objektif bir alan açılmış olacaktır. Bu ayrımı yapanlar insanın manevi boyutunu ilahi metafizik alana ilişkin bir veri olmak yerine bir yönüyle ampirik diğer yönüyle de ampirik olmayan bir tanımlama yapmışlardır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki intelijibl süje olarak tanımlanan bu soyut süjenin ortak değer algısının objektif kimliğini doğrulayacak elde somut bir verinin olmadığı da muhakkaktır.

Sonuç olarak hukuk ilminin bir kriz yaşadığı tespitinde bulunan hukuk felsefecileri bu buhranın en temel sebebi olarak, düalist bir yapısı ve karakteri olan hukuktaki dengenin; moral-etik değer yüklü olması natürü aleyhine bozulmuş olmasını göstermektedirler. Görüşlerine metin içinde sıkça yer verdiğimiz Çağıl'a göre bu krizin en önemli sebebi insanların bir anlam arayışı içinde olmalarıdır. Ona göre; insanlar, bir yönden pozitif hukuk için bir değer ölçüsü ararken diğer yandan ideal bir hukuk arayışı içinde olmuşlardır. Bu arayışın iki temel sebebi vardır. Bu sebeplerden biri pratik diğeri ise metafizik sebeptir. İlki; müspet hukuk sistemlerinin yetersizliği ve bu yetersizliğin insanlar tarafından idrak edilmesidir. Bu durum insanlarda daha yüksek ve daha adil bir nizam arayışını oluşturmaktadır. İkincisi ise metafizik amil olup, insandaki "mutlak hakikat"i arama isteğidir.

KAYNAKÇA

Apaydın, H. Yunus, *Fıkhın Kaynakları*, Ay Yayınları, Ankara 2018.

Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1992.

Aral, Vecdi, "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 1974, Cilt 40, Sayı 1-4.

Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.

Çağıl, Orhan Münir, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 1959, Cilt 24, Sayı 1-4.

Çağıl, Orhan Münir, "Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği) ve Hukuk İdesi", (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 1958, Cilt 23, Sayı 3-4.

Çağıl, Orhan Münir, "Faust Tragedyası Zaviyesinden "Goethe'nin Hayat ve İnsan Anlayışının Kültür Dünyası İçin Filozofik Mana ve Kıymeti", (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 1985, Cilt 51, Sayı 1-4, s. 389 vd.

Çağlı, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.

Çağlı, Orhan Münir, “Stammiller’in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi”, (İ.Ü.H.F.M.), Yıl 1951, Cilt 17, Sayı 1-2.

Çebi, Sezgin Seymen, “Antik Yunan’da ve Modern Batı Toplumlarında Hukuk ve Bilime Eleştirel Bir Bakış”, *HFS23*.

Öktem, M. Niyazi, *Fenomenoloji ve Hukuk (Hukukun Özü Sorunu)*, Doğuş Matbaası, İstanbul 1982.

Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, Met/Er Matbaası, İstanbul 1988.

Öktem, Niyazi, “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, (İ.Ü.H.F.M.), Yıl 1977, Cilt 43, Sayı 1-4.

Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1971.

Özbilgen, Tarık, “Louis Le Fur’ün Hukuk Görüşü”, (İ.Ü.H.F.M.), Yıl 1969, Cilt 35, Sayı 1-4.

Üskül Engi, Zeynep Özlem, “Olan Hukuk - Olmayan Hukuk”, *HFS23*.

Waline, Marcel, “Felsefi, Hukuki ve İctimai Pozitivizm”, (Çev. Münici Kapani) (A.Ü.H.F.D.), Yıl 1951, Cilt 8, Sayı 3.

Yörük, Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1952.

TÜRK HUKUKUNDA ÜRÜN SORUMLULUĞU ÜZERİNE OLAN VE OLMASI GEREKEN HUKUKA DAİR GENEL DÜŞÜNCELER

De Lege Lata and De Lege Ferenda Thoughts on Product Liability in Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL* - Arş. Gör. Arif KALKAN**

Geliş Tarihi: 24.01.2018 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Ürün sorumluluğu, hatalı ürünlerin neden olduğu zararlardan dolayı tazminat isteme hakkı tanıyan bir kusursuz sorumluluk türüdür. Bu sorumluluk türünün ortaya çıkmasında, hatalı bir ürünün üretilmesi yatar. Hatalı ürün, ürünü kullanan veya tüketen kişinin haklı güvenlik beklentisini karşılamayan üründür. Böyle bir ürünü kullanan veya tüketen; ölüm, yaralanma ve/veya diğer mallarında zararla karşılaşılabılır. İşte günümüzde seri üretiminin de etkisiyle hatalı ürünler piyasada gittikçe artmaktadır. Dolayısıyla ürün sorumluluğu her geçen gün daha da önem kazanmaktadır.

Türkiye’de ürün sorumluluğu ilk kez 2003 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (4077 sayılı eTKHK’da) yapılan değişiklikle mevzuatta yerini aldı. Zira ilgili değişiklikle tüketicilere hatalı ürünlerin vermiş olduğu zararlar sebebiyle tazminat isteme hakkı tanındı. Fakat 2014 yılında 4077 sayılı eTKHK, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (6502 sayılı TKHK’nın) yürürlüğe girmesiyle mülga oldu. Ürün sorumluluğunu özel bir kanunla düzenlemek isteyen kanun koyucu, 6502 sayılı TKHK’da ürün sorumluluğuna yer vermedi. Böylece ülkemizde ürün sorumluluğuna ilişkin kanuni düzenleme ortadan kalktı.

Türk Hukuku’nda şuanda ürün sorumluluğu ile ilgili doğrudan bir düzenleme yoktur. Dünya’da her geçen gün önem kazanan ürün sorumluluğuna ilişkin ülkemizde doğrudan bir düzenleme olmaması bazı sıkıntıları da beraberinde getirmektedir. Bu sebeple Türkiye’de ürün sorumluluğu üzerine olan (de lege lata) ve olması gereken hukuka (de lege ferenda) dair düşünceler çalışmamızda ele alındı.

Anahtar Kelimeler: Ürün, Hatalı Ürün, Ürün Sorumluluğu, Üretici, Ayıp, İmalatçı, Direktif, Dağıtıcı.

ABSTRACT

Product Liability is a type of strict liability that gives right to claim compensation for damages caused by defected products. This type of strict liability is caused because of producing defected products. Defected product is not fulfilling the rightful safety expectations of user or consumer. Using or consuming defected products can cause death, injury and/or harm to other goods. Increasing defected products caused by mass production exposes the importance of product liability. Product liability regulated in Turkey for the first time in 2003 in the Code No. 4077 on Protection of Customer Code with amendment. With this amendment, consumers have the right to claim damages caused by defected products. However, the Code No. 4077 on the Protection of Consumer Code has been repealed by the Code No. 6502 Protection of Customer Code. The legislator, desires to regulate product liability in another code, did not include product liability in Code No: 6502 Protection of Customer Code. For these reasons, De Lege Lata Information and De Lege Ferenda Thoughts on Product Liability in Turkey is addressed in our study.

Keywords: Product, Defected Product, Product Liability, Producer, Defect, Manufacturer, Directive, Distributer.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aunal@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1019-1096

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, av.kalkan@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7003-751X

I. GİRİŞ

Sanayinin gelişmesi piyasaya sürülen ürünlerin hemen hemen hepsinin seri üretimine neden olmuştur. Özellikle teknolojik gelişmeler, seri üretimin ön plana çıkmasında etkin rol oynamıştır. Seri üretimin modern dünyadaki bu egemenliği aynı zamanda hatalı ürünlerin üretilmesinde önemli bir sebep teşkil etmiştir. Hatalı ürünler ise, ürünleri kullananların veya tüketenlerin zarar görmelerine yol açmaktadır. Hatalı ürünler nedeniyle ortaya çıkan bu zararların tazmini için hukuki düzenleme yapma zorunluluğu doğmuştur. Bu sebeple gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde düzenlemeler yapılmıştır.

Bir kimse kullanmış veya tüketmiş olduğu hatalı ürünler yönünden ölüm ve/veya yaralanma tehlikesi ile karşılaşabilir. Ayrıca hatalı ürünleri kullanan veya tüketen kimsenin başka malları da zarar görebilir. İşte ürün sorumluluğu, ürünü kullananların veya tüketenlerin bu şekilde doğabilecek zararlarını tazmin etmek için öngörülmüş bir hukukî kurumdur. Bu bağlamda, ürün, zarar, zarar gören ve sorumlu kişi kavramları, ürün sorumluluğu bakımından önem arz eder.

Ürün sorumluluğu, bir sorumluluk türüdür. Hukukî açıdan sorumluluk, çeşitli anlamlarda kullanılır. Doktrinde yaygın olarak sorumluluk, geniş anlamda sorumluluk ve dar anlamda sorumluluk olarak iki ana başlık altında incelenir. Geniş anlamda sorumluluk, hem sözleşme sorumluluğunu hem de sözleşme dışı sorumluluğu kapsar. Dar anlamda sorumluluk ise sadece sözleşme dışı sorumluluğu ifade eder. Dolayısıyla ürün sorumluluğunun bu kapsamda hangi sorumluluk türü içerisinde yer aldığı tespit edilmesi gerekir.

Bilim ve teknolojik gelişmelerin hızı göz önüne alındığında, ürün sorumluluğu vazgeçilemeyecek bir sorumluluktur. Zira günümüzde hatalı ürünlerin şahıs ve/veya malvarlığına vermiş olduğu zararlar her geçen gün artmaktadır. Dolayısıyla ürünü kullananların veya tüketenlerin bu konuda bir korumaya ihtiyacı vardır. Bu sebeple çalışmamızda, ürün sorumluluğu olan ve olması gereken hukuk olmak üzere iki ana başlık altında ele alınmıştır.

II. TÜRK HUKUKUNDA OLAN HUKUK BAKIMINDAN ÜRÜN SORUMLULUĞU

A. Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğunun Tarihî Gelişimi

1995 yılında yürürlüğe giren 4077 sayılı eTKHK, tüketiciyi korumada yetersiz kaldı¹. Bu sebeple 2003 yılında ilgili Kanunda, 4822 sayılı kanunla önemli değişiklikler ve eklemeler yapıldı. Bu kapsamda eTKHK m. 4'te, ayıplı maldan ve ayıplı hizmetten sorumluluk bir arada düzenlenirken; değişiklikle birlikte eTKHK m. 4'te ayıplı maldan sorumluluğa, eTKHK m. 4/a'da ise ayıplı

¹ **ASLAN**, İ. Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2014, s. 60; **DERYAL**, Yahya: Tüketici Hukuku, Ankara 2004, s. 38.

hizmetten sorumluluğa yer verildi². Ayrıca eTKHK m. 4'te düzenlenen ayıplı maldan sorumluluk da, tüketici yararına daha kapsamlı bir şekilde genişletildi³. Yine bu maddeyle ürün sorumluluğu da, Türk Hukukunda ilk kez mevzuatta yerini aldı⁴. Böylece eTKHK m.4'te hem ayıplı maldan sorumluluk hem de ürün sorumluluğu düzenlenmiş oldu⁵.

6502 sayılı TKHK'nın 28/05/2014 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, 4077 sayılı eTKHK mülga oldu⁶. Kanun koyucu bu yeni kanunda, tüketicilerin daha fazla koruması amacıyla önemli düzenlemelere yer verdi. Fakat ilgili Kanunda, ürün sorumluluğunu düzenlemedi⁷. Zira kanun koyucu, ürün sorumluluğunu özel bir kanunda düzenlemek istedi. Bu sebeple 29/03/2018 tarihinde Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı (1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı), Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na (TBMM) sunuldu⁸. Fakat ilgili Tasarı kanunlaşmadan 24/06/2018 tarihinde 26. yasama dönemi sona erdi. 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı hükümsüz kaldı⁹. Dolayısıyla ülkemizde şuanda doğrudan ürün sorumluluğu ile ilgili herhangi bir kanun teklifi de bulunmamaktadır. Ancak ürün sorumluluğu ile ilgili yeni bir düzenleme yapılması kuvvetle muhtemeldir¹⁰. Bu düzenlemede de daha önce yasama döneminin sona ermesi sebebiyle hükümsüz kalan 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısının esas alınacağı beklenmektedir. Dolayısıyla çalışmamızda, 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı dikkate

² Buna değişikliğe bağlı olarak madde başlıkları da değiştirildi. Böylece eTKHK m. 4 ayıplı mal, eTKHK m. 4/a ise ayıplı hizmet başlığını aldı.

³ **DERYAL**, s. 38.

⁴ **ASLAN**, s. 60.

⁵ 2003 yılında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından, eTKHK m. 4'e dayanarak 25137 sayılı Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik (AMNOZSHY) çıkarıldı. İlgili Yönetmelikle ayıplı malın neden olduğu zararlardan, o malın üreticisinin sorumluluğuna ilişkin usul ve esaslar düzenlendi.

⁶ Bkz. Resmi Gazete, T. 28 Kasım 2013, S. 28835.

⁷ 2012 yılında yayınlanan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağında, ürün sorumluluğu, ayıplı maldan sorumluluktan ayrı maddede düzenlendi. Ancak kanun koyucu ürün sorumluluğunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna almadı (**YILDIRIM**, Abdülkerim: *"Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler"*, GÜHFD, C. 17, S. 1-2, Ankara 2013, s. 1033-1034).

⁸ Ticaret Bakanlığı (Ekonomi Bakanlığı) tarafından 2013 yılında Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı yayınlanmış ve taslağın çeşitli maddelerinde ürün sorumluluğu ele alınmıştı. Bu taslak 29/03/2018 tarihinde Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı (1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı) olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunuldu.

⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 77. maddesinin ilk cümlesine göre *"Bir yasama döneminde sonuçlandırılmamış olan kanun teklifleri hükümsüz sayılır"*. İlgili düzenleme 16.10.2018 tarihli değişiklikten önce *"Bir yasama döneminde sonuçlandırılmamış olan kanun tasarı ve teklifleri hükümsüz sayılır"* şeklindeydi.

¹⁰ Ticaret Bakanlığının, ürün sorumluluğu konusunda çalışması vardır (Erişim Tarihi: 08/03/2019) (<https://www.ticaret.gov.tr/haberler/urun-guvenligi-ve-denetiminde-yeni-donem>)

alınmıştır. Keza Avrupa Birliği adayı Türkiye Cumhuriyeti, hukuk normlarını Avrupa Birliği düzenlemeleriyle uyumlaştırmaktadır¹¹. Bu sebeple Avrupa Birliği Konseyinin 85/374 sayılı Hatalı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin İdari ve Hukuki Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Direktifi¹² (AB'nin 85/374 sayılı Direktifi) de, çalışmamızda ele alınmıştır.

B. Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğunun Hukukî Dayanağı

4077 sayılı eTKHK döneminde ayıplı maldan sorumluluk ile ürün sorumluluğunun bir arada düzenlenmiş olması¹³, doktrinde ürün sorumluluğunun kanunî dayanağının olup olmadığı tartışmalarına yol açmıştır¹⁴. Zira eTKHK m. 4'te, ayıplı maldan sorumluluk bütün yönleriyle düzenledi. Fakat ürün sorumluluğu, ayıplı maldan sorumluluğun şekli şartları ile tüketicinin seçimlik haklarının yer aldığı eTKHK m. 4/2'ye sıkıştırılmıştır¹⁵. İşte eTKHK m. 4'teki bu düzenleme şekli, doktrinde ayıplı maldan sorumluluğun yanında ürün sorumluluğunun da ele alınıp alınmadığı tartışmasına neden olmuştur.

Doktrinde bu konuda temelde iki farklı görüş vardı. Bir görüş, eTKHK m. 4'teki asıl düzenlemenin ayıplı maldan sorumluluk olduğunu ileri sürmüştü¹⁶.

¹¹ **KIRCA**, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 71.

¹² "Hatalı ürünün sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu düzenlemek ve bu konuda üye ülkelerin iç hukuklarını uyumlaştırmak amacıyla Avrupa Birliği Konseyi, 85/374 Sayılı Hatalı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin İdari ve Hukuki Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Yönergeyi kabul etmiştir. Yönerge 25.07.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir" (**ÇINAR**, Ömer: "Avrupa Konseyinin 25.07.1985 Tarihli ve 85/374 sayılı Yönergesi ve Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik Hükümlerine Göre Ayıp Kavramı", İTÜSBD, C. 9, S. 18, İstanbul 2010, s. 136; **TARMAN**, Zeynep Derya: "Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", İÜHFİM, C. 56, S.2, İstanbul 2007, s. 230).

¹³ Anayasanın 172. maddesine göre "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder". İlgili hüküm eTKHK m.4'de yer alan ayıplı maldan sorumluluk ile ürün sorumluluğunun Anayasaya ilişkin temelini oluşturur (**ASLAN**, s. 63).

¹⁴ **KIRCA**, s. 76; **HAVUTÇU**, Ayşe: İmalatçının Sorumluluğu Ankara 2005, s.19; **ÇINAR**, s. 149; **TARMAN**, s. 309; **CANPOLAT**, Önder: "Üretici ve Sorumluluğu", ABD, S. 2, Ankara 2013, s. 383.

¹⁵ eTKHK m.4/2: "Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir".

¹⁶ **ZEVKİLİLER**, Aydın/**AYDOĞDU**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2006, s. 89-90; eTKHK m. 4/2 c. 4'te yer alan "Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da

Başka bir deyişle bu görüş, üreticinin sorumluluğunun ayıplı maldan sorumluluktan bağımsız olarak düzenlenmediği savunmuştu¹⁷. Dolayısıyla bu görüş bakımından üreticinin sorumluluğu, ancak ayıplı maldan doğan sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesi halinde mümkün olmuştu¹⁸. Diğer görüş ise, eTKHK m. 4'te ürün sorumluluğunun bağımsız bir sorumluluk türü olarak ele alındığını ileri sürmüştü¹⁹. Bu görüşü savunanların en önemli dayanağı, 4077 sayılı eTKHK'nın gerekçesi olmuştu. Zira ilgili gerekçede, AB'nin 85/374 sayılı Direktifinin esas alınarak düzenlendiği belirtilmişti. Bu Direktifte, ürün sorumluluğu ele alınmıştır. Dolayısıyla bu görüş bakımından kanunun lâfzı yanında özü de göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun ürün sorumluluğunu düzenlemek istediği ortaya çıkmıştı. Ayrıca bu görüş, gerek ilgili Direktifte gerek eTKHK m. 4'te yer alan ürün sorumluluğunun ürünün haklı güvenlik beklentilerini karşılamaması esası üzerine kurulduğunu savunmuştu²⁰. Bu sebeplerle ikinci görüş, eTKHK m.4'te ürün sorumluluğunun ayıplı maldan sorumluluktan bağımsız olarak düzenlendiğini ileri sürmüştü²¹. Ürün sorumluluğunu düzenleme kapsamına almayan 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte doktrindeki bu tartışmaların da bir anlamı kalmadı.

Bununla birlikte 6502 sayılı TKHK'da ürün sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almasa da; 4077 sayılı eTKHK'na dayalı olarak çıkarılmış olan "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğin²²" (25137 sayılı AMNOZSHY'nin) halen yürürlükte olup olmadığı hususu tartışma konusu edilmiştir. Doktrinde bir kısım yazarlar, 6502 sayılı TKHK'nın geçiş

sahiptir" cümlesi, üreticinin bağımsız sorumluluğuna sebep olacak bir düzenleme değildir (HAVUTÇU, İmalatçı, s. 117-118).

¹⁷ eTKHK m. 4'te asıl düzenleme konusu ayıplı maldan sorumluluktur. Dolayısıyla üreticinin sorumluluğu bu borçtan bağımsız olarak düzenlenmemiştir. Üreticinin sorumluluğu ancak ayıplı maldan doğan sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesi halinde mümkün olabilir. Keza ayıplı malın ölüm ve/veya yaralanmaya yol açtığı ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olduğu hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkı, üreticinin bağımsız sorumluluğu için yeterli değildir. Bu sebeple üreticinin sorumluluğu ancak ayıplı maldan doğan sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesi halinde mümkün olabilir (HAVUTÇU, İmalatçı, s. 117-118).

¹⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 125.

¹⁹ KIRCA, s. 85; TARMAN, s. 309; ÇINAR, s. 136; AKÇAL, Mehmet: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlâç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu", ABD, S. 3, Ankara 2012, s. 256.

²⁰ ÇINAR, s. 142.

²¹ Kanun koyucu eTKHK m. 4'te ayıplı maldan sorumluluktan farklı bir hukuki kurum olan ürün sorumluluğunu düzenlemiştir. Bu görüşümüzü destekleyen birçok sebep bulunmaktadır. Bunlar kanunun amacı, ayıplı takip eden zararlar, ayıp kavramı, kanunun lafzı ve sistematigi, kusursuz sorumluluk, müteselsilen sorumluluk, zamanaşımı olarak sıralanabilir. Bütün bu durumlar birlikte ele alındığında ürün sorumluluğunun eTKHK'da ayrı bir sorumluluk olarak ele alındığı ortaya çıkar (KIRCA, s. 85-86).

²² Bkz. Resmî Gazete, T. 13 Haziran 2003, S. 25137.

hükümlerinin m. 1 / b. 3 gereği 25137 sayılı AMNOZSHY'nin yürürlükte olduğunu ileri sürmüştür²³. Buna dayanak olarak da ilgili bentteki, “*Bu kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, bu kanunla yürürlükten kaldırılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dayanılarak çıkartılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır*”. hükmünü göstermişlerdir. Kanaatimizce 25137 sayılı AMNOZSHY, yürürlükte değildir. Zira 6502 sayılı TKHK'nın geçiş hükümlerinin m. 1 / b. 3 yer alan düzenleme, 6502 sayılı TKHK'da öngörülen yönetmelikleri kapsar. Oysaki 6502 sayılı TKHK'da, 25137 sayılı AMNOZSHY öngörülmemiştir. Bu durumu, TKHK m. 84/2'de desteklemektedir. Zira ilgili fıkraya göre “*Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde Bakanlık tarafından çıkarılır*”. Bu fıkra gereği 6502 sayılı TKHK'da öngörülen yönetmelikler, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde çıkarılmıştır. Fakat bu süre zarfında ilgili Bakanlık tarafından 25137 sayılı AMNOZSHY'yi kapsar bir yönetmelik çıkarılmamıştır. Ayrıca AMNOZSHY m.3'e göre “*Bu yönetmelik, 23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4822 sayılı Kanunla değişik 4 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır*”. Fakat 4077 sayılı eTKHK m. 4 mülga olmuştur. Böylece 25137 sayılı AMNOZSHY'nin kanuni dayanağını da ortadan kalkmıştır. Yine ürün sorumluluğu, kusursuz sorumluluk türüdür. Yani bir kimsenin kusursuz sorumluluğuna hükmedebilmek için buna cevaz veren bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır²⁴. Dolayısıyla ürün sorumluluğunun bir yönetmelikle kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlenmesi mümkün değildir. Bu sebeplerle 25137 sayılı AMNOZSHY'nin yürürlükte olmadığı kanaatindeyiz.

C. Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğunun Hukukî Niteliği

Sorumluluk hukuku, hem sözleşme sorumluluğunu hem de sözleşme dışı sorumluluğunu kapsar²⁵. Bu iki sorumluluk türünün ortak amacı zararın

²³ **ÖZEL**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2014, s. 120; **GÜMÜŞ**, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014, s. 109; **ASLAN**, s. 213.

²⁴ **AKINCI**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, 9. Baskı, Konya 2016, s. 155; **ÇINAR**, s. 149.

²⁵ Dar ve teknik anlamda sorumluluk, bir borç kaynağıdır. Bu anlamda sorumluluk, bir kimsenin görmüş olduğu zararı bir başka kişiye yansıtır. Dolayısıyla zarar görenin, zararını zarar verenden talep etme hakkı tanıyan bütün hukuk kuralları da sorumluluk hukukunu oluşturur. Doktrinde sorumluluk hukuku, tazminat hukuku olarak da adlandırılır (**DESCHEAUX**, Henri/**TERCIER**, Pierre: ‘Çeviren: **ÖZDEMİR**, Salim: Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s. 1; **TANDOĞAN**, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 1; **ANTALYA**, Gökhan: “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, MÜHFD, C. 14, S. 4, İstanbul 2006, s. 66; **EREN**, Fikret: Borçlar Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 510; **TANDOĞAN**, Haluk, Mes’uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 5-6; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, C. 2, İstanbul 2012, s. 1; **KILIÇOĞLU**, Mustafa: Tazminat Hukuku, Ankara 2016, s. 1vd.; **NARTER**, Sami: Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu, Tazminat Hukuku, Ankara 2016, s. 1; **GÖKCAN**, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Sorumluluğu

giderilmesidir. Fakat bu sorumluluk türleri, farklı hukuki sebeplere dayalı olarak ortaya çıkar²⁶. Ürün sorumluluğunun hukukî niteliğinin tespiti bakımından, bu sorumluluk türlerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Bir hukukî işlemde (özellikle sözleşmeden) doğan borç, hukuki işleme uygun olarak borçlu tarafından ifa edilir. Aksi takdirde borçlu sorumlu olur. İşte borçlunun bu sorumluluğu, sözleşme sorumluluğudur²⁷. Başka bir deyişle, sözleşmeden doğan borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlu, alacaklının zararını tazmin etmek zorundadır. Bu bağlamda, borçlunun meydana gelen zararı tazmin etme yükümlülüğü sözleşmeye dayanır. Zira zarar meydana gelmeden önce sözleşmenin tarafları, borçlunun sorumluluğunu öngörmüşlerdir. Dolayısıyla ürün sorumluluğu, sözleşme sorumluluğu değildir. Zira üretici ile ürünü kullanan veya tüketen arasında bir hukuki işlem (sözleşme) bulunmamaktadır. Bu sebeple ürün sorumluluğu, sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirilemez. Meğer ki, üretici aynı zamanda satıcı sıfatına sahip olsun.

Sözleşme dışı sorumluluk, zararın doğmasına bağlı olarak zarar verenin sorumlu tutulduğu bir sorumluluk halidir²⁸. Fakat sözleşme sorumluluğundan farklı olarak sözleşme dışı sorumlulukta, zararlı sonucun gerçekleşmesinden önce zarar veren ile zarar gören arasında hukukî bir ilişki bulunmaz²⁹. Sözleşme dışı sorumluluk genel ödevin ihlal edilmesi esasına dayanır³⁰. İşte

ve Tazminat Hukuku, Ankara 2016, s.1; **DEMİRCİOĞLU**, Huriye Reyhan: “Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa In Contrahendo ve Güven Sorumlulukları”, STHS, Ankara 2009, s. 223).

²⁶ Sorumluluk sebepleri, zararı bir başka kişiye yansıtılmasını haklı gösteren sebeplerdir. Kanun, kusur, sözleşme vb. haller sorumluluk sebeplerine örnek olarak gösterilebilir (**DESCHEAUX/TERCIER**, s. 4-5; **TANDOĞAN**, Mes’uliyet, s. 8; **DEUTSCH**, Erwin: ‘Çeviren; **ERTAŞ**, Şeref: “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri: Temyiz Kudreti, Hukuka Aykırılık, Kusur ve Tehlike Sorumluluğu”, DEÜHFD, C. 2, S. 2, İzmir 1981, s. 245-246).

²⁷ Sözleşmeden doğan borcun, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, sözleşme sorumluluğunun doğumuna yol açar (ÖZTAN, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 73; **SEROZAN**, Rona: “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”, Yavuz Alangoya Armağan, İstanbul 2007, s. 715-16; **EREN**, s. 531; **KIRCA**, s. 19). Alacaklının bir kimse karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine alan borçlunun sorumluluğu da bir sözleşme sorumluluğudur (**KARAYALÇIN**, Yaşar: “İsviçre Hukukunda Mütessesil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, ABD, S. 4, Ankara 2007, s. 109).

²⁸ **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 35; **EREN**, s. 531; **TİFTİK**, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 33vd.; **ÖZEL**, Çağlar: “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C.50, S.4, Ankara 2001, s. 82; **ATAMER**, Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s. 6-7.

²⁹ Sözleşme dışı sorumlulukta zararın meydana gelmesiyle taraflar arasında hukuki bir ilişki doğar (**TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1-3; **ATAMER**, Haksız Fiil, s. 1).

³⁰ **KANETİ**, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 1vd.; **ÖZTAN**, s.

ürün sorumluluğu da, bir sözleşme dışı sorumluluktur³¹. Zira üretici, hatalı ürün üretmesi sonucu genel ödevini ihlal eder.

Sözleşme dışı sorumluluk, kendi içerisinde kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk üzere ikiye ayrılır. Kusur sorumluluğu, TBK m. 49/1'de genel bir ifadeyle "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde ele alınmıştır. İlgili fıkra gereği hukuka aykırılık, kusur, fiil, zarar ve illiyet bağı şartlarının varlığı halinde kusur sorumluluğundan bahsedilir³². Kusursuz sorumluluk ise, kusur şartı aranmadan zarar ile zarar verici fiil arasında illiyet bağının yeterli olduğu bir sorumluluk türüdür³³. Bu sorumluluk türü hakkaniyet, özen ve tehlike sorumluluğu üzere üçe ayrılır³⁴.

Günümüzde doktrinde ürün sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmektedir³⁵. Ancak buradaki kusursuz sorumluluğun özen sorumluluğu mu tehlike sorumluluğu mu olduğu noktasında doktrinde görüş ayrılıkları vardır. Bir görüş, üründe mevcut olan potansiyel tehlikenin ortaya çıkması sonucu zarar meydana geldiğini ve bu zararın doğumunun da üreticinin kusursuz sorumlu olduğunu ileri sürmektedir³⁶. Bu görüşe göre objektif özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediği ya da ürünün hatalı olup olmadığı önem arz etmez. Dolayısıyla bu görüş, ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olduğunu

73vd.; **EREN**, s. 531; **GÖNENÇ**, Fulya İçin: "*Haksız Fiil Sorumluluğu'nun Tarihsel Gelişimi*", MÜHFAD, C. 14, S. 4, İstanbul 2008, s.16.

³¹ **ÖZTAN**, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 281 vd.; **KIRCA**, s. 85 vd.; **HAVUTÇU**, İmalatçı, s. 93 vd.; **ÇINAR**, s. 150; **KULAKLI**, Emrah: Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2012, s. 23 vd.

³² Hukuka aykırı fiil işleyen kişilerin hukuk düzenince kabul edilmeyen zihin ve davranış içerisinde bulunması kusur olarak ifade edilir (**EREN**, s. 569; **YAVUZ**, s. 31; **KANETİ**, s. 15 vd; **TİFTİK**, Akit Dışı, s. 34).

³³ **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 7; **EREN**, s. 495; **YAVUZ**, s. 35; **TAHİROĞLU**, Bülent: "*Kusursuz Sorumluluk Halleri ve Modern Hukuka Etkisi*", MÜHFAD, C. 14, S. 4, İstanbul 2008, s. 162; **GÖNENÇ**, s. 25-26; **POLAT**, Alperen: Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul 2019, 72.

³⁴ Hakkaniyet sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun doğmasına sebep olan ve doğmasında etkin rol oynayan hakkaniyet fikrine dayanır (**EREN**, s. 529-530; **TAHİROĞLU**, s. 168). Özen sorumluluğu, objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir fiil sonucu ortaya çıkar. Başka bir deyişle, özen sorumluluğu, dikkat ve gözetim ödevinin ihlal edilmesi esasına dayanır (**EREN**, s. 519; **YAVUZ**, s. 40-41; **TAHİROĞLU**, s. 168). Tehlike sorumluluğu, başkaları için tehlikeli bir durum oluşturan kimsenin meydana gelen zararı giderme esasına dayanır. Bu sorumluluğun doğması için ne kusur ne de objektif özen ödevinin ihlali gerekir. Başka bir deyişle, tehlike sorumluluğunun doğması için tehlike arz eden fiil ile zarar arasında illiyet bağının olması yeterlidir (**TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 5; **YAVUZ**, s. 38; **TAHİROĞLU**, s. 163vd.).

³⁵ **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 43; **ATABEK**, Reşat: "*Yapıcının Sorumluluğu*", BATİDER, C. X, S. 1, Ankara 1979, s. 174-175; **SEROZAN**, "*Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri*", İÜHFMD, C. 61, S. 1-2, İstanbul 2003, s. 348; **KIRCA**, s. 121; **ASLAN**, s. 213; **HAVUTÇU**, İmalatçı, s. 129vd., **KULAKLI**, s. 23 vd.

³⁶ **ÖZTAN**, s. 283; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 43.

savunur³⁷. Diğer görüş ise, üreticinin, ürünü hatalı olarak üretmesi sebebiyle objektif özen yükümlülüğünü ihlâl ettiğini³⁸ ve bunun da özen sorumluluğunun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür³⁹.

Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre ürün sorumluluğu, bir özen sorumluluğu türüdür. Zira üretici, kullanan veya tüketen kişinin haklı güvenlik beklentisini karşılayacak bir ürünü piyasaya sürmekle yükümlüdür⁴⁰. İşte bu yükümlülük, objektif özen yükümlülüğüdür⁴¹. Üreticinin objektif özen yükümlülüğüne aykırı fiili, kusursuz (özen) sorumluluğunu doğurur. Oysa tehlike sorumluluğu, önemli derecede tehlike arz eden işletmenin faaliyetlerinden doğan bir sorumluluktur (TBK m. 71). Tehlike sorumluluğu doğrudan işletme faaliyetlerinden doğan sorumluluğa ilişkindir⁴². Bu sebeple piyasaya sürülen ürün, bu kapsamda değerlendirilemez⁴³. Keza ürün sorumluluğu kapsamında, üretilen ürünlerin tümünün tehlike arz ettiğinden de bahsedilemez⁴⁴. Ayrıca kanun koyucu, bazı olguları özel bir kanun veya bir kanun maddesiyle tehlike sorumluluğuna bağlamıştır⁴⁵. Bu olgular, işletme, tesis veya faaliyet dalıdır⁴⁶. Türk hukukunda ürün veya ürün faaliyetlerini tehlike kaynağı olarak düzenleyen bir kanun hükmü yoktur. Yine AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde de ürün veya ürün faaliyetleri tipik tehlike kaynağı olarak görülmemiştir⁴⁷.

Diğer yandan ürün sorumluluğunun özen sorumluluğundaki yeri de, belirlenmelidir. Zira Türk Hukuku'nda özen sorumluluğu, kurtuluş kanıtı getirilen özen sorumluluğu ve kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁸. Kurtuluş kanıtı getirilen özen sorumluluğu hallerinde

³⁷ ÖZTAN, s. 283.

³⁸ KAPLAN, İbrahim: İmalatçının Sorumluluğu, BATİDER, C. XIII, S. I, Ankara 1985, s. 140; KIRCA, s. 121; KULAKLI, s. 24.

³⁹ ATABEK, Reşat: "Yapıcının Sorumluluğu", BATİDER, C. X, S. I, Ankara 1979, s. 174-175; SEROZAN, Tüketici, s. 348; KIRCA, s. 121; HAVUTÇU, İmalatçı, s. 129vd., KULAKLI, s. 23 vd.

⁴⁰ İNAL, Tamer: Tıp ve İlaç Sektöründe Ürün Güvenliği, Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2016, s. 353-354; CANPOLAT, s. 372; KULAKLI, s. 57.

⁴¹ EREN, s. 519; YAVUZ, s. 40-41; TAHİROĞLU, s. 168.

⁴² YAVUZ, s. 43.

⁴³ Aksi görüş: "Olması gereken hukuk bakımından, ilaç üreticisinin tehlike sorumluluğu esaslarına göre sorumlu tutulduğu bir İlaç Kanunu'nun yapılması gerekmektedir. Ancak böyle bir düzenleme yapıncaya kadar TBK md.71 bağlamında ilaç üreticisini tehlike sorumluluğu esaslarına göre sorumlu tutmanın doğru olacağı kanaatindeyiz" (DEMİR, Mehmet: "İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu", TBBD, Ankara 2010, s. 116; DALCI, Nurcihan: "TBK Md.71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu", TBBD, S. 114, Ankara 2014, s. 58).

⁴⁴ KIRCA, s. 122.

⁴⁵ YAVUZ, s. 43.

⁴⁶ EREN, s. 519; YAVUZ, s. 43.

⁴⁷ HAVUTÇU, İmalatçı, s. 99.

⁴⁸ EREN, s. 617; YAVUZ, s. 42; YILMAZ, Süleyman: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", AÜHFD, C. 59, S. 3, Ankara 2010, s. 557.

sorumlu kişi, objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir fiilin olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur⁴⁹. Fakat kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumluluğu hallerinde sorumlu kişi bakımından böyle bir kurtuluş imkânı tanımamıştır⁵⁰. Meğer ki, illiyet bağı kesen haller olsun. Kanaatimizce ürün sorumluluğu, kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir özen sorumluluğudur. Zira ürün sorumluluğunda, üretici objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir fiilin olmadığını ispat etse de, sorumludur. Başka bir deyişle, üretici hatalı ürünün piyasaya sürüldüğünden haberi olmadığını, ürünün üretilmesini uzman kişilere bıraktığını, teknik açıdan bir dikkat ve özeni gösterdiğini veya yetkili mercilerden gerekli izinlerin alındığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁵¹. Keza AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde, üretici bakımından öngörülen kurtuluş kanıtları da, ürün sorumluluğunun niteliğini kurtuluş kanıtı getirilen özen sorumluluğu yapmaz. Zira ilgili Direktifte üreticinin kurtuluş kanıtı getirebildiği haller tahdididir. Bu kurtuluş kanıtları dışında, üretici sorumluluktan kurtulamaz. Bu bağlamda ise, ürün sorumluluğu, tehlike sorumluluğuna yaklaşmaktadır.

D. Türk Hukukunda Terminoloji Bakımından Hatalı Ürün Kavramı

Ayıp kavramı, Türk Hukuku'nda hem ayıplı maldan sorumluluk hem de ürün sorumluluğu için kullanılmıştır. Özellikle daha öncede belirtildiği üzere, bu iki hukuki kurum eTKHK m. 4'te düzenlenmişti⁵². İlgili düzenlemede bu iki sorumluluğun temel hareket noktası, ayıp kavramı olmuştur. Hatta ilgili maddeye dayanılarak ürün sorumluluğunun esaslarını düzenlemek üzere, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştı. Yönetmeliğin isminden de anlaşıldığı üzere ayıp kavramı, ürün sorumluluğu için de merkez bir kavram olmuştur. Gerek 4077 sayılı eTKHK öncesi gerek sonrası ayıplı maldan sorumluluk dışında ürün sorumluluğu için de ayıp teriminin kullanılması doktrinde tartışmaya yol açmıştır⁵³. Bu tartışmanın temel sebebi ise, AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde yer alan “*fehler*” kelimesinin farklı şekillerde tercüme edilmesidir⁵⁴. Bu bağlamda doktrinde ürün sorumluluğunun niteliğini yansıtan kavram için, “*ayıp*”⁵⁵,

⁴⁹ YAVUZ, s. 42; YILMAZ, s. 557.

⁵⁰ EREN, s. 519; ANTALYA, s. 71.

⁵¹ Aynı yönde: KIRCA, s. 124.

⁵² Detaylı Bilgi İçin Bkz. B. IV, A.

⁵³ ÖZTAN, s. 25; ÖZSUNAY, Ergun: “*Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk Yapıcının Sorumluluğu*”, BATİDER, C. X, S. I, Ankara 1979, s.108; KAPLAN, s. 138-140; SEROZAN, Tüketici, s. 347-348; ÖZEL, Çağlar: “*Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 800; ASLAN, s. 220; HAVUTÇU, İmalatçı, s. 71vd.; KIRCA, s. 129; ERLÜLE, Fulya: “*Yapımcının Sorumluluğu*”, MÜHFAD, C. 14, S. 4, İstanbul 2008, s. 319 vd.

⁵⁴ KIRCA, s. 128.

⁵⁵ ÖZTAN, s. 25; SEROZAN, Tüketici, s. 347-348; KIRCA, s. 129; AYDOS, Oğuz Sadık: “*Ürün*

“bozuk⁵⁶”, “hatalı⁵⁷” ve “güvenli olmayan⁵⁸” kelimeleri kullanılmıştır. Fakat doktrinde ürün sorumluluğunun niteliğini yansıtan kavram için farklı kelimeler kullanılmış olsa da, bu farklılık temelde iki esasa dayanmaktadır. Bunlardan biri, ayıp kavramının hem ürün sorumluluğunu hem de ayıplı maldan doğan sorumluluğu kapsayacak şekilde kullanılabilmesi⁵⁹; diğeri ise ürün sorumluluğu için “ayıp” farklı kavramdan başka bir kavramın da tercih edilmesidir⁶⁰.

Kanaatimizce de, ayıplı maldan sorumluluk ve ürün sorumluluğu için ayıp teriminin ortak bir kavram olarak kullanılması yerinde olmaz. Zira hukukî kurumlar için kullanılacak kavramların, yanlış anlaşılmalara yol açmaması

Sorumluluğu Risk Kontrolü”, GÜHFD, C. XVII, S.1-2, Ankara 2013, s. 1786 vd.; **TİRYAKİ**, Betül: “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı İle Mukayesesi”, AÜHFD, C. 55, S. 2, Ankara 2006, s. 233; **ERLÜLE**, Fulya: “Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge”, Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, Ankara 2004, s. 420vd.

⁵⁶ “Direktifte, bozuk ürünlerin neden oldukları zararlardan dolayı üreticinin sorumluluğunu, bir kusursuz sorumluluk ‘tehlike sorumluluğu, strict liability, Gefaehrdungshaftung’ durumu olarak düzenlemiştir. Bu hukuk kurumunu ifade etmek üzere hatalı ürün yerine, ayıplı ya da bozuk ürün deyimini kullanılmalıdır” (ÖZSUNAY, Ergun: 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s. 491; ÖZEL, Yapıcının Sorumluluğu, s. 804).

⁵⁷ **KAPLAN**, s. 138-140; **HAVUTÇU**, İmalatçı, s. 71vd.; **ASLAN**, s. 220; **GÜNERGÖK**, Özcan: “Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü”, EÜHFD, C. XII, S. 3-4, Erzincan 2008, s. 314 vd.

⁵⁸ **CANPOLAT**, s. 372; “Ayıp kavramı ile ilgili olarak, bugün yabancı hukukların çoğunda, hukuk öğretimimize halen yabancı olan, uygunluk ayıbı ve güvenlik ayıbı şeklinde bir ayırımın yerleşmiş olduğu görülmektedir. Uygunluk ayıbı, satım sözleşmesi gibi sözleşmesel ilişkinin bulunduğu durumlarda söz konusu olmakta ve sözleşmenin âkidinin haklı beklentisine uygun olarak ifa edilmediğini göstermektedir. Diğer taraftan güvenlik ayıbı ise, ürünün kullanıcıların güvenliği, yani hayatı, vücut bütünlüğü veya malları açısından tehlikeli olmasıdır”(KARAMAN, Tuba: “Üreticinin Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 305).

⁵⁹ “AB’nin 85/374 sayılı Direktifinde kullanılan “fehler” kelimesi hem ayıplı maldan sorumluluğu hem de ürün sorumluluğunu kapsayan bir anlamda kullanılmaktadır. “Fehler” kavramı üründen beklenen haklı güvenliğin karşılanmamasını da kapsayan üst bir başlıktır. Bu sebeple “fehler” ayıp, bozukluk ve hata vb. anlamlarına da gelebilmektedir. Kanun koyucu, bu kelimeyi çevirirken “ayıp” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun düzenleme şeklini dikkate alarak “ayıp” kavramının hem ürün sorumluluğundaki haklı güvenliğin beklenmesini hem de ayıplı maldan sorumluluk hükümlerini kapsar şekilde anlaşılması gerekmektedir” (ÖZTAN, s. 25; SEROZAN, Tüketici, s. 347-348; KIRCA, s. 129; **ERLÜLE**, Fulya: Avrupa Topluluğu Konsey Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 420-421)

⁶⁰ “Mukayeseli hukuka bakıldığında, üreticinin sorumluluğu alanında ürünün güvenli olmaması olgusunun, ayıp ‘mangel’ terimi yerine, yaygın birimde, hata ‘fehler’ terimi tercih edilmektedir. Hata terimi irade sakatlığı hallerinden birini çağırırtsa da, bu terim, üründeki bir bozukluğu ifadede hukukumuzda da yadırganan bir terim değildir. bu nedenle üründeki eksikliği ifadede hatalı terimi kullanılmalıdır” (**KAPLAN**, s. 138-140; **HAVUTÇU**, İmalatçı, s. 71vd.; **ASLAN**, s. 220; **GÜNERGÖK**, s. 314 vd.).

gerekir. Dolayısıyla tercih edilecek kavram, sadece amaçlanan hukukî kurumu kapsayacak bir şekilde ele alınması doğru olacaktır. Ayıp, bir malda vaad edilen veya dürüstlük kuralına göre beklenen vasıflarda eksiklikler⁶¹. Bu kavram geçmişten günümüze kadar ayıplı maldan sorumluluk için kullanılmış ve onunla özdeşleşmiştir. Dolayısıyla üründeki haklı güvenlik eksikliği ayıp terimi ile kullanıldığında, ayıplı maldan sorumluluk ile karıştırılma tehlikesi doğar. Bu sebeple ürün sorumluluğunda, ayıp kavramından başka bir kavramın tercih edilmesi yerinde olur.

Kullanan veya tüketenin haklı güvenlik beklentilerini karşılamayan ürün, “güvenli olmayan” veya “güvensiz” anlamına gelebilecek bir kelime ile bağdaştırılabilir. Ancak böyle bir kelimenin kullanılması ürün sorumluluğuna kamu hukuku karakteri kazandırabileceğinden bu yolun tercih edilmemesi gerekir⁶². Zira güvenli olmayan ürünlerin piyasaya sürülmemesi için önlemler ve idarî cezalara ilişkin kamu hukuku nitelikli düzenlemeler mevcuttur⁶³. Yine “bozuk” kavramı da ürün sorumluluğunun konusunu kapsayacak bir kavram değildir. Zira bozuk, sözlük anlamı itibarıyla bozulmuş olan ya da görevini yapamaz duruma gelmiş anlamındadır⁶⁴. Başka bir deyişle, daha sonra bir şeyde meydana gelen deformasyonlar için kullanılan bir kavramdır. Fakat ürün sorumluluğunda üretici çoğu kez üretimde var olan eksiklikler sebebiyle sorumlu olur. Dolayısıyla bozuk (ürün) kavramı da tercih edilmez. Bu açıklamalar ışığında, ürün sorumluluğunun niteliğini yansıtan kavram için mutlak bir terimin doğru kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Fakat kanaatimizce konumuz bakımından doktrinde ileri sürülen “hatalı” (ürün) görüşü en tutarlı görüştür⁶⁵. Zira “hatalı” (ürün), başkalarının vücut ve/veya

⁶¹ **ARAL**, Fahrettin: Borçlar Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 116; **TİRYAKI**, Betül: Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 58; **KULAKLI**, s. 37; **İLHAN**, Cengiz: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, Türkiye Barolar Birliği S:1, Şerh Dizisi: 1, Ankara 2006, s. 41; **ATAMER**, Yeşim: “Tüketici Satım Sözleşmesine İlişkin TKHK m. 4’e Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri”, **BATİDER**, C. XXIV, S. I, Ankara 2007, s. 83; **YILDIRIM**, Abdulkerim: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicin Korunması, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 299; **ATASOY**, Ömer Adil / **TAŞKIN**, Mustafa / **ACAR**, Hakan: Tüketiciyi Koruma Hukuku İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları, 2. Baskı, Ankara 2000, s. 42; “Ayıp, yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olmasıdır”, Yarg. 13. HD. T. 02.05.2013, E. 2012/23931, K. 2013/11014, (www.kazancı.com) (Erişim Tarihi: 10/03/2019).

⁶² **KIRCA**, s. 129.

⁶³ Bu düzenlemelere 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun örnek gösterilebilir.

⁶⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c82607b29cd52.03339897 (E. T.: 08/03/2019).

⁶⁵ Hata terimi, irade sakatlığı hallerinden birini çağırırsa da, bu terim, Türk Hukuku’nda üründeki eksikliği izah etmek içinde kullanılmaktadır. Bu sebeple Türk Hukuku’nda ürün sorumluluğunun niteliğini yansıtan terim olarak hatalı kavramının kullanılması, yadigarıncmaz (**HAVUTÇU**, İmalatçı, s. 23).

malvarlığı değerlerinde zarar tehlikesi oluşturan bir eksikliği ifade eder⁶⁶. Bu eksiklik, üründen beklenen haklı güvenliğin sağlanamamasından doğan eksiklik⁶⁷. Dolayısıyla haklı güvenlik beklentisini karşılamayan ürün, hatalı bir üründür⁶⁸. Bir üründeki haklı güvenlik beklentisi ise, zarar gören kişinin kişisel (sübjektif) beklentileri değil, toplumun genel (objektif) beklentisi göz önünde tutularak belirlenir⁶⁹. Bu sebeple ürün sorumluluğunun niteliğini yansıtan en ideal kelime “*hatalı*”; tamlama olarak ise “*hatalı ürün*” tercih edilmesi amaca daha iyi hizmet edecektir.

III. TÜRK HUKUKUNDA OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÜRÜN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Ürün sorumluluğu konusunda yasal düzenleme yapılacağı ve konuya ilişkin Taslağın hazır olduğu hususu Ticaret Bakanlığınca resmi olarak duyuruldu⁷⁰. Bu düzenlemede yasama döneminin sona ermesi sebebiyle hükümsüz kalan 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı ile Avrupa Birliği Konseyi tarafından çıkarılan AB'nin 85/374 sayılı Direktifinin dikkate alınması beklenmektedir. Keza Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Birliğine aday bir devlet olarak hukuk normlarını Avrupa Birliği düzenlemeleriyle uyumlaştırma maksatlı birçok hukukî düzenleme yapmaktadır⁷¹. Zira kanun koyucu, 2003 yılında 4077 sayılı eTKHK'da yapılan değişikliklerde, AB'nin 85/374 sayılı Direktifini dikkate almıştı⁷². Bu sebeple

⁶⁶ ÖZTAN, s. 21.

⁶⁷ HAVUTÇU, İmalatçı, s. 22.

⁶⁸ HAVUTÇU, İmalatçı, s. 22.

⁶⁹ ÖZTAN, s. 21; ASLAN, s. 240vd; KIRCA, s. 130 vd.; HAVUTÇU, İmalatçı, s. 71 vd.; ÇINAR, s. 145; KULAKLI, s. 37 vd. Haklı güvenlik beklentisinin tespitinde, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınır (KIRCA, s. 134; ÇINAR, s. 145; KULAKLI, s. 38).

⁷⁰ Ticaret Bakanlığının Resmi internet sayfasında yer alan açıklama için bkz. (<https://www.ticaret.gov.tr/haberler/urun-guvenligi-ve-denetiminde-yeni-donem>) (E.T: 08.03.2019)

⁷¹ KIRCA, s. 71; Ayrıca bkz. “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararı esas alındığında Direktif maksimum nitelikte bir direktiftir. Başka bir deyişle, böyle Direktiflerde tam uyum amaçlanmakta olup üye ülkeler Direktifte belirlenen koruma sınırının ötesinde bir düzenleme getirme yetkisine sahip değildir” (KIRCA, s. 63-64). Avrupa Birliği tarafından çıkarılan Direktifler, muhatap olan üye devletlerce, belirlenen süre zarfında Direktifteki amaçlar ve ilkeler doğrultusundaki düzenlemeleri iç hukuklarına aktarırlar (KILIÇ, Mehmet: Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar, AAÇD, C. 9, S. 2, ANKARA 2010, s. 68-69; TAPAN, Mehmet Nuri: Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri Avrupa Adalet Divanı, TBBD, S.3, Ankara 1998, s. 994).

⁷² “Türk Hukukunda 2003 yılında, 4822 sayılı Kanunla, eTKHK'nın 4. ve 4/A maddelerinde yapılan değişiklikle ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. eTKHK'nın 4.maddesinin uygulanması ve de Direktif'nin iç hukuka aktarılması amacıyla Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik kabul edilmiştir” (ÇINAR, s. 136).

çalışmamızda, Türk Hukukunda ürün sorumluluğu bakımından olması gereken hukuk; hem 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı hem de AB'nin 85/374 sayılı Direktifi dikkate alınarak ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Bu başlık altında üreticinin aynı zamanda satıcı olduğu hallerde, zarar gören kimsenin başvurabileceği diğer hukuki imkânlarla dikkat çekmekte fayda vardır. Zira üreticinin aynı zamanda satıcı olduğu hallerde, ürünü kullanan veya tüketen kimse, görmüş olduğu zarar sebebiyle sözleşme sorumluluğuna da başvurabilir⁷³. Bu bağlamda üretici, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, ürünü kullanan veya tüketen kimsenin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olur (TBK m. 112)⁷⁴. Keza ayıplı maldan sorumluluk⁷⁵ (TKHK m. 8 vd. veya TBK m. 219 vd.) ve yardımcı kişilerin filllerinden sorumluluk (TBK m. 116)⁷⁶ hükümleri de saklıdır⁷⁷.

⁷³ Mesela montaj talimatı hatalı olan bir gardırobun tüketici tarafından talimat izlenerek monte edildiğini ve tüketicinin kullanımı sırasında, talimattaki hata sebebiyle gardırop devrilişi, tüketiciyi yaraladığını durumda; tüketici, satıcıdan 'üretici aynı zamanda satıcısı, üreticiden' bedensel zararının tazminini talep edebilir (**HAVUTÇU**, Aşçe: "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal ve Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı 'Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden', Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, C. 2, Ankara 2016, s. 100.

⁷⁴ **HAVUTÇU**, Ayıplı Mal, s. 100 vd.; **TARMAN**, s. 326; **ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, G. Burcu: "Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini", AÜHFD, C.67, S.3, Ankara 2018, s. 508.

⁷⁵ Aynı zamanda satıcı sıfatına sahip olan üretici, sözleşmeye aykırı (hatalı) bir ürünü alıcıya (tüketiciye) ifa etmişse, alıcı üreticiye karşı ayıplı maldan sorumluluk hükümleri gereği de başvurabilir. Üretici (satıcı), borcunu tam ve doğru şekilde, sözleşmeye uygun olarak ifa etmemiştir. Yani üreticinin (satıcının) ifası, borcun gereği gibi ifa edilmediğini gösterir. Bu yargının doğal sonucu olarak ayıplı maldan sorumluluk, TBK m. 112'deki genel hüküm karşısında özel bir düzenlemedir. Bu bağlamda ayıplı maldan sorumluluk, gereği gibi ifa etmemenin (kötü ifa) özel bir türüdür. Dolayısıyla üreticinin (satıcının) ayıplı ürün ifası, hem özel hükümlere hem de genel hükümlere göre sorumluluğuna yol açar. Alıcı (tüketici) bu durumda ayıplı maldan sorumluluk hükümlerine başvurabileceği gibi doğrudan TBK m. 112'ye göre de zararını talep edebilir (**KALKAN**, s. 262 vd.).

⁷⁶ TBK m. 116/1 gereği borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Üretici aynı zamanda satıcısı, hatalı bir ürün üretimine neden olan yardımcı kişilerinin filleri sebebiyle TBK m. 116/1 gereği sorumlu olur (**TARMAN**, s. 326).

⁷⁷ Burada aynı zamanda satıcı sıfatına sahip olan üreticinin, hatalı bir ürün sebebiyle alıcının (tüketicinin) dışında herhangi kimsenin zarar görmesi halinde, o kişinin zararını nasıl tazmin edeceği önem arz eder. Sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği alıcı (tüketici), hatalı ürünün vermiş olduğu zararları, sözleşmeye dayalı olarak isteyebilir. Fakat hatalı ürün, alıcının (tüketicinin) annesine, babasına, eşine, komşusuna vb. kişilere zarar vermiş olabilir. İşte sözleşmeye taraf olmayan bu kişiler de, üreticiden (satıcıdan) görmüş olduğu zararları talep edebilir. Zira sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülükler sadece edim yükümlükleri değildir. Bu ilişki

B. Ürün Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Türk Hukuk Doktrininde ürün sorumluluğu, günümüzde, olması gereken hukuk bakımından, farklı kusursuz sorumluluk hallerine dayandırılmaktadır. Bu sorumluluk halleri, tehlike sorumluluğu⁷⁸, adam çalıştırının sorumluluğu⁷⁹ ve organizasyon sorumluluğu⁸⁰ şeklinde sıralanabilir. Keza bazı görüşler ise, bu kusursuz sorumluluk hallerinden biri ile haksız fiil sorumluluğun (TBK m. 49⁸¹)

edim yükümlülüklerinden bağımsız koruma yükümlülükleri de vardır. Dolayısıyla üreticinin (satıcının) koruma yükümlülüklerine aykırı davranışı sonucunda zarar gören üçüncü kişiler, genel haksız fiil kurallarına göre değil, doğrudan doğruya sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak tazminat isteyebilir (**TANDOĞAN**, Halûk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyile Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 164; **AKÜNAL**, Teoman: Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbililiği Prensibinin Aşılması, YD, C. 14 S. 3, Ankara 1988, s 227 vd.). Yargıtay da, aynı görüştedir “*Dava konusu uyuşmazlıkta, satıcı tüp bayiiinin satım akdinde üçüncü kişi konumunda bulunan davacıya karşı akitten doğan hiç bir asli edim borcu mevcut olmamakla beraber burada, borçlunun bizzat alacaklıya karşı göstermek zorunda olduğu koruma yükümlünün, alacaklıya yakından bağlı olan ya da edime olan yakınlığı nedeniyle koruma alanı altında bulunan kişilere de teşmil edilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle burada, Kanun TMK m. 2 gereğince borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile üçüncü kişi durumunda olan davacı arasında da, hiç bir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen ve fakat koruma yükümlülüğüne dayanan üçüncü şahsı koruyucu etkili bir borç ilişkisi olmuştur. Dolayısıyla da davacının akde aykırılık hükümlerine göre tazminat talebinde bulunması yerindedir ve uyuşmazlığa on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir*” (**Yarg.** HGK. T. 06.05.1992, E. 1992/13-213, K. 1992/315) (www.kazancı.com) (E. T. 09/03/2019). Bu açıklamalar ışığında alacaklıya (tüketiciye) yakından bağlı olan ya da edime olan yakınlığı nedeniyle koruma altında bulunan kişiler, hatalı ürünün vermiş olduğu zarar sebebiyle üreticiden (satıcıdan) tazminat talep edebilir. İşte üretici, aynı zamanda satıcısıya, üçüncü kişilerin zararlarını koruma yükümlülüğü gereği tazmin eder.

⁷⁸ **DEMİR**, s. 116; **DALCI**, s. 58; **SERMİN PAKSOY**, Meliha / **ARSLAN DEMİR**: Üreticinin Sorumluluğunun TBK 71 Kapsamında Değerlendirilmesi, İÜHFİM, C. LXXI, S.2, Yıl 2013, s. 309.

⁷⁹ “*Borçlar kanununun 55. maddesine göre üreticinin sorumlu tutulabileceğine ilişkin görüşler, ilaç üreticisinin sorumluluğunda da uygulanabilecek niteliktedir. Zira adam çalıştırının sorumluluğu, sorumluluğun temeli olarak hem genel olarak üründen kaynaklanan sorumluluk hallerine ve hem de özellikle ilaçlardan kaynaklanan sorumluluk hallerine kural olarak uygun düşmektedir*” (**PETEK**, Hasan: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 94-95).

⁸⁰ **ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018, s. 277vd.; **AKÇURA KARAMAN**, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 104 vd.; **ÜNLÜTEPE**, Mustafa: Organizasyon Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 32 vd.; **TÜRKMEN**, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III)”, İÜHFİM, C.70, S.2, İstanbul 2012, s. 280.

⁸¹ Yargıtay ürün sorumluluğunu birçok kararında kusur sorumluluğunun bir türü olarak ele almıştır: “*Somut olayda tüpün kullanım süresinin geçtiği ve kullanılmaya elverişli olmadığı belirlenmiştir. Şu durumda tüp dolum işini yapan davalı Anadoluğaz Ticaret ve Sanayi A.Ş. böyle bir tüpü kullanıma sunması kusurludur. Bu durumda davalı Anadoluğaz A.Ş.’nin zarardan %90 oranında sorumlu tutulması gerekirken, %70 kusuru oranında sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozulması gerekir*” (**Yarg.** 4. HD. T. 26.2.2003, E. 2002/11057,

birlikte uygulanacağını savunmaktadır⁸².

Tehlike sorumluluğunu savunan görüş bakımından⁸³, daha önce yapmış olduğumuz eleştiriler burada da geçerlidir⁸⁴. Keza ürün sorumluluğunu, adama çalıştırılan sorumluluğuna dayandıran görüş⁸⁵ de, yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Zira günümüzde birçok ürün makineler aracılığıyla üretilmektedir. Yani birçok ürün, adam çalıştırmadan üretilmektedir. Dolayısıyla bu ürünlerin vermiş olduğu zararlar, adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında talep edilemez. Yine adam çalıştırın, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek, sorumluluktan kurtulabilir. Oysa ürün sorumluluğunda, üretici, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etse de, sorumludur. Ancak kusursuz bir sorumluluk olan adam çalıştırmanın sorumluluğu, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, ürün sorumluluğuna da, uygulanabilir. Başka bir deyişle, ürün sorumluluğu ile ilgili açık bir yasal düzenleme yapılmıyaya kadar, üretici, çalıştırdığı adamların hatalı ürün üretmesi sebebiyle, adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olabilir.

Yine doktrinde, ürün sorumluluğunun organizasyon sorumluluğu (TBK m. 66/3) çerçevesinde çözüme ulaşılabileceği ileri sürülmüştür⁸⁶. Bu görüşe göre,

K. 2003/1826) (www.kazancı.com) (ErişimTarihi: 08/03/2019). “İmalatçının sorumluluğu, BK-nun genel ilkesi uyarınca, bir kusur sorumluluğudur. Ne var ki sorumluluğun dayanakları belirlenirken, BK-nun 41. maddesindeki genel ilkenin katı biçimde uygulanmaması gerekmektedir. Şöyle ki; imalatçı faaliyeti dolayısıyla hukukun gerekli kıldığı ve alınmasını imalatçıdan beklenebilir bulunduğu bütün özeni göstermekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere BK-nun 41. maddesini bu şekilde yorumlamak mümkün değildir” (Yarg. 4. HD. T. 27.03.1995, E. 1995/6256, K. 1995/2596) (www.kazancı.com) (ErişimTarihi: 08/03/2019). “Kusuru ile diğer bir kimseye zarar ıka eden kişi o zararın tazminine mecburdur. Buradaki kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade noksanıdır. Bir imalat, normal şartlar altında ve normal kullanma halinde, zarar vermeye elverişli ise, kural olarak ortada kusur’un (hatanın) varlığını kabul etmek gerekir. Böyle bir malı piyasaya süren yapımçı tehlike yaratmış demektir. Yapımçı bu tehlikenin gerçekleşmesini önlemek için gerekli önlemleri almamışsa, zararın gerçekleşmesi halinde bunu tazmin ile yükümlü olur. Davalının hatalı ve kusurlu montajı sonucunda davacıya ait mutfak dolaplarının düştüğü davacının zararı ile davalının eylem arasında uygun nedensellik bağının da oluştuğu anlaşıldığından doğan zararın davalı tarafından karşılanması gerekir (Yarg. HGK. T. 13.2.2002, E. 2002/4-114, K. 2002/84) (www.kazancı.com) (ErişimTarihi: 10/03/2019)”.

⁸² **KAPLAN**, Sorumluluk, s. 94; “Makine hatası dışında çalışanın hatası nedeniyle üretim faaliyetinde bir aksaklık olması ve ürünün güvenli olmaması sonucu doğması durumunda 66/1 ve 66/11 bağlamında adam çalıştırmanın sorumluluğu da ihtiyacı karşılayabilecektir. Üçüncü kişilerin de zararlarının tazmini, dolayısıyla manevi zararlarının tazmini açısından organizasyon sorumluluğuna ya da adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilemeyen durumlarda ise haksız fiil hükümlerine göre üreticinin sorumluluğuna gidilecektir” (**ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, s. 527).

⁸³ **DEMİR**, s. 116; **DALCI**, s. 58; **SERMİN PAKSOY / ARSLAN**, s. 309.

⁸⁴ Detaylı Bilgi İçin Bkz. B. IV, C.

⁸⁵ **PETEK**, s. 94.

⁸⁶ TBK m. 66/3’e göre “Adam çalıştırın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim

ürün sorumluluğu ile ilgili özel bir düzenlenmenin bulunmamasından doğan eksiklik, organizasyon sorumluluğu ile giderilebilir⁸⁷. Kanaatimizce kanun koyucu TBK m. 66/3'de, adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız özel bir sorumluluğa yer vermemiştir⁸⁸. Zira ilgili fıkayla, adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirme imkânı zorlaştırılmıştır⁸⁹. TBK m. 66/3 gereği, adam çalıştırnan, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etse de, sorumluluğu devam edebilir. Başka bir deyişle, bir işletmede adam çalıştırnan, işletmenin çalışma düzeninin de, zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Oysa ürün sorumluluğunda, üretici, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ve bir organizasyon kusurunun olmadığını ispat etse dahi, sorumludur. Bu bağlamda, üreticinin kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. Yukarıda da ifade edildiği üzere TBK m. 66/3'de, organizasyon sorumluluğu düzenlenmemiş olup bu sebeple de Türk Hukukunda düzenlenmemiş bir sorumluluk (organizasyon sorumluluğu) kapsamında, ürün sorumluluğu ele alınması doğru değildir.

Türk Hukukunda ve modern hukuk sistemlerinde esas sorumluluk, haksız fiil (TBK m. 49) sorumluluğudur⁹⁰. Başka bir deyişle, bir kimsenin kusursuz sorumluluğuna hükmedebilmek için buna cevaz veren bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır⁹¹. Kanunda açıkça bir düzenleme olmadıkça zarar veren kişinin kusursuz sorumluluğuna hükmedilemez⁹². Dolayısıyla kusursuz sorumluluk halleri istisnai durumlarda söz konusu olur. Türk Hukuku'nda, üreticinin kusursuz olarak sorumlu olduğuna dair bir kanun hükmü yoktur. Bu sebeple, hatalı ürünün vermiş olduğu zarar sebebiyle üretici, ancak genel hükümlere (haksız fiil) göre sorumlu tutulabilecektir. Oysaki bu, yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere yeterli bir koruma sağlamayacaktır. Dolayısıyla Türk Hukukunda olması gereken hukuk bakımından öncelikle ürün sorumluluğu, kusursuz sorumluluk çerçevesince bir kanun hükmüyle ivedi bir şekilde düzenlenmelidir⁹³.

ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz". Organizasyon sorumluluğu görüşü için bkz. ANTALYA, Borçlar, s. 277 vd.; ÜNLÜTEPE, s. 32 vd.; TÜRKMEN, s. 280.

⁸⁷ ÜNLÜTEPE, s. 33.

⁸⁸ Aynı yönde: OĞUZMAN / ÖZ, s. 145; KILIÇOĞLU, Mustafa: Borçlar Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 560; YENİOCAK, Umut: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 86.

⁸⁹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 145; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 560; YENİOCAK, s. 86.

⁹⁰ YAVUZ, Cevdet: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", MÜHFAD, C. 4, S. 4, İstanbul 2008, s. 30; KANETİ, s. 56 vd.; GÖNENÇ, s. 23.

⁹¹ AKINCI, s. 155; ÇINAR, s. 149.

⁹² AKINCI, s. 155.

⁹³ Detaylı Bilgi İçin Bkz. B. IV, C.

Ticaret Bakanlığı (Ekonomi Bakanlığı) tarafından yayınlanan Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı m. 7/1'de “...imalatçı veya ürün ithal ise ithalatçı doğan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur” düzenlemesine yer verilmişti. Bu düzenleme ürün sorumluluğunu kusursuz bir sorumluluk olarak ele almıştı. Fakat 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında, üreticinin kusursuz olarak sorumlu tutulacağına ilişkin bir düzenlemeye yer vermedi. Ürün sorumluluğunun hukuki niteliği başlığı altında da belirttiğimiz üzere ürün sorumluluğu, günümüzde kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilir⁹⁴. Dolayısıyla 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında, üreticinin kusursuz olarak sorumluluğundan bahsedilmemesi önemli bir eksiklik. Zira bir kimsenin kusursuz sorumluluğuna hükmedebilmek için buna cevaz veren bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır⁹⁵. Keza bu kanun hükmünün de, açık olması gerekir⁹⁶. Bu sebeple Türk Hukuku'nda ürün sorumluluğu ile ilgili yapılacak düzenlemede, sorumluluğun kusursuz olduğu açıkça belirtilmelidir. Daha öncede belirttiğimiz üzere üreticinin sorumluluğu, kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir özen sorumluluğudur⁹⁷.

C. Ürün Sorumluluğunun Mevzuattaki Yeri

4077 sayılı eTKHK döneminde ürün sorumluluğu sadece tüketicileri koruyan bir hukukî kurum olarak ele alınmıştı. Başka bir deyişle, ilgili Kanunda ürün sorumluluğu sadece tüketici işlemleri bakımından bir koruma sağlamıştı⁹⁸. Oysa ürün sorumluluğu sadece tüketicileri koruyan bir hukukî kurum değildir⁹⁹. Bu sebeple, 6502 sayılı TKHK'da kanun koyucu, ürün sorumluluğuna yer vermemiştir¹⁰⁰. Ürün sorumluluğunun amaç ve felsefesi dikkate alındığında, 6502 sayılı TKHK'da yer verilmemesi isabetli olmuştur¹⁰¹.

⁹⁴ Detaylı Bilgi İçin Bkz. B. IV, C.

⁹⁵ AKINCI, s. 155; ÇINAR, s. 149.

⁹⁶ AKINCI, s. 155; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 517.

⁹⁷ Detaylı Bilgi İçin Bkz. B. IV, C.

⁹⁸ ASLAN, s. 240 vd.; AYDOĞDU, Murat: Ayrıplı Araçların Satışlarında Tüketici Hakları, Özellikle Araç Değişimi ve İadesinde Karşılaşılan Sorunlar, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2014, s. 334; KULAKLI, s. 13.

⁹⁹ AB'nin 85/374 sayılı Direktifi dikkate alındığında zarar gören kişinin tüketici olup olmaması önem arz etmez. Hatalı ürünün bir kimseye zarar vermiş olması yeterlidir. Dolayısıyla zarar gören kişi, tüketici olabileceği gibi tacir de olabilir. Bu sebeple hatalı ürün sebebiyle zarar gören sıfatına bakılmaksızın zararını üreticiden talep edebilir (KIRCA, 161; HAVUTÇU, İmalatçı, s. 109).

¹⁰⁰ Kanun koyucu, 6502 sayılı TKHK'nın genel gerekçesinde, AB mevzuatı ile tam uyum sağlanması için, iç hukuka aktarılan AB Direktiflerine tek tek yer vermiştir. Fakat bu Direktifler içerisinde AB'nin 85/374 sayılı Direktifi yer almamıştır. Zira kanun koyucu, ürün sorumluluğunu 6502 sayılı TKHK'da düzenlemek istememiştir.

¹⁰¹ Hazırlanacak bir kanunun amacı ve felsefesinin, kanunun tümüyle tutarlı olması gerekir. (KAPLAN, İbrahim: “Kanun Yapma Tekniği”, AÜSBFD, C. 47, S. 1, Ankara 1992, s. 100; ÖZEKES, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, Ankara 2016, s. 96).

Kanaatimizce 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında, ürün sorumluluğunun ele alınması da yerinde olmamıştı. Zira 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısının genel ve aynı zamanda asıl amacı, ürünlerin güvenli ve ilgili teknik düzenlemelere uygun olmasını sağlamak; piyasa gözetimi ve denetiminin esasları ile yetkili kuruluşların görevlerini ve iktisadi işletmeciler ile uygunluk değerlendirme kuruluşlarının yükümlülüklerini belirlemektir. Kısaca ürünlerin standartlarını, gözetimini ve denetimini belirleyen, aykırılık halinde ilgili Kurumca verilecek cezaların yer aldığı bir kanun tasarısıydı. Yani ilgili Tasarı, ağırlıklı olarak z kamu hukukuna ilişkin düzenlemeleri ele almakta idi. Oysa ürün sorumluluğu, bir özel hukuk kurumudur. Dolayısıyla Türk Hukukunda olması gereken hukuk bakımından öncelikle ürün sorumluluğu, bir kanun hükmüyle ivedi bir şekilde düzenlenmelidir. Bu düzenleme ise, 6098 sayılı TBK'ya eklenecek bir kanun hükmü ve bu hükme bağlı olarak çıkarılacak yönetmelikle¹⁰² yapılabilir. Yahut Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu gibi özel bir kanunla detaylı bir şekilde düzenlenebilir. Böyle bir düzenleme şekli, ürün sorumluluğunun amaç ve felsefesi bakımından daha doğru olur.

D. Ürün Sorumluluğunun Kapsamı

1. Genel Olarak

Ürün sorumluluğu, hatalı ürünün neden olduğu zararlardan dolayı üreticiden tazminat isteme hakkını kapsayan bir kusursuz sorumluluk türüdür. Bu kusursuz sorumluluğun kapsamının belirlenmesi için, ürün, hatalı ürün, sorumlu kişi, zarar gören ve zarar kavramları ele alınmalıdır. Daha önce de izah ettiğimiz üzere, bu kavramlar AB'nin 85/374 sayılı Direktifi dikkate alınarak açıklanmıştır¹⁰³.

AB'nin 85/374 sayılı Direktif m.2'e göre "*Ürün, başka bir taşınır mala ya da bir taşınmaza dâhil edilmiş olsalar dahi, tüm taşınırları ifade eder*"¹⁰⁴. İlgili madde gereği taşınır malların tümü, hatta bunlar bir taşınır mala veya bir taşınmaza dâhil edilmiş olsalar dahi, ürün olarak tarif edilmiştir. Taşınmaz mallar veya maddî olmayan mallar, ürün kapsamına alınmamıştır¹⁰⁵. Keza AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m.2 gereği ürün, elektriği de kapsar¹⁰⁶.

¹⁰² 6098 sayılı TBK'da ürün sorumluluğunun düzenlenmesi halinde, ürün sorumluluğu genel olarak ele alınır. Ürün sorumluluğu ile ilgili bu tür bir düzenleme şekli, uygulanması bakımından tek başına yeterli olmaz. Dolayısıyla 6098 sayılı TBK'da ürün sorumluluğu ile ilgili yapılacak böyle bir kanuni düzenleme sonrası hatalı ürünün sebep olduğu zararlardan üreticinin sorumluluğuna ilişkin usul ve esasları içerir yönetmelik de hemen yayınlanmalıdır.

¹⁰³ Detaylı Bilgi İçin Bkz. B. IV, A.

¹⁰⁴ KIRCA, Çiğdem / AYDIN, Ramazan: "*Produkthaftung im Türkischen Recht*", Recht Der Internationalen Wirtschaft, Y. 53, S. 8, Frankfurt 2007, s. 591; ÇINAR, s. 140.

¹⁰⁵ KIRCA, s. 182.

¹⁰⁶ ÇINAR, s. 141.

Hatalı ürün, haklı güvenlik beklentisini karşılamayan üründür¹⁰⁷. Bir ürünün hatalı olup olmadığı, malın piyasaya sunum tarzı, makûl kullanım şekli, piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak belirlenir¹⁰⁸. Üründe var olan hata, bilgilendirme¹⁰⁹, tasarım¹¹⁰, fabrikasyon¹¹¹ veya inkişaf¹¹² hatası gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilir.

Sorumlu kişiler, AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m. 3'de "üretici" başlığı altında ele alınmıştır. İlgili düzenlemeye göre üretici, nihai ürünün¹¹³, hammaddenin¹¹⁴ ve ara malların üreticisi¹¹⁵ ile ürünün adını, markasını veya diğer tanıma işaretlerini koyarak kendisini üreticiymiş gibi gösterenlerdir¹¹⁶.

AB'nin 85/374 sayılı Direktifine zarar gören, piyasaya sürülen hatalı bir üründen zarara uğrayan kimsedir¹¹⁷. Zarar gören kimsenin, mutlaka tüketici

¹⁰⁷ ÖZTAN, s. 25; AYDOS, Oğuz Sadık: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 148-150; ÇINAR, s. 143; KULAKLI, s. 36. AB'nin 85/374 sayılı Direktifinin m. 6 / 1'e göre "Bir ürünün tüm koşullar, özellikle de ürünün sunum şekli, ürün piyasaya sürüldüğünde kendisinden makul olarak beklenilecek kullanım şekli, ürün piyasaya sürüldüğü zaman da dâhil olmak üzere dikkate alındığında kendisinden haklı olarak beklenen güvenliği sağlamamasıdır" (ERLÜLE, Yapımcının Sorumluluğu, s. 319).

¹⁰⁸ AYDOS, Ürün, s. 154 vd.; ERLÜLE, Yapımcının Sorumluluğu, s. 110.

¹⁰⁹ Bilgilendirme hatası, ürünün nasıl kullanılacağı, saklanacağı, çalıştırılacağı, tamir edileceği gibi konularda ürünü kullanacak ya da tüketecek olan kişilerin hiç veya yeterli bir şekilde bilgilendirilmemesidir (ASLAN, s. 220; AYDOS, Ürün, s.168).

¹¹⁰ Ürünün piyasaya sürüldüğü sırada alternatif bir üretim tasarımının bulunmasına rağmen veya bu alternatif bir üretim tasarımının tercih edilmemesi sebebiyle kişilerin şahıs veya malvarlığı değerleri zarar görebilir. İşte kişilerin hukuki değerlerin bu şekilde zarara uğramasına neden olan hatalı ürün, tasarım hatası olarak adlandırılır (KIRCA, s. 150).

¹¹¹ Seri halde üretim sürecin tüm serinin hatasız olmasına rağmen seri içinde bir veya birkaç ürünün hatalı olması durumunda fabrikasyon hatasından bahsedilir. Başka bir deyişle, fabrikasyon hatası, seri içerisinde herhangi bir ürün, üretim sürecine katılan bir işçinin kusuru, makinenin bozulması vb. sebepler sonucunda hatalı olarak üretilen üründür (KAPLAN, s. 139; KULAKLI, s. 88).

¹¹² İnkişaf (gelişim) hatası, ürünün piyasaya sürüldüğü anda, bilim ve teknolojinin son verilerine uygun olan bir ürünün, sonradan bilim ve teknolojiye bağlı olarak bazı zararlı etkilere neden olduğu anlaşılması durumunda ortaya çıkan hatalı üründür. İnkişaf hatasında ürün, üretilmesi esnasında hatalı olmakta; fakat üretim zamanındaki bilim ve teknolojinin imkânları hatanın varlığını tespit edememektedir (KIRCA, İsmail / AYDIN, Ramazan: "İnkişaf Riski, İmalâtçının/Üreticinin Sorumluluğu", Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.680; DALCI, s. 58).

¹¹³ Ayrıca başka bir işleme gerek kalmadan alıcıya (tüketiciye) hazır hale getiren üretici, nihai üreticidir. Bu ürünler ise, nihai üründür (ÖZTAN, s. 26.)

¹¹⁴ Bir ürünün elde edilmesinde kullanılan temel bileşenlerin işlenmeden önceki durumu (toprak, pertol vb. maddeler), hammadde olarak adlandırılır. Bu maddeleri belirli yollarla işlenerek ürüne dönüştüren üretici ise, hammadde üreticisidir (KIRCA, s. 210).

¹¹⁵ Nihai ürünün üretiminde bu ürünle veya bu ürünün bir parçasıyla bir bütünlük içinde bir araya gelen taşınır malları üreten üretici, ara mal üreticisidir. Bu mallar ise, ara mallardır (ERLÜLE, Sorumluluk, s. 77).

¹¹⁶ KIRCA, s. 202-203.

¹¹⁷ KIRCA, s. 231.

olması gerekmez¹¹⁸. Dolayısıyla, ürün sorumluluğu kapsamında zarar gören herkes üreticinin sorumluluğuna başvurabilir¹¹⁹.

Genel olarak kişinin iradesi dışında malvarlığı ve/veya şahıs varlığında meydana gelen azalmalar zarar olarak ifade edilirken¹²⁰; AB'nin 85/374 sayılı Direktifinin 9. maddesinde zarar daha dar kapsamda ele alınmıştır. Gerçekten de, ilgili Direktife göre ölüm, yaralanma ve hatalı ürünün kendisi dışındaki herhangi bir malda meydana gelen zarar, ürün sorumluluğu anlamında zararı ifade eder¹²¹. Ancak AB'nin 85/374 sayılı Direktif de, mala gelen zararlar için 500 EURO¹²²'ya kadar zarara, zarar görenin katlanacağını belirtilmiştir¹²³. Ayrıca mala gelen zararlar bakımından malın hem özel kullanıma veya tüketime yönelik hem de özel amaçla kullanılıyor veya tüketiliyor olması gerekir¹²⁴. Hatalı ürün dışında zarar gören her mal için üreticinin sorumluluğundan bahsedilmez. Üreticinin sorumluluğundan bahsedebilmek için, zarara uğrayan mal, niteliği gereği özel tüketim veya kullanım amacına hizmet etmeli (objektif ölçüt) ve ağırlıklı olarak özel bir amaçla tüketiliyor veya kullanıyor (subjektif ölçüt) olmalıdır¹²⁵. Son olarak AB'nin 85/374 sayılı Direktif m. 16/1'de, üreticinin aynı hataya sahip özdeş ürünlerin neden olduğu zararlar bakımından, üreticinin toplam sorumluluğunun 70 milyon EURO ile sınırlandırılabilirliğinin öngörüldüğünü ifade edilmelidir.

¹¹⁸ "AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde, hatalı üründen doğan zararlar nedeniyle tazminat talep edebilecek kişiler açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, Direktifin 4., 8., 9.,10. vd. maddelerinde 'zarar gören' anlamına gelen 'Geschädigte' teriminin kullanılması nedeniyle, zarar gören kişinin herkes olabileceği, zarar görenin mutlaka tüketici olmasının gerekmediği sonucuna varılmaktadır" (ÇINAR, s. 139; KULAKLI, s. 13).

¹¹⁹ HAVUTÇU, İmalatçı, s. 108; ÇINAR, s. 139; KULAKLI, s. 13.

¹²⁰ EREN, s. 749 vd.

¹²¹ ÇINAR, s. 141.

¹²² 1 Ocak 1999 tarihine kadar EURO bire-bir oranında (1 EURO =1 ECU) ECU olarak adlandırılmaktaydı (<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/dbc32e47-9fd4-4fcc-a0a3-7c9e0e2e65d8/Eurogecis.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-dbc32e47-9fd4-4fcc-a0a3-7c9e0e2e65d8-m3fBapp>) (ErişimTarihi: 06/03/2019).

¹²³ KIRCA / AYDIN, Produkthaftung, s. 592. AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde öngörülen mala gelen zararlar için 500 EURO sınırı, küçük miktarlarda çok sayıda dava açılması önleme amacı taşır. Bu bağlamda bir kimse diğer mallarında 1500 EURO'luk bir zarar söz konusu ise, üreticiden 1000 EURO'luk zararını talep edebilir. Keza hatalı ürün birden fazla kimseye zarar vermişse, zarar görenlerin her biri 500 EURO'luk zarara kendi katlanır (HAVUTÇU, İmalatçı, s. 88).

¹²⁴ KIRCA, s. 158-159.

¹²⁵ AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde neden böyle bir sınırlandırılmaya gidildiği sorusu sorulabilir. Larenz'e göre AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde öngörülen sınırlandırmanın temelinde iki sebep vardır. İlk sebep, mesleki veya ticari mallara ilişkin zararların yüksek olması; ikinci sebep ise, bu tür malların sigorta yoluyla koruma alınma ihtimalidir (LARENZ, Karl: Lerhbuch Des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 2. Halbband, Dreizehnte, Völlig Neuverfarteß Auflang, München 1994, s. 647; HAVUTÇU, İmalatçı, s. 87-88).

2. Ürün ve Hatalı Ürün Kavramı

1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 3/p'de "Ürün, piyasaya arz edilmesi hedeflenen, arz edilen veya piyasada bulundurulmuş her türlü madde, müstahzar veya eşya" olarak tarif edilmişti¹²⁶. Ancak AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m.2'de "Ürün, başka bir taşınır mala ya da bir taşınmaz dâhil edilmiş olsalar dahi, tüm taşınırları ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Keza ilgili Direktifin ilgili maddesi gereği elektrik de ürün kapsamına dâhil edilmiştir. Dolayısıyla ilgili Tasarıdaki ürün kavramı, AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle uyum sağladığı söylenemez. Zira ilgili Direktife göre piyasaya sürülen bir mal, başka bir taşınır ya da taşınmazın bütünleyici parçası haline gelmesi durumunda da, ürün niteliği sahip olur. Bu bağlamda ürün sorumluluğu bakımından mal kavramı ile eşya hukuku bakımından mal kavramı aynı şeyi ifade etmez¹²⁷. Eşya hukuku bakımından taşınır bir mal, başka bir taşınır ya da taşınmazın bütünleyici parçası olması halinde, fiziki varlığını korumakla birlikte bağımsız eşya olma özelliğini kaybeder¹²⁸. Dolayısıyla Türk Hukuku'nda ürün sorumluluğu ile ilgili yapılacak düzenlemede de ürün, taşınır ya da taşınmaz dâhil edilmiş olsalar dahi, bir üretim süreci sonucunda üretilen her türlü taşınırlar olarak tanımlanmalıdır. Böylece ürün kavramı hem AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle uyum sağlamış hem de ürün sorumluluğunun amacı gerçekleşmiş olur.

Burada elektrik konusunun ele alınmasında fayda vardır. Zira 4271 sayılı Türk Medenî Kanununa (TMK) göre bazı doğal güçler, taşınır eşyadır¹²⁹. TMK m. 762'e göre "Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir". Elektrik ve benzeri doğal güçler, taşınır eşya niteliğindedir¹³⁰. Dolayısıyla Türk Hukukunda, TMK m. 762 hükmü gereği ürün sorumluluğu bakımından elektrik, ürün olarak nitelendirilir¹³¹. Elektrığın ürün

¹²⁶ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı m. 3/r'e göre "Ürün, bir imalat süreci sonucunda üretilen her türlü madde, müstahzar veya eşya" olarak tarif edilmişti. Bu düzenleme şekli AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle uyum sağlamamaktaydı. İlgili taslakta sadece imalat süreci sonunda üretilen her türlü madde, müstahzar veya eşya ürün olarak tarif edilmişti. Oysa ürün sorumluluğu bakımından ürün, sadece sinai (imalat) ürünleri kapsamaz. Doğal tarım ya da hayvancılık ürünleri gibi ürünlerde, ürün sorumluluğu kapsamındadır. Dolayısıyla ilgili taslakta yer alan ürün tanımı, AB'nin 85/374 sayılı Direktifine göre ürün sorumluluğunun kapsamı çok daraltmıştı.

¹²⁷ KIRCA, 191.

¹²⁸ SEROZAN, Rona: "Teferruat Niteliğindeki Eşyanın Hukuki Rejimi" İÜHFİM, C. 41, S. 1-2, İstanbul 1978, s. 237.

¹²⁹ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZDEMİR, Saibe Oktay / SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, 20 baskı, s. 740.

¹³⁰ KIRCA / AYDIN, Produkthaftung, s. 591.

¹³¹ KIRCA, s. 186; İLHAN, s. 15; ÇINAR, s. 141; Elektrikteki akım sorunu voltaj düşüklüğü veya yüksekliği sebebiyle meydana gelen zararlarda ürün sorumluluğundan bahsedilir. Aksi takdirde haklı güvenlik beklentisi oluşturmadığı sürece elektrik kesintisi veya elektrığın hiç ulaşmaması hallerinde ürün sorumluluğu söz konusu olamaz (KIRCA, s. 187; AYDOS, Ürün, s. 130).

olarak nitelendirilmesiyle birlikte, AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle de uyum sağlanmış olur.

1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında ürün sorumluluğu, güvenli olmayan ürün kavramı dikkate alınarak düzenlenmişti. Tasarıdaki bu kavram tercihi doğru değildi. Zira ürün sorumluluğu bakımından güvenli olmayan ürün kavramı, yanlış anlaşılmalara yol açar. Keza bu kavram ürün sorumluluğunu kapsayacak bir kavram değildir. Dolayısıyla yukarıda da izah ettiğimiz üzere, ürün sorumluluğu bakımından *“hatalı ürün”* tamlamasının kullanılması uygun olur¹³². Zira *“hatalı ürün”*, başkalarının vücut ve/veya malvarlığı değerlerinde zarar tehlikesi oluşturan bir eksikliği ifade eder.

3. Zarar

1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında, zararın tanımı yapılmamıştı. Fakat 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 6/1'de hatalı ürünün bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün üreticisi ve ithalatçısının sorumlu olduğu belirtilmişti. Keza 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 6/7'de de, *“Diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır”* hükmüne yer verilmişti. Bu bağlamda, ilgili Tasarıda hatalı bir ürünün neden olduğu ölüm, bedensel zarar, maddi ve manevi zararın üreticiden talep edilebileceği anlaşılmaktaydı. Fakat bu düzenleme şekli, AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle tam bir uyum sağlamamıştı. Zira ilgili Direktif m. 9'a göre *“Zarar, ölüm ya da yaralanmaların neden olduğu zararı ve/veya hatalı ürünün kendisi dışındaki herhangi bir mala (genel olarak özel kullanıma veya tüketime yönelik bir türden olması ve zarara uğrayan kişi tarafından başlıca kendi özel kullanımı veya tüketimi için kullanılmış olması koşuluyla) gelen alt eşiği 500 EURO olan bir zararı ifade eder”*¹³³. İlgili madde gereği 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı, maddi zararlar bakımından, AB'nin 85/374 sayılı Direktifinden ayrılmıştı. Bu bağlamda öncelikle Direktifte ürünün kendisi, maddi zarar kapsamına dâhil değildir¹³⁴. Keza hatalı ürün dışında zarar gören her mal için üreticinin sorumluluğundan bahsedilmez. Zira ilgili Direktif gereği, üreticinin sorumluluğundan bahsedebilmek için, zarara uğrayan mal, niteliği gereği özel tüketim veya kullanım amacına hizmet etmeli (objektif ölçüt) ve ağırlıklı olarak özel bir amaçla tüketiliyor veya kullanılıyor (subjektif ölçüt) olmalıdır. Yine 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında, ilgili Direktiften farklı olarak mala gelen zararlar bakımından zarar görenin katlanması gereken azami bir miktar yoktu.

¹³² Detaylı Bilgi İçin Bkz. B. IV, D.

¹³³ **KIRCA**, s. 153vd.; **HAVUTÇU**, İmalatçı, s. 82 vd.

¹³⁴ **ÖZTAN**, s. 94; **ÇINAR**, s. 142; **KULAKLI**, s. 20-21. Bu durumda hem 6098 sayılı TBK hem de 6502 sayılı TKHK'nın ilgili maddeleri çerçevesinde ayıplı maldan doğan sorumluluk hükümlerine başvurulabilir (**KALKAN**, Arif: Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara 2018, s. 262 vd.).

Buna karşılıklı 1/934 ÜGTDK Tasarısında, ölüm ve bedensel zararlar bakımından, AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle uyumluydu. Ayrıca AB'nin 85/374 sayılı Direktif m. 9/2 gereği "*maddi olmayan zararlara ilişkin ulusal hükümlere halel gelmez*" manevi tazminat talepleri ulusal hukuka bırakılmıştır. Dolayısıyla 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında, manevi tazminatın talebinin önünü açan düzenleme de, ilgili Direktife aykırı değildir¹³⁵.

Bu açıklamalar ışığında öncelikle, Türk Hukukunda ürün sorumluluğu ile ilgili yapılacak düzenlemede zarar tanımlanmalıdır. AB'nin 85/374 sayılı Direktifinden farklı olarak, mala gelen zararlar bakımından, objektif (özel tüketim veya kullanım amacına hizmet etmesi) ve subjektif (ağırlıklı olarak özel bir amaçla tüketiliyor veya kullanılıyor olması) gibi bir ölçüt aranmamalıdır. Zira doktrinde ilgili Direktifin, ticari veya mesleki bir amaçla kullanılan ya da tüketilen malların zarar görme ihtimaline karşı, sigorta ettirilmesinin beklenebileceği düşüncesinden hareket ettiği belirtilmektedir¹³⁶. Oysa Türk Hukuku'nda istisnai haller¹³⁷ dışında, ticari veya mesleki bir amaçla kullanılan ya da tüketilen ürünlerin, sigortalanması zorunluluğu yoktur¹³⁸. Dolayısıyla bir otobüs firmasının, yeni almış olduğu hatalı otobüsün yanması sırasında diğer otobüslerin görmüş olduğu zarar için, üreticinin sorumluluğuna gitmemenin bir izahı olamaz. Keza tacirden ürün sorumluluğu sigortası yaptırmayı gerektirdiği de, beklenilmemelidir. Aksi takdirde, basiretli hareket etmesi gereken tacirlerin ihtiyari ve zorunlu sigorta ayrımı olmaksızın her durumda sigortaları yaptırmaları gerekir. Hâlbuki sigorta türleri, tacir olsun ya da olmasın ihtiyari

¹³⁵ 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 6/5'e göre "*Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*".

¹³⁶ HAVUTÇU, İmalatçı, s. 88.

¹³⁷ "*Türk Hukukunda ürün sorumluluğu sigortası sadece Tehlikeli Maddeler Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ve Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları kapsamındaki ürünler bakımından zorunludur. Konusu tehlikeli maddelerin üretimi olan üreticiler, tehlikeli maddeler ve tehlikeli atık zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler. Keza likit petrol gazını (LPG) tüpleyen firmalar (dolum tesisleri), doldurdıkları tüplerin kullanılmak üzere buldukları yerlerde infilakı, gaz kaçırmayı veya yangın çıkarması sonucu üçüncü kişilerin uğrayacakları maddi ve bedeni zararlara karşı, tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdür"* (ÖZLENEN ÇİĞ, Ayşe: Ürün Sorumluluğu Sigortasında Teminatın Kapsamı, İstanbul 2016, s. 58 vd.; DİNÇ, İnan Deniz: Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, İstanbul 2017, s. 162 vd.). "*Sigorta hukukunda ürün sorumluluğuna ilişkin olarak özel bir genel şart düzenlemesi yapılmadan önce ürün sorumluluk sigortası için 06.04.1959 tarihli Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları uygulamaya esas alınmaktaydı. Üçüncü şahıslara karşı mali mesuliyet sigortası herhangi bir yasal düzenlemede zorunlu olarak tutulmadığından ihtiyari bir sigorta türüdür"* (AYDOĞMUŞ, Hale: Ürün Sorumluluk Sigortasında Teminatın Kapsamı ve Riziko, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 2017, s. 26).

¹³⁸ ÖZLENEN ÇİĞ, s. 57-59.

ve zorunlu olmak üzere iki kategoride sınıflandırılmıştır¹³⁹. Bu bağlamda, ürün sorumluluğu sigortası ise (istisnai ürünler hariç), ihtiyari (isteğe bağlı) sigorta olarak öngörülmüştür¹⁴⁰. Dolayısıyla ürün sorumluluğu sigortasının zorunlu olduğu ürünler hariç, hatalı ürün dışında zarar gören her mal için (parasal sınırı sağlamak koşuluyla) üreticinin sorumluluğuna başvurulmalıdır. Böylece üst düzey bir koruma sağlanmış olur. Bu açıklamalar ışığında ürün sorumluluğu bakımından zarar, ölüm ve/veya yaralanmaya ve/veya hatalı ürün dışında herhangi bir mala gelen zararı ifade eder.

Mala gelen zararlar bakımından da, AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m.9'da öngörüldüğü gibi üreticiye başvurulabilmesi için alt parasal sınır belirlenmelidir. Böylece küçük miktarlarda çok sayıda davanın üreticiye açılması önlenmiş olur¹⁴¹. Kanaatimizce, bu parasal sınır, söz konusu Direktiften farklı olarak; 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanununun (HMK) senetle ispat zorunluluğunu düzenleyen m. 200'deki sınırlar çerçevesinde tutar belirlenebilir. Böylece mala gelen zararlar bakımından üreticiden talep edilecek zarar, ülkenin sosyal ve ekonomik durumuyla da güncel kalır. Keza bu miktarın altındaki zararları, malı satan kişilerin de (ayıplı maldan sorumluluk hükümleri gereği) karşılaması çoğunlukla mümkün olur. Bu suretle, üreticiye küçük miktarlarda çok sayıda dava açılmasının önüne de geçilmiş olur.

Bu başlık altından üreticinin toplam sorumluluğu konusunun ele alınmasında fayda vardır. Daha öncede belirttiğimiz üzere, AB'nin 85/374 sayılı Direktif m. 16/1'de, üye ülkelere, aynı hataya ilişkin özdeş ürünlerin yol açtığı zararlar sebebiyle üreticinin toplam sorumluluğunu sınırlandırma/sınırlandırmama serbestisi tanınmıştır. Kanaatimizce Türk Hukukunda, ürün sorumluluğu ile ilgili yapılacak düzenlemede, üreticinin toplam sorumluluğu sınırlandırılmamalıdır¹⁴². Yani üretici, aynı hataya ilişkin özdeş ürünlerin yol açtığı zararlar sebebiyle sınırsız sorumlu olmalıdır. Ayrıca sorumluluğun (tazminatın) sınırlandırılması, Türk Hukukuna yabancıdır¹⁴³. Keza Türk

¹³⁹ DİNÇ, s. 20 vd.

¹⁴⁰ YILDIRIM, Hakan: Karayolu Eşya Taşıma Sorumluluk Sigortalarında Riziko ve Menfaat, Ankara 2016, s. 64 vd.

¹⁴¹ HAVUTÇU, İmalatçı, s. 88. Mala gelen zararlar bakımından bu sınırın altındaki zararlar için, ayıplı maldan sorumluluk hükümleri saklıdır (KALKAN, s. 252 vd.).

¹⁴² Aksi yöndeki görüş için Bkz. TİFTİK, Mustafa: Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005, s. 56-57. Yazara göre, Türk Hukukunda, üreticinin toplam sorumluluğu sınırlandırılmalıdır. Zira böyle bir durumda üretici, kendisine yönelecek talepleri, ancak tazminatın sınırlandırılmasında halinde hesaplayabilir. Bu bağlamda üretici, önceden öngörebildiği rizikoları sigorta ettirebilir. Keza sigortacılar da, tazminat sınırını dikkate alarak daha uygun şartlarda sigorta ücreti talep edebilirler. Ürünlerin fiyatlarının da, yüksek olmasının önüne geçilmiş olur. Böylece AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle de, uyum sağlanmış olur.

¹⁴³ ATAMER, Yeşim: Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s. 33 vd.; HAVUTÇU, İmalatçı, s. 142; TARMAN, s. 319.

Hukukunda, hâkim, TBK m. 51-52'de gereği tazminatın belirlenmesi ve indirilmesi konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir¹⁴⁴. Bu bağlamda, hâkim her somut olayın özelliklerini dikkate alarak, tazminat miktarını belirleyebilir. Yine aynı hataya ilişkin özdeş ürünlerin yol açtığı zararların, farklı zamanda ortaya çıkması halinde, önce zarara uğrayan veya sonra zarara uğrayanlar açısından tazminatın belirlenmesi zorlaşır. Ayrıca hatalı ürünün sebep olduğu uçak kazası gibi sebeplere dayalı toplu ölüm gibi durumlarda, tazminat taleplerinin üst sınırı aşmasıyla, tazminatın nasıl paylaşılması gerektiği sorunu ile karşı karşıya kalınır. Hatta üreticinin toplam tazminat sorumluluğuna ulaşıldığı takdirde, daha sonra aynı ürünün neden olduğu zararlar, üreticiden (ürün sorumluluğuna dayalı olarak) tazmin edilmez¹⁴⁵. Bu tür sonuçlar ise, ürün sorumluluğunun amacı ile bağdaşmaz.

4. Zarar Gören

Ürün sorumluluğunda zarar gören kimsenin belirlenmesi önem arz eder. Zira 4077 sayılı eTKHK'da ürün sorumluluğu sadece tüketiciler bakımından bir koruma sağlamıştı. Oysa ürün sorumluluğu sadece tüketicileri koruyan bir sorumluluk türü değildir¹⁴⁶. Başka bir deyişle, hatalı ürün sebebiyle zarar gören kişi, tüketici olup olmadığı fark etmeksizin zararını talep edebilir. AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde de, zarar gören kişi, tüketici bakımından sınırlandırılmamıştır¹⁴⁷. Fakat AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde zarar gören, tarif edilmemiştir¹⁴⁸. Aynı şekilde 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında da, zarar görenin tanımı yapılmamıştı. Kısaca "zarar gören", piyasaya sürülen hatalı ürün sebebiyle ölen ve/veya yaralanan ve/veya kullarımdaki diğer malları zarara uğrayan kimsedir¹⁴⁹. Bu tanım AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle de, uyumludur¹⁵⁰.

5. Sorumlu Kişi

Sorumlu kişi¹⁵¹, 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında, imalatçı¹⁵² veya

¹⁴⁴ ÖZTAN, s. 311-312; TARMAN, s. 319.

¹⁴⁵ Doktrinde böyle bir durumda, hâkimin gelecekte meydana gelebilecek zararları da, göz önünde bulundurarak tazminatın miktarını indirebileceği belirtilmiştir (AYDOS, Ürün, s. 214). Oysa hâkim, TBK m. 51-52'de de, bu yetkiye sahiptir.

¹⁴⁶ ÇINAR, s. 139; KULAKLI, s. 13.

¹⁴⁷ KULAKLI, s. 13.

¹⁴⁸ ÇINAR, s. 139; HAVUTÇU, İmalatçı, s. 108.

¹⁴⁹ ÖZTAN, s. 28-29; ÇINAR, s. 139; KULAKLI, s. 13.

¹⁵⁰ ÇINAR, s. 139; HAVUTÇU, İmalatçı, s. 108.

¹⁵¹ 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 6/1'e göre "Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür".

¹⁵² 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 3/g'e göre "İmalatçı, ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiye" denir.

ithalatçıydı¹⁵³. Keza 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 11/1'de "Ürünü kendi isim veya ticari markası altında piyasaya arz eden veya piyasada bulundurulmuş ürünü teknik düzenlemesine veya genel ürün güvenliği gereklerine uygunluğunu etkileyecek şekilde değiştiren ithalatçılar ile dağıtıcılar Kanun kapsamında imalatçı sayılır" hükmüne de yer verilmişti. Başka bir deyişle, belirli şartların varlığı halinde dağıtıcılar¹⁵⁴ da, ürün sorumluluğu bakımından sorumlu kişi olarak belirlenmişti.

Kanaatimizce sorumlu kişinin imalatçı olarak belirlenmesi, ürün sorumluluğunun kapsamının daralması sonucunu doğurur. Zira imalat, işlenerek yapılan üretim anlamındadır¹⁵⁵. Bu sözcük sınai ürünlerin üretimini kapsayan bir kavramdır¹⁵⁶. Ancak ürün sorumluluğu sadece sınai ürünlerin üretimi sonucu ortaya çıkan ürünlerin vermiş olduğu zararlar için bir hukukî koruma sağlamaz¹⁵⁷. Tarımsal veya hayvansal üretimde olduğu gibi işlemeden de bir ürün elde etmek mümkündür. Yani imalat safhasına girmeden de, ürün piyasaya arz edilebilir.

Ürünü kendi isim veya ticari markası altında piyasaya arz eden veya piyasada bulunduranlar, ithalatçı ya da dağıtıcı olarak sınırlandırılmaz. Oysaki ürün sorumluluğunda, ürün üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak kendisini ürünün üreticisi gibi gösteren herkes sorumludur.

1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 11/1'de ürünü teknik düzenlemesine veya genel ürün güvenliği gereklerine uygunluğunu etkileyecek şekilde değiştiren ithalatçının sorumluluğu öngörülmüştür. Bu tür bir kısıtlama da, ürün sorumluluğunun kapsamı ile bağdaşmaz. Zira ithalatçı, ürünü teknik düzenlemesine veya genel ürün güvenliği gereklerine uygunluğunu etkileyecek şekilde değiştirmese de, üretici gibi sorumludur¹⁵⁸.

Dağıtıcılar da, 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 11/1'de, doğrudan üretici olarak nitelendirilmişti. Fakat dağıtıcıların bu şekilde üretici olarak nitelendirilmesi, sorumlu kişilerin çok genişlemesine yol açar. Bu bağlamda bayii, perakendeci, toptancı acenta, hatta nihai satıcı sorumlu kişi olur. Oysa bu durum ürün sorumluluğunu felsefesinden ve amacından uzaklaştırır. Zira dağıtıcı ile zarar gören arasında, çoğu zaman bir sözleşme ilişkisi vardır. Bu bağlamda

¹⁵³ 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 3/ğ'e göre "İthalatçı, ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiye" denir.

¹⁵⁴ 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 3/ç'e göre "Dağıtıcı, ürünü tedarik zincirinde yer alarak piyasada bulunduran, imalatçı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişiye" denir.

¹⁵⁵ Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=0.69962453 TDK.

¹⁵⁶ KIRCA, s. 203.

¹⁵⁷ ÇINAR, s. 140.

¹⁵⁸ HAVUTÇU, İmalatçı, s. 91.

zarar gören kimse, zararını sözleşme hükümlerine dayanarak talep edebilir. Fakat ürün sorumluluğu, bir sözleşme dışı sorumluluktur. Bu sorumluluğun ortaya çıkmasının temel sebeplerden biri de, nihai satıcının genellikle ortaya çıkan zararları karşılayamaması olmuştur. Dolayısıyla dağıtıcılar, doğrudan sorumlu kişi olmamalıdır. Bu görüşümüzü, AB'nin 85/374 sayılı Direktifi de destekler. Zira ilgili Direktifte dağıtıcılar, üreticinin veya ithalatçının kimliğinin tespit edilmediği hallerle sınırlı olmak üzere sorumlu tutulmuştur¹⁵⁹.

Sorumlu kişileri tek tek (imalatçı, ithalatçı ve dağıtıcı) belirlemek yerine, kavram birliğinin de sağlanması bakımından bir başlık altında sorumlu kişileri belirlenmesi yerinde olur. Bu bağlamda sorumlu kişi, “*üretici*” olarak belirlenmelidir. Zira sorumlu kişinin üretici olarak belirlenmesi, öncelikle ürün sorumluluğunun kapsamının daralması sonucu riskini kaldırır. “*Üretim*” imalat kavramı yanında, tarımsal ve hayvansal üretimi veya hammadde üretimini de, kapsayan daha geniş bir kavramdır¹⁶⁰. Ayrıca ürün sorumluluğu bakımından ithalatçıların ya da dağıtıcılarında sorumlu olduğuna ayrıca yer verilmesine gerek yoktur. Yani üretici kavramı, ithalatçıyı ve dağıtıcıyı da kapsar bir şekilde tanımlanmalıdır¹⁶¹. Bu açıklamalar ışığında “*Üretici, piyasaya sürülmüş ürünleri veya bu ürünlerin hammaddelerini veya ara ürünlerini üreten ile ürün üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak kendisini ürünün üreticisi olarak tanıtan veya ithal eden*” şeklinde tanımlanabilir. Keza dağıtıcılar da, üreticinin veya ithalatçının kimliklerinin belirlenemediği hallerle sınırlı kalmak üzere, üretici kabul edilmelidir. Fakat bu durumda dağıtıcılara zarar görene üreticinin veya ithalatçının kimliklerini bildirmesi için makul bir süre¹⁶² verilmelidir. Böylece AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle de uyum sağlanmış olur.

¹⁵⁹ AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m. 3/3'e göre “*Ürünün üreticisinin belirlenemediği durumlarda, ürünün tedarikçilerinin her biri, zarara uğrayan kişiye üreticinin veya kendisine ürünü tedarik eden kişinin kimliğini makul bir süre içinde bildirmediği takdirde ürünün üreticisi olarak muamele görür. İthal edilen bir ürün söz konusu olduğunda, bu ürün 2. paragrafta belirtilen ithalatçının kimliğini belirtmiyorsa, üreticinin ismi belirtilmiş olsa dahi aynı hüküm geçerlidir*” (https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil%2028%20Tuketiginin%20ve%20Sagligin%20Korunmasi/31985I0374_tr.pdf) (Erişim Tarihi: 08/03/2019).

¹⁶⁰ KIRCA, s. 203.

¹⁶¹ 4077 sayılı eTKHK'da ithalatçı ve dağıtıcılara ilişkin düzenleme AB'nin 85/374 sayılı Direktifi ile uyumlu değildi. Zira ithalatçılar ilgili Direktifte üreticiler gibi sorumlu tutulmamışlardı. Keza dağıtıcıların sorumluluğu da ancak üretici ve ithalatçının kimliğinin belirlenemediği durumda söz konusu olabilir. Dolayısıyla üretici, ithalatçı, dağıtıcı ve benzerlerini müteselsil olarak sorumlu tutan düzenleme yerinde değildi (KIRCA, s. 226).

¹⁶² Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte) m. 4'de bu süre bir ay olarak belirlenmiştir (HAVUTÇU, İmalatçı, s. 93).

6. İlliyet Bağı ve İspat Yükü

Üretici, ürünün hatalı olmasıyla meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı halinde sorumlu olur¹⁶³. Başka bir deyişle, ürünün hatalı olması, zararlı sonucun uygun sebebi olmalıdır¹⁶⁴. Keza AB'nin 85/374 sayılı Direktif m.8/2 gereği zarar, hem üründeki hata hem de zarar görenin veya bu kişinin sorumluluğundaki herhangi bir kişinin hatasında doğmuşsa, üreticinin sorumluluğu azaltılabilir veya kaldırılabilir. Yine mücbir sebebin varlığı halinde de, üretici sorumluluktan kurtulabilir¹⁶⁵. Buna karşı zarar, hem üründeki hata hem de üçüncü kişinin hatasında doğmuşsa, üreticinin sorumluluğu azaltılamaz (AB'nin 85/374 sayılı Direktif m.8/1). Fakat burada üreticinin üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır. İlgili direktifte illiyet bağına ilişkin bu düzenlemeler, doğrudan 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısına alınmıştı. Bu bağlamda, ilgili tasarı, AB'nin 85/374 sayılı Direktifi ile uyumluydu.

Ürün sorumluluğunda ispat yükü, zarar gören kimsenin üzerindedir (AB'nin 85/374 sayılı Direktif m.4). Zarar gören, hatayı ve hata ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir. 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 6/2'de de, ispat yükü, zarar gören kimsenin üzerindeydi¹⁶⁶.

7. Kurtuluş Kanıtı

Üreticinin sorumluluktan kurtuluş sebepleri, AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m. 7'de, tahdidi olarak belirtilmiştir¹⁶⁷. İlgili Direktifte, belirtilen bu sebepler dışında üretici, sorumluluktan kurtulamaz¹⁶⁸. Meğer ki, illiyet bağıını kesen

¹⁶³ KIRCA, s. 163.

¹⁶⁴ HAVUTÇU, İmalatçı, s. 106.

¹⁶⁵ TARMAN, s. 312.

¹⁶⁶ 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 6/2 "İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın üründeki uygunsuzluğu, uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur".

¹⁶⁷ eTKHK döneminde üreticinin sorumluluktan kurtuluş sebeplerine kanunda düzenlenmeyerek doğrudan AYM'de ele alınmıştır. Bu durum ise sorumluluğu kaldıran, azaltan veya arttıran bir düzenlemenin yönetmelikle getirilemeyeceği ilkesine aykırılık oluşturmaktaydı. Dolayısıyla üreticinin sorumluluktan kurtuluş hallerinin öncelikle kanunda düzenlenmesi gerekir (HAVUTÇU, İmalatçı, s. 131-132).

¹⁶⁸ AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m. 7 uyarınca "Üretici, aşağıdakileri ispat ettiği takdirde bu Direktif dolayısıyla sorumlu olmaz: (a) ürünü piyasaya sürmediğini; ya da (b) şartlar göz önünde tutularak, zarara neden olan hatanın, kendisi tarafından ürün piyasaya sürüldüğünde mevcut olmadığı veya bu hatanın daha sonra meydana geldiği yönünde ihtimallerin bulunduğunu; ya da (c) ürünün kendisi tarafından, ne satış veya ekonomik amaçlı olarak herhangi bir şekilde dağıtım için imal edildiğini ne de ticari faaliyetleri çerçevesinde imal edildiğini veya dağıtıldığını; ya da (d) hatanın, ürünün kamu otoriteleri tarafından çıkarılan zorunlu düzenlemelere uygunluğunun sağlanması nedeniyle oluştuğunu; ya da (e) ürünü piyasaya sürdüğünde mevcut olan bilimsel ve teknolojik bilgi düzeyinin bir hatanın varlığının tespit edilmesine olanak tanıyacak nitelikte olmadığını; ya da (f) bileşen imalatçısı söz konusu olduğunda, hatanın bileşenin dâhil edildiği ürünün tasarımına veya bu ürünün

haller olsun. 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında ise, üreticinin sorumluluktan kurtuluş sebepleri, 21/2. fıkrada düzenlenmişti. İlgili fıkra göre *“İmalatçı veya ithalatçı;*

a) Ürünü piyasaya kendisinin arz etmediğini,

b) Uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını,

c) Üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını, ispatladığı takdirde bu Kanunda düzenlenen idari yaptırımlar uygulanmaz”. İşte imalatçı veya ithalatçının, bu ilgili fıkra da belirtilen şartlardan birini ispatlaması halinde, tazminat sorumlulukları kalkmaktaydı (1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m. 21/3). Bu üç kurtuluş sebebi, AB'nin 85/374 sayılı Direktifinde de, yer almaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku'nda ürün sorumluluğu ile ilgili yapılacak düzenlemede de, bu kurtuluş sebeplerine yer verilmelidir.

Bununla birlikte 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında, AB'nin 85/374 sayılı Direktifinden farklı olarak, üreticinin sorumluluktan kurtuluş sebeplerinden ikisine yer verilmemişti. Bu kurtuluş sebeplerinden ilki, *“ürünün satış veya benzeri yollarla piyasaya sürerek kazanç sağlama amacıyla üretilmemiş olması veya üreticinin mesleki-ticari faaliyeti çerçevesinde üretilmemiş ya da piyasaya sürülmemiş olmasıdır”.* İkincisi ise, *“ürünün piyasaya sürdüğünde mevcut olan bilimsel ve teknolojik bilgi düzeyinin hatanın varlığının tespit edilmesine olanak vermemesidir”.* Bu ikinci kurtuluş sebebinin (inkişaf hatasının), 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısında düzenlenmemesi, AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle uyumlu olmadığı sonucunu doğuramaz. Zira ilgili Direktifte, üye devletlere, inkişaf hatasını kurtuluş sebebi olarak düzenleme/düzenlememe serbestisi tanınmıştır¹⁶⁹. Fakat Türk Hukuku'nda ürün sorumluluğu ile ilgili yapılacak düzenlemede, *“ürünün satış veya benzeri yollarla piyasaya sürerek kazanç sağlama amacıyla üretilmemiş olmasına veya üreticinin mesleki-ticari faaliyeti çerçevesinde üretilmemiş ya da piyasaya sürülmemiş olmasına”* ilişkin kurtuluş sebebine de, yer verilmelidir. Böylece sorumluluktan kurtuluş sebepleri, AB'nin 85/374 sayılı Direktifiyle uyumlu olmuş olur.

imalatçısı tarafından verilen talimatlara atfedilebilir olduğunu” (https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil%2028%20Tuketecinin%20ve%20Sagligin%20Korunmasi/3198510374_tr.pdf) (E.T.: 08/03/2019)

¹⁶⁹ AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m. 15 / 1-b'de üye devletlere inkişaf hatasını kurtuluş sebebi olarak kabul edip etmeme serbestisi tanınmıştır (KIRCA, s. 178).

SONUÇ

Çalışmamızda “*Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler*” ele alınmıştır. Bu genel düşünceler, özellikle AB'nin 85/374 sayılı Direktifi ile 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı dikkate alınarak izah edilmiştir.

1. Çalışmada açık biçimde ortaya konduğu üzere; ürün sorumluluğu, kusursuz sorumluluk türlerinden objektif özen sorumluluğu çerçevesince ele alınması gereken bir sorumluluktur. Hâlihazırda ise ürün sorumluluğunun yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu eksikliğin giderilmesi aciliyet kespsetmektedir. Bunun için ya 6098 sayılı TBK'ya eklenecek bir kanun hükmü ve bu hükme bağlı olarak çıkarılacak yönetmelikle yahut Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu gibi özel bir kanunla detaylı bir şekilde düzenlenme yoluna gidilmelidir. Bu düzenleme de kurtuluş kanıtı getirilemeyen sorumluluk boyutu muhafaza edilmelidir.
2. Ürün sorumluluğu kapsamında, ürün bir üretim süreci sonucunda üretilen her türlü taşınırlardır. Ayrıca taşınır ürünler, bir başka taşınır ya da taşınmaza dâhil edilmiş olsalar dahi, sorumluluk açısından ürün niteliğini kaybetmemelidir. Diğer yandan elektrik ve benzeri doğal güçler de, ürün olarak nitelendirilmelidir. Ürün sorumluluğunun doğması için ürünün hatalı olması gerekir. Hatalı ürün, başkalarının vücut ve/veya malvarlığı değerlerinde zarar tehlikesi oluşturan bir eksikliği ifade eder. Bu eksiklik, üründen beklenen haklı güvenliğin sağlanamamasından doğan eksikliklerdir.
3. Ürün sorumluluğunda, hatalı ürün bir zarara neden olmalıdır. Söz konusu zarar, ölüm ve/veya yaralanmaya ve/veya hatalı ürün dışında herhangi bir mala gelen zararı ifade eder. Fakat mala gelen zararlar bakımından, üreticiye başvurabilmesi için, bir alt sınır belirlenmelidir. Kanaatimizce bu parasal sınır, senetle ispat zorunluğunu düzenleyen HMK m. 200'deki parasal sınır olabilir. Şüphesiz hatalı ürün ile meydana gelen zarar arasında da uygun illiyet bağı gereklidir.
4. Hatalı ürün sebebiyle sorumluluk doğduğunda, zarar gören, üreticiden tazminat talep edebilir. Bu bağlamda, zarar gören, hatalı ürünler nedeniyle ölen ve/veya yaralanan ve/veya kullarımdaki diğer malları zarara uğrayan kimsedir. Üretici ise, piyasaya sürülmüş ürünleri veya bu ürünlerin hammaddelerini veya ara ürünlerini üreten ile ürün üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak kendisini ürünün üreticisi olarak tanıtan veya ithal eden kişidir. Keza dağıtıcılar da, üreticinin veya ithalatçının kimliklerinin belirlenemediği hallerle sınırlı kalmak üzere, üretici kabul edilmelidir.

5. Üretici, tazminatla sorumlu olacağı hallerde, kurtuluş kanıtı, yani dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır. Fakat üretici, AB'nin 85/374 sayılı Direktifi m. 7'de, tahdidi olarak sayılan kurtuluş kanıtlarından birini (inkışaf riski hariç) ispat ederse, sorumlu olmamalıdır. Ürün sorumluluğunda ispat yükü de, zarar gören kimsenin üzerindedir.

KISALTMALAR

| | |
|----------------|--|
| ABD | : Ankara Barosu Dergisi |
| AAÇD | : Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜSBFD | : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi |
| B. | : Başlık |
| BATİDER | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| Bkz. | : Bakınız |
| C. | : Cilt |
| DEÜHFD | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| E. | : Esas |
| eTKHK | : 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| EÜHFD | : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| GÜHFD | : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HD. | : Hukuk Dairesi |
| HGK. | : Hukuk Genel Kurulu |
| HMK | : 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu |
| İKÜHFD | : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| TBMM | : Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| İTÜSBD | : İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi |
| İÜHFM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| K. | : Karar |
| MÜHFAD | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi |
| MÜHFD | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| s. | : sayfa |
| S. | : Sayı |
| TBBD | : Türkiye Barolar Birliği Dergisi |
| STHS | : Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu |
| TBK | : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| TKHK | : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun |

TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
Y. : Yıl
YARG : Yargıtay
YD : Yargıtay Dergisi
YY. : Yüzyıl

AB'nin 85/374 sayılı Direktifi: 85/374 Sayılı Hatalı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin İdari ve Hukuki Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Direktifi

25137 sayılı AMNOZHY: Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik

1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı: Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarı

KAYNAKÇA

AKÇAAL, Mehmet: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlâç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu", ABD, S. 3, Ankara 2012, s. 253-290.

AKÇURA KARAMAN, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.

AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, 9.Baskı, Konya 2016.

AKÜNAL, Teoman: Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, YD., C. 14 S. 3, Ankara 1988, s 227 vd.

ALTOP, Atilla: "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı", İKÜHFD, C. 3, S. 1-2, İstanbul 2004, s. 3-14.

ANTALYA, Gökhan: "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", MÜHFD, C. 14, S. 4, İstanbul 2006, s. 63-83. (Kısaltılmışı: **ANTALYA**, Sorumluluk)

ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018. (Kısaltılmışı: **ANTALYA**, Borçlar)

ARAL, Fahrettin /**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2015.

ASLAN, İ. Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2014.

ATABEK, Reşat: "Yapıcının Sorumluluğu", BATİDER, C. 10, S. 1, Ankara 1979, s. 173-178.

ATAMER, Yeşim: "Tüketici Satım Sözleşmesine İlişkin TKHK m. 4'e Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri", BATİDER, C. XXIV, S. I, Ankara 2007, s. 81-108 (Kısaltılmışı: **ATAMER**, Tüketici).

ATAMER, Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996. (Kısaltılmışı: **ATAMER**, Haksız Fiil)

ATAMER, Yeşim: Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996. (Kısaltılmışı: **ATAMER**, Sorumluluğun Sınırlandırılması)

ATASOY, Ömer Adil/**TAŞKIN**, Mustafa /**ACAR**, Hakan: Tüketiciyi Koruma Hukuku İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları, 2. Baskı, Ankara 2000.

AYDOĞDU, Murat: Ayıplı Araçların Satışlarında Tüketici Hakları, Özellikle Araç Değişimi ve İadesinde Karşılaşılan Sorunlar, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2014.

AYDOĞMUŞ, Hale: Ürün Sorumluluk Sigortasında Teminatın Kapsamı ve Riziko, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 2017.

AYDOS, Oğuz Sadık: “Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü”, GÜHFD, C. XVII, S.1-2, Ankara 2013, s. 1785-1802 (Kısaltılmışı: **AYDOS**, Risk)

AYDOS, Oğuz Sadık: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009. (Kısaltılmışı: **AYDOS**, Ürün)

CANPOLAT, Önder: Üretici ve Sorumluluğu, ABD, S. 2, Ankara 2013, s. 371-398.

ÇINAR, Ömer: “Avrupa Konseyinin 25.07.1985 Tarihli ve 85/374 sayılı Yönergesi ve Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik Hükümlerine Göre Ayıp Kavramı”, İTÜSBD, C. 9, S. 18, İstanbul 2010, s. 135-151.

DALCI, Nurcihan: “TBK md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu”, TBBD, S. 114, Ankara 2014, s. 49-78.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: “Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa In Contrahendo ve Güven Sorumlulukları”, STHS, Ankara 2009, s. 219-230.

DESCHENAUX, Henri/**TERCIER**, Pierre:(Çeviren: Salim **ÖZDEMİR**) : Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.

DEUTSCH, Erwin: (Çeviren; Şeref **ERTAŞ**): “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri: Temyiz Kudreti, Hukuka Aykırılık, Kusur ve Tehlike Sorumluluğu”, DEÜHFD, C. 2, S. 2, İzmir 1981, s. 245-259.

DİNÇ, İnan Deniz: Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, İstanbul 2017.

EREN, Fikret: Borçlar Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.

ERLÜLE, Fulya: “Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge”, (Yönerge) Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, s. 419-434. (Kısaltılmışı: **ERLÜLE**, Tüketim Malları)

ERLÜLE, Fulya: “*Yapımcının Sorumluluğu*”, MÜHFAD, C. 14, S. 4, İstanbul 2008, s. 310-330. (Kısaltılmışı: **ERLÜLE**, Yapımcının Sorumluluğu)

ERLÜLE, Fulya: Avrupa Topluluğu Konsey Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002 (Kısaltılmışı: **ERLÜLE**, Sorumluluk).

GÖKCAN, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara 2016.

GÖNENÇ, Fulya İlçin: “*Haksız Fiil Sorumluluğu’nun Tarihsel Gelişimi*”, MÜHFAD, C. 14, S. 4, İstanbul 2008, s. 13-28.

GÜMÜŞ, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014.

GÜNERGÖK, Özcan: “*Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü*”, EÜHFD, C. XII, S. 3-4, Erzincan 2008, s. 313 -350.

HAVUTÇU, Ayşe: İmalatçının Sorumluluğu Ankara 2005. (Kısaltılmışı: **HAVUTÇU**, İmalatçı).

HAVUTÇU, Ayşe: “*6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal ve Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı ‘Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden’, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini*”, Ankara 2016, C. 2, s. 91-114. (Kısaltılmışı: **HAVUTÇU**, Ayıplı Mal).

İLHAN, Cengiz: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006.

İNAL, Tamer: “*Tıp ve İlaç Sektöründe Ürün Güvenliği, Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*”, Ankara 2016, s. 330-356.

KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007.

KALKAN, Arif: Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara 2018.

KAPLAN, İbrahim: “*İmalatçının Sorumluluğu*”, BATİDER, C. XIII, S. I, Ankara 1985, s. 135-150 (Kısaltılmışı: **KAPLAN**, Sorumluluk).

KAPLAN, İbrahim: “*Kanun Yapma Tekniği*”, AÜSBFD, C. 47, S. 1, Ankara 1992, s. 99-101. (Kısaltılmışı: **KAPLAN**, Kanun)

KARAMAN, Tuba: “*Üreticinin Sorumluluğu*”, STHS, Ankara 2009.

KARAYALÇIN, Yaşar: “*İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler*”, ABD, S. 4, Ankara 2007, s. 107-120.

KILIÇ, Mehmet: Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar, AAÇD, C. 9, S. 2, Ankara 2010, s. 67-92.

KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, C. 1, Ankara 2002. (Kısaltılmışı: **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk)

KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Hukuku, Ankara 2016 (Kısaltılmışı: **KILIÇOĞLU**, Tazminat).

KILIÇOĞLU, Mustafa: Borçlar Genel Hükümler, Ankara 2018. (Kısaltılmışı: **KILIÇOĞLU**, Borçlar).

KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

KIRCA, İsmail /**AYDIN**, Ramazan: “İnkışaf Riski, İmalâtçının/Üreticinin Sorumluluğu”, Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.679- 690. (Kısaltılmışı: **KIRCA / AYDIN**, İnkışaf Risk,).

KIRCA, Çiğdem /**AYDIN**, Ramazan: “*Produkthaftung im Türkischen Recht*”, Recht Der Internationalen Wirtschaft, Y. 53, S. 8, Frankfurt 2007, s. 587-594. (Kısaltılmışı: **KIRCA / AYDIN**, Produkthaftung,).

KULAKLI, Emrah: Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2012.

LARENZ, Karl: Lerhbuch Des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 2. Halbband, Dreizehnte, Völlig Neuverfarteß Auflage, München 1994.

NARTER, Sami: Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu Tazminat Hukuku, Ankara 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal /**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, C. 2, 10. Baskı, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal /**SELIÇİ**, Özer/**OKTAY/ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, 20 Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017.

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G: Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini, AÜHFD, C.67 S.3, Ankara 2018: 495-534 (Kısaltılmışı: **ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, Ürün)

ÖZEKES, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, Ankara 2016.

ÖZEL, Çağlar: “*Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler*”, AÜHFD, C.50, S. 4, Ankara 2001, s. 81-106.

ÖZEL, Çağlar: “*Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 771-788. (Kısaltılmışı: **ÖZEL**, Yapımcının Sorumluluğu)

ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2014. (Kısaltılmışı: **ÖZEL**, Tüketici)

ÖZLENER ÇİĞ, Ayşe: *Ürün Sorumluluğu Sigortasında Teminatın Kapsamı*, İstanbul 2016.

ÖZSUNAY, Ergun: *“Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk Yapıcının Sorumluluğu”*, BATİDER, C. X, S. I, Ankara 1979, s. 108- 122. (Kısaltılmışı: **ÖZSUNAY**, Yapıcının Sorumluluğu)

ÖZSUNAY, Ergun: 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Otomotiv Sektöründe Tüketici Hukuku ve Sorunlar, Ankara 2013, s. 474-506. (Kısaltılmışı: **ÖZSUNAY**, Otomotiv)

ÖZTAN, Bilge : *İmalatçının Sorumluluğu*, Ankara 1982.

PETEK, Hasan : *İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2009.

POLAT, Alperen: *Sorumluluk Hukukunda Rıza*, İstanbul 2019.

REİSOĞLU, Safa: *Borçlar Genel Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul 2013.

SERMİN PAKSOY, Meliha /**ARSLAN DEMİR**, Gizem: *Üreticinin Sorumluluğun TBK 71 Kapsamında Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S.2, Yıl 2013, s. 299–316.

SEROZAN, Rona: *“Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”*, Yavuz Alangoya Armağan, İstanbul 2007, s. 715-741. (Kısaltılmışı: **SEROZAN**, Haksız Fiil)

SEROZAN, Rona: *“Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri”*, İÜHFİM, C. 61, S. 1-2, İstanbul 2003, s. 339-356 (Kısaltılmışı: **SEROZAN**, Tüketici).

SEROZAN, Rona: *“Teferruat Niteliğindeki Eşyanın Hukuki Rejimi”* İÜHFİM, C. 41, S. 1-2, İstanbul 1978, s. 235-253 (Kısaltılmışı: **SEROZAN**, Eşya).

TAHİROĞLU, Bülent: *“Kusursuz Sorumluluk Halleri ve Modern Hukuka Etkisi”*, MÜHFİM, C. 14, S. 4, İstanbul 2008, s. 157-170.

TANDOĞAN, Haluk: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara 1981. (Kısaltılmışı: **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk).

TANDOĞAN, Halûk: *Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara 1963. (Kısaltılmışı: **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahıs).

TANDOĞAN, Haluk: *Mes’uliyet Hukuku*, İstanbul 2010. (Kısaltılmışı: **TANDOĞAN**, Mes’uliyet)

TARMAN, Zeynep Derya: *“Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış”*, İÜHFİM, C. 56, S.2, İstanbul 2007, s. 299-326.

TİFTİK, Mustafa : Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994. (Kısaltılmışı: **TİFTİK**, Akit Dışı)

TİFTİK, Mustafa: Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005, s. 56-57. (Kısaltılmışı: **TİFTİK**, Tehlike)

TİRYAKİ, Betül: “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı İle Mukayesesi”, AÜHFD, C. 55, S. 2, Ankara 2006, s. 229-248 (Kısaltılmışı; **TİRYAKİ**: Şartlar).

TİRYAKİ, Betül: Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara 2007. (Kısaltılmışı: **TİRYAKİ**, Ayıplı)

TÜRKMEN, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III)”, İÜHFMD, C.70, S.2, İstanbul 2012, s. 280.

ÜNLÜTEPE, Mustafa: Organizasyon Sorumluluğu, İstanbul 2016.

YAVUZ, Cevdet: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri”, MÜHFAD, C. 4, S. 4, İstanbul 2008, s. 29-61.

YENİOCAK, Umut: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler, İstanbul 2011.

YILDIRIM, Abdülkerim: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicin Korunması, İstanbul 2009. (Kısaltılmışı: **YILDIRIM**, Mesafeli)

YILDIRIM, Abdülkerim: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”, GÜHFD, C. 17, S. 1-2, Ankara 2013, s. 1015- 1049 (Kısaltılmışı: **YILDIRIM**, Değerlendirme)

YILDIRIM, Hakan: Karayolu Eşya Taşıma Sorumluluk Sigortalarında Riziko ve Menfaat, Ankara 2016.

YILMAZ, Süleyman:Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3, Ankara 2010, s. 551-578.

ZEVKLİLER, Aydın/**AYDOĞDU**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2006.

TAPAN, Mehmet Nuri: Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri Avrupa Adalet Divanı, TBBD, S.3, Ankara 1998, s. 971-1020.

YATIRIM YOLUYLA İKAMET VE VATANDAŞLIK

Residence and Citizenship Through Investment

Dr. Öğr. Üyesi Nazlı TÖRE*

Geliş Tarihi: 08.08.2018 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Bu makale, yatırım programları aracılığıyla ikamet izni ve vatandaşlık kazanılmasını eleştirel yönden incelemektedir. Her ne kadar, pek çok kişi bu tür programları onaylamasa da, devletler giderek kendi yatırım programları kabul etmektedir. Üstelik bunlardan bazıları ülkelerinde yatırım devam ettiği sürece herhangi başka bir şart aramaksızın kendi vatandaşlıklarını yabancılara vermekte istekli görünmektedir. Bununla birlikte yatırım programlarının [vatandaşlık kazandırma niteliğinin] ahlaki/hukuki mülahazalara uygunluğunun ötesinde başka bazı yan etkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla bunların özellikle uluslararası vergi sistemi üzerindeki sonuçları tartışmaya açılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İkamet izni edinme, vatandaşlık edinme, yatırım programları, ahlaki/hukuki mülahazalara uygunluk, uluslararası vergi sistemi. .

ABSTRACT

This Article critically examines the acquisition of residence permit and citizenship through investment programmes. Event hough most of people raise eye brows to these programmes, States are in creasingly adopting their own programmes. Besides, some of them seem to be willing to be stow their citizenship to the immigrants with out searching any extra conditions, as long as investments are sustained on their soil. However, these investment programmes havesome other side-effects beyond their compatibility with ethical/legal considerations. Therefore, one should discuss their consequences on international tax regime.

Keywords: The acquisition of residence, the acquisition of citizenship, investment programmes, compatibility with ethical/legal considerations, international tax regime.

* e-posta: nazlitore@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6609-7808

GİRİŞ

Vatandaşlık, geleneksel olarak kişiyi devlete bağlayan hukuki bir bağ olarak tanımlanmaktadır. Bu bağ, kişi ile devlet arasında bir ilişki doğurur. Bu ilişkide tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Zaman içinde devlet kavramının anlamı hayli değişse de, Antik Yunan'dan beri gücü elinde bulunduranlar kimlerin vatandaşı olduğunu belirleme yetkisine sahiptir. Bugün için milli hukuk sistemlerinin belirlediği sınırlar içinde devleti temsil eden siyasi yetkililer vatandaşlık statüsünü kişilere bağışlamaktadır. Bu da vatandaşlığın daha ziyade siyasi bir birliğe tam üyelik sağlayan bir statü olarak anlaşılmasına vesile olmaktadır¹. Bir kere kimin vatandaşı olduğunu tayin eden devlet, vatandaşlarının hangi haklara sahip olup, hangi yükümlülükleri üstleneceğini de yine bizzat kendisi belirler². Buna karşılık, kişi de devlete tam bir bağlılık gösterir; devletin kendisine tanıdığı haklardan yararlanırken, tevdi ettiği yükümlülükleri yerine getirir. Bütün vatandaşlar medeni, siyasi ve sosyal haklardan istifade ederler³. Belirtmek gerekir ki, bu kategoriler altındaki haklar milli hukuk sistemlerince tanımlandığından ülkeler arasında vatandaşların yararlandığı haklar bakımından farklılıklar görülmesi gayet normaldir. Benzer şekilde, devletler vatandaşlarına farklı yükümlülükler de yükleyebilirler. Burada önemli olan devletin bütün vatandaşlarına eşit hak ve yükümlülükler getirmiş olmasıdır. Devlet bütün vatandaşlarına aynı şekilde davranmalıdır. Çünkü eşitlik vatandaşlığın en temel ilkesidir.

Bu şekilde birbirine denk hak ve yükümlülüklerle sahip olanlar da en nihayetinde devlete karşı bir bağlılık hisseder. Günümüzde bu bağlılığın derecesi sorgulanmaktadır. Zira devletler, 20. yüzyıl boyunca vatandaşlarından tam bağlılık talep etmişler ve bu bağlılığı zedeleyici çifte/çok vatandaşlık durumunu yasaklamışlardır. Bu durum, 1990'lı yıllardan sonra büyük ölçüde değişmiştir. Özellikle son 20 yılda, birçok ülkede yapılan kanun değişiklikleriyle çifte/çok vatandaşlığa izin verilmeye başlandığını çok net görüyoruz. Bugün milyonlarca kişi birden fazla devletin vatandaşlığını taşımaktadır. Çifte/çok vatandaşlığın sayıca bu kadar artması da yeni vatandaşlık kazanma şekillerinin ortaya çıkışını ve meşru hale gelmesini kolaylaştırmaktadır. Bilindiği üzere, vatandaşlık ya doğum anında ve doğum sebebiyle (aslen) ya da doğumdan sonra ve doğum dışı yollarla (müktesep olarak) kazanılmaktadır. Son yıllarda vatandaşlığın yatırım yoluyla kazanılması ise hayli popülerleşen nispeten yeni bir vatandaşlık kazanma şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten son 30 yıldır, devletler ülkelere yatırım yapan kişilere yönelik vatandaşlıklarını

¹ ROSTEK, Karolina/ DAVIES, Gareth: The Impact of Union Citizenship on National Citizenship Policies (2007), Tulane European & Civil Law Forum, Vol.22, s. 94.

² MUNDLAK, Guy: Industrial Citizenship, Social Citizenship, Corporate Citizenship: I Just Want My Wages (2007), Theoretical Inquiries in Law, Vol.8, s.721.

³ Bu konuda bkz. MARSHALL, Thomas H.: Class, Citizenship and Social Development (Greenwood Press 1973) (first published in 1950)

kazandırıcı programlar geliştirmektedir. Bu durum, seyahat kolaylığı ve mevcut varlıklarını depolayacakları güvenli bir yer arayışında olan net geliri yüksek kişileri (high net worth individuals) sevindirmektedir⁴.

Öte yandan, bu son gelişmeler karşısında bir devlete bağlılığın temel göstergesi olan vatandaşlığın yeniden tanımlanması zarureti doğmuştur. Zira bu haliyle vatandaşlık yekpare ve yersel olmaktan çıkıp, bölünüp/çoğalabilir ve taşınır bir hal almıştır. Kuşkusuz bunda vatandaşlığa kabul konusunda yeni stratejilerin geliştirilmesi, vatandaşlığın araçsal kullanımlarının yaygınlaşması ve her halükarda vatandaşlık algılamasındaki köklü değişim etkili olmuştur. Stratejik vatandaşlık yaklaşımı, bu şekilde, ulus kimliğinin ve yersel kökleşmenin mukaddes bir simgesi olan geleneksel vatandaşlık anlayışını zayıflatırken, vatandaşlığın mevcut anlamı ve değerinin ortaya konmasında itici bir güç olarak karşımıza çıkmıştır. Dünyada devletlerin gelişmişlik seviyeleri arasındaki büyük farklılıklar kişileri ikinci bir devlet vatandaşlığı edinmek durumunda bırakmaktadır. Çifte/çok vatandaşlığın kendilerine sağladığı faydayı maksimize etmek isterken, kişiler ikinci vatandaşlığın kendilerine getirdiği ekonomik avantajlardan, seyahat özgürlüğünden, bir tür güvenlik hissinden ve üst düzey bir sosyal statüden istifade etmektedir.

I. Vatandaşlığın Tarihi Gelişimi Sürecinde Dışlayıcı Bağlılığın Yükselişi ve Düşüşü

Bugün anladığımız şekliyle vatandaşlığın temelleri, esas itibariyle, Fransız Devrimi'nde atılmıştır. Bu, aynı zamanda modern öncesi bireysel ve toplu kategorilerde yer alan dağınık hakların yerini yeknesak milli sistemin eşit haklarının aldığı ve ulus devlet sınırlarının kalın çizgilerle belirlendiği bir sürecin doruk noktası olarak görülebilir⁵. Zira bu andan itibaren iki yüzyıl içinde liberalizmin yükselişine eşlik eden bir süreçte vatandaşlık verilmesinde geçerli ilkeler üzerinde iki önemli değişiklik meydana gelmiştir. Birincisi, 19. yüzyılın son döneminde, ömür boyu süren, kalıcı bir bağlılık içeren vatandaşlığın yerini seçime bağlı olup, hala dışlayıcı bir statü anlamına gelen vatandaşlık almıştır. İkincisi, 20. yüzyılın sonunda dışlayıcı vatandaşlık da yerini yavaş yavaş örtüşen/bağdaşan vatandaşlığa terk etmiştir. Özellikle bu sonuncusu yatırım vatandaşlığını ortaya çıkartan vatandaşlık stratejilerinin benimsenmesinde temel oluşturmuştur.

19. yüzyılda meydana gelen kalıcı bir bağlılık yaratan ömür boyu vatandaşlıktan seçime bağlı vatandaşlığa geçiş hadisesi liberalizme atılan önemli bir adım olarak nitelendirilebilir. Çünkü bireyler artık toprağa ve

⁴ Citizenship-By Right orChoice, Fragomen Worldwide, USA (26.12.2017), <http://www.lexology.com> (erişim tarihi: 16.6.2018)

⁵ BRUBAKER, Rogers: CitizenshipandNationhood in France and Germany, Cambridge, MA: Harvard UniversityPress, 1992, s.48.

doğdukları yerin yöneticilerine kaçınılmaz olarak, bir ömür boyu bağlı değillerdir. Bu özgürleşme Avrupalı uluslar ile onların Amerika'daki sömürgeleri arasındaki mücadeleler sonunda kazanılmıştır. Özgürlüklerini elde eden eski Amerikan kolonileri giderek kendi vatandaşlık kurallarını oluşturmaya başlamış ve göçmenlere vatandaşlık vermek suretiyle anavatanına kafa tutmuşlardır. Aslında, Avrupa ulusları en başta kendi vatandaşlarını başka bir ülkeye kaptırma konusunda oldukça isteksiz davranmışlar ve hatta onları askerlik hizmetine almaya ısrarla devam etmişlerdir. Bu türlü mücadeleler en sonunda Amerika Birleşik Devletleri ile İngiltere arasında patlak veren 1812 savaşına yol açmıştır⁶. Bu durum, İtalya ile İspanya hatta Arjantin arasındaki gerilimleri de tetiklemiştir⁷.

19. yüzyılın ortalarında, uluslararası kabul gören tanım uyarınca çifte/çok vatandaşlık vatan hainliği, casusluk ve benzeri vatana bağlılıkla bağdaşmayan faaliyetlerin potansiyel bir kaynağı olarak görülüyordu. 1849'da Amerikalı devlet adamı George BANCROFT "iki eşli bir adamı hoş karşılıyorsak, iki vatanlı bir adamı da hoş karşılayabiliriz." demek suretiyle çifte/çok vatandaşlığa olan karşıtlığını açıkça ortaya koymuştur⁸. 1868'den itibaren BANCROFT, Avrupa devletleri ile BANCROFT Anlaşmaları olarak bilinen çok sayıda iki taraflı anlaşmaya imza atmıştır⁹. Bu anlaşmalar, Amerika'ya göç eden diğer âkit devlet vatandaşlarının, 2 yıl içinde kendi ülkelerine dönmemeleri koşuluyla Amerikan vatandaşlığına alınmalarını öngörmekteydi. Görüldüğü üzere, kalıcı bir bağlılıktan vazgeçmiş olup da vatandaşlığın değiştirilebilirliğini yani seçime bağlı oluşunu kabul etmiş ülkelerde dahi tek bir ulus-devlete koşulsuz bağlılık prensibi üstün gelmiştir.

Dışlayıcı vatandaşlık kuramı esas itibarıyla çifte/çok vatandaşlığı önleyici iki sert prensibe dayanır. Bunlar terk ve seçim prensipleridir. Terk prensibi mucibince yeni vatandaşlığın kazanılması ilkinin terk edilmesine bağlıdır. Seçim prensibi ise, doğum yoluyla çifte/çok vatandaşlık kazanan kişileri, ergin olmalarından itibaren bu vatandaşlıklardan birisini seçmeye zorlamaktadır¹⁰. Yine bu prensip evlilik yoluyla otomatik olarak kocalarının vatandaşlığını kazanan kadınları, bu vatandaşlığı seçmeye mecbur bırakmaktadır¹¹. Son

⁶ SPIRO, Peter J.: Dual Nationality and the Meaning of Citizenship (1997), Immigration & Nationality Law Review, Vol. 46, No.4, s. 491.

⁷ Bu konuda bkz. COOK-MARTIN, David: The Scramble for Citizens: Dual Nationality and State Competition for Immigrants, Palo Alto, CA: Stanford University Press 2013, s.32 vd.

⁸ KOSLOWSKI, Rey: Migrants and Citizens: Demographic Change in the European State System, Cornell University Press 2000, s. 76.

⁹ Bu konuda bkz. WALTER, Michael: The Bancroft Conventions: Second-Class Citizenship for Naturalized Americans (Fall 1978), International Lawyer, Vol.12, No.4, ss.825-833.

¹⁰ Bu konuda bkz. FAIST, Thomas/ GERDES Jürgen: Dual Citizenship in an Age of Mobility, Migration Policy Institute, Bielefeld University 2008.

¹¹ HOWARD, Marc M.: Variation in Dual Citizenship Policies in the Countries of the EU,

olarak, en son kazanılan vatandaşlık önekilere üstün tutulabilir.

19. yüzyılın sonunda ve 20. yüzyılın başında Avrupa'dan daha ziyade Amerika ve Okyanusya'ya doğru büyük bir göç dalgası olmuştur. Bunun neticesinde pek çok kişi doğdukları ülkelerin vatandaşlığını terk edip, yeni geldikleri ülkelerin vatandaşlığına geçmeye başlamıştır. Bu suretle Vestfalyan ulus-devlet sisteminin tutarlılığı korunmuştur. Buna göre bir devletin yersel yetkisi, kendi ülke sınırları içinde kalıcı olarak yaşayanlar üzerinde etkili olacaktır. Dolayısıyla, ulus devleti oluşturan nüfus, toprak ve haklar arasındaki bağlar muhafaza edilecektir¹².

1914'ten önceki göreceli barış döneminde çifte vatandaşlık yasağı genel olarak kabul edilse de, belirtmek gerekir ki, her zaman uygulanabilir olmamıştır. Bu dönemde ülkeler arasında anlaşmazlıklar yaşanmaya başlamış ve akabinde 1. Dünya Savaşı'nın baş göstermesiyle, devletler çifte/çok vatandaşlığa karşı daha önleyici bir tavır sergilemeye başlamıştır. Böylece hem açık olmayan bağlılıklardan kurtulmaya çalışmışlar, hem de askere alım konusunda diğer devletlerle çatışma yaşamaktan imtina etmişlerdir. Bu nedenle, çifte/çok vatandaşlık 20. yüzyılın büyük çoğunluğunda yeni uluslararası düzenin oluşumunda bir engel olarak görülmüştür. Asıl mesele çifte/çok vatandaşlığa sahip kişilerin askere alınmasında yaşanmıştır. Bu bakımdan 1930'ların ortalarından 1960'ların ortalarına kadar imza edilen çoğu uluslararası antlaşmada çifte/çok vatandaşlığa karşı güçlü bir muhalefetin varlığı hiç de şaşırtıcı değildir. Hatta çifte/çok vatandaşlığı engelleyici pek çok çözümün araştırıldığını fark edilmektedir. Buna rağmen 1970'ler ve sonrasında bu antlaşmaların uygulanması giderek zorlaşmıştır. Bu zorluğu şu iki hassas grup yarattı: 1-evli kadınlar ve 2-göçmenler ile bunların göç edilen ülkede dünyaya gelen çocukları. 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra bireysel haklar ve kadının eşitliği konusunda değişen bakış açısına paralel olarak, başka bir devlet vatandaşı ile evli kadınlara doğum yoluyla kazandıkları vatandaşlıklarını korumaları yönünde izin verilmiştir. Benzer şekilde, doğum anında farklı devletlerin vatandaşlıklarını kazanan çocukların¹³ da bu vatandaşlıklarını korumalarına imkân tanınmıştır.

International Migration Review, Vol.39, No. 3, ss.697-720.

¹² CAPORASO, James A.:Changes in the Westphalian Order: Territory, Public Authority, and Sovereignty (Summer 2000), International Studies Review, Vol.2, No.2, s.2.

¹³ Aslında, genel olarak, çocukların doğum anında vatandaşlık kazanmaları öğretide çokça sorgulanmıştır. Kimi yazarlar vatandaşlığı zımni olarak ergenlikle ilişkilendirdiğinden çocukların vatandaşlığını yok saymaktadır. Diğerleri ise çocukları geleceğin vatandaşı olarak gördüğünden, bunları 'bekleyen vatandaşlar'(citizens-in-waiting), 'öğrenci/öğrenici vatandaşlar' (learnercitizens), 'çırak vatandaşlar' (apprenticecitizens) olarak adlandırmaktadır. Bu yönüyle, söz konusu vatandaşlık 'yapım sürecindedir' diyebiliriz. Bu tartışmalar için bkz. LISTER, Ruth: WhyCitizenship; Where, Whenand How Children (2007), TheoreticalInquiries in Law, Vol.8, s.697.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, özellikle son 20 yılda çifte/çok vatandaşlığın nispeten artan bir biçimde¹⁴ temel bir insan hakkı olarak kabul edildiğini görüyoruz. Devletler, bir yandan yurtdışındaki vatandaşlarını elde tutmaya çalışırken; diğer yandan ülkelerindeki yabancıları vatandaşlığa almaktadır. Unutmamak gerekir, çifte/çok vatandaşlığın kabulü anlamına gelen bakış açısındaki bu değişiklik, küreselleşmeyle birlikte ortaya çıkan uluslararası bir konjonktürün neticesidir¹⁵. Sosyal refah haklarının erozyonu, büyük çatışmaların yokluğu ve uluslararası insan hakları rejiminin yaygınlaşması neticesinde ulus-devletin bir söz hakkı artık kalmamıştır. Çifte/çok vatandaşlık hâlihazırda Batı Avrupa'nın yeni popülistleri arasında tartışılıyor olsa da, pek çok demokratik ülkede çifte/çok vatandaşlığın kabulü çoktan bir norm halini almış görünmektedir.

II. Yatırım Vatandaşlığının Ortaya Çıkışı

Dışlayıcı vatandaşlıktan bir sapma anlamına gelen çifte/çok vatandaşlığın kabulüyle birlikte yeni vatandaşlık kazanma şekilleri ortaya çıkmıştır. Yatırım yoluyla kazanılan vatandaşlık da bu yeni vatandaşlık şekillerinden birisidir. “Yatırım Vatandaşlığı” veya “Ekonomik Vatandaşlık” olarak da adlandırılan bu yeni vatandaşlık şeklinin ortaya çıkışı esas itibarıyla dünyadaki son ekonomik ve siyasi gelişmelerin bir ürünüdür. Gerçekten 2008 yılında yaşanan küresel ekonomik kriz birçok ülkeyi yeni kaynaklar yaratma konusunda farklı arayışlara itmiştir. Bu ülkeler çözümü yabancı yatırımcılara ikamet (oturma) hakkı ve vatandaşlık vermekte bulmuştur¹⁶.

Öte yandan, dünyanın farklı coğrafyalarında son siyasi gelişmelere bağlı olarak yaşanan karışıklıklar/çatışmalar ve bunun neticesinde ulusal sınırları aşan insan hareketliliği Avusturya, Bulgaristan, Hırvatistan, Makedonya, Almanya, Yunanistan, Macaristan, Romanya, Sırbistan, Slovenya gibi Avrupa içinden; Kanada ve Avustralya gibi Avrupa dışından birçok Batılı ülkeyi sınırlarını kapatmak noktasına getirmiştir. Bunu takiben, Batılı ülkelerin birer birer sınırlarını kapatmasıyla birlikte Orta Doğu, Afrika, Çin, Rusya ve Hint

¹⁴ Bu konuda bkz. FAIST, Thomas: *Dual Citizenship in Europe: From Nationhood to Societal Integration*, London: Routledge 2007; HANSEN, Randall/ WEIL, Patrick: *Dual Nationality; Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe; The Reinvention of Citizenship*, New York: Berghahn Books 2002; KORCELLI, Piotr: *Current Issues Related to Immigration and Citizenship: The Case of Poland in From Aliens to Citizens; Redefining the Status of Immigrants in Europe* (ed. Rainer BAUBÖCK), Brookfield: Ashgate, ss.121-133; ZAWADA, Przemyslaw: *Dual Citizenship in Poland and Israel: Selected Legal Aspects in a Comparative Perspective* (2018), *Polish Political Science Yearbook*, Vol. 47, Issue 2, s. 303.

¹⁵ POGONYI, Szabolcs: *Dual Citizenship and Sovereignty* (2011), *Nationalities Papers*, Vol.39, Issue 5, ss. 685-704.

¹⁶ SAVVA, Charlie P./SAVVA, Charles: *Citizenship by Investment-The Fastest Route to EU Citizenship* (23.3.2018), <https://www.lexology.com> (erişim tarihi: 26.6.2018)

Kıtası gibi dünyanın çeşitli bölgelerinden gelen ve net geliri yüksek kişiler, pek çok genel ve özel sebeplerden ötürü, yatırım programları yoluyla ikinci bir devlet vatandaşlığını kazanmak suretiyle bu sınırları aşmaya başlamışlardır.

2017 yılına gelindiğinde, küresel anlamda daha da artan ekonomik ve siyasi riskler, ülkeler arasındaki gerginlikler, yatırımcılara yönelik ikamet hakkı veya vatandaşlık kazandırıcı programlara karşı talebin katlanarak çoğalacağına işaret etmektedir. Bu yönde İngiltere'nin Avrupa Birliği'nden (AB) ayrılışı (BREXIT), Amerika'daki yeni başkanlık dönemi, AB ülkelerinde artış gösteren radikal ulusalcı akımlar ve Ortadoğu'da derinleşen sorunlar bu izlenimi güçlendirmektedir. Zira varlıklı insanlar vizesiz seyahat lüksü, kendi ülkelerindeki iç karışıklıklardan kaçabilecekleri güvenli yeni bir ikamet yeri edinme, kendileri ve aileleri için iyi bir eğitim ve sağlık hizmeti alma, iş etkinlikleri geliştirme ve sadeleştirme olanaklarından faydalanmak istemektedir. Bunun için, bu kişiler gayrimenkul ve devlet tahvili alımı, hibe, yatırım hesabı açılarak veya iş kurulması suretiyle veyahut bunların bir kombinasyonu ile yabancı bir ülkede faaliyette bulunmaktadır. Bu şekilde, devletler önceden tayin ettikleri yöntemlerle bu kişilere kendi ülkelerinde belli oran ve miktarlarda yatırım yapmaları karşılığında, yabancı yatırımcılara vergi kolaylıklarıyla başlayan, bedava yatırım yeri temini gibi çeşitli finansal teşviklerle devam eden ve en sonunda uzun dönem ikamet izni ve hatta vatandaşlık kazandırmaya varan imkânlar sunmaktadır. Bu değiş-tokuş, yatırım programları aracılığıyla yapılmaktadır.

Yatırım programları, ikamet şartlı vatandaşlık veya doğrudan vatandaşlık sağlamalarına göre temelde ikiye ayrılmaktadır. İkamet şartlı programlarda ilk etapta ikamet hakkı sağlanmaktadır. Burada vatandaşlığın verilmesi, yatırımın devam etmesine bağlı kılınmıştır. Bugün için birçok ülkenin ikamet şartlı yatırım programlarını tercih ettiğini görüyoruz. Yatırım vatandaşlığında devlet ile kişi arasında sıkı bir bağ aranmamaktadır. Devletin ülkesine belirli oran ve miktarda yatırım yapan herkes, o devlet vatandaşlığını bir süre sonra elde edebilmektedir. Bu da hem teorisyenlerden hem uygulayıcılardan kişiler arasındaki eşitliği bozarak, sosyal dayanışma unsurunu yok ettiği için hâlihazırda yoğun eleştiri almaktadır. Bu sebeple, ülkeler yatırım programları aracılığıyla doğrudan vatandaşlık vermekten imtina etmektedir. Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri'nin EB-5 olarak isimlendirilen programı herhalde verilebilecek en iyi örnektir¹⁷. EB-5 programı, Amerikan vatandaşlığı kazanmak isteyenler arasında hayli popülerdir. Esas itibarıyla, 1990 tarihli Göç ve Vatandaşlık Kanunu'nun bir parçası olarak tasarlanan program, yabancı devlet vatandaşlarına Amerikan vatandaşı olabilmeleri için 2 yol sunmaktadır.

¹⁷ GORMAN, Thomas O.: SEC files another case tied to the EB-5 path to citizenship program (2.10.2013), <https://www.lexology.com> (erişim tarihi: 5.7.2018)

Bu yollardan ilki, ülkede 1 milyon \$'lık yatırımla (sıfırdan) iş kurup, en az 10 Amerikan vatandaşını istihdam edenlere Yeşil Kart (Green Card) verilmesidir. İkincisi ise, atıl veya kırsal bir alanda 500.000 \$'lık yatırımda bulunanlar için vatandaşlık kazandırıcı bir imkân sunmaktadır. Program, Amerikan Vatandaşlık ve Göç Servisince yürütülmektedir.

Benzer şekilde, İngiltere'de de yabancı yatırımcıların ülkeye girişi ve ülkede yatırım yapması özendirilirken, bunlara doğrudan vatandaşlık verilmemektedir. Bugün için İngiltere'de ülkeye yatırımcı olarak girip, İngiliz ekonomisine önemli katkısı bulunanlara 2 yıllık ikamet sağlayan hızlandırılmış bir sistem kabul edilmiştir. Yine bu kişilere İngiliz vatandaşlığı için başvuruda bulunmaları halinde her yılın 180 gününü İngiltere'de geçirmeleri şartının aranmaması gibi bazı kolaylıklar sağlanmaktadır. İngiliz programında ülkeye girip, önemli yatırımlar yapan yüksek değerdeki yabancılar (high value immigrants) Tier 1 olarak isimlendirilen¹⁸ bir kategoriye dâhil edilmektedir. Sonuç olarak, İngiltere'de önemli finansal yatırımda bulunanlara ilk anda vatandaşlık verilmemekte, bunlara önce hızlandırılmış bir sistemde ikamet izni temin edilmektedir.

III. Yatırım Programları Aracılığıyla İkamet Hakkı ve Vatandaşlığın Satın Alınması

İtalya, yakın zamanda net geliri yüksek kişilerin yaptıkları yabancı yatırımdan elde ettikleri yıllık kazancın % 10'unu vergi bedeli olarak vermeleri karşılığında İtalya'yı ikamet yerleri yapmalarına izin veren yeni bir program açıklamıştır¹⁹. İtalya'ya daha önce yerleşmiş olanlar için en yüksek vergi oranı, gelirin %43'ü ile sabitlenirken, ek bölgesel ve yerel oranlarla bu oran en çok %50'ye ulaşabilmektedir. Sermaye gelirleri için ise daha az bir vergi oranı öngörülmüş. Bunun sonucunda, anılan koşullara uyan yabancıardan yatırım yapıp, kazanç sağlamış olanlar en yüksek marjinal vergi oranlarıyla karşılaşmaktadır. Bu halde, yeni programla hâlihazırda İtalya'da ikamet edenler, şayet İtalya'da veya başka bir yerde vergi oranlarında indirim sağlayıcı diğer mekanizma ve programlardan yararlanmıyorsa, yeni komşularına kıyasla daha yüksek bir vergi ödemek zorunda bırakılmıştır. Burada sorulması gereken asıl soru: İtalya'nın neden bu şekilde bir yatırım programı aracılığıyla mevcut vergi yükümlüleri karşısında yeni göçmenlere öncelik veren bir vergi düzenlemesi yaptığıdır. Bu konuda çoğu gözlemciler yeni vergi rejiminin özellikle BREXIT kaynaklı yeni mesken arayışında olan ultra zengin kimselere yönelik olduğu

¹⁸ Tier 1 (Investor), UK BorderAgency, <https://www.ukba.homeoffice.gov.uk/visas-immigration/working/tier1/investor> (erişim tarihi:6.7.2018)

¹⁹ Special TaxRegimefor New Residents in Italyand EU-Visa, ATU Info, August 2007, <https://www.atu.li/portals/0/download/informationsschreiben/atu-info-august-2017.pdf> (erişim tarihi:6.7.2018)

spekülasyonunda bulunmaktadır²⁰. Bu spekülasyon doğru olsa bile İtalya'nın bu konuda ilk olduğunu iddia etmek yanlış olur. Nitekim Portekiz, Malta, Kıbrıs ve İrlanda gibi ülkeler net geliri yüksek kişileri farklı teşviklerle ikna etmeye çalışmaya çok daha önceden başlamıştır.

Portekiz'de 2013 yılında yabancıların ülkeye girişi ve ikameti konusunda yapılan bir dizi kanun değişikliğinin akabinde yabancılara yaptıkları yatırıma karşılık ülkede ikamet (oturma) izni veren yeni bir mekanizma kabul edilmiştir. "Altın Vize" veya "Altın İkamet" olarak adlandırılan bu mekanizma, Portekiz'de 500.000 € ve üzerinde gayrimenkul almak ve bu yatırımın ilk yılında 7 gün Portekiz'de kalmak şartıyla yabancılara ikamet izni verilmesini sağlamaktadır²¹. Portekiz'in Altın İkamet programı yabancı yatırımcılar için, yatırımcılardan hayatlarının önemli bir kısmını ülkede geçirmesini ve burayı iş etkinliklerine merkez yapmasını isteyen Fransa gibi ülkelerin programlarına kıyasla hayli elverişli görünmektedir²².

Malta hükümeti 2015 yılında açıkladığı yeni bir programla, AB üyesi olmayan ülke vatandaşlarına ülkesine girme ve süresiz ikamet etme hakkı tanıdı. Bunun karşılığında, onlardan Malta hükümetine 30.000 € tutarında hibede bulunmalarını, Malta'da 5 yıllık bir süreçte 250.000 € asgari tutarında yatırım yapmalarını ve ya Malta'dan 320.000 € asgari tutarında gayrimenkul alıp 5 yıl boyunca sahip olmalarını ya da asgari tutarı yıllık 12.000 € olan gayrimenkulü 5 yıl boyunca kiralamalarını şart koşturmaktadır. Bu yeni program mevcut 4 ikamet programına ilave olarak hazırlanmıştır. Bu programdan yararlanan yabancılar Malta'ya sürekli yerleşmek niyetinde olmayıp, daha ziyade belirli bir süre kalmak istemektedir. Dolayısıyla bu bir ikamet değişikliği anlamı taşımaz. Bu yabancılar, Malta'daki kaynak gelirleri ve bazı kazançları üzerinden vergilendirilirler; Malta'ya aktarılmayan Malta dışındaki kaynak gelirleri sebebiyle vergilendirilmezler. Malta'nın bu yeni yatırım programı sayesinde, yabancılara AB vatandaşlığının önü açılmıştır. Malta zaten çifte/çok vatandaşlığı destekleyen bir ülkedir. Bu şekilde Malta'da yatırım yapan yabancılara bütün AB üyesi ülkelere giriş hakkı verilirken, bunun yanında bunların AB sınırları içinde yaşama ve çalışma hakları da bulunmaktadır. Son olarak, bu yabancıların 160'tan fazla ülkeye vizesiz seyahat etme özgürlüğü bulunduğunu da belirtelim²³. Buna karşılık; Malta'nın yeni yatırım programıyla

²⁰ CHRISTIANS, Allison: *BuyingIn: ResidenceandCitizenshipbyInvestment* (2017), Saint Louis UniversityLawJournal, Vol.62, s.51-52.

²¹ SOUSA, Hugo: *Golden Visa and The Investment in Portugal* (15.7.2013),<https://www.lexology.com> (erişim tarihi: 26.6.2018)

²² DŽANKIĆ, Jelena: *Investment-basedCitizenshipandResidenceProgrammes in the EU*, EuropeanUniversityInstitute, Robert SchumanCentrefor Advanced Studies, EuropeanUnionDemocracyObservatory on Citizenship, EUI WorkingPaper RSCAS 2015/08, s.14.

²³ GOSHI, Anisa: *Malta Individual Investor Programme* (29.9.2015),<https://www.lexology.com> (erişim tarihi: 26.6.2018)

sağlamış olduğu imkânlardan bir kısmı Malta'ya vatandaşlık başvurusunda bulunan sıradan göçmenlerin istifade ettiği imkânlarla aynı olduğundan, yatırım programına katılanların talepleri doğrultusunda bazı ek şartları yerine getirmek koşuluyla Malta vatandaşı olmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Kıbrıs Rum Yönetimi' nin 2016 yılında üzerinde bir dizi değişiklik yaptığı "Yatırım Yoluyla Kıbrıs Rum Yönetimi Vatandaşlığı Programı" yabancıların yoğun ilgisiyle karşılaşmıştır. Yapılan değişikliklerle, Kıbrıs önceden 2,5 milyon € olarak saptanan yatırım miktarını KDV ile birlikte 2 milyona çekmiştir. Bu yatırım, ya tek bir gayrimenkul alımı ya da içlerinden bir tanesinin KDV ile birlikte değerinin en az 500.000 € olduğu bir dizi gayrimenkul alımı şeklinde gerçekleştirilir. Bundan böyle, ortak yatırım için başvuruların topluca yapılmasının lüzumu kalmamıştır, artık bireysel başvurular da kabul edilmektedir. Önemli bir değişiklik de artık yabancıların aile fertlerinin de yabancıyla birlikte aynı başvuruda vatandaşlık talep edebilecek olmasıdır. Bununla birlikte başvuruda belirtilen yatırımın en az 3 yıl sürmesi şartı getirilmiştir. Devlet tahvili alımı şeklinde yapılacak yatırımın tutarı ise azami 500.000€ olarak saptanmıştır²⁴.

İrlanda'daki "Yabancı Yatırımcı Programı" na gelecek olursak; söz konusu program Avrupa Ekonomik Alanı (European Economic Area) dışında bulunan ülke vatandaşlarına İrlanda'da öngörülen yatırımı yapmaları karşılığında, kalıcı ikamet hakkı vermektedir. Anılan program 2012 yılında İrlanda hükümeti tarafından hazırlanmıştır. 2014 yılı için Adalet ve Eşitlik Bakanlığı'nın yayımladığı son verilere baktığımızda 41 yatırımcının 40 milyon € tutarındaki yatırımla program kapsamına alındığını görüyoruz. İrlanda'daki Yabancı Yatırımcı Programının uygulanabilmesi için iki temel şart bulunmaktadır. Bunlar yatırım yapan ve yatırımdır. Yatırım yapanın karakteri, net geliri ve yatırım yapacağı bölge büyük önem taşır. Aynı şekilde, yatırımın niteliği de son derece önemlidir. Yabancılar, programa hiçbir sermaye aktarımında bulunmadan da başvurabilir. Yatırımcılar belirtilen altı yatırım yönteminden birisini seçmek durumundadır. Bundan sonra istenen belgeleri zamanında sunmaları kendilerinden beklenir. Başvuru kabul edildikten sonra yatırımın uygulanması safhasına geçilir. Yatırımın gerçekleşmesiyle birlikte, yatırımcı ve ailesi İrlanda'da oturma izni elde eder. Başvurusu kabul edilen yatırımcıya, 5 yıllık ikamet hakkı tanınır. İlk etapta 2 yıl ikamet sağlanır. Bu sürenin sonunda yatırımcının yatırım planına uygun davrandığı, şartları karşılamaya devam ettiği sonucuna varılırsa bir 3 yıl daha ikamet sağlanır. 5 yıllık sürenin sonunda yatırımcı dilerse süresiz (kalıcı) ikamet izni için başvuruda bulunabilir. Bunun dışında başvuru sahibinin sembolik olarak yılın bir gününü İrlanda'da geçirmesi icap eder. Yatırımcı,

²⁴ YIOLITIS, Emily/ LOIZIDES, Demetris/ HADJITOFI, Margarita: Cyprus Amends Citizenship by Investment Program (22.9.2016), <https://www.lexology.com> (erişim tarihi: 26.6.2018)

gerçek ikametini İrlanda'ya taşımak zorunda değildir. Zaten, Yabancı Yatırımcı Programı yatırımcının işlerini yürütürken ve ailesini yönetirken kullandığı konutsal haklarıyla ilgilidir. Belirtmek gerekir ki; İrlanda'daki yatırım programı doğrudan vatandaşlık sağlamaz. Bunun için ayrıca başvuruda bulunmak gerekir. Başvurusu kabul edilen yatırımcılar dilerlerse normal yoldan diğer aranan şartları karşılamaları halinde İrlanda vatandaşlığını kazanabilirler²⁵.

Aslında dünyada birçok ülke arasında zenginleri yatırım programları aracılığıyla kendi vergi yükümlüsünü yapabilmek için kıyasıya bir mücadele sürmektedir. Uluslararası hukuk ve siyaset teorisyenleri uzun zamandan beri vatandaşlığın metalaşması ve paralı vize programlarıyla göçmen kabulü konusunda kafa yormaktadır. Ancak bugüne kadar yapılan analizlerden hiçbirisi bu düzenlemelerde vergi sisteminin oynadığı rolü ve bu düzenlemelerin vergi sistemindeki brüt gelir veya dağılımsal etkilerini içermemektedir. Yine de hükümetler kendi vergi sistemlerini giderek ikamet hakkı ve vatandaşlık vermede bir vasıta olarak kullanmaktadır. Vatandaşlığın bu şekilde stratejik hedefleri karşılamak amacıyla yeniden tanımlanması uluslararası hukukta kabul edilen “devletlerin kendi vatandaşlarını belirleme özgürlüğü” ile de bağdaşır görünmektedir. Diğer devletlerin de bu tür düzenlemeleri saygıyla karşılaması gerekir.

En çok ödeyebilenden elde edilecek gelirin kaybedilmesinin maliyetinin yanında, bu tür yatırım programlarının sonuçlarının öngörülebilir olup olmamasının da artık bir önemi kalmamaktadır. Önemli olan bu maliyetin ne kadar olduğudur. Yatırım programları hedeflerini tutturmuş dahi olsa, ülkelerin bu şekilde vergilerinden yararlanmak için zenginleri “ayartmasının” normatif bir gerekçesi var mıdır? Üstelik şirketlerden farklı olarak gerçek kişilerin bu tarz vergi teşvikleriyle “ayartılması” mümkün müdür? Ayrıca burada “ayartan” pozisyonundaki ülkenin müstakbel göçmenlerin geldikleri kaynak (menşeyi) ülkeden daha zengin veya fakir olması bir fark yaratacak mıdır? İşte normatif gerekçeden türetilen bütün bu soruların cevaplanmasından önce çok iyi bir analiz yapılması gerekir. Öğretide yatırım vatandaşlığı tartışmaya açılırken, vergi gücünün bir biçimde göçü teşvik maksadıyla kullanıldığı farklı yatırım programlarının karşılaştırılması kanaatimizce böyle bir analizde önemli bir adım olacaktır. Çünkü böylelikle uygun bir vergi düzeninin tasarlanması ve kullanımında normatif soruların sorulmasına neden olan faktörlerin bazıları da aydınlatılmış olacaktır. Varlıklı kesimin yatırım programları aracılığıyla vergi kolaylıklarıyla başlayıp, vatandaşlık teminine varan tekliflerle “ayartılmasının” ileride de devam edeceği tespitiyle bu konuda başka çalışmalar yapılmasının son derece değerli olacağına yönelik inancımızı ifade etmek isteriz.

²⁵ GARRETT, Kathleen: Immigrant Investor Programme (30.1.2017), <https://www.lexology.com> (erişim tarihi: 26.6.2018)

IV. Vergi Yükünden Kurtulmak Amacıyla Yatırımcılar Tarafından Edinilen İkamet Hakkı ve Vatandaşlık

Çok uluslu şirketlerin yabancı yatırımlardan elde ettikleri gelirleri vergi için nereye götürecekleri uluslararası vergi planlamalarının odak noktasındaki bir konudur. Hemen her gün haberi yapılan dünyanın en büyük, en bilinen ve belki de en çok kâr elde eden şirketlerinin off-shore (denizaşırı) hesaplarının gizlenmesi hadisesi, aynı zamanda kaynak erozyonu ve kâr transferi (base erosion and profit shifting) kısaca BEPS olarak bilinen ve halen daha devam eden vergi rekabetini önleyici çok taraflı girişimlere bir katalizör niteliğini haizdir. Bir yanda, vergiden kaçmaları için şirketlere bunları nasıl iş veya faaliyet merkezlerini değiştirmek zorunda kalmadan kâr transferi yapmalarına müsaade eden vergi kuralları mevcutken, diğer yanda kaynak erozyonu ve kâr transferi (BEPS) ile mücadele eden programlar bulunmaktadır. Bu programlar, başarılı olmaları durumunda²⁶ ülkeleri kağıt üzerindeki kârı ödüllendirici vergi teşviklerinden vazgeçirip, diğer iş ve faaliyetleri ödüllendirici teşviklerde bulunmaya itmektedir²⁷.

İş ve faaliyet değişikliği, aynı zamanda girişimciler, yöneticiler, iyi eğitilmiş işçiler, diğer kilit personelin de içinde bulunduğu bir grup insan değişikliği anlamına da gelir. Yabancı yanlısı vergi teşvikleri yeni dünya vergi rekabetinde tek ama cesur bir adımdır. Ancak bu tarz teşvikler ve bunların henüz kendilerini böyle bir rekabetin etkilerinden koruma imkânına sahip bulunmayan ülkeler üzerindeki etkileri daha ziyade kaynak erozyonu ve kâr transferine yoğunlaşmış ülkelerin gündeminde değildir.

İtalya'nın yeni programı zenginleri çekmek amacıyla hazırlanmıştır. Ne de olsa, servetleri onları izleyecektir. Ama asıl hedef, şimdilik teşviklerden yararlanan bu yeni göçmen nüfusun teşvikler sona erdiğinde vergi yükümlüsü olmasıdır. Gelir eşitsizliğinin arttığı bir dünyada, ülkeye sadece elit bir göçmen grubunun kabulü mali yönden uygun bir vergi ikameti arayan tüketiciler için coğrafi açıdan hareketli bir alıcı piyasası yaratmaktadır. Sonuç olarak, servetin İtalya'da veya başka bir ülkede toplanması kararı ancak birçok kişisel ve sosyal faktörün değerlendirilmesinden sonra alınır. Ayrıca yabancılara sağlanan kâr-zarar maliyeti de burada göz önünde tutulur.

Yabancı yatırımcı programlarının vergi sistemi üzerindeki sonuçları hesaplanırken bu tür programlar arasında bir ayırım yapılmalıdır; çünkü bunların hepsi ülkede ikamet edenlere vergi indirimi sunmaz. Bu bakımdan vergi indirimi sunan ve sunmayan programlar arasında yapılan böyle ayrımlar

²⁶ Aslında bu ihtimal oldukça zayıftır. Çünkü hiçbir ülke tek başına böyle bir mücadelenin içine girmemektedir. Bu yönde DHARMAPALA, Dhammika: What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting?, A Review of the Empirical Literature, CESIFO Working Paper, No.4612, Category 1: Public Finance, January 2014, s.3.

²⁷ BRAUNER, Yarıv:Whatthe BEPS? (2014) Florida TaxReview, Vol.16, No.2, s. 55, 95, 97.

sırf gelecekteki servetlerini korumak güdüsüyle hareket eden ve aslında toplumun geneline uyumsuz müstakbel göçmenlerin yersel (coğrafi) bağlarının görece değerinin de güçlü bir hatırlatıcısı olmaktadır. Burada, vergi rekabetinin diğer şekillerinde, daha küçük ve fakir ülkeler için G7 ve OECD ülkelerine²⁸ kıyasla bir dezavantaj bulunmaktadır; o da bu ülkelerin zengin göçmenleri kendilerine çekmek için daima vergi sistemlerinin bütünlüğünü bozucu tavizler vermek zorunda kalmasıdır. Gerçekten küçük ve fakir ülkeler programlarında daha düşük fiyatlar tayin etmektedir. Bu ülkeler mali teşviklerde çok daha fazlasından vazgeçerken, kayıp gelirlerin vergi yükünün başka sektörler kaydırılması yoluyla telafi edilmesinde daha az esnek davranmaktadır. Bu dezavantaja ek olarak, bu anılan ülkeler kendi yüksek yetenekli ve net geliri yüksek nüfusunun başka ülkelere göç etmesini önlemeye çalışmaktadır. Çünkü bu göçler, onları ekonomik, sosyal ve siyasi yönden olumsuz etkilemektedir. İtalya'nın programı, Birleşik Krallık ve Portekiz gibi benzer programlar yürüten ülkelerin programları gibi, belirli gelire sahip olan vatandaşlara vergi indirimi öngörmektedir²⁹. Diğer programlar da özel vergi muafiyetleri taahhüt etmese de ülkede belirli bir zaman diliminde iş kurma, istihdam sağlama, taşınmaz edinme gibi belirli bir yatırım yapılması karşılığında ikamet veya vatandaşlık vadetmektedir. Bu programların bir diğer özelliği de, karşılığını verebilene en hızlı şekilde vize kolaylığı sağlamasıdır. Gerçekten, yatırım programıyla göçmenlik, kimi durumlarda vize alabilmenin tek yolu olarak ortaya çıkmaktadır.

Çok sayıda ülke, değişik tür, seviye ve büyüklükte yatırım talebiyle hızlandırılmış göçmenlik kazandırıcı programlar benimsemektedir. Bu programlardan çoğu belirli sektörlerde yatırım yapılmasını talep ediyor. Bugün için en çok tercih edilen yatırım şekilleri gayrimenkul edinimi, ülke içi iş yürütümü ve sıfırdan iş kurmadır. Diğer programlar, özel bir sanayi kolu belirtmese de, yabancı yatırımcının farklı tipteki emlak gelirleri için tayin edilen oranlar yeterli sayılmaktadır.

Bu tarz programlarda talep edilen yatırımların parasal değerleri birbirinden hayli farklı olabilmektedir. Dominika gibi bazı uç örneklerde bu değer oldukça düşüktür. Nitekim Dominika ülkeyi ziyaret şartı dahi bulunmaksızın 100.000 \$'a Dominika pasaportu vermektedir. Dominika'nın programı bu sebeple, vatandaşlığın metalaştığı yönündeki iddiaları destekler görünmektedir³⁰.

²⁸ Bu konuda bkz. STRAUSS, Ilan: GlobalizationandTaxation; TrendsandConsequences (2012), Global LabourColumn, No.98, <https://www.column.global-labour-university.org> (erişim tarihi: 30.06.2018)

²⁹ Bu konuda bkz. ADIM, Leila: BetweenBenefitandAbuse: ImmigrantInvestment Programs (2017-2018), St. Lois U.L.J., Vol.62, s.121 vd.

³⁰ Dominika'nın yatırım programı esasen 1993 yılından beri uygulanmaktadır. Bu program Dominika'nın Anayasası'nın 101. maddesi ile Dominika Vatandaşlık Kanunu'nun 8. ve 20(1). maddelerine dayanmaktadır. Bu konuda bkz. <https://www.chetcuticauchi.com> (erişim tarihi:6.7.2018)

Zira burada devletin amacının vergi dışı bir yolla zengin yabancılara yerleşim yeri kazandırmak suretiyle gelirlerini arttırmak olduğu açıkça ortadadır. Yine Antigua ve Barbuda, Avusturya, Bulgaristan, Komorlar, Grenada, Malta, Saint Kitts ve Nevis, Sirbistan, Vanuatu gibi ülkeler, ikamet şartı aramaksızın belirli bir ücret karşılığında şipşak vatandaşlık vermektedir. Bu ülkelerden Avusturya'da belli bir miktar yatırım yapılmasının dışında her somut olayın özelliğine göre yatırımcıdan farklı taleplerde bulunulabilmektedir. Bunun dışında Bulgaristan ülkeye iki kez ziyaret yapılmasını ayrıca aramaktadır.

Yatırım programları aracılığıyla kaç kişinin pasaport almak üzere başvuruda bulunduğu yahut bu başvurulardan kaçının kabul edildiğine dair toplanmış resmi bir istatistik bulunmamaktadır. Bununla birlikte, böyle vatandaşlık başvurularını destekleyici yasal ve mali hizmet sağlayıcılarının ilanlarına dayanarak, Dominika'nın ekonomik vatandaşlık paketi gibi bazı paketlerde devletlerin ülkelerinde ikamet hakkı bulunmayan yabancılara, uygun vizesiz seyahat imkânı sağlamak amacıyla ikinci bir vatandaşlık teklifinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Aslında bu teklifler salt net geliri yüksek kişileri hedef almamaktadır. Bugün için bu türden ikinci, hatta üçüncü vatandaşlık teklifleri çocuklarını yurtdışında okutmak isteyen veya yurtdışında çalışmak isteyen bir kesimi de kapsamaktadır. Aslına bakılırsa ikinci ve hatta üçüncü vatandaşlığın kazanılmasında bunun gibi eğitim ve çalışma hayatına yönelik sosyal ve ekonomik mülahazalar vergi mülahazasından üstün tutulmaktadır.

Öte yandan, Komorlar'daki gibi bir ekonomik vatandaşlık programı benimsemiş ülkelerde mahremiyet ve servet korunması gibi konularda net geliri yüksek kişiler korunmaktadır. Hiçbir ekonomik vatandaşlık programında vergi muafiyeti temel hedef olarak gösterilmese de, bununla ilgili pek çok ilanda vergi ikametinde değişiklik yapmak suretiyle yasal vergi muafiyeti elde edilebileceği ifade edilmektedir. Aslında ikinci bir vatandaşlıkla vergi planlaması başarılabilir. Şöyle ki; mesela bir antlaşmaya göre kişinin vatandaşlığının vergi ikametinin getireceği yükümlülükler uygun düşmesi şart koşulabilir.

Diğer kalan programlar zenginleri kalıcı ikamet sahibi ve dolayısıyla vergi yükümlüsü haline getirmeye çalışmaktadır. Mesela Hollanda'nın programı buna iyi bir örnek teşkil eder³¹. Hollanda'nın Yatırımcı Vize Programı belirtilen dört yatırım kategorisinden birinde 1.250.000 €' luk yatırım yaparak başvuruda bulunanlara yatırım yoluyla kalıcı ikamet vermektedir. Buna karşılık, kalıcı ikamet sahibi olduğunda özel bir vergi muafiyeti taahhüdü vermemektedir. Hollanda'daki en yüksek bireysel marjinal vergi oranı % 50 iken, bu program yabancılara vergi indiriminde bulunmamaktadır; aksine sadece göçmenliğe hızlandırılmış bir yol sunmaktadır. Bu, aslında gelişmiş ülkelerin yabancı

³¹ ZELDIN, Wendy: Investor Visas: Netherlands, <https://www.loc.gov/law/help/investor-visas/netherlands.php> (erişim tarihi:6.7.2018)

yatırım programlarında görülen ortak bir özelliktir. Özel olarak Hollanda'nın programına başvuranlara yasal hizmet sunan göç uzmanları bu programın daha ziyade zengin Asyalı yatırımcılara yönelik olduğunu bildirmektedir. Ancak bu başvuruların yüksek maliyet ve sınırlamalar dolayısıyla beklenenin altında olacağını öngörmektedirler. Yine de aynı yasal hizmet sunucuları söz konusu programın, başvuruculardan özellikle yatırım fonlarının yasadışı yollardan elde edilmediğini gösterir bir muhasebeciden alınmış rapor getirmesi şartı da dâhil olmak üzere pek çok başka katı yatırım şartını yumuşatmış olması sebebiyle yüksek bir başarı göstereceğini ummaktadırlar. Çünkü özel olarak bu rapor getirme şartı, daha önceki dönemde muhasebecilerin bu konudaki isteksizliği neticesinde yatırımcılar üzerinde caydırıcı bir etkiye sahipti. Aslında bu değişiklik yatırım programları aracılığıyla göçmenliğin en temel meselelerinden birisini, yani gerçek göç etme niyetini açığa çıkarmaktadır. Nitekim yeterince önlem alınmadığında, yatırımcının seçtiği ülkeye göç etme niyetinin gerçek olup olmadığını test etme imkânı bulunmamaktadır.

V. Yatırımcı İçin Çıkış Engelleri

Gelişmiş ülkelerdeki vergilerden kurtulmak için başka bir ülkede yeni bir ikamet yeri edinmek sadece mevcut ikamet düşük bir maliyetle sona erdirilmesi halinde yatırımcıya çekici gelmektedir. Bu tercih, kişi aslında kendi (kaynak, menşe, köken) ülkesiyle bağlarını gerçekten kesmek istemeyip, sadece ikamet yerini değiştirmiş algısı yaratmak istiyorsa, sıkıntı yaratabilir. Şayet mevcut (asıl) ikamet yerinin bulunduğu ülke kişinin ülkeyi terk etmesine izin vermezse, yabancı yatırım programı da istediği başarıya ulaşmaz. Çünkü vergi göçünün başarısı sadece kişinin ikamet yerini değiştirmesi ve vergi yükünün azaltılmasıyla ilintili değildir. Aynı zamanda vergi maksatlı yer değişikliğini asıl ikamet ülkesinin kabul etmesi gerekir. Belki de sırf bu risk yüzünden pek çok ülke vergi ikameti üzerinde süregiden muvazaalarla daha etkin mücadele edebilmek için tartışmalı ikamet hakkını sonlandırma kuralları tasarlamaktadır.

İkamet sonlandırma kuralları, günlük konuşma dilinde “yapışkan ikamet kuralları” olarak adlandırılmaktadır. Bu kurallardan bazıları en basit şekilde ikamet sahiplerini vergi yükümlülüklerini sona erdirmeden önce, ülkeyi terk etmek zorunda bırakır. Bazen de tam tersi, terkin kendisi vergi yükümlülüğünü sona erdirir. Çünkü hayali gelir artışı meydana geldiğinde servet terk edilmiş sayılır. Kanada’da vergi yükümlüsü ikamet ettiği yeri terk ettiği anda, malvarlığına dâhil olan bazı unsurları terk etmiş sayılır³²; bu yüzden, kimi durumlarda vergi yükümlüsüne ikamet değişikliğinin ardından elde ettiği vergiye tabi gelirlerin ödemesini daha sonraki bir tarihe ertelemesi için imkân verilir. Buna karşılık, Finlandiya’da ikamet sahibi olmayanlara, bunlar

³² CAMPBELL, Colin: Taxpayer Migration, Canadian Bar Association, 2011 TaxLawforLawyers (May 29-June 3, 2011), Niagara Falls, Ontario, s.24-25.

Finlandiya'ya yönelik herhangi bir bağ taşımadıklarını göstermedikçe, ülkeye göç etmelerinin ardından 3 yıl sonra vergi yükümlülüğü getirilmektedir. Benzer şekilde, Macaristan ülkede ikamet sahibi olmayan vatandaşlarını kalıcı olarak vergi yükümlüsü haline getirmektedir³³. Şu kadar ki, bunların başka bir devlet vatandaşlıkları varsa veya bunlar Macaristan ile aralarında vergi anlaşması bulunan bir ülkede ikamet ediyorlarsa artık bunlardan vergi tahsil olunmaz.

Diğer yapışkan ikamet kuralları açıkça ikamet sahiplerinin daha vergi dostu yerlere göç etmelerini önlemek üzere tasarlanmıştır. Mesela İtalya, 2015'teki vergi reformuna kadar ülkede ikamet sahibi olmayıp, kara listedeki bir vergi cennetine taşınanları, bunlar açıkça İtalya ile hiçbir bağları bulunmadığını göstermedikçe, kalıcı vergi ikameti sahibi yapmaya uğraşıyordu. Yine İspanya, ülkede ikamet sahibi olmayanları bunların kara listedeki³⁴ bir vergi cennetine taşınmalarının ardından 5 yıl daha vergi yükümlüsü olarak takip ediyordu. Belirtmek gerekir ki; bu tarz vergi göçü kısıtlamaları daha ziyade tek yanlıdır. Bununla birlikte, bunlar iki taraflı anlaşmalardan da kaynaklanabilir. Örneğin Fransa, Fransa'da ikamet hakkına sahip olmayan Fransız vatandaşlarının Monako'ya yerleşmeleri halinde Monako'yu bunlar için kalıcı vergi ikameti olarak kabul etmektedir. Bu durum iki ülke arasındaki bir anlaşmaya³⁵ dayanmaktadır.

Son olarak, hem Eritre hem Amerika Birleşik Devletleri oldukça farklı stratejilere dayansa ve apayrı sonuçları bulursa da, ülkelerinde ikamet edip etmediklerinden bağımsız olarak bütün vatandaşlarından vergi toplamaktadır.

Eritre, teorik olarak, ülkede ikamet etmeyen vatandaşlarından, bunların dünya çapında elde ettikleri gelirlerin azaltılmış sabit oranda %2'sini kalıcı vergi olarak toplamaktadır. Yine de bunu devam eden bir savaşı finanse etmek için yaptığından bu uygulama şaşırtıcı biçimde ABD ve Birleşmiş Milletler (BM) tarafından kınanmıştır. Buna ek olarak, Eritreli yetkililer denizaşırı vergi sistemi uygulamaktadır. Bu durum, diğer ülkelerden ülkelerindeki konsolosluk ve dış temsilciliklerde çalışan Eritreli görevlileri sınırdışı etme tehdidinin de içerisinde yer aldığı kuvvetli bir tepkiyle karşılanmıştır. Eritre belki de coğrafi açıdan vergi bölgelerinin normatif sınırlarını tartışmak için iyi bir örnek olmayabilir.

³³ DELOITTE, Taxation and Investment in Hungary 2017, No.6.1, s.24 in <https://www2.deloitte.com> (erişim tarihi: 17.3.2019)

³⁴ İspanya kara listesini oluşturmaya 1990'lı yıllarda başladı. Hayli tartışmalı olan, ilk zamanlar 48 ülkenin yer aldığı listede, hiç vergi toplamayan yahut çok düşük vergi toplayan ülkeler yer almazken; İspanya ile hemen hemen aynı vergi oranlarını benimsemiş "vergi cenneti" olarak adlandırılan bazı ülkeler tuhaf bir biçimde yer almıyordu. (CUSI, José M./ MUGA, Miguel: Spain-current status of its "taxhaven", <https://www.lexology.com> (erişim tarihi: 10.7.2018))

³⁵ 18 Mayıs 1963 tarihli Fransa ile Monako arasındaki Vergi Antlaşması'nın 7. maddesinde bu yönde bir hüküm bulunmaktadır.

Bununla birlikte, ABD de ülkesinde ikamet etmeyen vatandaşlarından vergi toplama tercihinde en az Eritre kadar cesur davranmaktadır³⁶.

Aslında ABD ülkesinde ikamet etmeyen vatandaşlarına Eritre'ye nazaran daha çok yüklenmektedir³⁷. Nitekim Porto Riko'da sakin olanlar haricinde tüm Amerikan vatandaşları, sanki bunlar kalıcı şekilde ABD'de yaşıyorlarmış gibi, vergi vermektedir³⁸. Ülkede ikamet sahibi olmayan Amerikan vatandaşları(bu grupta yurtdışında dünyaya geldiği için çifte vatandaşlık elde etmiş olup, mütevazı yaşamlarına devam edenler de bulunmaktadır)tartışmasız dünyanın en karmaşık vergi sistemine maruz kalmaktadır. Bu sistem Birleşik Devletler Vergi Kanunu'nun uluslararası nitelikli düzenlemeleriyle hayat bulmuştur. Amerikan vergi sistemi kuralları bu şekilde nitelik ve kapsamıyla dikkat çekerken, kötüye kullanmayı önleyici sert düzenlemeleriyle de bunların en sofistike vergi yükümlüleri için özel olarak hazırlandığı anlaşılmaktadır. Bu kurallar hazırlanırken başka ülkelerde mütevazı hayatlarına devam eden Amerikan vatandaşları ise hiç düşünülmemiştir. Bu sebeple, Amerikan vatandaşlığı taşıyanlar, diğer ülke vatandaşlarına nazaran yabancı yatırım programlarından avantaj sağlamak konusunda daha az başarılıdır. Çünkü Birleşik Devletler vergi sistemi mucibince bütün Amerikan vatandaşları, bunların Amerika Birleşik Devletleri'yle olan kişisel veya ekonomik bağlarına veyahut resmi dili konuşup konuşmadığına bakılmaksızın yekten vergi yükümlüsü olarak tanımlanmaktadır. Buna rağmen, aynı sistem şu iki özelliğiyle yurtdışına taşınacak Amerikan vatandaşlarına potansiyel olarak teşvik sağlamaktadır.

Birinci olarak, yurtdışında elde edilen gelirin vergisinin alınmaması, ülkede kalırlarsa mali yatırımları için sıkı planlama yapmak zorunda kalan Amerikalıları yurtdışına taşınmak konusunda ikna etmektedir. İkinci olarak, Porto Riko'ya taşınmak bir Amerikalı'nın vergi yükünü hafifletmenin bir yolu olabilir. Zira Porto Riko'da ikamet eden Amerikan vatandaşları, diğer ülkelerde sakin Amerikan vatandaşlarından farklı olarak, Porto Riko'daki gelirlerinde ABD

³⁶ CHRISTIANS, Buying in: Residence and Citizenship by Investment, s.65.

³⁷ SPIRO, Peter J.: Citizenship Overreach (2017), Michigan Journal of International Law, Vol.38, s. 168.

³⁸ Bu konuda verilebilecek en popüler örnek herhalde İngiliz Dışişleri Bakanı Boris JOHNSON'dur. JOHNSON, 1964 yılında İngiliz vatandaşı bir anne ve İngiliz vatandaşı bir babanın çocuğu olarak New York'ta dünyaya geldi. Babasının eğitimi ve işi dolayısıyla bir süre Amerika'da kalan aile, 1969 yılında JOHNSON beş yaşındayken İngiltere'ye kesin dönüş yaptı. JOHNSON o zamandan beri İngiltere'de yaşamaktadır. Amerika'dan döndükten tam 45 yıl sonra babadan kalma evini sattığında ve bu satıştan büyük kâr elde ettiğinde, karşısında Birleşik Devletler İç Gelir Servisi'nin (U.S. Internal Revenue Service) sermaye kazancı vergi faturasını (capital gain tax bill) bulmuştur. JOHNSON her ne kadar Amerika'da ikamet etmese de toprak esasına göre doğum yoluyla Amerikan vatandaşlığını kazanmıştır ve halen Amerikan vatandaşdır. Dolayısıyla, artık Amerika'da ikamet etmese bile tüm Amerikan vatandaşları gibi, o da sermaye kazancı vergisini ödeyecektir.

federal gelir vergisinin muhatabı olmamaktadır. Pek tabii, bu durum Porto Riko'yu Amerikan vatandaşları nazarında yatırım yoluyla ikamet kazanmak için ideal bir bölge haline getiriyor. Buna karşılık, belirtmek gerekir ki; ABD federal vergilendirmesi Porto Riko'da oturan Amerikalıların Porto Riko dışında elde ettiği gelirler üzerinde de etkilidir. Dolayısıyla taşınmanın getirdiği faydalar, yabancı yatırımcılar için oldukça cüzidir.

ABD vergi sisteminde Porto Riko istisnası enteresandır. Şöyle ki, aslında Porto Riko'nun vergi ikamet(taxresidency veya residencefortaxpurposes) standardı da tıpkı ABD'ninki gibi son derece açıktır ve temel olarak ülkedeki mevcudiyet esas alınmaktadır. Buna göre, bir kimse bir yıl süresince Porto Riko dışındabaşkabir ülkede vergi ikameti edinmemek, ABD ile veya Porto Riko dışında başka herhangi bir yabancı ülke ile yakın bir ilişki kurmamak şartıyla en azından 183 gününü Porto Riko'da geçirmişse ve bu durum sabit ise artık bir vergi yükümlüsü haline gelir. Porto Riko istisnasını bir kenara koyarsak, ABD vatandaşları için yabancı bir ülkede ikamet edinmek vergiler üzerinde fazla bir tesir göstermez. Çünkü yurtdışında elde edilen gelirler için kazanılan vergi indirimleri, tahmini gelir dağılımı ve yüksek yıllık uyum maliyetlerini önlemek amacıyla giderek artan planlama ihtiyacı karşısında anlamsızlaşır.

Sonuç itibarıyla, ülkeler kendi ülkelerindeki vergi sistemini başka ülkelerdeki yabancı yatırım programlarına katılmak suretiyle tehdit eden vergi yükümlülerine karşı bir önlem almalıdır. Ülkesinin yetki sınırlarını uluslararası ikamet kurallarını aşar şekilde genişleten ABD bugün için en korunaklı ülkedir ve bu durum diğer ülkeleri de özendirilmektedir. Yine de Amerikan sistemi, uluslararası vergi sisteminde kaos oluşturmaksızın ve vatandaşlığına sahip olmadığı bir ülkede yaşayanlar ile çifte vatandaşlık taşıyanlar üzerinde eşitsizlik yaratmaksızın örnek alınabilecek gibi durmamaktadır.

Amerikan sisteminin en büyük sakıncası da, insanların salt hukuki statüsüne göre vergilendirilmesinin sürdürülebilir olmayışıdır. Çünkü bu tarz bir vergilendirme, vatandaşı bulunduğu ülkede uzun süreli ikamet sahibi olmayanları, bunların asıl ikametlerinin bulunduğu ülkeden talepte bulunulması suretiyle asıl ikametlerinin bulunduğu ülkede şüpheli bir konuma düşürmektedir. İkinci sakıncasını ölçmek daha zordur. Zira Amerikan vatandaşlığı temelli "Kaliforniya Oteli" yaklaşımı ABD' nin öteki ülkelerden zengin göçmenleri çekmesi noktasında onu daha az rekabetçi bir hale sokmaktadır. Diğer ülkelere benimsenmesi durumunda vatandaşlık temelli vergilendirme, çifte vergilendirmeyi önlemek amacıyla yürütülen çift/yakın zamana kadar çok yanlı asırlık çalışmaları boşa çıkartacak gibi durmaktadır. Çünkü milyonlarca insan bir anda herhangi bir muafiyet alamadan çifte/çok vergilendirmeye maruz kalmış olacaktır. Kanaatimizce gelişmiş ülkelerin kanun koyucularının kendi vergi yükümlülerinin usta manevralarını önlemek için, bu şekilde oluşacak sakıncaları görmezden gelmesi çok talihsiz olur.

VI. Vergi Rekabetinin Faydaları

Ülkelerin vergi ve benzeri teşvikler ile başlayıp, vatandaşlığa varan farklı teklifleri içeren yatırım programlarıyla zenginleri baştan çıkarma stratejisi pekâlâ başarılı olabilir. Zira ultra zenginler oldukça hareketli, bu tarz teşvik ve teklifleri kovalamakta isteklidir. Bu bakımdan, bu teşvik veya tekliflerin neleri kapsadığı pek de önemli değildir, burada önemli olan ülkeler arasında net geliri yüksek kişileri çekmek ve en nihayetinde onları vergi yükümlüsü haline getirmek için kıyasıya bir rekabet yaşandığıdır. Öyle ki, ABD bu rekabette bir adım öne geçmek için şirketlerden aldığı gelir vergisi oranını dünya standartlarına ve hatta bu standartların da altına çekmeyi denemişti. Ancak OECD ülkeleri de ABD'yi takip edince³⁹ plan işe yaramadı ve bu durum Amerikan vergi sistemini tam tersine rekabet edemez hale getirdi. Bu gelişmelerin akabinde, Amerikan şirketleri öncelikle düşük vergi oranlarına tabi olabilmek için, Amerikan vergi kurallarını dolanmayı planladı. Fakat daha sonra bu imkânın da ellerinden alınmasıyla, diğer ülkelerin kendi vergi oranlarını düşürdüğünü gören zengin vergi yükümlüleri dışarıya göç yönünde tercihlerini kullanmaya başladılar.

Vatandaşlığa uzanan vergi ikameti bir kere metalaşınca, zenginlerin dolaşımı önündeki yasal ve mali engeller de ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte, bu şekilde devletlerin zengin sakinlerine ağır vergiler yüklemesinin imkânı kalmamaktadır. Dahası farklı ödeme becerisine sahip vergi yükümlülerinden beklentileri olan ve vergi sistemlerinin temelini teşkil eden resmi kurumlar dahu imkânın ellerinden alınmasıyla birlikte iyice sarsılmaktadır. Gelir vergisi uygulaması neticesinde bir yandan birçok ülke zengin yatırımcılara cömert vergi kolaylıkları temin ederken; diğer yandan pek de zengin olmayan öteki ülkeler mevcut zengin sakinlerinin deyim yerindeyse "çalınmasını" önleyici çabalar içerisine girdiğinden, gelir vergisi uygulaması ödeme temelinde sürdürülebilir görünmemektedir.

Ülkelerin bu şekilde birbirleriyle rekabet edebilecekleri bir denge sağlanmadığından, bu tarz bir rekabetin galibinin daima gelişmiş ülkeler olacağı açıktır. Burada galibiyet en zengin göçmenlerin kazanılması şeklinde tanımlanabilir. Bu galibiyet ancak ve ancak vergi ve benzeri teşviklerle başlayıp, vatandaşlığa varan tekliflerle kazanılabilir. Yine de, gelir maliyetinin de bu galibiyette payı bulunduğunu unutmamak gerekir. Yaygın etkiler ya da yayılma etkileri (Spillover effects), zenginlerin harcamalarında ve belki bazı bölgesel istihdamlarda az da olsa bir artış yaratır ama bu etkilerden hiçbirisi garanti değildir. Dolayısıyla, yaygın etkilerin görülmesinde vergi teşviklerinin bir rolü var mıdır diye sorduğumuzda, bunun cevabı net değildir ve bu konuda araştırmalar sürmektedir.

³⁹ OECD, Tax and Employment, OECD Tax Policy Studies (2011), No.21, s.138.

Azami vergi etkisinden yararlanabilmek maksadıyla kendi vergi ikametlerini seçen zenginleri destekleyici vergi sistemi uygulamasının son bir özelliği daha bulunmaktadır. Bu özellik ülkelerin vergi ikameti oyunları oynayan vergi yükümlülerine karşılık vermesinin kolaylığı veya zorluğuna etki etmektedir. Bu özellik, gerçek ikametın tayininde ülkeler arasında bunların hak ve yükümlülüklerini ilişkin bilgilerin değiş tokuşunda da önemli rol oynamaktadır. Bugün için, gelişmiş ülkelerden birçoğu ülkesinde ikamet sahibi olanlardan-vatandaşlıklarına bakmaksızın- bunların dünya çapında elde ettikleri gelirler üzerinden vergi toplamaktadır. Sonuç olarak, OECD’ nin çok taraflı otomatik bilgi değişim projesi olan Ortak Raporlama Standardı (theCommonReporting Standard-CRS-) dünyada kendi finansal varlıkları olan herkesin “gerçek” vergi ikametgâhını tespit edici ve böylece hükümetlerin kendi ülke sakinlerinin vergi yükümlülüklerini düzenlemesine imkân sağlayıcı bir küresel sistem öngörmektedir⁴⁰.

Buna karşılık, bu görevin olağanüstü büyüklüğü karşısında, bu sistem daha ziyade vergi yükümlülerinin ikametleri konusunda kendi bildirimlerine bağlı olarak işlemektedir. Hükümetlerin de şimdilik bu Ortak Raporlama Standardı sistemini veya bunun yatırım programları yoluyla kimlerin göçmen olarak alınacağıın tasarlanmasında ‘kendi kendini belgelendirme’ uygulamasını benimsemiş göründüğünü belirtelim. Yine de mevcut riskler göz önüne alındığında dahi bütün dünya, en azından bir kısmı bütün bu parametrelerin yarattığı pazarlanabilir fırsatı anlayacaktır. Yenilikçi yatırım programlarının yarattığı dalga Ortak Raporlama Standardı kurallarının da işletilmesinde etkili olacaktır. Bu da aslında uluslararası vergilendirmede küresel işbirliği ve eşgüdümü destekleyici bir etkiyle net geliri yüksek kişilerin menfaatine olacaktır.

VII. Türkiye’deki Uygulama ve Bir Değerlendirme

Türkiye Cumhuriyeti hükümetinin yakın zamanda hayata geçirdiği “Yabancı Yatırımcı Programı” sayesinde artık Türkiye’de belirli miktarda yatırım yapan yabancılar talep etmeleri halinde Türk vatandaşlığını kazanabilmektedirler⁴¹. Bununla ilgili düzenleme, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 20. maddesinde

⁴⁰ OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information (2014), Part 1. Introduction and Overview No.8, s.6. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. GADŽO, Stjepan/ KLEMENČIĆ, Irena: Effective International Information Exchange As A Key Element of Modern Tax Systems: Promises and Pitfalls of the OECD’s Common Reporting Standard (2017), Public Sector Economics Vol.41, No.2, ss.207-226.

⁴¹ Bu konuda bkz. <https://www.dunya.com/ekonomi/yatirim-karsiligi-vatandaslik-kervanina-turkiye-de-katildi-haberi-345708> (erişim tarihi:3.7.2018)

ifadesini bulmuştur⁴². Anılan düzenlemeyle, Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılması şartlarına yeni bir şart-yatırım şartı- ilave edilmiş oldu. Buna göre;

- En az 2.000.000 \$' ı tutarında sabit sermaye yatırımı gerçekleştirdiği Ekonomi Bakanlığı'nca tespit edilen;
- En az 1.000.000 \$' tutarında taşınmazı tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilen;
- En az 100 kişilik istihdam oluşturduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca tespit edilen;
- En az 3.000.000 \$'ı tutarında mevduatı üç yıl tutma şartıyla Türkiye'de faaliyet gösteren bankalara yatırdığı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca tespit edilen;
- En az 3.000.000 \$'ı tutarında Devlet borçlanma araçlarını üç yıl tutmak şartıyla satın aldığı Hazine Müsteşarlığınca tespit edilen;
- En az 1.500.000 \$'ı tutarında gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payı aldığı ve üç yıl süre ile elinde tuttuğu Sermaye Piyasası Kurulunca tespit edilen⁴³ yabancılar Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında İçişleri Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığını kazanabilir.

Türkiye, bu şekilde yabancı yatırımcıya vatandaşlık kazandıran yeni düzenlemeleriyle ülkesinde yabancı yatırımları desteklemeyi sürdürmektedir⁴⁴. Nitekim Bakanlar Kurulu tarafından düzenlenen, 12.01.2017 tarihli ve 2016/9601 karar sayılı "Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" üzerinde 19.09.2018 tarihinde Resmi Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe giren 106 sayılı aynı adlı Yönetmelik ile Türk Vatandaşlığını kazanmak ya da sadece Türkiye'de yatırım yapmak isteyen yabancı kişileri ilgilendiren pek çok değişiklik yürürlüğe girmiştir. Bu yönde gerçekleştirilen ilk değişiklik; önceki Yönetmelikte yabancıların yapması istenen en az 2.000.000 \$ olan sabit sermaye yatırımı şartının 500.000 \$ veya karşılığı döviz ya da Türk lirasına indirilmesi olmuştur. İkinci değişiklik ise, yabancı kişilerin Türkiye'de vatandaşlık kazanmak için satın alması gereken taşınmaz değerinin en az 1.000.000 \$'dan en az 250.000

⁴² Yönetmelik, 12.12.2016 tarih ve 2016/9601 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkmıştır. (RG yayım tarihi: 12.1.2017, yayım No. 29946)

⁴³ Bu son şart, 13.3.2017 tarih ve 2017/10008 sayılı Bakanlar Kurulu Karar eki ile Yönetmeliğe ilave edilmiştir.

⁴⁴ BODUR, Nuri/AYDIN, Birtürk: Turkey Encourages Foreign Investment by Conferring Citizenship, <https://www.lexology.com> (erişim tarihi:3.7.2018)

Ş'a veya karşılığı döviz ya da Türk lirasına indirilmesi olmuştur. Bunun yanında, yabancıların satın aldıkları taşınmazlarına tapu kayıtlarında üç yıl satılmaması şerhi koydurmaları şartı korunmuştur. Bu kapsamda, yapılan üçüncü değişiklik daha ziyade, Türkiye'de vatandaşlık almak amacıyla istihdam kuracak yabancıları ilgilendirmektedir. Eski Yönetmelik ile en az 100 kişilik istihdam oluşturduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca tespit edilen yabancı kişilerin Türk vatandaşlığı kazanmaları söz konusu iken, yapılan değişiklikle istihdam şartındaki kişi sayısı 50'ye düşürülmüştür. Yapılan dördüncü değişiklik ise şu şekildedir; en az 3.000.000 \$ tutarında mevduatı, üç yıl tutma şartıyla Türkiye'de faaliyet gösteren bankalara yatıran yabancılar eski Yönetmelikle Türk vatandaşlığına hak kazanabiliyorken, 19.9.2018 tarihinden itibaren yabancıların 500.000 \$ veya karşılığı döviz ya da Türk lirasını Türkiye'de faaliyet gösteren bir bankaya üç yıl tutma şartıyla yatırması vatandaşlık kazanmak için yeterli hale gelmiştir. Beşinci değişiklikle, eski Yönetmelik uyarınca en az 3.000.000 \$ tutarında devlet borçlanma araçlarını üç yıl tutmak şartıyla satın alması talep edilen yabancı için ilgili hüküm, satın alınan araçların 500.000 \$ veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk lirası tutarında olması şeklinde değiştirilmiştir. Son olarak; en az 500.000 \$ veya karşılığı döviz ya da Türk lirası tutarında gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payını en az üç yıl elinde tutma şartıyla satın aldığı Sermaye Piyasası Kurulu'nca tespit edilen yabancıların da Türk vatandaşlığını elde etmeye hakkı olacağı düzenleme altına alınmıştır. Uluslararası sermaye çekme yarışında, yatırım programları aracılığıyla vergi kolaylıkları, bedava yatırım yeri, çeşitli finansal teşvikler, uzun dönem ikamet izni ve en nihayetinde vatandaşlık verilmesi gibi uygulamalar uzun süredir pek çok ülkenin gündeminde olmasına rağmen, son dönemde Türkiye'nin bu uygulamayı benimsemesi kimilerince Türk vatandaşlığının "satışa çıkartılması" olarak algılandığından yoğun olarak eleştirilmektedir.

Burada söz konusu eleştirilerin haklı olup olmadığına karar verirken, kanaatimizce her şeyden önce, bir parantez açıp modern zamanlarda vatandaşlığın ne anlama geldiğini sorgulamamız gerekiyor. Belki bu konuda Avrupa Birliği'nde (AB) yaşanan tartışmaları kılavuz alabiliriz. Zira 2014 yılının Ocak ayı ortalarında, Avrupa Parlamentosu'nda Birlik üyesi bazı devletlerin ülkelerinde belli bir miktar yatırım yapılması karşılığında ikamet izni veya vatandaşlık veren yatırım programları kabul etmeleri tartışmaya açılmıştır. Malta'nın Ekim 2013'te Malta'da 650.000 €'luk yatırım yapanlara Malta vatandaşlığını vermesi kararı, bu vatandaşlık aynı zamanda AB vatandaşlığının kazanılmasını sağladığından, Avrupa Parlamentosu'nda süregiden tartışmayı iyice alevlendirmiştir. Tartışmanın sonunda Avrupa Parlamentosu bir karar⁴⁵

⁴⁵ 2013/2995[RSP]

vermiştir. Buna göre, vatandaşlık ile ilgili konularda AB üyesi devletlerin mahfuz yetkileri bulunmaktadır. Bununla birlikte, üye devletler vatandaşlıkla ilgili düzenlemeler yaparken, karşılıklı güven ve AB vatandaşlığına izafe edilen hakları göz önüne alarak, AB Antlaşmalarına derç edilen değerleri muhafaza edecektir. Avrupa Parlamentosu'ndaki tartışmayı ve Avrupa Komisyonu'ndaki görüşmeleri⁴⁶ izleyen günlerde Malta programını ülkede 1 yıl ikamet edilmesi şartını⁴⁷ içerecek şekilde değiştirse de, zenginlere vatandaşlık verme şartından taviz vermemiştir⁴⁸. Bu arada Malta vatandaşlığını kazanmanın bedeli 650.000 €'dan 1.150.000 €'ya yükseltilmiştir. Bu şekilde, Uluslararası Adalet Divanı'nın, vatandaşlıkta birey ile devlet arasında gerçek ve etkili bir bağ bulunmasını şartını aradığı meşhur Nottebohm kararının⁴⁹ üzerinden hayli zaman geçmiş olduğu da ortaya çıkmış olmuştur. Gerçekten Malta'nın programını örnek alan Avrupa'daki Kıbrıs Rum Kesimi ve Portekiz gibi diğer devletler, kendi yatırım programlarını tekrar gözden geçirme gereksinimi duymuştur.

Tek başına Malta örneği bile aslında vatandaşlığın metalaşması yönünde giderek artan eğilimi göstermekte yeterlidir. Buradaki alışveriş, sermaye yatırımının ülkeye giriş, ülkede ikamet ve hatta vatandaşlığa alınmada aranan tek kriter olmasına dayanmaktadır. Kaçınılmaz olarak, bu gelişmeler aynı zamanda tek başına ayrı bir çalışma konusu oluşturabilecek dürüstlük, adalet ve demokratik hesap verebilirlik gibi kavramları da yeniden sorgulamaya açmaktadır. Öğretide bazı yazarlar para ile vatandaşlık arasında kurulan ilişkinin bu anlamda tehlikeli boyutlara ulaştığını iddia ediyor. Yatırım yoluyla vatandaşlık verilmesinin dünyada jet sosyetenin (jetsetters) kayırılması anlamına geldiği; buna karşılık, sırf hayatlarını kurtarmak için farklı ülkelere sığınma ihtiyacı içinde bulunanların sınırlarda bekletilmesinin haklı bir gerekçesi bulunmadığı bu yazarlarca ifade edilmektedir⁵⁰.

SONUÇ

Vatandaşlık, öğretilerde çokça iki yüzü bulunan Roma tanrısı JANUS' a benzetilmektedir⁵¹. Vatandaşlığın da aynı anda hem geçmişe hem geleceğe bakabilen JANUS gibi, hem içe hem dışa bakan iki yüzü bulunmaktadır. Vatandaşlığın dışa dönük yüzü diğer devletlere dönüktür, onlardan ülkelerindeki yabancıların pasaportlarını tanımlarını ve bunların kendi ülkelerine geri

⁴⁶ Avrupa Komisyonu Başkan Yardımcısı "Vatandaşlık satılmaz" şeklinde açıklamada bulundu.

⁴⁷ Bu şartın gerçekleşmesi için, 12 aylığına bir daire kiralanması yeterlidir; yoksa burada devamlı surette oturulması gerekmez.

⁴⁸ DŽANKIĆ, Investment-based Citizenship and Residence Programmes in the EU, s.1.

⁴⁹ Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) [1955] I.C.J.1.

⁵⁰ SHACHAR, Ayelet: Dangerous Liaisons: Money and Citizenship in Should Citizenship Be For Sale? (ed. Ayelet Shachar, Rainer BAUBÖCK), EU Working Paper, RSCAS, 2014/01, s.3.

⁵¹ BOSNIAK, Linda: The Citizen and the Alien Dilemmas of Contemporary Membership, Princeton: Princeton University Press, 2006, s.99.

dönüş ve kendi ülkelerinden diplomatik himaye talep etme haklarına saygı göstermelerini ister. Vatandaşlığın iç yüzü ise vatandaşları demokratik bir toplumun üyeleri olarak kabul eder ve onlara eşit bireyler olduklarını ve toplu halde seçme haklarını kullanarak kendilerini yönetmelerini buyurur.

Ancak vatandaşlığın bu iki yüzü maalesef çifte vatandaşlığın meşruiyetini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Çünkü çifte vatandaşlığın varlığı dışlayıcı vatandaşlıktan bir sapma anlamına gelmektedir. Üstelik çifte vatandaşlık taşıyanların çoğu daha ziyade vatandaşlığını taşıdıkları ülkelerden birinde ikamet etmektedir. Bunun anlamı, bunların vatandaşı olduğu ülkelerle ilişkisinin simetrik olmadığıdır. Mantığı olarak, çifte vatandaşlık taşıyanların hemen hemen hepsi vatandaşı olduğu bir ülkede ikamet etmektedir ve aynı zamanda ikamet etmedikleri başka bir ülkenin daha vatandaşlığını taşımaktadır. Neticede, dışlayıcılıktan kapsayıcılığa geçişte, vatandaşlık konseptinde bir değişiklik meydana gelmiştir: Çok sayıda ülkenin sınırları dışında yaşayan vatandaşı bulunmaktadır. Bu sebeple, ülkeler yurtdışında yaşayan vatandaşlarına tanıdığı hakların kapsamını genişletmek zorunda kalmıştır. Örnek vermek gerekirse; bu hakların arasında uzaktan seçme hakkı, genişletilmiş konsüler koruma ve temel refah hakları sayılabilir. Sonuç itibarıyla, bir kimse ikamet etmediği bir ülkenin kendisine sağladığı çok sayıda haktan istifade edebilir. Üstelik bu halde Amerika ve Eritre gibi uç örnekleri bir tarafa koyarsak vergi ve askerlik gibi herhangi başka geleneksel vatan ödevini yerine getirmek zorunda da değildir. Kabul etmek gerekir ki; dünyada milyonlarca kişi için, devlet vatandaşlığı dışlayıcı ve yersel olmaktan çıkmış ve artık bir statü halini almıştır.

Çifte/çok vatandaşlığın kabulüyle birlikte, yeni vatandaşlık kazanma şekillerinin ortaya çıktığını görüyoruz. Yatırım yoluyla vatandaşlık da bu yeni vatandaşlık kazanma şekillerinden birisidir. Ancak yatırım programları aracılığıyla yabancı bir ülkede yatırım yapan zenginlere, yaptıkları yatırımın karşılığında çeşitli vergi teşviklerinden başlayıp, ikamet izni temini ve en sonunda o ülke vatandaşlığının verilmesine varan bir “alışveriş” sıklıkla eleştirilmektedir. Kimileri bu süreci vatandaşlığın zenginlere “satılması” olarak adlandırmaktadır. Ancak, bugün için çoğu ülkenin dünyanın en zenginlerini ve bunların ailelerini sıcak karşıladıkları görülmektedir. Şu kadar ki, bazı ülkeler bu kişilerden ülkelerinde uzun süre kalmalarını isteyip, ancak o zaman onlara vergi ayrıcalıklı bir ikamet statüsü sağlarken; çoğu ülke ikamet statüsünü derhal vermekten memnundur, üstelik vatandaşlığını da “satmaktan” çekinmemektedir. Bu şekilde vatandaşlığın “satılmasının” ahlaki boyutundan öte, aslında vergi sistemi üzerinde ne gibi etkilerinin olacağı tartışılmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- ADIM**, Leila: Between Benefit and Abuse: Immigrant Investment Programs (2017-2018), St. Lois U.L.J., Vol.6, 121.
- BOSNIAK**, Linda: The Citizen and the Alien Dilemmas of Contemporary Membership, Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BRAUNER**, Yariv: Whatthe BEPS? (2014) Florida Tax Review, Vol.16, No.2, 55-115.
- CAMPBELL**, Colin: Taxpayer Migration, Canadian Bar Association, 2011 TaxLawforLawyers (May 29-June 3, 2011), NiagaraFalls, Ontario, 1-82.
- CAPORASO**, James A.:Changes in the Westphalian Order: Territory, Public Authority, and Sovereignty (Summer 2000), International Studies Review, Vol.2, No.2, 1-28.
- CHRISTIANS**, Allison: Buying In: Residence and Citizenship by Investment (2017), Saint Louis UniversityLawJournal, Vol.62, 1-22.
- COOK-MARTIN**, David: The Scramblefor Citizens: Dual Nationality and State Competition for Immigrants, Palo Alto, CA: Stanford University Press 2013.
- DHARMAPALA**, Dhammika: What Do We Know About Base Erosionand Profit Shifting?, A Review of theEmpirical Literature, CESIFO Working Paper, No.4612, Category 1: Public Finance, January 2014, 1-29.
- DŽANKIĆ**, Jelena: Investment-based Citizenship and Residence Programmes in the EU, European University Institute, Robert Schuman Centrefor Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper RSCAS 2015/08, 1-25.
- FAIST**, Thomas: Dual Citizenship in Europe: From Nationhood to Societal Integration, London: Routledge 2007.
- FAIST**, Thomas/ **GERDES** Jurgen: Dual Citizenship in an Age of Mobility, Migration Policy Institute, Bielefeld University 2008, 1-21.
- GADŽO**, Stjepan/**KLEMENČIĆ**, Irena: Effective International Information Exchange As A Key Element of Modern TaxSystems: Promisesand Pitfalls of the OECD's Common Reporting Standard (2017), Public Sector Economics Vol.41, No.2, 208-226.
- HANSEN**, Randall/ **WEIL**, Patrick: Dual Nationality; Social Rightsand Federal Citizenship in the U.S. and Europe; The Reinvention of Citizenship, New York: Berghan Books 2002.
- HOWARD**, Marc M.:Variation in Dual Citizenship Policies in the Countries of the EU, International Migration Review, Vol.39, No. 3, 697-720.
- KORCELLI**, Piotr: CurrentIssues Related to Immigration and Citizenship: The Case of Poland in From Aliens to Citizens: Redifining the Status of Immigrantsin Europe (ed. Rainer BAUBÖCK), Brookfield: Ashgate, 121-133.

KOSLOWSKI, Rey: Migrants and Citizens: Demographic Change in the European State System, Cornell University Press 2000.

LISTER, Ruth: Why Citizenship; Where, When and How Children (2007), Theoretical Inquiries in Law, Vol.8, 693-718.

MARSHALL, Thomas H.: Class, Citizenship and Social Development (Greenwood Press 1973) (first published in 1950)

MUNDLAK, Guy: Industrial Citizenship, Social Citizenship, Corporate Citizenship: I Just Want My Wages (2007), Theoretical Inquiries in Law, Vol.8, 719-748.

OECD, Taxand Employment, OECD Tax Policy Studies (2011), No.21.

OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information (2014), Part 1. Introduction and Overview No.8.

POGONYI, Szabolcs: Dual Citizenship and Sovereignty (2011), Nationalities Papers, Vol.39, Issue 5, 685-704.

ROSTEK, Karolina/ **DAVIES**, Gareth: The Impact of Union Citizenship on National Citizenship Policies (2007), Tulane European&CivilLaw Forum, Vol.22, 1-54.

SHACHAR, Ayelet: Dangerous Liaisons: Money and Citizenship in Should Citizenship Be For Sale? (ed. Ayelet Shachar, Rainer BAUBÖCK), EUI Working Paper, RSCAS, 2014/01, 3-8.

SPIRO, Peter J.: Dual Nationality and the Meaning of Citizenship (1997), Immigration&Nationality Law Review, Vol. 46, No.4, 1411-1485.

SPIRO, Peter J.: Citizenship Overreach (2017), Michigan Journal of International Law, Vol.38, 167-191.

WALTER, Michael: The Bancroft Conventions: Second-Class Citizenship for Naturalized Americans (Fall 1978), International Lawyer, Vol.12, No.4, 825-833.

ZAWADA, Przemyslaw: Dual Citizenship in Poland and Israel: Selected Legal Aspects in a Comparative Perspective (2018), Polish Political Science Yearbook, Vol. 47, Issue 2, 302-318.

İnternet Kaynakları

<https://www.atu.li>. (erişim tarihi: 6.7.2018)

<https://www.chetcuticauchi.com>. (erişim tarihi: 6.7.2018)

<https://www.column.global-labour-university.org>. (erişim tarihi: 30.6.2018)

<https://www2.deloitte.com>. (erişim tarihi: 17.3.2019)

<https://www.dunya.com>. (erişim tarihi: 3.7.2018)

<https://www.lexology.com>. (erişim tarihleri: 26.6.2018, 3.7.2018, 5.7.2018, 10.7.2018)

<https://www.loc.gov>. (erişim tarihi: 6.7.2018)

<https://www.ukba.homeoffice.gov.uk>. (erişim tarihi: 6.7.2018)

KADIN MAHKÜMLERİN SOSYODEMOGRAFİK ÖZELLİKLERİNE GÖRE PROBLEM ÇÖZME BECERİSİNİN İNCELENMESİ ÜZERİNE BİR ÇALIŞMA

*A Study on the Investigation of the Problem Solving Skill According to the Sociodemographic Properties of Femalesconvicts**

Dr. Öğr. Üyesi Rumeysa AKGÜN - Arş. Gör. Dr. Tuba YÜCEER KARDEŞ***
Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ******

Geliş Tarihi: 30.10.2018 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Problem, kişilerin hayatını karmaşık hale getiren ve çözülmediği zaman kişinin yaşam kalitesini ve motivasyonunu olumsuz etkileyen bir durumdur. Bireyler sorunlarını çözmediklerinde veya sorunlar ortadan kalkmadığı sürece günlük hayatını devam ettirmekte güçlük çekmekte ve bir bakıma engellenmektedir. Kişiler, problem çözme becerisine sahip değilse sorunlarını çözmek konusunda zorlanabilmekte ve ileride daha fazla sorunla karşılaşabilmektedir. Problem çözme becerisine sahip bireyin, günlük stresi azalmakta ve kişinin yaşamı kolaylaşmaktadır. Sorunlarla baş etmekte güçsüz kalan bireylerin psikolojik sorunlar yaşadığı, madde kullanımına ve suça yöneldiği bilinmektedir. Bu noktadan hareketle kadın mahkûmların problem çözme becerisini kazanmaları ve buna yönelik çalışmalar yapılması son derece önemlidir. Buna göre çalışmanın temel amacı, ceza infaz kurumuna giren kadınların sosyo-demografik özelliklerine göre problem çözme becerisinin incelenmesidir. Çalışma grubu olarak Türkiye'deki kadın kapalı ceza infaz kurumlarından birisi seçilmiştir. Araştırma kapsamında 7'si tutuklu olmak üzere toplam 83 kadın mahkum ile görüşülmüştür.

ABSTRACT

The problem, complicating the lives of people and resolved when the person's quality of life and is a condition that negatively affect the motivation of the organization. When individuals didn't solve problems, or difficulty maintaining your daily life unless the problems are eradicated, and in a way is prevented. If individuals don't have problem solving skills, they may be difficult for the morthey may be encounter many problems. From this point of view, it is very important that female prisoners gain problem solving skills and studies are carried out. Accordingly, the main purpose of the study is to examine the problem solving skills of women entering the penitentiary institution according to their sociodemographic characteristics. women in Turkey have been selected as the study group, one of the closed prisons. A total of 83 female prisoners were interviewed. In order to determine the problem solving skills of female prisoners in the study Heppner and Peterson (1982) arc developed by Turkey and adaptation of Falcon and., (1993) made 35 problems consisting of questions solving scale was used. SPSS 22 program was used to analyze the data. As a result of there search; There was a significant difference between marital status before marriage, reason for marriage, education level,

* Bu makalenin özeti Uluslararası İnsan Bilimleri Sempozyumu (2018)'nda basılmıştır.

** Kırıkkale Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Sosyal Hizmet Bölümü, rumeysaakgun@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4226-2191

*** Süleyman Demirel Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Sosyal Hizmet Bölümü, yuceer.t@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2434-8952

**** Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Sosyal Hizmet Bölümü, elifgokcearslan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8627-5985

Çalışmada kadın mahkûmların problem çözme becerisini belirlemek adına Heppner ve Peterson (1982) tarafından geliştirilen ve Türkiye'ye uyarlaması Şahin ve ark., tarafından (1993) yapılan 35 sorudan oluşan problem çözme ölçeği kullanılmıştır. Verilerin analizinde SPSS 22 programı kullanılmıştır. Araştırma sonucunda kadınların; cezaevine girmeden önceki medeni durumu, evlenme nedeni, öğrenim durumu, anne eğitim durumu ve önceki suç deneyimleri ile problem çözme becerileri arasında anlamlı fark bulunurken ($p < 0,05$); yaşları, personelle ilişkileri ve aldıkları ceza süresi arasında anlamlı fark görülmemiştir. Araştırma sonucuna göre; evli olan mahkûm kadınların problem çözme becerisi bekâr olan kadınlara göre daha düşükken, severek evlenen, kendisinin ve annesinin eğitim düzeyi yüksek ve anne-babası demokratik olan kadınların daha fazla problem çözme becerisine sahip olduğu görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Mahkûm, Kadın Mahkûm, Problem Çözme, Problem Çözme Becerisi

mother education status and previous crime experiences and problem solving skills ($p < 0.05$); No significant difference was found between the ages, there lation ships with the staffand the duration of the sentences. According to the results of there search; The problem solvingskills of the married women were lower than those of the single women, and it was observed that women who married marvelously and who had a high education level and whose parents were democratic had more problem solvingskills.

Keywords: Convict, FemaleConvict, Problem Solving, Skills of Problem Solving

GİRİŞ

Toplumsal sorunlar çoğuzaman karmaşık bir biçimde kendini göstermektedir. Toplumun işlevlerini yerine getirememesi ya da getirmemesi, sorunların çözümünde yetersiz kalınması ve bazı sorunların zincirleme başka sorunları doğurması gibi nedenlerle sosyal sorunların ortaya çıktığı görülmektedir. Toplumda yaşanan ve kronikleşen çoğu sorunun ve bu sorunların suça dönüşmesinin altında yatan en büyük neden, bireylerin sorunlar karşısında sahip olduğu yetersiz baş etme ve düşük problem çözme becerisidir. Bu anlamda bireylerin öncelikli olarak sorunlarının tespit edilmesi ve sorunların kaynağının irdelenmesi, bireylerin problemler karşısında problem çözme becerilerinin geliştirilmesi hem koruyucu önleyici hizmet olarak hem de müdahale yöntemi olarak önemlidir.

Sorun veya problem; kişinin yaşam durumu ya da görevi içinde kendisinden veya çevresinden kaynaklanan durumlara etkili ve uygun cevap verememesidir.¹Başka bir deyişle problem, bireyin bir hedefe ulaşmada karşılaştığı bir çatışma durumu olarak tanımlanırken, problem çözme ise problemin bertaraf edilmesine yönelik etkinliklerin harekete geçirilmesidir.²

¹ D'zurillave, Thomas., Chang, Edward., Sanna, Lawrence. (2004). Social problem solving.

² Adagide, Simla. (2008). 15-49 yaş grubu kadınların problem çözme becerilerinin incelenmesi.

Birey problem çözme süreci ile birlikte bir amaca ulaşma, o amaca ulaşmak için araçlar geliştirme ve tüm bunları yaparken karşı karşıya geldiği engelleri aşma işlevlerini yerine getirmektedir.³Kişinin problem çözme becerisi ne kadar iyi olursa karşılaştığı sorunları çözmeye de o kadar akılcı ve doğru kararlar verebilmektedir. Problem çözme becerisi yetersiz olan ve problemlerle baş etme kapasitesi düşük olan bireyler ise sorunlarını çözmeye yetersiz kalmakta bu durumun sonucunda ise psikolojik sorunlar yaşayabilmekte, madde kullanımına veya suça yönelebilmektedir.

Suçluluk olgusunda kadının yer almasına neden olan en önemli etken olarak kadının problem çözme becerilerinde yetersiz kalmaları, çoğu zaman yaşam karşısında güçsüz bırakılmaları ve sorunlar karşısında doğru baş etme stratejilerine sahip olmamaları gösterilebilir. Bu durumun nedeni de, kadınların daha çok ataerkil bir yapı içinde yer alması ve dayatılan toplumsal cinsiyet rollerine göre davranmasıdır. Erkin hegemonyası altında olan kadın, çoğu zaman kendi düşüncelerini ifade etmesi konusunda engellenmekte dahası düşünmesi bile gereksiz görülmektedir. Çünkü onun yerine düşünen bir zihniyet vardır. Kadının nasıl davranacağı, hangi durumda ne yapması gerektiği evlenmeden önce babası, evlendikten sonra ise eşi tarafından söylenmektedir. Kadının yaşam sınırları eril zihniyet tarafından çizilmiştir. Dolayısıyla kadının bulunduğu sınırların dışına çıkması zordur hatta çoğu zaman aksi düşünülemez. Karşılaştığı bir problemin çözümünde de erk zihniyet yine kadının yerine sorunları çözmekte yetkiyi elinde taşımaktadır. Bu durum kadınların problem çözme becerilerinin yetersiz olmasına neden olmakta ve onları problem karşısında güçsüz bırakmaktadır.

Kadınların suç işleme nedenlerini ortaya koyan bir çalışmada kadınların en çok maddi sıkıntılar nedeniyle, adam öldürme suçundan ceza sistemine dâhil olan kadınların ise istismar, şiddet ve namus meselesi nedeniyle suça karıştığı görülmektedir.⁴Kadınların toplum içinde edindiği roller, aldıkları sorumluluklar genel olarak geleneksel normlar tarafından şekillenmekte ve toplumsal cinsiyet rollerinin bir uzantısı olarak eşit bir biçimde dağıtılmayan roller kadınların bireysel kaynaklarının tükenmesine ve sonunda baş etme kapasitelerini aşarak bireyleri uygun olmayan baş etme yöntemleri ile karşı karşıya bırakmaktadır. Ataerkil bir yapı içerisinde dayatılan rolleri edinen kadın, eşitsizliğin, şiddetin ve kötü muamelenin sürekli hedefi ve öznesi olmaktadır. Bu anlamda “suça karışan, suça itilen ve suça maruz bırakılan kadın kavramları” kadınların suç nedenlerini ele alırken üzerinde durulması gereken kavramlardır.

³ Ellis, Shari.,Siegler, Robert.S. (1994). Development of problem solving. Thinking and Problem Solving-Handbook of perception and cognition.

⁴ Saruç, Semra. (2013). Kadın hükümlüler: Cezaevi yaşantısı ve tahliye sonrası gereksinimler.

Suçla karışan kadınların suç öncesi durumları, suç sonrası yaşadıkları travma, suç sonrası kaldıkları ortam ve koşulları ayrıca geride bıraktıkları aileleri bütüncül olarak ele alınmalı ve gerekli müdahaleler ve uygulamalar edinilen bilgiler ışığında gerçekleştirilmelidir. Buna göre, yaşanan ortamın etkisi ve yapısının değerlendirilmesi problem çözme becerilerinin gelişmesi açısından önemli bir etkidir. Cezaevi ortamı, şartları gereği, izole edilmiş bir ortamda yaşamayı gerektirir. Bu tür bir ortamda yaşamak zorunda kalmak her insanda, fiziksel sorunlara neden olma ve ruh sağlığını kısmen ya da bütünüyle bozma riski taşımaktadır. Sosyal izolasyon, mental zorlanma, gerçeklik duygusunun bozulması, duygusal süreçlerde güçlükler (örneğin öfke kontrolü ve saldırganlık) ve kişilik değişimleri, duygusal bir yoksunluğa neden olabilir.⁵Cezaevi süreci aile ve arkadaşlardan ayrılma, iş kaybı, cezaevi yaşamının güçlükleri, gelecek hakkında belirsizlik, bu dönemde çoğunlukla adli prosedürün de sürmekte oluşu, bireyin bilişsel yaklaşımı ve durumla başa çıkmaya yönelik bireysel kapasitesi ile ilgili olarak değişik sonuçları beraberinde getirmektedir.⁶Böyle bir durumda kadın mahkûmların sorunlarla uygun baş etme mekanizmalarını geliştirmeleri, kendilerini bu süreçte yalnız hissetmemeleri oldukça önemlidir.

Kadınlar suç işlediklerinde ve cezaevine girdiklerinde; yalnızlık, çocuklarından ayrı kalma ve cezaevinde küçük çocuğu olma, ekonomik sorunlar, madde kullanımı, fiziksel ve ruhsal sorunlar, diğer hükümlüler ile yaşanan sorunlar gibi pek çok sorunla karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda sorunlarla baş edememek kadınlar için oldukça zor bir sürecin başlangıcı olmaktadır. Bu süreçte kadınlar sorunları ile baş edebilmek için çeşitli yollara başvururlar. Saldırganlık, öfke patlamaları, sorunları çözememe, gruplaşma ve fiziksel şiddete başvurma kadınların cezaevi ortamında çözemedikleri sorunlar için buldukları çözüm yollarındandır.⁷Cezaevinde yaşadıkları sorunların yanı sıra kadın mahkûmların cezaevi sonrasına ilişkin de birtakım kaygıları vardır. Kadınların tahliye sonrasına yönelik, gelecek kaygısı ve korku, topluma uyum sağlayamama korkusu, aile ilişkilerini düzenleme ile ilgili yaşadığı kaygılar söz konusudur.⁸Kadın mahkûmların problem çözme becerilerinin gelişmesi, baş etme kapasitelerinin artırılması ve geliştirilen beceriler ve artırılan kapasite ile birlikte yaşamlarının idamesinde doyum sağlamaları onların hem cezaevinde yaşadıkları hem de cezaevi sonrası karşılaştıkları problemlerin çözümünde yol gösterici olma niteliği taşıyacaktır. Ayrıca kadınların problem çözme

⁵ Kızılkaya, Sezgin Aydın. (1995). Hükümlü sorunları tarama envanteri geliştirilmesi, geçerliği, güvenirliliği çalışması.

⁶ Saatçioğlu, Ömer., Türkcen, Solmaz., Işıklı, Mehmet., Uygur, Niyazi. (1995). Tutuklularda Depresyon.

⁷ Akgün, Rumeysa. (2012). Kadın hükümlülerin sorunları ve başa çıkma tarzları: Eskişehir Çifteler Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu örneği.

⁸ Saruç, Semra. (2013). Kadın hükümlüler: Cezaevi yaşantısı ve tahliye sonrası gereksinimler

becerisi kazanmasının cezaevi sonrası suça karışma, uyum sorunu yaşama, izole olma gibi olumsuzlukları da önleyeceği düşünülmektedir. Dolayısı ile kadın mahkûmların problem çözme becerilerinin ortaya çıkarılması, kadınların problem çözme becerilerinin geliştirilmesi ve baş etme kapasitelerinin arttırılmasına yönelik hem cezaevi sürecini hem de cezaevi sonrası süreci kapsayan tüm uygulamalar için gereklidir. Bu duruma ek olarak literatürde kadın mahkûmların sorunları ile ilgili çok az sayıda çalışmayla karşılaşılmaması bu konuyla ilgili çalışma yapmanın gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Tüm bu bilgiler doğrultusunda, kadın mahkûmların bazı sosyo-demografik özelliklerine (yaş, medeni durum, eğitim durumu, evlenme nedeni, suç deneyimi, ebeveyn tutumu, anne-baba eğitim durumu, cezaevinde kalma süresi, hüküm alma yılı) göre problem çözme becerilerinin farklılık gösterip göstermediği çalışmanın ana sorusunu oluşturmaktadır.

1. Yöntem

1.1. Araştırmanın Modeli

Araştırma tarama modelinde gerçekleştirilmiştir. “Tarama modeli, geçmişte ya da halen var olan bir durumu var olduğu şekliyle betimlemeyi amaçlayan araştırma yaklaşımıdır. Araştırmaya konu olan olay, birey ya da nesne, kendi koşulları içinde ve olduğu gibi tanımlanmaya çalışılır. Onları herhangi bir şekilde değiştirme, etkileme çabası gösterilmez. Bilinmek istenen şey vardır ve oradadır. Tarama modellerinden genel tarama modeli, genel tarama modellerinden ise ilişkisel tarama modeli kullanılmıştır. İlişkisel tarama modeli, iki veya daha çok sayıdaki değişken arasında birlikte değişim varlığını ve/veya derecesini belirlemeyi amaçlayan araştırma modelidir”⁹ Bu anlamda çalışmada, kadın mahkûmların bazı sosyo-demografik özelliklerinin problem çözme becerilerine etkisi incelenmiştir.

Çalışmanın bağımlı değişkeni problem çözme ölçeğinden alınan puanlar olup, bağımsız değişkenlerini ise kadınların bazı sosyo-demografik özelliklerine (yaşı, cezaevine girmeden önceki medeni durumu, evlenme nedeni, öğrenim durumu, anne eğitim durumu, baba eğitim durumu, anne tutumu, baba tutumu, daha önceki suç deneyimi, kaç yıldır cezaevinde olduğu, kaç yıl ceza aldığı) ait bilgiler oluşturmaktadır.

1.2. Evren ve Örneklem

1.2.1. Çalışma Grubu

Araştırmanın evrenini tüm Türkiye’deki ceza infaz kurumlarındaki kadın mahkûmlar oluşturmaktadır. Hem zaman hem mali hem de izin prosedürlerinin yarattığı iş yüküne bağlı nedenlerden kaynaklı evrenden bir örneklem çekmek

⁹ Karasar, Niyazi. (2013). Bilimsel Araştırma Yöntemi.

gerekmiştir. Buna göre; çalışma monografik örneklemeğe göre dizayn edilmiştir. Monografik örneklemede doğrudan doğruya eldeki bilgilere dayanılarak evrenin herhangi bir alt grubu evreni temsil edeceği gerekçesiyle örnek olarak alınır. Mantıksal yaklaşım söz konusu olan bu teknikte belirlenen sınırlı örnek nedeniyle alan araştırmasının maliyeti düşürülmektedir. Monografik teknikle herhangi bir toplumsal yapının karakteristik özelliklerini taşıyan dar kapsamlı bir örnek üzerinde alan çalışması yapılmaktadır.¹⁰ Bu kapsamda Türkiye'deki kadın kapalı ceza infaz kurumlarından birisi seçilmiş olup araştırmayı kabul eden tüm kadın mahkûmlarla görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Araştırma kapsamına dâhil edilen kadın kapalı ceza infaz kurumunun ili ve adı etik nedenlere bağlı olarak paylaşılmamıştır. Araştırma verilerinin toplanması aşamasında kadın mahkûmlar eğitim odasına infaz koruma memurları aracılığıyla çıkarılmış, kendilerine yapılacak çalışma hakkında bilgi verilmiş, araştırmayı kabul eden kadın mahkûmlara görüşme formları dağıtılmış ve soruları cevaplamaları istenmiştir. Araştırmayı kabul eden ve sorulara cevap veren 7'si tutuklu toplamda 83 kadın mahkûm araştırmanın katılımcılarını oluşturmuştur. Okuma yazma bilmeyen kadın mahkûmlara sorular araştırmacılar tarafından okunarak doldurulmuştur. Kadın mahkûmların görüşme formu sorularını cevaplaması ortalama 25-30 dakika sürmüştür.

1.3. Veri Toplama Aracı

Veri toplama aracı olarak araştırmacılar tarafından geliştirilen görüşme formu ve problem çözme envanteri kullanılmıştır.

1.3.1. Görüşme Formu

Görüşme formunda; kadın mahkûmların(yaşı, medeni durumu, eğitim durumu, evlenme nedeni, geçmişte suç deneyimi, ebeveyn tutumu, anne-baba eğitim durumu, cezaevinde kalma süresi, hüküm alma yılı)sosyo-demografik özelliklerini içeren sorulardan oluşmaktadır.

1.3.2. Problem Çözme Envanteri

Problem çözme envanteri kişilerin problem çözme becerilerinde ne kadar başarılı olduklarını belirlemek için geliştirilen bir ölçektir. Ölçek, Heppner ve Peterson (1982) tarafından geliştirilmiş ve Türkiye'ye uyarlaması Şahin, Şahin ve Heppner tarafından (1993)yapılmış 35 sorudan oluşan bir ölçektir. Soru formunda her madde için kişilere kendilerinin hangi sıklıkta ölçek maddelerindeki gibi davrandıkları sorulmaktadır. Bu maddelerin yeterli problem çözme becerilerini temsil ettiği varsayılır ve puan ranjı 32-192'dir. Ölçekten alınan toplam puanların yüksekliği, bireyin problem çözme becerileri

¹⁰ Gökçe, Birsen. (2007). Toplumsal bilimlerde araştırma.

konusunda kendini yetersiz olarak algıladığını gösterir. Ölçeğin Cronbach Alfa güvenilirlik katsayısı .88 olarak bulunmuştur¹¹.

1.4. Verilerin Çözümlemesi

Veri toplama araçlarından elde edilen bilgiler, veri girişine hazır hale getirildikten sonra, SPSS 22 programıyla analiz edilmiştir. Araştırmada verilerin analizinde iki değişkenli grupların karşılaştırılmasında Manwhitney u testi, birden fazla grubun olduğu durumlar için Kuruskal Wallis testi kullanılmıştır.

2. Bulgular ve Yorum

Kadın mahkûmların sosyo-demografik özellikleri, evlilik özellikleri, kök aile özellikleri, suça ilişkin bilgileri ve cezaevi yaşamına ilişkin bilgilerine göre problem çözme envanterinden aldıkları puana ilişkin bulgular ve yorumlar bu bölümde yer almaktadır.

Tablo 1. Sosyo-Demografik Özelliklerine İlişkin Bulgular

| Sosyo-demografik özellikler | | s | % |
|-----------------------------|-----------------------|----|------|
| Yaş | 12-20 yaş | 2 | 2,4 |
| | 20-35 yaş | 28 | 33,7 |
| | 35-50 yaş | 39 | 47,0 |
| | 50-80 yaş | 14 | 16,9 |
| Medeni durum | Evli | 43 | 51,8 |
| | Bekâr | 17 | 20,5 |
| | Boşanmış | 14 | 16,9 |
| | Ayrı yaşıyor | 2 | 2,4 |
| | Eşi ölmüş | 7 | 8,4 |
| Evlenme nedeni | Sevdiğim için | 31 | 37,3 |
| | Zorla evlendirdiler | 12 | 14,5 |
| | Evden kurtulmak için | 6 | 7,2 |
| | Evlenme yaşı gelmişti | 6 | 7,2 |
| | Diğer | 11 | 13,3 |

¹¹ Şahin, Nail., Şahin, Nesrin. H., Heppner, P. Paul. (1993). The psychometric properties of the problem solving inventory in a group of turkish university students.

Kadın Mahkûmların Sosyodemografik Özelliklerine Göre Problem Çözme Becerisinin
İncelenmesi Üzerine Bir Çalışma

Dr. Öğr. Üyesi Rumeysa AKGÜN - Arş. Gör. Dr. Tuba YÜCEER KARDEŞ - Prof.Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ

| | | | |
|-----------------------|--------------------------------------|----|-------|
| Öğrenim | Okuryazar değil | 13 | 15,7 |
| | Okuryazar | 5 | 6,0 |
| | İlkokul mezunu | 21 | 25,3 |
| | Ortaokul ya da dengi okulu mezunu | 22 | 26,5 |
| | Lise ya da dengi meslek okulu mezunu | 16 | 19,3 |
| | Üniversite mezunu | 6 | 7,2 |
| Anne eğitim durumu | Okuryazar değil | 30 | 36,1 |
| | Okuryazar | 12 | 13,3 |
| | İlkokul mezunu | 32 | 38,6 |
| | Ortaokul ya da dengi okulu mezunu | 9 | 10,8 |
| Baba eğitim durumu | Okuryazar değil | 20 | 24,1 |
| | Okuryazar | 9 | 10,8 |
| | İlkokul mezunu | 34 | 41,0 |
| | Ortaokul ya da dengi okulu mezunu | 7 | 8,4 |
| | Lise ya da dengi meslek okulu mezunu | 13 | 15,7 |
| Anne tutumu | Otoriter | 18 | 21,7 |
| | Demokratik | 42 | 50,6 |
| | Baskıcı | 8 | 9,6 |
| | İyi | 15 | 18,1 |
| Baba tutumu | Otoriter | 23 | 27,7 |
| | Demokratik | 34 | 41,0 |
| | Baskıcı | 14 | 16,9 |
| | İyi | 12 | 14,5 |
| Önceki suç deneyimi | Evet | 19 | 22,9 |
| | Hayır | 64 | 77,1 |
| Kaç yıldır cezaevinde | 1 yıldan az | 9 | 10,84 |
| | 1-5 yıl | 43 | 51,81 |
| | 6-10 yıl | 26 | 31,33 |
| | 11-15 yıl | 5 | 6,02 |
| Kaç yıl aldı | Tutuklu | 7 | 8,43 |
| | 1-10 yıl | 29 | 34,94 |
| | 11-20 yıl | 21 | 25,3 |
| | 21-30 yıl | 19 | 22,89 |
| | 31-40 yıl | 6 | 7,23 |
| | 40-50 yıl | 1 | 1,2 |

Kadın mahkûmların sosyo-demografik özelliklerine ilişkin bilgilerinin yer aldığı Tablo 1'de görüldüğü üzere katılımcıların yarıya yakını (%47) 35-50 yaş aralığında yer almaktadır. Kadın hükümlülerin yaşı en az 19 en fazla 71 arasında olup yaş ortalaması 40,81 (ss=10,845)'dir. Yapılan diğer araştırmalarda da benzer sonuçlar elde edilmiş, kadın hükümlülerin yaş aralıklarına bakıldığında genç yetişkin nüfusta yığılma olduğu görülmüştür.¹²⁻¹³Nitekim kriminolojide ilerleyen yaşla birlikte suç işleme oranlarının düştüğü yaygın bir şekilde kabul edilen bir görüştür.¹⁴ Bu anlamda bu çalışmada suç işleyen kadınların genç yetişkin nüfusta yoğunluk göstermesi literatürü destekleyen bir sonuçtur.

Kadın hükümlülerin medeni durumları incelendiğinde, yarıdan fazlasının (%51,8) evli olduğu ve %37,3'ünün seveerek evlendiği görülmüştür. Kadın hükümlüler ile yapılan bir çalışmada kadınların medeni durumlarına bakılmış ve %48,8'inin evli olduğu,¹⁵ Bir başka çalışmada da kadınların %39,2'sininevli olduğu görülmüştür.¹⁶

Kadın mahkûmların eğitim durumları ele alındığında, en çok ortaokul (%26,5) mezunu oldukları görülmektedir. Yapılan benzer çalışmalara bakıldığında kadın mahkûmların%51'inin¹⁷, bir diğer çalışmada ise kadın mahkûmların %47'sinin¹⁸ilkokul mezunu olduğu saptanmıştır. Suç deneyimi olan kadınların eğitim durumlarının incelendiği bir çalışmada ise%52'sinin ilkokul mezunu olduğu görülmüştür.¹⁹ Kadın mahkûmların sorunları ve baş etmelerinin ele alındığı bir çalışmada kadınların eğitim durumlarına bakılmış ve %33,3'ünün ilkokul mezunu olduğu görülmüştür.²⁰ Yapılan diğer çalışmalar ile araştırma sonuçları karşılaştırıldığında kadın mahkûmların ilkokul mezunu olma oranlarının yıllara göre giderek azaldığı görülmektedir. Okuryazar

¹² Nazlıdır, Merve. (2010). Kasten adam öldürme ve teşebbüs suçlarında psikososyal özelliklerin incelenmesi: Suç Analizi.

¹³ Gürtuna, Okşan. (2009). Cezaevinde kadın olmak ve cezaevinin kadın bakış açısıyla sosyolojik değerlendirmesi: Ankara Sincan Kadın Kapalı Cezaevi Örneği.

¹⁴ Savcı, İlkay. (2004). Cezaevi İş yurtlarında Çalışan Hükümlüler; Bir Alan Araştırması.

¹⁵ Akgün, Rumeysa. (2012). Kadın hükümlülerin sorunları ve başa çıkma tarzları: Eskişehir Çifteler Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Örneği.

¹⁶ Ersen, Huriye.,İlnem, M. Cem., Havle, Nedim.,Yener, Ferhan., Karamustafaoğlu, Nesrin.,İpekçioğlu, Derya. (2011). Suç işlemiş Kadınların Sosyo demografik Özellikleri, Anne-Baba Tutumları ve Öfke ifade Biçimlerinin Değerlendirilmesi.

¹⁷ Saygılı Sefa.,AliustaoğluF.Süheyla, (2009). Şiddet içerikli suç işleyen kadın olguların değerlendirilmesi.

¹⁸ Nazlıdır, Merve. (2010). Kasten adam öldürme ve teşebbüs suçlarında psikososyal özelliklerin incelenmesi: Suç Analizi.

¹⁹ Ersen, Huriye.,İlnem, M. Cem., Havle, Nedim.,Yener, Ferhan.,Karamustafaoğlu, Nesrin.,İpekçioğlu, Derya. (2011). Suç işlemiş Kadınların Sosyo demografik Özellikleri, Anne-Baba Tutumları ve Öfke ifade Biçimlerinin Değerlendirilmesi.

²⁰ Akgün, Rumeysa. (2012). Kadın hükümlülerin sorunları ve başa çıkma tarzları: Eskişehir Çifteler Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Örneği.

olmama durumlarına bakıldığında ise yıllar göre giderek okura yazar olma oranında bir artış gözlemlenmiştir.

Kadın mahkûmların anne ve babalarının eğitim durumları incelendiğinde, büyük çoğunluğunun anne ve babasının (%39,3, %41,7) ilkokul mezunu oldukları görülmüştür. Bu duruma ek olarak kadın mahkûmların anne- baba tutumlarına bakıldığında büyük çoğunluğu anne babalarının demokratik tutum sergilediğini söylemiştir.

Kadın mahkûmların önceki suç geçmişlerine bakıldığında, büyük çoğunluğunun (%77,1) daha önceden herhangi bir suç deneyimi yoktur. Benzer bir araştırma sonucuna göre kadın mahkûmların %85,7'si daha önce hiç cezaevinde bulunmamıştır.²¹ Adam öldürme suçundan cezaevine girenlerle ilgili yapılan çalışmalarda da kadınların çok azının daha önce suç deneyimi olduğu görülmüştür.²²⁻²³ Yapılan çalışmalar kadın suçluluğu ile erkek suçluluğu farklılığına etki eden dört temel alanın olduğunu ve bunların mağdurlaşma, akıl sağlığı, madde kullanımı ve sosyal faktörlerin olduğunu ifade etmektedir.²⁴ "Mağdurlaşma" kavramı kadınların daha çok şiddet ve istismar mağduru olması ve buna maruz kalan kadınların suça yönelme ve karışma oranlarının daha yüksek olmasını beraberinde getirmesi ile ilintilidir. Öte yandan bu çalışma açısından bir diğer önemli kavram "sosyal faktörler"dir. Kadınların evlenme biçimi, kök aile yapısı ve kendi kurdukları ailelerinde aile içi iletişimin sorunlu olması ve ailede işlev bozukluklarının ortaya çıkması suçu beraberinde getiren nedenler arasında sayılabilir.

Kadınların cezaevinde bulunma sürelerine bakıldığında %31,33'ünün 6-10 yıldır cezaevinde olduğu ve %8,43'ünün tutuklu olduğu görülmüştür. Kadınların aldıkları ceza süresine bakıldığında ise %34,94'ünün 1-10 yıl arası ceza aldığı görülmüştür. Konuyla ilgili yapılan bir çalışmada da kadınların cezaevinde bulunma süreleri ort: 22,03 ve aldıkları ceza süresi ort: 16,75 bulunmuştur.²⁵

²¹ Gürtuna, Okşan. (2009). Cezaevinde kadın olmak ve cezaevinin kadın bakış açısıyla sosyolojik değerlendirmesi: Ankara Sincan Kadın Kapalı Cezaevi Örneği.

²² Ögün, Aslıhan. (1996). Türkiye'de adam öldürme suçunda etkili olan bazı sosyo-kültürel faktörlere ilişkin uygulamalı bir çalışma.

²³ Ögünç, Nazan., Şar, Vedat. (2006). Adam öldürme suçu işlemiş kadınların suç motivasyonları ve kişilik özellikleri.

²⁴ Chambers, Jemma C., Ward, Tony., Eccleston, Lynneand Brown, Mark. (2011). Representation of femaleoffendertypeswithinthepathways model of assault.

²⁵ Akgün, Rumeysa. (2012). Kadın hükümlülerin sorunları ve başa çıkma tarzları: Eskişehir Çifteler Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Örneği.

Tablo 2. Kadınların Yaşlarına Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Yaş | N | Sıra ortalaması | sd | x2 | p | Anlamlı fark |
|-------|----|-----------------|----|------|------|--------------|
| <20 | 2 | 51,00 | 3 | 3,48 | 0,32 | |
| 20-35 | 28 | 48,32 | | | | |
| 35-50 | 39 | 37,92 | | | | |
| 50-80 | 14 | 39,43 | | | | |

Kadın mahkûmların yaşlarına göre problem çözme ölçeğinden aldıkları puanlara bakıldığında (Tablo 2), istatistiksel olarak anlamlı bir fark görülmemiştir ($p>0,05$). Buna karşın Feyzioğlu (2008)'nin hükümlülerin problem çözme becerileri ve bağlanma stilleri ile ilgili yaptığı araştırmada yaşı 20'den küçük olan hükümlülerin problem çözme ortalamasının diğerlerinden daha yüksek olduğu görülmüştür²⁶. Biggam ve Power (1999)'ün yaptığı araştırma da hükümlülerin yaşları ve problem çözme becerileri arasında anlamlı negatif ilişki bulunmuştur. Buna göre hükümlüleri yaşları arttıkça problem çözme becerileri düşmektedir²⁷. Bu sonuçlar doğrultusunda yaşı daha küçük olan hükümlülerin problemlerle baş etmede daha başarılı olduğu ve yaşı büyük olan kişilerin sorunlar karşısında daha fazla yılgınlık yaşadığı söylenebilir.

Tablo 3. Kadınların Cezaevine Girmeden Önceki Medeni Durumlarına Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Cezaevi öncesi medeni durum | N | Sıra ortalaması | sd | x2 | p | Anlamlı fark |
|-----------------------------|----|-----------------|----|-----|-------|--------------|
| Evli (1) | 43 | 44,13 | 4 | 9,7 | 0,05* | 1-3 |
| Bekâr (2) | 17 | 41,18 | | | | 1-5 |
| Ayrı yaşıyor (3) | 2 | 80,75 | | | | 2-3 |
| Boşanmış (4) | 14 | 40,14 | | | | 2-5 |
| Eşi ölmüş (5) | 7 | 23,57 | | | | |

* $p<0,05$

Kadın mahkûmların cezaevine girmeden önceki medeni durumlarına göre problem çözme ölçeği puanına ilişkin bulgulara bakıldığında (Tablo 3), medeni durumlarıyla ölçek puanları arasında istatistiksel olarak anlamlı fark görülmüştür ($p<0,05$). Buna göre; Evli olan kadınlar, eşinden ayrı yaşayan ya da eşi ölmüş kadınlara göre problem çözme becerisi konusunda daha yetersizdir. Buna ek olarak, bekâr kadınların eşinden ayrı olan kadınlara göre problem çözme becerisinin daha yüksek; eşi ölmüş olan kadınlara göre ise

²⁶ Feyzioğlu, Semiha Emel. (2008). Bağlanma Stilleri, Problem Çözme Becerileri ve Hükümlülük Özellikleri Arasındaki İlişkiler.

²⁷ Biggam, Fiona H., Power, Kevin G. (1999). Social Problem-Solving Skills and Psychological Distress Among Incarcerated Young Offenders: The Issue of Bullying and Victimization.

problem çözme becerisinin daha düşük olduğu görülmüştür. Evli kadınların problem çözme becerilerinin düşük olması evliliğin kadınlar için ciddi sorumlulukları beraberinde getirdiğini ve aile içi anlaşmazlıklardan etkilenen öznenin genel olarak kadın olmasını ifade etmektedir. Kadının işlediği suç ve suç işleme nedenlerinin incelendiği bir çalışmada, genellikle aile içinde yaşanan çatışmanın ve evlilik ilişkilerinin suç işlemeye zemin hazırladığı ifade edilmektedir. Kadınların daha çok evli iken suça karışmış olması evlilikte yaşanan sorunların suça itici güç oluşturduğu düşüncesini desteklemektedir.²⁸ Benzer bir çalışmada da evli kadınların suç işleme oranlarının yüksek olmasında evlilik ile ilgili yaşantılarındaki sorunların etkili olabileceği ileri sürülmüştür.²⁹ Bu bağlamda evli kadınların aile içinde yaşadıkları anlaşmazlıklar, aile içinde eşit biçimde dağılım göstermeyen sorumluluklar ve toplumsal cinsiyet rollerine bağlı gördükleri muameleler sonucunda var olan problem çözme becerileri yetersiz kalmış ve suça karışmış oldukları söylenebilir.

Tablo 4. Kadınların Evlenme Nedenlerine Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Evlenme nedeni | N | Sıra ortalaması | sd | x2 | p | Anlamlı fark |
|----------------------------|----|-----------------|----|-------|-------|--------------|
| Sevdiğim için (1) | 31 | 26,27 | | | | |
| Zorla evlendirdiler (2) | 12 | 41,12 | | | | 1-2 |
| Evden kurtulmak için (3) | 6 | 21,58 | 4 | 18,25 | 0,01* | 1-5 3-5 |
| Evlenme yaşım gelmişti (4) | 6 | 34,58 | | | | |
| Diğer (5) | 11 | 51,45 | | | | |

*p<0,05

Kadın mahkûmların evlenme nedenlerine göre problem çözme ölçeği puanına ilişkin bulgulara bakıldığında (Tablo 4), sevdiği için evlenen kadınların zorla evlendirilen ve evlenme sebebi olarak diğeri seçen kadınlara göre problem çözme becerilerinin daha yüksek olduğu görülmüştür. Bu duruma ek olarak evden kurtulmak için evlenen kadınların da diğer seçeneğini seçen kadınlara göre problem çözme becerileri daha yüksektir. Kadınların evlenme biçimleri, problem çözme becerileri ve dolayısıyla suça karışma durumları ilişkili gözükmektedir. Yapılan bir çalışmada, evli kadınlarda suç oranının yüksek oluşunda evliliğin erken yaşlarda gerçekleşmesi ve evliliğin kadına yüklediği görev ve sorumlulukları yerine getirirken karşılaştıkları güçlüklerin hazırlayıcı faktörler olduğunu ileri sürmektedir.³⁰Toplumsal cinsiyet rolleri,

²⁸ Saruç, Semra. (2013). Kadın hükümlüler: Cezaevi yaşantısı ve tahliye sonrası gereksinimler.

²⁹ İl, Sunay. (1990). Türkiye'deki kadın suçluların genel özellikleri ve infaz sürecindeki sorunları üzerine bir araştırma.

³⁰ İçli,Tülin (2007) Kriminoloji.

geleneksel normlar ve karakteristik toplumsal yapının sosyal sorunların temelini oluşturmada aktif rol oynadığı söylenebilir.

Tablo 5. Kadınların Öğrenim Durumuna Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Öğrenim durumu | N | Sıra ortalaması | sd | x2 | p | Anlamlı fark |
|--|----|-----------------|----|-------|------|--------------|
| Okuryazar değil (1) | 13 | 57,65 | 5 | 18,15 | 0,03 | 1-3 |
| Okuryazar (2) | 5 | 62,40 | | | | 1-5 |
| İlkokul mezunu (3) | 21 | 29,52 | | | | 1-6 |
| Ortaokul ya da dengi okulu mezunu (4) | 22 | 47,34 | | | | 2-3 |
| Lise ya da dengi meslek okulu mezunu (5) | 16 | 36,53 | | | | 2-5 |
| Üniversite mezunu (6) | 6 | 29,75 | | | | 2-6 |
| | | | | | | 3-4 |
| | | | | | | 3-6 |

*p<0,05

Kadın mahkûmların öğrenim durumuna göre problem çözme ölçeği puanına ilişkin bulgular incelendiğinde (Tablo 5), eğitim seviyesi yüksek olan kadınmahkûmların diğer kadın mahkûmlara göre problem çözme becerisinin daha yüksek olduğu görülmüştür.Feyzioğlu (2008)'nun yaptığı araştırmada da lise ve üniversite mezunu olan hükümlülerin diğerlerine göre problem çözme ortalamalarının daha yüksek olduğu görülmüştür.Öte yandan Cansunar (1997), sanık konumundaki kadın ve erkekler arasında eğitim seviyesinin düşüklüğünün suç işlemedeki en büyük etkenlerden biri olarak belirlemiştir.³¹ Bir başka araştırmada da benzer sonuçlar elde edilmiş ve suç işlemiş kadınlarda eğitim düzeyi ve gelir seviyesinin düşük olduğu bulunmuştur.³² Bu anlamda eğitim seviyesinin düşüklüğü ve problem çözme becerisinin gelişimi arasında bir ilişkinin olduğu söylenebilir.

³¹ Cansunar, F. Nuray.,Asırdizer, Mahmut., Aycan, Nihat., Balcıoğlu, İbrahim., Batuk, Gökhan. (1997) Kadının suça yönelimi: Karşılaştırmalı bir çalışma.

³² Ersen,Huriye.,İlnem, M. Cem., Havle, Nedim., Yener, Ferhan., Karamustafaoğlu, Nesrin.,İpekçioğlu, Derya. (2011) Suç işlemiş Kadınların Sosyo demografik Özellikleri, Anne-Baba Tutumları ve Öfke ifade Biçimlerinin Değerlendirilmesi.

Tablo 6. Kadınların Anne Eğitim Durumuna Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Anne eğitim durumu | N | Sıra ortalaması | sd | x2 | p | Anlamlı fark |
|---------------------------------------|----|-----------------|----|-------|-------|--------------|
| Okuryazar değil (1) | 30 | 52,75 | 3 | 12,32 | 0,01* | 1-2 1-3 |
| Okuryazar (2) | 11 | 27,82 | | | | |
| İlkokul mezunu (3) | 32 | 35,56 | | | | |
| Ortaokul ya da dengi okulu mezunu (4) | 9 | 41,83 | | | | |

*p<0,05

Kadın mahkûmların anne eğitim durumuna göre problem çözme ölçeği puanına ilişkin bulgulara bakıldığında (Tablo 6), annesi okuryazar olmayan kadın mahkûmların annesi okuryazar olan veya ilkököl mezunu olan kadın mahkûmlara göre problem çözme konusunda daha yetersiz olduğu görülmüştür. Yapılan araştırmalar ailenin eğitim yetersizliğinin bir başka deyişle eğitim düzeyindeki düşüklüğün çocukları suça yönelme olasılığını arttıran etmenlerden biri olarak belirlemiştir.³³ Bu anlamda aile üyelerinin eğitim düzeyinin yüksek olması problemler karşısında güçlü durma ve baş etme stratejileri geliştirmeleri konusunda kadın mahkûmların yeterliliğine etki etmektedir.

Tablo 7. Önceki Suç Deneyimine Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Önceki suç deneyimi | N | Sıra ortalaması | Sıra toplamı | u | p |
|---------------------|----|-----------------|--------------|-------|-------|
| Evet | 19 | 56,13 | 1066,50 | 339,5 | 0,04* |
| Hayır | 64 | 37,80 | 2419,50 | | |

*p<0,05

Kadın mahkûmların önceki suç deneyimine göre problem çözme ölçeği puanları incelendiğinde (Tablo 7), daha önceki suç deneyimi ile kadınların problem çözme becerisi arasında anlamlı fark görülmüştür (p<0,05). Buna göre ilk kez suç işleyen kadınların diğer kadınlara göre problem çözme becerisinin daha düşük olduğu görülmüştür. Başka bir çalışmada benzer bir biçimde daha önce suç deneyimi olan mahkûmların problem çözme beceri ortalamaları ilk kez suç işleyenlere göre daha yüksek bulunmuştur³⁴. Bu durumun daha önce suç işleyen kadınların karşılaştıkları durum ya da bir başka deyişle

³³ Demirbaş, Timur. (2012). Kriminoloji.

³⁴ Feyzioğlu, Semiha Emel. (2008). Bağlanma Stilleri, Problem Çözme Becerileri Ve Hükümlülük Özellikleri Arasındaki İlişkiler.

sorunla nasıl baş edebileceğini önceki tecrübelerine bağlı olarak bilmesinden kaynaklanabileceği düşünülebilir.

Tablo 8. Cezaevinde Bulunma Nedenine Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Suç Türü | N | Sıra ortalaması | Sd | x2 | p |
|----------------|----|-----------------|----|------|------|
| Uyuşturucu | 34 | 43,56 | | | |
| Şiddet suçu | 27 | 46,28 | | | |
| Cinsel suç | 3 | 24 | 4 | 4,43 | 0,35 |
| Mala karşı suç | 15 | 33,8 | | | |
| Diğer | 4 | 44,12 | | | |

Kadın mahkûmların cezaevinde bulunma nedenine göre problem çözme ölçeği puanları incelendiğinde (Tablo 8), suç türleri ile kadınların problem çözme becerisi arasında anlamlı fark görülmemiştir ($p>0,05$). Bu çalışmada istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık görülmemesine karşın yapılan bir başka çalışmada ise kişiye yönelik suç işleyen hükümlülerin problem çözme beceri ortalamaları kamu ve devlete yönelik suç işleyenlere göre daha yüksek bulunmuştur³⁵.

Tablo 9. Cezaevindeki Personel ile İlişki Durumuna Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Cezaevindeki personel ile ilişki | N | Sıra ortalaması | Sıra toplamı | U | P |
|----------------------------------|----|-----------------|--------------|-------|------|
| İyi | 75 | 41,02 | 3076,5 | 226,5 | 0,25 |
| Orta | 8 | 51,1875 | 409,5 | | |

Kadın mahkûmların cezaevinde personelle ilişkilerine göre problem çözme ölçeği puanları incelendiğinde (Tablo 9), personelle ilişki ve problem çözme becerisi arasında anlamlı fark görülmemiştir ($p>0,05$). Feyzioğlu (2008)'nin yaptığı araştırmada ise personelle arası iyi olan hükümlülerin personelle arası iyi olmayan hükümlülere göre problem çözme becerilerinin daha yüksek olduğu görülmüştür³⁶. Bu duruma ilişkin kadın mahkûmların cezaevi personeli sosyal destek olarak algıladığı ve baş etmelerinde karşılıklı fayda sağlayan bir ilişki geliştirdikleri söylenebilir.

³⁵ Feyzioğlu, Semiha Emel. (2008). Bağlanma Stilleri, Problem Çözme Becerileri Ve Hükümlülük Özellikleri Arasındaki İlişkiler.

³⁶ Feyzioğlu, Semiha Emel. (2008). Bağlanma Stilleri, Problem Çözme Becerileri Ve Hükümlülük Özellikleri Arasındaki İlişkiler.

Tablo 10. Alınan Ceza Süresine Göre Problem Çözme Ölçeği Puanına İlişkin Bulgular

| Aldığı ceza süresi | N | Sıra ortalaması | x2 | sd | p |
|--------------------|----|-----------------|------|----|------|
| Tutuklu | 7 | 51,07 | | | |
| 1-10 yıl | 29 | 43,26 | | | |
| 11-20 yıl | 21 | 40,12 | 1,83 | 5 | 0,87 |
| 21-30 yıl | 19 | 37,92 | | | |
| 31-40 yıl | 6 | 43,92 | | | |
| 40-50 yıl | 1 | 47,5 | | | |

Kadın mahkûmların aldıkları ceza süresine göre problem çözme ölçeği puanları incelendiğinde (Tablo 10), ceza süresi ile kadınların problem çözme becerisi arasında anlamlı fark görülmemiştir ($p>0,05$). Buna karşın Feyzioğlu (2008)'nin yaptığı araştırmada 12 aydan fazla ceza alan hükümlülerin problem çözme becerilerinin daha yüksek olduğu görülmüştür³⁷.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Araştırma sonucuna göre; kadın mahkûmların; cezaevine girmeden önceki medeni durumu, evlenme nedeni, öğrenim durumu, anne eğitim durumu ve önceki suç deneyimleri ile problem çözme becerileri arasında anlamlı fark görülürken; yaş, cezaevinde bulunma nedeni, personelle ilişkisi ve aldığı ceza süresi ile problem çözme becerileri arasında anlamlı fark görülmemiştir. Buna göre; evli olan kadın mahkûmların problem çözme becerisinin daha düşük; bekâr kadın mahkûmların ise eşinden ayrı yaşayan kadınlara göre problem çözme becerisi daha yüksektir. Kadınların evlenme nedenine bakıldığında severek evlenen kadınların diğer kadın mahkûmlara göre daha fazla problem çözme becerisine sahip olduğu görülmüştür.

Kadın mahkûmların ve annelerinin eğitim durumuna bakıldığında kendisinin veya annesinin eğitim seviyesi daha yüksek olan kadınların problem çözme becerisinde daha yüksek olduğu görülmüştür. Bu sonuç eğitimin kişilerin problem çözme becerilerini arttırmada olumlu etkisinin olduğunu göstermektedir. Kadın mahkûmların hem annelerinin hem babalarının eğitim durumuna hem de kadınların problem çözme becerisine etkisine bakılmış, istatistiksel olarak anlamlı fark sadece annenin eğitim düzeyi ile ilintili bulunmuştur. Özellikle annenin eğitim düzeyinin bireyin problem çözme becerisinin gelişimine katkıda bulunduğu sonucunun ortaya çıkmış olması önemli bir detaydır. Son olarak kadın mahkûmların suç geçmişine bakıldığında, daha önce suç

³⁷ Feyzioğlu, Semiha Emel. (2008). Bağlanma Stilleri, Problem Çözme Becerileri Ve Hükümlülük Özellikleri Arasındaki İlişkiler.v

geçmiş olmayan kadınların problem çözme becerisinin daha önce cezaevine giren kadınlardan daha yüksek olduğu görülmüştür. Bu bağlamda kadınların tekrar eden suç işleme fiillerinin nedeni karşılaştıkları problemler karşısında problem çözmede yetersiz kalmaları olarak gösterilebilir. Bu anlamda kadın mahkûmların, risk altında olan ailelerinin ve genel olarak risk altında olan tüm ailelerin problem çözme becerisinin artırılması ve güçlendirilmesi önemlidir. Özellikle suç işlemiş kadınların hem buldukları psikolojik durum hem de buldukları ortamın getirdiği psikoloji düşünülürken, ileride suçun tekrar etmemesine yönelik koruyucu önleyici bir hizmet ve müdahale olarak problem çözme becerilerinin geliştirilmesi ivedikle gerekmektedir. Sosyal hizmet mesleğinin odağı olan sorunların çözümü ve değişim, bireylerin potansiyellerinin tam olarak gelişmesini sağlayarak gerçekleşmektedir. Bu anlamda kadın mahkûmların cezaevi süreci ve sonrasında sorunlar karşısında baş etme stratejilerini oluşturabilmeleri ve geliştirebilmeleri için sosyal hizmet müdahaleleri ve uygulamalarının eksiksiz yerine getirilmesi gerekmektedir.

Bu sonuçlar doğrultusunda;

- Cezaevinde yaşayan kadın mahkûmlara problem çözme becerileri ile ilgili destekleyici eğitimlerin verilmesi,
- Risk altında olan ailelere ve kadınlara aile içi anlaşmazlıklar karşısında yaşadıkları problemlerle baş etmelerine yönelik çalışmaların yapılması,
- Problemler karşısında sorun çözme becerilerinin ve baş etme kapasitelerinin artırılması konusunda özellikle erkeklik çalışmalarının yapılması,
- Okullarda ebeveynlere yönelik çocuk yetiştirme tarzlarına ilişkin bilgilendirici eğitimlerin verilmesi,
- Çocukların akademik gelişimleri için gerekli olan eğitime önem verilmesinin yanı sıra çocuklara değer eğitiminin (insan haklarına, doğaya saygılı davranmak, toplumsal eşitliği ve toplumsal cinsiyet eşitliğini benimsemek ve içselleştirmek gibi) verilmesine özen gösterilmesi,
- Kadın mahkûmlarla ilgili gelecekte yapılacak olan akademik çalışmaların kadınların eşleri, çocukları ve kök aileleri ile ilgili konuları ve onların problem çözmelerini odak alması

önerilmektedir.

KAYNAKLAR

Adagide, Simla. (2008). 15-49 yaş grubu kadınların problem çözme becerilerinin incelenmesi. Hemşirelik anabilim dalı yüksek lisans tezi. Erciyes Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Kayseri.

Akgün, Rumeysa. (2012). Kadın hükümlülerin sorunları ve başa çıkma tarzları: Eskişehir Çifteler Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu örneği. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

Akgün, Rumeysa.(2017). Adam öldürme suçundan cezaevine giren kadın hükümlüleri suça götüren nedenler ve cezaevi sürecinin incelenmesi. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

Akgün, Rumeysa.,İçağasıoğlu Çoban, Arzu. (2011). Ankara kadın kapalı ceza infaz kurumunda kalan kadın hükümlülerin psikososyal durumlarının saptanması ve sosyal desteklerinin belirlenmesi. Toplum ve Sosyal Hizmet, 22(2):63-78.

Aktürk, İltan Altay. (2008). Ceza davalarına yansımış kadın kaynaklı şiddetin hukuksal ve adli tıp boyutu. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü.

Aygün, Hicran. (2012). Kanlı Kontesler. İstanbul: Profil Yayıncılık.

Bloom, Barbara.,Steinhart, David. (1993). WhyPunishTheChildren? A Reappraisal Of the Children of Incarcerated Mothers in America. San Francisco, California: NationalCouncil on Crimeand Delinquency.

Biggam, Fiona H.,Power, Kevin G. (1999). Social Problem-SolvingSkillsandPsychologicalDistressAmongIncarceratedYoungOffenders: The Issue of Bullyingand Victimization. Cognitive Therapy and Research , 23(3): 307-326.

Cansunar, F. Nuray.,Asirdizer, Mahmut., Aycan, Nihat., Balcıoğlu, İbrahim., Batuk, Gökhan. (1997) Kadının suça yönelimi: Karşılaştırmalı bir çalışma. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.

Caulfield, Laura. (2012). Life histories of women who offend: A study of women in English prisons. A Doctoral Thes is Submitted in partialfulfillment of there quirements for the award of Doctor of Philosophy of Lough borough University.

Chambers, Jemma. C.,Ward, Tony., Eccleston, Lynne., and Brown, Mark. (2011). Representation of femaleoffendertypeswithinthepathways model of assault. International Journal of OffenderTherapyandComparativeCriminology, 55 (6) 925-948.

Demirbaş, Timur. (2012). Kriminoloji (4. bs.). Ankara: Seçkin Yayınları.

D'zurilla, Thomas.,Chang, Edward., Sanna, Lawrence. (2004). Social problem solvingtheory,research and training. American Psychological Association Washington, DC

Ellis, Shari.,Siegler, Robert.S. (1994). Development of problem solving. Thinking and Problem Solving-Handbook of PerceptionandCognition (Sternberg, R.J.), AcademicPress, USA.

Ersen, Huriye.,İlnem, M. Cem., Havle, Nedim., Yener, Ferhan., Karamustafaoglu, Nesrin.,İpekçioğlu, Derya. (2011). Suç işlemiş Kadınların Sosyo-demografik Özellikleri, Anne-Baba Tutumları ve Öfke ifade Biçimlerinin Değerlendirilmesi. Klinik Psikiyatri, S. 14, s. 218-229.

Feyzioğlu, Semiha Emel. (2008). Bağlanma stilleri, sorun çözme becerileri ve hükümlülük özellikleri arasındaki ilişkiler. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

Gökçe, Birsen. (2007). Toplumsal bilimlerde araştırma. Ankara: Savaş Yayınları.

Gümüş Ersen, Huriye. (2010). Suç işlemiş kadınların sosyodemografik özellikleri, anne-baba tutumları ve öfke ifade biçimlerinin değerlendirilmesi. Psikiyatri Uzmanlık Tezi, Sağlık bakanlığı Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi 7.Psikiyatri Kliniği.

Gürtuna, Okşan. (2009). Cezaevinde kadın olmak ve cezaevinin kadın bakış açısıyla sosyolojik değerlendirmesi: Ankara Sincan Kadın Kapalı Cezaevi Örneği. Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü.

İçli, Tülin., Öğün, Aslıhan. (1988). Sosyal değişme içinde kadın suçluluğu. H.Ü Edebiyat Fakültesi Dergisi., 2:17-32.

İçli, Tülin. (2007). Kriminoloji. Seçkin Yayıncılık, 7.Basım, Ankara

İl, Sunay. (1990). Türkiye'deki kadın suçluların genel özellikleri ve infaz sürecindeki sorunları üzerine bir araştırma. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara.

Karasar, Niyazi. (2013). Bilimsel Araştırma Yöntemi. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.

Kıran, Hülya. (2012). Adam öldürme suçundan ceza infaz kurumunda bulunan kadınların öfke tarzları, problem çözme becerileri ve anksiyete düzeyleri arasındaki ilişki. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Arel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kızılkaya, Sezgin Aydın. (1995). Hükümlü sorunları tarama envanteri geliştirilmesi, geçerliği, güvenilirliği çalışması. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

Nazlıdır, Merve. (2010). Kasten adam öldürme ve teşebbüs suçlarında psikososyal özelliklerin incelenmesi: Suç Analizi. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

Öğün, Aslıhan. (1996). Türkiye'de adam öldürme suçunda etkili olan bazı sosyo-kültürel faktörlere ilişkin uygulamalı bir çalışma. Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Öğünç, Nazan., ŞAR, Vedat. (2006). Adam öldürme suçu işlemiş kadınların suç motivasyonları ve kişilik özellikleri. Uluslararası Dünya Psikiyatri Kongresi (World Psychiatric Association, International Congress, İstanbul, July 12-16.

Saatçioğlu, Ömer., Türkcan, Solmaz., Işıklı, Mehmet., Uygur, Niyazi. (1995). Tutuklularda Depresyon. Düşünen Adam Dergisi, 8(3):18-23.

Şahin, Nail., Şahin, Nesrin. H.,Heppner, P. Paul. (1993). The psychometric properties of the problem solving inventory in a group of Turkish university students. Cognitive Therapy and

Research, 17, 379-396.

Saruç, Semra. (2013). Kadın hükümlüler: Cezaevi yaşantısı ve tahliye sonrası gereksinimler. Doktora Tezi. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

Savcı, İlkay. (2004). Kadın Açık Cezaevinden Notlar –Adını Kader Koyduk; Phoenix Yayınevi: Ankara.

Saygılı, Sefa., Aliustaoglu F.Süheyla. (2009). Şiddet içerikli suç işleyen kadın olguların değerlendirilmesi. Adli Tıp Dergisi, 23(1): 24-29.

HEKİMİN HATALI TIBBİ UYGULAMAYA BAĞLI HUKUKİ SORUMLULUĞU

Legal Responsibility of Physician due to Improper Medical Practice

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YÖRDEM*

Geliş Tarihi: 11.04.2018 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Bilimsel tıbbı uygun bir biçimde hastalıkları teşhis ve tedavi etmek, hekimler için hem bir hak hem de bir görev olarak kabul edilir. Zira insan vücudunu, sağlığını ve dolayısıyla hayatını konu edinen tıp bilimi son derece önemli ve hassas bir bilimdir. Daha önce var olan sağlığına kavuşmak için kendisine başvuran hastayı yeniden eski sağlığına kavuşturmak, bilimsel tıbbın gerektirdiği çeşitli tıbbi müdahalelerden en elverişli olanını ve en uygun biçimde hastaya uygulamak hekimler için bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün ihlal edilmesi hukuk nezdinde sorumluluğu gerektirecektir.

Kendilerine müracaat eden hastayı sağlığına kavuşturmak hekimin, dolayısıyla tıbbi müdahalenin amacı olmakla birlikte, zaman zaman istenmeyen sonuçlar da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda iş hukuk alanına girecek ve hekimin sorumluluğundan söz edilecektir. Hekimlerin kutsal bir meslek icra ettikleri düşüncesi, hukuki alt yapı eksikliği ve toplumun bilinçsizliği dolayısıyla günümüzde olduğu kadar eskide hekimlere karşı fazla dava açılmamaktaydı. Ancak günümüzde, diğer tüm meslek gruplarında olduğu gibi, hekimlerin de işlerini gereği gibi yapmamaları durumunda kendilerine karşı dava açılacağı artık kabul edilmektedir.

Artan dava sayısı ve mesleki sorumluluk poliçelerinin zorunlu olması ile birlikte, hekimler aleyhine açılan malpraktis davalarında belirgin artışlar olmuştur. Bu nedenle, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında veyahut serbest olarak mesleğini icra eden, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan ve dış hekimlerinin, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemde, sözleşme süresi içinde veya sözleşme süresinin bitiminden itibaren iki yıllık süre içinde, mesleki faaliyetleri nedeniyle verdikleri zararlara ilişkin, 31.07.2010 tarihinden itibaren mesleki sorumluluk sigortası yaptırması zorunlu hale gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hekim, sigorta sözleşmesi, sigortacı, zorunlu hekim sigortası, sağlık hizmeti, mesleki sorumluluk.

ABSTRACT

Diagnosis in treating diseases in accordance with scientific medicine is considered both a right and a duty for physicians. Because the science of the human body, health and therefore the life of medical science is very important and sensitive science. It is an obligation for physicians to restore the health of the person who applied to him / her to obtain his / her previous health and to apply the most appropriate medical treatment to the patient in the most appropriate way. Violation of this obligation will require responsibility before the law.

It is the doctor's responsibility to get the patient who is applying to them, and therefore, with the aim of medical intervention, undesirable consequences can emerge from time to time. In his case, the business will enter into the field of law and the responsibility of the doctor will be mentioned. Because of the lack of legal infrastructure and the unconsciousness of the society, many doctors have not been sued as much as they are today, in the opinion that doctors practiced a sacred profession. However, nowadays, like all other professions, it is now accepted that a doctor can be sued against them if they do not do their job properly.

With the increasing number of cases and the mandatory professional liability policies, there have been significant increases in medical practice cases against physicians. For this reason, because of their professional activities within a period of two years from the end of the contract period or with in two years from the end of the contract period, As of 31.07.2010, it has become mandatory for them to have professional liability insurance.

Keywords: Doctor, Insurance contract, insurer, mandatory doctor's insurance, healthcare, professional responsibility.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim üyesi. e-posta: yilmazyordem@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8836-8883

I. GİRİŞ

Dünya Tabipler Birliği tarafından, malpraktis (tıbbi hatalı uygulama), “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde tanımlanmıştır¹. Her tıbbî müdahalenin, hastanın sağlığı, yaşamı ve bedensel bütünlüğüne yöneltilmiş bir ihlal olduğu, kural olarak evrensel hukuk ilkelerinde kabul edilir. Dolayısıyla, tıbbî müdahalenin evrensel hukuk ilkelerine uygun sayılabilmesi için, müdahalenin tıp mesleğinin evrensel ilkelerine, özen yükümlülüğüne uygun yapılması ve hastanın usulüne uygun olarak aydınlatılmış rızasının alınması gerekmektedir.

Hastanın beden bütünlüğüne yöneltilmiş tıbbi müdahalenin amacı, hastanın sağlığına kavuşması olmakla beraber, bazen istenmeyen sonuçlar da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda hekimin sorumluluğundan söz edilecektir. Sorumluluk hukukunda ve buna paralel olarak hekimin hukuki sorumluluğunda, dünyada meydana gelen gelişmeler, hekim aleyhine açılan hukuki ve cezai davaların sayısındaki artış, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasına olan ihtiyacı artırmıştır. Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası, münhasıran mesleki faaliyetlerden doğan sorumlulukları ihtiva eden ve iki tarafa borç yükleyen bir akitir. Bu akit ile sigortalı prim ödeme, sigortacı ise riziko gerçekleştiğinde zararı tazmin etme yükümlülüğü altına girmektedir.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (ZMSS) uygulaması, yaklaşık olarak dokuzuncu yılını doldurmuş bulunmaktadır. Geçtiğimiz bu dönemde ZMSS poliçe teminatı ve kapsamının belirlenmesindeki ölçütlerde sigorta şirketleri arasında yorum ve uygulama farklılıkları yaşanmıştır. Bu yorum farklılıkları nedeniyle uygulamada hekimler bakımından mağduriyetlere neden olmuş ve neden olmayada devam etmektedir. Sigorta şirketleri arasındaki söz konusu yorum farklılıklarına makale içerisinde yer geldikçe değinilecektir.

II. HUKUKİ SORUMLULUK HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE SORUMLULUK SEBEPLERİ

A. Hukuki Sorumluluk

Haksız bir fiil yapılmasından dolayı, zarar telafisi için zarar veren kişiye başvurulabilmesi ve/veya ona müeyyide uygulanabilmesine genel olarak sorumluluk olarak adlandırılır². Sorumluluk kavramı, genel olarak borç kavramı ile birlikte değerlendirilir ve kapsamına göre sorumluluk (...ile

¹ Beyaztaş Yücel Fatma, Dört Olgu Nedeniyle Tıbbi Yanlış Uygulama, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi 2001, S, 23 (1), s. 49.

² Ünán, Samim, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s. 8.

sorumluluk) ile kaynağına göre sorumluluk (...den sorumluluk) şeklinde iki anlamı bulunmaktadır. Borçlunun borcunu ödememesi üzerine, tüm mal varlığına cebri icra yolu ile el konulması ve borcun bu şekilde ifa edilmesine “ile sorumluluk”, daha önceden üstlendiği bir borca veya genel davranış kuralına kişinin aykırı davranışı dolayısıyla meydana gelen zararı tazmin etme sorumluluğuna da “den sorumluluk” denilir³. Hukuki ve cezai sorumluluk olarak iki çeşide ayrılan sorumluluk kavramında; mutazarrırın zararını gidermeyi amaçlayan sorumluluk hukuki sorumluluktur. Hukuki sorumlulukta zarar veren kişi, kusurlu ve haksız fiil sonucu meydana gelen olayın yarattığı zarar münasebetiyle zararı telafiye mecbur tutulur. Bu anlamda hekimin hukuki sorumluluğu da, hekimin tıbbi müdahale esnasında hukuka aykırı olarak hastasına vermiş olduğu zararı tazmin etmekle sorumlu olmasını ifade eder⁴. Cezai sorumluluk kavramında ise, suçlu hapis cezası ve maddi ceza ile cezalandırılır. Cezai sorumlulukta amaç, sosyal dengenin korunmasıdır⁵.

Sorumluluk alanında doktrinde yapılan diğer bir ayırım, sözleşmeye bağlı olarak farklılaşan sözleşme dışı sorumluluk ve sözleşmeye dayalı sorumluluktur. Sözleşme dışı sorumluluk; kusur sorumluluğu, sebep sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk ve hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Ancak, sorumluluk kavramı için yapılan bu ayırımla birlikte, genel olarak sorumluluk kavramı, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki temele dayandığını söylemek mümkündür⁶. Özel hukukta ve idare hukukunda kusur kavramı, “kusura dayalı sorumluluk” ve “kusursuz sorumluluk” olmak üzere iki ana sınıfta ele alınmaktadır⁷.

B. Hekimin Hukuki Sorumluluğu

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda, “*Tıpta Yanlış Uygulama*” konulu duyuru yayınlanmıştır. Bu duyuruda tıbbi yanlış uygulama ve dolayısıyla hekimin hukuki sorumluluğu “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde tanımlanmıştır.

Ülkemizde, tıbbi müdahalelere ilişkin olarak, doğrudan veya dolaylı olarak birçok kanun, tüzük ve yönetmelik olmasına rağmen bu kanunların hiçbirinde,

³ **Yalçın, Hakan/Şahin Afşin**, Sorumluluk Hukuku Ve Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mesleki Sorumluluk Sigortası, Türkiye Üzerine Bir Uygulama, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2017, Sayfa 47; **Antalya, Gökhan**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, Marmara Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2008, S. 14(4), s. 63.

⁴ Şenocak, Zarife; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998 (Hekimin Sorumluluğu), s. 7.

⁵ **Yalçın, Hakan/Şahin Afşin**, s. 47.

⁶ Çelik, Ahmet, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerinsorumlulugu.html> (erişim tarihi:15.07.2018).

⁷ Yavuz, Cevdet, (2008). “Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri Ve İlkeleri”. Marmara Üniversitesi e-dergi, s. 29-30.

hekimlerin sorumluluklarını düzenleyen özel hükümlere yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla, tıbbi müdahalelere ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlar, genel hükümler ile çözümlenmeye çalışılmakta ve hekimin özel hukuk açısından sorumluluğunda Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki özel hükümleri uygulanabilir⁸.

Hekimin hukuki sorumluluğuna dayanak olabilecek genel bir düzenleme bulunmamakla beraber hekimin hukuki sorumluluğunun kusur sorumluluğuna denk geldiği kabul edilmektedir. Örneğin, hastadan yeterli derecede ve usulü dairesinde bilgi alınmamış olması, hastanın usulü dairesinde aydınlatılmamış olması (aydınlatılmış onam), hastanın yeterli derecede fiziki muayenesinin yapılmamış olması, hastaya doğru teşhis konulmamış olması gibi nedenlerle hastanın vücut bütünlüğünün zarar görmesine neden olunması olaylarında hekimin kusurlu olduğu kabul edilmektedir⁹. Böylece, hekimlik mesleğinin icrası sırasında, hekimlik mesleğinin öngördüğü kuralların ihlal edilmesi, kasti ve ihmalkâr davranılması sonucunda hastanın vücut bütünlüğünde bir zarar meydana gelirse, kusur nispetinde hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁰.

Doktrinde hekimin hukuki sorumluluğu konusu, idare hukuku, medeni hukuk, ceza hukuku ve tıbbi etik hukuku olmak üzere dört ana başlıkta incelenmektedir. Tıbbi müdahalede hekim, ilgili mevzuatın kendisine yüklediği yükümlülüğünü yerine getirmeyecek bir faaliyette bulunursa kusur işlemiş sayılacaktır. Burada idare hukuku açısından hekimin hukuki yükümlülüğünden bahsedilir. Tıbbi müdahalede hekimin idare hukuku bakımından kusuru, müdahale faaliyeti esnasında ortaya çıkan kusurlar olan kişisel kusur ile idarenin iş ve eylemleri sonucu ortaya çıkan kusurlar olan hizmet kusuru olmak üzere ikiye ayrılır¹¹. Bir şahsın başka bir şahsa zarar vermesi sonucu meydana gelen zarardan doğan sorumluluk bir medeni hukuk sorumluluğudur. Medeni hukuk sorumluluğunda zarar tazminatı belirlenirken, Borçlar Kanunu ilgili hükümleri uygulanır¹².

⁸ **Yalçıntepe, Neylan**, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, İzmir 2011, s.7 vd. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

⁹ **Başbuğ, Aydın**, Diş Hekiminin Hukuki Sorumluluğu. I. Diş hekimliği Hukuku Sempozyumunda yapılan sunum, Ankara 2014, s. 22 vd.

¹⁰ **Turgaz, Güllü**, Sağlık Sektöründe Mesleki Sorumluluk. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hastane ve Sağlık Kuruluşlarında Yönetim Bilim Dalı, İstanbul 2007, s. 33; Gülgün, S. (2011). Hekimlerin Hukuki (Tazminat) Sorumluluğunun Kaynakları ve Mesleki Sorumluluk Sigortası, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.11.

¹¹ **Erer, Sezer**, "Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Paylaşılması". Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Bursa 2010, s. 35- 36.

¹² **Duru, Neslihan**; Mesleki Sorumluluk Sigortalarından Hekim Mesleki Sorumluluğunun Türkiye'deki ve AB'deki Uygulamalarının Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, İstanbul 2006 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 47.

Teknik olarak tıbbi müdahale faaliyetinde bulunurken ortaya çıkan sorunlardan kaynaklanan sorumluluk, geniş anlamda hekimin cezai sorumluluğu olarak değerlendirilir. Böylece, görevini yaparken bazı yaptırımlarla karşılaşabileceğini bilen hekim, bilimsel tıbbi uygun olarak görevini daha iyi yapmaya gayret edecektir¹³. Tıbbi müdahale durumunda, hekimin ceza sorumluluğuna ilişkin ceza hukuku kaynaklarına bakıldığında, genel olarak, hekimin cezai sorumluluğunun kasti davranışlar ya da taksirli davranışlardan oluştuğu kabul edilmektedir¹⁴.

Hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekimin, istihdam eden sıfatıyla sorumluluğu olayında, sebep sorumluluğundan söz edilecektir. İfa yardımcısının fiillerinden doğan sorumluluk, bir sebep sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk durumudur. İfa yardımcısının kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın borçlu, ifa yardımcısının borcun yerine getirilmesi ile ilgili yahut borcun yerine getirilmesi esnasında borca ve hukuka aykırı olarak alacaklıya verdiği her tür zarardan, kendisine yüklenecek bir kusur olmasa da sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Ne var ki, zarar veren fiil, borç ilişkisi ile uzak veya yakın bir görevsel bağ içinde değilse ve borcun yerine getirilmesinin sağladığı bir kolaylıktan yararlanmıyorsa, borçlu sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir¹⁵.

C. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Hekim ile hasta arasında mevcut sağlık sorununun çözümü için kurulan sözleşmeye dayalı olarak, hekim gerekli teşhisi koymak ve en uygun tedavi yöntemini uygulamak, hasta ise ücret ödemeyi kabul etmek sorumluluğu altına girmektedir. Esas itibarıyla, tıbbi müdahalede, hekim ile hasta arasındaki ilişki, borçlar hukukunda ve özel bir sözleşme tipi olarak düzenlenmediğinden, ilişkinin hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, tedavi sözleşmesine hizmet sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanmalıdır¹⁶. Başka bir görüşe göre, hekimin belli bir sonuca yönelmiş olan tıbbi müdahalesi gereği tedavi sözleşmesine eser sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir¹⁷. Bir diğer görüşe göre ise, hekim ile hasta arasında yapılan tedavi sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ait hükümlerin

¹³ **Yalçın, Hakan**, Sağlık Alanında Sorumluluk Hukuku ve Sigorta İlişkisi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sigortacılık Anabilim Dalı, Ankara 2017, s. 7.(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi); Turgaz, s. 38 vd.

¹⁴ **Duysak, Merve**, Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu, *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, 3(5), Ankara 2009, s. 28.

¹⁵ **Zeytin, Zafer**, İfa Yardımcısının Sağlık Çalışanlarının-Fiillerinden Sorumluluk, *Tıp Hukuku Dergisi*, Yıl 2016 Sayı 10, s. 233.

¹⁶ **Donay, Süheyl**, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, 1968, S. 10, s. 44,45. (Aktaran: **Akartepe, Alpaslan**, *Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan-2006, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 14).

¹⁷ **Ayan, Mehmet**, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 55.

tatbik edilmesi gerekmektedir¹⁸.

Buna göre, hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağının, sözleşme ilişkiden, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklandığı söylenebilir.

1. Sözleşme İlişkisinden Doğan Sorumluluğa İlişkin Görüşler

a) Hizmet Sözleşmesi

Hizmet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununun 393. maddesinde “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre hizmet sözleşmesinde işveren, belirli veya belirsiz bir zaman zarfında kendisine yapılan hizmet karşılığında işçiye bir ücret ödemeyi taahhüt eder. Bu durumda, hizmet sözleşmesinin temel unsurlarının, bağımlılık, zaman ve ücret olduğu söylenebilir. Buna göre, hekiminin hatalı tıbbi müdahalesinden doğan sorumluluğunun hizmet sözleşmesine dayanmadığı hem uygulamada hem de öğretide kabul edilen bir husustur. Zira hasta ile hekim arasında, hizmet akdinin temel unsurlarından biri olan bağımlılık unsuru bulunmamaktadır. Ancak özel bir hastane ile anlaşarak, belirli veya belirsiz bir süre zarfında çalışmasını özel hastaneye tahsis eden hekim ile özel hastane arasındaki hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi ilişkisi olduğu söylenebilir. Ne var ki, özel hastanede, hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekim ile özel hastanede tedavi görecektir hasta arasındaki hukuki ilişki hizmet sözleşmesi sayılmayacaktır¹⁹.

b) Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu’nun 470. Maddesinde, “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Eser sözleşmesinin konusu, ücret karşılığında bir eserin oraya çıkarılmasıdır. Sonucun garanti edilmesi söz konusu olmadığından tedavi amacı güden hekimlik sözleşmesi için eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması mümkün görülmemektedir²⁰. Ancak, yüksek mahkeme Yargıtay, estetik amaçlı ameliyatların bir sonucu garantilemesi unsuru ağır bastığından bu ameliyatlar nedeniyle oluşan hukuki ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerini

¹⁸ Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 44, Ankara 1998, s. 26; Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, Seçkin Yayıncılık, s. 16.

¹⁹ Fidan Nurten, Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu, TAAD, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3, Ankara 2010, s.353)

²⁰ Somer Pervin, Türkiye ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2015, s.253.

uygulamaktadır²¹. Hasta ile hekim arasında estetik ameliyatlar nedeniyle meydana gelen ilişkinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler vardır. Ancak makale çalışmasının kapsamı ve sayfa sayısı dikkate alınarak bu konuya girilmemiştir.

c) Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesi Türk Borçlar Kanununun 502. Maddesinde “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre vekâlet, müvekkilin iradesine ve menfaatine uygun bir sonuca yönelik bir işi vekile görmeyi, işin illa dabaşarı ile sonuçlanmasının vekile ait olmamak üzere, nispeten bağımsız denilebilecek, iş yapma ya da iş görme borcunu vekile yükleyen bir sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesinin konusu, bir işin görülmesi ya da bir işlemin yapılmasıdır ki, bu iş görme ve işlemin yapılması borcu, zaman sınırlaması olmadan ve sonucun elde edilmesi garantilenmeden taahhüt edilmektedir. Vekâlet sözleşmesinde ücret zorunlu kurucu bir unsur değildir. Türk Borçlar Kanunu’nun, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerine tabi kılınan Hekimlik Sözleşmesi hekime, hastayı aydınlatma, hastaya teşhis koyma, hastayı tedavi etme ve tedaviyi kayda geçirme, hastaya sadakatli davranma ve özen gösterme, hastaya dair sır saklama, acil durumlar hariç, gerekirse hastayı uzmanına göndermek üzere tedaviyi üstlenmekten kaçınma ve mesleğine dair bilgisini geliştirme gibi sorumluluklar yükler. Hekimlik Sözleşmesinde hastaya yüklenen sorumluluk ise, bilgi ve belge verme, hekimin verdiği talimatlara uyma, teşhise yönelik incelemelere uyma, katlanma ve ücret ödeme gibi sorumluluklardır²².

Tıbbi hatalı uygulamaya bağlı olarak, hekimin akdi sorumluluğuna gidilebilmesi için, bir hekimlik sözleşmesinin bulunması, hekimin kusurlu davranışı ile hekimlik sözleşmesinin ihlal edilmiş olması, hekimin kusurlu eylemi ile hastaya zarar verilmiş olması ve zarar ile kusurlu eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir(TBK, m.502). Hemen belirtilmelidir ki, estetik ameliyatların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği hususu hariç, genel olarak hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığı konusunda görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkündür²³. Nitekim hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki bakımından

²¹ **Başbuğ, Aydın**, Hekimin Yükümlülükleri ve Hukuki Sorumluluğu. Lefke Avrupa Üniversitesi, II Sağlık Hukuku Sempozyumunda sunuldu, ,Lefke 2010, s. 143,144;**Fidan, s. 353.**

²² **Tandoğan Haluk**, Borçlar Hukuku Özel İlişkiler, Cilt II, s.356;**Başbuğ**, s. 143, 144; **Fidan, s. 353.**

²³ **Tandoğan Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara:1982, s. 236, 237 vd.;İpekyüz **Filiz Yavuz**, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006, s.74, 119;**Fidan, s. 354, 355 vd.**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 18/11/1991 tarih, 1991/8375 E. ve 1991/14336 K. Sayılı ilamında “...hasta muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve hekim muayene ve tedaviye başladığı anda akdi ilişki kurulmuş olur. Bu ilişki hukuken BK.’nun 386. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca vekâlet akdidir.” şeklinde karar vermiştir.

2. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğa İlişkin Görüşler

Haksız fiil sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun maddesi hükmüne göre, haksız fiilden söz edebilmeyi, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ve bu fiil ile başkasına zarar verilmiş olması gerekmektedir.

Hekimin kişisel düşmanlığı yüzünden hastanın hayatına son vermesi ya da hekimin hiç haber vermeksizin bir kişi üzerinde deney uygulaması olayında olduğu gibi, hastaya yapılan hatalı tıbbi müdahalede, hekim ile hasta arasında sözleşmeye dayalı hukuki bir ilişki bulunmuyorsa, ayrıca hatalı tıbbi müdahalede vekâletsiz iş görmenin şartları da bulunmuyorsa, yapılan hatalı tıbbi müdahalede, hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecektir²⁴.

Hatalı tıbbi müdahalede, hekimlik sözleşmesinin bulunması durumunda, hekimin hatalı tıbbi uygulama ile sözleşmenin ihlaline yol açan kusurlu eylemi ile hastaya zarar vermesi halinde hasta, hem sözleşmeye dayalı hem de haksız fiile dayalı olarak hekimin sorumluluğuna gidebilecektir. Tıbbi hatalı uygulama nedeniyle, haksız fiile dayalı olarak hekimin sorumluluğuna gidebilmek için hekimin, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil ile hastaya bir zarar vermiş olması, verilen zarar ile hukuka aykırı ve kusurlu fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir(TBK, m.49).

3. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğa İlişkin Görüşler

Vekâletsiz iş görme ve buna bağlı sorumluluk konusu, iş görenin hak ve borçları başlığı altında, Türk Borçlar Kanunu’nun 526 ile 527. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 526. maddesinde “Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür” şeklinde işin görülmesi düzenlenmiş, 527. Maddesinde de sorumluluk konusu “Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁴ Ayan Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara: 1991, s.61 vd.;Fidan, s. 358.

Buna göre, zaruret halinde olan bir hastanın hayatını kurtarmak veya zarar görmesini engellemek için hatalı tıbbi müdahalede bulunmak, ameliyat sırasında yeni bir müdahalenin daha yapılmasının gerek görülmesi nedeniyle ameliyatı genişletirken tıbbi hatalı uygulamada bulunmak, durumlarında olduğu gibi, zaruret hasıl olan durumlarda hekim, hastaya müdahale etmiş ve tıbbi kötü uygulamaya sebep olmuşsa, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hekimin sorumluluğuna gidileceği açıktır. Bu durumda da hekim özen borcu altındadır ve tıbbi müdahalede hiç bir menfaati bulunmasa bile gerekli özeni göstermek zorundadır (TBK. m. 534).

D.Sorumluluk Sebepleri

1.Genel Olarak

Özel hukuk alanında hekimin sorumluluğu ya sözleşmeye aykırı davranıştan ya haksız fiilden ya da vekâletsiz iş görmeden doğabilir. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre, hekimin “culpa in contrahendo” (sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk) esasına dayalı sorumluluğundan da söz etmek mümkündür. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin kurulmasından önceki aşamada da hekimin dürüstlük kuralı gereği, vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu söz konusu olabilir²⁵. Örneğin, doktoru başka bir yerde ikamet eden hastanın, muayene yerine gelmesi için yolculuk yapmak durumunda kalması olayında, hastanın, hastalığının özelliği nedeniyle yolculuk etmemesi veya belirli şartlar altında yolculuk etmesi konusunda doktor tarafından ikaz edilmemiş olması sonucunda hastanın yolculuk sırasında sakat kalması veya ölmesi durumunda, hekimin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁶.

2.Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Hekim ile hasta arasında tıbbi müdahaleye ilişkin açık veya zımni bir sözleşme bulunması durumunda, hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağını sözleşme oluşturacaktır. Özellikle bağımsız çalışan hekimlerde olmak üzere, hekimin hukuki sorumluluğunun bulunduğu vakıaların pek çoğunda, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi olduğu varsayılır. Aralarında yapılmış olan “tedavi sözleşmesi” veya “hekimlik sözleşmesi” gereğince hekim, hastayı öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü ilkeler kapsamında gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak sorumluluğu altına girmektedir²⁷. Yanlış anestezi uygulaması sonucu hastanın

²⁵ **Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı 7. Baskı, İstanbul 2001, S. 40-42.

²⁶ İpekyüz Yavuz, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, 128-129; **Ayan, Mehmet;** S. 49.

²⁷ **Giesen, Dieter**(Çev. Özdemir, Salim); “Yeni Ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, 1977, C.3, S.1, S. 218.

zarar görmesi olayında olduğu gibi, tedavi sözleşmesini kusurlu olarak ihlal etmesi sonucu hastanın zarar görmesi durumunda hekim, Borçlar Kanunu 96. maddesi ve devamı maddeleri uyarınca sorumlu olacak ve meydana gelen zararı tazminle yükümlü olacaktır²⁸.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğundan söz edebilmek için aşağıda belirtilen koşulların varlığı gerekir.

a. Bir Sözleşmenin Varlığı

Hekim ve hasta arasında geçerli bir tedavi sözleşmesinin varlığı, hekimin sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğu için şarttır. Söz konusu tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte²⁹, teoride ve Yargıtay kararlarında genel olarak kabul edilen görüş, tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğudur. Hekim ile hasta arasındaki vekâlet sözleşmesinin kapsamı, hastayı sağlığına kavuşturmak için hekimin bilimsel tıba uygun olarak gerekli olan müdahaleleri yapmaktır³⁰.

Tedavi sözleşmesinin geçerliliği konusunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olduğundan, Türk Borçlar Kanunu 1. maddesi gereği, sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Tedavi için hastanın hekime başvurması ve hekimin tedaviye başlaması veya hekimin hastanın faydasına onu muayene etmesi ve hastanın bu duruma ses çıkarmayarak reçete alması, ücret ödemesi durumlarında olduğu gibi tedavi sözleşmesi, taraflar arasında zımnî irade beyanıyla kurulabileceği gibi açıkça irade beyanı şeklinde de kurulması mümkündür³¹.

Diğer yandan, 6098 sayılı TBK'nın 503. maddesinde düzenlenen "*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır*". Şeklindeki hüküm uyarınca, hastanın yaptığı icabı derhal reddetmeyen doktor işi kabul etmiş sayılacaktır.

Görüleceği üzere kanun maddesi hükmünde düzenlenen, belirli kişilerce yapılan icabın derhal reddedilmediği takdirde kabul edilmiş sayılacağı hususu, bir karine olarak öngörülmüştür. Madde hükmünün doktorlar hakkında da uygulama alanı bulacağı açıktır. Zira doktorlar da devletten aldıkları ruhsata

²⁸ **Ayan, Mehmet**, S. 49; **Yalçıntepe, Neylan**, S. 11.

²⁹ **Aşçıoğlu, Çetin**, Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993. S. 15, **Ayan, Mehmet**; S. 51 Vd.;

³⁰ **Zevkililer, Aydın**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2002; **Reisoğlu, Seza**; "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s.1-18.

³¹ **Hancı, Hamit**, Malpraktis Tıbbi Girişimleri Nedeniyle Hekimin Ceza Ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006, S. 150; **Şenocak**, S.34-35.

dayanarak tıbbi müdahale faaliyetini icra edebilmektedirler. Dolayısıyla, tedavi konusundaki hastanın icabını derhal reddetmediği takdirde hekim, tedavi sözleşmesi taraflar arasında kurulmuş olduğu varsayılacaktır³².

b. Sözleşmenin İhlal Edilmiş Olması

Tıbbi müdahale nedeniyle hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğundan söz edebilmek için hekimin, tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluklarından en az birini icrai veya ihmali bir davranışıyla ihlal etmiş ve hastasına zarar vermiş olması gerekir. Söz konusu ihlal, Türk Borçlar Kanunu'na göre "*ifa etmeme*" veya "*gereği gibi ifa etmeme*" şeklinde ortaya çıkabilir. Hasta iyileşmemiş olsa bile hekim, bilimsel tıp biliminin gereklerini ve üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiş ise sorumluluklarını yerine getirmiş sayılacak ve herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Hekim, tedavi sözleşmesinde, tedavinin mutlaka başarılı olacağını da zaten garanti edemez³³.

Hastanın eski sağlığına kavuşması veya acısının maksimum dereceye indirilmesi, hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinin temel maksadıdır. Bununla birlikte, doktorun teşhis ve tedavi sorumluluğu haricinde, teşhis koyma yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü, tedavi etme yükümlülüğü, sadakat ve özen yükümlülüğü ve kayda geçirme ve sır saklama yükümlülüğü gibi tedavi sözleşmesinden kaynaklanan başka sorumlulukları da bulunmaktadır. Sözleşmeye uygun bir tıbbi müdahaleden söz edebilmek için hekimin söz konusu sorumluluklara da uyması icap etmektedir. Aksi takdirde hekim, bu yüzden zarar gören hastaya karşı tazminat ödemek zorunda kalabilecektir.

Tedavi sözleşmesinden doğan ve ihlali halinde hekimin sorumluluğunun söz konusu olabileceği yükümlülükler aşağıda kısaca değinilmiştir.

aa. Teşhis Koyma

Tıbbi müdahaleye geçmeden önce hekimin en doğru tedavi yöntemini seçip uygulayabilmek için gerekli teşhisi koyması icap etmektedir. Yapılacak teşhise göre uygulanacak tedavi yöntemi belirleneceğinden, tedavinin başarısı ya da başarısızlığı için teşhis son derece önemlidir. Zira hastayı iyileştirme amacıyla kullanılan ilaç ve uygulanan tedavi yöntemi, hekim tarafından konulan teşhise göre olacağından, teşhisin yanlış konulması halinde hastalığın üzerinde olumsuz etkiler gösterebilecektir. Hatta buna bağlı olarak hastalık uzayabilir ve hastanın durumu kötüleşebilir hatta hastanın ölümüne bile sebep olunabilir³⁴.

³² **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Ankara 2008 (Özel Borç İlişkileri); **Aral, Fahrettin**; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003; **Zevkliler**, S. 355.

³³ Şenocak, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", Aühfd, 2001/4, S.65-80 (Küçüğün Rızası); Yalçın-tepe, s. 15.

³⁴ Yılmaz, **Battal**, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 50 vd.

Hemen belirtmek gerekir ki, birçok hastalığın belirtisi aynı olabildiğinden hekimin teşhis koyma yükümlülüğünün doğru şekilde yerine getirilmesi zorlaşabilmektedir. Hukuki bakımdan da teşhis koyarken hekimin uyması gereken kesin belirli kurallar bulunmamaktadır. Ne var ki teşhis koyarken hekimin önce hastalık öyküsünü (anemnez) alması, hastaya sorular sorarak ve hastayı muayene ederek hastalığın çıkış sebeplerini araştırması, daha önce hastayı muayene etmiş hekimlerin bulgularını da dikkate alarak, röntgen, grafik, mikroskopik ve kimyasal araştırmalar gibi tıbben kendisinden beklenen zorunlu araştırma önlemlerine başvurması ve somut olayın özelliklerine göre gerekli araştırmalar yaptıktan sonra şahsi tecrübesinden de yararlanarak teşhis koyması gerektiği kabul edilmektedir³⁵.

Bilimsel tıp biliminin olağan ve bilinen kurallarına uyararak somut olayın özelliklerine göre gerekli araştırmaları yaparak ve elde ettiği bulguları özenle takdir etmiş olan hekim, sırf konulan teşhisin yanlışlığı dolayısıyla sorumlu tutulamaz. Ancak hekim gerekli araştırmaları yapmadan teşhis koyar veya elde edilen sonuçları mesleki eksikliği nedeniyle doğru değerlendiremezse hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁶.

bb. Aydınlatılmış Onam

Hukuk sistemimizde aydınlatma sorumluluğunu düzenleyen genel bir hüküm olmamakla beraber, Anayasamızın 17 maddesi 1. fıkrasında yer alan, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” düzenlemesi uyarınca kişi kendi geleceği hakkında karar verme hakkına sahiptir. Ayrıca Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu’nun rızayı düzenleyen 70. maddesinde ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 14. maddesinin 2. fıkrasında doğrudan olmamakla birlikte dolaylı olarak aydınlatma sorumluluğu düzenlenmiştir. Yine Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurallarının “Aydınlatılmış Onama” başlığını taşıyan 26. maddesinde aydınlatma yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenlendiği söylenebilir.

Hekimin hastaya karşı tıbbi müdahalesinin, hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olması bir ön koşuldur. Vücudu üzerindeki bireyin hakları göz önünde alındığında, tıbbi müdahalelerde hastanın rızası, hukuka uygunluk nedeni olarak öngörülmektedir. Aydınlatma, uygulanması düşünülen tedavi yöntemi üzerinde, hekimin vereceği bilgilerle hastayı serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesidir³⁷. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ve kişilik hakkı, hastanın aydınlatılma sorumluluğu ve hastanın aydınlatılmış rızasının bir sonucudur. Hastayı aydınlatma

³⁵ Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s.61; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.416; Yalçın-tepe, s. 16.

³⁶ Yalçın-tepe, s. 17.

³⁷ Hancı, S.72; Aşçıoğlu, S.40; İpekyüz, S.90; Şenocak, S. 44.

sorumluluğu, tıbbi müdahalede bulunan hekim tarafından gerektiği şekilde yerine getirilmezse hastanın rızası geçersiz olacağından, usulüne uygun bir tıbbi müdahale olsa bile, bu müdahale hem sözleşmeye, hem hukuka aykırı olur ve hekim, tedavinin olumsuz bir sonucu için kusuru bulunmasa dahi meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır³⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde hastanın rızası konusu; *“Rıza alınırken hastanın ve kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın uygulanabilecek tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar. Ancak tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir”* şeklinde düzenlenmiştir.

Hastaya, konulan teşhis (teşhis aydınlatılması) ve yakalanmış olduğu hastalığın özellikleri hakkında bilgi verilmesi hastayı aydınlatma sorumluluğu kapsamında değerlendirilir ve hekimin aydınlatılmış onam sorumluluğunun ilk adımını oluşturur. Tedavi edilmediği takdirde, tespit edilen hastalığın neden olabileceği olumsuz sonuçların (süreç aydınlatılması) anlatılması, hekimin aydınlatılmış onam sorumluluğunun ikinci adımını oluşturur. Hastaya tatbik edilmesi düşünülen tıbbi müdahalenin şekli, türü, kapsamı, tedavinin olası riskleri, komplikasyon ve ihtimal dahilindeki sonuçları hakkında (riziko aydınlatılması) bilgi verilmesi ise, hekimin aydınlatılmış onam sorumluluğunun üçüncü adımını oluşturur. Hukuken hasta neye onay verdiğini bilmesi gerektiğinden, bu şekilde yapılacak aydınlatmadan sonra hastanın tıbbi müdahaleye muvafakatinin geçerliliğinden söz edilebilecektir³⁹.

Aydınlatılmış onam sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, hastanın ruhsal durumu da göz ardı edilmemelidir. Hastanın ruh sağlığı bozulacaksa veya hasta için hayati tehlike yaratacaksa aydınlatmanın kapsamı da bu oranda dar tutulmalıdır. Diğer yandan, hastaya yapılacak tıbbi müdahalenin ivediliği azaldıkça, uygulanacak tedavinin riski arttıkça veya yeni metotlar uygulanacaksa aydınlatmanın kapsamı geniş tutulmalıdır. Trafik kazası sonucu hayati tehlikesi bulunan ve baygın olan hastaya yapılacak tıbbi müdahale gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, hasta aydınlatılmak istemediğini

³⁸ Hancı, S.72; Aşçıoğlu, S.40.

³⁹ Özasan, Abdi; “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul 2006, s.43 vd.; Özdamar, Mehmet; “Sigortacının Sorumluluğu İle İlgili Gelişmeler (Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluğu)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.409 vd.; DURU, Neslihan; Mesleki Sorumluluk Sigortalılarından Hekim Mesleki Sorumluluğunun Türkiye'deki ve AB'deki Uygulamalarının Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, İstanbul 2006 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 52-53.

bildirir ise hekimin aydınlatma sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁴⁰.

Aydınlatılmış onamın alınacağı kişi ayırt etme gücüne sahipse bizzat aydınlatılmalıdır⁴¹. Aydınlatılmış onamın alınacağı kişi küçükse kanuni temsilcisi de usulü dairesinde bilgilendirilmelidir⁴². Aydınlatılmış onamın alınacağı kişi ayırt etme gücüne sahip değilse kanuni temsilcisi usulü dairesinde aydınlatılmalıdır; kişinin kanuni temsilcisi yoksa, bu durumda yakınları usulü dairesinde aydınlatılabilir⁴³. Hasta kişinin kanuni temsilcisinin olmaması durumunda, yakınlarının kimler olabileceği konusunda direk bir düzenleme olmamakla beraber, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. maddesindeki "*yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatıyla*" organ alınabileceğine ilişkin hükmün olaya kıyasen uygulanmasının mümkün olabileceği düşünülmektedir⁴⁴.

Kural olarak aydınlatılmış onam sorumluluğu, tıbbi müdahaleden önce ve sözleşmenin tarafı olan hekim tarafından yerine getirilmelidir. Aydınlatma sorumluluğunun muhatabı ise mümeyyiz (ayırt etme gücüne sahip) olan hastadır⁴⁵. Ancak hasta küçük veya kısıtlı ise kanuni temsilcilere de bilgi verilmelidir; zira Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi hükmünde, hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde tıbbi müdahale için veli veya vasinin izninin aranacağı düzenlenmiştir⁴⁶.

Hukuk sistemimizde, rızanın yazılı şekle tabi tutulduğu durumlar var olmakla beraber, hasta aydınlatma yükümlülüğünün nasıl yapılacağı konusunda, Hasta Hakları Yönetmeliği m.18d ışında herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği 28. maddesine göre, "*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir*". Aynı Yönetmelik m. 18'de "*Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama*

⁴⁰ Yılmaz, S. 36 vd.; Özaslan, S.46; Hancı, S.72 Vd., Yalçın-tepe, s. 18.

⁴¹ Hakeri, Hakan, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, Tıp Hukuku Dergisi, C.3, S.6, yıl 2014, (s.17-44), s.23 (Hakeri, Hukuka Uygunluk); DOĞAN, Murat, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, (s.41-60), s.44 (Doğan, Hekimin Sorumluluğu); Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.128.

⁴² Özdemir, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2004, s.84 (Özdemir, Teşhis ve Tedavi).

⁴³ Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.48; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.110.

⁴⁴ Doğan Murat, Türkiye ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2015, s.38(s.21-62) Hakeri, Hukuka Uygunluk, S.29.

⁴⁵ Özsunay, S.49 Vd.; Aşçıoğlu, S.39 Vd.

⁴⁶ Şenocak, Küçükün Rızası, S.74 Vd.

yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir” şeklinde aydınlatmanın sözlü olmasının gerektiği öngörülmüştür.

Ancak uygulamada aydınlatma sorumluluğunun yazılı veya sözlü olarak yerine getirildiği açık olmakla beraber, sözlü açıklamaların yanında yaratacağı ispat güçlüğü nedeniyle hazırlayıcı nitelik taşıyan ve ispat kolaylığı sağlayan yazılı aydınlatma yapılmasının daha uygun olacağı kabul edilmektedir⁴⁷. İddia sahibinin iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu genel hukuk kuralı gereği (MK m.6), aydınlatma sorumluluğunun gereği gibi yerine getirilmediğini iddia eden hastanın iddiasını ispatlaması gerektiği varsayılmakla beraber, doktrinde ve yargı kararlarında, hekim karşısında zayıf durumda bulunan hastayı korumak düşüncesiyle ispat yükünün hekimde olduğu kabul edildiği söylenebilir⁴⁸.

cc. Hastayı Tedavi Etme

Hastaya gerekli teşhisi koyduktan sonra hastalığın tedavisi için hekimin en uygun yöntemi seçmesi ve tıbben en uygun tedavi yöntemi kabul edilen, hastanın tedavisinde riski en az ve başarı şansı en fazla olan yöntemi seçmesi gerekmektedir. Buna göre daha az riskle aynı başarıyı sağlayabilecek geleneksel bir tedavi metodu uygulayabilecekken, aynı başarı için daha fazla riski olan yeni bir yöntem seçilmemelidir. Ancak statik değil, dinamik bir bilim dalı olan tıp bilimi doğası gereği, bu prensibin mutlak olarak uygulanması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, yeni tedavi yöntemi daha riskli fakat başarı şansı daha fazlaysa, hastasını aydınlatarak ve hastanın onayını alarak hekimin yeni tedavi yöntemini uygulayabilmesi mümkün olacaktır⁴⁹.

En uygun tedavi yöntemini somut olaya göre seçecek olan hekim, genel olarak tıp bilimi ve uygulamasında kabul edilmiş esasların zorunlu kıldığı özeni göstererek, hastanın zarar görmesini önleyecek her türlü tedbiri alarak seçilen tedavi yöntemini tatbik edecektir. Ne var ki, hekimin uyguladığı tedavinin mutlaka başarılı sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna göre, özenle gerçekleştirilen tıbbi bir müdahaleye rağmen yine de hasta iyileşmemiş ise hekimin sorumluluğundan söz edilmeyecektir⁵⁰.

dd. Sadakat ve Özen

Hastanın sağlığını koruyarak onun tedavi olmasını sağlayacak davranışlarda bulunmak ve hastasına zarar verecek davranışlardan kaçınmak gibi durumları hekimin sadakat sorumluluğuna örnek olarak vermek mümkündür⁵¹. Hekim,

⁴⁷ Polat, Oğuz; Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005, S. 96-97; Yılmaz, S.42; Özslan, S.44.

⁴⁸ Yalçıntepe, S. 19; Yılmaz, S.41; Özsunay, S.56; Ayan, S.87.

⁴⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.417 vd.;Çetin, s.39 vd.

⁵⁰ Ayan, S.67; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, S.419.

⁵¹ Tbk M.390/1ı; Yalçıntepe, S. 21; Ayan, S.88; Aral, S.417; İpekyüz, S.102; Hancı, S.156; Yılmaz, S.43.

sadakat sorumluluğunun bir gereği olarak, hastasının güvenini zedeleyecek tavırlardan kaçınılmalı ve hastasının menfaatlerini kendi menfaatlerinin üzerinde tutmalıdır. Örneğin, hekim kendi parasal çıkarlarını, hastanın çıkarlarından üstün tutarak daha fazla tedavi ücreti alabilmek için hastaya yanlış bilgi vermemeli, gerekmediği halde tedaviyi gereksiz yere uzatmamalı veya faydalı olmadığını bildiği halde bir tedaviyi ücret almak için tatbik etmemelidir⁵².

Hastasını tedavi ederken hekimin özenli hareket etmek gibi bir sorumluluğu da bulunmaktadır. TBK m.506/2. maddesi hükmü “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*” şeklindedir. Zira hekimin özen sorumluluğu, hem sözleşmeye hem de genel hukuk kurallarına dayanan bir sorumluluktur⁵³. Hekimin özen sorumluluğu ölçüsü, vekilin özen sorumluluğunun hizmet sözleşmesindeki işçi gibi olması gerektiği öngörülmüştür⁵⁴. Bu nedenle, olası bir tıbbi müdahalede hekimin özen borcunu yerine getirip getirmediği, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen özen için getirilmiş, objektif ve sübjektif nitelikteki kıstaslar esas alınacaktır⁵⁵. Tıbbi müdahale durumunda, objektif kıstas gereğince, yapılan işin müvekkil (hasta) için taşıdığı önem büyük olduğu oranda vekilin (hekim) göstermesi gereken önem de fazla olacaktır. Örneğin, hastanın bacağına atılacak dikiş ile bir beyin ameliyatında kafaya atılacak dikişin özen derecesi elbette farklı olacaktır⁵⁶.

Sübjektif kıstas gereğince de, iş sahibinin (hekim) bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin dikkati nazara alınmalıdır. Ne var ki, teoride tıp eğitimi sonucu alınmış olan diploma ve devlet tarafından verilmiş ruhsat ile tıbbi faaliyet gösteren hekim için sübjektif kıstasın uygulanmasının mümkün olmayacağı kabul edilmektedir⁵⁷. Bundan dolayıdır ki, tedavi sözleşmesi açısından hekimden beklenen özen ölçüsü, hekimin kendi sübjektif durumundan bağımsız olarak objektifleştirilmiştir. Diğer bir ifadeyle hekim, aynı hal ve şartlar altında, mensup olduğu branşta ortalama düzeydeki bir hekimin göstermesi gereken özeni göstermekle sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Hekimin uzmanlığı ve müdahalenin tehlikeliliği arttıkça hekimden beklenen özenin ölçüsü de elbette artmış olacaktır⁵⁸.

⁵² **Yavuz**, S.594; **Ayan**, S.88.

⁵³ **Hancı**, S.157-158; **Ayan**, S.88; Tdt M. 2, 14.

⁵⁴ Tbk. M.506/2.

⁵⁵ **Ayan**, S.88; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, S.410.

⁵⁶ **Aral**, S.419; **Ayan**, S.89; **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, S.85.

⁵⁷ **Yavuz**, S.586; **Aral**, S.419; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s.411-412.

⁵⁸ **Kıcalıoğlu**, Mustafa; “Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Terazi, Aralık 2006, S.4, S.16 Vd.; **Ayan**, S.89-90; **Aşçıoğlu**, S.90.

ee. Tıbbi Müdahalede Yapılan İşlemleri Kayda Geçirme ve Sır Saklama Sorumluluğu

Tedavisini üstlendiği hastasıyla ilgili olarak hekimin, edindiği bilgileri kayda geçirmek ve bu kayıtları ilgili belgelerle birlikte saklama sorumluluğu altındadır⁵⁹. Hekim, Türk Borçlar Kanunu'nun 508. maddesi hükmü gereğince, hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, hastasına ilişkin bütün kayıtları düzenli bir şekilde tutmak ve bunlar hakkında hastasına açıklama yapmak sorumluluğu altındadır. Hastaya ilişkin kayıtların, tarih belirtilerek detaylı bir biçimde, günlük olarak tutulması bir zorunluluk iken, uygulamada çoğu kez kayıtların, zamanında ve gerektiği gibi tutulmadığını ve arşivlenmediğini söylemek mümkündür. Zira unutmamak gerekir ki, hastaya ilişkin kayıtların düzenli tutulması açılacak sorumluluk davalarında kusurun tespiti noktasında büyük önem taşımaktadır⁶⁰.

Sadakat borcunun bir uzantısı olan hekimin sır saklama sorumluluğu gereği, tedavi faaliyeti süresince hastanın yaşam alanına giren hekimin, tıbbi faaliyeti dolayısıyla hastaya ilişkin öğrendiği sırları gizli tutup, üçünü kişilere ifşa etmeme sorumluluğu bulunmaktadır⁶¹. Hekimin sır saklama sorumluluğu, tedaviden beklenen amaca ulaşılabilmesi için hekim ile hasta arasında bulunması gereken güven ilişkisinin bir gereği ve sonucudur. Hastanın menfaati gerektiriyorsa, hekime müracaatı dahi gizlenmesi örneğinde olduğu gibi, hekimin sır saklama sorumluluğu kapsamında sır, açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şeydir denilebilir⁶². Hekimin sır saklama sorumluluğu, kural olarak bütün üçüncü şahıslara karşı geçerlidir ve sır saklama sorumluluğu hekimin yanı sıra hekimin yardımcı şahısları için de geçerli olduğunu rahatlıkla söylemek mümkündür⁶³.

Genel olarak, hastanın sağlık durumu ya da hasta hakkında edinilen kişisel bilgilerin üçüncü kişilere anlatılmaması durumu sır saklama sorumluluğu olarak tanımlanır. 1982 Anayasa'sının 20. maddesiyle düzenlenerek koruma altına alınmış olması ve tıbbi meslek ahlakının çekirdeği olması dolayısıyla hekimin sır saklaması kavramı geniş yorumlanmalıdır. Hekimin sır saklama yükümlülüğü geniş olup, teşhis, tedavi tedbirleri, hastalığın türü, psikolojik bozukluklar, maddi ve ruhsal bozukluklar, hasta dosyası, röntgen sonuçları, muayene materyali, muayene sonuçları, kişinin bütün ailevi, mesleki, ekonomik ve mali durumları gibi tüm durumları kapsar⁶⁴.

⁵⁹ Tşttdk M.72;Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, S.63; Ayan, S.95.

⁶⁰ Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, S.64; Aşçıoğlu, S.63; Ayan, S.90.

⁶¹ Anayasa M. 17; Tmk. M. 24

⁶² Hancı, S.115, 161-162; Yavuz, S.595; Ayan, S.98; İpekyüz, S.113.

⁶³ İpekyüz, S.114; Ayan, S.99.

⁶⁴ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 321 vd.

c. Hekimin Kusurlu Olması

Sözleşmeye dayalı hekimin sorumluluğundan söz edebilmek için, sözleşmenin ihlal edilmiş olması yanında hekimin kusurlu olması da gerekmektedir. Zira unutmamak gerekir ki, hekimin hukuki sorumluluğu konusunda kusursuz sorumluluk değil, kural olarak kusura dayalı sorumluluk esastır. Sorumluluk hukukunda kusur, zararın sebebi olarak kendini gösteren ve zarar vereni sorumlu tutmayı hukuken haklı gösterecek derecede hukuk düzenince kınanan davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır⁶⁵. Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Hekimin daha fazla tedavi ücreti almak için tedavi süresini uzatması ya da gerek olmadığı halde hastayı ameliyat etmesi örneklerinde olduğu gibi kast, borçlu tarafından hukuka aykırı sonucun bilerek istenmesi olayıdır⁶⁶.

İhmalde ise borçlu, hukuka aykırı sonucun vuku bulmasını istememektedir ancak bu sonucun vuku bulmaması için şartların zorunlu kıldığı özeni de göstermemektedir. Hatalı reçete düzenleyen hekimin, yardımcısının olmamasından yakınlardan çok çalıştığından yorgun olduğundan veya depresyonda olduğundan bahisle sorumluluktan kurtulamayacağı örneğinde olduğu gibi, ihmalin ölçüsü burada objektif olup hekimin sübjektif özelliklerinin burada dikkate alınması mümkün değildir⁶⁷. Ağırılık derecesine göre ihmal de, ağır ihmal veya hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Hekim her türlü ihmalden sorumlu olmakla beraber, ihmalin ağırlığı, gerek sözleşme dışı sorumlulukta, gerekse sözleşmeden doğan sorumlulukta, sadece tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir⁶⁸.

Hekimin tıbbi müdahalesindeki kusuru konusunda değinilmesi gereken bir diğer konu da, “*meslek kusuru*” konusudur. Meslek kusuru, diğer bir ifadeyle “*malpraktis*” kavramı konusunda yasal bir tanım yapılmamış olmakla beraber, teoride yapılmış ve genel kabul gören tanıma göre meslek kusuru, tıp bilimi ve uygulamasında genel kabul gören prensiplere dayanan tıbbi özen ve ihtimam sorumluluğunun hekim tarafından ihlal edilmesidir⁶⁹. Söz konusu tarife göre, meslek kusurundan söz edebilmek için, öncelikle tıp biliminde genel kabul edilmiş bir takım kuralların bulunması gerekmektedir. Bir hastalığa uygulanabilecek tedavi metotlarının birden fazla olması, tıp biliminin dinamik yapısı gereği olarak, tedavi metotlarının sürekli olarak değişip gelişmesi, genel olarak bilinmiş ve genel kabul görmüş kuralların tespitini bir hayli

⁶⁵ **Kılıçoğlu, Ahmet**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2004, S. 217 Vd.; **Eren**, S.551; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, S.217;

⁶⁶ **Yalçıntepe**, S. 25; **Ayan**, S.102; **İpekyüz**, S.132.

⁶⁷ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, S.219; **Ayan**, S.102; **Ayan**, S.102-103.

⁶⁸ **Aşçıoğlu**, S.91; **Ayan**, S.103; **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, S.82.

⁶⁹ **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, s.84; **Ayan**, s.105.

güçleştirmektedir. Bununla beraber, tıp bilimince genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralı, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer olaylara uygulanan metot olarak tanımlamak mümkündür. Bir konuda benimsenmiş ve genel kabul görmüş birden fazla metodunda bulunması elbette mümkündür. Böyle bir durumda, hangi tedavi yöntemini seçileceği hususunda hekime takdir hakkının tanınması gerektiği açıktır⁷⁰.

Meslek kusurundan bahsedebilmek için gerekli ikinci koşul ise hekimin, tıp bilimince genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralını kusurlu olarak ihlal etmesidir⁷¹. Komplikasyon (kabul edilebilir risk) ise tıbbi müdahale sırasında hekimin, tıp bilimince genel kabul edilmiş tıbbi uygulamalarına rağmen meydana gelmesinde kaçınılamayan zararlar olarak tanımlanmıştır. Meslek kusurlarından hekimlerin sorumlu tutulması kural iken, sözleşmeden doğan diğer yükümlülüklerini ihlal etmemiş olmak şartıyla, komplikasyon nedeniyle hekimin sorumluluğu söz konusu olamaz⁷².

d. Bir Zararın Meydana Gelmiş Olması

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin ihlal edilmiş olmasına rağmen, hasta bir zarar görmemişse, hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, hekimin hukuki sorumluluğunda zarar, en önemli koşul olarak kabul edilmektedir⁷³. Hekimin kusurlu davranışı nedeniyle meydana gelen zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Kişinin malvarlığında istemi dışında oluşan eksilmeye maddi zarar denir. Maddi zarar, fiili zarar şeklinde ortaya çıkabildiği gibi, mahrum kalınan kar şeklinde de ortaya çıkabilir. Hekimin hukuki sorumluluğu sonucu oluşan maddi zarar, tedavi sözleşmesine uygun bir tedavi yapılmış olsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yürütülen tedavinin gerçek sonucu arasındaki farkın kişinin malvarlığına yansımaları şeklinde tezahür eder⁷⁴. Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle yeni bir ameliyata gereksinim duyan hasta bakımından yapılacak ikinci ameliyatın masrafları fiili zarara, hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle çenesinde ve burnunda sabit iz kalan medyatik hastanın bu durum dolayısıyla iş sözleşmeleri iptal edilmiş veya gelen tekliflerde azalmadan dolayı mahrum kalınmış muhtemel parasal azalmayı da, kazanç kaybına örnek olarak gösterilmesi mümkündür. Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucu hasta hayatını kaybetmiş ise yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatı talep ve

⁷⁰ **Yalçın-tepe**, S. 25; **Ayan**, S.106

⁷¹ **Ayan**, S.106 Vd.;**Yılmaz**, S.101 Vd.

⁷² **Yalçın-tepe**, S. 27; **Çetin**, S.33; **Polat**, S.32.

⁷³ **Ergün, Ömer**, Borçlar Kanunu Kapsamında Haksız Fiile Maruz Kalan Hekim Ve Hekim Yardımcılarının Tazminat Hakkı (Vaka Örneklili), I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), Bodrum 2015, 196; **Duru**, S.55 Vd.;**Hancı**, S.143.

⁷⁴ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, S.209; **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt, 6. Basım, İstanbul 1976, S.446, **Yılmaz**, S.65.

dava edebileceği tartışmasızdır (TBK m.55)⁷⁵.

Tıbbi kötü uygulama sonucu, kişinin şahıs varlığına yapılan hukuka aykırı tecavüzler neticesinde duyulan manevi ve bedensel acı, ıstırap, hayat zevklerinde meydana gelen eksilmeye de manevi zarar denilir⁷⁶. Tıbbi kötü uygulama nedeniyle, hastanın vücut bütünlüğünde, sağlık değerlerinde meydana gelen eksilme sebebiyle veya tedavi sözleşmesinin ihlali nedeniyle hastada meydana gelen maddi zararlar beraber manevi zarar da meydana gelebilir. Hastanın ölümü halinde ise yakınlarının, tıbbi kötü uygulamada bulunmuş kusurlu hekimden manevi tazminat talep ve dava edebilecekleri kokusuzdur. Bu durumda, maddi ve manevi zararı ispat yükü elbette davacı hastanın üzerinde kalacaktır (BK m. 50, 58).

e. Uygun İlliyet Bağının Varlığı

Hukuka aykırı olarak ortaya çıkan zararlar, sorumluluğun bağlandığı davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisindeki bağı illiyet bağı denilir. Bir hukuki ilişkide, zarar ile sorumluluğun bağlandığı davranış arasında illiyet bağı yoksa hukuki sorumluluktan söz edilmez⁷⁷. Bu sebepten dolayıdır ki, tedavi sözleşmesini ihlal edilmesi sonucu meydana gelen zarardan hekimin sorumlu tutulabilmesi için gereken son şart, tıbbi kötü uygulama ihlali ile meydana gelen hasta zararı arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Hukuk nezdinde, tıbbi faaliyetlerindeki hekimin kusurlu davranışı, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre hastada meydana gelen zararı oluşturmaya elverişli ise illiyet bağının varlığından söz edilebilecek ve hekim sorumlu tutulabilecektir⁷⁸.

Ancak tedavi sözleşmesi hekim tarafından ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, uygun illiyet bağı yokluğundan dolayı, hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Örneğin, kadın doğum uzmanı hekimin, kusurlu bir şekilde ameliyat sırasında gazlı bezi ameliyat bölgesinde unuttuğu bir sezaryen ameliyatında hekim, özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olmakla birlikte, hasta sezaryen ameliyatı sırasında hekimin kusuru olmayan başka bir sebepten aşırı kan kaybından veya depresyon sonucunda ölmüş ise, hekimin kusurlu davranışı ile hastanın ölümü arasında uygun illiyet bağının bulunduğundan söz edilemeyecek ve hekimin hukuki sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁷⁹.

⁷⁵ Hancı, S.144-145; Ayan, S.110; İpekyüz, S.136.

⁷⁶ Tunçomağ, S.447 Vd.; Ayan, S.110.

⁷⁷ Tunçomağ, S.448 Vd.; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, S.88 Vd.; Eren, S.500 Vd.

⁷⁸ Ergün, S. 199; Aşçıoğlu, S.108; Ayan, S.111 Vd.

⁷⁹ Yalçıntepe, S. 29; Ayan, S.111 Vd.

III. HATALI TIBBİ UYGULAMA NEDENİYLE HEKİME KARŞI AÇILABİLECEK TAZMİNAT DAVALARI

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle, hastaya maddi veya manevi zarar verilmiş olduğunun ispatlanması durumunda hekimin, maddi-manevi şeklinde belirli bir miktar tazminat ödemek zorunda bırakılması şeklinde sorumluluğu doğacaktır.

a. Maddi Tazminat Davası

Hatalı tıbbi uygulama sonucunda ölüm durumunun veya bedensel zararın gerçekleşmesi halinde, maddi tazminatın kapsamı farklı kalemleri kapsayacaktır. Yapılması gereken yeni bir cerrahi işlem veya ek tedavi giderleri gibi maddi zararlar, hem fiili zararları hem de hatalı tıbbi müdahale sonucu uğranılan çalışma gücü kaybını ve ekonomik geleceğin sarsılmasından mütevellit zararları da kapsar. Tıbbi müdahale randevusuna hekimin zamanında gelmemesinden dolayı, hastanın hekimi beklerken uğramış olduğu kazanç kaybı, aynı şekilde, tıbbi müdahale randevusuna giderken hastanın harcadığı yolvesairecideler, maddi zarar kapsamında talep edilebilecektir⁸⁰.

1. Bedensel Zarar

Tıbbi müdahale sonucu bedensel zararlar meydana gelmişse, Türk Borçlar Kanunu 54. Maddesinde düzenlenmiş, “*Bedensel zararlar özellikle şunlardır: tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*” şeklindeki hüküm gereğince; bedensel zararlar, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışmagücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar şeklinde olacaktır.

a. Tedavi Giderleri

Hastanın sağlıkdurumunun düzelmesi ve iyileşmesi için, tıbbi müdahale dolayısıyla yapılan gerekli harcama ve giderlere tedavi giderleri denilir. Tedavi giderleri, muayene, teşhis, tahlil, hasta nakil giderleri, hastanın evinde tedavi gördüğü süre içinde hastabakıcı veya hemşire tutması durumunda, bunlara ödenen paralar ile, ameliyat, ilaç, organ nakil ve organ kaybedilmesi, protez takılması, tekerlekli sandalye, bakım, fiziktedavi, kaplıca, korse ve saire giderlerdir⁸¹. Bedensel zararlar Türk Borçlar Kanunu 54. maddesinde, “*Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç kaybı.*”

⁸⁰ **Fidan Nurten**, Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu, TAAD, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3, Ankara 2010, s. 359;

Bkz.Yargıtay 21.Hukuk Dairesi'nin 2008-9310 Esas, 2009-1570 Karar, 5.2.2009 tarihli kararı

⁸¹ **Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2015, 18. bası, Yetkin İstanbul, s. 466; **Yavuz İpekyüz Filiz**;Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: Diyarbakır 2015, s. 42.

3. *Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.* 4. *Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*” şeklinde düzenlenmiştir.

b. Kazanç kaybı, iş gücünün azalmasından ya da kaybedilmesinden doğan zararlar

Fikir ve beden gücünün, diğer bir ifadeyle iş gücünün, kazanç getirici biçimde kullanılmasına çalışma gücü denir. Burada söz konusu olan kayıp ya da azalma, kazanç azalması veya kaybı değildir. Mutazarrırın çalışmagücünün azalması ya da kaybedilmesidir. Çalışma gücünün azalması ya da kaybedilmesi dolayısıyla olumsuz ekonomik sonuçlar, yani kayıplar mutazarrırın zararını oluşturur. Dolayısıyla, hatalı tıbbi uygulamadan önce, zarar gören hastanın, hiçbir kazanç elde etmeyen bir kimse olması mümkün olduğu gibi, kazanç elde eden bir kimse olması mümkündür⁸².

Hatalı tıbbi uygulamadan zarar gören kişinin çalışma gücü, kaybedilmiş veya sürekli olarak azalmışsa zarar geleceğe ilişkin ve farazi olarak hesaplanacaktır. Şüphesiz burada bir kazanç kaybından, dolayısıyla yoksun kalınan bir kardan söz edilecektir. Hatalı tıbbi uygulamadan zarar gören kişinin çalışma gücündeki azalma sona ermiş ya datamamen iyileşme meydana gelmiş ise zarar, hatalı tıbbi uygulama sonucu zarar görenini iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybı ile niteliği itibarıyla fiilen yoksun kalınan kar şeklinde olacaktır⁸³.

c. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar

Ekonomik geleceğin tehlike altına girmesi ya da sarsılması, hatalı tıbbi uygulama sonucunda hastanın beden tamlığının ihlal edilmesi suretiyle hastanın çalışma gücünün olumsuz etkilenmesi ve böylece hastanın ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesi, menfi ekonomik sonuçlar doğurması demektir. Özellikle, mesleği gereği sürekli olarak toplum içinde olan film ve tiyatro sanatçıları gibi hastalar, hatalı tıbbi uygulamaya maruz kalmaları sonucunda bedensel bütünlüklerinin zarar görerek fiziki şekillerinin anormal derecede değişmesi, kötürüm kalması, akıl veya hafıza zayıflığına uğraması sonucu ekonomik gelecekleri ciddi anlamda tehlike altına girebilecek ve ekonomik zarar görebileceklerdir. Bu durumlarda, bedensel bütünlüğü zedelene kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile, iş piyasasında, ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya işini korumakta zorlanabilir ya da çalışsa bile eskisine oranla daha çok güç sarf etmek zorunda kalabilir, hatta işinden çıkartılarak işsiz de kalabilecektir⁸⁴.

⁸² Eren, s.746 vd.

⁸³ Eren, s.746 vd.;Yavuz İpekyüz Filiz;s. 43.

⁸⁴ Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler III, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, S. 584 vd.;Eren, s. 751; Yavuz İpekyüz Filiz;s. 43.

2.Ölüm

Hatalı tıbbi uygulama sonucunda ölüm gerçekleşmiş ise, maddi tazminat kalemleri, Türk Borçlar Kanunu 53. maddesinde; “Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: 1. Cenaze giderleri. 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun maddesi hükmü gereğince, hatalı tıbbi uygulama sonucunda hasta ölmüşse, maddi zararlar, ölüm dolayısıyla yapılan masraflar, bilhassa cenaze giderleri, diğer bir ifadeyle, gömme masrafları, cesedi yıkama, kefenleme, taşıma, tabut, otopsi, yemek, mezarlık ve mezar taşı gibi kalemler, ölüm hemen gerçekleşmemişse, tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğramış oldukları maddi kayıplar gibi, ölenin sosyal, ekonomik durumuna ve dini inanışına uygun doğrudan ilgili giderler, maddi tazminat kalemleri olarak istenebilecektir⁸⁵.

Türk Borçlar Kanunu 53 üncü ve 54 üncü maddelerinde sayılan zarar kalemleriyle sınırlı tutulmamıştır. Sayılan haller özellikle zarar kalemlerini oluşturmaktadır. Bunların dışında da zarar meydana gelmişse tazmini, ispat76 edilmek koşuluyla mümkündür. Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

3. Manevi zararlar

Hatalı tıbbi uygulama durumunda manevi tazminat durumu, “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Mahkeme, manevi tazminat olarak, para şeklinde nakden bir miktar paraya hükmettiği takdirde, durumun özelliklerine ve şartlarına göre, bunun sermaye şeklinde toptan veya irat şeklinde ödenmesi emredebilir. Mahkemece hükmedilen tazminatın, sermaye şeklinde toptan ödenmesi, manevi tazminatın amacına daha uygun olacaktır⁸⁶.

⁸⁵ Tunçomağ, s. 473; Yavuz İpekyüz Filiz; s. 44.

⁸⁶ Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 22. bası, İstanbul 2011, s. 210 vd.; Yavuz İpekyüz Filiz; s. 45.

IV. SONUÇ

Hastaları sağlığına kavuşturmak için büyük bir çaba ile çalışmalarının yanı sıra hekimler, haksız ya da mesnetsiz suçlamalardan korunabilmek için, hukuksal açıdan görev, yetki ve sorumluluklarını da çok iyi bilmelidirler. Tedavi için kendisine başvuran hastayla güvene dayalı ilişki kurmak, aydınlatılmış onamı uygun biçimde almak, hekim mesleki gizlilik sorumluluğuna riayet etmek, ilgili mevzuat gereği, tutulması gereken kayıtlara özen göstermek, hastaya uygulanan tıbbi müdahalenin usul ve esasının bilimsel dayanağından emin olmak, tıbbi müdahalede hata ve zarar oluşumunu önlemek için azami gayret göstermek, hekimin üzerine düşen sorumluluklardır. Hekim, tıbbi müdahalede söz konusu sorumluluklara riayet ettiği müddetçe hukuken sorumluluğu olmayacaktır.

Hekimin hatalı tıbbi uygulama nedeniyle hukuki sorumluluğu, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında sözleşmeye aykırılığa dayandırıldığını söylemek mümkündür. Ne var ki, sözleşmeye aykırılık yanında yaptığı hatalı tıbbi uygulama nedeniyle hekim, bir haksız fiile de sebebiyet verebilir. Zarara uğrayan hasta, hatalı tıbbi uygulamaya neden olmuş hekime karşı dilerse haksız fiile dilerse sözleşmeye aykırılığa dayalı olarak maddi ve manevi tazminat davası açabilecektir. Ancak, sözleşmeye dayalı hatalı tıbbi uygulama sorumluluğunda hekim, yardımcılara nezaret edildiğini, buna rağmen zararı önlemelerinin mümkün olmadığını ispatla sorumluluktan kurtulamayacaktır. Uysa sorumluluk haksız fiile dayandırılıyorsa hekim, elinde olan imkânlarla çalışanın zararı meydana getirmesine engel olamadığını ispatla sorumluluktan kurtulabilecektir.

Diğer yandan, haksız fiil sorumluluğunda, tıbbi hatalı uygulama sonucu kusur, objektif olarak takdir edilir. Kişisel maharet, kabiliyet ve istidat hesaba katılmaz. Dolayısıyla, tıbbi hatalı uygulamada bulunan hekim, normal çalışan bir hekimin yapmaması gereken işleri yapmasından dolayı sorumlu olacaktır. Hatalı tıbbi uygulama sorumluluğunun sözleşmeye dayanması durumunda ise kusur, sübjektif olarak belirlenir ve hatalı tıbbi uygulamada hekimin şahsi kabiliyetine göre kendinden beklenilmeyen müspet veya menfi bir hareket kusur sayılabilecektir. Bu nedenle, sözleşmeye dayalı sorumlulukta temel prensip, tıbbi müdahaleyi kabul etmiş hekimin hastaca bilinen şahsi kabiliyeti itibarıyla kendisinden beklenen dikkat ve ihtimamı sarf etmemesi olacaktır.

Sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı hekim aleyhine açılan tazminat davasında hekim, kusurlu olmadığını ispat etmekle yükümlü iken, haksız fiile dayanılarak açılan tazminat davasında kusurun ispatı kural olarak sorumluluğu iddia eden hastaya ait olacaktır. Dolayısıyla, hatalı tıbbi uygulama haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hakkında yapılan karşılaştırmada, hastanın sözleşme hükümlerine dayanmasının kendisi için daha elverişli olacağı anlaşılmaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Antalya, Gökhan, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, Marmara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2008, S. 14(4), s. 63.

Aral, Fahrettin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003;

Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

Başbuğ, Aydın, Hekimin Yükümlülükleri ve Hukuki Sorumluluğu. Lefke Avrupa Üniversitesi, II Sağlık Hukuku Sempozyumunda sunuldu, Lefke 2010.

Başbuğ, Aydın, Diş Hekiminin Hukuki Sorumluluğu. I. Diş hekimliği Hukuku Sempozyumunda yapılan sunum, Ankara 2014.

Beyaztaş Yücel Fatma, Dört Olgu Nedeniyle Tıbbi Yanlış Uygulama, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi 2001, S, 23 (1), s. 49.

Çelik, Ahmet, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, <http://www.tazminat hukuku.com/araştırma-yazıları/hekimlerin-ve-hastanelerinsorumluluğuhtml>(erişim tarihi:15.07.2018).

Doğan Murat, Türkiye ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2015, s.38(s.21-62).

Doğan, Murat, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, (s.41-60), s.44 (Doğan, Hekimin Sorumluluğu).

Donay, Süheyl, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1968, S. 10, s. 44,45. (Aktaran: **Akartepe, Alpaslan**, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan-2006, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Duru, Neslihan; Mesleki Sorumluluk Sigortalarından Hekim Mesleki Sorumluluğunun Türkiye'deki ve AB'deki Uygulamalarının Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, İstanbul 2006 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 52-53.

Duysak, Merve, Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu, *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, 3(5), Ankara 2009.

Eren Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baksı, İstanbul 2015.

Erer, Sezer, "Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Paylaşılması". Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Bursa 2010, s. 35- 36.

Ergün, Ömer, Borçlar Kanunu Kapsamında Haksız Fiile Maruz Kalan Hekim ve Hekim Yardımcılarının Tazminat Hakkı (Vaka Örneklili), I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), Bodrum 2015, 196; **Duru**, S.55 Vd.;**Hancı**, S.143.

Fidan Nurten, Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu, TAAD, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3, Ankara 2010, (s.349-362)

Giesen, Dieter(Çev. Özdemir, Salim); “Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, 1977, C.3, S.1.

Gülgün, S., Hekimlerin Hukuki (Tazminat) Sorumluluğunun Kaynakları ve Mesleki Sorumluluk Sigortası, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2011.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 321 vd.

Hakeri, Hakan, Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları ve Ceza Sorumluluğu, <http://www.medimagazin.com.tr> (erişim tarihi: 28.07.2018).

Hakeri, Hakan, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, Tıp Hukuku Dergisi, C.3, S.6, yıl 2014, (s.17-44).

Hancı, Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimleri nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 150; Şenocak, s.34-35.

İpekyüz Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006, s.74.

İpekyüz Yavuz, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2004.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler III, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Özaslan, Abdi; “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul 2006.

Özdamar, Mehmet; “Sigortacının Sorumluluğu İle İlgili Gelişmeler (Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluğu)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009.

Özdemir, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2004, s.84 (Özdemir, Teşhis ve Tedavi).

Polat, Oğuz; Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005.

Reisoğlu,Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 22. bası, İstanbul 2011.

Somer Pervin, Türkiye ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2015.

Şenocak, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, 2001/4, s.65-80 (Küçüğün Rızası).

Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 44, Ankara 1998.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara:1982.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Ankara 2008 (Özel Borç İlişkileri).

Turgaz, Güllü, Sağlık Sektöründe Mesleki Sorumluluk. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hastane ve Sağlık Kuruluşlarında Yönetim Bilim Dalı, İstanbul 2007.

Ünan, Samim, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s. 8.

Yalçın, Hakan, Sağlık Alanında Sorumluluk Hukuku ve Sigorta İlişkisi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sigortacılık Anabilim Dalı, Ankara 2017, s. 7, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Yalçın, Hakan/ŞAHİN Afşin, Sorumluluk Hukuku Ve Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mesleki Sorumluluk Sigortası, Türkiye Üzerine Bir Uygulama, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2017.

Yalçıntepe, Neylan, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, İzmir 2011.(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Yavuz, Cevdet, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri Ve İlkeleri”. Marmara Üniversitesi e-dergi, İstanbul 2008. s. 29-30.

Yavuz İpekyüz Filiz;Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33, Diyarbakır 2015, (s. 19-61)

Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara 2017.

Zevkililer, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2002;
Reisoğlu, Seza; “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983.

Zeytin, Zafer, İfa Yardımcısının Sağlık Çalışanlarının-Fiillerinden Sorumluluk, Tıp Hukuku Dergisi, Yıl 2016 Sayı 10.

VERGİ KABAHATLERİ AÇISINDAN SAHTE BELGE DÜZENLEME VEYA KULLANMA FİİLİ İLE İLGİLİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*The Problems and Solution Suggestions Regarding to False Document Arrangement or Use in Terms of Tax Misdemeanors**

Arş. Gör. Kendal DENİZ - Doç. Dr. Ufuk GENCEL*****

Geliş Tarihi: 31.12.2018 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Sahte belge, taraflar arasında gerçek mal alım satım işlemi olmadığı halde düzenlenen belgeyi ifade etmektedir. Sahte belge düzenlenmesi veya kullanılması fiilinin hukuk düzenini bozucu etkisini dikkate alan kanun koyucu, fiili hem vergi kabahati hem de vergi suçu olarak düzenlemiştir. Vergi kabahatleri açısından mükellefle idare arasında ortaya çıkan ve yargıya taşınan sorunların önemli bir kısmı sahte belge düzenlenmesi ve kullanılması fiili nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlar; mükellefler hakkında yeterli araştırma ve inceleme yapılmaması sorunu ve bilmeden sahte belge düzenlenmesi sorunlarından oluşmaktadır. Söz konusu sorunlar nedeniyle mükellefler haksız yere vergi tarhiyat ve cezalarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Bu sorunların çözülmesi, mükelleflerin haksız yere yaptırımlara maruz kalmasının önlenmesi açısından önem arz etmektedir. Çalışmada, sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar, yargı kararları çerçevesinde tespit edilmiş, sorunların çözülmesine ilişkin olarak fiilin kanunda sistematik bir şekilde düzenlenmesine ilişkin önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Belge, Sahte Belge, Vergi Kabahatleri, Yargı Kararları

ABSTRACT

False document refers to the document issued even though there is no real transaction entered into between two parties. Considering the disruptive effects of issuing or using false documents on the law, legislators have regulated this act both as a tax offense and as a tax misdemeanor. A significant part of the problems that arise between the tax administration and taxpayers and brought to the court regarding tax misdemeanors are due to the act of issuing and using false documents. These problems are caused by the failure to do sufficient research and investigation about taxpayers and the act of unconsciously issuing false documents. Due to such problems, taxpayers are wrongfully faced with tax assessments and penalties. It is of importance to resolve these problems in order to prevent taxpayers from being unfairly exposed to sanctions. This study identifies the problems regarding the act of issuing or using false documents within the framework of judicial decisions and presents suggestions on the systematic regulation of this act in the law to resolve these problems.

Keywords: Document, Fake Document, Tax Misdemeanors, Judicial of Decisions.

* Bu çalışma Doç. Dr. Ufuk Gencil danışmanlığında tamamlanan “Yargı Kararları Çerçevesinde Türk Vergi Hukukunda Sahte Belge Düzenleme veya Kullanmanın Vergi Kabahat ve Suçları Açısından Değerlendirilmesi” isimli yüksek lisans tezinden yararlanarak hazırlanmıştır.

** Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Biga İİBF, Maliye Bölümü, kendaldeniz@comu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5864-6539

*** İzmir Demokrasi Üniversitesi, İİBF, Maliye Bölümü, ufukgencil@idu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9345-2572

GİRİŞ

Türkiye’de vergi kayıp ve kaçaklarına neden olan en önemli hareketlerden birini sahte belge düzenleme veya kullanma fiili oluşturmaktadır. Sahte belge, taraflar arasında gerçek mal veya hizmet alım satım işlemi olmadığı halde varmış gibi düzenlenen belgeyi ifade etmektedir. Sahte belge düzenleme veya kullanma fiilinin yarattığı vergi kaybı ve kamu düzenini bozucu etkisini dikkate alan kanun koyucu, sahte belge düzenleme veya kullanma fiilini hem vergi kabahati hem de vergi suçu olarak kabul etmiştir. Literatürde sahte belge düzenleme veya kullanma fiilini konu alan çalışmalar, sahte belge ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgeyi birlikte dikkate alarak yapılmış ve konu genellikle suçlar açısından ele alınmış, kabahatler açısından yeterince incelenmemiştir. Özellikle Kabahatler Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte sahte belge düzenleme veya kullanma fiilinin vergi kabahatleri açısından incelenmesi ihtiyacı da ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada sahte belge düzenleme veya kullanma fiili vergi kabahatleri açısından incelenmiştir. Sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile ilgili yargıya taşınan sorunların tespit edilmesi, mükelleflerin haksız yere yaptırımlara maruz kalmalarının önlenmesi, mükelleflerin gönüllü uyumunun artırılması ve vergi idaresi ile yargı organlarının iş yüklerinin hafifletilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmanın amacı; sahte belge düzenleme veya kullanma fiilinin vergi kabahatleri açısından durumunu ortaya koymak ve mükellefle idare arasında sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile ilgili ortaya çıkan sorunları tespit ederek, bunların çözümüne yönelik önerilerde bulunmaktır. Bu kapsamda çalışmanın birinci bölümünde sahte belge kavramı ve özelliklerine ilişkin açıklamalara yer verilmiş, ikinci bölümünde sahte belge düzenleme veya kullanma fiili vergi kabahatleri açısından incelenmiş ve üçüncü bölümünde ise vergi kabahatleri açısından sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile ilgili yargıya taşınan sorunlar tespit edilmiş ve sorunlara ilişkin verilen yargı kararları hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. SAHTE BELGE KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

1.1. Sahte Belge Kavramı

Sahte kelimesi Farsçadan Türkçeye giren bir kelime olup sıfat anlamı “*bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece, uydurma*” şeklinde ifade edilmektedir. Sahtekâr kelimesi sözlükte “*sahte işler yapan, düzmece, sahteci*”, sahtecilik (sahtekârlık) ise “*sahte işler yapma, düzmececilik*” şeklinde tanımlanmaktadır¹. Ceza hukuku açısından sahtecilik gerçeğin “*hileli şekilde*

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a366edc293559.79010940(Erişim Tarihi: 17.12.2017).

değiştirilmesi” ve “tahrif edilerek olduğundan farklı gösterilmesi” olarak ifade edilmektedir².

Türk vergi hukukunda sahte belge tanımına ilk olarak 28 Seri No’lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin (KDVG) iade ve mahsup işlemlerinin nasıl yapılacağını açıklayan D bölümünde yer verilmiştir. Söz konusu tebliğde; sahte belge *“hukuki geçerliliğini sağlayan zorunlu ve yeterli unsurlara sahip olmayan belgeler ‘sahte belgeler’ dir”* şeklinde tanımlanmıştır. Türk vergi hukukunda kanun ile sahte belgenin tanımı ilk olarak 4369 sayılı kanunda parantez içi hükümle yapılmıştır. 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun tasarısında ise sahte belge tanımına yer verilmemiş, tasarıda Türk Ceza Kanunu’ndaki (TCK) belgede sahtecilik hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Ancak tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında Yargıtayda bulunan dosyaların zamanaşımına uğramasının engellenmesi amacıyla sahte belge tekrardan Vergi Usul Kanunu (VUK) hükümleri kapsamına alınmış ve tanımının yapılması zorunluluğu ortaya konulmuş, 4369 sayılı kanundaki parantez içi hüküm kaldırılarak kanun metnine eklenmiştir. Böylece sahte belge *“gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge”* şeklinde tanımlanmıştır³.

Sahte belge, taraflar arasında gerçekte olmayan bir işlem veya durumu varmış gibi gösteren veya alınması verilmesi gerekmeyen belgelerin fail tarafından düzenlenmesi şeklinde tanımlanabilir⁴. Sahte belgenin varlığından bahsedilebilmesi için öncelikle vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan bir belgenin varlığı aranır. Bu belgenin, kanunda belirtilen zorunlu unsurları da taşıması gerekir. Kanunda belirtilen zorunlu unsurları taşımayan bir yazı belge olarak kabul edilemeyeceğinden sahte olduğu söylenemez⁵. Nitekim sahte belge ilk kez üretilirken tüm

² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 574.

³ Süheyl Donay, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 106.

⁴ Benzer tanımlar için bkz; M. Süha Akgüner ve Mahmut Sekdur, Naylon Fatura, Tekağaç Eylül Yayıncılık, Ankara 2004, s. 20. Yurtsever sahte belgeyi *“gerçekte olmayan, alınması ve verilmesi gerekmeyen bir belgenin olayın faili tarafından düzenlenmesi veya bir işlem olmadığı halde varmış gibi düzenlenen belgedir.”* şeklinde tanımlamıştır. Bkz; Hatice Yurtsever, *“Kritik Kontrol Noktası Analizi Yöntemiyle Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge Ayrımı”*, Maliye Dergisi, Sayı: 156, Ocak-Haziran 2009, s. 143.

⁵ Tahir Erdem, *“Vergi Uygulamasında Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusunu Oluşturan Belgeler”*, Vergi Sorunları Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 266, Kasım 2010a, s. 95; Yargıtay 11. CD, T: 25.10.2017, E: 2017/6098 ve K: 2017/7130.

şekli unsurlara sahiptir. Fakat belge üzerindeki işlem veya durum gerçekte olmamasına rağmen varmış gibi belge düzenlenmektedir⁶.

Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumun gerçekleştiği taraflar dışındaki kişiler adına belge düzenlenmesi halinde de sahte belge söz konusu olur. Çünkü böyle bir durumda işlemi gerçekleştiren kişiler başka, belge üzerinde yer alan kişiler başkadır⁷. Örneğin; A şirketinin B şirketinden 300 kilo çimento almasına rağmen B şirketi A şirketine fatura düzenlememiştir. Bunun üzerine A şirketinin çimento alımını belgelemek adına C şirketinden fatura alması halinde ortada gerçekte bir mal alım satım ilişkisi bulunmamaktadır. Fakat mal alım satım ilişkisi A ile B şirketleri arasında gerçekleşmesine rağmen A ve C şirketleri arasında gerçekleşmiş gibi belge düzenlenmektedir. Bu nedenle A ve C şirketleri arasında alım satım ilişkisi olmadığından düzenlenen belge sahtedir⁸.

1.2. Sahte Belgenin Özellikleri

Sahte belge, vergilendirme ile ilgili işlemlerde kullanılan gerçek bilgiler yerine, gerçeğe aykırı yanlış bilgileri ihtiva eden belgedir⁹. Sahte belge düzenlenmesinde alıcı, satıcıdan herhangi bir mal veya hizmet almadığı halde sanki mal veya hizmet satın almış gibi fatura istemekte ve faturayı kayıtlara gider veya maliyet olarak intikal ettirmektedir. Böylece sahte belgenin varlığında, belgenin mal veya hizmet alım satım ilişkisinin gerçekleştiği şekliyle değil de, istenilen doğrultuda defter, kayıt ve belgelere intikali sağlanarak dönem karının gizlenmesi amaçlanmaktadır¹⁰. Dolayısıyla belgelerin sahte olarak düzenlenmesinin önlenmesi öncelikle belgelerin sahte olduğunun anlaşılması ile mümkündür. Bu kapsamda gerek Hazine ve Maliye Bakanlığının¹¹ yayınladığı genel tebliğlerde gerek yargı kararlarında belgenin sahte olduğuna ilişkin bir takım özelliklere yer verilmiştir. Bu çerçevede:

⁶ Tahir Erdem, "Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ya da Kullanma Suçları", Vergi Sorunları Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 267, Aralık 2010b, s. 101.

⁷ Zeynullah Gider, "Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Ayrımı", Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 365, Ocak 2012, s. 83.

⁸ A. Bumin Doğrusöz, "Sahte Belge Kullanımı: Riskler ve Alternatifler", Yaklaşım Dergisi, Yıl: 16, Sayı: 190, Ekim 2008, s. 33.

⁹ Bkz: 28 Seri No'lu KDVG (01.08.1988 Tarih ve 19886 Sayılı Resmi Gazetede).

¹⁰ Ozan Muzaffer Köstü, Danıştay İçtihatları Işığında Sahte Fatura ve Tespiti. Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 50.

¹¹ Maliye ve Gümrük Bakanlığının ismi, 703 sayılı Anayasa'da Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Hazine ve Maliye Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. Bkz; 09.07.2018 Tarih ve 30473 Sayılı Resmi Gazete.

- Bir mal hareketi veya hizmet söz konusu olmadığı halde düzenlenen belgeler,
- Belge düzenleme yetkisi bulunmayanlar tarafından düzenlenen belgeler,
- Başkası adına bastırılıp kullanılan belgeler,

28 Seri No'lu KDVG'T'ye göre sahte belge olarak kabul edilmektedir.

Yargı kararlarında ise belgenin sahte belge niteliğinde olduğunu gösteren temel özellikler şu şekilde belirtilebilir:

- Genellikle sahte belge şekil itibarıyla eksiksiz düzenlenmektedir¹².
- Genellikle gerçek bir faaliyeti olmayan mükellefler tarafından düzenlenmekte ve komisyon karşılığı satılmaktadır¹³.
- Gerçek bir mal veya hizmet alım satımına dayanmamaktadır¹⁴.
- Mal veya hizmet alım satımının gerçekleştiğine ilişkin hareketler genellikle belgelenememektedir¹⁵.
- Genellikle sahte fatura ile ilgili yapılan ödemeler, tevsik edici belgelere bağlanamamakta veya teyit edilememektedir¹⁶.
- Sahte belgede yer alan hususlar ile şirketin beyan ettiği vergi potansiyeli genellikle uyumlu olmamaktadır¹⁷.
- Sahte belgeye konu mal veya hizmet alım satım miktarı, işletmenin faaliyet konusuyla uyuşmamakta veya uyuşsa bile işletmenin iş ölçüsünü aşmaktadır¹⁸.
- Sahte fatura düzenleyen veya kullanan mükellefler, mal veya hizmet alım satım hareketleri ile belge düzenlenmesi sırasında genellikle muteber bir tacirden beklenen özeni göstermemektedir¹⁹.

Sahte belgeden söz edebilmek için yukarıda yer alan özelliklerin birkaçının birlikte bulunması gerekmektedir.

¹² Yargıtay 19. CD, T: 27.05.2015, E: 2015/3176 ve K: 2015/2006.

¹³ Danıştay 4. D, T: 22.10.2015, E: 2002/2840 ve K: 2015/4721.

¹⁴ Yargıtay CGK, T: 09.10.2001, E: 2001/11-161 ve K: 2001/211.

¹⁵ Yargıtay 11. CD, T: 26.10.2017, E: 2016/9529 ve K: 2017/7164.

¹⁶ Yargıtay 11. CD, T: 26.10.2017, E: 2016/4886 ve K: 2017/71.

¹⁷ Yargıtay 11. CD, T: 26.10.2017, E: 2016/4035 ve K: 2017/7195

¹⁸ Yargıtay 11. CD, T: 26.10.2017, E: 2006/8315 ve K: 2017/7200.

¹⁹ Yargıtay 21. CD, T: 26.12.2016, E: 2016/7818 ve K: 2016/7987; Danıştay 4. D, T: 27.03.2000, E: 1999/ 3941 ve K: 2000/ 1161.

II. VERGİ KABAHATLERİ AÇISINDAN SAHTE BELGE DÜZENLEME VEYA KULLANMA FİİLİ

Kabahat kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup, sözlükte “*uygunsuz hareket, çirkin, yakışsız davranış, kusur, töhmet*” şeklinde ifade edilmektedir²⁰. Çıkarılan kanunlara göre bir fiilin kabahat olup olmadığı tespit edilebilmesine rağmen kabahat kelimesinin ceza hukukuna özgü anlamı orta çağdan bu yana tartışılmaktadır. Kanunlarda ve doktrinde kabahat kelimesi farklı şekillerde tanımlansa da kavramsal çerçevesi tam olarak çizilememiştir²¹. Kabahatler Kanunu’nda kabahat, “*kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” şeklinde tanımlanmıştır²². Kabahatin bir türü olan vergi kabahati ise “*vergi idaresinin vergilendirme ile ilgili ödevlerin ihlali nedeniyle idari yaptırım uyguladığı fiiller*”²³ olarak tanımlanabilir.

Vergi kabahatleri, kendine özgü niteliği nedeniyle özel kanun niteliğine sahip VUK’da düzenlenmiştir. Vergi kabahatleri, VUK’da düzenlenmesine rağmen KK’nın 2. maddesinde “*kanunun, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde ve diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında*” uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kabahatlere ilişkin bir sistem birliği amacıyla getirilen düzenleme ile²⁴ KK’nın genel hükümlerinin VUK’da tanımlı vergi kabahatleri açısından da geçerli hale gelmesi²⁵ hangi normun uygulanacağı konusunda çatışma yaşanmasına neden olmaktadır. VUK, genel nitelikli bir usul kanunu olmasına rağmen vergi kabahat ve yaptırımlarına ilişkin hükümleri, KK karşısında özel kanun niteliği taşımaktadır. KK’nın, genel hükümlerinin VUK açısından geçerli olduğu kabul edilirse, vergi tebligatları dâhil birçok usul hükümlerini de uygulanamaz hale getireceği için VUK hükümlerinin uygulanması daha doğru olacaktır. Nitekim KK ile kanun koyucunun amacı, çok sayıda kanunla karmaşık halde düzenlenen kabahatlerle ilgili hüküm bulunmaması halinde uygulanması gereken genel hükümleri düzenlemektir. Bu kapsamda vergi kabahat ve yaptırımları ile ilgili olarak VUK’da hüküm bulunan hallerde VUK hükümleri, VUK’da hüküm bulunmaması halinde KK’nın genel hükümleri

²⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5aa98773610b2642035683.

²¹ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Suç-Kabahat Ayırımı-İdari Ceza Hukukunun Temelleri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 28.

²² KK, m. 2.

²³ Aziz Taşdelen, *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*, I. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2010, s. 16.

²⁴ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016, s. 18.

²⁵ Ayhan Kılıç, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 18, Temmuz 2014, ss. 314-315.

uygulanacaktır²⁶.

VUK'da yer alan vergi kabahatleri, vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatlerinden oluşmaktadır. Usulsüzlük kabahatleri, ihlal edilen hukuki değerlerin ağırlığına göre kendi içerisinde genel ve özel usulsüzlük, genel usulsüzlük ise kendi içerisinde I. derece ve II. derece genel usulsüzlük şeklinde ikiye ayrılmaktadır²⁷. Sahte belge düzenleme veya kullanma bir yandan vergi ziyayı kabahatine diğer yandan usulsüzlük kabahatlerine sebebiyet verebilmektedir.

Vergi ziyayı kabahati, mükellefin maddi ödevi ile ilgili olan kabahattir. Vergi ziyayı kabahatinin amacı, mükellefin veya sorumlunun maddi ödevini yerine getirmemesi dolayısıyla ortaya çıkacak olan vergi kaybını önlemektir. Nitekim vergi ziyayı kabahatinden bahsedilebilmesi için vergi ziyasının var olması gerekir²⁸. Vergi ziyayı çeşitli yollarla meydana getirilebileceğinden, hareketlerin tek tek kanunda belirtilmesinin yetersiz kalması ihtimaline karşılık VUK, vergi ziyasına sebebiyet veren her fiili hareket unsuru olarak kabul etmiştir²⁹. Vergi ziyayı kabahati, vergi ziyasına sebebiyet veren her fiili kapsamına almasına rağmen cezalandırılmasında üçlü bir ayırımı gitmiştir. Bu ayırım bir bölü beş ve yarım kat (hafif nitelikli fiiller), bir kat (orta nitelikli fiiller) ve üç kat (ağır nitelikli fiiller) yaptırım uygulanan fiiller şeklinde oluşturulmuş olup bir bölü beş, yarım kat ve üç kat yaptırım uygulanacak fiiller kanunda tek tek belirtilmesine rağmen bir kat yaptırım uygulanan fiiller kanunda belirtilmemiştir. Sahte belge düzenleme veya kullanma fiili, üç kat vergi ziyayı cezası kesilmesi gereken fiiller içerisinde düzenlenmiştir. Sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile vergi ziyasına sebebiyet verilebilmesi için öncelikle sahte olarak düzenlenen belgenin "VUK'a göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerden" olması gerekir³⁰. Ayrıca bu belgelerin kanunda belirtilen tüm şekli unsurları taşıyan bir niteliğe sahip olması gerekmektedir. Nitekim belge, kanunda belirtilen şekli unsurları taşıyorsa hiç düzenlenmemiş kabul edilecektir. Hiç düzenlenmeyen bir belgenin de sahte olarak kabul edilmesi düşünülemez³¹.

²⁶ Aydın Cengiz ve Ömer Kılıç, Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları. Vedat Kitapçılık İstanbul 2017, s. 47; Aksi Yönde: Başaran-Yavaşlar, "KK aynı konuda farklı hükümler içeren VUK'un ilgili hükümlerini zımnen ilga ettiğini savunmaktadır." Bkz: Funda Başaran Yavaşlar, "Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 82, Sayı: 6, 2008, s. 2845; Öztürk, "KK'nın genel kanun olma niteliğine atıf yaparak, kabahat içeren tüm kanunların KK hükümlerine uygun olmasını belirtmekte ve KK ile çatışan kanunlar arasında KK'nın genel hükümlerinin uygulanmasını gerektiğini savunmaktadır." Bkz: Bahri Öztürk, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Esasları", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 127.

²⁷ Taşdelen, 2010a, a.g.e., ss. 15-16.

²⁸ Funda Başaran Yavaşlar, Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergi Kabahat ve Yaptırımlar. (Ed.: İlhan Uluhan, Funda Başaran Yavaşlar). Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 289.

²⁹ Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 163.

³⁰ Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Kitapevi, 8. Baskı, Bursa 2017, s. 90.

³¹ Mehmet Taştan, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 82.

Belge üzerindeki sahtecilik belgenin asılları üzerinde yapılabileceği gibi suretleri de sahte olarak düzenlenebilir. Ayrıca belgenin tamamı sahte olarak düzenlenebileceği belgenin bir kısmı da sahte olarak düzenlenebilir. Örneğin, belge üzerinde gerçekte satışı yapılan 10 adet çantanın yanında satışı yapılmayan 10 adet saatin yazılması kısmi sahteciliği gösterir. Sahte belge düzenleme veya kullanma fiilinde, sahte belgenin sadece düzenlenmesi (kullanılmaması) vergi ziyayı kabahatini oluşturmaz. Çünkü belgenin kullanılmaması yani kayıtlara geçirilmemesi halinde vergi ziyayı meydana gelmeyeceğinden düzenleme, kabahat fiilini oluşturmaz³².

Usulsüzlük kabahati, VUK'un 351. maddesinde "*vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine riayet edilmemesi*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle usulsüzlük kabahatleri şekli vergi ödevlerinin ihlal edilmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Şekle ilişkin ödevlere uyulması sayesinde vergiyi doğuran olay gerçeğe uygun bir şekilde defter, kayıt ve belgelere yansıtılarak vergi alacağının doğru bir şekilde hesaplanması sağlanmakta ve vergi ziyasının ortaya çıkması engellenmektedir. Bir başka deyişle usulsüzlük kabahatleri açısından vergi ziyasının meydana gelmesi aranmamakla birlikte vergi ziyayı yaratma tehlikeleri bulunduğundan şekli ödevlerin yaptırıma bağlanmasıyla vergi ziyasının meydana gelme tehlikesi de engellenmiş olmaktadır³³.

Sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile özel usulsüzlük kabahati işlenmekle birlikte kabahatin hareket unsurunu; VUK'un 353/1. maddesinde belirtilen "*...belgelerin alınmaması, verilmemesi, gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi ve hiç düzenlenmemiş sayılması*" fiili ile 353/2. maddesinde belirtilen "*belgelerin aslı ile suretlerinin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi*" fiili oluşturmaktadır.

Sahte belge düzenleme veya kullanma ile VUK'un 353/1. maddesinde belirtilen fiile göre özel usulsüzlük kabahatinin işlenebilmesi için öncelikle belgenin alınmasını veya verilmesini gerektiren bir mal veya hizmet alım satım ilişkisinin bulunması gerekmektedir³⁴. Nitekim belge düzenlenmesindeki temel amaç, mal veya hizmet alım satım işleminin gerçeğe uygun bir şekilde belgeye bağlanmasıdır. Dolayısıyla gerçekte bir mal veya hizmet alım satımının bulunmaması halinde belge düzenlenmesini gerektirecek bir işlemin de var olmadığı kabul edilmektedir³⁵. Bu kapsamda sahte belge düzenleme

³² Şükrü Kızılot ve Zuhul Kızılot, *Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura*, Yaklaşım Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2010, s. 250.

³³ Tahir Erdem, *Vergisel Kabahatler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010c, s. 234.

³⁴ Nevzat Şenses, "Sahte Belge Kullanımında Kesilecek Özel Usulsüzlük Cezası", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 346, Temmuz 2017, s. 70.

³⁵ Şenses, a.g.m., s. 70.

şekilleri³⁶ dikkate alındığında her sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile özel usulsüzlük kabahatine sebebiyet verilmemektedir. Çünkü sahte belge düzenleme şekillerinden bazılarında gerçekte bir mal veya hizmet alım satım işlemi bulunmamasına rağmen belge düzenlenirken bazılarında gerçekte bir mal veya hizmet alım satımı bulunmakla birlikte belge almada yaşanan zorluklar nedeniyle mal veya hizmet alışları başka mükelleflerin belgeleriyle belgelendirilmekte veya verilen belgelerin sahteliği konusunda bilgi sahibi olunamamaktadır.

Sahte belge düzenleme şekilleri içerisinde yer alan gerçekte mal veya hizmet alımı olmadığı durumlarda belge düzenlenmesi halinde özel usulsüzlük kabahatinin işlendiği kabul edilmemektedir³⁷. Çünkü gerçekte bir alım satım ilişkisi yoksa işletme stoklarına giren veya çıkan bir mal veya hizmet alımı olmayacağından belge düzenlenmesini gerektiren bir durum da söz konusu olmayacaktır³⁸. Nitekim Danıştay da bir kararında hangi tarihte, kimlerden mal alındığı ve alınan mal karşılığında belge düzenlenmediğine ilişkin somut bir tespit yapılmadan³⁹ ve dolayısıyla işletmeye girmeyen yani gerçek alım satıma dayanmayan bir mal için belge düzenlenmesi söz konusu olmayacağından kesilen özel usulsüzlük cezasını hukuka aykırı bulmuştur⁴⁰.

Sahte belge düzenleme şekilleri içerisinde yer alan gerçekte mal ve hizmet alınmasına rağmen belge alınamaması nedeniyle mal veya hizmetin satın alındığı kişiler dışındaki bir başka kişiden belge alınması veya mal veya hizmetin satın alındığı kişilerin düzenledikleri faturaların sahte olması durumlarında özel usulsüzlük kabahatine sebebiyet verilmektedir⁴¹. Çünkü gerçekte mal veya hizmet alınmış hatta belge de düzenlenmiştir. Fakat söz konusu alım satım işleminin, mal veya hizmetin alındığı kişilerden değil bir başkasından alınan belgelerle belgelendirilmesi nedeniyle mal veya hizmet alım satımın gerçekleştiği taraflar arasında belgenin alınmadığı ve verilmediği kabul edilmektedir⁴². Ayrıca Danıştaya göre söz konusu şekillerde özel usulsüzlük kabahatinin işlendiğinin kabul edilebilmesi için belgenin kim tarafından

³⁶ Bu şekiller; gerçekte olmayan bir kişi adına belge düzenlenmesi, gerçekte olan bir kişi adına taklit belge düzenlenmesi, gerçekte alım satım olmadığı halde belge düzenlenmesi ve gerçek mal veya hizmet alım satımında başka mükellefin belgesinin verilmesidir.

³⁷ Şakir Veziroğlu, "Sahte Belge Kullanma İncelemelerinde Uygulanan Özel Usulsüzlük Cezasının Hukuki Durumu", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 279, Mart 2016, s. 4.

³⁸ Veziroğlu, a.g.m., s.4; **Aksi Yönde**; Akgüner ve Sekdur, a.g.e., s. 67.

³⁹ Danıştay 3. D, T: 14.10.2011, E: 2010/369 ve K: 2011/1143.

⁴⁰ Danıştay 3. D, T: 18.10.2011, E: 2009/2387 ve K: 2011/6063.

⁴¹ Kemal Faruk Yazgan, "Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanımında Özel Usulsüzlük Cezası", *E-Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 274, Ekim 2015.

⁴² Gökhan Korhan ve Özgür Özkan, "Sahte Belge Kullanımında 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353. ve Mükerrer 355. Maddeleri Uyarınca Özel Usulsüzlük Cezası Kesilebilir mi?", *E-Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 247, Temmuz 2013.

düzenlenmesi gerektiğinin de tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında gerçekte alınan ve işletmeye girdiği tespit edilen mala ait belgenin kim tarafından düzenlendiği tespit edilmeden kesilen özel usulsüzlük cezasını hukuka aykırı bulmuştur⁴³.

Sahte belge düzenleme veya kullanma ile VUK'un 353/2. maddesinde yer alan "gerçeğe aykırı düzenlenmesi" fiili özel usulsüzlük kabahatinin hareket unsurunu oluşturmaktadır. Nitekim sahte belge, gerçeğe aykırı bir şekilde düzenlenen belgeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla sahte belgenin düzenlenmesiyle birlikte gerçeğe aykırı bir belge de meydana gelmiş olacağından özel usulsüzlük kabahati işlenmiş sayılacaktır⁴⁴.

Genel usulsüzlük kabahatinin fiillerinden birini VUK'un 352. maddesinde "defter kayıtlarının ve bunlarla ilgili vesikaların doğru bir vergi incelemesi yapılmasına imkân vermeyecek derecede noksan, usulsüz veya karışık olması" oluşturmaktadır. Sahte belge düzenlenmesi veya kullanılmasının varlığı durumunda doğru bir vergi incelemesi yapılamayacağından genel usulsüzlük kabahati işlenmiş kabul edilmektedir⁴⁵.

III. VERGİ KABAHATLERİ AÇISINDAN SAHTE BELGE DÜZENLEME VEYA KULLANMA FİİLİ İLE İLGİLİ YARGIYA TAŞINAN SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Vergi kabahatleri açısından mükelleflerin sahte belge düzenlediği veya kullandığına ilişkin yeterli araştırma ve inceleme yapılmaması veya mükelleflerin belgenin sahteliğini bilmemeleri veya bilme imkânlarının bulunmadığı durumlarda kanun hükümleri yerine genel tebliğlerdeki hükümler dikkate alınarak yaptırımlar uygulandığı görülmektedir. Bu kapsamda çalışmanın bu bölümünde mükelleflerin vergi kabahatleri bakımından karşı karşıya kaldığı yeterli tespit ve inceleme yapılmaması sorunu ve bilmeden sahte belge kullanılması sorunu Danıştayın verdiği kararlar dikkate alınarak değerlendirilecektir.

3.1. Mükellef Hakkında Yeterli Araştırma ve İnceleme Yapılmaması Sorunu

Yapılan vergi incelemelerinde inceleme elemanları, mükelleflerin sahte belge düzenledikleri veya kullandıkları yolunda kesin bulgular elde etmemelerine rağmen bir takım karinelere veya başka mükellefler hakkında düzenlenen vergi tekniği raporlarını dikkate alarak yaptırım uygulanmasını önermektedir. Mükellefler hakkında kesin tespit yapılmadan ceza uygulamasına gidilmesi

⁴³ Danıştay VDDK, T: 21.11.2008, E: 2007/334 ve K: 2008/737.

⁴⁴ Akgüner ve Sekdur, a.g.e., s. 67.

⁴⁵ Zeynel İlica ve Ömür İlica, *Vergi Hukukunda Sahte Fatura ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 70.

mükelleflerin haksız yere yaptırımlara maruz kalmalarına neden olmaktadır. Bununla birlikte söz konusu vergi tekniği raporları mükelleflere tebliğ edilmemekte ve mükellefler kendilerine isnat edilen suçlamalar hakkında bilgi sahibi olamamaktadır. Bu durum yaşanan sorunların boyutunu artırmaktadır.

3.1.1. Karinelere Kaynaklı Sorunlar

Sahte belge, kanunda belirtilen zorunlu unsurları taşıyan fakat içeriği itibarıyla gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasını yansıtmayan belgedir. Belgelerin kanunda belirtilen zorunlu unsurları taşımaları halinde gerçeği yansıttıkları karine olarak kabul edilmektedir. Bu karineye “ilk görüş karinesi” adı verilmektedir. İlk görüş karinesi, vergi kanunlarına uygun ve zorunlu unsurları taşıyan belgelerin ticari, ekonomik ve teknik icaplara uygun olduğu kabul edilerek vergi idaresi tarafından aksi ispat edilemediği sürece bu belgelere dayanılarak işlem yapılmasını zorunlu kılmaktadır⁴⁶. Bu nedenle belgenin sahte yani gerçeğe aykırı bir belge olduğunun iddia edilmesi halinde ispat yükümlülüğü, belgenin sahte olduğunu iddia eden idareye aittir.

Vergi idaresi, mükellefler hakkında yapılan incelemelerde elde edilen yemin ve vergiyi doğuran olayla açık ilgisi bulunmayan şahit ifadesi dışında her türlü delil ile belgenin sahteliğini ispat edebilir. Bununla birlikte Hazine ve Maliye Bakanlığının yayınladığı KDVGUT’de⁴⁷ belirtilen ve yargı kararlarına yansıyan bir takım tespitlerden (karinelere) yararlanılarak belgenin sahteliği ispat edilmeye çalışılmaktadır. Söz konusu karineler adi karine niteliğinde olup tek başına belgenin sahteliğini ispatlamaya yeterli olmadığından mükellefler tarafından aksinin ispatlanması mümkündür. Belgenin sahteliği ispat edilirken mükellefler hakkında yapılan tespitlerde söz konusu karinelerin, *somut olayın özelliğine* göre bir bütün olarak dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada, vergi inceleme raporlarında somut olayın özelliği dikkate alınmadan karineler bir bütün olarak değerlendirilmeden, bir veya birkaç karineye dayanılarak sahte belge kullanıldığı iddia edilerek mükelleflere haksız tarhiyatlar yapılmakta ve vergi ziyai cezası kesilmektedir. Söz konusu karineler ile konuya ilişkin sorunların tespitine yönelik bazı mahkeme kararları aşağıda incelenmiştir.

a- Mükellefin Bilinen Adresinde Bulunmaması

Vergiye tabi ticaret ve sanat erbabı, serbest meslek erbapları, kurumlar vergisi mükellefleri, kolektif ve adi şirket ortaklarıyla komandit şirketlerin

⁴⁶ Yusuf Karakoç, *Tük Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*. Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 113.

⁴⁷ 26.04.2014 Tarih ve 28983 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

komandite ortakları işe başlamaya⁴⁸ (işyeri ve ikametgâh adresi dâhil), adres değişikliklerine⁴⁹, iş değişikliklerine⁵⁰, işletmedeki değişikliklere ve işi bırakmaya⁵¹ ilişkin bildirimleri yapmaya mecburdurlar. Mükellefin bilinen adresinin vergi dairesi kayıtlarında doğru şekilde yer alması vergilendirme işlemlerinin doğru ve hızlı bir şekilde yürütülmesi açısından önem arz etmektedir⁵².

Vergi inceleme elemanları, belgenin doğruluğunun araştırılması sırasında belgeyi düzenleyen kişinin veya firmanın vergi dairesindeki kayıtlı adresine gidebilir. Firma yetkililerinin veya mükelleflerin bilinen adresinde bulunmamaları halinde verilen süre içerisinde inceleme elemanını araması için bir not bırakılır. Verilen süre içerisinde mükelleflerin veya firma yetkililerinin irtibata geçmemesi, işyerinin faal olmadığına göstergesi olarak kabul edilir ve belgenin sahte olabileceği ihtimali dikkate alınır⁵³. Nitekim günlük hayatta sahte belge düzenlemeyi meslek haline getiren kişilerin yakalanmamak adına sıkça adres değiştirmeleri bu ihtimali daha da güçlendirmektedir. Ancak mükellefin bilinen adresinde yapılan aramalara rağmen bulunamaması, belgenin sahteliğinin ispatı konusunda tek başına yeterli bir tespit değildir⁵⁴. Mükellefin adresinde bulunmamasının yapılacak diğer tespitlerle ilişkisi de dikkate alınarak belgenin sahteliği konusunda karar verilmesi daha doğru bir uygulama olacaktır. Nitekim Danıştay, mükelleflerin vergi dairesince bilinen adreslerinde bulunmaması, söz konusu kişilerin gerçek mükellef olmadığı ve alım işleminin gerçek bir mal hareketini yansıtmadığı düşüncesiyle düzenlenen belgelerin sahte olduğunun ileri sürüldüğü dava konusu olayda, *"mükelleflerin bilinen adresinde bulunmamalarına rağmen vergi dairesinde kayıtlı mükellef oldukları ve belgenin sahte olduğuna ilişkin başka tespitlerde bulunulmamasının yanında mükelleflerin vergilendirmeye ilgili ödevlerini yerine getirdikleri vergi inceleme raporuyla tespit edildiğini belirterek"* sahte belge kullanıldığını yönündeki ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulmuştur⁵⁵.

Danıştay, mükellefin bilinen adresinde bulunmamasının belgenin sahteliğine karine oluşturmasında belgenin düzenlendiği dönem ile mükellefin bilinen adresinde bulunmadığına ilişkin yapılan tespit dönemini dikkate almaktadır. Bir başka deyişle vergi dairesi tarafından belgelerin düzenlendiği

⁴⁸ VUK, m. 153.

⁴⁹ VUK, m. 157.

⁵⁰ VUK, m. 158.

⁵¹ VUK, m. 160.

⁵² İlica ve İlica, a.g.e., s. 44.

⁵³ Köstü, a.g.e., s. 59.

⁵⁴ Akgüner ve Sekdur, a.g.e., s. 29.

⁵⁵ Danıştay VDDK, T: 23.10.1998, E: 1997/79 ve K: 1998/296; Danıştay 4. D, T: 15.04.2009, E: 2008/6038 ve K: 2009/1973; Danıştay 4. D, T: 24.02.1998, E: 1997/3868 ve K: 1999/798.

dönemde yapılan tespitlerde mükellefin bilinen adresindeki aramalara rağmen bulunamaması belgenin sahteliğine karine teşkil edebilir. Ancak belgelerin düzenlendiği dönemden sonraki dönemlerde mükellefin bilinen adresinde bulunmadığı tespit edilmiş ise belgenin düzenlendiği dönemde mükellefin faal olup olmadığı bilinmediğinden sonraki dönemde yapılan tespit, önceki dönemlere ait belgelerin sahteliğine karine teşkil etmez⁵⁶. Örneğin; vergi dairesi tarafından 2008 yılının Mart ayında yapılan bir yoklamada mükellefin bilinen adresinde bulunmadığının tespit edilmesi halinde 2008 yılının Mart ayından sonraki tarihli belgelerin sahte olduğu ihtimali düşünülmelidir. Nitekim Danıştay, davacı (A)'nın 2010 Ağustos ayında mükellef (B)'den aldığı faturaları, 2010 Kasım ayında mükellef (B) hakkında yapılan yoklamada bilinen adresinde bulunmadığı gerekçesiyle sahte olduğu kabul edilen dava konusu olayda, *"yapılan vergi incelemesinde mükelleflerin her ne kadar bir takım vergilendirmeye ilgili ödevlerini yerine getirmediği tespit edilse de (B)'nin davacı adına fatura düzenledikleri döneme ilişkin olarak faaliyetlerinin faal olup olmadığına ilişkin somut ve açık bir tespit yapılmadan üç kat cezalı KDV tarhiyatı yapılmasında"*, yasal isabet bulunmadığı yönünde karar vermiştir⁵⁷.

b- Vergilendirmeye İlgili Ödevlerin Yerine Getirilmemesi

Devlet ile mükellef arasındaki vergilendirme işlemlerinin sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi için mükelleflere bir takım ödevler verilmiştir⁵⁸. Bu ödevler VUK'da genel olarak; bildirimlere, defter tutmaya, kayıt ve belge düzenine, saklama ve ibraz ile beyanname vermeye ilişkin ödevler olarak belirtilmiştir. Sahte belge düzenleyenlerin temel amaçları kazanç elde etmek olduğu için vergilendirmeye ilgili ödevlerini yerine getirmemeleri beklenmektedir. Ancak vergilendirmeye ilgili ödevlerin yerine getirilmemesi tek başına belgenin sahteliğine karine teşkil etmemektedir. Nitekim Danıştay, *"davacı şirketin faturaya konu mal veya hizmeti işletmede gerçekten kullanıp kullanmadığı konusunda bir tespit yapılmamış sadece fatura düzenleyen kişilerin vergilendirmeye ilgili ödevlerini yerine getirmemeleri veya eksik yerine getirmeleri ve mükellefin bilinen adresinde bulunmadığına ilişkin olarak şahsa ve şirkete ilişkin tespitler yapılmıştır. Bu tespitler, davacı şirketin mal veya hizmetleri gerçekten kullanmadığını kanıtlamaya yeterli olmadığından eksik ve varsayıma dayalı"* tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir⁵⁹.

⁵⁶ Ilıca ve Ilıca, a.g.e., s. 47.

⁵⁷ Danıştay 9. D, T: 20.04.2016, E: 2013/8280 ve K: 2016/2969; Danıştay 9. D, T: 13.11.2008, E: 2007/4096 ve K: 2008/5274; Danıştay 9. D: T: 14.04.2016, E: 2014/3641 ve K: 2016/2871; Danıştay 4. D, T: 09.05.2001, E: 2000/1327 ve K: 2001/1962; Danıştay 9. D, T: 04.02.2009, E: 2008/179 ve K: 2009/617.

⁵⁸ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku*, Ekin Kitapevi, 8. Baskı, Bursa 2017, s. 111.

⁵⁹ Danıştay 4. D, T: ,12.04.2000, E: 1999/5145 ve K: 2000/1460; Danıştay 4. D, T: 27.03.2000, E: 1999/3941 ve K: 2000/1161; Danıştay VDDK, T: 09.10.1998, E: 1997/42 ve K: 1998/266.

c- Beyan ve İfadeler

Vergilendirme açısından temel amaç, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini ortaya çıkarmaktır. Vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti her türlü delille ispat edilebilmektedir. Dolayısıyla vergi hukukunda delil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Ancak delil serbestisi ilkesinin istisnaları olan “yemin” ve vergiyi doğuran olayla tabii ve açık ilgisi bulunmayan “şahit” ifadesi delil olarak kabul edilmemektedir⁶⁰.

Şahit ifadesinin dikkate alınabilmesi için şahidin vergiyi doğuran olayla açık ilgisinin bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte şahidin vergiyi doğuran olayla tabii ve açık ilgisi bulunsu bile beyan ve ifadeler belgenin sahteliğinin tespit edilmesi konusunda tek başına yeterli olmayıp diğer karinelerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁶¹. Nitekim Danıştay, “mükellef hakkında faturaların sahte olduğu konusunda yeterli tespit ve araştırma yapılmadan, faturayı düzenleyen satıcı firma nezdinde karşıt incelemeye gidilmeden, sadece şirket yetkililerinin faturayı düzenleyen satıcı firma yetkililerini tanımadıkları ve ödemelerin nakit olarak yapıldığı şeklindeki beyan ve ifadeleri” dikkate alınarak yapılan tarhiyatın eksik araştırma ve varsayıma dayandığı gerekçesiyle kaldırılmasına karar vermiştir.

d- Ödemelerin Banka Havalesi ile Yapılmaması veya Çek Gibi Ödeme Araçlarının Kullanılmaması

Gerçekte bir mal veya hizmet alım satımı söz konusuysa, bu alım satım sonucunda satıcı, belge düzenlenmekte alıcı ise belge üzerindeki bedeli ödemektedir. Alıcı ödemeyi, nakit, banka havalesi, çek veya bono gibi çeşitli araçları kullanarak gerçekleştirebilmektedir⁶².

Sahte belge düzenlenmesi halinde gerçekte bir mal veya hizmet alım satımı söz konusu olmadığından gerçek bir ödeme de söz konusu değildir. Bununla birlikte sahte belgenin varlığı durumunda genellikle ödemenin nakit olarak yapıldığı iddia edilmektedir. Fakat piyasa koşulları içerisinde özellikle yüksek tutardaki alım satımlar için ödemenin nakit olarak yapılması olağan bir ödeme şekli olarak kabul edilmemektedir⁶³. Ayrıca birinci ve ikinci sınıf tüccarların, serbest meslek erbaplarının, kazançları basit usulde tespit olunan tüccarların, defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerin ve vergiden muaf esnafın kendi aralarında veya tevsik zorunda olmayanlarla gerçekleştirecekleri 2018 yılı için 7.000 TL’yi aşan her türlü tahsilât ve ödemelerini bankadan geçirmeleri

⁶⁰ Şenyüz vd, a.g.e., s. 75.

⁶¹ M. Aykut Kelecioğlu, “Sahte Faturanın Tanımı ve Faturanın Sahteliğinin İspatı-II”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 95, 2000, s. 123.

⁶² Ilıca ve Ilıca, a.g.e., s. 53.

⁶³ Danıştay bir kararında şirketin ödemelerini banka havalesi çek ve benzeri araçları kullanmadan yapmasının ticari icaplara uymadığını belirtmiştir. Bkz: Danıştay 4. D, T: 27.03.2000, E: 1999/3941 ve K: 2000/1161.

yasal zorunluluktur⁶⁴. Bu kapsamda nakit ödemelerin ticari teamüllere uygun olmaması, ödemenin bankadan geçirilme zorunluluğu ve banka havalesi veya çek ve benzeri araçlarla yapılan ödemeye göre ispat kuvvetinin daha düşük olması, ödemenin ve dolayısıyla belgenin sahte olduğuna karine teşkil etmektedir⁶⁵. Nitekim Danıştay, davacı şirketin alımlarının büyük bölümünü nakit olarak gerçekleştirdiği gerekçe gösterilerek kullandığı faturaların sahte olduğu ileri sürülen dava konusu olayda, "*faturaya konu malların satıcısından alınmasına olanak bulunmaması teknik icaplara; satın alınan mallara ilişkin ticari organizasyonu, sermayesi ve ticari geçmişi olmayan bir kişiden mal alındığının iddia edilmesi ticari icaplara; yüksek tutarlara ilişkin ödemelerin çek veya senet kullanılmaksızın nakit olarak elden yapılması ekonomik icaplara uygun olmadığından*", yapılan tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir⁶⁶. Bununla birlikte ödemelerin banka havalesi, çek ve senet gibi ödeme araçlarıyla yapılması (ekonomik icaplara uygun olduğu gerekçesiyle) belgenin gerçekliğine karine teşkil etmektedir. Danıştay, "*davacı şirketin yapmış olduğu ödemelerin büyük kısmının müşteri çekleriyle veya internet üzerinden banka havalesi aracılığıyla gerçekleştirdiği dikkate alındığında davacı şirketin kullandığı faturaların gerçek mal alımına ilişkin olduğu sonucuna varıldığını*" belirterek yapılan tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir⁶⁷.

Ödemelerin banka havalesi, çek ve senet gibi ödeme araçları kullanılarak yapılması her durumda belgenin gerçekliğini ispat etmede yeterli olmamaktadır. Çünkü mükellefler kanunu dolanma yolunu kullanarak ödemelerin gerçekte yapıldığına dair izlenim verebilirler. Bir başka deyişle satıcı tarafından düzenlenen bir çekin veya yapılan banka havalesinin alıcı tarafından bankadan tahsil edildikten sonra tekrar satıcıya verilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda tahsilât ve ödemelerin bankadan yapıldığını karine olarak kabul edip belgenin sahte olmadığı sonucuna varılması yanlış bir uygulama olacaktır. Bu nedenle belgenin sahteliğinin ispatı konusunda tahsilât ve ödemelerin bankadan geçirilmesi yanında diğer karinelerin de dikkate alınması gerekmektedir⁶⁸. Nitekim Danıştay, "*faturaların kanunda belirtilen zorunlu unsurları taşıması, sevk irsaliyesi ve ödemelerin çekle yapılması, faturaya*

⁶⁴ Bkz: VUK, mük. m. 257; 459 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği (24.12.2015 Tarih ve 29572 Sayılı Resmi Gazete); Bankadan geçirmemeleri halinde uygulanacak ceza yaptırımını için bkz: VUK m. 353.

⁶⁵ Mehmet Yüce, "Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Düzenleme ve Kullanma Filinde İspat Yükü-2", *Bilanço Dergisi*, Sayı: 151, Temmuz-Ağustos 2014, s. 71.

⁶⁶ Danıştay 7. D, T: 08.02.1994, E: 19991/74 ve K: 1994/503; Danıştay 3. D, T: 14.04.2003, E: 2000/4292 ve K: 2003/3080.

⁶⁷ Danıştay 4. D, T: 15.04.2009, E: 2008/8784 ve K: 2009/1974; Danıştay 4. D, T: 15.04.2009, E: 2008/6038 ve K: 2009/1973; Danıştay 4. D, T: 07.06.2010, E: 2009/4029 ve K: 2010/3462; Danıştay 4. D, T: 18.06.1998, E: 1998/858 ve K: 1998/2747.

⁶⁸ Özgür Biyan, "Banka Aracılığı İle Ödeme Yapılması 'Sahte Fatura Kullanma' Suçlamasına Karşı Bir Önlem Olabilir Mi?", *Bilanço Dergisi*, Sayı: 121, Aralık 2009, s. 71.

konu mal veya hizmetlerin fatura düzenleyen kişilerden alındığını tek başına ispat etmeye yeterli değildir. Çünkü fatura gerçeğe aykırı düzenlenebildiği gibi sevk irsaliyesi de gerçeğe aykırı düzenlenebilmekte ve işlemlere geçmiş görüntüsü verebilmek için ödemelerin çekle yapılıp ardından paranın tahsil edildikten sonra geri verilmesi durumunun" söz konusu olabileceğini belirterek yapılan tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir⁶⁹.

e- Mükellefin Mal veya Hizmet Alış Belgelerinin Sahte Olması

Sahte belge düzenlemesini meslek olarak icra edenler, gerçek satışları bulunmadığından alış satış dengesini sağlayabilmek için alış belgelerini de sahte olarak düzenlemektedir. Yapılan vergi incelemelerinde "*satın alınmamış bir malın satışının yapılamayacağı*" düşüncesinden hareketle alış belgelerinin sahte olmasının, satış belgelerinin sahteliğine karine teşkil ettiği kabul edilmektedir⁷⁰. Ancak piyasa koşulları içerisinde mükellefler, gerçekte satın aldıkları mal veya hizmetleri daha ucuza satın alabilmek, vergi yükünden kurtulmak veya satıcının fatura düzenlemek istememesi ve benzeri nedenlerle belgelendirememektedir. Bu nedenle mükellefler başka mükelleflerden belge alarak bu alışlarını sahte belge aracılığıyla belgelendirmeye çalışmaktadır. Ayrıca yapılan denetimlerde mükellefe, fatura düzenleyen kişiler hakkında sahte belge düzenledikleri yolunda rapor bulunduğu gerekçesiyle mükellefin alışlarının gerçek olmadığı dolayısıyla düzenlediği belgelerin de sahte olduğu ileri sürülmektedir⁷¹.

Mükellefin alışlarını, malın gerçek satıcısı dışındaki bir başka kişiden belge olarak belgelendirmesi veya malı satın aldığı kişiler hakkında sahte belge düzenleme raporu bulunması, malı gerçekten satın almadığı anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte mükellefin alış faturalarının sahte olması satışlarının da sahte olduğunun ispatı açısından her zaman yeterli bir tespit değildir⁷². Danıştay bir kararında, "*sahte fatura düzenleyen mükellefler arasında alış ve satış faturalarını sahte olarak düzenleyip sahte fatura komisyonculuğu yapanlar olduğu gibi maliyetlerini yükselterek daha az KDV ödemek amacıyla sadece mal alışlarını sahte faturalarla belgelendiren mükellefler de bulunmaktadır. Dolayısıyla mükellefin bir takım alışlarının sahte olmasından hareketle satışlarının da sahte olduğu sonucuna ulaşmak, ticari yaşamın gerekleriyle uyuşmadığı gibi iyi niyetli mükellefleri de zor durumda bırakacağını*" belirterek cezalı tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir⁷³.

⁶⁹ Danıştay VDDK, T: 28.04.1995, E: 1994/332 ve K: 1995/142; Danıştay 7. D, T: 16.12.2003, E: 2000/9701 ve K: 2003/5068.

⁷⁰ Kelecioğlu, a.g.m., s. 127.

⁷¹ Köstü, a.g.e., s. 78.

⁷² Akgüner ve Sekdur, a.g.e., s. 53.

⁷³ Danıştay 9. D, T: 16.04.2009, E: 2008/3445 ve K: 2009/1801; Danıştay 9. D, T: 20.01.2010, E: 2008/3402 ve K: 2010/84; Danıştay 9. D, T: 23.05.2012, E: 2008/7281 ve K: 2012/2865;

f- Mükellefin Fiili Durumu

Gerçek alım satım işleminden bahsedilebilmesi, faaliyetin belli bir organizasyon dâhilinde yapılmasını gerektirmektedir. Alım satım faaliyetinde bulunan firmanın belgeye konu malları üretebilecek yeterli sermayeye, işçi sayısına, makineye ve ürettiği malları depolama alanlarına sahip olması gerekir. Malın satımı sırasında pazarlama elemanına, satılan malların nakliyesi sırasında ise kamyon, minibüs ve benzeri araçlara ihtiyaç duyulmaktadır. Küçük bir işyeri veya sermayeye sahip olan, çalışanı olmayan, yeterli makinesi veya nakliye aracı olmayan firmaların çok yüksek tutarlı mal teslimlerinde bulunması iktisadi ve ticari hayat içerisinde pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle sahte belge düzenlendiğinin tespiti açısından yapılan vergi incelemelerinde mükellefin iş hacmi veya ticari kapasitesinin vergi kapasitesiyle uyumlu olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda mükellefin ticari kapasitesiyle ilgili durumlar bir bütün olarak değerlendirilerek söz konusu durumlar ile belge üzerindeki alım satım faaliyetinin uyumlu olmaması halinde belgenin sahteliğine karine teşkil ettiği kabul edilmektedir⁷⁴.

Danıştay bir kararında "*işletmenin alış-satış dengesinin mevcut olmadığı, belgesiz alım satımının bulunduğu, işçi çalıştırmadığı, işyerinin kiralık olduğu, deposunun bulunmadığı, alış faturalarının neredeyse tümünün sahte olduğu, yüksek tutarlı fatura düzenlemesine rağmen ödenecek KDV'nin çıkmadığı veya çok düşük çıktığı ve stok devir hızının yüksek çıktığı*" gibi hususları dikkate alarak belgenin sahte olduğuna karar vermiştir⁷⁵. Danıştay bir başka kararında "*kuruma ait herhangi bir taşıt veya gayrimenkulün bulunmadığı, şirketin bankalarda herhangi bir hesabının olmadığı, 1 Trilyon değerinde hâsılat yapıldığı ve hiç kredi kullanılmadığı, şirketin 30 Milyon lira sermaye ile kurulduğu ve bu sermaye ile söz konusu ciroyu elde edemeyeceğinin açık olduğunu*" belirterek düzenlenen belgelerin gerçek mal satışına dayanmayan sahte belgeler olduğuna karar vermiştir⁷⁶. Danıştay kararlarından hareketle mükellefin ticari faaliyeti ile ilgili dikkate alınan hususlar aşağıdaki gibidir:

- Firmanın iş ile orantılı işçi çalıştırmaması⁷⁷,
- Firmanın faaliyetiyle ilgili giderlerinin olmaması⁷⁸,

Danıştay 9. D, T: 18.12.2009, E: 2008/1565 ve K: 2009/4934.

⁷⁴ Akgüner ve Sekdur, a.g.e., ss. 49-52.

⁷⁵ Danıştay 9. D, T: 20.01.2010, E: 2008/8815 ve K: 2010/115; Danıştay 7. D, T: 13.06.2001, E: 2000/6229 ve K: 2001/2236; Danıştay 7. D, T: 16.09.2002, E: 2000/5774 ve K: 2002/2787; Danıştay 4. D, T: 26.10.1998, E: 1997/3304 ve K: 1998/3842.

⁷⁶ Danıştay 3. D, T: 14.02.1996, E: 1995/389 ve K: 1996/479; Danıştay VDDK, T: 06.03.2009, E: 2008/380 ve K: 2009/69.

⁷⁷ Danıştay VDDK, T: 15.05.2009, E: 2008/638 ve K: 2009/207.

⁷⁸ Danıştay VDDK, T: 06.02.1997, E: 1996/176 ve K: 1997/103.

- Firmanın faaliyetiyle ilgili yeterli sermayesinin bulunmaması⁷⁹,
- Firmanın faaliyetiyle ilgili aktifinde taşıt ve gayrimenkulün bulunmaması ile belge içeriğindeki mal ve hizmetleri üretecek veya sunacak makine araç ve gereçlere sahip olmaması⁸⁰,
- Firmanın faaliyetinin olmaması veya faaliyetiyle belge konusunun farklı olması⁸¹,
- Firmanın sürekli olarak devreden KDV beyan etmesi veya çok düşük miktarda ödenecek KDV beyan etmesi⁸²,
- Şirket ortaklarının sık sık değişmesi ve sosyo-ekonomik durumlarının zayıf olması⁸³,
- Firmanın satın aldığı mallara ilişkin düzenlendiği Ba formunun, malı satın aldığı kişinin kendisine sattığı mal karşılığında düzenlendiği Bs formuyla uyumlu olması⁸⁴,
- Faaliyetiyle ilgili olarak yoklama tutağında stok, araç ve çalışan sayısı, işyeri ve depo büyüklüğüne ilişkin tespitlerin yapılıp yapılmamasıdır.

3.1.2. VERGİ TEKNİĞİ RAPORU İLE İLGİLİ SORUNLAR

Çalışmanın bu kısmında gerçek mahiyet tespit edilmeden vergi tekniği raporuna atıf yapılması sorunu ve vergi tekniği raporunun mükellefe tebliğ edilmemesi sorunu incelenmiştir.

3.1.2.1. Gerçek Mahiyet Tespit Edilmeden Sadece Vergi Tekniği Raporuna Atıf Yapılması Sorunu

Ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan vergi incelemelerinde⁸⁵, mükellef nezdinde elde edilen bilgi ve belgelere dayanılarak inceleme sonucunda vergi inceleme raporu düzenlenmektedir⁸⁶. Vergi inceleme raporları, her bir mükellef, vergi sorumlusu veya vergi türüne göre ayrı ayrı oluşturulmaktadır. Yapılan incelemelerde birden fazla mükellefe, vergi sorumlusuna, vergi türüne veya bir mükellefin birden fazla vergilendirme dönemlerine ilişkin tespitlerin yapılması halinde bu tespitlerin tek bir raporda toplanmasının sağlanabilmesi için vergi

⁷⁹ Danıştay VDDK, T: 24.10.2008, E: 2007/679 ve K: 2008/718.

⁸⁰ Danıştay VDDK, T: 09.02.1996, E: 1994/338 ve K: 1996/50.

⁸¹ Danıştay 7. D, T: 25.04.2002, E: 2000/6734 ve K: 2002/1656.

⁸² Danıştay VDDK, T: 12.01.1996, E: 1995/166 ve K: 1996/13.

⁸³ Danıştay VDDK, T: 06.03.2009, E: 2008/830 ve K: 2009/69.

⁸⁴ Yargıtay 11. CD, T: 05.12.2017, E: 2017/15638 ve K: 2017/8561.

⁸⁵ VUK, m. 134.

⁸⁶ VUK, m. 140.

teknîği raporu düzenlenmektedir⁸⁷. Vergi tekniği raporu düzenlendikten sonra bu rapor dikkate alınarak her bir mükellef veya vergi türü için vergi inceleme raporları düzenlenerek mükellefe tebliğ edilmektedir⁸⁸. Bir başka deyişle vergi tekniği raporları, vergi inceleme raporlarının temel dayanağını ve ekini oluşturmaktadır⁸⁹.

Vergi tekniği raporlarına sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile ilgili yapılan tespitlerde de sıkça başvurulmaktadır. Bir mükellefin sahte belge düzenlediği veya kullandığı yolunda ihbar, belirti veya şüphe bulunması halinde mükellef nezdinde inceleme yapılmakta, inceleme sonucunda mükellefin sahte belge düzenlediği veya kullandığına ilişkin yeterli delil ve tespitlere ulaşılması durumunda vergi tekniği raporu düzenlenmekte ve mükellef tarafından düzenlenen belgelerin sahte olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte vergi tekniği raporunda sahte belge düzenleyicisi olduğu tespit edilen mükelleflerle mal veya hizmet alım satım ilişkisinde bulunan diğer kişi ve/veya kurumlar vergi incelemesine alınmaktadır. İnceleme sonucunda elde edilen deliller ve tespitler ışığında kişi ve/veya kurumların sahte belge kullandıkları tespit edilirse KDV indirimleri reddedilmekte ve cezalı tarhiyat yapılmaktadır⁹⁰. Ancak uygulamada mükelleften mal veya hizmet alım satım ilişkisinde bulunan kişi ve kurumlar nezdinde ayrı bir inceleme yapılmadan vergi tekniği raporuna atf yapılarak veya inceleme yapılsa bile sahte belge düzenlendiği veya kullanıldığı yönünde yeterli emarelere ulaşılmadan KDV indirimlerinin reddedildiği ve cezalı tarhiyatlar yapıldığı görülmektedir. Danıştay kararları incelendiğinde ise mahkemenin genellikle vergi tekniği raporuna dayanılarak yapılan cezalı tarhiyatların kaldırılması yönünde kararlar verdiği görülmektedir.

Danıştay bir kararında, "*Ticari yaşam içerisinde mal satın alan mükellefin, mal satın aldığı kişilerin gerçek bir mükellef olup olmaması veya vergilendirmeyle ilgili ödevlerini yerine getirip getirmemesi konusunda bilgi sahibi olmaması hayatın olağan akışına uygun düşmektedir. Bir mükellefin vergilendirmeyle ilgili ödevlerini yerine getirmemesi ve kanuna aykırı hareketleri nedeniyle ortaya çıkan sonuçlardan söz konusu hareketle bağlantısı olup olmadığı araştırılmadan bir başka mükellefin sorumlu tutulması, hukukun temel ilkeleriyle örtüşmemektedir. Mal alımlarının yapıldığı şirketin düzenlediği tüm faturaların sahte olduğu yönünde bir genelleme yapılması doğru olmayıp,*

⁸⁷ Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, m. 57.

⁸⁸ İsa Aydemir, "Savunma Hakkı Kapsamında Vergi İnceleme ve Vergi Tekniği Raporlarının Mükelleflere Tebliği", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 7, 2016, s. 197.

⁸⁹ Hasan Aykın, "Vergi Tekniği Raporu Sorunsalı ve Bazı Öneriler", <https://vergidosyasi.com/2018/01/30/vergi-teknigi-raporu-sorunsali-ve-bazi-oneriler/> (Erişim Tarihi: 18.05.2018), s. 2.

⁹⁰ Bahattin Çelik, "Vergi Tekniği Raporunun Mükellefe Verilmemesi ve Adil Yargılanma Hakkı", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 221, Mayıs 2011, s. 288.

davacı şirkete düzenlediği faturaların sahte olup olmadığı somut tespitlerle ortaya konulması gerekmektedir. Bu kapsamda davacı şirket hakkında kullandıkların belgelerin sahte olduğu yönünde yeterli ve somut bir tespit yapılmadan yaptırım uygulanması” hukuka aykırı bir durum yaratacağından uygulanan yaptırımın kaldırılmasına karar vermiştir⁹¹.

3.1.2.2. Vergi Tekniği Raporunun Mükellefe Tebliğ Edilmemesi Sorunu

Mükellefler hakkında yapılan incelemeler sonucunda vergi tekniği raporu düzenlenmesi halinde rapor, vergi inceleme raporuna eklenmekte ve vergi inceleme raporu mükellefe tebliğ edilmektedir. Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nin 57. maddesine göre bir mükellefin sahte belge düzenlediğine veya kullandığına ilişkin vergi tekniği raporu düzenlenmesi durumunda raporda, başka mükelleflere ait bilgilerin yer aldığı (vergi mahremiyeti) gerekçe gösterilerek vergi tekniği raporunun vergi inceleme raporuna eklenmemesi fakat vergi inceleme raporunda vergi tekniği raporu hakkında ayrıntılı bilgilere yer verilmesi istenilmektedir. Çünkü vergi tekniği raporu suç veya kabahatin tüm unsurlarının meydana gelip gelmediğiyle ilgili delilleri ortaya koymaktadır⁹². Ancak uygulamaya bakıldığında vergi inceleme raporlarında vergi tekniği raporuna ilişkin ayrıntılı bilgilere yer verilmemekte, çoğu zaman sadece vergi tekniği raporuna atıf yapılmakla yetinilmektedir. Vergi tekniği raporu, mükellefe tebliğ edilmediğinden raporların mahkeme tarafından istenilmesi durumunda idare tarafından mahkemeye ibraz edilmektedir. Bu aşamada mahkemenin raporu mükellefe tebliğ etmesi halinde mükellef rapordan haberdar olabilmektedir⁹³.

Hukuk devletinin ayrılmaz unsurlarından birini oluşturan adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkı, yargılama sonucunun adil olmasını değil, adil bir karar verilebilmesi için uyulması gereken şekle ve usule ilişkin kuralların yerine getirilip getirilmediğiyle ilgilidir⁹⁴. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı bir takım hakları bünyesinde barındırmaktadır. Bu haklar; mahkemeye başvurma hakkı, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, susma

⁹¹ Danıştay 9. D, T: 20.01.2010, E: 2008/3402 ve K: 2010/84; Danıştay 9. D, T: 23.05.2012, E: 2008/7281 ve K: 2012/2865; Danıştay 9. D, T: 18.12.2009, E: 2008/1565 ve K: 2009/4934; Danıştay 9. D, T: 16.04.2009, E: 2008/3445 ve K: 2009/1801.

⁹² A. Bumin Doğrusöz, “Atfı Yoluyla Suçlama”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/atif-yoluyla-suclama/25015> (Erişim Tarihi: 19.05.2018).

⁹³ Özgür Biyan, “Başka Mükellef Nezdinde Yapılan İncelemelere Göre Tanzim Edilen Vergi Tekniği Raporlarındaki Hukuka Aykırı Durumlar” *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 96, 2012, s. 14.

⁹⁴ Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, MRK Baskı ve Tanıtım Hizm. Tic. Ltd. Şti, Ankara, Nisan 2018, ss. 1-2.

hakkı, savunma hakkı, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama hakkı ile asgari sanık haklarından oluşmaktadır⁹⁵.

Sahte belge düzenlendiği veya kullanıldığı gerekçesiyle hazırlanan vergi tekniği raporlarının mükelleflere bildirilmemesi, mükelleflerin kendilerine isnat edilen suçlamaların niteliği ve bu suçlamaların dayanakları hakkında bilgi edinmemelerine neden olmaktadır. Dolayısıyla mükelleflerin kendilerine isnat edilen suçlamaların dayanağını oluşturan bilgi ve belgelere ulaşamaması; çekişmeli yargılama, kendisi hakkında iddia edilen delilleri değerlendirerek haklılığını ispat etme konusunda eşit koşullara sahip olmaması; savunma ve silahların eşitliği haklarını ihlal ederek hukuka ve hakkaniyete uygun adil bir yargılama yapılmasını engellemektedir⁹⁶. Mükellefler, raporların tebliğ edilmemesi nedeniyle haklarında yapılan tarhiyatın nedenini öğrenemediklerinden cezada indirim ve uzlaşma gibi idari yollara başvurma haklarından da yararlanamamaktadır⁹⁷. Dolayısıyla vergi tekniği raporunun mükellefe tebliğ edilmemesi üzerinde durulması gereken bir soruna dönüşmüştür.

Danıştayın konuya ilişkin verdiği kararlar incelendiğinde vergi tekniği raporunun mükellefe tebliğ edilme zorunluluğu bulunmadığı gerekçesiyle savunma hakkını kısıtlamadığı yönünde kararları⁹⁸ bulunsa da son yıllarda vergi tekniği raporunun mükellefe tebliğ edilmemesinin savunma hakkını kısıtladığına ilişkin verdiği kararlar⁹⁹ ağırlık kazanmaktadır. Nitekim Danıştay bir kararında¹⁰⁰, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen Hak Arama Özgürlüğüne vurgu yaparak *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde davalı veya davacı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.” İddia ve savunma hakkı birbirinin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmekle birlikte hak arama özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır. Bir*

⁹⁵ Bu haklar hakkında daha detaylı bilgi için Bkz: İnceoğlu, a.g.e., ss. 21-291; Dovydas Vitkauskas ve Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi, Strazburg, Şubat 2012, ss. 25-93.

⁹⁶ Çelik, a.g.m., s. 290-291; Arif Bayram, “Hak Arama Hürriyeti; Sahte Belge Kullanma/ Düzenleme Konulu Vergi Tekniği Raporlarının Mükellefe Tebliği, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 280, Nisan 2016, s. 290-292.

⁹⁷ A. Bumin Doğrusöz, “Vergi Tekniği Raporu”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-tekniği-raporu/23672> (Erişim Tarihi: 18.05.2018).

⁹⁸ Danıştay 4. T. D, 27.06.2005, E: 2004/2538 ve K: 2005/1176; Danıştay 3. D, T: 30.10.2014, E: 2014/10019 ve K: 2014/4860.

⁹⁹ Danıştay VDDK, T: 18.06.2014, E: 2014/304 ve K: 2014/563; Danıştay VDDK, T: 28.05.2010, E: 2008/131 ve K: 29010/257; Danıştay 7. D, T: 20.03.2017, E: 2016/1996 ve K: 2017/2061; Danıştay 4. D, T: 10.06.2015, E: 2015/497 ve K: 2015/3174; Danıştay 7. D, T: 25.05.2016, E: 2016/2220 ve K: 2016/4758;

¹⁰⁰ Danıştay VDDK, T: 29.03.2017, E: 2017/98 ve K: 2017/186; Danıştay 3. D, T: 05.05.2001, E: 2000/1150 ve K: 2001/2696; Danıştay VDDK, T: 29.03.2017, E: 2017/98 ve K: 2017/186; **Aksi Yönde Karar**; Danıştay 4. D, T: 27.06.2005, E: 2004/2538 ve K: 2005/1176.

kişinin haklılığını ispat edebilecek savunma yollarını seçerken öncelikle kendisi hakkında isnat edilen suçlamalar hakkında bilgi sahibi olması, demokratik hukuk devletindeki savunma hakkı önündeki engellerin kaldırılarak bu hakkın gerektiği gibi kullanılabilmesi, kendisi hakkında iddia olunan fiile ilişkin delillere karşı aksi yönde delil ve kanıtlar sunması ile mümkün olacaktır. Bu kapsamda, davacı şirket hakkında yapılan tarhiyatın dayanağını oluşturan vergi inceleme raporunun doğrudan atıf yaptığı (A) Ltd. Şti. hakkındaki vergi tekniği raporunun mükellefe tebliğ edilmemesinin, davacı şirketin savunma hakkını engellediği gerekçesiyle" yapılan tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir. Danıştayın vergi tekniği raporunun mükellefe tebliğ edilmemesinin savunma hakkını kısıtladığı yönünde verdiği kararların ağırlık kazanması, mükelleflerin, kendileri hakkında yapılan tarhiyatları ve kesilen cezaları bilerek, haklılıklarını ispat edecek en iyi savunmalarını hazırlamaları açısından önem arz etmektedir. Ayrıca ihbarnameyle birlikte vergi tekniği raporunun tebliğ edilmesi mükelleflerin uzlaşma ve cezalarda indirim haklarından yararlanarak daha az yaptırımla karşılaşmalarını sağlayabilecektir¹⁰¹.

Danıştay bir başka kararında¹⁰², "her ne kadar vergi tekniği raporunun ihbarnameyle birlikte davacı şirkete tebliğ edilmesi kural olsa da mahkeme tarafından ara kararında istenilmesi veya davalı tarafından re'sen dava dosyasına konulması durumunda da davacı tarafından incelenmek ve haklılığını ortaya çıkaracak delilleri mahkemeye sunma imkânı verilerek söz konusu yargılama aşamasında savunma hakkının kısıtlanmasının giderilmesi mümkündür. Davacının, vergi tekniği raporunun ihbarname ile birlikte tebliğ edilmemesine rağmen yargılama aşamasında dava konusu olayla ilgili ayrıntılı açıklama yaparak savunma hakkını kullandığı, haklılığını iddia edecek delilleri mahkemeye sunduğu belirtilerek yargılama aşamasında vergi tekniği raporunun mükellefe tebliğ edilmesinin" savunma hakkını kısıtlamadığı yönünde kararlar vermektedir. Danıştay'ın vergi tekniği raporunun mükellefe yargılama aşamasında verilmesi durumunda savunma hakkının ihlal edilmediği yönünde verdiği kararlara katılmak mümkün değildir. Çünkü mükellefin savunma hakkının kısıtlanmadığı kabul edilse bile vergi tekniği raporunun ihbarnameyle tebliğ edilmemesi halinde mükellefler, idari yollara başvurma haklarından yoksun bırakılmaktadır. Böylece mükellefe savunma hakkı tanınsa bile idari haklardan yararlanmasının önüne geçilmektedir.

¹⁰¹ A. Bumin Doğrusöz, "Vergi Tekniği Raporu", <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-tekniği-raporu/23672> (Erişim Tarihi: 18.05.2018).

¹⁰² Danıştay VDDK, T: 13.04.2016, E: 2016/401 ve K: 2016/444; Danıştay VDDK, T: 13.04.2016, E: 2016/446 ve K: 2016/488; Danıştay VDDK, T: 10.02.2016, E: 2016/82 ve K: 2016/83; Danıştay 4. D, T: 13.02.2017, E: 2015/7351 ve K: 2017/1552; Danıştay 4. D, T: 09.12.2014, E: 2014/7670 ve K: 2014/8255.

3.2. Bilmeden Sahte Belge Kullanılması Sorunu

Günlük ticari ilişkiler içerisinde mal veya hizmet satın alan mükelleflerin, malı veya hizmeti satın aldıkları mükelleflerin vergilendirmeye ilgili ödevlerini yerine getirip getirmediğini, haklarında sahte belge düzenledikleri yolunda vergi tekniği raporu bulunup bulunmadığını veya söz konusu satın alma işlemi karşılığında düzenledikleri faturaların malı satana ait olup olmadığını bilmemesi hayatın olağan akışına uygun düşmektedir. Mükellefin, sahte olduğunu bilmeden belgeyi kullanması durumunda malın veya hizmetin gerçekten satın alınarak işletmeye girdiği veya kullanıldığı hususunda şüphe yoksa faturaya konu alım satım işleminin gelir ve kurumlar vergisi açısından gider yazılmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır¹⁰³. Fakat KDV açısından satın aldıkları mal veya hizmetlere ilişkin KDV'yi indirebilmeleri, söz konusu KDV'nin ödenmiş olması şartına bağlıdır. Mükelleflerin mal aldıkları kişilerin sahte fatura düzenlemesi halinde gerçekte ödenmiş bir KDV bulunmadığından KDV indirimleri reddedilmekte ve cezalı tarhiyat yapılmaktadır. Bu kapsamda sahte belge düzenleme veya kullanma fiili vergi ziyayı kabahatinin üç kat yaptırım uygulanması gereken fiilleri arasında yer almakta ve aynı zamanda kaçakçılık suçunun da fiillerini oluşturmaktadır. Vergi ziyayı kabahati bakımından manevi unsurla ilgili olarak üzerinde durulması gereken konu vergi ziyayı kabahatinin ağır nitelikli fiillerle işlenmesi sonucu üç kat yaptırım uygulanabilmesi için kastın aranıp aranmayacağıdır¹⁰⁴.

306 Seri No'lu VUK Genel Tebliğinde vergi inceleme elemanlarının sahte belgeyi bilmeden kullandıkları tespit edilen mükellefler hakkında vergi suçu raporu düzenlememesi ve savcılığa suç duyurusunda bulunmaması belirtilmektedir. Bu tebliğe göre mükelleflerin bilmeden sahte belge kullanmaları halinde kendilerine üç kat değil, bir kat vergi ziyayı cezası kesilmesinin hak ve adalet anlayışına daha uygun düşeceği ifade edilmektedir. Kanunun lafzına bakıldığında VUK'un 344. maddesinde bir kat veya üç kat ceza kesilmesinde fiilin hukuk düzenini bozucu etkisi dikkate alınarak belirlendiği¹⁰⁵, kast veya taksire ilişkin herhangi bir hükme yer verilmediği görülmektedir¹⁰⁶. Nitekim VUK'un 344. maddesinde üç kat ceza uygulanması bakımından "*Vergi ziyayının kabahatinin 359. maddede yazılı fiillerle işlenmesi halinde 3 kat vergi ziyayı cezası kesilir.*" denilerek kaçakçılık suçu hükümlerine değil, sadece fiillerine atf yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda VUK'un 359. maddesindeki

¹⁰³ Mehmet Fil ve Nimet Fil, "Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanma Durumunda Bilerek veya Bilmeyerek Kullanma Ayırımının Yapılması", *E-Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 269, Mayıs 2015.

¹⁰⁴ Ercan Sarıcaoğlu, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*. Adalet Yayınevi, Ankara 2017, a.g.e., s. 244.

¹⁰⁵ Yusuf Ziya Taşkan, "Vergi Ziyayı Cezasının Üç Kat Uygulanmasında Bir Sorun Olasılığı ve Öneriler", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 227, Ağustos 2007, s. 124.

¹⁰⁶ Erdem, 2010c, a.g.e., s. 214.

fiiller vergi ziyayı kabahatinin ağırlaştırıcı sebebinin oluşturmaktadır. Bir başka deyişle lafzı yorumu göre kanun, üç kat ceza uygulanabilmesi için vergi ziyanının meydana gelmesini ve fiilin VUK'un 359. maddesinde sayılan fiillerden olmasını yeterli görmektedir¹⁰⁷. Ayrıca kanun, vergi kabahatleri bakımından üç kat yaptırım uygulanabilmesi için sahte belgenin bilerek veya bilmeyerek kullanılmasına ilişkin bir belirleme de yapmamıştır. VUK'da böyle bir belirleme olmaması nedeniyle kabahatlere ilişkin genel kanun olan KK'nın kast ve taksire ilişkin hükümleri VUK'da düzenlenen vergi kabahatleri açısından da geçerli olacaktır. KK'ya göre kabahatin işlenebilmesi için failin kasıt içerisinde bulunması aranmamaktadır. Kusurun en hafif düzeyi olan taksirle de kabahat işlenebilmektedir. Dolayısıyla üç kat yerine bir kat ceza uygulanmasının yasal dayanağı bulunmamakla¹⁰⁸ birlikte genel tebliğle cezanın üç kat yerine bir kat uygulanmasının belirtilmesi, kabahatlerin türü, süresi ve miktarının ancak kanunla düzenlenebileceğini ifade eden kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır¹⁰⁹. Bu bakımından KK'nın genel hükümleri ve VUK'un 359. madde hükümleri lafzı olarak yorumlandığında sahte belge düzenlemek veya kullanmak fiiliyle vergi ziyanına sebebiyet verilmesi durumunda kastın var olmasının şart olmadığı, taksirli iradenin varlığı halinde de üç kat vergi ziyayı cezasının kesilebileceği şeklinde bir sonuç çıkarılmaktadır.

Uygulamaya bakıldığında vergi inceleme elemanları, mükelleflerin sahteliğini bilmeden bir belgeyi kullanması halinde bir kat vergi ziyayı cezası kesilmesini önermektedir. Dolayısıyla vergi ziyayı kabahatinin 359. maddede yazılı fiillerle işlenmesi halinde kasıt mı yoksa taksir mi aranacağı veya bir kat mı yoksa üç kat mı vergi ziyayı cezası kesilmesi gerektiği, üzerinde durulması gereken bir sorun haline dönüşmüştür.

Söz konusu sorunla ilgili olarak Danıştaya intikal eden bir olayda¹¹⁰, *"davacı bilmeden sahte belge kullandığı gerekçesiyle kendisine bir kat vergi ziyayı cezalı KDV tarhiyatı yapılması üzerine belgeyi bilerek kullandığına ilişkin yeterli ve somut bir saptamanın yapılmadığını ve bu yüzden kendisine ceza kesilemeyeceğini aksi takdirde kesilen cezanın dayanağının kanun değil, 306 Seri No'lu VUK Genel Tebliği olacağını, kendisinin kusursuz olduğu için hiç ceza kesilmemesi gerekirken bir kat vergi ziyayı cezası kesildiğini, hem manevi hem de maddi yönden menfaatlerinin ihlal edildiğini"* belirterek 306 Seri No'lu VUK

¹⁰⁷ Altan Rençber, Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri. OnikiLevha Yayıncılık, I. Baskı, İstanbul 2017, s. 387.

¹⁰⁸ Fahri Gökçen Taner ve Y. Burak Aslanpınar, Bilmeden (Kast Olmaksızın) Naylon Fatura Kullanıldığının Tespiti Halinde Vergi Ziyayı Cezası Kesilmesini Emreden 306 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine", Yaklaşım Dergisi, Sayı: 265, Ocak 2015, ss. 279-280

¹⁰⁹ Y. Burak Aslanpınar, Naylon Fatura Kullanma Suçunda Kasıt Unsuru ve İspat Külfeti-I, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 221, Mayıs 2011, ss. 305-306.

¹¹⁰ Danıştay VDDK, T: 22.11.2017, E: 2017/610 ve K: 2017/559.

Genel Tebliğinin iptalini ve kararın bozulmasını istemiştir. Danıştay 4. Daireye intikal eden olayda davacıya üç kat ceza kesilmesi gerekirken bir kat ceza kesildiği dolayısıyla menfaat ihlalinin bulunmadığı gerekçe gösterilerek cezanın onanmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine davacı temyize başvurmuş ve Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu *“bilerek sahte fatura kullandığı yönünde yeterli ve somut bir tespit yapılmadığı durumlarda hiç vergi ziyai cezası kesilmemesi gerekirken, bir kat vergi ziyai cezasının kesildiği, bu yöndeki bir uygulamanın dayanağının kanun değil tebliğ olduğunun anlaşıldığı, davacı hakkında hiç ceza kesilmemesi gerekirken bir kat vergi ziyai cezası kesilmesinde menfaatinin ihlal edildiği, bu kapsamda düzenleyici işlemin ve buna bağlı olarak kesilen cezanın hukuka uygun olup olmadığını inceleyerek karar vermek üzere”* Danıştay 4. Dairesinin kararının bozulmasına karar vermiştir.

Danıştay başka bir kararında¹¹¹, davacıya bilmeden sahte belge kullandığı gerekçesiyle bir kat vergi ziyai cezası kesildiği dava konusu olayda, *“VUK’un 359. maddesinde yer alan fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde vergi ziyai cezasının 3 kat uygulanacağı, bu fiillerle aynı zamanda kaçakçılık suçu işlenmesi durumunda ayrıca vergi ziyai cezasının kesilmesine engel olmadığı belirtilmiştir. Davacının sahte faturaları bilerek kullandığına ilişkin yeterli ve somut bir tespit yapılmadığından”* 3 kat vergi ziyai cezasının bir kata indirilmesine karar veren vergi mahkemesinin kararında yasal isabet görmemiştir.

Danıştay başka bir kararında¹¹² ise *“Her ne kadar sahte fatura kullanılması durumunda 3 kat vergi ziyai cezası kesilmesi gerekse de, mal veya hizmet gerçekten satın alındığı, mal veya hizmetin işletmeye girdiği ve kullanıldığı açıkça belli olduğu için gelir ve kurumlar vergisi açısından tartışılmasına gerek duyulmamaktadır. Buna karşılık mükellefin aldığı fatura ve sevki irsaliyelerinin malı satan kişiye ait olup olmadığını bilmesi ihtimali bulunmayan durumlarda faturanın bilerek ve isteyerek kullanılmadığı ihtimali de söz konusu olabilmektedir. 306 Seri No’lu tebliğin yargı organlarını bağlayıcı nitelikte olmasa da söz konusu tebliğde belirtilen, sahte faturayı bilerek ve kötü niyetli olarak kullanmadığı tespit edilen mükelleflere vergi ziyai cezasının bir kat uygulanması gerektiği hak ve adalet anlayışına daha uygun düşeceğini”* belirterek uygulanan 3 kat yaptırımın bir kata indirilmesine karar vermiştir.

Bilmeden sahte belge kullanılması sorununa ilişkin kararlar incelendiğinde, menfaat ihlali olduğu ileri sürülerek 306 Seri No’lu VUK Genel Tebliğinin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin henüz nihai karar verilmemiştir. Danıştayın söz konusu tebliğin kanuna aykırı olduğuna ilişkin eleştirileri bulursa da dava

¹¹¹ Danıştay 9. D, T: 28.06.2005, E: 2004/3550 ve K: 2005/1603; Danıştay VDDK, T: 12.02.1020, E: 2009/470 ve K: 2010/60.

¹¹² Danıştay 9. D, T: 27.01.2010, E: 2009/2070 ve K: 2010/269; Danıştay VDDK, T: 26.04.2017, E: 2017/144 ve K: 2017/226.

konusu olayı dikkate alarak bilmeden sahte belge kullananlara bir kat ceza kesilmesinin hak ve adalete anlayışına daha uygun düşeceğini belirtmek suretiyle tebliğe uygun kararları da bulunmaktadır. Ancak Danıştay'ın üç kat ceza uygulanması veya hiç ceza uygulanmaması yönünde kararları da bulunmaktadır. VUK'da sahte belge kullanma fiilinin bilerek işlenmesi halinde üç kat, bilmeden işlenmesi halinde bir kat ceza uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Vergi kabahatlerinin kanunilik ilkesi gereği cezanın türü, süresi ve miktarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar bilmeden sahte belge kullananlara bir kat ceza uygulanması hak ve adalet anlayışına uygun düşse de böyle bir düzenlemenin kanun yerine tebliğ ile yapılması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Hukukta bir değer korunabilmesi, o değer yaptırıma bağlanması ile mümkündür. Sahte belge düzenlemesi veya kullanması fiili, maddi ve şekli vergi ödevlerini ihlal ettiğinden vergi suçlarının yanında vergi kabahati olarak da kabul edilmiştir. Sahte belge düzenleme veya kullanma fiili vergi kabahatlerinden hem vergi ziyaı kabahatine hem de usulsüzlük kabahatlerine neden olmaktadır. Sahte belge düzenlenmesi veya kullanılması ile vergi ziyaı kabahatinin meydana gelmesi için vergi ziyasının varlığı yeterli görülmektedir. Sahte belge düzenlenmesi veya kullanılması fiili, vergi inceleme elemanının doğru bir vergi incelemesi yapmasına engel olacak derecede defter, kayıt ve belgelerin karışık, usulsüz ve noksan olmasına neden oluyorsa genel usulsüzlük kabahati işlenmiş kabul edilmektedir. Sahte belge düzenlenmesi veya kullanılması fiili ile VUK'un 353/2. maddesinde "perakende satış vesikası, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi vb gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin" denilerek özel usulsüzlük kabahatinin işlenebileceği ortaya konulmuştur. VUK'un 353/1. maddesinde "belge almama-vermeme veya gerçeğiyle aslında farklı meblağlara" yer verme fiili dikkate alınarak da özel usulsüzlük cezası kesilmektedir. Ancak VUK'da ve TTK'da faturanın düzenlenebilmesi için öncelikle bir mal veya hizmet satılması, iş görülmesi ve menfaat sağlanması gerekmektedir. Sahte belge düzenleme şekillerinden biri olan gerçekte mal veya hizmet satın alınmadığı halde alınmış gibi belge düzenlenmesi halinde, belgenin alınması veya verilmesini gerektiren bir mal veya hizmet alım satımı veya iş görülmesi gibi bir durum olmadığından özel usulsüzlük cezası kesilmemelidir. Ancak belgesiz yapılan satın almanın başka bir mükelleften alınan belge ile belgelendirilmesi halinde özel usulsüzlük cezası kesilmelidir. Bu durumda gerçekte mal veya hizmet alım satımı yani ortada belge düzenlenmesini veya belgenin alınmasını verilmesini gerektiren bir durum söz konusudur.

Vergi kabahatleri açısından sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile ilgili yargıya taşınan sorunlardan ilki, mükellefler hakkında yeterli araştırma ve

inceleme yapılmadan ceza uygulanması sorunudur. Bu sorun, kendi içerisinde belgenin sahteliğini ispata yarayan karinelerin değerlendirilmesinden kaynaklı sorunlar ile vergi tekniği raporundan kaynaklı sorunlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Karinelerin değerlendirilmesinden kaynaklanan sorun incelendiğinde, bir mükellefin sahte belge düzenlediğinin veya kullandığının ispat edilmesi, tüm karinelerin birlikte değerlendirilmesine bağlıdır. Buna rağmen uygulamada, vergi dairesi tarafından mükellefler hakkında yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan, olayın somut özelliği değerlendirilmeden mükellefler nezdinde tespit edilen bir veya birkaç karineye dayanarak haksız tarhiyatlar yapılmakta ve ceza kesme yolu tercih edilmektedir. Vergi tekniği raporundan kaynaklanan sorun ise mükelleflerin sahte belge düzenlediği veya kullandığı yolunda bir belirti olması halinde mükellefler nezdinde vergi incelemesi yapılarak söz konusu belgenin sahteliğinin delillerle ispat edilmeye çalışılmasıdır. Uygulamada bir mükellef hakkında vergi tekniği raporu varsa bu mükellefle alım satım ilişkisinde bulunan diğer mükellefler nezdinde yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan diğer mükellef hakkında düzenlenen vergi tekniği raporuna atıf yapılarak ceza uygulamasına gidilmektedir. Bununla birlikte vergi tekniği raporu da vergi mahremiyetine ilişkin bilgilerin varlığı gerekçe gösterilerek mükellefe tebliğ edilmemekte ve mükellefin kendisine isnat edilen suçlamalar hakkında bilgi sahibi olmamasına neden olmaktadır.

Vergi kabahatleri açısından sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile ilgili olarak yargıya taşınan ikinci sorun, bilmeden sahte belge kullanan mükelleflere bir kat mı yoksa üç kat mı ceza uygulanacağına ilişkindir. VUK'da sahte belge kullanan mükelleflerin belgeleri bilerek veya bilmeyerek kullanmalarına yani kabahatin manevi unsuruna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Ancak uygulamada 306 Seri No'lu VUK Genel Tebliği dikkate alınarak sahte belgeyi bilerek kullananlara 3 kat, bilmeden kullananlara bir kat vergi ziyai cezası kesilmektedir. Bu durum kabahatlere uygulanacak yaptırımların ancak kanunla düzenlenebileceğini ifade eden kanunilik ilkesine aykırılık arz etmektedir.

Yargı organları ve idare arasında sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile ilgili ortaya çıkan görüş farklılıklarının ortadan kaldırılması için sahte belge düzenleme veya kullanma fiilinin yeni yaklaşımla değerlendirilmesine yönelik öneriler aşağıda belirtilmiştir.

- Vergi kabahatleri açısından belgenin sahteliği tespit edilirken öncelikle mal hareketlerini ispata yarayan sevk ve taşıma irsaliyeleri, teslim tesellüm belgeleri ile para hareketlerini ispata yarayan ödemenin ticari teamüllere uygun bir şekilde yapıldığına ve alıcının kasasına veya banka hesabına girdiğine ilişkin belgeler dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte malı satan mükellefin fiili durumu ile ilgili yeterli sermayesinin olup olmadığı, işyeri koşullarının belgeye konu malı üretebilecek koşullara sahip olup olmadığı incelenmelidir. Temelde bu tespitler dikkate alınmalı ve mükellef hakkındaki başka tespitler de varsa bu tespitler

olayın özelliğine göre bir bütün olarak değerlendirilerek belgenin sahteliğine karar verilmelidir.

- Hakkında vergi tekniği raporu bulunan mükelleflerden belge alan mükellefler nezdinde yapılan incelemelerde vergi tekniği raporunda bulunan bulgular ve ifadeler kesin delil olarak kabul edilerek belgenin sahte olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Mükellefin gerçekten mal veya hizmet alıp almadığı araştırılarak, mal ve para hareketlerini ispat eden belgeler ile diğer karineler değerlendirilerek belgenin sahte olduğu sonucuna varılmalıdır.
- Mükellefin kendisi hakkında isnat edilen iddialarla ilgili tam bilgi sahibi olabilmesi ve savunma hakkını kullanabilmesi için haklarında düzenlenen vergi tekniği raporu, vergi inceleme raporuyla birlikte tebliğ edilmelidir. Başkası hakkında düzenlenen vergi tekniği raporuna dayanarak mükellefin sahte belge kullanıcısı olduğunun iddia edilmesi halinde ise düzenlenen vergi tekniği raporunun sadece mükellefle ilgili bulguların bulunduğu kısmı mükellefe tebliğ edilmelidir. Böylece diğer mükelleflerin vergi mahremiyetlerinin ihlal edildiği de ileri sürülemeyecektir.
- Bilmeden sahte belge kullanılması durumunda uygulanacak ceza miktarına ilişkin düzenlemeler içeren 306 Seri No'lu VUK Genel Tebliği yürürlükten kaldırılarak, uygulanacak ceza miktarı kanunilik ilkesi gereği kanunla yapılmalıdır. Bu kapsamda VUK'un 359. maddesindeki "belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya kullananlar..." hükmü yerine "belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen bilerek sahte olarak düzenleyenler veya kullananlar..." hükmü eklenmelidir. Böylece vergi kabahatleri açısından sahte belge düzenleme veya kullanma fiilinin manevi unsuruna ilişkin belirleme yapılarak, bilerek kullananlara üç kat vergi ziyai cezası, bilmeden kullananlara ise bir kat vergi ziyai cezası kesilmelidir. Böyle bir yaklaşım iyi niyetli mükelleflerle kötü niyetli mükelleflerin birbirinden ayrılmasına da katkı sağlayacaktır. Aynı zamanda iyi niyetli mükelleflerin vergi idaresi hakkında olumlu düşüncelere sahip olmasına ve vergiye uyumlarının artmasına yardımcı olacaktır.

KAYNAKÇA

Akgüner, M. Süha; Sekdur, Mahmut (2004). Vergi Hukukunda Naylon Fatura. Ankara: Tekaç Yayınları.

Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner (2015). Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 15. Baskı.

Aslanpınar, Y. Burak (2011). Naylon Fatura Kullanma Suçunda Kasıt Unsuru ve İspat Külfeti-I, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 221, Mayıs, 302-307.

Aydemir, İsa (2016). Savunma Hakkı Kapsamında Vergi İnceleme ve Vergi Tekniği Raporlarının Mükelleflere Tebliği. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, 2016, 193-207.

Bayram, Arif (2016). Hak Arama Hürriyeti; Sahte Belge Kullanma/Düzenleme Konulu Vergi Tekniği Raporlarının Mükellefe Tebliği. Yaklaşım Dergisi, Sayı: 280, Nisan, 120-122.

Bıyan, Özgür (2009). Banka Aracılığı İle Ödeme Yapılması "Sahte Fatura Kullanma" Suçlamasına Karşı Bir Önlem Olabilir Mi?. Bilanço Dergisi, Sayı: 121, 69-73.

Bıyan, Özgür (2012). Başka Mükellef Nezdinde Yapılan İncelemelere Göre Tanzim Edilen Vergi Tekniği Raporlarındaki Hukuka Aykırı Durumlar. Legal Mali Hukuk Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 96, 9-21.

Cengiz, Aydın; Kılıç, Ömer (2017). Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Çelik, Bahattin (2011). Vergi Tekniği Raporunun Mükellefe Verilmemesi ve Adil Yargılanma Hakkı. Yaklaşım Dergisi, Sayı: 221, Mayıs, 287-292.

Doğrusöz, A. Bumin (2008). Sahte Belge Kullanımı: Riskler ve Alternatifler. Yaklaşım Dergisi, Yıl: 16, Sayı: 190, 33-34.

Donay, Süheyl (2008). Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Erdem, Tahir (2010a). Vergi Uygulamasında Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusunu Oluşturan Belgeler. Vergi Sorunları Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 266, 86-106.

Erdem, Tahir (2010b). Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ya da Kullanma Suçları. Vergi Sorunları Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 267, 98-108.

Erdem, Tahir (2010c). Vergisel Kabahatler. İstanbul: Beta Yayınevi.

Fil, Mehmet; Fil, Nimet (2015). Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanma Durumunda Bilerek veya Bilmeyerek Kullanma Ayırımının Yapılması. E-Yaklaşım Dergisi, Sayı: 269, Mayıs.

Gider, Zeynullah (2012). Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Ayırımı. Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 365, 77-85.

İlca Zeynel; İlca Ömür (2016). Vergi Hukukunda Sahte Fatura ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge, Ankara; Adalet Yayınevi.

İnceoğlu, Sibel (2018). Adil Yargılanma Hakkı. Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım Hizm. Tic. Ltd. Şti.

Karakoç, Yusuf (1997). Tük Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi. İzmir, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Karakoç, Yusuf (2016). Vergi Ceza Hukuku. Ankara; Yetkin Yayınları, I. Baskı,.

Kelecioğlu, M. Aykut (2000). Sahte Faturanın Tanımı ve Faturanın Sahteliğinin İspatı-II. Yaklaşım Dergisi, Sayı: 95, 122-128.

Kılıç, Ayhan (2014). Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 18, 299-348.

Kızılot, Şükrü; Kızılot, Zuhul (2010). Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura. Ankara, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık.

Korhan, Gökhan; Özkan, Özgür (2013). Sahte Belge Kullanımında 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353. ve Mükerrer 355. Maddeleri Uyarınca Özel Usulsüzlük Cezası Kesilebilir mi?., E-Yaklaşım Dergisi, Sayı: 247, Temmuz.

Köstü, Ozan Muzaffer (2011). Danıştay İçtihatları Işığında Sahte Fatura ve Tespiti. Ankara, I Baskı, Seçkin Yayınları.

Mahmutoğlu, Fatih Selami (2009). Suç-Kabahat Ayırımı-İdari Ceza Hukukunun Temelleri. (Ed.: İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar). İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Rençber, Altan (2017). Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri. İstanbul: OnikiLevha Yayıncılık.

Öztürk, Bahri (2009). Kabahatler Kanunu'nun Genel Esasları. (Ed.: İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar). İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Sarıcaoğlu, Ercan (2017). Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat. Ankara: Adalet Yayınevi.

Şenses, Nevzat (2017). Sahte Belge Kullanımında Kesilecek Özel Usulsüzlük Cezası. Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 346, Temmuz, 67-71.

Şenyüz, Doğan (2017). Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 10. Baskı.

Şenyüz, Doğan; Yüce, Mehmet; Gerçek, Adnan (2017). Vergi Hukuku. Bursa, 8. Baskı, Ekin Kitabevi.

Taner, Fahri Gökçen; Aslanpınar, Y. Burak (2015). Bilmeden (Kast Olmaksızın) Naylon Fatura Kullanıldığının Tespiti Halinde Vergi Ziyai Cezası Kesilmesini Emreden 306 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine. Yaklaşım Dergisi, Sayı: 265, Ocak, 275-281.

Taşdelen, Aziz (2010). Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, Ankara: Turhan Kitapevi.

Taşkan, Yusuf Ziya (2007). Vergi Ziyai Cezasının Üç Kat Uygulanmasında Bir Sorun Olasılığı ve Öneriler. Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 227, Ağustos, 120-125.

Taştan, Mehmet (2015). Vergi Kaçakçılığı Suçları. Ankara, II. Baskı, Adalet Yayınevi.

Veziroğlu, Şakir (2016). Sahte Belge Kullanma İncelemelerinde Uygulanan Özel Usulsüzlük Cezasının Hukuki Durumu. E-Yaklaşım Dergisi, Sayı: 279, Mart.

Vitkauskas, Dovydas; Dikov, Grigoriy (2012) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, (Çev. Serkan Cengiz), Strazburg; Avrupa Konseyi.

Yavaşlar, Funda Başaran (2008). Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 82, Sayı: 6, 2839-2859.

Yavaşlar, Funda Başaran (2009). Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergi Kabahat ve Yaptırımlar. (Ed.: İlhan Uluhan, Funda Başaran Yavaşlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık

Yazgan, Kemal Faruk (2015). Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanımında Özel Usulsüzlük Cezası. E-Yaklaşım Dergisi, Sayı: 274, Ekim.

Yurtcan, Erdener (2016). Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu. Ankara, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Yurtsever, Hatice (2009). Kritik Kontrol Noktası Analizi Yöntemiyle Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge Ayrımı. Maliye Dergisi, Sayı: 156, 141-151.

Yüce, Mehmet (2014). Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Düzenleme ve Kullanma Fiilinde İspat Yükü-2. Bilanço Dergisi, Sayı: 151, 68-71.

Maliye Bakanlığı, 28 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, RG. 01.08.1988-19886.

Maliye Bakanlığı, 459 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği, RG. 24.12.2015-29572.

Maliye Bakanlığı, Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, RG. 31.11.2011-28101.

İnternet Kaynakları

Aykın, Hasan. "Vergi Tekniği Raporu Sorunsalı ve Bazı Öneriler", <https://vergidosyasi.com/2018/01/30/vergi-teknigi-raporu-sorunsali-ve-bazi-oneriler/> (Erişim Tarihi: 18.05.2018) 1-7.

Doğrusöz, A. Bumin. Vergi Tekniği Raporu. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-teknigi-raporu/23672> (Erişim Tarihi: 18.05.2018).

Doğrusöz, A. Bumin. Atıf Yoluyla Suçlama. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/atif-yoluyla-suclama/25015> (Erişim Tarihi: 19.05.2018).

TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a366edc293559.79010940 (Erişim Tarihi: 17.12.2017).

TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59073450b89e71.27705856 (Erişim Tarihi: 27.04.2017).

TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5aa98773610b26.42035683.

HEKİMİN EMBRİYONİK KÖK HÜCRE NAKLİNDEN DOLAYI KİŞİSEL SORUMLULUĞU

Physicians Legal Liability from Stem Cell Transplantation

Dr. Didem BAŞAR*

Geliş Tarihi: 03.10.2019 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Kök hücre nakli, en yeni tıbbi müdahalelerden birini oluşturmakla birlikte tıp hukuku kuralı kapsamında standart yöntemlerin sonuç vermemesi halinde uygulanabilecektir. Kök hücre nakline ilişkin olarak mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, hekimin kök hücre naklinden doğan hukuki sorumluluğu kapsamında uygulanabilecek özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hekimin bu konudaki hukuksal sorumluluğunun tespiti açısından öncelikle, Anayasanın yaşam hakkını düzenleyen 17. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkına ilişkin 2. maddesi, Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin ilgili hükümleri, Türk Ceza Kanununun 90. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen insan kökenli biyolojik maddelerin alınması aşılınması ve naklinin yazılı izinle mümkün olacağına ilişkin hükmü, Türk Medeni Kanununun 23. maddesi, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanunun ve ilaç ve biyolojik ürünlerin Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin ilgili hükümleri ve Sağlık Bakanlığının bu konudaki genelgeleri kapsamında yapılacak değerlendirme ile hekimin meslek kusurunun bulunup bulunmadığı saptanarak meslek kusurunun bulunması halinde, hekimin hekimlik sözleşmesinden doğan borçları kapsamında bir ihlâlinin bulunup bulunmadığı belirlenerek, kök hücre nakli neticesinde zararın doğması halinde hekimin hukuksal sorumluluğuna dayanılabilecektir.

Anahtar Kelimeler: kök hücre, kök hücre nakli, sorumluluk, hukuki sorumluluk, hekimin sorumluluğu

ABSTRACT

Stem cell transplantation may be performed if standard methods involving rules for secondhand instruments do not yield results. There is no clear regulation in our legislation regarding stem cell transplantation. Therefore, there is no specific regulation that can be applied within the scope of legal responsibility of the physician stemming from stem cell transplantation. Firstly, Article 17 of the Constitution, which regulates the right to life of the Constitution, Article 2 of the European Convention on the Rights of Life of the Convention on Human Rights, Convention of the Council of Europe on the Protection of Human Rights and Human Dignity in Terms of Biological and Medical Application and European Convention on Human Rights and Biomedicine the provisions of article 23 of the Turkish Civil Code, the Law No. 2238 on the Reception of the Organ and Tissue, the Law on the Supervision of the Organ and the Tissue, and the Law No. 27089 on the provision of immunization of human biological materials, Regulations on Research, Regulations on the Regulation of Urea Treatment Centers and the evaluation of the Ministry of Health in the context of this general outline, and whether the physician has an occupational defect in the event of finding a fault in the profession, it is determined whether there is a violation within the scope of the debts arising from the physician's contract of the physician and if the damage is caused by stem cell transplantation, it will be based on the legal responsibility of the physician.

Keywords: stem cell, stem cell transplantation, responsibility, legal responsibility, responsibility of the physician

* Yargıtay 16. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, e-posta: didembasar@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2403-8284

GİRİŞ

Embriyonik kök hücre nakli, dünyada ve ülkemizde en yeni tıbbî müdahalelerden birini oluşturmaktadır. Tıp hukukunda kural, öncelikle bilinen standart tedavi yöntemlerinin uygulanmasıdır; ancak, standart tedavi yöntemlerinin çözüm oluşturulmaması halinde yeni tıbbî yöntemlere başvurulması gerekmektedir. Bu nedenle, embriyonik kök hücre nakli de standart yöntemlerin sonuç vermemesi durumunda gündeme gelecektir. Makalemizde öncelikle, kök hücre kavramına, kök hücrenin özelliklerine ve kullanım alanlarına yer verilmiş, konuya ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi ile kök hücrenin niteliği belirlenmeye çalışılmış, embriyonik kök hücre nakline ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle Anayasanın 17.maddesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun m.90/4 hükmü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 23. maddesi, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin 17. maddesi, Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m.18/2 hükmü ve Sağlık Bakanlığının konuya ilişkin genelgesi kapsamında kök hücre naklinin hukuka uygunluğu saptanmaya çalışılmış son olarak da kök hücre naklinden dolayı hekimin kişisel sorumluluğuna gidebilmek için gerekli şartlardan olan hekimlik sözleşmesinin varlığı, ihlâli(meslek kusurunun varlığı) ve ihlâl nedeniyle maddi ya da manevi zararın meydana gelmesi hususlarında açıklamalar yapılmıştır.

1.KÖK HÜCRE ÖZELLİKLERİ VE KULLANIM ALANLARI

I. KÖK HÜCRE KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Kök hücre, vücudun herhangi bir organı ya da dokusunda özel bir görev yapabilmek için tamamıyla olgunlaşmamış öncül bir hücreyi ifade eder. Bu öncül hücre, vücudun başka hücrelerine dönüşebilme yeteneğine sahiptir.¹ Kök hücreler, çok sayıda farklılaşmış hücre üretme potansiyeline sahip olan, çoğalma yeteneği bulunan, kendini yenileyebilen, hasar görmüş dokuları tamir edebilen ve canlı yaratma potansiyeline dahi sahip hücrelerdir.²

Kök hücre kavramını embriyonik (ceninin erken evresi) ve erişkin insan bedeninden elde edilen yetişkin kök hücre olmak üzere iki temel kısma ayırmak mümkündür. İki tür kök hücrede de ortak olan özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

Kök hücreler kendiliklerinden uygun bir büyüme ortamına yerleşebilirler.

Çoğalma yeteneğine sahiptirler.

¹ Türkiye Biyoetik Derneği, Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuk Boyutuna İlişkin Rapor, 2009: 19; Oğuztürk, 2011:169

² Beksaç, 2010:36

Farklı türde hücelere farklılaşım bu türün devamı niteliğinde türler üretmeleri mümkündür.

Kendilerini yenileyebilirler, kendi hücre topluluklarının devamını sağlayabilirler.

Vücudun bir yerindeki zedelenmenin ardından bu dokuyu onararak işlevsel hale getirebilme özelliğine sahiptir.³

Kök hücreleri farklılaşma kapasitelerine göre bir ayrıma tabi tuttuğumuzda üç farklı kök hücre türü karşımıza çıkmaktadır:

Bunlardan ilki, unipotent denilen tek bir yönde farklılaşma yeteneğine sahip kök hücrelerdir. Bu hücelere örnek olarak beyinden elde edilmiş olan kök hücreleri örnek verebiliriz. Beyinden elde edilen kök hücrelerin yalnızca sinir hücrelerine dönüşebilme yeteneği vardır.

İkincisi ise, pluripotent olarak ifade edilen sınırlı sayıda farklılaşabilen ve organizmada çok sayıda dokunun oluşmasını sağlayan ya da bu dokuları onarma yeteneğine sahip kök hücrelerdir.

Son olarak belirteceğimiz kök hücre türü, totipotent denilen sınırsız sayıda farklılaşma yeteneğine sahip kök hücrelerdir. Bu hücreler embriyoda bulunurlar ve her türlü vücut hücresine dönüşebilme yeteneğine sahiptirler. Bu kök hücrelerden insan vücudunda bulunan iki yüz farklı çeşit hücre elde edilebilmektedir.

II. KÖK HÜCRELERİN KULLANIM ALANLARI

Kök hücreler henüz dünyada bir hastalık tedavisinde kullanılmamaktadır. Kök hücre nakli, genellikle doku onarımı amacıyla kullanılmaktadır. Örneğin, şeker hastalığında pankreas dokusu çalışmıyor, insülin üretmiyorsa pankreasın insülin üretmesi kök hücre yardımıyla sağlanabilmekte, omuriliğin bazı hücrelerinin çalışmaması durumunda sinir hücrelerinin yenilenmesi kök hücre nakli ile gerçekleştirilebilmektedir.⁴

Embriyonik kök hücrelerin⁵ her türlü vücut hücresine dönüşebilme yeteneği, bu hücrelerle yapılacak tedavinin yetişkin kök hücelere kıyasen daha başarılı sonuçlar verebileceğini göstermektedir. Ceninin erken aşamasında elde edilen kök hücreleri ifade eden embriyonik kök hücrenin, tüp bebek uygulamasında yapay dölleme yolu ile oluşturulan embriyolardan

³ Türkiye Biyoetik Derneği, 2009: 9-10.

⁴ Türkiye Biyoetik Derneği, 2009: 9-10.

⁵ Embriyo, yumurta ve spermin birleşmesi ile meydana gelen ve ceninin gelişiminin ilk aşaması olan hücrelerdir. Embriyo, dölleme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan yeni canlı olduğundan gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda embriyo dönemi sona erer. Embriyonik kök hücreler, embriyonun 4-6 günlük blastosist aşamasında elde edilir. Oğuztürk, 2011:173.

gereksinim fazlası olanlardan ya da istenmeyen gebelik sonrası yapılan düşük sonucunda elde edilmesi mümkündür. Sınırsız sayıda farklılaşma yeteneğine sahip bu kök hücreler her türlü organdaki hasarı giderebildikleri gibi hasta ve engelli kişilerin sağlıklarına kavuşabilmelerini de sağlamaktadır.⁶

2. KÖK HÜCRENİN NİTELİĞİ

Kök hücrenin niteliğini ortaya koymak için mevzuatımızdaki ilgili hükümler kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

1928 tarihli 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 1. maddesine göre, tıpta kullanılabilir her türlü basit veya bileşik şifa amaçlı maddeler ilaçtır.

Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik ve Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik m.4/b'ye göre, "*hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu*" beşeri tıbbi üründür.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.2/f'ye göre, "*insan kaynaklı tam kan, plazma ve kan fraksiyonları, bu yönetmeliğin dışındadır.*" Aynı yönetmelik m. 4/e'ye göre, *kaynağı insan (insan kanı ve insan kanından elde edilen ürünler) olan maddeler beşeri tıbbi ürün değildir.*⁷

Kök hücre, aslında ilaç fonksiyonuna sahip olsa da 1928 tarihli 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ve ilgili yönetmeliklerin değerlendirilmesinden kök hücrenin ilaç kapsamında olmadığı sonucuna varılmaktadır.⁸

İnsan kökenli biyolojik madde, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddelerle insan vücudundan cerrahi müdahale ya da dış etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeleri ifade eder.⁹ İnsan kökenli biyolojik maddelere ilişkin iç hukukumuzdaki yasal düzenlemeler; 29/05/1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ve 27/10/2010 tarih 27742 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, İnsan Doku ve Hücreleri ile bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik olup bu düzenlemeler kapsamında ele alınan varlıkların, organ, doku ve hücreler olduğu görülmekte olup kök hücrenin de bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir.¹⁰

⁶ Türkiye Biyoetik Derneği, 2009: 9-10; Özbilen, 2011: 11

⁷ Hakeri, 2006: 52.

⁸ Hakeri, 2006: 52; Söğüt, 2018: 42.

⁹ Özbilen, 2011: 7.

¹⁰ Özbilen, 2011: 8-9; Zeytin, 2015: 217.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 2.maddesinde organ şu şekilde tanımlanmıştır: *"Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır."* Kök hücre bu anlamda, organ kapsamına girmektedir. Dolayısıyla kök hücre ile ilgili yapılacak araştırmalar, tedaviler bu kanunun hükümleri kapsamında gerçekleştirilecektir; ancak, tüm kök hücre çalışmaları bakımından bu kanunun uygulanması söz konusu değildir. Burada ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Bu ayrımda dikkate alınacak olan husus, kök hücrenin kime ait olduğudur. Eğer nakledilecek kök hücre kişinin kendi kök hücresi ise, bu kanun kapsamında mütalaa edilemez. Zira, bu kanun kapsamındaki organ ve doku nakli, yabancı bir organ ve dokunun naklidir.¹¹ Bir kişiye başka bir insan ya da ölüden nakledilecek kök hücreler, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun kapsamında yapılacaktır.

Kök hücrenin niteliği açısından mevzuatımızdaki düzenlemeler değerlendirildiğinde, kök hücrenin herhangi bir hukuki niteliğinin yapılmadığı sonucuna varılmaktadır.¹²

3. EMBRİYONİK KÖK HÜCRE NAKLİNİN HUKUKİ DÜZENLEMELER KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Mevzuatımızda kök hücre naklini açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu konuda genel hükümler ve Sağlık Bakanlığının tebliğlerinin değerlendirilmesiyle bir sonuca varmak gerekmektedir.

Embriyonik kök hücre, embriyodan in vitro (tüpte) döllenme yolu ile geliştirilen, ihtiyaç fazlası olan embriyolardan ya da istem üzerine sonlandırılan gebeliklerden elde edilmektedir. Bu kök hücre, en fazla farklılaşabilme, her türlü doku ve organ hücresine dönüşebilme yeteneğine sahip döllenmiş yumurtadır.¹³ Embriyonik kök hücrelerle yapılacak bir tedavinin yetişkin kök hücrelere nazaran daha başarılı olacağı düşünüldüğünden, kök hücre çalışmaları temel olarak embriyonik kök hücreler üzerinde yoğunlaşmıştır.¹⁴ Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin olarak; etik ve tıbbî açıdan yaşamın başlangıç anından hareket edilerek ileride insan olabilecek bir canlı ön kabulü ile hukuki değerlendirme yapılması gerekir.¹⁵

Embriyonik kök hücre ile ilgili çalışmaları hukuka uygunluk bakımından öncelikle, Anayasanın 17.maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu hükme göre, *"Herkes, yaşama maddi ve manevi*

¹¹ Hakeri, 2007:535; Söğüt, 2018: 40-41.

¹² Hakeri, 2006: 79.

¹³ Şener, 2012:54.

¹⁴ Hakeri, 2006: 79.

¹⁵ Söğüt, 2018: 47.

varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası alınmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” Bu hüküm kapsamında ileride insan olabilecek embriyonun kök hücre olarak kullanılmak amacıyla elde edilip sonradan kullanılmasını nasıl değerlendirmek gerekecektir? Tıbbî müdahaleler, bir hastalığın teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak hekim tarafından kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olmaları nedeniyle, kişilik hakkı ve dolayısıyla kişilik değerlerini yakından etkileyen fiillerdir. Tıbbî müdahalelerin ihlâl ettiği kişilik değerleri, özellikle yaşama hakkı, beden bütünlüğü ve sağlık değerleri olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁶ Anılan maddede, ifade edilen “herkes” kavramından, embriyonun hukuki niteliğine ilişkin sonuç çıkarmak, embriyoyu kişi olarak değerlendirmek mümkün değildir.¹⁷ Anayasanın 17.maddesinde öngörülen koruma kişi için getirilmiştir. Bu hükmün insana yönelik olarak düzenlenmesi nedeniyle henüz insan olmayan embriyonik kök hücre, bu korumanın kapsamında düşünülmemelidir.¹⁸ Anne rahminden alınan embriyolar ya da annede döllenmiş, lavaj denilen usulle alınan, gelişimini tüpte devam ettirecek, henüz erken dönem embriyolar ile üreme amacıyla yaratılmış, tüpteki (in vitro) embriyonun hukuki niteliğinin kişi olduğuna ilişkin hiçbir hukukî düzenleme bulunmamaktadır.¹⁹

Uluslararası düzenlemelere baktığımızda, gerek ülkemizde 16 Mart 2004 tarihinde onaylanan “Biyoloji ve Tıbbin Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”, gerek 2005 yılında Unesco Genel Konferansında kabul edilen Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin hükümlerinde, insan ve kişi kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ve embriyonun hukukî niteliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.²⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaşamın başlangıcı, embriyonun niteliği ve statüsüne ilişkin olarak Avrupa’da bilimsel ve hukuksal olarak görüş birliği bulunmadığını ifade ederek embriyonun kişi olup olmadığı sorusunu soyut olarak cevaplandırmanın mümkün olmadığı kanaatine varmıştır.²¹

Türk Hukukunda doğmamış insanın yasal statüsü hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzun 28. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, ceninin kişi olarak kabul edilip hak sahibi olması sağ ve tam doğma şartına bağlanmıştır.²² Nitekim, Avrupa İnsan Hakları

¹⁶ Zevkliler, 1983: 19 vd.

¹⁷ Zengin, 2012:140-141.

¹⁸ Hakeri, 2006: 53-54.

¹⁹ Çoban, 2009:93.

²⁰ Katoğlu, 2006: 158

²¹ Tacir, 2013:1306-1307; embriyonun, kişi statüsüne sahip olduğu yönünde bir görüş bkz, Kırkbeşoğlu, 2006: s.17

²² TMK m.28’in biçimsel yorumundan yalnızca rahimde bulunan embriyoların hak ehliyetinin

Sözleşmesinin yaşam hakkına ilişkin olarak getirilmiş olan 2. maddesinin “*Her ferdin yaşama hakkı kanununun koruması altındadır*”²³ hükmünden bu korumanın da kişilere yönelik olduğu sonucuna varılmaktadır²⁴. Embriyonik kök hücre çalışmalarında, aslında insan olarak yaşama kabiliyetine sahip olan embriyona bu olanak tanınmayarak anne karnında insan olarak büyüyecek olan embriyoların, kök hücre elde edilmesi için öldürülmesinin etik ve hukuksal problemler ortaya çıkaracağı da savunulmaktadır.²⁵

Medeni Kanunumuzun, 23. maddesinde yer alan, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması aşılması ve naklinin yazılı izin ile mümkün olacağı, hükmü de kök hücre ile ilgili çalışmalarda uygulanacak genel hükümdür. Bu çerçevede, tıbbî müdahaleler de, kişilik değerlerine bir saldırı niteliği taşıdıklarından kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğururlar. Bu yüzden, tıbbî müdahaleler, -hukuka uygunluk nedenlerinden biri olmadığı sürece- hukuka aykırı fiil olmaları nedeniyle zararın tazminini gerektirirler. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılmasını sağlayan unsurlardan en önemlisi, hastanın bu müdahaleye ilişkin olarak önceden rızasını açıklamış olmasıdır²⁶. Hastanın tıbbî müdahaleye rızasının alınması hukukumuzda bir şekilde bağlanmamış olmakla birlikte bazı hallerde Medeni Kanunun 23. maddesinde olduğu gibi yazılı rıza aranmıştır. Dolayısıyla burada hukuka uygunluğun sağlanması rızanın ancak yazılı şekilde verilmesine bağlanmıştır. Ancak, tıbbî müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için hastanın rızası şart olmakla beraber, yeterli değildir; bunun yanında, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara riayet edilmiş olması da gerekir²⁷.

Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m.18/2 “*insan embriyolarının araştırma amacıyla üretilmesi yasaktır*” hükmü ile sadece araştırma amacıyla embriyo üretilmesi fikrine son derece katı bir bakışı açısı ile yaklaşmış ve kesin bir biçimde yasak getirmiştir. Maddenin lafzından embriyonik kök hücre çalışmalarının bu kapsama girip girmediği açıkça anlaşılmasa da kanaatimizce, maddenin dar yorumlanmak suretiyle embriyonik kök hücre naklinin bu yasak

bulduğu bu nedenle, embriyo tüpte bulunduğu sürece hak ehliyetine sahip olmadığı sonucuna ulaşıldığından tüpte oluşturulmuş embriyo tüpteyken başka varlık, rahme yerleştirilince başka varlık gibi kabul edilemeyecek bir neticeye varılmaktadır. Çoban, 2009:(Tüpteki Embriyo) 77-78

²³ Özgül, 2010: 96.

²⁴ Almanya’da Embriyo Koruma Kanunu, döllenmiş yumurtayı döllenme anından başlayarak embriyo olarak tanımlayarak koruma altına almaktadır. Rousenau, 2005:138.

²⁵ Hakeri, 2009:10; günümüz hukuk sistemlerinde embriyoyu eşya ya da kişi olarak kabul etmenin sakıncalar yaratabileceği savunulmaktadır. Korkut, 2013:86.

²⁶ Akıncı, 1996:219.

²⁷ Ayan, 1991: 11.

kapsamına dahil edilmemesi gerekir.²⁸ Araştırma hakkı, Anayasamızın 27. maddesinde, “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, açıklama, yayma hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasamızın bu maddesi ve sözleşme hükmünü birlikte değerlendirdiğimizde bu yasağın sadece araştırma amacıyla embriyo üretimine ilişkin olarak Biyotıp Sözleşmesinin 18. maddesi ile sınırlandırıldığı sonucuna varmak mümkündür.

10703/2011 tarihinde ülkemizce onaylanan 11/06 2011 tarih ve 27961 sayılı Resmi Gazetede, 2011/1827 sayılı bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye bakımından yürürlük kazanan “Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol”ün 2. maddesine göre, bu protokol ceninler ve ana rahmindeki embriyolar üzerindeki araştırmalara uygulanacaktır.²⁹

Kök hücre nakli kapsamında ele alınması gereken bir diğer düzenleme, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin 17. maddesidir. Bu maddeye göre, “*kendilerine ÜYTE uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır*”. Bu madde ile yasaklanan, adayların tüp bebek amacıyla alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka amaçla kullanılmasıdır. Bu maddeye göre, Türkiyede üreme amacıyla yaratılıp yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılmasına izin verilmemektedir.³⁰ Maddenin devamında “*adaylardan fazla embriyo alınması durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak aynı adayda kullanılabilir. Bu süre sonunda veya eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde bu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir.*” denilmektedir.³¹ Burada belirtilen embriyoların, sonradan kullanılmasının yasaklanarak derhal imha edilmesi gerektiği, ifadesinden bunların hiçbir şekilde kullanılamaması gerektiği sonucuna varıldığından kök hücre elde etme amacının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.³² Bu yönetmelik hükmüne aykırılığın sonucunda idari yaptırım söz konusu olacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, bir kişinin hayatının kurtarılması söz konusuysa bu amaca yönelik olarak ÜYTE amaçlı

²⁸ Rosenau, 2003: 68;Hakeri, 2015:436;Söğüt, 2018: 60; karşı görüş, Oğuztürk, 2011:317.

²⁹ Çoban, 2009:(İnsan Embriyosu) 215.

³⁰ Çoban, 2009:(İnsan Embriyosu)206; Ünver, 2005: 183-184.

³¹ ÜYTE yönetmeliğinin, tüp bebek sürecinde işlevsizleştirilecek embriyoların yaratılmasına peşinen olanak sağlayan ve bunların yok edilmesinde hiçbir sakınca görmeyen anlayışı yansıttığı, yönetmeliğin dilinin de embriyoların “bulundurulması,kullanılması,nakledilmesi, satılması, imha edilmesi” gibi daha çok nesnelere özgü bir anlatımı yansıttığı ifade edilmektedir. Çoban, 2009:(Tüpteki Embriyo)92

³² Çoban, 2009:(Tüpteki Embriyo)80.

embriyoların kullanılması halinde hekimin üçüncü kişi lehine zorunluluk halinden yararlanması, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığından, eylemi, cezai sorumluluğu gerektirse bile hukuka uygunluk halinin varlığı nedeniyle cezalandırılmayacaktır.³³

Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesi, sadece araştırma amaçlı embriyo oluşturulmasını yasaklamış, embriyo üzerindeki deneyleri yasaklamamıştır. Bu nedenle; süresi dolduğunda imha edilmek yerine, bu embriyoların araştırma amaçlı kullanılmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır.³⁴ Araştırma hakkı, Anayasamızın 27. maddesinde, "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, açıklama, yayma hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte denek olan insan araştırmacının araştırma hakkı karşısında korunmasız bırakılmamıştır. Araştırmacının araştırma hakkını Anayasamızın 17. maddesi sınırlandırmıştır. Bu maddeye göre, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. TCK m.90'da insan üzerinde bilimsel araştırma ve deney koşulları düzenlenerek üzerinde araştırma yapılan insanın hakları koruma altına alınmıştır. Biyotıp Sözleşmesinin 15. maddesinde, biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırmaların özgürce yapılacağı ve araştırmaların yapılabilmesinin sözleşmenin ve taraf ülke yasalarının insanı koruyan hükümlerine uygun olması hükme bağlanmıştır. Aynı Sözleşmenin 2. maddesinde, insanların çıkarları ve refahıyla bilimin ve toplumun çıkarları çatıştığında insanın öncelikli önemi belirtilmiştir. Aynı hüküm, Biyotıbbî Araştırmalar Protokolünün 3. maddesinde yer almakta olup benzer ifadeler, Hasta Hakları Yönetmeliği m.32, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.5, Türk Tabipler Birliğinin 1998'de yapılan 47. kongresinde kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği m.43, Dünya Tabipler Birliği'nin 1964'de kabul ettiği tıbbî araştırmalarla ilgili Helsinki Bildirgesi m.5'de mevcuttur.³⁵

Embriyonik kök hücre çalışmaları, Türk Ceza Kanununun m.90/4 hükmü kapsamında insan üzerinde deney ya da deneme suç tipini oluşturur mu? TCK m.90'ın sadece doğmuş olan çocukları kapsadığı, bu nedenle, ana rahmindeki ve tüpteki embriyo üzerinde deney yapılabileceği bununla birlikte Anayasada yer alan temel hakların öznesini tespit eden "herkes" kavramının embriyoyu dışarıda bırakmadığı ifade edilmektedir.³⁶ TCK m.90/4 hükmüne göre, "hasta

³³ Hakeri, 2006: 53-54.

³⁴ Söğüt, 2018: 61

³⁵ Çoban, 2009: (İnsan Embriyosu)s.233-235.

³⁶ Çoban, 2009:(İnsan Embriyosu) 230-231; Biyotıp Sözleşmesi, Anayasa hükümleri, Türk Medeni Kanunu'nun hak ehliyeti ile ilgili hükümlerinin Türk Ceza Kanunu'nun deney yasağı ile koşulları açısından kişi değil de insan kavramına yer veren hükümleri, doğmamış çocuğun da 90.madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Ünver, 2007:s.152, Hakeri, 2007:419.

olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme” yapmak suçtur. Bu madde, insan üzerinde deney ve denemeyi tehlikeli görmüştür. Bu maddeye göre, suç oluşturmayan deneme, sadece rızaya bağlı olarak, hasta insan üzerinde ve tedavi amacıyla yapılabilecektir.³⁷ Denemenin suç oluşturmaması için rızanın bulunması gerekir; ancak, bilinci yerinde olmayan bir hasta veya rıza açıklama kapasitesi bulunmayan hasta için denemeye verilecek rızanın kimden alınacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.³⁸ Tıp hukuku alanında hekimin standart uygulama yapması gerekir; ancak standart yöntemler çözüm oluşturmadığında sonuçları henüz tam olarak bilinmeyen yöntemler uygulanabilecektir. Yeni tıbbi yöntemlerin uygulanabilmesi için hastanın bu yöntemin yeni olduğu, yan etki ve sonuçlarının henüz tam olarak bilinmediği hususlarında geniş ölçüde aydınlatılması gerekmektedir. Türk Ceza Kanununun anılan hükmünde, hastanın rızasının bulunması halinde denemenin suç oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Burada aranılan rızanın yazılı olması ve tedavinin de hastanede ve uzman hekim tarafından yapılması gereklidir. Bu koşulların tamamı sağlanmışsa embriyonik kök hücre tedavisi suç oluşturmayacaktır; ancak sadece bu koşulların sağlanmış olması hekimin sorumsuz olacağı anlamına gelmez, hekimin uygulama sırasındaki kusurlu davranışı hem cezai hem de hukuki sorumluluğunu doğuracaktır.³⁹

Embriyonik kök hücre araştırmaları hususunda son olarak değinilmesi gereken bir diğer düzenleme de Sağlık Bakanlığının konuya ilişkin genelgesidir. Öncelikle Sağlık Bakanlığının kök hücre ile ilgili çalışmalarına kısaca değinmek gerekir. Ülkemizde erişkin kök hücre araştırma ve uygulamalarını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.⁴⁰ 2006 yılında Sağlık Bakanlığı bünyesinde kök hücre danışma kurulu oluşturulmuştur, ancak kök hücre konusunda çalışma yapmak isteyen hekimlerin bu kurula başvurma zorunluluğu olmayıp çalıştıkları kurumdan etik kurul kararı almaları bu konuda çalışma yapabilmeleri için yeterlidir. Sağlık Bakanlığı, Mayıs 2006 tarihli genelgesinde, embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına yönelik birtakım düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, kök hücre çalışmaları mevcut medikal ve cerrahi tedavi yöntemleriyle tedavisi başarısız olan hastalarda klinik amaçlı uygulanabilecektir. Bu kapsamda

³⁷ Çoban, 2009:(İnsan Embriyosu) 232.

³⁸ Bu konuda bir kısım yazar rızayı kendisi açıklayamayan hastalar üzerinde deneme yapılamayacağını savunurken bir kısım yazar da hastanın yakınlarının rızasının yeterli olacağını savunur. Ayrıntılı bilgi için bkz, Şen, 2008:629.

³⁹ Hakeri, 2006:55.

⁴⁰ Sağlık Bakanlığının 19.05 2005 yılında yayımladığı “ Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları” konulu Genelgesinde çalışmaların bilim ve kamu vicdanı gereklerine göre yapılması gereken hukuksal düzenlemelerin sonuçlandırılması amacıyla ... Avrupa Birliği mevzuat uyumu kapsamında hukukî, kültürel ve etik yönleriyle ele alınmalıdır. Gereğesi ile durdurulmuştur. Bu tebliğ gereğince, embriyonik kök hücre çalışmaları yasaklanmış durumdadır. Demir, 2010: 89.

embriyonik olmayan kök hücre çalışmaları araştırma amacıyla yapılabilecek, tedavi amaçlı kök hücre denemeleri klinik çalışmalara ilişkin koşullara uygun olarak gerçekleştirilebilecektir. Genelge her ne kadar embriyonik olmayan kök hücre çalışmasına ilişkin olsa da embriyonik kök hücre çalışmalarına yönelik bir sınırlama getirmediği ifade edilmiştir.⁴¹

2005 yılında Sağlık Bakanlığınca yayınlanan genelge gereğince embriyonik kök hücre ile ilgili çalışmalar yasaklanmıştır. Şu an için bu konuda ne zamana kadar süreceği kesin olarak bilinemeyen bir yasak mevcuttur. Alman Hukukunda, 13.12.1990 tarihli embriyonun korunması yasası ve 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren kök hücre yasası bu hususta önemli bir pozitif hukuk kaynağıdır. Alman kök hücre yasası, insan kaynaklı embriyonsal kök hücrelerin ithal ve kullanımı hususunda embriyoyu güvence altına almaya yönelik yasa olup Almanya’da kök hücre araştırmalarının hukukî temeli bu yasayla düzenlenmiştir. Yasanın amacı, embriyonsal kök hücrelerin alınması ve kullanılmasının yasayla düzenlenmesinde Anayasa hukukunun ilkelerini kabul ederek bir yandan insanın yaşam hakkı ve onuruna saygı göstererek bunları korumak öte yandan, bilimsel araştırma özgürlüğünü güvence altına almaktır.⁴² Alman Hukukunda, bazı istisnalar dışında embriyonik kök hücre kullanımı yasaklanmış, kök hücre araştırmalarının yapılması bazı şartlara bağlanmıştır. Kök hücrenin alınması, yazılı talep sonucunda resmi makamlarca verilecek izne tabi kılınmıştır. Kök hücre çalışmalarına ilişkin olarak cezai ve idari yaptırımlar da düzenlenmiştir.⁴³ Embriyonun korunması yasasında, “kendi başına gelişme yeteneğine sahip embriyo”dan bahsedilmektedir. Gelişme yeteneği olan embriyo ile anlatılmak istenen, tüp bebek elde etme amacıyla kullanılan sayıca en fazla üç olan embriyo çeşididir. Dolayısıyla, bu yasa ile yapısal yönden zayıf güçteki ya da işe yaramaz embriyolar yasanın koruma kapsamı ve uygulama alanı dışında tutulmuştur. Tüp bebek elde etme amacı dışında, sayıları 3’ü aşan embriyolar ana rahminde bağımsız gelişmeyeceğinden bu özel yasanın mutlak yasaklarına tabi tutulmaması ve bunlar üzerinde tıbbî araştırmalar yapılabilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁴ Embriyonun korunması yasasında, yapay dölllenme ve insan embriyolarının kullanımını düzenleyen özel kurallar mevcuttur. Bu yasa, insan yaşamının ana rahmine düşme ile başlayan ilk başlangıç anından itibaren korunmasını amaçlamakta olup yasanın birinci paragrafında, embriyoların tıbbî üretim

⁴¹ Zengin, 2012:234.

⁴² Kök hücre yasasının uygulama alanı sadece embriyonsal kök hücre alınması, kullanılması ve etkinlikleri ile sınırlandırılmıştır. Yasanın 4. paragrafında embriyonsal kök hücrelerin ithal edilmesi, kullanılması yasaklanmıştır. Bu kanun kapsamında kök hücre araştırmalarına resmi izni, münhasıran oluşturulan özel komisyon vermektedir.

⁴³ Söğüt, 2018:61.

⁴⁴ Demir, 2010: 89.

amaçlı kötüye kullanımı ikinci paragrafında, insan kaynaklı embriyoların hukuk dışı ve ahlâken de kötü amaçlarla kullanılması yasaklanmıştır.⁴⁵

Kök hücre naklinin sağlayabileceği potansiyel faydadan yararlanabilmek için, bu konuda doğrudan yasal düzenlemeler yapılarak, öncelikle yasal zemine oturtulmalı ve bu sayede kök hücrelerin olası kötüye kullanılabilirliklerinin önüne geçilmeli ardından embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin getirilmiş olan yasak kaldırılarak bu konuda yapılacak bilimsel araştırmalar desteklenmelidir.

Sağlık Bakanlığının Mayıs 2006 tarihli genelgesi kapsamında, TCK m.90'da kök hücre deneylerinin yasaklandığı; fakat, kök hücre denemelerinin serbest bırakıldığı düşünülmektedir.⁴⁶TCK m. 90 gereğince, hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme yapabilmek için, bilinen bütün tedavi yöntemlerinin hasta üzerinde denenmesine gerek olmamasına rağmen Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan kılavuz bilinen bütün tedavi yöntemlerinin uygulanarak bunların başarısız olması halinde uygulanan kök hücre çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlediğinden, sadece öngörüye dayanılarak gerçekleştirilen kök hücre deney ve denemelerine bu kılavuz hükümleri uygulanmayacaktır.⁴⁷ Anılan kılavuzda ifade edilen, klinik kök hücresi kavramını, bilimsel kök hücre şeklinde yorumlamak ve tedavi edici kök hücre denemelerini, TCK m.90/4'de ifade edilen deneme suçu olarak değerlendirmek gerekecektir.⁴⁸ Ana rahminde bulunan embriyo üzerinde kök hücre çalışması annenin ya da embriyonun tedavisine yönelik olmadığından tedavi edici kök hücre denemesi olarak kabul edilemeyecektir.⁴⁹

4. KÖK HÜCRE NAKLINE İLİŞKİN HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Alman Hukukunda bilimsel amaçlı denemeler, hizmet ve eser sözleşmesine ilişkin özellikler içermektedir.⁵⁰ Hukukumuzda ise bilimsel amaçlı denemelerin hukukî niteliği konusunda hakim olan görüş, birden fazla sözleşmeye ilişkin unsurların bulunduğu kendine özgü sözleşme olduğu yönündedir.⁵¹ Hekimlik sözleşmelerinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi tarafların

⁴⁵ Bu yasaklar arasında sperm hücrelerinin gebelik sonucunu yaratma dışında kalan başka amaçla yapay dölleme işlemine konu yapılması sayılmıştır. Bir embriyonun ana rahmi dışında yeniden bir işleme tabi tutulabilmesi ise, embriyonun ancak ilk işlemi takiben anaya yerleştirilmesi halinde caiz kabul edilmiştir. Demir, 2010: 90.

⁴⁶ Hakeri, 2006:80-82;Zengin, 2012:234.

⁴⁷ Eşitli, 2012:209

⁴⁸ Eşitli, 2012:210.

⁴⁹ Eşitli, 2012:210.

⁵⁰ Özgül, 2010: 60.

⁵¹ Özgül, 2010: 60.

ediminin arasında tam bir karşılıklı mübadele olduğu söylenemez.⁵² Hekimlik sözleşmesinin içeriği yardım, anlayış, güven, özen ve şefkatten oluşmaktadır. Uzmanlığın, gücün ve otoritenin hekimde olması, hastanın bilgi bakımından zayıf durumda olması sözleşmenin taraflarının eşit konumda olmadığını gösterir. Dolayısıyla hekimlik sözleşmesi, unsurları kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinde bulunmayan insanlara yönelik kendine has özelliklere sahiptir. Zira, hastanın kişiliği ve hekimle hasta arasında kurulan güven ilişkisinin sözleşmede önemli rolü vardır. Sonuç itibarıyla, hekimlik sözleşmesini kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine dahil etmek uygun olmayacaktır.⁵³ Bilimsel amaçlı denemeler, hizmet, eser ve vekalet akdine ilişkin unsurları bünyesinde barındırır da bu sözleşmelerin hiç birinin unsurları tam olarak görülmemektedir. Bilimsel amaçlı tıbbî denemelerin tedavi amacı taşımaksızın bir plan dahilinde belirli bir sonucu taahhüt etmesi nedeniyle sui generis sözleşme türüne uygun düştüğü söylenebilir. Bu nedenle hizmet, eser ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan değil mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.⁵⁴

5. KÖK HÜCRE NAKLİNDE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. GEÇERLİ BİR SÖZLEŞMENİN VARLIĞI

Tıbbî müdahaleler için yapılan hekimlik sözleşmelerinde, borçlar hukukunun genel prensibi olan sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu kapsamda hasta tedavi olmak istediği hekimi serbestçe seçebileceği gibi hekim de hastanın tedavisini üstlenip üstlenmemekte serbesttir.⁵⁵ Yeni tıbbi yöntemlerin uygulanmasına ilişkin sözleşmenin tarafları geleneksel tıbbî müdahalenin tarafları ile aynı değildir. Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanmasında bu yöntemlerin uygulanacağı kişiler, hastaların yanında gönüllü kişiler de olabilmektedir.

Tedavi amaçlı tıbbî denemelerin uygulandığı kişiler sadece hastalardır; ancak, bilimsel amaçlı tıbbî denemeler hastalar dışında sağlıklı kişiler üzerinde de gerçekleştirilebilmektedir.

⁵² Atabek / Sezen, 1954:145.

⁵³ Akyıldız, 2007: 67; Ayan, 1991:51.

⁵⁴ Özgül, 2010: 71.

⁵⁵ Hekim acil durumlarda mücbir sebep olmadıkça ilk müdahaleyi yapmak zorundadır. (Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.3/1) Hekimin olağanüstü durumlarda toplumun sağlığını korumak amacıyla devletçe yapılacak davete uymak ve kendisine verilen görevi yerine getirmekle yükümlüdür. Hekimin tedaviyi reddetmesi o yerde tek bir hekimin bulunması veya uzmanlık alanında başka hekimin olmaması gibi hallerde, Medeni Kanun'un 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanımını teşkil edecektir.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin sorumluluk başlığı altında düzenlenen 23. maddesinin ikinci fıkrasında, araştırmaya iştirak eden gönüllüden bilgilendirilmiş gönüllü olur formunun alınmış olmasının gönüllünün araştırmadan dolayı uğradığı zararların tazminine ilişkin hakkını ortadan kaldırmadığı ifade edilmiştir.

Tıbbi müdahaleler için yapılan sözleşmelerde hekimin talimatlarla bağlı olmaması hekimlik sözleşmesini hizmet sözleşmesinden, hekimin mutlak iyileşme taahhüt etmemesi, eser sözleşmesinden ayırt eder. Hasta ile hekim arasında yapılan tedavi amaçlı sözleşmeler maddi eyleme ilişkin olduğundan vekalet sözleşmesi kapsamında düşünülebilir; ancak, bilimsel amaçlı tıbbi denemeler, tedavi amacı taşımadığından ve bir araştırma planı dahilinde belli bir sonucun taahhüt edilmesi söz konusu olduğundan sui generis (kendine özgü) sözleşme olarak nitelemek mümkün olacaktır. Bu nedenle eser, hizmet ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler sözleşmenin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.⁵⁶

II. SÖZLEŞMESEL YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLÂLİ

Tıbbi müdahalelerde hekimin, yeni tıbbi yöntemlerin uygulanmasında sorumlu araştırmacı ve araştırma ekibindeki diğer hekimlerin sorumluluğu kusura dayanan sorumluluktur.⁵⁷

Hekimin asli edim yükümü, teşhis koyma ve konulan teşhise göre en uygun tedavi yöntemini belirlemedir. Tedavi amaçlı denemelerde temel ilke, güvenilir olmayan bir usulün kullanımının daha güvenilir usulün fayda sağlamayacağına anlaşılması sonucunda tercih edilebilmesidir.⁵⁸ Zira, hekimlerin tedavi amaçlı tıbbi deneme niteliği taşıyan yeni tıbbi yöntemi uygulama yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir. Hekimler hastalarına daha yüksek bir bilgi seviyesi ve daha yüksek uzmanlık sunmak için yeni tıbbi yöntemleri takip ederek gerekli olduğunda bunları uygulamakla da yükümlüdürler⁵⁹

Hekimlerin asli edim yükümü dışında aydınlatma, sır saklama, sadakat ve özen yükümü, tıbbi bilgileri belgeleme, hastanın kendisine veya yakınlarına hesap verme, mesleki deneyimlerini geliştirme gibi birtakım yan yükümlülükleri de bulunmaktadır.⁶⁰

Hekim asli edim yükümü olan teşhis koyma borcunu ifa etmeden önce hastaya ait tüm geçmiş bilgileri toplamış, bizzat muayenesini yapmış, gerekli bütün laboratuvar tahlillerini istemiş ve elde ettiği tüm bulguları doğru bir

⁵⁶ Özgül, 2010:71.

⁵⁷ Reisoğlu, 1983: 13.

⁵⁸ Schreiber, 2004:94.

⁵⁹ Ayan, 1991:14; Şenocak,1998: 66.

⁶⁰ Akıncı,1996: 217; Ayan, 1991: 63.

şekilde değerlendirmiş ve zamanında teşhis koymuş olmalıdır.⁶¹ Bakanlar Kurulu tarafından 1960'da çıkarılan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, hekimlerin uymak zorunda olduğu kuralları belirleyen ve mesleki yükümlülüklerini saptayan düzenlemelerden biridir. Tüzüğü'nün 10. maddesinde, araştırmaları sırasında bir tanı ve tedavi yöntemi geliştiren hekim, bilimsel olarak yeterince sınıadığı yöntemin yararlı olduğu ve zararlı etkiler oluşturmadığı kanısına ulaşmadıkça bunu insanlar üzerine uygulayamaz. Buna benzer hüküm, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 27. maddesinde de mevcuttur. Tüzüğün 11. maddesine göre, hekim, daha önce hiç denenmemiş ama hastaya hiçbir olası zararı bulunmayan, onu iyileştirmesi de kesin olan bir müdahalede bulunabilir. Dolayısıyla Tüzüğün 10. ve 11. maddelerine göre hekimin teşhisini koyduğu hastalığın en uygun tedavi yöntemini seçmesi gerekir. Kural olarak, teşhisi konulan hastalığın tedavisinde en uygun ve güvenilir tedavi yönteminin uygulanmasında, hekimin geleneksel ya da modern tekniklerden başarı sonucu en fazla, riski en az olan tedavi yöntemini seçmesi gerekir; ancak, geleneksel yöntemler aynı başarı ihtimalini çok küçük risklerle sağlayabilecekse yeni yöntemlerle tedavi yoluna başvurulmaması gerekmektedir.⁶² Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanması, hastanın iyileştirilmesinin geleneksel yöntemlerden ayrılmayı haklı kılacak olmasına bağlıdır. Bununla birlikte fayda- risk değerlendirilmesi yapılarak yeni tıbbî yöntemin uygulanması için öngörülen riskin hastaya sağlayacağı faydayı aşmamasına özen gösterilmelidir.⁶³ Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.20/a, Hasta Hakları Yönetmeliği m.32, Hekimlerin Meslek Etiği Kuralları m.40, Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi m.15'de insan üzerindeki araştırmaların bilimsel ve mesleki yönden yeterli bilgi ve deneyime sahip yetkin kişiler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir⁶⁴. Bu kapsamda, araştırmacı hekimin yeterli bilgi ve donanıma sahip olması gerekir. Hekim, seçmiş olduğu tedavi yöntemini özenle uygulmalıdır. Zira, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 2. maddesine göre, hekimin birinci ödevi, insan yaşam ve sağlığına saygı göstermektir. Hekim, yeterli özeni göstermemişse, tedavi kusuru nedeniyle sorumluluğu doğacaktır.⁶⁵

Hekimin teşhis ve tedavi yükümlülüğü, asıl edim yükümlülüğüdür. Asıl edim yükümlülüğü dışında sözleşmenin amacına uygun ifasına hizmet eden bir takım yan yükümlülükleri vardır. Bunlardan ilki aydınlatma yükümlülüğüdür. Hastanın aydınlatılması, kendisine yapılacak müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek hale getirilmesini ifade eder.⁶⁶

⁶¹ Demir, 2008 :239.

⁶² Ayan, 1991: 13.

⁶³ İpekyüz Yavuz, 2006:93.

⁶⁴ Çoban, 2009: (İnsan Embriyosu).239-240.

⁶⁵ Demir, 2008: 239.

⁶⁶ Ayan, 1991:71,

Aydınlatma yükümlülüğü kural olarak, sözleşmenin tarafı olan ve yeni tıbbî yöntemi uygulayacak olan hekim ya da sorumlu araştırmacıdır.⁶⁷ Sorumlu araştırmacı, araştırmanın yürütülmesinden sorumlu uzman hekimdir. 23.12.2008 tarihli 27089 Sayılı Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğinin 5. maddesi, bilgilendirmenin sorumlu araştırmacı ya da araştırma ekibinden yetkili birisi tarafından yapılacağını hükme bağlamıştır. Bu hükme göre, ekip dışındaki bir uzman tarafından aydınlatmanın yapılması, sorumlu araştırmacı hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Sorumlu araştırmacı hekim bu yükümlülüğünü başka bir meslektaşına ya da araştırma ekibinden birine bırakmışsa yardımcı kişi konumunda bulunan meslektaşının veya ekip elemanının bu yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirdiğinden emin olmalıdır.⁶⁸

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirileceği zaman da önem taşır. Bunun için genel bir kural bulunmamakla birlikte aydınlatmanın hastanın tıbbî müdahaleye rızasının alınmasından sonra yapılması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁹ 2008 tarihli Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.5/9 hükmüne göre, aydınlatma araştırmaya başlanılmadan önce yapılmalıdır. Somut olayın özelliklerine göre önerilen tedavi usulünün hastanın serbest iradesiyle kabul ya da reddedeceği bir zamanda yapılması da rızanın hukuki sonuç doğurabilmesi açısından önem arz eder.⁷⁰

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, somut olayın özelliklerine göre farklılaşmaktadır.⁷¹ Bu kapsamda 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanunun 17. maddesi, Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün 14 maddesi gibi tıp hukuku mevzuatında yer alan kurallara uyulması gerekir. Aydınlatmada ölçü, hastanın kendisi olmakla birlikte aydınlatmanın içeriği, hekimin takdirine göre değil, objektif kıstaslar ve hastanın beklentileri kapsamında saptanmalıdır.⁷² Burada özen gösterilmesi gereken bir husus da hastaya aşırı bilgi vermek suretiyle kendisi için tıbbî zorunluluk taşıyan müdahaleden vazgeçmesine yol açmamak ve hastalığın seyrine olumsuz etki edebilecek hususları aydınlatmanın kapsamı dışında tutmaktır.⁷³ Bazı hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, aydınlatmanın hastaya olumsuz etkide bulunacak olması, ikincisi hastanın gerekli bilgiye sahip olması, üçüncüsü de hastanın aydınlatmadan yazılı rızası ile vazgeçmesi halleridir. Biyotıp Sözleşmesi m.10/2 'ye göre " *Herkes kendi*

⁶⁷ Özsunay, 1983: 49.

⁶⁸ Ertaş, 1981: 196; İpekyüz Yavuz, 2006: 86.

⁶⁹ Akıncı, 1996:219.

⁷⁰ Ertaş, 1981:188.

⁷¹ Ozanoğlu, 2003:55.

⁷² Özsunay, 1983: 52.

⁷³ Ertaş, 1981:189; Şenocak, 1998 :50.

sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla birlikte bireylerin bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.” Hastanın bilincinin olmadığı durumlarda kanuni temsilcisine de ulaşmak mümkün değilse hekim makul bir hastanın aydınlatma yapılmış olsaydı müdahaleye rıza göstereceğini düşünüyorsa, varsayılan rızaya dayanarak tıbbi müdahalede bulunabilecektir.⁷⁴ Varsayılan rıza kurumuna çeşitli uluslararası belgelerde de yer verilmiştir. Avrupa İnsan Haklar ve Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesi “ *müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önünde bulundurulacaktır.*” hükmüyle, bilinçsiz hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Dünya Sağlık Örgütü’nün 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi’nin 3.3 maddesinde, “İradesini gösteremeyecek bir hastanın rızası, önceden aksine bir beyan olmadığı sürece... varsayılabilir.” Aynı bildirgenin 3.7 maddesinde ise “hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının olanaklı olmadığı bütün diğer hallerde ve yasal veya sözleşmeye dayanan bir temsilcinin de yokluğunda, hastanın ne şekilde karar vereceğine yönelik bilinen ve varsayılan isteklerinin dikkate alındığı bir değerlendirme yapılıır” ifadelerine yer verilmek suretiyle varsayılan rızanın koşullarına uygun olarak bir sonuca varılması kabul edilmiş bulunmaktadır.⁷⁵ Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesinin 10.maddesinde, insanın araştırmaya rıza göstermesinin hekimin bu konudaki sorumluluğunu kaldırmayacağı, insanın korunmasıyla ilgili sorumluluğun her zaman hekimin yüklediği sorumluluk olarak kalacağı ifade edilmiştir.⁷⁶

Aydınlatmanın şekli konusunda geleneksel tıbbi müdahaleler için hukukumuzda doğrudan bir düzenleme bulunmadığından aydınlatmanın yapılmasında şekil serbestisi esastır.⁷⁷ Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanmasında ise, ilaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelikte yazılı ve sözlü açıklamanın birlikte yapılması aranmıştır. Yönetmeliğin 5.maddesinin (ı) bendine göre, “*Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen bir kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği zaman çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da dış hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir*”. Aynı maddenin (i) bendine göre, “*Gönüllünün tamamen*

⁷⁴ Bayraktar, 1971:41; Zeytin, 2007: 84.

⁷⁵ Erman, 2003:140.

⁷⁶ Çoban, 2009: (İnsan Embriyosu)s.241-242.

⁷⁷ Özsunay, 1983:53; İpekyüz Yavuz, 2006:86.

serbest iradesi ile araştırmaya dahil edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızası alınır ve bu durum (i) bendinde yer alan bilgilendirmeye yönelik hususları kapsayan Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelenir". Kişisel bilgilerin yer aldığı ve hastanın imzalamış olduğu aydınlatma formları, müdahale ile ilgili genel ve temel bilgileri kapsadığından geleneksel tıbbî yöntemler bakımından da aydınlatmanın gereği gibi yapıldığı sonucuna varılamayacağından⁷⁸ yazılı aydınlatmanın sözlü aydınlatma ile tamamlanması ve hastaya soru sorma imkanının da verilmesi gerekir. Dolayısıyla anılan Yönetmelikte benimsenmiş olan yöntemin yerinde olduğu düşünülmektedir.

Tıbbî müdahaleye rıza, gerçek iradeye dayanmadığı takdirde, yapılan müdahale hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık sonucunu doğuracak, hastaya ve yakınlarına verilen zarar nedeniyle hekimin tazminat yükümlüğü doğacaktır.⁷⁹

Hasta aydınlatma yapılmadığını iddia ediyorsa, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince bunu ispatla yükümlüdür; ancak, hastanın zayıf konumda bulunması nedeniyle aydınlatmanın yapıldığının ispatının hekime düşmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁰

Hekimin yan yükümlülüklerinde ikincisi de özen yükümlülüğüdür. Hekimin özen yükümü, meslek ilkelerine uygun davranmasını ifade eder. Hekimden beklenen özen, objektif özendir. Buna göre ölçü, hekimin kendi subjektif durumundan bağımsız olarak aynı uzmanlık alanında ortalama hekimin aynı şartlar altında göstereceği özendir.⁸¹ Yapılacak olan tıbbî müdahalenin önemi arttıkça, özenin derecesi de artacaktır. Hekim, gerekli mesleki bilgiye sahip değilse özen borcunu gereği gibi yerine getiremeyeceğinden bu yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle sorumlu olacaktır.⁸² Hekim, özel uzmanlığı gerektiren bir teşhis ve tedavi söz konusu olduğunda, hastasını o hastalıkla ilgili uzman hekime yönlendirmez ya da danışmazsa özen borcunu ihlâl etmiş sayılacaktır.⁸³ Hekim, teşhis ettiği hastalık kapsamında Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün 11.maddesi'ne göre, en güvenilir tedavi yöntemini seçip uygulamakla yükümlüdür. Hekimin tedavi adı altında kendi mesleki konumunu güçlendirmeye yönelik, insan üzerinde hukuk dışı araştırma yapması, özen borcuna aykırılık oluşturacaktır.⁸⁴

⁷⁸ Özsunay, 1983: 53-54; İpekyüz Yavuz, 2006: 86; Erman, 2003: 105.

⁷⁹ Demir, 2008:242.

⁸⁰ Ayan, 1991:6.

⁸¹ Atabek / Sezen, 1954:46.

⁸² Atabek / Sezen, 1954:146.

⁸³ Ertaş, 1981: 173.

⁸⁴ Demir, 2008: 244.

Hekimin yan yükümlülüklerinden üçüncüsü de sadakat ve sır saklama yükümlülüğüdür. Sadakat yükümlülüğü, hekimin işini yaparken ve iş bittikten sonra kendisine duyulan güvene uygun olarak hastanın menfaatlerini korumasını ifade eder. Bu yükümlülük hekimin hastalarına karşı dürüst davranmasını, meslek kurallarının dışında hastanın kişiliğini göz önünde bulundurarak tedavi faaliyetini sürdürmesini, kendi kişisel menfaatlerinden bir ölçüde fedakârlık yapmasını gerekli kılar.⁸⁵ Sır saklama yükümlülüğü ise, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesinde, " Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez." Organ ve Doku Nakli Kanununun m.7/1'de ifade edilen organ ve doku nakli yapacak hekimlerin " kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak" zorunda oldukları, Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesinin 10.maddesinde, üzerinde araştırma yapılan insanın sağlığının, mahremiyetinin, onurunun korunmasını araştırmayı yürüten hekimin ödevi olarak kabul eden hükümleri ile açıklığa kavuşturulmuştur.⁸⁶

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, diğer hekimler ve hastanın yakınları da dahil olmak üzere bütün üçüncü kişilere karşıdır.⁸⁷ Hekimin ve yardımcı personelin sır saklama yükümlülüğü, hastanın ölümünden sonra da devam eder.⁸⁸

Teşhis ve tedavi sürecinde hekimin bizzat tuttuğu ya da hastanın verdiği bilgileri içeren kayıt ve belgelerin düzenli bir biçimde saklanması da hekimin bir diğer yükümlülüğüdür. Bu belgelerden yalnızca hekimin çıkarına olanların hastaya verilmesi zorunlu değildir; ancak, sadece hastanın çıkarına yönelik belgelerin hastaya verilmemesi hekimin borca aykırılığını oluşturur.⁸⁹

Yeni tıbbî yöntemlerin araştırılması söz konusu olduğunda hekimin araştırma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Nakil durumlarında, hekimin nakledilecek biyolojik maddenin alıcının bünyesine uygunluğunu tespit etmek için gerekli tüm testleri, incelemeleri yapma yükümlülüğü vardır.⁹⁰ Bunların dışında hekimin tedavi için gerekli tüm alet ve teçhizatı sağlama ve yardımcı personeli seçme yükümlülüğü vardır.⁹¹ Yardımcı personel kullanan hekim bu personelin verdiği zarardan kusuru bulunmasa da sorumludur. Sorumluluktan

⁸⁵ Ayan, 1991: 88.

⁸⁶ Çoban, 2009: (İnsan Embriyosu)241.

⁸⁷ Ayan, 1991: 99.

⁸⁸ Ayan, 1991: 100.

⁸⁹ Ayan, 1991: 96-97

⁹⁰ Zevkliler, 1983:27; Biyolojik madde nakli, bu konuda uzmanlaşmış hekim ve yetişmiş ekipler tarafından, ameliyat öncesi ve sonrası her türlü bakım imkanına sahip kliniklerde yapılabilmektedir. Ertaş, 1981:196.

⁹¹ Ertaş, 1981:196.

kurtulabilmesi, yardımcı personelin seçiminde, kontrolünde ve verilen talimatlarda gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlaması ile mümkün olur.⁹²

III. TIBBİ MESLEK KUSURUNUN VARLIĞI

Hekimin meslek kusurunun bulunup bulunmadığını tespit etmek için iki unsuru ele almak gerekir. Bunlardan ilki, genellikle kabul edilen meslek kurallarına aykırılığı ifade eden meslek hatası yani objektif unsurdur. Meslek hatası, gerekli dikkat ve özen eksikliği nedeniyle tıp biliminin genellikle bilinen ve kabul edilen kurallarına aykırılıktır.⁹³ Diğeri ise hekimde bulunması gereken dikkat ve özen unsurunun eksikliğini ifade eden subjektif unsurdur.⁹⁴ Hekimin kusuru, kasdı ile ortaya çıkabilse de genellikle ihmalden kaynaklanmaktadır.⁹⁵

Tıbbî meslek kusuru, hekimin kendisinden beklenen bilgi, özen ve yetenekle müdahalede bulunmaması, uygulaması gereken tıbbi müdahaleyi uygulamaması ya da uygulanmaması gereken bir tıbbi müdahaleyi uygulaması halinde gündeme gelecektir.⁹⁶

Yargıtay'ın bir kararında, meslek kusuru şu şekilde ifade bulmuştur. "Doktor, tıbbi faaliyetlerde bulunurken mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip yerine getirmek zorundadır. Aksi halde doktor tıp biliminin kurallarını yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurun varlığı kabul edilmelidir."⁹⁷ Yargıtay'ın hakimlerin sadece mesleki değil genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduklarına ilişkin bir kararı da mevcuttur.⁹⁸ Hekimin göstermesi gereken mesleki özenin ölçütü, düzenli, dürüst, ortalama bir meslek grubu olmalıdır.⁹⁹ Tıp biliminin kurallarına aykırılık, hukuka aykırılıktır; ancak hekimin sorumlu tutulabilmesi için ayrıca kusurlu olup olmadığının araştırılması da gereklidir. Örneğin, zorunluluk halinde dağ başında yapılan bir ameliyatta neşter olmaması nedeniyle ekmek bıçağını kullanılması tıp biliminin kurallarına aykırılık teşkil etmekle birlikte kusurlu bir müdahale sayılamaz.¹⁰⁰ Olağan tedavi yollarını

⁹² Ertaş, 1981: 195-196; Atabek / Sezen, 1954: 149.

⁹³ Şenocak, 1998:83; Ertaş, 1981: 185.

⁹⁴ Demir, 2008: 244; Şenocak , 1998:83.

⁹⁵ Akman, 1976:225.

⁹⁶ Ayan, 1991:105.

⁹⁷ Yarg. 13 H.D 5.4.1993 tarih, Esas:131, Karar: 2741Yargıtay Kararları Dergisi, 1994.

⁹⁸ " ...Doktorlar sanatlarını icra ederlerken hastaların zarar görmemesi için yalnız tıp ilminin teknik nitelikteki kurallarıyla bağlı değildir. Bunu dışında "meslek içi hukuk normlarının" kendilerine yüklediği veya "genel hayat deneyimlerinin" herkese yüklediği dikkat ve özen görevlerine göre hareket etmek zorundadırlar. Şenocak, 1998: 85-86, dipnot, 28.

⁹⁹ Ertaş, 1981:181; Demir, 2008:247.

¹⁰⁰ Ertaş, 1981: 186.

deneyen ve her türlü dikkat ve özeni gösteren hekim hastasının iyileşmemesi ile sorumlu tutulamaz. Cerrahi müdahale yapılırken başka organ ve dokuların yaralanması halinde hekimin sorumluluğuna gidilmesi her zaman mümkün olmayacaktır.¹⁰¹ Burada hekimin eyleminin ortalama dürüst bir hekimin aynı şartlar altında göstereceği davranışa aykırı olması halinde hekimin borca aykırı davranışı dolayısıyla sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için somut olayda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesi gerekir.¹⁰²

IV. ZARARIN DOĞMASI

Hekimin tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, tıbbî yöntemin uygulandığı kimse ile hekim arasındaki sözleşmeye aykırı hareket sonucunda mutlaka bir zararın doğması gerekir. Meydana gelen zarar, hastanın kişilik ya da malvarlığı değerlerine ilişkin olarak maddi ya da manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir.¹⁰³ Sorumluluk hukukunda maddi zarar, zarara uğrayan kişinin aktifinde azalma ya da pasifinde artmadır. Tıbbî sorumluluk bakımından maddi zarar, hekimin yükümlülüklerine uygun ve kusuru olmaksızın yapacağı tedavi sonucu elde edilecek sonuç ile meydana gelen netice arasındaki parayla ölçülebilen farkı ifade eder.¹⁰⁴

Tıbbî sorumluluk alanında manevi tazminatın hukukî dayanağını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 56. maddesi oluşturur. Kişilik haklarının ihlâli sonucu meydana gelen manevi zararın, kişilik haklarına saldırı nedeniyle ortaya çıkan acı ve üzüntünün zarar verene belli bir paranın ödettilmesiyle hafifletilmesi amaçlanır.¹⁰⁵ Manevi tazminatın istenebilmesi, manevi zararın varlığı dışında maddi tazminatın istenebilmesi için aranan diğer şartların da gerçekleşmesine bağlıdır.¹⁰⁶ Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanması üzerinde bilimsel amaçlı deneme yapılan kimsenin ölümüne yol açmışsa manevi tazminatın mirasçılara ödenmesi gerekir.

Hem maddi hem de manevi tazminat davasında hastanın uğradığı zararı ve kapsamını ispatlaması gerekir; ancak, hastadan her zaman tam bir ispat beklemek somut olayın özelliklerine göre adil sonuçlar vermeyebilir. Bu nedenle, hastadan zararın varlığı ve kapsamına ilişkin hakimde yeteri kadar kanaat oluşturabilecek derecede deliller ortaya koyabilmesi beklenmelidir.¹⁰⁷

¹⁰¹ Ertaş, 1981: 190.

¹⁰² Ayan, 1991:184; Şenocak, 1998: 82.

¹⁰³ Şenocak, 1998:76; İpekyüz Yavuz, 2006: 136.

¹⁰⁴ Şenocak, 1998:76; İpekyüz Yavuz, 2006: 136

¹⁰⁵ İpekyüz Yavuz, 2006: 137.

¹⁰⁶ Ayan, 1991:123.

¹⁰⁷ Demir, 2008: 25.

V.UYGUN İLLİYET BAĞI

Tazminat davası açılabilmesi için zarar ile hukuka aykırı ve kusurlu saldırı arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunması gerekir.¹⁰⁸ Yeni tıbbî yöntem veya müdahale ile zarar arasında nedensellik bağı mevcut olmalıdır.¹⁰⁹ Nedensellik bağına mücbir sebep, üçüncü şahsın veya mağdurun ağır kusuru nedeniyle ortadan kalkmaması gerekir.¹¹⁰ Yeni tıbbî yöntemlerin uygulanmasında illiyet bağına varlığının ispatı, bu yöntemin kendisine uygulandığı kişiye aittir.¹¹¹ Bu durumda ağır tıbbî hatanın varlığının ispat edilmesi nedensellik bağına kurulması için yeterli olacaktır.¹¹² Zararlı sonucun hekimin eyleminin dışında hastanın fizyolojik ya da biyolojik özelliklerine bağlı olarak ortaya çıkması ya da artması da söz konusu olabilir. Bu durumda, hekimin hastanın bu durumunu hesaba katmaması halinde, hekimin kusurlu eylemi ile zarar arasında nedensellik bağı kurulmuş olur.¹¹³

SONUÇ

Sınırsız sayıda hücreye dönüşebilme yeteneğine sahip olan embriyonik kök hücreler, nakledildiği organlardaki bozuklukları düzenlemeye hizmet etmektedir. Ülkemizde ve dünyada da en yeni tıbbî müdahale yöntemlerinden biri olan embriyonik kök hücre nakline ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, konuyla ilgili Anayasa hükmü, genel hükümler, yönetmelikler, uluslararası sözleşmeler değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekir. Bu bağlamda, yaşam hakkını korumaya yönelik Anayasanın 17.maddesini incelediğimizde maddenin ifadesinden bu korumanın kapsamına sadece kişilerin girmekte olduğu görmekteyiz, oysa 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ceninin kişi kabul edilmesi, sağ ve tam doğuma bağlanmış olduğundan burada embriyonik kök hücrenin kişi vasfından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla kök hücre nakli, Anayasanın 17. maddesine aykırılık teşkil etmez. Medeni Kanunumuzun, 23. maddesinde yer alan, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin yazılı izin ile mümkün olacağı, hükmü de bu konuda yol gösterici, yasak içermeyen bir hükümdür. Madde de insan kökenli biyolojik maddenin naklinin kesin olarak yasaklanmadığı ancak yazılı izin koşuluna bağlandığı görülmektedir. Yine Türk Ceza Kanununun m.90/4 hükmü, de bu konuda yasaklayıcı bir hüküm olmayıp yazılı rıza ve maddede ifade edilen diğer koşulların sağlanması şartıyla tedavi amaçlı denemeleri mümkün kılmaktadır. Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın

¹⁰⁸ Şenocak,1998: 88; İpekyüz Yavuz, 2006: 137.

¹⁰⁹ Şenocak, 1998: 89; İpekyüz Yavuz, 2006: 137.

¹¹⁰ Ayan, 1991: 111; Zeytin, 2007: 144; İpekyüz Yavuz, 2006: 139.

¹¹¹ Ayan, 1991: 111; Zeytin, 2007: 144; İpekyüz Yavuz, 2006: 141.

¹¹² İpekyüz Yavuz, 2006: 141-142.

¹¹³ Şenocak, 1988: 88; İpekyüz Yavuz, 2006: 141-142

Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m.18/2 “insan embriyolarının araştırma amacıyla üretilmesi yasaktır” hükmü ile sadece araştırma amacıyla embriyo üretilmesi fikrine son derece katı bir bakışı açısı ile yaklaşmış ve kesin bir biçimde yasak getirmiştir. Anılan maddenin lafzından embriyonik kök hücre çalışmalarının bu kapsama girip girmediği açıkça anlaşılmasa da kanaatimizce maddenin dar yorumlanmak suretiyle embriyonik kök hücre naklinin bu yasak kapsamına dahil edilmemesi gerekir. Gerçekten de bu yasağın araştırma amacıyla embriyo üretimine ilişkin olduğu dolayısıyla yasağın sadece bu amaçla sınırlandırıldığı sonucuna varmak mümkündür. Sağlık Bakanlığının 19.05.2005 yılında yayımladığı genelge ile “ Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları” yasaklanmış bulunmaktadır. Bu genelgeye aykırılık suç oluşturmayacak, idari yaptırım gerektirecektir.

Hukumumuzda embriyonik kök hücre ile ilgili henüz bir yasal düzenleme yapılmamış olması hukuk düzeninin modern teknolojinin gerisinde kaldığını gösterir. Yetişkin kök hücreye ilişkin Sağlık Bakanlığının bazı şartlar getirerek bu konuda düzenleme yaparken niteliği itibarıyla daha başarılı neticeler verebilecek embriyonik kök hücrelerle ilgili bir yasak getirmiş olması ilginçtir. Embriyonik kök hücreye ilişkin hukukumuzdaki yasal boşluk en kısa zamanda doldurularak embriyonik kök hücre naklinin kötüye kullanımı önlenecek şekilde yasal bir prosedüre oturtulması gerekmektedir.

Kök hücre nakline ilişkin hekimin kişisel sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle hasta ile hekim arasında kök hücre nakline yönelik hekimlik sözleşmesinin yapılmış olması, hekimin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayanan bir ihlâlin söz konusu olması, hekimin sözleşmeyi ihlâlinin maddi ya da manevi zarara yol açması ve hekimin kusursuzluğunu ispat edememesi gerekir.

KAYNAKLAR

AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996

AKMAN, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976

AKYILDIZ, Sunay, “Mevzuatımızda Hastanın Hak Arama Yolları” Sağlık Hakkı Dergisi, Türk –Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, S.3, Kasım 2007, s.65-79

ATABEK, Reşat/ **SEZEN**, Merih, “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C:28, 1954, s.145 vd.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991

ÇOBAN, Aykut, “Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukukî Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2009, S.86, s.204-248 (İnsan Embriyosu)

ÇOBAN, Aykut, “Türkiye’de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü”, İnsan Hakları Yıllığı 2009, C.27, s.75-96 (Tüpteki İnsan Embriyosu)

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1971

BEKSAÇ, Meral, “Kök Hücre, Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?”, Bilim ve Teknik Dergisi, S.511, Haziran 2010, s.36-40

DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, s.225-252

DEMİR, Mehmet, “Türk ve Alman Hukukunda Embriyonsal Kök Hücre Araştırmalarına İlişkin Yasal Durumların Karşılaştırılması”, Türk Tıp Etiği ve Araştırmaları Yıllığı, Ekim 2009-2010, s.81-96

ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003

ERTAŞ, Şeref, “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1981, S.1, s.173-205

EŞİTLİ, Aygün Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara 2012

HAKERİ, Hakan, “Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu” Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul 2006, s.51-57

HAKERİ, Hakan, “Kök Hücre Çalışmaları, Klonlama Ve Yeni Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik”, Sağlık Dergisi, 2009

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2015

HAKERİ, Tıp Hukuku, Ankara 2007

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

KATOĞLU, Tuğrul, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006, C.55, S.1, s.157-193

KORKUT, Levent, “Biohukuk bakış açısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Ceninin Hukuki Statüsü”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S.27, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul 2013, s.86-89

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Soybağı Alanında Biyo, İnsan Doğasının Geleceği, İstanbul 2006

OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul 2011

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, s.55-77

ÖZBİLEN, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011

ÖZSUNAY, Ergun, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s.31-59

ÖZGÜL, Mehmet Emin, Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010

REİSOĞLU, Seza, " Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu" Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, İstanbul 1983

ROSENAU, Henning, (Çeviri: Hakan Hakeri), "Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu", Tıp Ceza Hukuku 2003, Türkiye Cumhuriyetinin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, s.68vd.

ROSENAU, Henning, (Çeviri: Hakan Hakeri), "Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesine Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama", Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s.137-144

SCHREİBER, Hans-Ludwig, " Hayvandan İnsana Hücre- Doku Nakli- Hukuksal Görünüş" (Çeviren: Veli Özer ÖZBEK) Türkiye Cumhuriyeti 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Tıp ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s.94vd.

SÖĞÜT, İpek Sevda, "Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları" Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2018, S.134, s.37-70

ŞEN, Ersan, "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları" Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s.588-646

ŞENER, Nurhan, "Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar", Hukuk Gündemi 2012, S.1, s.54vd

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998

TACİR, Hamide, "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, 2013, s.1306-1307

ÜNVER, Yener, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukukuna Etkileri, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s.183-184

ZENGİN, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında, İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2012

ZEVKLİLER, Aydın, “ Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1983.

ZEYTİN, Zafer, “Hasta- Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Sağlık Hakkı Dergisi, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayısı, S.3, Kasım 2007, s.165-190

ZEYTİN, Zafer, “Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukukî Sonuçları”, Tıp Hukuku Dergisi, S.7, 2015, 211-233

RÖDÖVANS SÖZLEŞMESİNİN MADEN HUKUKUNDAKİ YERİ VE MALİ YÜKÜMLÜLÜKLER

The Role in Miniglaw on the Redeavance Agreements and Financial Obligations

Büyüamin ÇİTİL*

Geliş Tarihi: 30.04.2018 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Madenler devletin hüküm ve tasarrufunda olan kamu malı niteliğinde kabul edilen tabii servet ve kaynaklardır. Madenler maden ehliyetine sahip kişilere verilen ruhsat ve izin kapsamında işletilirler. Maden haklarının bölünmezliği ilkesi gereği, ruhsatlı sahaların daha küçük ruhsatlara veya ortak paylara bölünmesi mümkün değildir. Bu nedenle işletme yeterliliğine sahip olmayan kişilere ruhsatlandırılan sahaların gerek kısmen gerekse tamamen atıl kalması gibi olumsuz sonuçlar doğmuştur. Bu sahaların kısmen veya tamamen rödövanşçılara kiralanması ve üretime açılması isteği, rödövanş sözleşmesinin doğmasına ve madencilik sektöründe kendine geniş yer bulmasına sebep olmuştur. İşletme hakkının kısmen veya tamamen devrine ilişkin bu sözleşme ürün kirasına benzer kabul edilerek konuya ilişkin uyumsuzlukların çözümünde Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri kıyasen uygulanmıştır. Maden Kanunu'na eklenen hükümler ile rödövanş sözleşmelerinin idarenin onayına tabi tutulması, bu sözleşmeye idarenin üçüncü bir taraf olarak iradesinin eklenmesinden başka bir şey değildir. İdarenin sözleşmeyi onaylaması, bu sözleşmenin birleşme iradeli karma sözleşme olarak kabul edilmesini gerektirmiştir. Hatta sözleşme şartları dışında maden bölgesi kararı gibi idari işlemlerle sözleşmelerin sonlandırma yetkisi, bu sözleşmenin idarenin taraf sıfatı açısından kısmen idari sözleşme olarak anılmasını bile haklı kılmaktadır. Rödövanş sözleşmeleri Türkiye Taşkömürü İşletmesi Yönetmeliği kapsamındaki istisna dışında tip sözleşme özelliği taşımamaktadır. Devlet hakkı yükümlülüğü ve buluculuk hakkı yükümlülüğü ruhsat sahibine aittir ve bu yükümlülüğün sözleşme gereği rödövanşçıya devri maden hukuku anlamında yükümlüyü değiştirmez. Bu yükümlülüklerin rödövanşçı tarafından hak sahibi kişilere ödenmemesi sadece ruhsat sahibi ile rödövanşçı açısından hukuki sonuç doğurur ki, bu da sözleşme şartlarına aykırılık kapsamında değerlendirilir.

ABSTRACT

Mines are the assets and resources of the government, which are in the judgment and disposition of the government, which are accepted as public goods. Mines are exploited a face within the scope of the license and permit granted to persons possessing a mining license. It is not possible for licensed fields required by the principle of indivisibility of mining rights to be divided into smaller licenses or joint ownership share. For this reason, there are consequences that the areas licensed to those who do not have operational competence are partially or completely left idle. The desire to lease and open this area entirely or partly to the revenues and the creation of a redeavance (royalty) contract and to find itself in the mining industry has given rise to a great deal of space. The relevant provisions of the Turkish Code of Obligations have been applied comparatively to the settlement of the relevant disputes on the grounds that this right, in part or in full, of the right to operate is considered similar to the product lease agreement. The addition of the provisions added to the mine law and the granting of the redeavance pact to the approval is nothing more than the addition of the consent to this contract as a third party. The ratification of the contract requires that this contract be regarded as a merger agreement. Even the authority to terminate contracts with administrative procedures such as the mining district decision other than the contract conditions makes it even more right to be referred to as the administrative contract partially in terms of the party. Turkey Hard Coal Enterprises royalty contracts, contract types of exception handling feature is the scope of the Regulation. The right to state right and the right to discovery right belongs to the license holder and this obligation does not change the obligation in relation to the contracted mining law of the contracting person under the contract. Failure to pay these obligations to the beneficiaries by the redeemer will result in legal consequences only in respect of the licensee and the rewarding person, which is also contrary to the terms of the contract. Failure to pay these obligations to the beneficiaries by the redeemer will result in legal consequences only in respect of the licensee and the redeavance holder, which is also contrary to the terms of the contract.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme, devlet hakkı, onay, rödövanş, ruhsat, sevk fişi, ehliyet, tam mükellef.

Keywords: Agreement, state's right, approval, redeavance, licence, waybill, qualification, full fledged taxpayer.

* Sakarya İdare ve Vergi Mahkemesi Başkanı, e-posta:bunyamincitil@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3515-7679

GİRİŞ

Ülkemizde Anayasa, Maden Kanunu ve Yönetmelikler ile düzenlenen maden hukuku madenlerin aranması, işletilmesi, çıkarılan cevherin kısmen işlenmesi ve yine kısmen endüstriyel aşamalarını kapsayan bir hukuk dalıdır. Maden hukukumuzun ana ilkeleri Anayasa'nın 168. maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın ilgili hükmüne göre; tabii kaynaklar ve servetler devletin hüküm ve tasarrufunda olup, bir tabii servet ve kaynak olan madenlerin aranması ve işletilmesi hakkı devlete ait kılınmıştır. Anayasa'da düzenlenen "hüküm ve tasarruf" kavramlarının madenlerin mülkiyetine işaret ettiği ve madenlerin kamu malı olduğu düşüncesi hakim olmuştur. Bu nedenle, Anayasa'nın bu maddesigereği madenlerin aranması ve işletilmesi hakkı asli olarak Devlete verilmiştir. Anayasa bir taraftan da Devletin bu hakkını belirli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere verebileceği kuralını getirmiştir. Aslında madenlerin Devlet tarafından işletilmesi yerine üçüncü kişiler tarafından işlettirilmesi hedeflenmiştir. Anayasa, hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek veya tüzel kişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişiler eliyle yapılacağını kanun koyucunun iradesine ve açık iznine bırakmıştır. Bir taraftan da gerçek veya tüzel kişilere arama ve işletme hakları verilirken, bu kişilerin uyması gereken şartlar yapılacak gözetim ve denetime ilişkin usul ve esaslar ile müeyyidelerin kanunda düzenleneceği benimsenmiştir. Madenlere ait işletme hakkının devri, bir mülkiyet devri olarak kabul etmek mümkün değildir. Maden sahalarını devlet eliyle işletmenin yanında özel kişiler eliyle "işlettirilmesi" kavramı, "hüküm ve tasarruf yetkisinin" bir sonucudur. Devletin madenler üzerindeki denetim ve gözetim yetkisi, asıl anlam ve önemini madenlerin arama ve işletme hakkının üçüncü kişilere verildiği durumlarda göstermektedir.

Türk maden hukukunun dayandığı temel ilkeleri gösteren Anayasanın 168. maddesine istinaden yürürlüğe giren Maden Kanunu'nda, imtiyaz sözleşmeleri yerine madenlerin izin ve ruhsat yöntemiyle gerçek veya tüzel kişilere işlettirilmesi esası benimsenmiştir. Maden Kanunu bir ruhsat hukuku olarak şekillenmiş ve bu ruhsatlar ile içeriği hakların takibi için ayrı bir sicil olan maden siciline kayıt esaslı öngörülmüştür. Maden hukukunda madenlerin işletme hakkının tesisi ile bu hakların devri, hakkın gerçek sahibi olan Devlete ait olup, bu hakların işletme hakkı sahipleri tarafından başka kişilere devri maden hukukunun öngördüğü ve kabul ettiği bir sonuç değildir. Ancak uygulamada, ruhsat sahipleri bu haklarını kâh tüm ruhsat sahasının tek parça halinde kâh birden fazla gerçek veya tüzel kişiye kısım kısım devretme yoluna gitmişlerdir. Bu fiili durumun, belirli şartlar altında hukuki düzenleme ve güvence kapsamına alınması sonucunda, rödövens yöntemi ile madencilik faaliyeti maden hukuku içinde yerini almıştır.

I. MADEN HUKUKUNDA RÖDÖVANS SÖZLEŞMELERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

3213 sayılı Maden Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde maden sahalarının ruhsatlandırılarak kapatılması, ancak ruhsat alan bu kişilerin maden işletme konusunda gerekli tecrübe ve mali birikime sahip olmaması gibi nedenler, madencilik faaliyetlerini durma noktasına getirmiştir. Bunun sonucu olarak da madencilik faaliyetlerinin doğurduğu şartlar,rödövans¹ sözleşmesini ortaya çıkarmıştır. Rödövans sözleşmelerinin maden hukukunda zaman içinde değişik hükümler ile düzenlenmesi nedeniyle, bu sözleşmenin tanımı ve kapsamı konusunda da farklı değerlendirmeler yapılmıştır.

Rödövans sözleşmeleri, maden sahalarının verimli, güvenli bir şekilde işletilmesi için gerek 6309 sayılı Maden Kanunu gerekse 3213 sayılı güncel Maden Kanunumuzda yer verilen hakların bölünmezliği ilkesinin fiilen aşılması ile madencilik sektörü içinde oluşan kendine özgü bir sözleşme türüdür.

Bölünmezlik ilkesinin amacı, işletilmesinde kamu yararı olan madenlerin rasyonel ve ekonomik olarak değerlendirilmesini sağlamaktır. Maden ruhsatlarına ilişkin yapılan kamulaştırma işlemleri ve 3213 sayılı Maden Kanunu hükümlerinin uygulanması ile 1985 yılından itibaren maden sahaları ruhsatlandırılarak kapatılmıştır.² Böylece bu ilkeyle çelişecek şekilde ruhsat sahalarının bazı kısımlarına yönelik rödövans sözleşmeleri düzenlenerek, rödövansçılara kısım kısım üretim yaptırma yöntemi önemli bir uygulama alanı bulmuştur³. İşletme kabiliyeti ve mali ehliyeti bulunmayan kişilerin elinde kalan ruhsatlara ait maden üretim hakkının kısım kısım kiralınması ile bölünmezlik ilkesinin etrafı dolanılarak, bu ilke önemli oranda etkisizleştirilmiştir.

Rödövans sözleşmelerinin madencilik faaliyetinde yaygınlaşması üzerine maden idaresi tarafından ilk başlarda, rödövansçıların ruhsat hukukunun bir tarafı olmadığı ısrarla vurgulanmıştır. Ne var ki, maden ruhsatlarının işletme kabiliyeti olmayanlar tarafından ruhsat hakkı olarak alınması nedeniyle atıl kalan madenlerin ekonomiye katkı sağlaması içinbu fiili durum, Maden Uygulama Yönetmeliğinde izin kapsamına alınarak hukuki bir hüviyet kazanmıştır. Böylece rödövans sözleşmeleri maden hukukunda kabul gören bir müessese haline getirilmiştir. İlgili düzenlemelerin iptali istemiyle çıkarılan bir uyuşmazlıkta Danıştay, kira ve benzeri sözleşmelere dayanılarak madencilik faaliyetlerinde bulunulmasında, hukuka aykırı bir durum görmemiş ve davayı reddetmiştir⁴.

¹ Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/09/20170921-1.htm>, öğretilde bahse konu sözleşme yaygın bir kullanım olarak "rödövans" olarak yazılmakla birlikte, Maden Yönetmeliği'nin 3. maddesinde "rödövans" olarak yazıldığından, yazımızda Yönetmelik'te belirtildiği gibi şekilde yazılması tercih edilmiştir.

² Muradiye ÇEVİKÇELİK,"Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödövans Sözleşmeleri", Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, 2017, Ankara, s.68.

³ ÇEVİKÇELİK, s. 69.

⁴ ÇEVİKÇELİK, s.70.

Rödövensçinin maden hukukunda taraf olup olmayacağı tartışması, Maden Kanunu'na 2010 yılında eklenen ek 7. madde ile yeniden gündeme gelmiştir. Bu hükümle rödövensçi, yaptığı madencilik faaliyetlerinden doğan İş Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili idari, mali ve hukuki sorumlulukların doğrudan muhatabı kabul edilmiştir. Bu sorumluluğun ruhsat sahibinin maden hukukundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağı da mezkur düzenlemede ayrıca belirtilmiştir⁵. Rödüvensçiyi taraf olarak kabul eden bu yasal düzenleme, maden hukuku dışında, iş hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğundan, rödüvensçinin maden hukuku anlamında taraf olup olmadığı tartışmasına pek bir katkıda bulunmamıştır.

Bu çalışmada, rödüvens sözleşmesinin özel hukuk ve/veya kamu hukukundaki yerini tespit edebilmek için rödüvens sözleşmelerinin hukuki niteliği ortaya konulacaktır. Bir sonraki bölümde de, mali yükümlülükler yönüyle doğabilecek muhtemel tartışmalara değinilerek, özellikle rödüvensçinin maden idaresine karşı taraf sıfatı taşımadığına ilişkin düzenlemelerin, bu sözleşmelerden kaynaklanan ve maden hukukunu etkileyen uyumsuzluklarla ilgili özel hukuk veya kamu hukuku kurallarının uygulanması konusunda belirli problemlere yanıt aranacaktır.

II. RÖDÖVANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A- Rödüvens Sözleşmesinde Şekil ve İzin Sözleşme Üzerindeki Etkisi

Rödövens kelimesi aslen Fransızca redevance kelimesinden gelmektedir⁶. Redevance ise kira manasına gelmektedir⁷. İngilizce'de rödüvens kelimesi ile aynı anlamda olmak üzere "royalty" kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Royalty, uygulamada bir yazara, bir mucide ya da bir yayımcıya haklarını devretmeleri karşılığında düzenli aralıklarla ödenmesi gereken para; madenleri ya da petrol kuyuları işletilen toprağın sahibine sabit bir miktar olarak ya da üretim birimi üzerinden ödenmesi gereken para, toprak kirası, rödüvens anlamlarında kullanılmaktadır⁸.

Rödövens sözleşmelerinin şekli hususunda TBK⁹'da ve Maden Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Maden Yönetmeliği'nde rödüvens

⁵ ÇEVİKÇELİK, s.71.

⁶ Hüseyin AMIKLIOĞLU(a), «Rödövens Sözleşmesi İle İşletilen Bir Maden İşletmesinden Doğan Zararlardan Sorumluluk» D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s.1274. (<http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/33-HUSEYIN-AMIKLIOGLU.pdf>) Erişim Tarihi: 10.04.2018

⁷ AMIKLIOĞLU(a), s.1274.

⁸ Alper UYUMAZ, Fatma GÜNGÖR, "Rödövens Sözleşmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, Sa.4, s.150.

⁹ Türk Borçlar Kanunu, 04.02.2011 gün ve 27836 sayılı Resmi Gazete, yazının bundan sonraki kısmında kısaca TBK olarak belirtilecektir.

sözleşmesi; “ruhsat sahalarındaki madenlerin işletilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmı için ruhsat sahiplerinin, bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler” olarak tanımlanmıştır.Yönetmelikte verilen tanıma bakıldığında; rödövens sözleşmesinin ne şekli şartlarına ne de bedele ilişkin bir ifadeye yer verildiği görülmektedir. Bu nedenle rödövens sözleşmesinin tam anlamıyla bir tanımının yapılmasına ve maden hukukunda uygulamada doğan şeklinin ne tür bir sözleşme olduğuna ilişkin daha kapsayıcı bir tanıma ihtiyaç bulunmaktadır.

Doktrinde, rödövens sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, rızai, sürekli borç doğuran, rödövensçiye kullanma ve işletme hakkı veren ve kural olarak taraflar arasında bir nispi hak doğuran sözleşmeler olarak tanımlanmıştır¹⁰.

Sözleşmede ivaz, karşılıklı anlamına gelmekte olup, her iki taraf da üzerine düşen edimi bir karşı edim beklentisi içinde yapmaktadır. Diğer bir deyişle ruhsatın ve madenin kullanımı bir bedel karşılığında devredildiğinden, bu bedel ödeme borcu, sözleşmeyi ivazlı bir sözleşme haline getirmektedir¹¹. Doktrinde rödövens sözleşmesinin bir bedel karşılığı düzenlenmesinin teorik de olsa zorunlu olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır¹². Ruhsat sahibi ruhsatlı maden sahasını rödövensçinin kullanımına ve maden üretimine uygun hale getirme borcu altında iken rödövensçi da üretilen madenin kirası niteliğinde ödeme yapmakla yükümlüdür. Ödemeler üretim aşamasında üretilen her birim başına; artan, azalan, sabit bir yüzde ya da miktar olabileceği gibi peşin, belirli devrelerde veya yıldan yıla ödenen bir kira biçiminde de olabilir¹³.

Rödövens sözleşmesi rızai bir sözleşme olup, rızai sözleşme ise sözleşmenin kurulması için tarafların anlaşmasının yeterli olduğu sözleşme türüdür. Bir diğer sözleşme türü olan aynı sözleşme, sözleşmenin kurulması için tarafların anlaşmasının yeterli olmadığı, ayrıca sözleşme konusu malın teslim edilmesi gereken bir sözleşmedir¹⁴. Bu nedenle rödövens sözleşmesinin kurulması için malın, konuya özgü deyişle ruhsatlı maden sahasının rödövensçiye devrine gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla, rödövens sözleşmesi yaparken tarafların uymak zorunda oldukları herhangi bir şekil kuralı bulunmamaktadır. Bu durumda taraflar, rödövens sözleşmesini, şekil serbestisi ilkesi uyarınca adi

¹⁰ AMIKLIOĞLU(a), s.1275.

¹¹ AMIKLIOĞLU(a), s.1275.

¹² Kemal ERDOĞAN(a), “Rödövens Sözleşmesi”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 s. 79

¹³ Rahmi UYGUN, “Maden İşletmelerinde Ödenen Rödovens Bedellerinin Muhasebe Sistemi İçinde İzlenmesi”, s.1. (<http://www.muhasebetr.com.yazarlarimiz/rahmiuygun/012/>) Erişim Tarihi: 14.04.2018

¹⁴ AMIKLIOĞLU(a), s.1276.

yazılı şekilde veya noterde düzenleme şeklinde yapabilmektedir¹⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, madencilik faaliyeti esnafılık faaliyetini aşan bir ticari faaliyet olarak yürütülebilecektir. Bu nedenle bazı yazarlarca, ruhsat sahasına ilişkin işletme hakkının tamamen devri, bir ticari işletme devri olarak kabul edilmekte ve bu devrin yazılı yapılması ve ticaret siciline tescil ile ilanı da zorunlu görülmektedir.¹⁶ Rödövens sözleşmelerinin bu şartlar dışında taraflar arasında belirlenen ek şartlara göre de düzenlenmesi ve hukuken geçerlik kazanması mümkündür. Rödövens sözleşmeleri, Maden Kanunu'nda ve Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nde ismen belirtilmesine rağmen, ilgili hükümlerde doğrudan düzenlemeye konu edilmemiş, sadece dolaylı bir amaçla zikredilmekle yetinilmiştir. Bu yaklaşımın sonucu olarak, bu sözleşmeye ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmekten kaçınılmıştır. Rödövens sözleşmesine, maden idaresini taraf tutmamak adına, bir taraftan doğrudan düzenleme yapmaktan kaçınılırken bir taraftan da kanun ve yönetmelik hükümleriyle, sözleşmenin taraflarına bir takım yükümlülükler yüklenmiştir¹⁷.

Rödövens sözleşmelerinin kuruluşları konusundaki düzenleme eksikliğinin doğurduğu serbesti, 05.02.2105 tarih ve 6592 Kanun ile yapılan değişiklik ile önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Söz konusu yasal düzenlemeye göre ruhsat sahipleri ile üçüncü kişiler arasında yapılacak rödövens sözleşmeleri Bakanlık iznine tabi tutulmuştur. Rödövens sözleşmesinin TBK'da düzenlenen bir ürün kirası sözleşmesi türü olduğu, yargısal içtihatlarda belirtilmekle birlikte, sözleşmeye maden idaresince verilen iznin sözleşmeye kattığı mahiyet tartışma konusu olmuştur. Bu iznin alınmaması durumunda, Kanunun ilgili hükmü gereği, yürütülen madencilik faaliyetleri durdurulacaktır. Rödövens sözleşmesinin Bakanlık tarafından izne tabi tutulması şartı, artık bu sözleşmenin diğer kanun hükümleri ile ilişki kurmaksızın yazılı olarak düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Zira yazılı olmayan sözlü bir sözleşmenin idare tarafından yazılı bir işlem ile onaylanması mümkün değildir. Bu nedenle artık izin müessesesi nedeniyle TBK'nın hükümlerine göre, sözleşmenin yazılı veya sözlü olması gerektiğine ilişkin bir tartışmanın anlamı kalmamıştır. Rödövens sözleşmesi için gerekli kılınan izin zorunluluğu, sözleşmenin yazılı olarak düzenlenmesini gerekli kılan sonucunun dışında, sözleşmenin şekil şartlarına ilişkin başka şart ve kuralı işaret etmemektedir.

6592 sayılı Yasa ile getirilen bu düzenlemenin sonucunda, kamu kurum ve kuruluşları ile iştirakleri hariç olmak üzere, yer altı kömür işletmelerinde maden ruhsat sahipleri, artık ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü

¹⁵ ÇEVİKÇELİK, s.76.

¹⁶ Mustafa TOPALOĞLU(a), "Rödövens Sözleşmelerinin Şekli ve Tescili" Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, 3-4 Ekim, Afyon , 2015, s.110-111.

¹⁷ UYUMAZ- GÜNGÖR, s. 156.

kişilerile üretim faaliyetlerine yönelik rödövens sözleşmeleri yapamayacaklardır. Aksi halde yürütülen madencilik faaliyetleri durdurulacaktır¹⁸. Ayrıca yeni Maden Yönetmeliği'nin geçici 11. maddesinde, rödövens sözleşmesini iptal etmeyen ruhsat sahiplerinin yapacağı ruhsat uzatım taleplerinin kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.

Özel hukuk anlamında, tarafların karşılıklı iradesiyle doğan rödövens sözleşmesinin, maden hukuku anlamında sonuç doğurması için idare iznine ihtiyaç duyduğu açıktır¹⁹. Böylece rödövens sözleşmesinin maden hukuku anlamında tekemmül etmiş geçerli bir sözleşme olarak kabul edilmesi, Kanunda belirtilen idare izni aşamasının ancak olumlu olarak sonuçlanması ile mümkün olacaktır²⁰. Bu hususu güçlendiren bir yargı kararını vermek gerekirse, ruhsat sahibi ile rödövens sözleşmesinin karşı tarafı olan rödövensçinin, rödövens sözleşmesinin geçerli kabul edilerek sicile tescili amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan bir davada Danıştay, rödövens sözleşmesine izin vermeyen idare işlemini, esasa girerek iptal etmiştir²¹. Bu karar, rödövens sözleşmesine verilen iznin bir idari işlem olduğunu göstermektedir.

B- Maden Siciline Tescilin Rödövens Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi

Mülga Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği'nin 100. maddesinde rödövens sözleşmelerinin maden siciline bilgi amaçlı şerh edilebileceği hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, rödövens sözleşmesiyle sadece maden işletme izninin ve bu kapsamdaki üretim hakkının devredildiği, sözleşmenin maden siciline tescilinin ihtiyari olduğu ve tescilin bu nedenle kurucu bir nitelik taşımadığı savunulmuştur²². Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de eski Yönetmelik hükümlerinin geçerli olduğu bir hukuki uyumsuzlukta, bu sözleşmelerin sicile tescilinin zorunlu olmadığı, söz konusu tescilin ancak madendeki devlet hakkının takibi açısından hüküm ifade edeceği yönünde karar vermiştir²³. Bunun yanında, maden siciline yapılan ihtiyari tescilin, ruhsat hakkının devri üzerine yeni ruhsat sahibine karşı rödövensçinin sözleşmeden kaynaklı hakkını güçlendirilmiş bir şahsi hak haline getirme gibi ayrı bir sonucu da bulunmaktadır²⁴.

¹⁸ ÇEVİKÇELİK, s.78.

¹⁹ ERDOĞAN(a), s. 87

²⁰ Mustafa TOPALOĞLU(b), Maden Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana, 2011, s.46

²¹ Danıştay 8. Daire, 08.10.2018 gün ve E:2018/3037, K:2018/5372 sayılı karar (Yayımlanmamıştır)

²² ERDOĞAN(a), s. 91

²³ Aktaran: ÇEVİKÇELİK, s.78. bkz, "Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.11.2005 gün ve E:2004/12958, K: 2005/12055 sayılı karar"

²⁴ Mustafa TOPALOĞLU(b), s.50

Yeni Maden Yönetmeliğinin 101/2. maddesinde ise, rödövens sözleşmelerinin maden siciline tescil edileceği, ancak bu tescilin bilgi amaçlı olduğu belirtilmiştir. Yeni düzenleme uyarınca da sicile tescilin sözleşmeye kurucu unsur, geçerlik veya etkinlik şartı kattığını söylemek mümkün değildir. Yeni düzenlemede, tescilin amacını bilgi amaçlı olduğu belirtmekle birlikte bunun, rödövens siciline tescilin idareyi sözleşmeye taraf haline getirmediğini belirtmek adına yapıldığını söylemek mümkündür. Yeni Yönetmelik kapsamında artık, tescilin sadece Devlet hakkını takip amacıyla yapıldığını söylemek güçleşmektedir. Maden sicilinin de tapu sicilinde olduğu gibi aleniyet ilkesi gereği yeni ruhsat sahibinin iyiniyet iddiasını ortadan kaldırma işlevi bulunduğunu ve şerhin sözleşmeden kaynaklanan hakkı güçlendirilmiş şahsi hak haline getirdiğini kabul etmek gerekir²⁵. Rödövens sözleşmesinin maden siciline tescili ile özel hukuk anlamında rödövens sözleşmesi ruhsatı devralana karşı da varlığını sürdürecektir. Danıştay biryuşmazlıkta, rödövensçiye ruhsatı devralma hakkı tanınması ve buna rağmen ruhsatın sicile kayıtlı rödövens sözleşmesinin kiracı tarafı dışında üçüncü kişiye devrine izin vermeyen idare işlemini idare hukuku kuralları kapsamında hukuka aykırı bulmamıştır²⁶.

F- Rödövens Sözleşmesinde İşletme Hakkının Devri ve Kapsamı

Maden haklarının devri için ruhsat hakkı sahibi ile bu hakka sahip olmak isteyen kişi arasında öncelikle bir borçlandırıcı işlem yapılmalıdır. Borçlandırıcı işlemler; satış, bağışlama ve mal değişimi gibi sözleşmelerden oluşur. Maden hakkını devreden bu tür sözleşmeler, “maden hakkını devir sözleşmesi (maden ruhsatı devir sözleşmesi)” olarak adlandırılırlar²⁷. İşletme hakkı kavramı, geniş anlamda sadece bir işletmeyi işletme hakkını değil, ortada bir işletme bulunmasa bile bir şeyin ekonomik değerlerinden yararlanma hakkını da kapsar²⁸. Rödövens sözleşmesinde işletme hakkının devri bir maden hakkı devri olmadığı için ruhsat sahibinin maden idaresine karşı yükümlülükleri devam eder. Ruhsat hukukundan kaynaklı olarak maden idaresine karşı asıl sorumlu yine ruhsat sahibidir. Maden idaresi karşısında ruhsat hukukundan sorumlu yine ruhsat sahibi olsa da, ticari konularda rödövensçi işletme hakkını devralabilmektedir. İşletme hakkının devri, rödövens sözleşmesini, madenlerin işletilmesinde kullanılan bir yöntem olan taşeron sözleşmesinden de ayrır. Taşeron sözleşmesinde, ruhsat sahibinin, maden sahasında çalışan işçilere karşı

²⁵ Bünyamin ÇİTİL(a), Maden Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 345

²⁶ Danıştay 8. Daire, 02.12.2014 gün ve E:2014/6656, K:2014/9520 sayılı karar (Yayımlanmamıştır)

²⁷ Kemal ERDOĞAN(b), Maden Hakkını Devir Sözleşmesi İle Rödövens Sözleşmesi Arasındaki Ayırım, Ankara Hacı Bayram Veli Üniv.-Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXII, Y. 2018, Sa. 1, s. 102

²⁸ Taner AYANOĞLU, İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, *İÜHF M C. LXV, S.I. 2007, s.4*

iş hukukundan kaynaklı idari mali sorumluluktan sıyrılması mümkün değildir. Ancak işletme hakkının devri kavramının, rödövanşçı ve alt işveren arasında vergi mükellefiyeti yönünden bir farklılık oluşturması mümkün değildir. Her ikisi de ruhsat sahibinden bağımsız olarak vergi mükellefiyetine sahiptir. Yargıtay her rödövanş sözleşmesinde birbirinden bağımsız iki işverenden bahsetmenin mümkün olmadığı, ruhsat sahibinin rödövanşçı üzerindeki denetim yetkisinin, işletme hakkının devrine yol açmayacak şekilde güçlü olması halinde, ürün kirası ve rödövanş sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmektedir²⁹.

C- Rödövanş Sözleşmesi ve Ürün Kirası Sözleşmesi İlişkisi

Rödövanş sözleşmesinin, ağırlıklı olarak borçlar hukuku anlamında bir ürün kirası sözleşmesi olduğu savunulmakta ve yargısal içtihatlar da rödövanş sözleşmesinin borçlar hukuku anlamında bir ürün kirası sözleşmesi olduğuna hükmetmektedir³⁰. Yargıtay bir kararında ise rödövanş sözleşmelerine TBK'nın 357 vd. maddelerinde düzenlenen ürün kirasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğine hükmetmiştir³¹.

Ürün kirası, sözleşmeye konu olan malı kullanma, semerelerinden yararlanma, işletme hakkı veren kişisel ve sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Sözleşmenin belirli süreli veya belirsiz süreli olarak yapılması sürekli borç doğuran sözleşme çeşidinden olmasına engel değildir³². Bir taşınır veya taşınmazın ürün kirasına konu edilmesi mümkün olduğu gibi işletme hakkının da ürün kirasına konu edilmesi mümkündür³³. Bir ürün kirası, bu kiraya ilişkin TBK'nın 367-375. maddelerinde düzenlenen maddeler gereği sona erebileceği gibi aynı Kanun'un kira sözleşmesine ilişkin genel sona erme sebeplerine göre de sona erebilir³⁴. Ancak, genel sona erme sebeplerinin uygulanabilmesi için ürün kirasına ilişkin özel sona erme sebepleri ile konunun çakışmaması gerekir. Diğer bir deyişle genel sona erme sebepleri, ürün kirası sözleşmesi için sadece tamamlayıcı hüküm olarak görülebilir³⁵.

²⁹ ERDOĞAN(a), s.185, Kübra Doğan YENİSEY, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2007, s. 162

³⁰ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 20.02.2007 gün ve E:2007/111, K:2007/1552 (Yayımlanmamıştır).

³¹ ÇEVİKÇELİK, s.74.

³² Mustafa KOCA, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerine Göre Ürün Kirasının Sona Ermesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S. 4. s. 131. (webftp.gazi.edu.tr>hukuk>dergi) Erişim Tarihi: 10.04.2018

³³ ERDOĞAN(a), s.110, Fikret EREN(a), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 11.Baskı, İstanbul, 2009, s. 450

³⁴ KOCA, s.133.

³⁵ KOCA, s.134.

Ürün kirası sözleşmesinde, kiraya verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, kiracı açısından bir fesih sebebi bulunduğu halde, kiraya verenin sözleşme konusu taşınmaz, taşınır veya hakkın devrine ilişkin gerekli izinler için ilgili kurum ve kuruluşlara başvurma yükümlülüğü bulunur. Bu yükümlülük borçlar hukukundan kaynaklanan sözleşmeye dayalı bir yükümlülük olduğu gibi maden hukukundan kaynaklı olarak da ruhsat sahibine yüklenen bir yükümlülüktür. Ruhsat sahibinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, rödövensçi adi kiraya ilişkin hükümler ve borçlar hukukunun genel hükümleri gereği ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir³⁶. Süresinde aybın giderilmemesi halinde, rödövensçinin bu ayıpları bizzat gidererek, rödövens bedelinden indirim hakkı bulunmaktadır³⁷. Ruhsat sahibinin bir hukuki ayıp olarak nitelendirilebilecek işletme izin talebinden imtina etmesi halinde, rödövensçinin sözleşme şartlarına uygun olarak maden idaresine başvurması mümkün iken, bu hususun TBK anlamında, mahkeme eliyle ruhsat sahibini ifaya zorlaması veya ruhsat sahibi adına yargısal bir irade açıklaması kaim edilmesi hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Belirtilen durum, kamu hukuku ile özel hukuktan hangisine ilişkin bir alan olduğu ile ilgili bir tercihi zorunlu kılar. Aksi durumda yargı yerleri açısından bir görev çakışması doğması muhtemeldir.

Rödövensçi, sözleşmeye ilişkin özel sona erme sebeplerinden yararlanabileceği gibi kiraya vereni temerrüt hükümleri kapsamında gerekli başvuruları yapmaya zorlayabilir. Aksi bir kabul hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Ancak bunun için rödövens sözleşmesinde gerekli izin başvurularının kiraya veren tarafından yapılacağına ilişkin hükümler bulunmalıdır. Ayrıca yapılacak izin ve işyeri açma ve çalıştırma ruhsatı için gerekli başvuru yükümlülükleri, maden iradesince sözleşmeye verilen izne aykırı olmamalıdır. Rödövens sözleşmesinin konusu, usulüne göre alınmış maden işletme ruhsatıdır³⁸. Ürün kirası sözleşmesinde, sözleşmenin yapılması veya kurulması için işletme izninin alınmasına gerek bulunmamaktadır. İşletme ruhsatı alınmış bir maden sahasında rödövens sözleşmesi düzenlendiğinde, ruhsat sahibi sözleşme kapsamında işletme izinlerini de alma yükümlülüğünü üstlenmektedir. İşletme izninin alınması, sözleşmenin kurulması veya etkinlik kazanmasına değil, ifa edilebilmesine ilişkindir³⁹. Ürün kirası

³⁶ ERDOĞAN(a), s.145, Hüseyin ALTAŞ, “Hasılat ve Şirket Kirası (BK Mad. 270-298, 2009 Ankara, s.100, Hüseyin AMIKLIOĞLU(b), Rödövens Sözleşmesi, Seçkin yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2016, s.131

³⁷ Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/2, Kira ve Ödünç Verme Sözleşmeleri, 4. Baskı, İstanbul, 2008, s.119; Aydın ZEVKLİLER, K. Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara, 2015, s. 274; Erdoğan, s. 146-147

³⁸ AMIKLIOĞLU(b), s.92

³⁹ ERDOĞAN(a), s.77

sözleşmesi rödvans sözleşmesine uygulandığında, TBK 360. madde gereği ruhsat sahibinin, rödvans sözleşmesinin süresi boyunca maden sahasının işletmeye elverişliliğini koruma yükümlülüğü de doğmaktadır⁴⁰. Zira rödvans sözleşmesinin süresi boyunca aynı sahada küçük parçalar halinde peyderpey birden fazla işletme izni alınması da gerekebilir.

D- İdari Sözleşmeler

Sözleşmeler geleneksel olarak özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler şeklinde bir ayırımı tabi tutulmaktadır. Bu ayırımın esasları ile uyuşmayan karma nitelikte sözleşmeler de mevcuttur. Özellikle düzenleyici ve denetleyici görevlere sahip kamu kurumlarının, idare ile özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki sözleşmelere müdahale ettiği, hatta bazı mali hükümlerin düzenlemesine kadar gidebildiği görülmektedir⁴¹. Özel hukuk sözleşmelerine idarenin onay işleminin, idareyi sözleşmenin üçüncü tarafı yapıp yapmayacağı veya sözleşmenin hangi tarafı ile bir taraf ilişkisi doğuracağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilebilmesi için taraflardan en az birinin idare olması gerekir.⁴² Fransız hukukunda bayındırlık işi yapmakla görevlendirilmiş ve özel hukuk tüzel kişisi statüsüne sahip bir ortaklığın müteahhit ile yaptığı sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi gibi bir uygulama Türk hukukunda bulunmamakta, her iki tarafın da özel hukuk tüzel kişisi olması halinde yapılan hizmetin mahiyeti ne olursa olsun, bu sözleşme, idari sözleşme olarak kabul edilmemektedir⁴³.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi için gereken diğer şartı ise, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgisi olmasıdır. Bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi için sözleşmeden beklenen kamusal yararın özel yarardan önde olması gerekir. Zira, idari sözleşmede kamu yararı ile kişisel yararlar karşı karşıya olmakla beraber kamu yararı kişisel yarardan daima üstündür⁴⁴. Anayasa Mahkemesi, madenlerin aranması ve işletilmesine ilişkin madencilik faaliyetlerini, kamu hizmeti olarak kabul etmektedir⁴⁵.

⁴⁰ AMIKLIOĞLU(b), s.127, Fikret EREN(b), “Borçlar Hukuku, Özel Hükümler”, Yetkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2014, s.458

⁴¹ Murat SEZGİNER, İdarenin Müdahale ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli ‘Birleşme’ Sözleşmeler), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa 1-2. s.1590 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_52.pdf) Erişim Tarihi: 10.04.2018

⁴² ÇEVİKÇELİK, s.72.

⁴³ SEZGİNER, s.1592.

⁴⁴ SEZGİNER, s.1593.

⁴⁵ Aktaran: ERDOĞAN(a), Anayasa Mahkemesi, 14.01.1980 gün ve E:1979/1, K:1979/30 sayılı karar

İdari sözleşmede bulunması gereken başka bir şart ise idarenin sözleşmede özel hukuku aşan idari yetkilerle donatılmış olması gerekliliğidir⁴⁶. Bu nedenle idarenin kamu yararını koruyabilmesi ve gözetebilmesi için kişisel yararı temsil eden kişiye karşı özel hukuk sözleşmesinde taraflara tanınmayan bazı ayrıcalıklara ve üstün yetkilere sahip kılınması gerekmektedir⁴⁷. İdarenin sözleşmeleri özel kişilerle yapacağı sözleşme, idari sözleşme olabileceği gibi tarafların eşit olduğu özel hukuk sözleşmesi şeklinde de olabilir. İdari sözleşmelerde, idare, sözleşmeyi sona erdirmeye ve şartlarını değiştirme konusunda, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde bulunmayan ayrıcalıklara sahiptir. İdarenin, sözleşmenin diğer tarafı ile eşit şartlara sahip olduğu ve kamu hizmeti ile ilgisinin belirgin olmadığı, bununla birlikte gelir sağlayıcı özelliğinin baskın olduğu sözleşmeler de idarenin sözleşmesi olacaktır. Kamu yararı ve kamu hizmeti amacı gütmeyen idarenin belirtilen sözleşmelerinin, bu nedenle idari sözleşme olarak kabul edilmesi mümkündür.

E- Karma Sözleşme veya Birleşme İradeli Sözleşmeler

Ülkemizdeki ekonomik, teknolojik ve ticari gelişime paralel olarak özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler dışında üçüncü bir sözleşme türü olarak “birleşik iradeli” karma sözleşmeler de önemli oranda kendine yer bulmaya başlamıştır. Bu sözleşmelerde sözleşmenin tarafları dışında idare, kamu gücünün verdiği denetim ve gözetim yetkisinin bir sonucu olarak taraf iradelerine, onama, değiştirme, kaldırma gibi kendi iradesini ekleyerek sözleşmenin oluşumuna katkıda bulunmaktadır. İdarenin sözleşmenin şeklini belirlediği sadece boşluk bıraktığı konularda tarafların sözleşme özgürlüğü bulunan tip sözleşmeler de birleşme sözleşmeleri bakımından önem taşımaktadır. Tip Sözleşmelerde yer alan hükümler, doğrudan mali hüküm niteliği taşımamakla birlikte dolaylı olarak mali ilişkileri etkilemektedir⁴⁸.

Birleşme sözleşmelerinin asıl belirgin özelliğini taşıyan sözleşmeler, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmede, sözleşme konusu işin yürütülmesine ilişkin esasların yanında, mali hükümlerin, karşılıklı edimlerin de idare tarafından belirlendiği sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, bazı yönleriyle idareye, idari sözleşmeden daha çok yetki ve kamusal güç vermektedirler. Birleşme sözleşmelerindeki mali hükümler, sözleşmenin tarafı olmayan idare tarafından tek yanlı olarak belirlenmekte ve tarafların iradesinden ziyade sözleşmeye taraf olmayan idarenin iradesini yansıtmaktadır. İdari sözleşmelerde sözleşmenin mali hükümleri karşılıklı müzakere ile ortak olarak belirlenir ve akdi bir nitelik taşır⁴⁹.

⁴⁶ ÇEVİKÇELİK, s. 72.

⁴⁷ Danıştay 10. Dairesi, 29.04.1993 gün ve E:1991/1, K:1993/1752 sayılı Kararı, Danıştay Dergisi, S. 88, s.463.

⁴⁸ SEZGİNER, s. 1594.

⁴⁹ SEZGİNER, s.1595.

Birleşme iradeli sözleşmelerde idarenin işleme verdiği onay birel idari işlem olmakla beraber, idarenin sözleşme şartlarını çoğunlukla önceden belirlediği ve ilan ettiği tip sözleşmeler veya katılma sözleşmeleri, kamu idaresinden aldığı hakkı devredenlerin sayısı ve soyut niteliği yönüyle genel düzenleyici işlem niteliğindedir. İmtiyaz hakkı sahibinin tek bir kişi olması ve bu hakkını, idarenin onayı ile birden fazla kişiye devredebildiği ve idarenin bu devirlere ilişkin devreden yönünden özel, devralanların sayısı ve önceden kim olduklarının belli olmamasına bağlı olarak, devralanlar yönünden genel kuralları bulunan işlemler genel karar olarak kabul edilmelidir⁵⁰.

Tip sözleşmeler genel düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir. İmtiyaz hakkı sahibi bu hakkını belirli bir ücret karşılığında diğer kişilere sözleşme şartlarına bağlanılarak gördürebilir. Önceden belirlenmiş kurallara uygunluk yönünden idarenin her bir sözleşme için ortaya koyduğu irade, her şart ve takdirde icrai ve taraflar üzerinde sonuç doğurması nedeniyle idari işlemlerdir. Tip sözleşme veya katılma sözleşmelerinin her iki türü de sözleşmeyi imzalayacak taraflar açısından, sözleşmenin önceden ilan edilen şartları yönüyle müzakere şansının olmadığını göstermektedir. Bu verilen bilgilerden, tarafların düzenlenecek sözleşmelerdeki düzenleyici işlemlere isabet eden kısımlar yönüyle imzaladıkları sözleşmenin bir idari sözleşme olmasının mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Tip sözleşmeye uygunluk açısından imzalanan her sözleşmeye eklenen onay iradesi sadece bir idari işlemdir. Sözleşmenin özgürce ve sadece taraflar arasında müzakere edilen kısımları ise özel hukuk sözleşmesi niteliğinden dolayı bu kısımlar açısından da bir idari sözleşme özelliği taşımamaktadır.

Öte yandan birleşme iradeli sözleşmelerin, idarenin her sözleşme için kendisini önceden tip sözleşme kuralları ile bağlamaması nedeniyle bu sözleşmelerde taraflar arasında ve taraflar iradesine eklenen idarenin onay şeklindeki idare açıklamasında, teorik olarak da olsa bir müzakere şansı veya ihtimalinin bulunduğu söz etmek mümkündür. Belirtilen şekilde doğacak sözleşmelerde, idare iradesinin yöneldiği kişi sayısı kadar idari sözleşme, sözleşmede idarenin iradesinin yönelmediği taraf ilişkileri yönüyle de bir özel hukuk sözleşmesinin bulunduğu kabul etmek mümkündür.

Birleşme iradeli sözleşmeler şayet müzakere ve karşılıklı tavizlere müsait ise, bir yönüyle özel hukuk sözleşmesi bir yönüyle de idari sözleşme olmak üzere iki ayrı sözleşmeyi bünyesinde barındırmaktadır.

Birleşme iradeli sözleşmenin hem özel hukuk sözleşmesi hem de idari sözleşme iradeleriyle iç içe geçmesi durumunda özel hukuk sözleşmesine ilişkin kaybedilme şartlarının, idari sözleşmenin akıbetini de doğrudan etkileyeceği

⁵⁰ SEZGİNER, s. 1607; Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku. 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.379-380

tabidir. Sözleşmenin taraflar arasındaki sözleşme şartlarına uyulmamaktan dolayı feshi sonucu, sözleşmenin idari sözleşme boyutu da kendiliğinden son bulacaktır. Feshin haksız ve kusurlu olan yüzünden gerçekleşmesi durumunda, sözleşmede cezai şart varsa, bu cezai şartın da özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu kabul etmek gerekir. Görüldüğü üzere rödövens sözleşmesinin, birleşme iradeli sözleşme şekline çok benzediği görülmektedir.

F- Rödövens Sözleşmesinin Maddi Şartları ve Diğer Sözleşmelerle İlişkisi

Rödövens sözleşmelerinde ruhsat sahibi ile rödövensçi arasında çıkan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümleri dikkate alınarak Bakanlığın verdiği kararın geçerli olduğu belirtilmektedir. Bakanlık böyle bir uyuşmazlığı çözerken, ruhsat sahasındaki faaliyetlerin aksamaması ve rezervlerin teknik yönden en iyi şekilde işletilmesinin sağlanmasına dikkat etmek durumundadır. Sözleşmeye izin veren Bakanlık, ruhsat sahibi ile rödövensçi arasında sadece maden hukukunu ilgilendiren konulara müdahale ederek uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilir. Bunun dışındaki akçalı işlere ilişkin uyuşmazlığa Bakanlığın müdahale ederek bir idari işlem tesis etmesi mümkün değildir. Zira sözleşme içeriğindeki akçalı hükümlerden kaynaklı uyuşmazlıklar, maden hukukunun konusunu oluşturmamakta, bizzat özel hukuk alanına ilişkin bulunmaktadır.

Ruhsat sahibinin maden hukukundan kaynaklı olarak Bakanlığa karşı sorumluluğu rödövens sözleşmesinin geçerli olduğu süre boyunca da devam etmektedir. Bakanlık, madenlerin ülke ekonomisine en iyi şekilde katkı sunması için ruhsat sahası üzerinde madencilik faaliyetlerini denetler. Bakanlık ruhsat sahibi ile rödövensçi arasında sınırlı olarak maden hukukuyla ilgili konularda idari işlemler tesis edebilir. Bu işlemlerin tarafı ve sorumlusu ise ruhsat sahibidir. Bakanlık madencilik faaliyetlerinin en iyi şekilde yürütülmesi gayesiyle, sözleşmenin taraflarına ilişkin sınırlı konularda karar verir. Bu konular, tarafların birlikte belirlediği daimi nezaretçinin atanması ile ilgili kararlar, tarafların birlikte veya ayrı olarak başvurması halinde bastırılacak sevk fişleri ile yine tarafların birlikte başvurması halinde rödövens sözleşmesinin sicilden silinmesi gibi idari işlemlerden oluşabilir. Bakanlığın rödövens sözleşmesinin sicile tesciline, sicilden silinmesine ilişkin verdiği kararlar, sözleşmenin şartlarına bir müdahale niteliğinde değildir. Ruhsat içeriğinde yer alan işletme hakkının kısmen veya tamamen devrinin maden hukukunun genel ilkelerine uygun olup olmadığına karar vermek şeklinde idari işlemler tesis edilir. Ayrıca, ruhsat sahasında kayıtlı rödövens sözleşmesine konu alanın sonradan düzenlenecek diğer rödövens sözleşmeleri ile çakışıp çakışmadığı yönünden de idarenin rödövens sözleşmesine izin vermesi mümkündür. Rödövens sözleşmesinde taraflar arasında idarenin müdahil olarak verdiği bu kararlar, bir hakem kararı değildir. Dolayısıyla bu karar, idari yargı denetimine tabidir ve iptal davasına konu olabilir⁵¹.

⁵¹ Mustafa TOPALOĞLU(c), "Rödövens Sözleşmesi; Hukuksal Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Türkiye 17 Uluslararası Madencilik Kongresi ve Sergisi-TUMAKS 2001,

Maden hukukunda rödövans sözleşmesinde idarenin sözleşmenin geçerliliğine verdiği onay yetkisi, basit bir tasdik değildir. Hatta 2017 yılında Maden Bölgelerine ilişkin getirilen yasal düzenleme ile Bakanlığa verilen, rdvansının hakları konusunda özel hukuku aşan idari yetkilersonucunda rödövans sözleşmesi, kendine idare hukukunda biraz daha fazla yer edinmiştir. Bir idari işlem olan maden bölgesi kararının sonucunda ruhsatlı sahalardaki rödövans sözleşmeleri bu işlemin sonucu olarak ortadan kalkmaktadır. İdari sözleşmelerde idarenin sözleşmeyi sona erdirmeye konusundaki sözleşmenin karşı tarafına göre ayrıcalıklı olan bu yetkisi, birden fazla ruhsatlı alanın maden bölgesi olarak ilan edilmesi ile ruhsatlar üzerinde kurulan ve sicile tescil edilmiş rödövans sözleşmeleri açısından derhal sonuç doğurur. Ancak, belirtilen durumda rdvansszleşmesinin sona ermesi, idari sözleşmeyi sona erdirmeye gibi idareye verilen doğrudan bir yetkiden ziyade, başka bir idari işlem için verilen yetkinin gereği tesis edilen bir idari işlemin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Maden ruhsat birleştirmelerinde, iptal edilen rödövans sözleşmesi nedeniyle rdvansının yatırım giderlerinin ne şekilde ödeneceği konusundaki belirsizlik, Maden Yönetmeliğinde ve Maden Bölgelerine Ruhsatların Taşınmasına İlişkin Yönetmelik ile önemli giderilmiştir. Maden bölgesi kurulması ile rdvansının yatırım giderlerinin, Maden İdaresi veya lehine karar verilen yatırımcı kuruluş tarafından rdvansıya ödenmesi esası getirilmiştir. Bu işlemler, rdvansı ile ruhsat sahibi arasında kurulan rödövans sözleşmesine verilen iznin de ötesinde, maden hukuku kapsamında rdvansı hakkında idare hukuku çerçevesinde tesis edilen işlemlerdir. Rdvansının Maden Kanunu kapsamında maden idaresini, rödövans sözleşmesinin idari bir tasarrufla iptali nedeniyle idari uyuşmazlık yönüyle hasım alması mümkündür. Birleşme iradeli sözleşmelerde Danıştay imtiyaz hakkını alan özel hukuk kişisi ile üretim sözleşmesi düzenleyen özel hukuk kişilerinin EPDK'ya karşı dava açma hakkının bulunduğunu kabul etmektedir⁵². Aynı hususun rödövans sözleşmesini iptal eden idareye karşı açılan davalar açısından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Yeni Maden Yönetmeliği'nin 101. maddesinde rödövans sözleşmesinin maddi şartları kısmen de olsa düzenlemeye konu edilmiştir. Ruhsat sahibi ile cnc kişiler arasında yapılacak rödövans sözleşmeleri Kanunda da belirtildiği üzere Bakanlığın iznine tabi tutulmuştur. Sözleşmeye geçerlilik kazandıran, idareye verilen iznin şartları somut olmaktan ziyade maden hukukunun genel kurallarından oluşmaktadır. Ayrıca ruhsatlı sahanın işletilmesi için kurulan rödövans sözleşmelerinin devri ve intikalinde idarenin iradesi maden siciline

2001, ISBN 975-395-416-6, s. 252, (http://www.maden.org.tr/resimler/ekler/afd8346a677af9d_ek.pdf) Erişim Tarihi:10.04.2018

⁵² Danıştay 13. Dairesi, 06.04.2011 tarih ve E:2008/2695, K: 2011/1368 sayılı Kararı (Yayımlanmamıştır).

bilgilendirme ile sınırlı tutulmuş, maden siciline şerh verilmesi ise zorunlu kılınmıştır.

Yönetmeliğin belirtilen maddesinde, bir ruhsat sahasında rödövens talebinin olması durumunda, talep edilen alanın madencilik faaliyeti yapılabilecek büyüklükte olup olmadığı ve işletme faaliyetlerinin birbirini olumsuz etkileyip etkilemediğinin verilecek izin için esas alınacağı belirtilmiştir. Hüküm fıkrasına bakıldığında, idarenin sözleşme üzerindeki asıl iradesinin sözleşmenin kuruluş aşamasına ilişkin olduğu görülmektedir. İdarenin değerlendirme yetkisinin görüş niteliğinin ötesinde uygun bulma, reddetme, değiştirme gibi bir işlem olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle idarenin bu iradesinin de bir taraf işlemi olarak görülmesi gerekir. İdarenin bu değerlendirme, uygun bulma veya uygun bulmama işlemi ile sözleşme doğrudan kurulmuş olmayacak, sadece geçerliliğine ilişkin karar verilmiş olacaktır. Ayrıca idarenin bu değerlendirmesi ve sözleşme şartlarını uygun göreceğini belirttiği irade açıklaması, tarafların iradesinden farklı olduğu takdirde, sözleşme taraflarının yeni bir irade açıklamasına ihtiyaç duyulacağı açıktır. İdarenin sözleşmeye katılan iradesi, diğer iradelerle birleştiği takdirde, ancak madencilik konusunda geçerli bir rödövens sözleşmesi doğacaktır. Sözleşmenin geçerlilik unsuru olan izin ile idare sözleşmenin tarafı olacaktır. Ancak bu taraf sıfatı, idarenin rödövensçiye karşı özel hukuk anlamında bir taraf olduğunu göstermez.

Maden iradesinin sözleşmeye taraf olmaması hükmü, idarenin, ruhsat sahibi ile rödövensçi arasındaki özel hukuk hükümlerinin sonuçlarından ve İş Kanunu'ndan kaynaklı sorumluluktan sorumlu tutulmama şeklinde anlaşılmaktadır. Zira maden bölgesi kurma girişiminin süresinde tamamlanmaması halinde, rödövens sözleşmesi geçersiz hale gelecek, bunun sonucu olarak da rödövensçinin yaptığı yatırım giderleri, idarece rödövensçiye ödenecektir. Sözleşmenin ürün kirası sözleşmesi karakteri gösteren kısmına taraf olmayan idarenin Maden Yönetmeliğinin ilgili hükmü gereğince sözleşmenin kamusal karakterine ilişkin kısım yönüyle bir taraf sıfatı bulunduğu yatırım gideri ödemesi yönüyle belirgin hale gelmektedir.

Öte yandan, Maden Yönetmeliğindeki rödövens sözleşmesine ilişkin devir ve intikallerin idareye bildirileceği de kural altına alınmıştır. Bilgilendirme yükümlülüğü, özellikle mali yeterlilik ve diğer ehliyet şartları açısından önem taşımakta ve idarenin sözleşmeye müdahale etme açısından bir yetkisi olduğunu göstermektedir. Diğer bir deyişle, bilgilendirmenin bir gereği olarak idarenin ruhsat sahası üzerindeki denetim ve gözetim yetkisinin rödövens sözleşmesi kuralları içinde de devam ettiğini göstermektedir.

İdarenin rödövensçi ile taraf ilişkisi kurabileceği diğer bir durum da, Maden Kanunu'nun 10. maddesine istinaden beyanda noksanlık ve hata olarak kabul edilen bildirim yükümlülüğünün ihlaline ilişkindir. Yönetmeliğin 101/9. maddesi gereği, rödövens usulü ile faaliyet gösteren tüzel kişiler de dahil olmak üzere,

doğrudan/dolaylı ortaklık yapısı ve adres bilgilerinde yapılan değişiklikler bir ay içerisinde Genel Müdürlüğe bildirilmektedir. Hisse payı %10'un üzerinde olan bir şirket bulunması halinde bu tüzel kişiliğin de hisse payı bilgilerinin bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Maden Kanunu'nun 10. maddesinin dördüncü fıkrasında, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyene 2 aylık süre içinde bu hata ve noksanlığın giderilmesi, aksi takdirde verilecek olan 20.000.00 TL idari para cezası kesileceği ihtar edileceği kurala bağlanmıştır. Söz konusu bildirim yükümlülüğüne bakıldığında, özellikle ortaklık yapısına ilişkin bazı hususların ruhsat sahibi tarafından bilinmesi mümkün olmayacağından, yaptırımın muhatabı ve tarafının rödövanşçı olacağı açıktır. Kaldı ki beyanın bağlandığı hukuki sonuç olarak kabul edilen bildirim yükümlülüğünde, beyan iradesinin rödövanş sözleşmesi ile devri mümkün değildir, zira beyan kişi ile kaim bir doğruluk taahhüdü ve yükümlülüğüdür. Bu durumda, sözleşme gereği yapılan madencilik faaliyetinde sınırlı da olsa, maden idaresinin rödövanşçı üzerinde, taraf sıfatı doğuran gözetim ve denetim yetkisinin bulunduğu söylenebilir⁵³. Ancak rödövanş sözleşmesinin taraflar arasında iptal edilmesine ve feshine ilişkin işlemler yönüyle bu sözleşme üzerinde idarenin iradesi bulunmamaktadır.

Ereğli kömür havzalarında idarenin rödövanş yoluyla kömür çıkarma şeklindeki rödövanş sözleşmeleri dışındaki diğer rödövanş sözleşmeleri açısından Maden Yönetmeliğinde bir tip sözleşme kuralı bulunmamaktadır. Rödövanş sözleşmesinin bir idare işlemi ile sonlandırılması mümkün olsa da rödövanş sözleşmesi üzerindeki idari işlem etkisinin sözleşmenin kendisine yönelik olmadığı, sözleşmenin idari işlemle etkilenerek dolaylı olarak sona erdiği görülmektedir. Bu nedenle özel hukuktan ve maden hukukundan kaynaklı bu üçlü karma yapısı nedeniyle idarenin gerek bu sözleşmenin kuruluşu gerekse sözleşme içeriği hakkın aynı statüde bir sözleşme ile bir başka özel hukuk kişisine devrine ilişkin verilen izin işleminden dolayı rödövanşçı, idare ve ruhsat sahibi arasında bir idari sözleşme bulunduğunu kabul etmek kolay gözükmemektedir. Ancak, madencilik faaliyetinin doktrin kararlarının aksine, AYM ve Danıştay kararlarından da görüleceği üzere, bir kamu hizmeti olarak kabul edildiği de açıktır.

Rödövanş sözleşmesinin üçlü yapısının kamu hukukuyla ilgili kısmı yönünden bakıldığında, bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olarak bu sözleşmenin idarenin onayı, denetimi ve sözleşmeyi dolaylı sona erdirmeye gibi ayrıcalıklı yetkisi yönüyle de olsa bir idari sözleşme unsurunu taşıdığı görülmektedir. Ancak sözleşmenin maden hukukunu ilgilendirmeyen kısmı yönüyle ruhsat sahibi ile rödövanşçı arasında bir özel hukuk sözleşmesi unsuru barındırdığı da ortadadır.

⁵³ ÇiTİL(a), s.239

Yargı kararlarında ve doktrinde hakim görüş olarak rödövans sözleşmesinin ürün kirası sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmekle birlikte, sözleşmede işletme hakkını aşan hükümler bulunması halinde sözleşmenin niteliğinin önemli oranda değişeceği açıktır. Ruhsat sahasının tüm alet, edevat, mevcut galeriler ve taşınır araç gibi yatırım unsurları ile birlikte devrinde, ürün kirası sözleşmesi kabulünde duraksama bulunmamaktadır. Tüm bunların yanında rödövans sözleşmesi, işletme ruhsatı ve izinlerinin alındığı dönem sonrasına ait bir sözleşme olmasına rağmen, ruhsat sahasının henüz işletme izinleri alınmamış kısımlarının sonradan alınarak maden üretimine başlanması ve rödövans sözleşmesinin kapsamında bu kısımların da bulunması halinde, yeni yatırımlar da gerekeceği açıktır. Bununla beraber, tarafların TBK.m.19'da yer alan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde özgür iradeleri ile bu tip sözleşmesel ilişkiler kurarak, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri yaratabilmesi mümkündür. Bu sözleşmelere isimsiz sözleşme adının verilmesi, kanun koyucu tarafından bu sözleşmelere herhangi bir isim verilmemesinden kaynaklanmaktadır⁵⁴. Ruhsat sahibi ile rödövansçı arasında düzenlenen sözleşme, idare tarafından maddi ve şekli şartların belirlenmediği alanda ürün kirasını aşacak şekilde kurulacak bir sözleşmenin tasdik edilmesi halinde rödövans sözleşmesi bir isimsiz sözleşme olacaktır⁵⁵.

İdarenin vereceği izin borçlar hukuku kurallarından bağımsız idare hukukunun bir dalı olan maden hukuku kurallarına göre verilen bir izindir. Bu nedenle, rödövans sözleşmesine sadece ürün kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Rödövans sözleşmeleri öncelikli olarak Maden Kanunu'na ve Yönetmeliğine onda hüküm bulunmadığı takdirde Ticaret Kanunu hükümlerine, şayet bu hükümler de tam olarak konunun çözümlenmesine yetmiyorsa TBK'nın ürün kirası ile adi kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlere başvurulması yorumlanmalıdır⁵⁶.

Öte yandan, ürün kirası sözleşmesinde, adi kira sözleşmesinden farklı olarak kiracının kiralananı kullanma yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁷. Sözleşmenin tarafları arasındaki özel hukuk ilişkisi, sözleşmeye verilen kamu hukuku kaynaklı izin, yine izin sonrası devam eden gözetim ve denetim yetkisi, madencilik faaliyetini engelleyen taraf ilişkilerine de müdahaleyi zorunlu kılmaktadır. Sevk fişi bastırmak için idareye başvuru yapmaktan imtina eden ruhsat sahibi örneğinde olduğu gibi, bu ilişkinin tek başına ürün kirası sözleşmesi veya kiraya ilişkin kurallar içinde çözümlenmemesi gerekir. Doktrinde ise kiraya ilişkin sona erme sebepleri olarak TBK'nın genel sona

⁵⁴ UYUMAZ, GÜNGÖR, s.156.

⁵⁵ UYGUN, s.3

⁵⁶ Ömer GÜNAY, Maden Hukuku, Seçkin Yayıncılık 2. Bası, Ankara 2017, s.181.

⁵⁷ Cevdet YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, 2012 İstanbul s. 210-211

erme sebeplerinin uygulanacağı savunulmaktadır⁵⁸. Kiraya ilişkin sona erme sebeplerinin uygulanması halinde sadece haklı nedenle fesih, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile sözleşme sona erecektir. Temerrüt hükümlerinin ise ruhsat sahibi adına maden idaresine başvuru şeklinde yargı eliyle bir irade kaim etme fonksiyonu tartışmalıdır. Kamu hizmeti niteliği taşıdığı yargı kararlarıyla vurgulanan madencilik faaliyetini olumsuz etkilenmemesi adına, bu alanın maden idaresi ile rödövanşçı arasında bir taraf ilişkisi kurulduğunun kabulü ile çözümlenmesi mümkündür. Bu nedenle akçalı konular dışında sözleşmenin ruhsat sahibi ile rödövanşçı arasında madencilik faaliyetlerine yönelik idari işlem şeklinde bir idare müdahalesinin bulunduğunu kabul etmek, madencilik faaliyetinin taşıdığı üstün kamu yararıyla uyumsuz bir sonuç olmayacaktır. Bu durum da, ürün kirası sözleşmesinin rödövanş sözleşmesinin sadece, maden hukuku hükümleri dışında kıyasen uygulama alanı bulması gerektiğini ortaya koymaktadır.

G- Rödövanşçıda Bulunması Gereken Ehliyet Şartı

Medeni hukuk anlamında tam ehliyet ile maden ehliyetine ilişkin birlikte aranan şart, ruhsat sahibinin rödövanş sözleşmesi bakımından taraf ehliyetini oluşturur. Rödövanşçının maden ehliyetine sahip olma şartını ise taraf ehliyetinden ziyade ifaehliyetinin bir parçası olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır⁵⁹. Rödövanşçıda bulunan maden ehliyetinin ifa ehliyeti olarak görülmesinin bir sonucu olarak, rödövanş sözleşmesi ürün kirası olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Ancak, madencide bulunması gereken mali yeterlilik ruhsat hakkı açısından nasıl belirleyici ise, rödövanşçı açısından da sözleşmenin geçerliliği konusunda da belirleyicidir.

Ruhsat sahibiiilerödövanşçı arasında düzenlenen ve maden idaresi tarafından verilen izin işlemi ile geçerlik kazanan rödövanş sözleşmesinde, rödövanşçının ehliyetine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Rödövanşçıda bulunması gereken ehliyetin maden haklarına sahip kişilerde de bulunması gerektiği savunulmakla⁶¹ birlikte bu konuda gerek Maden Kanunu'nda gerekse Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinde herhangi bir hüküm yok idi.

Yeni Maden Yönetmeliği'n de bu konudaki belirsizlikler açık bir düzenleme ile bertaraf edilmiş ve konu açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmeliğin 101/5. fıkrasında, rödövanşçının Maden Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan maden haklarına sahip olma ehliyeti ile Yönetmelikte belirtilen mali yeterliliğe sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

⁵⁸ Mustafa TOPALOĞLU(b), s.51

⁵⁹ AMIKLIOĞLU(a), s.1277.

⁶⁰ AMIKLIOĞLU(a), s.1275.

⁶¹ ÇEVİKÇELİK, s. 71.

Damga Vergisi Kanunu'nun Ek-2. maddesi hükmüne ise döviz kazandırıcı faaliyetler kapsamında yabancı bir şirketin rödövens karşılığı kömür çıkarılması faaliyetleri, damga vergisinden müstesna edilerek, Türk kanunlarına göre kurulmayan yabancı firmaların rödövensçi olmasının yolu açılmıştır. Söz konusu genel kuralda, döviz kazandırıcı faaliyet için Türk Ticaret Kanunu'na göre tam mükellef bir şirket kurularak döviz kazandırıcı faaliyetler teşvik edilmiştir. Aynı maddenin 5-j bendinde; kamu kurum ve kuruluşlarınca uluslararası ihaleye çıkarılan maden havzalarından rödövens karşılığında maden çıkarımı ve işletmesiyle ilgili üretim faaliyetlerinin, damga vergisinden müstesna olacağına ilişkin tam ve dar mükellef ayırımı yapılmamıştır. İlgili hükümde, rödövens karşılığı kömür çıkarılmasına ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tam mükellef bir kurum niteliğine sahip şirket kurulması şartı getirilmediği görülmektedir. Yabancı kurum ve kuruluşlara verilen rödövens karşılığında kömür çıkarma sözleşmelerinin, bu yabancı kurum ve kuruluşların tüzel kişiliği için geçerli olacağı, yabancı gerçek bir kişinin ise Türkiye Taş kömürü Kurumu ile rödövens sözleşmesi imzalamasının ehliyet yönüyle mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Bu durumda anılan istisna hükmü dışında, maden haklarına sahip olmak için gerekli olan tüm ehliyet şartlarının rödövensçi için de aranması gerektiği açıktır.

III. RÖDÖVANSÇININ MALİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE KULLANACAĞI BELGELER

Rödövens sözleşmesinin kamu hukuku ve özel hukuk alanındaki yerinin tespit edilebilmesi için rödövensçinin, maden hukukundan kaynaklı mali yükümlülüğü, belge kayıt düzenine tabi sevk fişi kullanım hakkı ve şartları ile vergi mükellefiyeti bakımından doğurduğu etkilere de değinmek gerekir.

A- Rödövens Sözleşmesinde Devlet Hakkı Yükümlülüğü

Rödövens sözleşmesi, ruhsat sahibi ile rödövensçi arasında ürün kirası olarak kabul edildiği takdirde, bir kamusal mali yükümlülüğün mükellefinin sözleşme ile değiştiğini kabul etmek mümkün olmamaktadır. Kamu hukuku kuralları gereği, sözleşme içeriği ne olursa olsun devlet hakkının borçlusu ruhsat sahibi olacaktır. Bu nedenle cevher üretiminden kaynaklı bu mali yükümlülüklerin takibi açısından ruhsat sahibinin yetkilerinin de devam ettiğinin kabulü gerekir.

Sözleşme hükümlerine göre devlet hakkının rödövensçiye ait olacağına ilişkin şart, idare hukuku açısından doğrudan bir sonuç doğurmamaktadır. Ancak, bu şart özel hukuk hükümleri gereği ruhsat sahibi ile rödövensçi arasında hukuki sonuçlar doğurabilir. Devlet hakkının borçlusu olan ruhsat sahibi, bu mali yükümlülüğü sözleşme ile rödövensçiye devretmiş ve rödövensçi bu bedeli ödememişse, hasılat kirasının bağlandığı TBK'nın 362/2. maddesi hükümleri uygulanacaktır. Yüksek Mahkeme bu konuda verdiği bir kararında özetle; rödövens sözleşmelerinin hasılat kirası olduğu ve hasılat

kirasına ilişkin 362/2. maddesi gereği, ihtarnamede hasılat kiralarda en az 60 günlük ödeme süresi verilmesi gerekirken, hasılat kirasına konu olan dava konusu taşınmazın kira alacağı tahsili için gönderilen ihtarnamede ödeme süresi verilmediği ve bu haliyle davaya dayanak ihtarnamenin tahliyeye yönelik hukuki sonuç doğurmayacağına karar vermiştir⁶². Buradan çıkarılan sonuç, işletme hakkının devrinin vergi hukuku anlamında hakkı devredeninde elde ettiği ürün kirası nedeniyle vergi mükellefi olacağı, işletme hakkını devralanın ise bu hakkın işletilmesi nedeniyle madencilik faaliyetinden dolayı dikey anlamda ayrı bir vergi mükellefiyeti doğacağı, ancak Maden Kanunu anlamında devlet hakkı yükümlülüğünün ise tek bir mükellefiyet olarak ruhsat sahibi üzerinde devam edeceği şeklindedir.

Devlet hakkı yükümlülüğünün sözleşme ile rödövanşçıya ait bir borç olarak belirlenmesi halinde amme borcu anlamında bir borcun naklinden bahsetmek mümkün olmasa da TBK anlamında bir borç naklinden ve devrinden bahsedilebilir.

Öte yandan; Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü Rödövanş İhale ve Uygulama Yönetmeliğinin 35. maddesi hükümlerine dayanılarak devlet hakkı yükümlülüğünün istisnai olarak rödövanşçıya ait olduğuna ilişkin hüküm de amme borcuna ilişkin bir mükellefiyeti işaret etmemektedir⁶³. Yönetmelik hükmünde belirtilen aslında rödövanş sözleşmesinde özel hukuk hükümleri gereği bulunması gereken borcun nakline ilişkin hükümdür. Zaten maddenin “ı” bendine bakıldığında; devlet hakkı, belediye payı, vergi, resim, harçlar ve benzeri yükümlülükler ile rödövanş bedeline ait KDV ve diğer tüm yükümlülüklerin işletmeciyeye ait olduğu hükmü, sözleşmeye ilişkin genel düzenleyici işlem ile getirilen özel hukuk hükümlerini ihtiva eden bir şarttır. Bu sonucu destekleyen en önemli husus ise hüküm içeriğinde vergilerin de rödövanşçıya ait kılınmasıdır. Zira, yönetmelik ile mükellefiyet ve vergi yükümlülüğü ihdas edilmesi vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı olacaktır. Bu nedenle burada yer verilen hüküm, amme borcunun mükellefini değiştirmeden, özel hukuk hükümleri çerçevesinde ve sözleşme içi bir borç nakline ilişkin bir hüküm olarak anlaşılmaktadır.

⁶² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Başkanlığı, 05.12.2017 gün ve E:2017/6109, K:2017/17027 sayılı Karar (Yayımlanmamıştır)

⁶³ Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü Rödövanş İhale ve Uygulama Yönetmeliği, 10.12.2017 gün ve 30266 sayılı Resmi Gazete. Yönetmeliğin 35. maddesi «Sözleşmelerde Bulunması Gereken Hususlar» başlığını taşımakta olup, TKİ Kurumu ile imzalanacak sözleşmede bulunması gereken bu şart rödövanş sözleşmesinin tip sözleşmesi olduğuna ilişkin istisnai bir kural taşımaktadır. Bu kamusal yükümlülükleri rödövanşçının sözleşme çerçevesinde bir özel hukuk yükümlülüğü olarak üstlenmediği bir rödövanş sözleşmesi, sözleşme şartlarında bulunan esaslı bu esaslı eksiklik nedeniyle maden hukuku anlamında bir rödövanş sözleşmesi olarak doğmayacaktır.

Öte yandan, Maden Kanunu›unda açık bir hüküm olmadığı halde, Maden Yönetmeliği›nin 87. maddesinde istisnai olarak Ereğli Kömür Havzasında yer alan TKİ›ye ait kömür maden ruhsatların rödövens yoluyla işlettirilmesi durumunda, rödövensçi doğrudan, bu mali yükümlülüğün ödevlisi kılınmıştır⁶⁴. Bu nedenle, Ereğli Kömür havzalarında Türkiye Taşkömürü İşletmesine ait kömür madeni ruhsatlarını rödövens yoluyla işletenler, kanunilik ilkesine aykırı da olsa, artık bu borcun kamu hukuku anlamında borçlusudurlar. Bu kapsam dışındaki rödövensçilerin devlet hakkından sorumlu tutulmaları, ancak sözleşmeden kaynaklı olarak ruhsat sahibine karşı olan bir özel hukuk borcu olarak görülmelidir.

B- Rödövens Sözleşmesinde Buluculuk Bedeli Yükümlülüğü

Buluculuk hakkı da bir maden hakkı olması nedeniyle aynı haklarda bulunan eşya üzerinde doğan hak kısmı hariç, diğer şartları taşıması yönüyle, aynı haklara önemli oranda benzemektedir. Maden siciline tescil edilen bu hak, görünür rezerve sahip olduğu tespit edilen sahanın ruhsat sahibine, ruhsatın devredilmesi halinde yeni ruhsat sahiplerine karşı ileri sürülen bir haktr. Bu hakkın konusunu, üretilen cevherin yıllık ocak başı toplam satış tutarı oluşturmaktadır. Maden hukuku anlamındaki bu hakkın karşılığı Gelir Vergisi Kanunu anlamında bir gayrimenkul kira geliri olarak kabul edildiğinden, Maliye İdaresi tarafından bu şekilde vergilendirildiği görülmektedir⁶⁵.

Maden siciline tescil edilen bu hakkın, yıllık ocak başı bedelinin %1'i üzerinden ruhsat sahibine karşı alacaklılık hakkı doğurduğu ve buluculuk hakkı sahibi ile rödövensçi arasında bu bedelin ödeme yükümlülüğü yönünden bir taraf ilişkisi bulunmadığı açıktır.

Ruhsat sahibi ile rödövensçi arasındaki ürün kirası sözleşmesine ait hükümler nedeniyle buluculuk hakkının rödövensçi tarafından üstlenilmesi, rödövensçi ile ruhsat sahibi arasındaki bir ilişki olup, buluculuk hakkı sahibinin bu sözleşme şartlarından etkilenmesi mümkün değildir. Bu durumda da buluculuk hakkının sahibi, yıllık ocak başı satış bedeli üzerinden alacağı buluculuk bedelini dilerse rödövensçinin ödemesini kabul ederek, dilerse ruhsat sahibinden isteyerek tahsil eder.

Buluculuk hakkı, maden sicili ile korunan maden hukukundan kaynaklı bir hak olmakla birlikte, kira ilişkisinden doğan bir alacak olarak kabul edildiğinden, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dahil tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaların çözümü sulh hukuk mahkemesinin

⁶⁴ ÇİTİL(a), s.253

⁶⁵ Mehmet Özgür ÖZMEN, Türkiye'de Madencilik Sektöründe Vergi Uygulamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi s. 43. (yayınlanmamıştır)

görevine girmektedir⁶⁶. Ayrıca, bu alacağın ilamsız takip ve tahsil işlemleri de 6183 sayılı Yasa uyarınca değil, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir.

C- Rödövens Sözleşmesinde Sevk Fişinin Durumu

Rödövensçi ve sevk fişi ilişkisi, cevherin ruhsat sahibine ait kantarda tartılması ve kantar fişine bağlanması, sevk fişi için Genel Müdürlüğe yapılan başvurularda belirgin olarak ortaya çıkmaktadır.

Eski Maden Yönetmeliğinin 71. maddesine göre; ruhsat sahibi madenci, sevk fişini zimmet karşılığında Maden İşleri Genel Müdürlüğünden alarak rödövensçiye verdiğinden, ruhsat sahibinin sevk fişini ve diğer resmi belgeleri kendi adına alınması için rödövensçiye noterden vekalet vererek sorunun pratik yoldan çözümü önerilmekteydi⁶⁷.

Yeni Maden Yönetmeliği'nin 48/2. maddesinde, ruhsat sahasında rödövensçi veya hammadde üretim izin sahasında faaliyeti gerçekleştiren bulunması halinde, ruhsat sahibi ile bu kişilerin müştereken veya münferiden talebi üzerine sevk fişi verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, sevk fişi koçan numaralarının özel bir deftere kayıt edilerek takip edileceği ve rödövensçinin tek başına başvurusu halinde de sevk fişi bastırılabilirliği düzenlenmiştir. Hükmün değerlendirilmesinden; rödövensçinin tek başına yapacağı başvuru ile ruhsat sahibi adına veya kendi adına sevk fişi bastırılabilirliği şeklinde iki ayrı yorum ve sonuç çıkabilmektedir.

Yeni Yönetmeliğin konuya ilişkin düzenlemesinden, sevk fişinin rödövensçiadına da bastırılabilirliği sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu çıkarımı ise rödövens sözleşmesinin vergi mükellefiyeti ve işletme hakkının devrine ilişkin sonuçta aramak gerekir. Zira; sevk fişi Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen sevk irsaliyesinin hüküm ve sonuçlarını doğuran bir belgedir. Sevk fişi düzenlenmesi gereken ocaktan satış yapılan birincil sevkiyatlar ve altın, platin ve gümüş gibi tesiste işlendikten sonra ikincil sevkiyatlarda düzenlenen sevk fişleri sevk irsaliyesi yerine de geçeceğinden, sevk fişinin düzenlenmesi halinde ayrıca sevk irsaliyesi düzenlenme zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Bu durumda, ruhsat sahibi adına bastırılarak rödövensçiye verilmiş sevk fişinin rödövensçi tarafından düzenlenmesi sonucu, sevk irsaliyesinin hükümlerine aykırı olarak, başkasına ait belge ile sevk irsaliyesi düzenlendiği şeklinde vergi hukuku açısından usulsüz bir sevk irsaliyesi düzenlenme fiili ortaya çıkacaktır⁶⁸.

⁶⁶ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 24.06.2015 gün ve E:2015/1298, K:2015/6363 sayılı kararı. (Yayımlanmamıştır).

⁶⁷ TOPALOĞLU (c), s.251.

⁶⁸ CİTİL(a), s.251

Sevk fişinin ruhsat rödövensçiadına da düzenlenebileceğine ilişkin sonucu haklı kılan ikinci dayanak ise yine birinci sonuçla ilişkili olan işletme hakkının devrine ilişkindir. Rödövensçinin işletme hakkını devralması tamamen bir iç ortaklık ilişkisi olarak görülemez ve iç ilişkinin bir ürünü olarak ruhsat sahibinin üçüncü kişilere karşı hak ve sorumluluk sahibi olması düşünülemez. Vergi Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından bir iç ilişki olmayan ve tamamen bağımsız bir işletme olarak kabul edilen rödövensçinin, maden hukuku anlamında taraf olarak kabul edilmemesinin ticari işletmenin devredilmediği ve tamamen bir iç ortaklık sonucu olarak rödövens yöntemiyle maden üretim faaliyetinin yürütüldüğü şeklinde yorumlanması, hukuki anlamda mümkün görünmemektedir.

Maden hukuku anlamında maden idaresinin tarafı kabul edilmeyen rödövensçinin, ruhsat sahibi adına bastırılan sevk fişini kullanması, işletme hakkını devraldığı konusunda bir duraksama yaratmasa da, vergi hukuku anlamında belirli tereddütleri doğurmaktadır. Zira vergi mükellefi olmak için bağımsız vergi kişiliğine sahip olmak ve bunun için de gerek üçüncü kişilerle bağımsız ticari faaliyet yürütmek gerekse vergi dairesine karşı taraf olmak gerekmektedir.

Rödövensçinin maden idaresine karşı taraf kabul edilmemesi nedeniyle kendi adına bastırılan sevk fişlerini kullanamaması, diğer yandan ise vergi idaresine karşı taraf olması nedeniyle kendisi adına bastırılan sevk irsaliyesi hükmünde sevk fişini kullanması, rödövensçinin maden kişiliği ile vergi kişiliğinin en önemli çakışma alanlarından birini oluşturmaktadır. Bu çakışmanın yarattığı uyumsuzluğun yukarıda da belirttiğimiz gibi rödövensçinin kendi adına sevk fişi bastırılması hakkının bulunduğu kabulü ile aşılabilecektir. Ayrıca, bu talebin maden idaresi tarafından uygun görülmemesi halinde, aynı sevkiyat için hem ruhsat sahibine ait sevk fişinin düzenlenmesi hem de kendi adına anlaşmalı matbaaya bastırıldığı sevk irsaliyesini düzenlemesi gerekecektir. Kaldı ki, rödövens sözleşmesinin geçerli olduğu süre boyunca sevk fişlerinin bitmesi üzerine, yeni sevk fişlerine ihtiyaç duyulması, yeni işletme izinleri ve diğer izinlerin yapılması gerekliliği durumunda, ruhsat sahibinin sözleşmeyi feshe götürmek şeklindeki sözleşme yükümlülüğünü ihlal iradesi, madencilik faaliyetlerini önemli oranda aksatabilecektir.

Öte yandan; 173 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliğine göre, 3213 sayılı Maden Kanunu'na göre maden sevkiyatında düzenlenen maden sevk fişleri, alınan ürünün alıcı veya satıcı tarafından taşınıp taşınmadığına bakılmaksızın sevk irsaliyesi olarak kabul edilecek, satın aldığı malı kendi araçlarıyla veya bir nakliyeciy vasıtasıyla taşıttıran mükelleflerden ayrıca sevk irsaliyesi düzenlemesi de istenmeyecektir⁶⁹. Maliye idaresinin bu yaklaşımının sadece ruhsat sahibi

⁶⁹ ÖZMEN, s. 84

açısından kabul edilmesi gerektiğini kabul etmek güçtür. Zira, Tebliğ'de yer verilen husus Maden Kanunu anlamında bir sevk işlemini düzenlediğinden, sevk işlemini yapanın ruhsat sahibi veya rödövanşçı olmasına göre farklı bir hüküm kurma ve değerlendirme yapmak mümkün değildir.

SONUÇ

Rödövanş sözleşmeleri maden hukukunda ruhsatların dağıtımında ekonomik ve teknik koşulların göz ardı edilmesi ve maden sahalarının atıl kalmasının bir sonucu olarak, madencilik sektörüne girmiş ve kendini kabul ettirebilmiş bir sözleşme türüdür.

Rödövanşçının maden hukukunda taraf olarak kabul edilmemesi nedeniyle, mevzuatta bu sözleşmenin tam teşekküllü bir tanımının yapılmadığı, Yönetmelikte yapılan tanımın ise bu sözleşmenin maddi ve şekli şartlarına ilişkin yeterli bir hüküm taşımadığı görülmektedir. Bu nedenle rödövanş sözleşmesi, uygulamada ve yargı kararlarında TBK hükümlerine göre ürün kirası sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Rödövanşçının maden hukuku anlamında taraf olarak kabul edilmediği ve tüm sorumlulukların ruhsat sahibinde bulunduğuna ilişkin mevzuat ve uygulamaya ilişkin yönelim, bu sözleşmenin kuruluşu ve hüküm doğurmasına ilişkin getirilen izin müessesesi ve ürün kirası sözleşmesinin feshe ilişkin hükümlerinden bağımsız olarak maden bölgelerinin kurulması ile idare hukukundan kaynaklı olarak bu sözleşmelerinin iptali yolunu açmıştır. Bu durumun bir sonucu olarak rödövanş sözleşmesinin ruhsat sahibi ile rödövanşçı arasındaki ilişkiye ürün kirası sözleşmesi ilişkisi denilse bile, idarenin sözleşme üzerindeki etkisinden dolayı idare hukukundan kaynaklı ikinci bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu ve bu sözleşme ilişkilerinin bazı konularda birbirinden bağımsız, bazı konularda ise birbirine bağımlı sonuçlar doğurduğu anlaşılmaktadır. Rödövanş sözleşmesinin bu katmanlı yapısından dolayı, doğurduğu sonuçlar açısından idari sözleşme unsuru, bir açıdan ise ürün kirası sözleşmesi niteliği taşıyan birleşme iradeli sözleşme olarak adlandırılması mümkündür.

Kamu malı statüsünde olduğu için mülk gelirden kaynaklı bir mali yükümlülük olarak kabul edilen devlet hakkı yükümlülüğü, ruhsat sahibine ait bir yükümlülüktür. Devlet hakkının rödövanşçı tarafından ödeneceği şeklindeki sözleşme şartlarının amme alacağıнын yükümlüsünü değiştirmesi söz konusu olmamakla birlikte, özel hukuk anlamında borçlu sıfatı rödövanşçıya geçecektir. Rödövanş sözleşmesi genel anlamda şekil şartları önceden belirlenmiş bir tip sözleşme değildir; ancak Türkiye Taşkömürü İşletmelerine ait ruhsat sahalarında yapılacak rödövanş sözleşmelerinde ilgili Yönetmeliğin 35. maddesinde belirtilen şartlara uyulması zorunlu olduğu için bu kapsamdaki sözleşmelerin istisnai olarak tip sözleşme niteliğinde olduğu söylenebilir. Türkiye Taşkömürü İşletmelerine ait maden ruhsatlarında rödövanş sözleşmesi

gereğince devlet hakkının rödövensçiye ait olacağına ilişkin hüküm, sadece bir tip sözleşme şartı gereğince özel hukuk hükümlerine göre borcun temlikini taahhüt eden bir niteliğe sahiptir. Kamu hukuku anlamında devlet hakkının borçlusunu değişmeyeceğinden, rödövensçi tarafından bu yükümlülüğe ait borcun ödenmemesi halinde genel icra hukuku hükümlerinin uygulanması yerindedir. Ancak, Maden Yönetmeliğinde Ereğli Kömür Havzasındaki rödövens sözleşmeleri kapsamında kömür çıkararak rödövensçilerin devlet hakkının ödevicisi olduğuna ilişkin hüküm, bir kamu hukuku kuralı görülmemekte ve bu kapsamdaki devlet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar, adli yargı yerine idari yargı mahkemelerinde uyuşmazlık konusu edilmektedir.

Buluculuk hakkının borçlusunu her zaman ruhsat sahibi olacağından, sözleşme ile buluculuk bedellerinin rödövensçiye devredilmesi halinde buluculuk hakkı sahibinin ödemeyi kabul etmesi halinde, herhangi bir hukuki tartışma çıkmayabilir. Buluculuk bedeli ödemesinin gerçekleşmemesi durumunda ise, bu hakkın sahibi buluculuk alacağını, borcun asıl borçlusunu olan ruhsat sahibinden özel hukuk hükümlerine göre istemek zorundadır. Zira buluculuk bedeli, maden sicilinde korunan bir maden hakkı olmakla birlikte, sahibinin kamu kişisi olmaması ve kamu kişisi olduğunda bile, bu alacağın bir özel hukuk alacağı olmasından dolayı, takibinin özel hukuk hükümlerine göre yapılması gerekmektedir.

Maden hukukunda rödövensçinin mevzuatta açıkça belirtildiği üzere taraf sıfatına sahip olmaması nedeniyle, maden idaresinin de istikrar kazanmış uygulamasına göre rödövensçi adına sevk fişi bastırılmasına izin verilmemekte, rödövensçinin birlikte veya ruhsat sahibinden aldığı vekalet ile birlikte, ruhsat sahibi adına bastırılan sevk fişlerini kullandığı görülmektedir. Ancak; yeni Yönetmelik hükümlerinde belirtildiği üzere rödövensçinin müşterek veya tek başına sevk fişi bastırılması talebine imkan verilmesi nedeniyle rödövensçi adına da sevk fişi bastırılması mümkün görülmelidir. Zira rödövensçi tarafından maden çıkarılıp sevk işlemleri yapıldığında, bu sevkiyat maden hukukuna uygun olarak belgelendirildiği gibi, vergi hukukuna göre de bir belgeli sevkiyat olmalıdır. Vergi hukuku yönünden bakıldığında ise, bir mükellefin başka bir mükellefe ait belge ve defteri kullanması mümkün olmayacağından, rödövensçi, sevkiyatta ruhsat sahibine ait sevk fişini kullanmasının yanında VUK anlamında sevk irsaliyesi de kullanmak zorunda kalacaktır. Tek bir sevkiyat için iki ayrı belge düzenleme zorunluluğu, ancak rödövensçi adına da sevk fişi bastırılmasının kabul edilmesi ile aşılabılır.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat ve KAYA,Cemil, Türk İdare Hukuku. 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012

ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat ve Şirket Kirası (BK Mad. 270-298, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2009

AMIKLIOĞLU(a), Hüseyin, Rödovans Sözleşmesi ile İşletilen Bir Maden İşletmesinden Doğan Zararlardan Sorumluluk, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017.

AMIKLIOĞLU(b) Hüseyin, Rödovans Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016

AYANOĞLU, Taner, İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, İÜHFMC. LXV, S.I. 2007

ÇEVİKÇELİK, Muradiye, Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

ÇİTİL(a), Bünyamin, Maden Hukuku, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2018

ÇİTİL(b), Bünyamin, Uluslararası İhalelere Ait Damga Vergisi, Vergi Dünyası, S.439, Mart 2018.

ERDOĞAN(a), Kemal, Rödovans Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017

ERDOĞAN(b), Kemal, Maden Hakkını Devir Sözleşmesi İle Rödovans Sözleşmesi Arasındaki Ayırım, Ankara Hacı Bayram Veli Üniv.-Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXII, Y. 2018, Sa. 1

FİKRET(a), Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 11.Baskı, İstanbul, 2009

EREN(b), Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2014

GÜNAY, Ömer, Maden Hukuku, Seçkin Yayıncılık 2. Bası, Ankara 2017.

KOCA, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerine Göre Ürün Kirasının Sona Ermesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, Sa. 4.

SEZGİNER, Murat, İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli 'Birleşme' Sözleşmeler), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa 1-2.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/2, Kira ve Ödünç Verme Sözleşmeleri, 4. Baskı, İstanbul, 2008

TOPALOĞLU(a) Mustafa), Rödövans Sözleşmelerinin Şekli ve Tescili, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, 3-4 Ekim Ekim 2015, Afyon 2016.

TOPALOĞLU(b), Mustafa, Maden Hukuku, Karahan Kitabevi, 1. Baskı, Adana, 2011

TOPALOĞLU(c) Mustafa, Rödövans Sözleşmesi; Hukuksal Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Türkiye 17 Uluslararası Madencilik Kongresi ve Sergisi-TUMAKS 2001, © 2001, ISBN 975-395-416-6.

UYGUN Rahmi, Maden İşletmelerinde Ödenen Rödövans Bedellerinin Muhasebe Sistemi İçinde İzlenmesi.

UYUMAZ Alper, GÜNGÖR Fatma, Rödövans Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S.4.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Beta yayınevi, 10. Baskı, İstanbul, 2012

YENİSEY, K. Doğan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2007

ZEVKLİLER, Aydın ve GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 15. Baskı, Ankara, 2015

Danıştay 10. Dairesi, 29.04.1993 gün ve E:1991/1, K:1993/1752 sayılı Karar. (Danıştay Dergisi, Sayı 88)

Danıştay 8. Dairesi, 08.10.2018 gün ve E:2018/3037, K:2018/5372 sayılı karar(Yayımlanmamıştır)

Danıştay 8. Dairesi, 02.12.2014 gün ve E:2014/6656, K:2014/9520 sayılı karar (Yayımlanmamıştır)

Danıştay 13. Dairesi, 06.04.2011 tarih ve E:2008/2695, K: 2011/1368 sayılı Karar (Yayımlanmamıştır).

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 20.02.2007 gün ve E:2007/111, K:2007/1552 sayılı Karar (Yayımlanmamıştır).

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Başkanlığı, 05.12.2017 gün ve E:2017/6109, K:2017/17027 sayılı Karar (Yayımlanmamıştır).

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 24.06.2015 gün ve E:2015/1298, K:2015/6363 sayılı Karar (Yayımlanmamıştır).

Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü Rödövans İhale ve Uygulama Yönetmeliği,10.12.2017 gün ve 30266 sayılı Resmi Gazete.

Maden Yönetmeliği, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/09/20170921-1>

ANONİM ŞİRKETLERDE İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN İŞLEYİŞİ

Functioning of Special Committee of Preferred Shareholders at Corporations

Serkan TURGUT*

Geliş Tarihi: 17.01.2019 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, anonim şirketlerde yaygın olarak kullanılan imtiyazlı payların sağladığı hakları ihlâl eden genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına karşı, ilgili karar hakkında olumlu veya olumsuz bir karar veren ve bu kararların uygulanmasının önüne geçebilen kararların alındığı istisnai bir şirket organıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun çalışma usulüne ilişkin oldukça ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Ancak yine de hakkında hüküm bulunmayan konular vardır. Bu boşlukların, anonim şirket genel kuruluna dair hükümlerle doldurulacağı doktrinde ve uygulamada genel olarak kabul görmektedir.

Özel kurulun işleyişinin ele alındığı çalışmada, “pay”, “imtiyaz” ve “imtiyazlı pay” kavramları açıklanarak kavramsal altyapı oluşturulmuş, daha sonra imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun hukuki niteliği irdelenmiştir. Özel kurulun işleyişi incelenirken, kurulun toplanma nedenleri, toplantıya çağrının özellikleri, toplanma süresi ve yetersayı belirlenmiş, elektronik ortamda toplantıdan söz edilmiştir. Kurulun iradesini yansıttığı toplantıya katılacak kişiler, karar yetersayı, Bakanlık temsilcisi bulundurulması gereken toplantılar ve karar alma usulüne ilişkin bilgiler verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirketler -İmtiyaz -İmtiyazlı pay -İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu -Özel kurul.

ABSTRACT

The special committee of preferred shareholders is an entity that protects the rights of preferred shareholders, which are commonly issued by corporations. The special committee of preferred shareholders' working procedure is heavily regulated by TTK's ruling of 6102. Nevertheless, there are unregulated matters. The literature and practice suggest that these unregulated matters tend to be regulated by general board of corporation. The official committee of preferred shareholders oversees the decisions of corporate boards and has an authority to veto a decision in case the decision violates the rights of the preferred shareholders.

This study explains the notions of preferred shares and focuses on the functioning and legal standing of the special committee. In particular, motives behind the committee meetings, the characteristics of the meetings, and the quorum, as well as the characteristics of the meetings that are held remotely are discussed. The composition of the committee, the quorum of decision makers, the cases in which a representative of the Ministry must be present, and the decision making process at the special committee meetings are examined.

Keywords: Corporations -Preferred stocks -Preferred shares -The special committee of preferred shareholders -Special committee-on, full fledged taxpayer.

* Diyarbakır İdare Mahkemesi Üyesi, e-posta:serkanturgut@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1323-6691

I. GİRİŞ

İmtiyazlı paylar, genelde payları gruplara ayrılmış ve her zaman daha fazla yatırımcı (ortak) çekmeyi amaçlayan yapısıyla anonim şirketlerde çok önemli bir yere sahiptir. Çünkü anonim şirketler, her ne kadar başlangıçta az sayıda kişiyle (hatta yalnızca bir kişi tarafından) ve sınırlı sermaye ile kurulabilse de, genellikle süreç içerisinde iş hacmini büyütmek ve yeni yatırımlar yapabilmek için sermayeye ihtiyaç duymaktadır. Sermayeye duyulan ihtiyacın karşılanması ise şirketin pay yapısının buna uygun olarak düzenlenmesini gerektirir. Bazı paylar kâr payında avantajlı kılınabilirken, bazı paylar ise yönetimde temsiliyet veya oy hakkında diğer pay gruplarına nazaran birtakım üstünlükleri haiz olabilmektedir. Bu gibi imtiyazlar sayesinde, bir yandan şirketin kurucuları yönetimdeki gücünü kaybetmeyebilirken, bir yandan da şirket paylarını satın alarak ortak olmak (yatırım yapmak) isteyen üçüncü kişiler için motivasyon sağlanabilmektedir.

İmtiyazlı payların sahiplerine sağladığı avantajların korunması için, imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini ihlâl eden genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının uygulanabilirliği konusunda karar almak üzere özel bir kurul toplanmaktadır. 6762 sayılı Kanun döneminde oldukça sınırlı olarak ele alınan ve çoğunlukla genel kurul hükümlerine tabi kılınan imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna yeni Türk Ticaret Kanunu hazırlanırken gerekli önem verilmiş ve çalışma usulü hakkında daha detaylı ve doktrindeki soru işaretlerinin büyük kısmını gideren özel hükümler kaleme alınmıştır.

Bu çalışmada, öncelikle “imtiyazlı pay” kavramı olgunlaştırılmış, sonra imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlâl edildiği durumlarda toplanması gereken “özel kurul”un niteliği konusunda açıklamalar yapılmıştır. Daha sonra, çalışmanın asıl konusu olan özel kurulun çalışma sistemini ortaya koymak üzere, toplanma ve karar alma aşamaları ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

II. KAVRAMLAR VE HUKUKİ NİTELİK

A. “Pay”, “İmtiyaz” ve “İmtiyazlı Pay” Kavramları

Pay, anonim şirketin temel yapı taşıdır. Gerçekten anonim şirketlerin “anonim”liğinin kaynağı, şirket sermayesinin belirli sayıda paya ve pay gruplarına ayrılması, şirketin iş ve işlemlerinden yalnızca bu paylara sahiplik nedeniyle hak sahibi olunması ve borç altına girilmesidir. “Esas sermayenin bir parçası” olarak pay, esas sermayenin veya çıkarılmış sermayenin bölündüğü belirli sayıda birim değerlerden birini ifade eder¹. Bu anlamda pay, esas sermayenin bölünmesinden sonra elde edilen, belirli bir itibari değeri haiz parçasıdır². “Pay sahipliği mevki” olarak pay, katı bir sermaye şirketi olan

¹ TEKİNALP, Ünal/POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, s.545.

² KARAHAN, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Ankara 1991, s.3.

anonim şirkette, payın sahiplerinin ikinci planda olduğu, esas olarak kendine bağlı olan tüm hak ve yükümlülükleri içine alan anlamıyla bir statüdür³. “Hakların ve borçların kaynağı” olarak pay, anonim şirkette sahip olunan pay ve yapılan yatırım oranında sahip olunan hakların ve borçların kaynağı anlamına gelir⁴.

Anonim şirketlerde ortaklık nedeniyle yüklenilen borç olarak yalnızca taahhüt edilen sermayenin ödenmesi söz konusudur. Ancak pay sahibi olunması nedeniyle elde edilen haklar çok çeşitlidir. İşte “imtiyazlı pay” ve “imtiyazlı pay sahipliği” kavramları, elde edilen haklarda diğer paylara nazaran bazı avantajlar elde edilmesi nedeniyle ortaya çıkmıştır.

“İmtiyaz” kelimesi Arapça kökenli bir kelimedir. Lügatta “başkalarından ayrılma, farklı olma, ayrıcalık” olarak tanımlanmaktadır⁵. Diğer paylara nazaran belirli avantajlara sahip payları ifade etmek için Türk Şirketler Hukuku yazınında farklı ifadeler kullanılmış olsa da⁶, sonuç olarak hem 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (“TTK”), hem de doktrinde üstün hakları ihtiva eden paylar için “imtiyazlı paylar” terimi tercih edilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda “imtiyaz”, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemen yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmıştır (TTK m.478). Bu tanımdan çıkarılacak sonuç, anonim şirkette paylar, ya adi paya nazaran üstün haklar tanınarak, ya da kanunda yer almayan hak veya hakların tanınması ile imtiyazlı hâle getirilebilirler.

Madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi, hükümde belirtilen “üstün” kelimesi, bir veya birkaç haktan, diğer payların sahiplerine nazaran daha fazla yararlanma imkânını ifade eder, yoksa pay grupları arasında hiyerarşik bir ilişkiye işaret etmez.

Bununla birlikte, paylarda imtiyaz ile ilgili olarak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde bazı yazarlarca savunulan “kanuna nazaran üstünlük” yaklaşımının, yeni Kanun ile birlikte geçerliliğini yitirdiğini belirtmek gerekir. Zira üstünlük yalnızca kanunda sınırları çizilen “adi” paylara bağlı değildir. Çünkü şirketin tüm paylarında kanunda belirtilenden fazla birtakım hakların sağlanması halinde, paylar arasında herhangi birinin imtiyazlı olduğundan bahsedilemez. Ancak şirketin pay veya pay grupları arasındaki dengenin çeşitli haklar bakımından bozulduğu ve eşitliğin ortadan kalktığı durumlarda

³ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara 2014, s.1270.

⁴ UYSAL, Esra, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul 2016, s.10.

⁵ DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat (33. bs.), Aydın Kitabevi, Ankara 2017, s.500.

⁶ Terminolojik açıdan “özel kategori pay”ın, “imtiyaz” kelimesine nazaran daha bütünüyle ve doğru olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. GÜNEL, Onur Kerem, Özel Kategori Paylar, Ankara 1997, s.2.; İMREGÜN, Oğuz, “Anonim Ortaklıkta Özel Kategori ‘İmtiyazlı’ Paylar Kurulları”, Prof.Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.186.

imtiyazdan bahsedilebilir⁷.

Sonuç olarak imtiyazlı pay, Kanunda sınırları çizilen adi payların bulunduğu bir anonim şirkette yalnızca bu (adi) paylara göre avantajlı kılınan bir pay grubu ile ortaya çıkabileceği gibi, birden fazla ve farklı özellikteki pay gruplarının bulunduğu bir anonim şirkette, bir grubun diğer pay gruplarına kıyasen belirli konularda ayrıcalıklı hale getirilmesi halinde de ortaya çıkabilmektedir.

B. “İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu” Kavramı ve Kurulun Hukuki Niteliği

İmtiyazlı pay sahiplerinin oluşturacağı kurul, 6762 sayılı önceki Kanun döneminde “imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu” olarak isimlendirilmiş, bu husus çeşitli eleştirilere konu olmuştu⁸. Kanun koyucu, yeni Kanunu hazırlarken bu eleştirileri dikkate almış olacak ki, kurulun adını “imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu” olarak belirlemiş, çalışma esasları ile toplanma ve karar alma koşullarını ayrıntılı bir şekilde hükme bağlamıştır.

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun hukuki niteliği ile ilgili hem önceki Kanun döneminde, hem de yeni Kanun döneminde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. 6762 sayılı Kanun döneminde ağırlıklı görüş⁹, imtiyazlı pay sahipleri kurulunun, paylardan bir kısmı ile ilgili esas sözleşmede imtiyaz öngörülmesi nedeniyle oluşan bir iç organ niteliğinde olduğudur. Aynı nedenlerle, imtiyazlı pay sahipleri kurulu genel kurula benzetilmek suretiyle, imtiyazlı pay sahipleri kurulu bakımından özel hüküm bulunmayan hallerde genel kurula ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabileceği düşüncesi hakimdi. Yeni Kanun döneminde ise, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun anonim şirketin bir organı sayılmayacağı ve bu nedenle genel kurul niteliğinde olmadığı ileri sürülmüştür¹⁰.

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun, genel kuruldan bağımsız bir kurul olup olmadığı bir diğer tartışma konusudur. Bağımsız olduğunu savunanlar¹¹, özellikle imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararlarına karşı dava açılabilmesinin hükme bağlanmasının buna işaret ettiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık, önceki Kanun döneminde, imtiyazlı pay sahipleri kurulu kararının yalnızca genel kurul kararını onama ya da onamayı reddetme kapsamında olduğu ve bu nedenle genel kurul kararının bir parçası olduğundan ayrı bir karar olarak

⁷ UYSAL, s.26.

⁸ MOROĞLU, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması”, Makaleler I, İstanbul 2001, s.219; YASAMAN, Hamdi, “Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulunun Onayı”, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku (Makaleler-Mütalaalar-Bilirkişi Raporları), İstanbul 2005, s.96.

⁹ AKAD, Gül, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul 2013, s.28; KARAHAN, s.142; PULAŞLI, s.1325-1326.

¹⁰ TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s.122.

¹¹ MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2014, s.17 ve 202vd.

değerlendirilerek iptal edilebilmesinin mümkün olmadığı savunulmaktaydı¹².

Kanaatimce, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, yeni Kanundaki düzenlemeler de dikkate alındığında, anonim şirket paylarından bir kısmına veya belirli bir gruba imtiyaz tanınması halinde, Kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkan bir kurul olduğundan, istisnai bir iç organ niteliğindedir. Genel kurul benzeri bir kurul olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Zira genel kurul, anonim şirketin olmazsa olmaz karar organı iken, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, yalnızca imtiyazlı payların varlığı halinde ortaya çıkan ve genel kurul kararını kendi menfaatleri bakımından değerlendirerek uygulanması sonucunu doğuran olumlu bir karara veya uygulanmasının önüne geçen olumsuz bir karara varılan özel bir organdır.

Bununla birlikte, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun bağımsız bir kurul niteliğinde olduğu şüphe götürmemektedir. Özel kurulun iradesi, şirketin bütününün (ya da çoğunluğunun) iradesini yansıtan genel kurulun iradesinden farklı olabilmektedir. Bu nedenle genel kurula veya yönetim kuruluna bağlı/ bağımlı olduğundan bahsedilemez. Her ne kadar toplanması bir başka kurulun kararına bağlı olsa da, hem toplantıya katılan kişilerin niteliği, hem de sonuçta ortaya konan iradenin özgünlüğü dolayısıyla bağımsız bir organ olduğu ortadadır.

Bu durumda imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, yalnızca aynı türden imtiyazlı pay sahiplerinin bir araya gelmesiyle oluşan, kendi haklarını korumak bakımından genel kurul (veya kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu) kararı hakkında irade beyan eden, bu kararların uygulanmasının önünü açan veya engel olan bağımsız ve istisnai bir organ/kurul niteliğindedir.

III. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN TOPLANMASI

A. Toplanma Nedenleri

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması için iki temel şartın bir arada bulunması gerekir. Birincisi, imtiyazlı pay veya payların varlığı ile bu paylar dolayısıyla imtiyazlı pay sahiplerinin sahip olduğu haklarının ihlâl edilmesi, ikincisi ise özel kurulun onayına tabi bir kararın alınmış olmasıdır.

1. İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Haklarının İhlâl Edilmesi

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmasının temel şartı, doğal olarak imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlâl edilmesidir. Bu durum TTK m.454'de, genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine ve kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılması için yönetim kuruluna yetki verilmesine dair kararları ile yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararlarının, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl eden nitelikte olduğunun yönetim

¹² İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s.346-347.

kurulu tarafından tespit edilmesi halinde özel kurulun toplantıya çağrılacağı şeklinde belirtilmiştir.

Hükümde, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlâl edilip edilmediği ile ilgili ilk değerlendirmeyi yönetim kurulunun yapması kararlaştırılmıştır. Ancak yönetim kurulu tarafından imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantıya çağrılmazsa, çağrının yapılması hakkı mahkeme aracılığıyla imtiyazlı pay sahiplerine tanınmıştır. Doktrinde bir görüş, yönetim kurulunun özel kurulu toplantıya çağırmasının zorunlu tutulmamasını eleştirmiş ve bunun bir eksiklik olduğunu dile getirmiştir¹³. Gerçekten yönetim kurulunun, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını bizzat kendileri kadar gözetmesinin beklenmesi mümkün olmadığından, yönetim kurulunun ön değerlendirmesine ihtiyaç olmaksızın, genel kurul kararından sonra imtiyazlı pay sahiplerine doğrudan toplanma imkânı verilmesi daha doğru olabilirdi. Bununla birlikte bu durum, imtiyazlı payların bulunduğu anonim şirketlerde genel kurulun neredeyse tüm esas sözleşme değişikliği kararlarının uygulanabilmesinin imtiyazlı pay sahipleri kurul veya kurullarınca onanması gerekliliğini ortaya çıkaracağından, doğası gereği hızlı işleyen ticari hayat bakımından handicap niteliğinde olabilirdi.

İmtiyazlı payların sağladığı hakların ihlâl edilip edilmediği noktasında dikkat edilecek konu, pay veya pay grupları arasındaki menfaat dengesinin imtiyazlı pay sahiplerinin aleyhine değişip değişmediğidir¹⁴. Örneğin, yönetimde temsil edilme hakkında imtiyazlı payların bulunduğu bir anonim şirkette, genel kurul tarafından nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine yönetimde temsil edilme hakkında imtiyaz tanınması, her zaman mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl etmeyecektir. Zira yönetim kurulunda temsiliyet imkânını oransal olarak kaybetmedikten sonra, başka pay veya pay sahibi gruplarına yönetimde temsil edilme hakkında ayrıcalık tanınması, mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin toplanmasını gerektirmeyecektir. Konuyu somutlaştırmak gerekirse, bir anonim şirkette A, B ve C grubu paylar ve dokuz kişiden oluşan yönetim kurulu bulunmaktadır. A grubu paylar, yönetimde temsil edilme hakkı bakımından, yönetim kuruluna beş aday önerme, dolayısıyla beş yönetim kurulu üyesini belirleme imkânına sahiptir. Daha sonra şirket genel kurulu, esas sözleşmeyi değiştirmek suretiyle, C grubu paylara yönetim kuruluna iki aday önerme hakkı tanıyarak (B grubu paylara nazaran) imtiyazlı hâle getirirse dahi, yönetim kurulu üye sayısı değişmediğinden, A grubu pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil edilme hakkı açısından menfaatinin olumsuz etkilendiği söylenemeyecektir. Bu nedenle genel

¹³ MOROĞLU, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler (Değerlendirme ve Öneriler), İstanbul 2016, s.257.

¹⁴ UYSAL, s.185.

kurulun bu değişikliği, imtiyazlı A grubu paylara sahip kişilerin toplanmasını gerekli kılmayacaktır.

2. Kurulun Onayına Tabi Bir Kararın Olması

TTK m. 454 ile getirilen sistem bakımından, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması için, genel kurulun, esas sözleşmeyi değiştirme veya sermayenin artırılması konusunda yönetim kuruluna yetki verme kararı alması ile yönetim kurulunun, sermayenin artırılmasına ilişkin karar alması gerekmektedir. Bunların dışındaki kararlar ile ilgili olarak, açıklanmakta olan imtiyazlı paylara ilişkin özel koruma sistemi devreye girmeyecek, ancak TTK m. 445 vd. maddelerindeki genel kurul kararlarının iptaline ilişkin genel hükümler gündeme gelebilecektir.

Esas sözleşme değişikliği gerektiren genel kurul kararları; esas sermayenin artırılması, esas sermayenin azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme, şirket tabiiyetinin değiştirilmesi, işletme konusunun değiştirilmesi, intifa senetleri çıkarılması, yeni imtiyazlı pay ihracı veya mevcut imtiyazların koşullarının değiştirilmesi (kısıtlanması/kaldırılması), şirketin süresinin uzatılması veya sona erdirilmesi, kayıtlı sermaye sisteminde genel kurulun sermaye artırımı konusunda yönetim kuruluna yetki vermesi kararı, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma veya mevcut imtiyazları kısıtlama yetkisi verilmesi şeklinde sayılabilir.

B. Toplantıya Çağrı

1. Çağrı Yapmaya Yetkili Olanlar

İmtiyazlı pay sahiplerini toplantıya çağırmaya yetkili olanlar; öncelikle organ olarak yönetim kurulu, yönetim kurulunun çağrı yapmaması durumunda ise imtiyazlı pay sahipleridir. Düzenlemeye göre, yönetim kurulu, en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde özel kurulu toplantıya çağırır (TTK m.454/2).

Yönetim kurulunun çağrı görevini yapması amacıyla verilen bir aylık sürenin başlangıcı için genel kurul kararının ilânı tarihinin belirlenmiş olmasının uygulamada birtakım sorunlara sebebiyet verebileceği ifade edilebilir. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ile güdülen amacın genel kurul kararları dolayısıyla imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçmek olduğu düşünöldüğünde, dikkatsizlik sonucu böyle bir düzenleme getirilmiş olabilir. Nitekim 28/11/2012 tarih ve 28481 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik’in (“Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği”) 7. maddesinin (c) bendine göre; yönetim kurulu, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl eden genel kurul kararı tarihinden itibaren en geç bir ay içinde

özel kurulu toplantıya çağırmalıdır. Kanaatimce de amaca uygun olan budur. Ancak normlar hiyerarşisi dikkate alındığında, yönetmelik ile kanuna aykırı ya da kanuna uygun olmayan düzenlemelerin getirilmesi mümkün olmadığından, bu çelişkinin kanun koyucu tarafından bir an evvel giderilmesi gerekmektedir.

Hükmün lafzından anlaşılmadığı için, özel kurulun toplantıya çağırılmasının zorunlu tutulmamış olması eleştirilmiş, buna benzer olarak bu çağırının yönetim kurulu bakımından bir “görev” olduğunun altı çizilmiştir¹⁵. Esasen, düzenlemedeki cümlenin sonunda kullanılan “çağırır” kelimesinin yönetim kuruluna açık bir görev verdiği ortadadır. Bu nedenle aksine bir hareket nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlara ilişkin sorumluluk yönetim kurulundadır¹⁶.

Yönetim kurulu, özel kurulu süresinde toplantıya çağırılmazsa, herhangi bir imtiyazlı pay sahibi, bir aylık sürenin bitiminden itibaren onbeş gün içinde özel kurulun toplantıya çağırılmasını şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir (TTK m.454/2). Maddeden anlaşıldığı kadarıyla, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırarak olan asliye ticaret mahkemesidir. Doktrinde bu durum eleştirilmiş, olması gerekenin özel kurulu toplantıya çağırma konusunda mahkemeden yetki alınması olduğu belirtilmiştir¹⁷. Bununla birlikte yine Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 7. fıkrasında, mahkeme tarafından yetkilendirilen imtiyazlı pay sahiplerinin özel kurulu toplantıya çağırabileceği belirtilerek konuya çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

2. Çağırının Şekli

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırma ile ilgili ne eski ne de yeni kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, doktrin ve uygulama tarafından, anonim şirketlerde genel kurula ilişkin düzenlemelerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸. Bu nedenle, genel kurulun toplantıya çağırılmasına ilişkin TTK m.414 hükmü, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu açısından da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, özel kurulu toplantıya çağrı, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanmalıdır. Yine bu maddeye göre, çağırının toplantı

¹⁵ MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.257.

¹⁶ Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, Mehmet Çelebi, “Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m.1534'ün Etkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXI, S.4 Ankara 2017.

¹⁷ MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.257.

¹⁸ ORUÇ, Murat, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıklarda İmtiyazların Korunması”, Batider, C.26, S.4, Ankara 2010, s.190.

tarihinden en az iki hafta önce yapılması gerekmektedir. Ayrıca pay defterinde yazılı pay sahipleri ile şirkete pay senedi veya pay sahipliğini bildirici belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine toplantı günü, gündem ve ilânın çıktığı veya çıkacağı gazeteler iadeli taahhütlü mektup ile bildirilmelidir.

Genel kurulun gündemine bağlı olarak, genel kurulun toplantıya çağırılması ile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplantıya çağırılmasının birlikte yapılması konusunda herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Genel kurul gündemine bakılarak, imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerine zarar verebilecek esas sözleşme değişikliği veya yönetim kuruluna yetki verilmesi kararları alınacağına anlaşılması mümkün olabilecektir.

3. Çağrının Kapsamı

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun niteliği gereği, toplantıya çağrı içerik olarak ya bir esas sözleşme değişikliğine, ya da bir sermaye artırımına kararına ilişkin olmalıdır.

Genel kurul gündemine ilişkin TTK m. 413 gereği, toplantı gündemini toplantıya çağrı yapan belirleyecektir. Ancak çağrının içeriğinin, her bir imtiyazlı pay sahibinin belli bir yer ve zamanda özel kurulun toplanacağını anlayabilmesine imkân verebilecek nitelikte olması ve ilânın toplantının hangi anonim şirketle ilgili olduğu, yeri, zamanı ile gündemine ilişkin açık bilgileri ihtiva etmesi gerekir.

C. Toplanma Zamanı ve Süresi

Özel kurulun, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl edici genel kurul veya yönetim kurulu kararının alındığı tarihten sonra, bu kararın tescilinden önce toplanması gerekir¹⁹. Sonuç olarak bu kararların uygulanabilir olup olmadığı ortaya çıkacağından, kararlara ilişkin uygulanma sürecini başlatan işlem olarak ifade edilebilecek “tescil”den önce imtiyazlı pay sahipleri bir araya gelmelidir.

Toplantıya çağrının öngörülen süreler (1 ay ve 15 gün) içinde yapılmaması veya mahkemeye başvurulmaması halinde, genel kurul kararının uygulanabilir hale geldiği kabul edilmelidir. Özel kurulun Kanunda belirtilen bu süreler içerisinde toplanmasının beklenilmesi zaruridir. Aksi halde genel kurul, dolayısıyla anonim şirket işleyemez duruma gelir. Nitekim doktrinde bu sürelerin düzenleyici süreler niteliğinde olduğu belirtilmiştir²⁰.

¹⁹ ALTAŞ, Soner, Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi (Genel Kurul). Ankara 2014, s.31.

²⁰ KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (İlk Tespitler), İstanbul 2012, s.304.

D. Toplantı Yeter Sayısı

Önceki Kanunla kıyaslandığında²¹, kanun koyucu yeni TTK m. 454/3 ile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmasında daha nitelikli bir çoğunluk (imtiyazlı payları temsil eden sermayenin %60'ının çoğunluğu) aramıştır. Bu çoğunluğun aranmasına gerekçe olarak, şirketin bütününün korunması ile sermayenin küçük bir kısmını temsil eden azınlık tarafından olumsuz karar alınmasının ve bu yolla genel kurul kararının uygulanmasının geciktirilmesinin önüne geçmek gösterilmiştir.

TTK m. 454/3'ün gerekçesinde “izleyen toplantılar”dan bahsedilmekte, ancak bu toplantılarda da aynı nisabın aranacağı ifade edilmektedir. %60'lık çoğunluğun sağlanamadığı durumlarda özel kurul hukuken etkili karar alamayacaktır ve Kanunda bu durumu hafifletici ikinci bir toplantı nisabı öngörülmemiştir. Bu durumda özel kurul kararı alınmamış sayılacak ve süre bitmeden belirtilen sermaye çoğunluğunun bulunduğu imtiyazlı pay sahipleri ile toplanmasının sağlanması gerekecektir²². Sonuç olarak, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunması amacıyla getirilen düzenlemeler, aranan bu yüksek çoğunluk ile kendi kendini etkisizleştirme tehlikesiyle karşı karşıya bırakılmıştır.

E. Elektronik Ortamda Toplantı

Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu da bir genel kurul toplantısı türü olarak ele alındığından ve yukarıda belirtildiği gibi doktrin ve uygulamadaki genel eğilim de bu yönde olduğundan, elektronik ortamda kurullara ilişkin TTK'nın 1527. maddesinin 5. fıkrası, özel kurul için de uygulanma imkânı bulacaktır.

TTK'da özel kurul ile ilgili fiziksel olarak toplanma zorunluluğu getirilmediğinden, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun da Elektronik Genel Kurul Yönetmeliğine uygun olarak toplanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Önemli olan, genel kurul kararına ilişkin olarak kendi özel menfaatleri bakımından imtiyazlı pay sahiplerinin iradesinin ortaya konulmasıdır.

IV. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN KARAR ALMASI

A. Toplantıya Katılacak Kişiler

TTK m.454/1 hükmü; genel kurulda alınan esas sözleşmenin değiştirilmesi ve yönetim kurulunun sermayenin artırılması konusunda yetkilendirilmesi

²¹ 6762 sayılı Kanun döneminde toplantı ve karar yetersayılarının özel olarak düzenlenmesi gerektiği görüşü için bkz. KENDİGELEN, Abuzer, “Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri”, Makalelerim Cilt II : 2001-2006, İstanbul 2006, s.191.

²² ALTAŞ, s.164.

kararları ile yönetim kurulu tarafından alınan sermayenin artırılması kararları dolayısıyla oluşacak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun, menfaatleri ihlâl edilen imtiyazlı pay sahipleri ile belirli bir grup oluşturan imtiyazlı pay sahiplerinden oluşacağını ifade etmektedir.

Her pay grubu veya farklı türden imtiyazlara sahip payların sahipleri, alınan genel kurul veya yönetim kurulu kararını kendi menfaatleri bakımından değerlendirmeye tabi tutacaktır. Bu nedenle, doktrindeki ağırlıklı görüşe de uygun olarak²³, karardan etkilenecek her tür imtiyazlı pay sahiplerinin, yalnızca kendileriyle aynı durumdaki pay sahipleri ile toplanarak karar almasının isabetli olacağı düşüncesindeyim. Zira bir anonim şirkette, oy hakkında imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini ihlâl eden bir kararın uygulanabilmesi, ancak bu imtiyazlı pay sahiplerinin kendi aralarında yapacakları toplantı sonucu alacakları olumlu karara bağlı kılınabilir. Yoksa aynı şirketteki kâr payında imtiyazlı payların sahiplerinin, ilgili genel kurul veya yönetim kurulu kararı bakımından görüş ileri sürmesi gerekli değildir.

B. Karar Yeter Sayısı

Karar yeter sayısı, TTK m. 454/3'e göre, toplantıda temsil edilen payların çoğunluğu olarak belirlenmiştir. Kanunun bütününe bakıldığında, anonim şirketlerde etkinlik ölçütünün "sermaye miktarı" olduğu görülmekle, hükmün mevcut haliyle Kanunun genel yaklaşımına uyumsuz olduğu belirtilebilir.

Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin "Toplantı ve karar nisapları" başlıklı 22. maddesinin 13. fıkrasında da, kararların toplantıda temsil edilen payların çoğunluğu ile alınacağı hükme bağlanmıştır. Burada da konuya bir açıklık getirilmediği görülmektedir.

Bu nedenle, hükümde sayısal çoğunluk yerine ölçüt olarak sermaye çoğunluğu veya oy çoğunluğu esas alınırsa hakkaniyete daha uygun sonuçlar elde edilebilecektir²⁴. Hüküm bu nedenle eleştirilmiş ve farklı itibari değerlerde payların varlığı halinde, payların sayısal çoğunluğunun her zaman sermayenin çoğunluğuna tekabül etmeyebileceği ifade edilmiştir²⁵.

C. Bakanlık Temsilcisi Bulundurulması

Önceki Kanun döneminde yönetmelik düzeyinde (Mülga Komiserler Yönetmeliği) ele alınan bu konu, 6102 sayılı Kanun döneminde yasa hükmü haline getirilmiştir. Mülga Yönetmeliğe göre komiserin varlığı zorunlu olarak aranmaktaydı. Yeni Kanunda ise bu durum, genel kurula ilişkin TTK m.407/3

²³ KARAHAN, s.166; KİRTİL, Neşe, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu, İzmir 2005, s.26; ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, s.554.

²⁴ AKAD, s.66; ORUÇ, s.191 dipnot 65.

²⁵ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.355.

çerçevesinde, Bakanlar Kurulu tarafından açıklanacak şirketlerin imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda Bakanlık temsilcisinin hazır bulunacağı ve tutanağı imzalayacağı biçiminde öngörülmüştür (TTK m.454/6).

Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin 32. maddesine göre, kuruluş ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi olan şirketlerin bütün genel kurullarında, gündeminde sermayenin artırılması veya azaltılması, kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi ve kayıtlı sermaye sisteminden çıkılması, kayıtlı sermaye tavanının artırılması veya faaliyet konusunun değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği ile birleşme, bölünme ve tür değişikliği konuları bulunan şirketlerin genel kurullarında, elektronik ortamda yapılan genel kurullarda ve yurtdışında yapılan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantılarında Bakanlık temsilcisi bulundurulması zorunludur.

Temsilci bulundurmanın zorunlu olduğu belirtilen yurtdışında yapılan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantıları dışında, ihtiyari olarak, özel kurulu toplantıya çağırılanların talepte bulunmaları ve görevlendirme makamının da uygun bulması halinde Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi ve özel kurulda yer alması mümkündür²⁶. Buradaki amaç, özel hukuk tüzel kişisi olan anonim şirketin, ilk aşamada kendi iç düzenine ilişkin olan ve sonraki işlemlerini etkileyecek (imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatini etkileyen genel kurul veya yönetim kurulu kararının uygulanabilirliğine ilişkin) önemli bir toplantıya, kamu otoritesini de şahit tutmaktır.

D. Karar Alma Usulü

6102 sayılı TTK'nın 454. maddesinin üçüncü fıkrasında, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun karar alırken izleyeceği yöntem ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Öncelikle, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlâl edildiği sonucuna varılırsa, kararın gerekçeli bir tutanak ile belirtileceği hükme bağlanmıştır. Gerekçede, bu zorunluluğun özellikle yönetim kurulunun özel kurul kararları aleyhine açacağı iptal davaları yönünden gerekli görüldüğü belirtilmiştir. Tutulan tutanağın özel kurulun toplantı gününden itibaren 10 gün içinde şirket yönetim kuruluna teslimi zorunlu tutulmuştur. Burada emredici bir hüküm bulunduğundan, tutanağın tesliminin şeklen ispatı için belgelendirilmesi gerekecektir.

TTK m.454/8 gereği açılacak iptal davası, genel kurul kararının onaylanmaması yönünde oy kullananlara yöneltilenektir. Bu nedenle, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun karar almasına ilişkin kuralları belirleyen 3. fıkra göre, tutulan tutanağın yanında karara olumsuz oy verenlerin gerekli oranı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile iptal davası için geçerli olmak üzere ortak bir tebliğat adresi de yönetim kuruluna bildirilecektir.

²⁶ PULAŞLI, s.1327.

Özel kurulda tutulan tutanak ile birlikte, yukarıda ifade edilen bilgilerin sicile tescil edileceği ve bunun Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edileceği hükme bağlanmıştır²⁷. Tescil ve ilan için bir süre belirlenmiş ve tescile kimin yetkili olduğu açıklanmış olmalıydı. Ancak Kanunda bu konularda bir hüküm yoktur. Mantıken, alınan karar bu karar sonucundan menfaati olanlar tarafından tescil ve ilan ettirilebilmelidir²⁸. Bununla birlikte, tutanağın yönetim kuruluna teslimi için öngörülen 10 günlük süreyi, bu konuda da geçerli kabul etmek gerekir. Yani özel kurul kararlarını, bu kararda menfaati olanlar 10 gün içerisinde tescil ve ilan ettirebilmelidirler.

E. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu'na Özel Bir Kavram: "Kararın Alınmamış Sayılması"

1. Kavram

Son olarak, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararlarına ilişkin yeni ve özgün bir kavramdan bahsetmek gerekir. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun alacağı kararlara ilişkin TTK m. 454/3'te birtakım şartlar sayılmıştır. Bunlardan bir kısmı toplantı ve karar yetersayılarıyla, bir kısmı toplantıda tutulacak tutanağın şekli ve içeriğiyle ve tutanakla birlikte verilecek ek bilgilerle ilgilidir. Son olarak da bunların tescil ve ilanının gerektiği ifade edilmiştir. İşte bu şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararının alınmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır (TTK m.454/3 son cümle).

Herhangi bir kararın "alınmamış sayılması" Türk Ticaret Hukukuna yeni Kanunla girmiş bir kavramdır. Kanunun başka herhangi bir yerinde kullanılmayan bu kavram yalnız TTK m.454/3'e özgüdür. Yeni bir kavram olması hasebiyle, gerekçede ayrıntılı bir açıklama yapılması gerekirken, kanun koyucu bu kavramdan bahsetmemiştir.

Temel kanunlarımızda yapılan değişiklik ve yenilikler gözden geçirildiğinde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin maddelerinde "yazılmamış sayılma" kavramı kullanıldığı görülmektedir. Bu durum doktrinde eleştirildikten sonra²⁹, kavramın anlamının "kesin hükümsüzlük" olarak anlaşılması gerektiği ekseriyetle kabul edilmiştir³⁰.

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararının alınmamış sayılmasını da, yerine göre, butlan veya yokluk olarak değerlendirmek gerektiği kanaatindeyim³¹.

²⁷ Özel kurulun olumsuz kararına karşı iptal davası açma hakkı yalnızca yönetim kuruluna tanındığından, tutanak dışındaki yan bilgilerin tescili ve ilanının gereksiz olduğu görüşü için bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.306.

²⁸ Aynı yönde bkz. ALTAŞ, s.166.

²⁹ ALTOP, Atilla, "Genel İşlem Koşulları", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul 2012, s.40.

³⁰ UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.316-317.

³¹ Aynı yönde bkz. ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler (C. 3), Ankara 2014, s.2762.

Yokluk hâlimden yalnızca irade uyuşması niteliğinde olan toplantı ve karar yetersayıları noktasında bahsedebilecekken, butlan, geçerlilik unsuru niteliğindeki tüm diğer şekil şartları açısından gündeme gelebilecektir. Bu noktada her bir somut olay bağlamında, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun karar almasına ilişkin belirlenen usûlî şartlardaki eksikliklerin niteliğine göre, alınan özel kurul kararının sakatlık nitelendirmesi değişiklik gösterecektir.

2. Sonuçları

“Kararın alınmamış” sayılmasının, duruma göre yokluk veya butlan anlamına gelebileceğini belirtmiştik. Konumuz bakımından sonuçları aynı olan bu iki yaptırım türü, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararının baştan itibaren hüküm doğurmayacağı ve bu durumun hakim tarafından re’sen dikkate alınacağını gösterir.

Pekâla özel kurul kararı alınmamış sayıldığında genel kurul kararının durumu ne olacaktır? Gayet tabii, alınmamış sayılan bir kararın, bir başka karara hukuken etki edebilmesi mümkün değildir. Ancak bu genel kurul kararının onaylandığı anlamına da gelmemelidir. Zira böyle olursa hükmün amacı olan imtiyazlı pay sahiplerinin korunması düşüncesi ile çelişmiş olur. Böyle bir durumda, özel kurulun toplanması ve karar alması bakımından henüz süre varsa, özel kurulun tekrar toplanmasına, kanunda aranan şartlarda ve şekle uygun bir karar alınmasına imkân vermek gerekir. Nitekim doktrin de ekseriyetle aynı görüştedir³².

Son bir not olarak, aynı maddenin beşinci fıkrasında ifadesini bulan, çağrıya rağmen süresi içinde özel kurulun toplanamaması halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılacağı hükmünü ortadan kaldıracak şekilde, sürelerin yeniden başlatılması gibi bir yaklaşımın söz konusu olmaması gerekir. Çünkü böyle bir yaklaşım ile kötü niyetli imtiyazlı pay sahiplerine genel kurul kararlarının uygulanmasını sürekli olarak geciktirme imkânı tanınmış olur³³.

SONUÇ

Anonim şirketler bakımından son derece önemli olan imtiyazlı paylar, sahiplerine sağladığı avantajların etkisiz kılınmasının önüne geçilebilmesi için özel bir koruma sistemine sahip olmalıdırlar. İşte bu sistem, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl edici genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesinin, karar nedeniyle ihlâl edilen imtiyazlı haiz payların sahiplerinin bir araya gelerek yapacakları toplantıda alacakları karara bağlanması yoluyla sağlanmaktadır.

³² AKAD, s.85; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.306.

³³ ORUÇ, s.192.

Toplanan bu kurul, Kanun ve doktrin tarafından “imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu” olarak isimlendirilmektedir. Yalnızca yukarıda ifade edilen belirli durumlarda toplanması gereken bu özel kurulun işleyişine dair özel hükümler getirilmiştir. Kanun koyucu burada, imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatleri ile şirketin (yani tüm ortakların) menfaatleri arasında bir denge kurmayı amaçlamış ve mümkün olduğunca hassas davranmıştır.

Yalnızca alınan karar dolayısıyla ihlâl edilen imtiyazları haiz payların sahiplerinin bir araya geldiği özel kurulu toplantıya çağırma konusunda, öncelikle yönetim kurulu görevlendirilmiştir. Yönetim kurulunun süresinde çağrı yapmaması halinde, imtiyazlı pay sahipleri asliye ticaret mahkemesine başvuru yoluyla özel kurulun toplantıya davet edilebilmesini sağlayabilmektedir.

Özel kurulun toplantı yeter sayısı olarak belirlenen yüzde altmışlık -oldukça- nitelikli çoğunluk, esasen şirketin karar organı olan genel kurul ile yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu kararlarının uygulanmasının geciktirilmesinin sermaye bakımından küçük bir gruba bırakılmaması içindir. İlk toplantıda yeterli çoğunluğun sağlanamaması durumunda, ikinci toplantı için daha hafif bir oran öngörülmemesi ise bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun karar alması ise toplantıda temsil edilen payların çoğunluğunu gerektirmektedir. Burada sermayeye bağlı bir oran belirlenmemesi Türk Ticaret Kanunu’nun bütünüyle çelişki arz etmektedir.

Son olarak Bakanlık temsilcisinin bulundurulmasının zorunlu olduğu yurtdışında toplanan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantıları ile ihtiyari ve talebe bağlı olarak diğer toplantılarda temsilci bulundurulması şeffaflık ve denetim bakımından önemlidir. Yine yeni Kanun ile elektronik ortamda genel kurul toplanabilmesi mümkün kılınmışken, Yönetmelikte bir genel kurul türü olarak belirlenmiş imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantısının da elektronik ortamda yapılabileceğini kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

AKAD, Gül: İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul 2013.

ALTOP, Atilla: “Genel İşlem Koşulları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul 2012.

CAN, Mehmet Çelebi: “Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m.1534’ün Etkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXI, S.4 Ankara 2017.

DEVELLIOĞLU, Ferit: Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat (33. bs.). Ankara 2017, Aydın Kitabevi.

ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler (C. 3), Ankara 2014

GÜNEL, Onur Kerem: Özel Kategori Paylar, Ankara 1997.

İMREGÜN, Oğuz: “Anonim Ortaklıkta Özel Kategori ‘İmtiyazlı’ Paylar Kurulları”, Prof.Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988.

İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.

KARAHAN, Sami: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Ankara 1991.

KENDİGELEN, Abuzer: “Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri, Makalelerim Cilt II : 2001-2006, İstanbul 2006.

KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012.

KİRTİL, Neşe: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu. İzmir 2005.

MOROĞLU, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması”, *Makaleler I*, İstanbul 2001.

MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2014.

MOROĞLU, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016.

ORUÇ, Murat: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıklarda İmtiyazların Korunması”, *Batider*, C.26, S.4, Ankara 2010.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara 2014.

ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015.

TEKİNALP, Ünal/**POROY** Reha/**ÇAMOĞLU** Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014.

TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015

UYGUR, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

UYSAL, Esra: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul 2016

YASAMAN, Hamdi: “Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulunun Onayı”, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku (Makaleler-Mütalaalar-Bilirkişi Raporları), İstanbul 2005.

1- KAMULAŞTIRMASIZ HUKUKİ EL ATMA KAVRAMININ İNCELENMESİ VE MUHTEMEL ÇÖZÜM YAKLAŞIMLARININ GELİŞTİRİLMESİ

Investigation of Disappling Zoning Plan comes from Legal Confiscating without Expropriating and Developing the Possible Solutions for Them

Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU – Prof. Dr. Bayram UZUN – Dr. Öğr. Üyesi Okan YILDIZ

2- HUKUKTA “ÖZ” ARAYIŞLARI VE İSLAM HUKUKUNUN METAFİZİK KARAKTERİ

Seeking the Essence of Law and the Metaphysical Character of Islamic Law

Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER

3- TÜRK HUKUKUNDA ÜRÜN SORUMLULUĞU ÜZERİNE OLAN VE OLMASI GEREKEN HUKUKA DAİR GENEL DÜŞÜNCELER

De Lege Lata and De Lege Ferenda Thoughts on Product Liability in Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL – Arş. Gör. Arif KALKAN

4- YATIRIM YOLUYLA İKAMET VE VATANDAŞLIK

Residence and Citizenship Through Investment

Dr. Öğr. Üyesi Nazlı TÖRE

5- KADIN MAHKÜMLARIN SOSYODEMOGRAFİK ÖZELLİKLERİNE GÖRE PROBLEM ÇÖZME BECERİSİNİN İNCELENMESİ ÜZERİNE BİR ÇALIŞMA

A Study on the Investigation of the Problem Solving Skill According to the Sociodemographic Properties of Femalesconvicts

Dr. Öğr. Üyesi Rumeysa AKGÜN – Arş. Gör. Dr. Tuba YÜCEER KARDEŞ –

Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ

6- HEKİMİN HATALI TIBBİ UYGULAMAYA BAĞLI HUKUKİ SORUMLULUĞU

Legal Responsibility of Physician due to Improper Medical Practice

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YÖRDEM

7- VERĐİ KABAHAHLERİ AÇISINDAN SAHTE BELGE DÜZENLEME VEYA KULLANMA FİİLİ İLE İLGİLİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

The Problems and Solution Suggestions Regarding to False Document Arrangement or Use in Terms of Tax Misdemeanors

Arş. Gör. Kendal DENİZ – Doç. Dr. Ufuk GENÇEL

8- HEKİMİN EMBRİYONİK KÖK HÜCRE NAKLİNDEN DOLAYI KİŞİSEL SORUMLULUĞU

Physicians Legal Liability from Stem Cell Transplation

Dr. Didem BAŞAR

9- RÖDÖVANS SÖZLEŞMESİNİN MADEN HUKUKUNDAKİ YERİ VE MALİ YÜKÜMLÜLÜKLER

The Role in Miniglaw on The Redeavance Agreements and Financial Obligations

Bünyamin ÇİTİL

10-ANONİM ŞİRKETLERDE İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN İŞLEYİŞİ

Functioning of Special Committee of Preferred Shareholders at Corporation

Serkan TURGUT



Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya / ANKARA - TÜRKİYE

T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01

yayin.taa.gov.tr

ISSN:1309-6826